



Actes de conférence

2020

Published version

Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

---

Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain = Intellectual  
Property in the era of Big Data and Blockchain

---

de Werra, Jacques (ed.)

**How to cite**

DE WERRA, Jacques, (ed.). Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain = Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain. Genève : Schulthess éditions romandes, 2020.  
(Propriété intellectuelle - Intellectual property)

This publication URL: <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:145592>

*intellectual property - propriété intellectuelle*  
*propriété intellectuelle - intellectual property*

Jacques de Werra (éd.)

# Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain

## *Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*

Carlos M. Correa, Alain Strowel/Laura Somaini,  
Florent Thouvenin, Daniel Kraus/Christophe Schaub,  
Claire Fobe, Julien Cabay, Michèle Burnier



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

FACULTÉ DE DROIT

Schulthess  
ÉDITIONS ROMANDES



Jacques de Werra (éd.)

Propriété intellectuelle à l'ère  
du Big Data et de la Blockchain

*Intellectual Property in the era  
of Big Data and Blockchain*

*intelle©tual p®operty - p®opriété intelle©tuelle*  
*p®opriété intelle©tuelle - intelle©tual p®operty*

# Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain

## *Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*

Carlos M. Correa, Alain Strowel/Laura Somaini,  
Florent Thouvenin, Daniel Kraus/Christophe Schaub,  
Claire Fobe, Julien Cabay, Michèle Burnier

Actes de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle du 5 février 2020



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE  
FACULTÉ DE DROIT

Schulthess § 2020  
ÉDITIONS ROMANDES

Citation suggérée de l'ouvrage: JACQUES DE WERRA (éd.), *Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain / Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*, Genève/Zurich 2020, Schulthess Éditions Romandes

ISBN 978-3-7255-8778-0

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2020  
www.schulthess.com

Diffusion en France: Lextenso Éditions, 70, rue du Gouverneur Général Éboué,  
92131 Issy-les-Moulineaux Cedex, www.lextenso-editions.com

Diffusion et distribution en Belgique et au Luxembourg: Patrimoine SPRL, Avenue Milcamps 119,  
B-1030 Bruxelles; téléphone et télécopieur: +32 (0)2 736 68 47; courriel: patrimoine@telenet.be

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek: La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

## Avant-propos

Cet ouvrage constitue le treizième volume de la collection propriété intellectuelle – *intellectual property* ([www.pi-ip.ch](http://www.pi-ip.ch)) de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Il rassemble les contributions qui ont été rédigées à l'occasion de la Journée de Droit de la Propriété Intellectuelle ([www.jdpi.ch](http://www.jdpi.ch)) organisée le 5 février 2020 à l'Université de Genève sur le thème «Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain / *Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*».

La déferlante du numérique, qui bouleverse nos sociétés et nos économies, notamment grâce au volume des données massives (*big data*) qu'elle génère et aux technologies qui la porte (dont celle de la chaîne de bloc – *blockchain*), n'épargne pas l'îlot de la propriété intellectuelle. Le présent ouvrage a pour objectif de présenter quelques facettes de ce puissant mouvement, sans naturellement prétendre pouvoir en faire une analyse exhaustive et finale. Ce livre permet ainsi d'explorer quelques volets choisis du vaste et très dynamique domaine juridique émergent du droit du numérique, ceci coïncidant – de manière très opportune – avec la création du **Centre de Droit du Numérique / Digital Law Center** à la Faculté de droit de l'Université de Genève ([www.digitallawcenter.ch](http://www.digitallawcenter.ch)).

Le présent ouvrage s'ouvre ainsi par des réflexions sur le statut juridique des données dans des perspectives successivement internationale, européenne et suisse, ce grâce aux remarquables contributions respectives de Carlos M. Correa, Alain Strowel et Laura Somaini et de Florent Thouvenin, cette thématique (qui dépasse au demeurant le droit de la propriété intellectuelle) démontrant la complexité de la question et la multiplicité des domaines et angles juridiques pertinents. Le livre comporte ensuite une fine analyse, offerte par Daniel Kraus et par Christophe Schaub, de la blockchain et du rôle important que cette dernière peut avoir en matière de propriété intellectuelle, qui est suivie par une instructive discussion, conduite par Claire Fobe, de l'évolution des outils de recherche générés par les «Big Data» et l'intelligence artificielle dans la perspective pratique d'une entreprise de bases de données de propriété intellectuelle. Enfin, les deux dernières contributions de l'ouvrage présentent un excellent exposé de certains aspects du numérique et du big data en matière de droit d'auteur, tout d'abord sous l'angle des obligations de filtrage de l'art. 17 de la Directive

2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique (par Julien Cabay), puis sous l'angle de la toute récente révision du droit d'auteur suisse (par Michèle Burnier).

Que les auteurs de toutes ces contributions aussi riches que variées qui composent ce livre trouvent ici l'expression de notre vive gratitude. Leurs apports scientifiques sont extrêmement précieux, non seulement afin de pouvoir progressivement faire face aux nombreux défis juridiques que soulève le numérique, mais aussi afin d'être en mesure de profiter du potentiel que le numérique crée pour l'évolution et pour la pratique du droit de la propriété intellectuelle. Ma profonde reconnaissance va aussi à Hélène Bruderer qui a pris en charge les travaux d'édition de ce nouveau volume de la collection, ainsi qu'à Eugenia Huguenin-Elie et à Patricia Martin pour leur aide dans ce cadre.

Genève, août 2020.

Jacques de Werra  
Centre de droit du numérique / Digital Law Center

# Sommaire / Contents

Avant-propos .....	V
Table des matières / Table of contents .....	IX
Table des abréviations / Table of abbreviations .....	XV
 Carlos M. Correa	
<b>Data in a legal limbo: ownership, sovereignty or a digital public goods regime?</b> .....	1
 Alain Strowel / Laura Somaini	
<b>The Regulation of Non-Personal Data in the EU and the 2020 Data Strategy</b> .....	29
 Florent Thouvenin	
<b>Un droit de propriété sur les données en droit suisse?</b> .....	59
 Daniel Kraus / Christophe Schaub	
<b>Blockchain et Propriété intellectuelle</b> .....	133
 Claire Fobe	
<b>Les outils de recherche générés par les « Big Data » et l'intelligence artificielle</b> .....	157
 Julien Cabay	
<b>Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du « juste équilibre »</b> .....	169
 Michèle Burnier	
<b>Révision du droit d'auteur suisse: questions choisies sous l'angle du Big data</b> .....	275



# Table des matières / *Table of contents*

Avant-propos .....	V
Sommaire / <i>Contents</i> .....	VII
Table des abréviations / <i>Table of abbreviations</i> .....	XV

## **Data in a legal limbo: ownership, sovereignty or a digital public goods regime?**

*Carlos M. Correa*

I. Some basic distinctions .....	4
II. Categories of data .....	5
III. Data under copyright law .....	9
IV. What other rights over data? .....	12
A. Data ownership .....	13
B. Sui generis exclusive rights .....	16
C. Sovereign rights .....	18
D. Digital public goods .....	21
V. Who can claim rights over data? .....	23
VI. Conclusion .....	27

## **The Regulation of Non-Personal Data in the EU and the 2020 Data Strategy**

*Alain Strowel / Laura Somaini*

I. The Horizontal Instruments for Regulating Data Sharing in the EU and the Main Data Regimes .....	31
1. Brief Overview of Data Regulation in the EU .....	31
2. The Four Main Data Regimes Under EU Law .....	33
a) Open (or Public) Data .....	34
b) Confidential Data .....	36
c) Personal Versus Non-Personal Data .....	38
II. The 2018 Regulation on the Flow of Non-Personal Data in the EU ....	41
1. The Commission's Communication on «Building a European Data Economy» (Jan. 2017) .....	42
2. The Principles of the FFD Regulation (Nov. 2018) .....	44
a) Objectives of the FFD Regulation .....	44
b) Mixed Datasets .....	46

3.	The Portability of Non-personal Data under the FFD Regulation	48
III.	The 2020 EU Data Strategy .....	52
IV.	Conclusions on the Regulation of (Non-Personal) Data in the EU .....	56

## Un droit de propriété sur les données en droit suisse ?

*Florent Thouvenin*

I.	Introduction .....	59
II.	Notions .....	66
	1. Données, informations et connaissances .....	66
	2. Données volontaires, observées et dérivées .....	69
	3. Données en tant que biens publics .....	71
III.	Bien-fondé de l'introduction de la propriété sur les données .....	72
	1. Introduction à la problématique .....	72
	2. Perspective théorique .....	76
	2.1. Vue d'ensemble .....	76
	2.2. Autonomie et équité .....	78
	2.3. Défaillance du marché .....	81
	3. Perspective pratique .....	89
	3.1. Introduction .....	89
	3.2. Portabilité des données .....	90
	3.3. Fuites de données .....	92
	3.4. Données au sein d'une succession .....	94
	3.5. Données dans le cadre d'une faillite .....	95
	3.6. Web-Scraping .....	97
	3.7. Transfert de valeurs via la blockchain .....	98
	3.8. Conclusion préliminaire .....	100
	4. Constats .....	100
IV.	Conception .....	102
	1. Remarques préliminaires .....	102
	2. Objet .....	102
	3. Ayant droit .....	105
	3.1. Critères d'attribution .....	106
	3.2. Pluralité d'ayants droit .....	108
	4. Effets .....	110
	4.1. Concepts .....	110
	4.2. Droits et restrictions .....	117
	4.3. Délai .....	121
	5. Publicité .....	121
	6. Constats .....	122

V.	Mise en œuvre .....	123
1.	Relation avec la loi sur la protection des données .....	123
2.	Mesures institutionnelles .....	125
3.	Constats .....	128
VI.	Conclusion .....	129

## **Blockchain et Propriété intellectuelle**

*Daniel Kraus / Christophe Schaub*

I.	Introduction et considérations liminaires .....	133
II.	Définitions .....	135
A.	Définition philosophique .....	135
B.	Définitions techniques .....	135
1.	Blocs de la chaîne .....	138
2.	Phases principales d'une transaction .....	138
3.	Synthèse .....	139
III.	Blockchains comme objet de protection de la propriété intellectuelle .....	140
A.	Statut juridique d'une blockchain du point de vue de la propriété intellectuelle .....	140
1.	Blockchain en tant que concept .....	140
2.	Blockchain en tant que base de données .....	140
3.	Blockchain en tant que moyen de paiement .....	140
4.	Blockchain en tant que programme d'ordinateur .....	141
B.	Licences d'utilisation des cryptomonnaies .....	142
C.	Paysage des brevets en matière de blockchains .....	144
D.	Conséquence .....	145
E.	Solutions permettant d'éviter des situations de blocage .....	146
1.	Veille technologique et suivi des brevets publiés .....	146
2.	Droit des tiers découlant d'un usage antérieur .....	147
3.	Licences obligatoires .....	147
4.	Droit à la décompilation .....	147
F.	Marques .....	149
IV.	Blockchains comme outil au bénéfice de la propriété intellectuelle .....	150
A.	Chaîne de création de valeur .....	150
B.	Gestion des licences .....	150
C.	Preuve d'usage .....	151
D.	Preuve devant les tribunaux .....	151
V.	Interopérabilité entre les blockchains .....	153
VI.	Conclusion .....	154

**Les outils de recherche générés par les « Big Data »  
et l'intelligence artificielle**

*Claire Fobe*

I.	Introduction .....	157
II.	Le défi de la classification des « big data » .....	158
III.	Exploration du monde de l'automatisation .....	159
IV.	Un exemple concret dans la pratique de Darts-ip .....	161
V.	Impact et futur .....	164

**Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit  
d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation  
de filtrage limitée par la CJUE, garante du « juste équilibre »**

*Julien Cabay*

I.	Introduction: un balcon bruxellois, avec vue sur Luxembourg .....	169
II.	Première partie: L'article 17 dans son contexte .....	180
	A. Présentation générale de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique .....	180
	B. L'article 17, le « Value Gap » et les « Second Level Agreements » ....	185
	1. La situation avant l'adoption de l'article 17: le « Value Gap » et le déséquilibre des « Second Level Agreements » .....	185
	2. La situation après l'adoption de l'article 17: un acte de communication au public et une responsabilité spécifique, pour un rééquilibrage des « Second Level Agreements » .....	188
	C. La recherche d'un équilibre par le législateur de l'Union européenne	191
III.	Deuxième partie: lecture prospective de l'article 17 à la lumière du critère du « juste équilibre » .....	197
	A. Prolegomènes: les méthodes d'interprétation du droit de l'Union européenne par la CJUE, spécialement en droit d'auteur .....	197
	B. Un droit de communication au public limité .....	205
	1. Interprétation littérale et contextuelle .....	205
	2. Interprétation téléologique: appréciation individualisée du droit de communication au public .....	207
	3. Limitation du droit de communication au public dans le cadre des droits fondamentaux .....	212
	C. Une obligation de filtrage limitée .....	223
	1. Dans son principe .....	225
	2. Dans ses modalités .....	237

IV.	Conclusion: « (...) Et dans ce ciel – pense peut-être l’officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies (...) » .....	268
-----	---	-----

**Révision du droit d’auteur suisse:  
questions choisies sous l’angle du Big data**

*Michèle Burnier*

I.	Introduction .....	275
II.	Les nouvelles mesures contre le piratage en ligne (article 39d LDA) ....	276
	A. Obligations des fournisseurs de services d’hébergement Internet	277
	B. Traitement des données personnelles .....	281
III.	La protection des photographies sans caractère individuel: une nouvelle catégorie d’œuvre (article 2 al. 3 <sup>bis</sup> LDA) .....	282
IV.	Utilisation d’œuvres à des fins scientifiques (article 24d LDA) .....	286
V.	Les licences collectives étendues (article 43a LDA) .....	288
VI.	Utilisation d’œuvres orphelines (article 22b LDA) .....	291
VII.	Conclusions .....	293



## Table des abréviations / *Table of abbreviations*

AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADPIC/TRIPS	Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, annexe 1C de l'Accord de Marrakech du 15 avril 1994 instituant l'Organisation mondiale du commerce / Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, Annex 1C of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization, signed in Marrakesh, Morocco on April 15, 1994
Aff.	Affaire
Al.	Alinéa
APuZ	Aus Politik und Zeitgeschichte
Art.	Article
ATAF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal administratif fédéral
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral (Recueil Officiel) (Suisse)
B2B	Business to business
BO	Bulletin Officiel (Suisse)
c. / cons. / consid.	considérant
CC	Code Civil du 10 décembre 1907 (RS 210) (Suisse) / Swiss Civil Code of December 10, 1907 (RS 210) (Switzerland)
CDSM / CDSM Dir. (2019) / Copyright in the Digital Single Market	Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019
Cf.	Conférer
Ch.	Chiffre
chron.	Chronique
CJCE/ECJ	Cour de Justice des Communautés Européennes / European Court of Justice
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CJUE/CJEU	Cour de Justice de l'Union Européenne / Court of Justice of the European Union
CLSR	Computer Law & Security Review
CO	Code des obligations du 30 mars 1911 (RS 220) (Suisse) / Swiss Code of Obligation of March 30, 1911 (RS 220) (Switzerland)

Coll.	Collection
comm.	Commentaire
CR	Computer und Recht
CRISPP	Critical Review of International Social and Political Philosophy
CR PI	Commentaire Romand Propriété Intellectuelle, Jacques de Werra/Philippe Gilliéron (éds.), Bâle 2013
Directive 2000/31/CE sur le commerce électronique	Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), <i>J.O.C.E.</i> du 17 juillet 2000, L 178/1.
Directive 2001/29/CE	Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, <i>J.O.C.E.</i> du 22 juin 2001, L 167/10.
Directive 2001/29/EC/Infosoc Dir. (2001)	Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society, OJ L 167, 22.6.2001
Directive 2016/943/Trade Secrets Dir. (2016)	Directive 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure, OJ L 157/1, 15.6.2016
Directive 2019/1024/Open Data Dir. (2019)	Directive 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information, OJ L 172, 26.6.2019
Directive 2019/770/Digital Content Dir. (2019)	Directive 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136, 22.5.2019
Directive 2019/790/UE	Directive 2019/790/UE sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, <i>J.O.U.E.</i> du 17 mai 2019, L 130/92.
Directive 91/250/CEE	Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the legal protection of computer programs/OJ L 112, 17.5.1991
Directive 96/9/EC/Database Dir	Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the council of 11 March 1996, OJ L 77/20, 27.3.1996

---

ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	Voir CJCE
éd./ed.	Éditeur/editor
EIPR	European Intellectual Property Review
EU	Voir UE
FF	Feuille fédérale
FFD/FFD Reg. (2018)	Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, OJ L 303, 28.11.2018
Fig.	Figure
GDPR	Regulation 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 4.5.2016
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Allemagne)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Allemagne)
i.e.	id est
ibid.	Ibidem
id.	idem
IIC	International Review of Intellectual Property and Competition Law
IP	Voir PI
IPI	Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle (Suisse)
IPR	Intellectual Property Rights
JO/OJ	Journal Officiel de l'Union Européenne/Official Journal of the European Union
LCD	Loi contre la concurrence déloyale du 19 décembre 1989 (RS 241) (Suisse)/Federal Act on Unfair Competition of December 19, 1989 (RS 241) (Switzerland)
LDA	Loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins du 9 octobre 1992 (RS 231.1)
let./lit.	Lettre/littera
LIT	Law, Innovation and Technology

XVIII Table des abréviations / *Table of abbreviations*

---

LPD	Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (RS 235.1)
nbp.	Note de bas de page
N°.	Number
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
OJ	Voir JO
OMC/WTO	Organisation Mondiale du Commerce/World Trade Organisation
OMPI/WIPO	Organisation Mondiale de la Propriété intellectuelle/World Intellectual Property Organisation
OMS/WHO	Organisation Mondiale de la Santé/World Health Organisation
p./pp.	Page(s)
p. ex.	Par exemple
para.	Paragraphe(s)
<i>passim</i>	Çà et là, en différents endroits (du livre).
PI/IP	Propriété intellectuelle/Intellectual Property
PJA/AJP	Pratique juridique actuelle/Aktuelle Juristische Praxis
PinG	Privacy in Germany
préc.	Précité(e)
RDS	Revue de droit suisse (Suisse)
Règl./Reg	Règlement/Regulation
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RS	Recueil systématique (Suisse)
RSDA	Revue suisse de droit des affaires et du marché financier
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSPI	Revue suisse de la propriété intellectuelle
s./ss	Suivant/suivants
sic!	Revue du droit de la propriété intellectuelle, de l'information et de la concurrence (Suisse)
simsa	Swiss Internet Industry Association
SIWR	Auteur in: Roland von Büren/Lucas David (éd.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Markenrecht, Helbing Lichtenhahn, Bâle 2009
SME	Small and Medium Enterprise

TAF	Tribunal administratif fédéral (Suisse)
TC	Tribunal cantonal (Suisse)
TDM	Text and Data Mining
TF	Tribunal fédéral (Suisse)
TFEU/TFUE	Traité sur le Fonctionnement de l'Union Européenne (JO C 326/47) (UE)/Treaty on the Functioning of the European Union (OJ C 326/47) (EU)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
TRIPS	Voir ADPIC
U.S./US	United States of America / Etats-Unis d'Amérique
UE/EU	Union européenne / European Union
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UPOV	International Union for the Protection of New Varieties of Plants
<i>verbatim</i>	Compte rendu écrit fournissant le mot à mot d'une déclaration
Voy	Voyez
WTO	Voir OMC
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZGE	Zeitschrift für geistiges Eigentum



# Data in a legal limbo: ownership, sovereignty or a digital public goods regime?

CARLOS M. CORREA\*

The legal characterization and design of a legal regime for data pose one of the most important contemporary challenges to law professionals and policy makers. This is, of course, not the first – nor will it be the last – time in which technological developments demand new legal approaches and solutions.

The introduction of new plant breeding methods at the beginning of last century required the creation of a new set of rules, finally enshrined in the International Union for the Protection of New Varieties of Plants (UPOV),<sup>1</sup> to protect plant varieties.<sup>2</sup> When IBM was forced in 1969 by the US Department of Justice to unbundle the marketing of hardware and software (computer programs), intense debates arose about the basic legal framework for software protection, which was finally settled in favor of copyright (and patents, in the case of the USA).<sup>3</sup> Developments in modern biotechnology generated new and complex issues around the legal protection of genetic information and genetically modified living forms, which led to the adaptation of patent rules. Today microorganisms can generally be patented; animals and plants are also eligible subject matter in many jurisdictions.<sup>4</sup> The expansion in

---

\* Executive Director, South Centre, Geneva.

1 Available at: [https://www.upov.int/upovlex/en/upov\\_convention.html](https://www.upov.int/upovlex/en/upov_convention.html). All the websites of the present article have been last accessed on May 13, 2020.

2 See, e.g., C. FOWLER, *The Plant Patents Act of 1939: A Sociological History of its Creation* (2000) 82 *Journal of the Patent & Trademark Office Society* 621.

3 P. SAMUELSON, *A Case Study on Computer Programs* in Wallerstein, Mogege and Schoen (eds), *Global Dimensions of Intellectual Property Rights in Science and Technology* (National Academy Press 1993) 284-294.

4 See, e.g., S. MILLER, *Intellectual Property and Biotechnology: Biological Inventions* (2008) 14 *Journal of Commercial Biotechnology* 349-351, available at: <https://doi.org/10.1057/jcb.2008.15>.

the production and use of integrated circuits prompted the search for a modality of protection – actively sought by the US producers in the 1980's – for the «chips» designs or «topographies», which ended up with the adoption of a *sui generis* regime.<sup>5</sup> The digitization of copyrightable works prompted views about the future of an almost three-century old legal regime, which was, however, able to adapt to the digital environment through new mechanisms, such as anti-circumvention disciplines and technological protection measures.<sup>6</sup> More recently, patent laws confronted the issue of recognizing or not inventions made through the use of artificial intelligence, a possibility so far rejected by the US patent office and the European Patent Office.<sup>7</sup>

These are only some examples of the legal tensions and challenges created by technological change. The massive production, processing, transmission and use of digital data – generally termed as «big data» – add one example of far reaching implications. Data has since long been available widely, but the increase in storage and processing capacity, including through artificial intelligence, Internet of things and cloud computing, among other developments, has transformed the big data situation drastically.<sup>8</sup>

While in most of the examples mentioned above, debates mainly addressed legal and economic issues affecting specific sectors or technological fields, and were particularly focused on the situation of developed countries, the case of big data is of a global nature and it raises social issues, such as the protection of privacy, as well as political con-

---

5 See, the Semiconductor Chip Protection Act of 1984, and Carlos Correa, Intellectual Property in the Field of Integrated Circuits: Implications for Developing Countries (1990–1991) 14 World Competition 83.

6 See, e.g., Dana BELDIMAN, Copyright and the Challenges of the Digital Age – Can All Interests Be Reconciled? in *Legal Issues in the Global Information Society* (Oceana Publications Inc. of Dobbs Ferry 2005), available at: <https://ssrn.com/abstract=2049074>.

7 The US Patent and Trademark Office – similarly to the European Patent Office – decided that AI programs can not be «inventors». See, [https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350\\_22apr2020.pdf](https://www.uspto.gov/sites/default/files/documents/16524350_22apr2020.pdf), <https://www.epo.org/news-issues/news/2020/20200128.html>.

8 Padmashree Gehl SAMPATH, Regulating the Digital Economy: Dilemmas, Trade Offs and Potential Options Research Paper N° 93, March 2019, South Centre, available at: [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/RP93\\_Regulating-the-Digital-Economy-Dilemmas-Trade-Offs-and-Potential-Options\\_EN-1.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2019/03/RP93_Regulating-the-Digital-Economy-Dilemmas-Trade-Offs-and-Potential-Options_EN-1.pdf), p. 3.

cerns, namely how States can exercise sovereignty over data – both structured and unstructured –<sup>9</sup> produced or stored within their jurisdiction.

The dominant position of a few companies in operating digital platforms for the collection, processing, transmission and for-profit use of data,<sup>10</sup> the asymmetric capacity of developed and developing countries in managing their data resources, and concerns about privacy and cybersecurity, have triggered demands for the legal characterization of data and for clarification about who can access and use it, in which manner and with which purposes. Importantly, a number of countries are seeking – in the context of the World Trade Organization (WTO) – to develop new rules<sup>11</sup> that, *inter alia*, would ensure the «free flow of data». This objective, however, raises concerns among countries that lack the capacity to exploit the data generated in their territories and who, for a variety of reasons, including the development of local industries, wish to retain national control over certain categories of data.<sup>12</sup> As noted by UNCTAD, «[c]ountries at all levels of development risk becoming mere providers of raw data to those digital platforms while having to pay for the digital intelligence produced with those data by the platform owners».<sup>13</sup>

This paper focuses on the legal aspects of data, including what legal status they have under general principles of law and intellectual property, and what alternative legal frameworks may apply. The paper addresses, first, some basic distinctions between data, the facts they may refer to and information; second, it explores how data can be classified; third, it briefly discusses the legal applicability of copyright to data; fourth, it

---

9 «Structured data broadly refers to data generated by machines, such as IoT applications, sensors, machine logs, among others, which can be accumulated over time to create large data sets (quote omitted). Unstructured data, in contrast, is created by humans transacting or using the internet» (SAMPATH, *op. cit.* p. 4).

10 See, e.g., T. P. BARWISE and L. WATKINS, *The evolution of digital dominance: how and why we got to GAFAM in Digital Dominance: The Power of Google, Amazon, Facebook, and Apple* (Oxford University Press 2018) 21-49.

11 See, e.g., Arun S. NAIR, *E-commerce issues at the WTO Discussions and in India* (2020), RIS, available at: [http://www.ris.org.in/sites/default/files/E-commerce%20issues%20at%20the%20WTO%20discussion%20and%20in%20India\\_0.pdf](http://www.ris.org.in/sites/default/files/E-commerce%20issues%20at%20the%20WTO%20discussion%20and%20in%20India_0.pdf).

12 For instance, the Reserve Bank of India requires the local storage of payment data generated in the country. See, e.g., <https://www.lawfareblog.com/key-global-take-aways-indias-revised-personal-data-protection-bill>.

13 *Digital Economy Report 2019 Overview* (UNCTAD/DER/2019), available at: [https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019\\_overview\\_en.pdf](https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/der2019_overview_en.pdf), p. 8.

examines what other rights may be claimed over data; and, finally, who could claim such rights.

## I. Some basic distinctions

A first an important consideration to be made in examining the legal treatment of data, is the distinction between facts recorded by data and data itself.

Data refer to acts, situations or values such as characters and numbers; they may be quantitative or qualitative and provide a more or less complete representation thereof, depending on the technology used to record them and on the scope of the intended «capture». The distinction between the object of data and its recording was discussed in a leading case by the US Supreme Court, in *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co*, 499 US 340 at 347, 1991.<sup>14</sup>

Both Feist Publications Inc. and Rural Telephone Service Co. published telephone directories. To obtain «white pages listings for its area-wide directory, Feist approached each of the 11 telephone companies operating in northwest Kansas and offered to pay for the right to use its white pages listings. Of the 11 telephone companies, only Rural refused to license its listings to Feist ... Unable to license Rural's white pages listings, Feist used them without Rural's consent». <sup>15</sup> The plaintiff argued that the defendant had infringed on the copyright protection that it deemed was available to its directory's white pages. In analyzing the circumstances of the case, the Court distinguished between facts, as on objective reality, and its recording. It noted that «many compilations consist of nothing but raw data – i.e., wholly factual information not accompanied by any original written expression. On what basis may one claim a copyright in such a work? Common sense tells us that 100 uncopyrightable facts do not magically change their status when gathered together in one place». <sup>16</sup>

While facts and data can, hence, be distinguished, data is also different from «information». Data become information when it is processed, organized, structured or presented in a given context. Information is, in

---

<sup>14</sup> See, <https://cyber.harvard.edu/people/tfisher/1991%20Feist.pdf>.

<sup>15</sup> Ibidem.

<sup>16</sup> Ibidem.

essence, contextualized data. While data is deemed to be an «asset» or a «factor of production», it is useful and acquires value when it becomes information, mainly through aggregation or combination. The enormous increase in the capacity to collect, store, process, transmit (locally or accross borders) and use data in the last few decades, however, has generated a strong demand to identify or develop an appropriate legal framework for data as such, not information.

A basic question is whether particular rights (and corresponding obligations) can be attached to data, or whether data is «legally inert»,<sup>17</sup> that is, whether data as such – like facts – can be captured or not by the legal regime as a distinct subject matter of a right. As discussed below, the idea that data may be «owned» has, in particular, gained traction and is often mentioned as one possible approach for individuals to exercise their rights (e.g. regarding access to and use of data) and for countries to control the collection, storage, processing transmission and use of data generated in their jurisdictions.

## II. Categories of data

Conceptualizing data from a legal perspective requires to better identify what different types of data exist, and to determine whether the same legal regime would be suitable to all of them, or different treatments would be required. While an elaborated reply to this question is beyond the remit of this paper, it is useful, to mention some of the possible categories of data.

First, data may be categorized as «public», i.e. data produced (or collected for public purposes) by governments, and «non-public», i.e. data generated by individuals, communities, enterprises and other entities. The distinction between these two categories may be blurred in some cases, such as in relation to personally identifiable Information (e.g. social security or fiscal identification). Many governments have embraced the policy of «Open Government Data» as a means «to promote transparency, accountability and value creation by making government data available to all».<sup>18</sup> This policy assumes that the government

---

17 See, Richard KEMP, Paul HINTON and Paul GARLAND, *Legal Rights in data* (2001) CLSR 142.

18 See, <https://www.oecd.org/gov/digital-government/open-government-data.htm>.

has the full right to dispose of the data it generates and which are under its control, including what can be made public and what may be kept as restricted and outside public access.<sup>19</sup> No argument about «ownership» of such data has apparently been made in the past. An open question is whether governments may become less inclined to open their data to the public in view of their possible use by the digital companies that manage a large segment of the data produced globally.<sup>20</sup>

Non-public data may be personal or non-personal/commercial. An elaborated legal framework has been developed and adopted in many countries in relation to personal data. In accordance to UNCTAD, 66 % of countries have put in place legislation to secure the protection of data and privacy.<sup>21</sup> The European Union (EU) General Data Protection Regulation (GDPR)<sup>22</sup> has been particularly influential in shaping a model for the protection of privacy in the digital environment.<sup>23</sup>

The introduction of regulations over non-personal/commercial data has been slower than those for personal data, which shows not only a sentiment of urgency to protect individual interests but perhaps also the complexities inherent in the design of rules for non-personal data. The EU has come forward with a regulation centered on the flow of data within the Union, which heavily relies on self-regulation of stakeholders. The EU Regulation 2018/1807 of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union,<sup>24</sup> applicable as of 28 May 2019, aims at creating a «single market» for such data by removing obstacles to the free flow of non-personal data across Member States (see Box 1).

---

19 Certain categories of government's data (including those produced by contractors) are «classified» or «sensitive» and kept secret under specific regulations and cybersecurity standards.

20 See, e.g. UNCTAD, 2019, op. cit.

21 See, [https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI\\_and\\_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx](https://unctad.org/en/Pages/DTL/STI_and_ICTs/ICT4D-Legislation/eCom-Data-Protection-Laws.aspx). See also <https://www.cnil.fr/en/data-protection-around-the-world>.

22 See, <https://gdpr-info.eu/>.

23 See, e.g., <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=872b3db5-45d3-4ba3-bda4-3166a075d02f>.

24 See <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:32018R1807>.

### Box 1. EU Regulation on the free flow of non-personal data

The Regulation aims at ensuring:

- Free movement of non-personal data across borders: every organisation should be able to store and process data anywhere in the European Union,
- The availability of data for regulatory control: public authorities will retain access to data, also when it is located in another Member State or when it is stored or processed in the cloud,
- Easier switching of cloud service providers for professional users. The Commission has started facilitating self-regulation in this area, encouraging providers to develop codes of conduct regarding the conditions under which users can port data between cloud service providers and back into their own IT environments,
- Full consistency and synergies with the cybersecurity package. Any security requirements that already apply to businesses storing and processing data will continue to do so when they store or process data across borders in the EU or in the cloud.

Source: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/free-flow-non-personal-data>

A further distinction should be made between personal data and «anonymized personal data». Recital 26 of the GDPR, for instance, defines anonymized data as «data rendered anonymous in such a way that the data subject is not or no longer identifiable.» Data anonymization ensures the protection of private data by erasing or encrypting identifiers that connect an individual to stored data. When anonymized, data leave the category of protected personal data and become subject to other regulations, if any, as non-personal data.<sup>25</sup>

Based on the content of data, a further classification can be made into three categories: «representative». data (e.g. measurement of a variable,

<sup>25</sup> See, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, «Building a European Data Economy», COM (2017) 9 final, 10.1.2017, available at <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-9-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>, p. 9.

such as temperature)<sup>26</sup>, «implied» data (based on inferences from raw data) and «derived». data (produced from other data).<sup>27</sup>

Depending on the source or «creator» of data, they may be further classified as «human» and «machine-generated» data.<sup>28</sup> The former include, for instance, data resulting from emails, spreadsheets, presentations, images, audio, and video files; the latter include data automatically generated by a computer process, application, or other mechanism, such as sensors, without direct human intervention. The legal treatment of these categories of data differs significantly, as the former can be protected by the existing modalities of intellectual property rights.

The categories of data mentioned above may be subjected to variations or re-classifications. Governments have policy space to define data categories in accordance with their choices, including to specify different legal treatments for various categories so as to pursue their public policy objectives. In some cases, the difficulties in providing a definition on such categories may be overcome by a default approach. Under the EU legislation, for instance, commercial data are those which are «non-personal», that is, any information which is not related to an identified or identifiable natural person. In the case of the Indian Data Protection Bill (2019),<sup>29</sup> the following data categories are defined:

- *Sensitive*: information on financials, health, sexual orientation, genetics, transgender status, caste, and religious belief.
- *Critical*: extraordinarily important, such as military or national security data.
- *General* data: the remaining data.

The Bill introduces different treatments for such categories. Thus, «critical personal data,» must be stored and processed only in India while

---

26 The European Commission has noted that «data generated by home temperature sensors may be personal in nature if it can be related to a living person, while data on soil humidity is not personal» (Communication from the Commission to the European Parliament, *op. cit.* p. 9).

27 See, R. KITCHIN, *The data revolution: Big data, Open data, Data Infrastructures & their Consequences* (Sage 2014) 1.

28 Further sub-categories may be defined in this regard. See, Daniel ABADI, *Machine v. Human generated data* (dbms Musings, 30 December 2010) <http://dbmsmusing.blogspot.com/2010/12/machine-vs-human-generated-data.html>.

29 Available at <https://www.insideprivacy.com/wp-content/uploads/sites/6/2019/12/India-Personal-Data-Protection-Bill-2019-Redline-of-Changes-2.pdf>.

«sensitive personal information,» must be stored within India but can be copied elsewhere provided certain conditions are met, notably that the destination country applies privacy protections to the data and does not prevent Indian law enforcement access to the data.<sup>30</sup>

### III. Data under copyright law

As illustrated by the *Feist* case mentioned above, the analysis about the legal status of data calls for the consideration of the applicability of the existing regimes of intellectual property, notably copyright.<sup>31</sup> Interestingly, the Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS Agreement) suggests that data (as contained in compilations) may be subject to copyright protection. Article 10(2) [Compilations of data] provides that:

*... Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself.*

It is unclear, however, what kind of «copyright subsisting in the data» the drafters of the Agreement were thinking of.

Of particular relevance to the discussion on data protection is the expression/idea dichotomy. With its incorporation into article 9.2 of the TRIPS Agreement, this doctrine has become a general principle of copyright law: «Copyright protection shall extend to expressions and not to ideas, procedures, methods of operation or mathematical concepts as such'. In the *Feist* case the US Supreme Court noted that»[a]ll facts – scientific, historical, biographical, and news of the day, may not be copyrighted and are part of the public domain available to every person.»<sup>32</sup> The court added that:

30 See, e.g., Arindrajit BASU and Justin SHERMAN, Key Global Takeaways From India's Revised Personal Data Protection Bill (23 January 2020) <https://www.lawfareblog.com/key-global-takeaways-indias-revised-personal-data-protection-bill>.

31 The protection of «trade-secrets» or, more generally, undisclosed information can also be relevant, but it is not discussed in this paper. See, e.g., Gianclaudio MALGIERI, «Trade Secrets v Personal Data: A Possible Solution for Balancing Rights» (2016) 6(2) International Data Privacy Law 102–116, available at: <https://ssrn.com/abstract=3002685>.

32 *Feist Publications Inc v Rural Telephone Service Co* [1991] 499 US 340, 111 S Ct 1282 at 348.

... the act/expression dichotomy limits severely the scope of protection in fact-based works. More than a century ago, the Court observed: «The very object of publishing a book on science or the useful arts is to communicate to the world the useful knowledge which it contains. But this object would be frustrated if the knowledge could not be used without incurring the guilt of piracy of the book.» Baker v. Selden, 101 U.S. 99, 103 (1880). We reiterated this point in Harper & Row: «No author may copyright facts or ideas. The copyright is limited to those aspects of the work – termed «expression» – that display the stamp of the author’s originality.

The idea/expression dichotomy is either expressly provided for in many countries in their legislation or has been otherwise recognized through case law.<sup>33</sup> However, in some countries, that principle has been narrowed down by the «mergers doctrine, in accordance to which»[w]here the expression of a fact or an idea merges with that fact or idea (for example, where there is only one or a very limited number of ways to express it), there can be no copyright protection since the practical result of any such protection would be to give a monopoly over the fact or idea».<sup>34</sup>

Some case law has further limited the idea/expression dichotomy based on some characteristics of data. In *New York Mercantile Exchange Inc. v. Intercontinental Exchange Inc.*, the US Court of Appeal for the Second Circuit considered that «the defendant’s copying of settlement prices generated by the plaintiff’s algorithm amounted to copyright infringement. Ultimately, the court characterized the issue as one of determining»the line between creation and discovery», in other words, whether the plaintiff was the author of the settlement prices or merely their discoverer ...».<sup>35</sup> In *BanxCorp v. Costco Wholesale Corp.*, «the court considered arguments that calculated percentages were original

---

33 In the case of Canada, for instance, case law has established that «[c]opyright protection only extends to the expression of ideas as opposed to the underlying ideas or facts.» Facts are in the public domain as «trite law» (*CCH Canadian Ltd v Law Society of Upper Canada* [2004] 1 SCR 339, 2004 SCC 13, CanLII), para 25. See also A. DRASSINOWER, A Rights-Based View of the Idea/ Expression Dichotomy in Copyright Law (2003) 16(1) Canadian Journal of Law & Jurisprudence, p. 3-21.

34 See Teresa SCASSA, Data Ownership, CIGI Papers N° 187, 2018, CIGI, available at: [https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20n° 187\\_2.pdf](https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Paper%20n°%20187_2.pdf), p. 9.

35 *Idem*, p. 8.

and therefore protected by copyright. The court seemed to accept the possibility that some facts could be authored». <sup>36</sup> It observed that

If the data purports to represent actual objective prices of actual things in the world ... it is an unprotectable fact; if the data purports to represent an estimated price of a kind of idealized ... then the hypothetical price may be eligible for some form of copyright protection in the right circumstances. <sup>37</sup>

In another case, the Canadian Supreme Court elaborated on the concept of «processed data». It held that

«any product derived, generated or created from the data, including, but not limited to any and all processed and reprocessed data, interpretations, maps or analyses, regardless of the form or medium on which it is displayed or stored». <sup>38</sup>

A different issue is whether a compilation or aggregation of data, which may be collected and organized in huge quantities, is protectable under copyright. While in the EU non-original databases can deserve a *sui generis* protection aimed at rewarding investment, <sup>39</sup> in most other countries a compilation – whether digital or not – could only be protected if the selection or arrangement of the data or materials is original. In the *Feist* case mentioned above the court stressed that «the *sine qua non* of copyright is originality». It held that:

Facts, whether alone or as part of a compilation, are not original and therefore may not be copyrighted. A factual compilation is eligible for copyright if it features an original selection or arrangement of facts, but the copyright is limited to the particular selection or arrangement. In no event may copyright extend to the facts themselves.

The European Directive on databases mentioned above remains an exception, as it does not require originality. Its model, however, has not inspired legislative changes in other countries. Importantly, the resources

---

36 Ibid.

37 *Corp v Costco Wholesale Corp* [2013] SDNY 978 F Supp (2d) 280. For an analysis of the Canadian case law, see Teresa Scassa, *op. cit.* p. 8-10.

38 2017 CanLII 80435 (SCC) *Geophysical Service Inc.*

39 See The Directive 96/9/EC of the European Parliament and of the Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, available at <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31996L0009:EN:HTML>.

used to create data are outside the EU sui-generis right; only resources used to seek and collect the data are within the Directive's scope.<sup>40</sup> The European Commission's evaluations of the effectiveness, efficiency, relevance, coherence and EU added value of the Directive, have not been encouraging in this regard: «[d]espite providing some benefits at the stakeholder level, the sui generis right continues to have no proven impact on the overall production of databases in Europe, nor on the competitiveness of the EU database industry».<sup>41</sup>

In summary, copyright legislation and case law has generally made it clear that protection under that regime does not extend to data as such, but only to an original expression thereof. However, the «mergers doctrine» – where recognized – may introduce a partial and possibly limited exception. The concept that «processed data» may be copyrightable opens up the possibility of claiming protection, which in any case would be subject to the requirement of originality, with some including when an aggregation or data, whether small or large (as allowed by digital technologies) is made. In this latter case, copyright protection does not cover the data as such, but only the way in which they are organized.

#### IV. What other rights over data?

A key issue to elucidate is what kind of other rights – beyond intellectual property – exists or can be recognized over data. As examined above, copyright may be deemed applicable in some circumstances, but these may be limited and irrelevant in the case of «raw data». Are there alternatives or should data remain in a legal limbo? An important concern is that the *statu quo*, that is the, lack of definition about such rights may consolidate the control of data markets by the biggest digital companies, notably Google, Amazon, Facebook and Apple (collectively known as

---

40 See, Ana RAMALHO, *Data Producer's Right: Power, Perils & Pitfalls* (2018) available at <https://cris.maastrichtuniversity.nl/en/publications/data-producers-right-power-perils-amp-pitfalls>.

41 European Commission, *Executive Summary of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases*, p. 1, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-and-executive-summary-evaluation-directive-969ec-legal-protection>.

«GAFAs») both in developed<sup>42</sup> as well developing countries.<sup>43</sup> This concern is aggravated by questions about the extent to which those companies comply with competition, consumer protection and tax laws.<sup>44</sup>

This section will discuss some possible options regarding the recognition of rights on data. The discussed options are not exhaustive, as there are many ways in which data private rights (including on access, remuneration, portability, rectification, erasure, objection to sharing, etc.) and public rights may be recognized. Possible *ex lege* solutions can also be complemented by contract law.<sup>45</sup>

## A. Data ownership

One of the approaches that has recently seen some traction, notably in economic and policy analyses, is based on «ownership» of data, namely the idea that data may be «owned» by individuals, entities or governments. This would mean not only that human persons could decide, for instance, on access to and use of personal data, but that States could exercise rights to regulate how data is stored, processed, accessed or used within their respective jurisdictions.

From a legal perspective, ownership of an intangible like data is problematic. Unlike the case of copyrightable works, patented inventions, etc.

42 For instance, around 19 in every 20 European internet searches are carried out on Google. See Big tech faces competition and privacy concerns in Brussels (23 March 2019) *The Economist*, available at: <https://www.economist.com/briefing/2019/03/23/big-tech-faces-competition-and-privacy-concerns-in-brussels>. The European Commission has also been active in fighting tax elusion and claiming the payment of taxes to by GAFAs. See, e.g., The European Union and the GAFAs issue, available at: <https://www.eyes-on-europe.eu/the-european-union-and-the-gafa-issue/>.

43 See, e.g., Parminder Jeet SINGH and Anita GURUMURTHY, Data Sharing Requires a Data Commons Framework Law DGN Policy Brief 02, 2020, Data Governance Network, available at: <https://itforchange.net/data-sharing-requires-a-data-commons>.

44 For instance, the European Commission has been active in fighting tax elusion and claiming the payment of taxes to by GAFAs to European governments. See, e.g., The European Union and the GAFAs issue, available at: <https://www.eyes-on-europe.eu/the-european-union-and-the-gafa-issue/>.

45 See, e.g., Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, available at <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32019L0770>.

data is produced and flows at a staggering speed and in huge volumes,<sup>46</sup> and is processed and reprocessed in multiple forms. While ownership might be claimed on a set of data, it would still be difficult to determine the boundaries of the protected «subject matter». Even in the realm of intellectual property, there are differing interpretations of the concept of «property» which can affect the scope of protection under the law on copyright, patents, trade marks and confidential information.<sup>47</sup> While a patent, a trademark, or design may be «owned», ownership in this case refers to the title to the exclusive rights conferred rather than to the inventions or signs *as such* that are protected under those titles. While in common law countries the concept of property or ownership is broad and encompasses both rights *in rem* as well as any legally enforceable claim and interest, including a diversity of rights *in personam*, the concept is narrower under continental law. But even in common-law countries, the application of the concept of «property» to trade secrets – in respect of which exclusive rights are not granted – has been controversial. For instance, it has been held that

neither information in general, nor confidential information in particular, are property in the strict understanding of that term, and that terminology associated with property while maybe useful in a descriptive sense, is best avoided in the interests of conceptual certainty.<sup>48</sup>

Notably, the TRIPS Agreement does not refer – as it does in the case of trademarks and patents – to «owners» of undisclosed information (such as technical know-how, secret commercial information) but to information lawfully within their control» (article 39.2).<sup>49</sup> As discussed above,

---

46 «Global Internet Protocol (IP) traffic, a proxy for data flows, grew from about 100 gigabytes (GB) per day in 1992 to more than 45,000 GB per second in 2017 (figure). And yet the world is only in the early days of the data-driven economy» (UNCTAD, 2019, *op. cit.* p. 1). By April 2020, every day 2.5 Quintillion bytes of data were created. See <https://www.dihuni.com/2020/04/10/every-day-big-data-statistics-2-5-quintillion-bytes-of-data-created-daily/>.

47 J. GRIFFITHS, *Concepts of Property in Intellectual Property Law* in H HOWE (ed), *Cambridge Intellectual Property and Information Law* (Cambridge University Press 2013).

48 A. COLEMAN, *The Legal Protection of Trade Secrets* (Sweet & Maxwell, 1992) p. 8.

49 See, e.g., Carlos CORREA, *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. A Commentary on the TRIPS Agreement* (Oxford University Press, second edition, 2020) p. 348.

data is the factual material on which information is built up and, in this sense, is less prone to a property right than any form of information.

One of the main advantages of ownership as applied to data is that it may facilitate its tradeability or exchange.<sup>50</sup> The recognition of «ownership» on data may present, however, some problems and have some systemic implications. For instance, if ownership were deemed to entail the right to give or not consent to platform and other suppliers for every use of personal data, individuals «would spend their lives doing nothing else».<sup>51</sup> It would also mean that the measurement of the current temperature is «owned» by somebody and cannot be used by others without the «owner's» authorization. Moreover, it would mean that data collected as a result of clinical studies undertaken in relation to a medicine could be deemed to be «owned» by the companies that originated the data, thereby preventing generic companies from using or relying on them without any time limit, unless new clinical studies – with the corresponding waste of resources and ethical implications – were carried out. Importantly, pharmaceutical and agrochemical test data are protected under the TRIPS Agreement in accordance with the discipline of unfair competition, which does not confer any exclusive rights, although the latter have been recognized, for a limited period, under a diversity of free trade agreements signed by the US and the EU with various partners.<sup>52</sup>

Ownership over information has been denied by courts in some instances. For instance, in one case the court stated that

Confidential information should not be, for policy reasons, considered as property by the courts for the purposes of the law of theft ... it is not capable of being taken as only tangibles can be taken ... save very exceptional far-fetched circumstances, the owner would never be deprived of it.<sup>53</sup>

---

50 See, the British Society, the Royal Society, TechUK, *op. cit.* p. 29.

51 See, the British Society, the Royal Society, *op. cit.*, p. 6.

52 See, e.g., Carlos CORREA, *Mitigating the Regulatory Constraints Imposed by Intellectual Property Rules under Free Trade. Agreements*, Research Paper 74, South Centre, available at [https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/02/RP74\\_Mitigating-the-Regulatory-Constraints-Imposed-by-Intellectual-Property-Rules-under-Free-Trade-Agreements\\_EN-1.pdf](https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2017/02/RP74_Mitigating-the-Regulatory-Constraints-Imposed-by-Intellectual-Property-Rules-under-Free-Trade-Agreements_EN-1.pdf).

53 *R v Stewart*, [1988] 1 SCR 963, 1988 CanLII 86 (SCC).

Ownership of data would mean not only to grant – unless exceptions are provided for – an absolute control (including to allow for or restrict access), but also a right without time limit. This will put «data owners» in a more advantageous situation than holders of many types of intellectual property rights, such as patents and designs, whose rights have time limits and are not renewable. Moreover, as further discussed below, the attribution of ownership rights would be particularly complex. As noted by Scassa,

If there is a data ownership right, how would such a right reflect factors such as the interests of a company that collects personal information and the interests of the data subjects in their personal information collected by that company? Is the right based on the source of the information or the investment of resources in defining the parameters of and harvesting that information?<sup>54</sup>

## **B. Sui generis exclusive rights**

The European Commission has proposed<sup>55</sup> the creation of a new exclusive data producers right for non-personal or anonymized data. The primary purpose of the proposal seems to be to boost the European participation in the digital economy by enhancing the tradability of non-personal or anonymized machine-generated data as a distinct economic good.<sup>56</sup> A right to use and authorize the use of non-personal data could be granted to the «data producer», such as the owner or long-term user (i.e. the lessee) of a digital device. The proposed right would provide the right holder with civil remedies, the possibility of requesting injunctions and even to prevent the «infringer» from commercializing products based on the misappropriated data.

---

54 Teresa SCASSA, *op. cit.*, p. 15.

55 See Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Building a European Data Economy, COM (2017) 9 final, 10.1.2017, available at: <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-9-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF>.

56 The Commission proposal pursues the following objectives: «Improve access to anonymous machine-generated data; Facilitate and incentivise the sharing of such data; Protect investments and assets; Avoid disclosure of confidential data; Minimise lock-in effects».

One of the preparatory studies for this proposal by the European Commission noted that «[t]he concept of»data ownership« is far less controversial for companies than thought when the study was launched; access to and (re-)use of data are much more important».<sup>57</sup> However, as one commentator noted in respect of the new *sui generis* right, it does not seem to amount to an «ownership» right:

[t]he core of this right would center on the defensive elements provided by an *in rem* right. According to the Commission such a right would «equate[s] to a protection of a de facto «possession» rather than to the concept of «ownership». The characteristics of this proposal point more to tort-liability rules similar to the protection offered by the Trade Secrets Protection Directive.<sup>58</sup>

Regarding the justification of the proposed right, the same author concludes that

The data producer's right, according to the Commission's proposal, is one of the options for improving the European data economy. However, as this article has demonstrated it is at the least highly questionable whether such a measure would actually be productive. The current theoretical and practical considerations, when weighed

57 Study on emerging issues of data ownership, interoperability, (re-)usability and access to data, and liability, 2018, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-emerging-issues-data-ownership-interoperability-re-usability-and-access-data-and>. See also European Commission, 2017, Commission Staff Working Document on the Free Flow of Data and Emerging Issues of the European Data Economy, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>; European Commission, 2018, Study in Support of the Evaluation of Directive 96/9/EC on the Legal Protection of Databases, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/study-support-evaluation-database-directive>; European Commission, 2019, Building a European data economy, available at: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/building-european-data-economy>.

58 Ivan STEPANOV, Introducing a property right over data in the EU: the data producer's right – an evaluation (2020) 34(1) *International Review of Law, Computers & Technology* 65–86, <https://doi.org/10.1080/13600869.2019.1631621>, p. 74. See also Ana RAMALHO, op. cit. («It is doubtful that the utilitarian rationale, based on the idea of incentive, can justify the creation of an IP right in data. Data is produced independently of incentives; there is no underproduction of data that needs to be remedied (in fact, quite the contrary is true)»).

from both the pro and contra sides, do not indicate that the introduction of such a right is justifiable in relation to the risk it carries.<sup>59</sup>

The Max Planck Institute for Innovation and Competition had, similarly, expressed a negative opinion in relation to the creation of an exclusive right over data:

The Institute takes a stance as regards the introduction of exclusive rights in data, special legal protection of algorithms used in data analysis, as well as the questions on the applicability of the current EU legal framework for the sui- generis database rights and trade secrets to individual data and data- sets. The Institute sees no economic justification for the introduction of new exclusive rights in data, which could even hamper the functioning of the data-driven economy. In contrast, the statement emphasizes the importance of access to data in order to ensure the proper functioning of data-driven markets.<sup>60</sup>

### C. Sovereign rights

As noted above, many countries are concerned because of their lack of capacity to regulate the processing, storage, processing, transmission and use of data in their jurisdictions, and the implications of this situation for their economies. Concerns regarding the loss of sovereignty, mainly as a result of the power and influence of big digital companies, have been expressed in both developing and developed countries. Thus, German Chancellor Merkel said in June 2019: «The EU should claim <digital sovereignty> by developing its own platform to manage data and reduce its reliance on the US-based cloud services run by Amazon, Microsoft and Google».<sup>61</sup>

---

59 Id. p. 80.

60 Josef DREXL, Reto HILTY, Luc DESAUNETTES-BARBERO, Franziska GREINER, Daria KIM, Heiko RICHTER, Gintare SURBLYTE and Klaus WIEDEMANN, Data Ownership and Access to Data – Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 16 August 2016 on the Current European Debate Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 16-10, 16 August 2016, available at <https://ssrn.com/abstract=2833165> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2833165>.

61 Guy CHAZAN, Angela Merkel urges EU to seize control of data from US tech titans, *Financial Times* (12 June 2019), available at: <https://www.ft.com/content/956ccea6-0537-11ea-9afa-d9e2401fa7ca>.

The recognition of sovereign rights over data is a possible response to those concerns. It may be exercised through the attribution of «ownership» or through other legal means. Thus, data privacy laws can address individual rights concerning personal data, including access to and use thereof. Consumers' protection laws can be adopted to ensure the legal responsibility of digital platforms and to provide, *inter alia*, for accessible dispute resolution mechanisms.<sup>62</sup> Cybersecurity laws can be enacted to prevent incidents that threaten individual privacy, economic activities, the confidence of users, and the operation of infrastructure and networks critical to each country.<sup>63</sup> Other legal frameworks can be put in place to achieve diverse policy objectives, including in relation to the gathering, storage, access to and use of governmental data.

One of the measures adopted in many countries, as mentioned, is «data localization»,<sup>64</sup> which focus on the transborder transmission of data.<sup>65</sup> In accordance with a survey, currently there are at least around 84 «data localisation requirements» imposed across 64 countries.<sup>66</sup> Such measures may «include a specific requirement to locally store copies of data, local content production requirements, or imposing conditions on cross border data transfers that in effect act as a localization mandate».<sup>67</sup> As digital transborder exchanges are generally less constrained than money,

---

62 See, e.g. Teresa MOREIRA, Consumer protection crucial for the digital economy to thrive (13 March 2020), available at: <https://unctad.org/en/pages/newsdetails.aspx?OriginalVersionID=2304>.

63 See, e.g., Martti LEHTO, The Cyberspace Threats and Cyber Security Objectives in the Cyber Security Strategies (August 2015), available at: [https://www.researchgate.net/publication/275997857\\_The\\_Cyberspace\\_Threats\\_and\\_Cyber\\_Security\\_Objectives\\_in\\_the\\_Cyber\\_Security\\_Strategies](https://www.researchgate.net/publication/275997857_The_Cyberspace_Threats_and_Cyber_Security_Objectives_in_the_Cyber_Security_Strategies).

64 Including developing and developed countries, such as Australia, Canada, New Zealand, Russia, and the EU in respect of personal data in accordance with the GDPR.

65 The North American and Western European regions are the target of no less than 94 % of the cross-border web requests; sub-regions that have goods trade surpluses tend to have information (web) flow deficits. See Milton Mueller and Karl Grindal, *op. cit.*

66 Arun S. NAIR, *op. cit.* p. 15.

67 Arindrajit BASU, Elonnai HICKOK and Aditya Singh CHAWLA, The Localisation Gambit Unpacking Policy Measures for Sovereign Control of Data in India (Center For Internet & Society, 2019) <<https://cis-india.org/internet-governance/blog/the-localisation-gambit-unpacking-policy-moves-for-the-sovereign-control-of-data-in-india> p. 23.

physical goods and people,<sup>68</sup> data localization aims at mitigating the economic disadvantages and security risks associated with foreign corporations controlling data in a country. It has been noted in this regard that

While this digital transformation is inevitable, it is imperative that we, as a nation, equip ourselves to handle the negative implications of external influence caused by foreign dependencies and non-regulatory nature of the new information ecosystem ... The modern ICT-driven mass communication systems, especially social media services, have an unprecedented positive impact on society and foster inclusion at an epic scale. Yet, most of these are dominated and operated by foreign platforms and hence hard to be brought under state regulations and policies, especially in third world countries.<sup>69</sup>

Data localization, in sum, is one of the means to exercise sovereignty over data and preserve some capacity to protect citizens and promote economic activities based on the local storage and use of data. The implementation of this type of measures – as well as of other policies mentioned above – does not require assertion of ownership rights in data, and depends on the policy options made by a State about how to participate in and benefit from the digital economy.

While having in view the differences in content and context, it is worth mentioning that the Convention on Biological Diversity (CBD) recognizes States sovereign rights over genetic resources.<sup>70</sup> These resources are defined by the Convention on the basis of the concept of «genetic material».<sup>71</sup> Genetic resources are not tangible materials, but informa-

---

68 See, Milton MUELLER and Karl GRINDAL, Is It «Trade?» Data Flows and the Digital Economy TPRC 46: The 46th Research Conference on Communication, Information and Internet Policy 2018 (30 August, 2018) available at: <https://ssrn.com/abstract=3137819>.

69 Bilal ZAKA, Digital Transformation: Prioritizing Data Localization, South Views No. 206, 25 September 2020, South Centre, available at <https://www.southcentre.int/southviews-no-206-25-september-2020/#more-15177>.

70 Article 3: States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction, available at <https://www.cbd.int/convention/articles/?a=cbd-03>.

71 «Genetic material: any material of plant, animal, microbial or other origin containing functional units of heredity» (article 2, CBD).

tion.<sup>72</sup> Evidence of this is the fact that, currently, it is sufficient to get access to digital sequence information (or genetic sequence data) to extract the value from biological resources. As noted by a commentator,

The genetic sequences from plants, animals or micro-organisms could be used to support conservation and sustainable use of biological diversity, to develop and commercialize new products and processes, or for other purposes. The technological advances in the sequencing (including entire genomes), the increased capacity to store and manage data and falling costs have resulted in amazing quantities of information being stored in thousands of public or private databases.<sup>73</sup>

Like in the case of genetic information, States can claim and exercise sovereign rights over data that are produced and stored in their jurisdiction, and regulate them under a diversity of measures and with different purposes, with or without asserting ownership rights.

#### D. Digital public goods

In his 1958 book, *The Affluent Society*, John Kenneth Galbraith noted that society's generated an over-supply of private goods and there was, at the same time, a growing under-supply of public goods.<sup>74</sup> In the 1990s, the concept of «global public goods» gained growing acceptance in the debates about the Millenium Development Goals<sup>75</sup> and in the economic literature, as illustrated by the work by Joseph Stiglitz<sup>76</sup> and other scholars.<sup>77</sup> An International Task Force on Global Public Goods was consti-

72 Manuel RUIZ MULLER, *Genetic Resources as Natural Information: Implications for the Convention on Biological Diversity and Nagoya Protocol* (Routledge Studies in Law and Sustainable Development 2015).

73 Jorge CABRERA MEDAGLIA, *Digital Sequence Information (DSI) and National Measures: Approaches and Perspectives* South Views No. 205, 31 August 2020, South Centre, available at <https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2020/08/SouthViews-Cabrera.pdf>.

74 A «public good» is characterized by its non-excludability and non-rivalry, in economic terms.

75 See, e.g., [https://www.undp.org/content/undp/en/home/sdoverview/mdg\\_goals.html](https://www.undp.org/content/undp/en/home/sdoverview/mdg_goals.html).

76 Joseph E. STIGLITZ, *Global Public Goods and Global Finance: Does Global Governance Ensure that the Global Public Interest is Served?*, in Jean-Philippe Touffut (ed.), *Advancing Public Goods*, (Edward Elgar Publishing 2006) ch 7.

77 Inge KAUL, Isabelle GRUNBERG, and Marc STERN, *Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century* (November 2003) Oxford Scholarship

tuted in 2003 to identify relevant international public goods from a perspective of reducing poverty and to study the financing issues.<sup>78</sup>

More recently, the High-level Panel on Digital Cooperation established by the UN Secretary General has suggested that

[m]any types of digital technologies and content – from data to apps, data visualisation tools to educational curricula – could accelerate achievement of the SDGs. When they are freely and openly available, with minimal restrictions on how they can be distributed, adapted and reused, we can think of them as «digital public goods». In economics, a «public good» is something which anyone can use without charge and without preventing others from using it. Digital content and technologies lend themselves to being public goods in this respect. Combinations of digital public goods can create «common rails» for innovation of inclusive digital products and services.<sup>79</sup>

The suggestion of the UN Panel is far reaching, as it relates not only to data but also to digital applications and content. More elaboration would be needed to understand the implications of the concept of «digital public good» as applied with this proposed broad scope. Its application to data – which by its very nature is non rivalrous and not excludable<sup>80</sup> –, in particular, would mean that no private rights, including ownership or other exclusive rights, should be recognized and enforced, thereby

---

Online <<https://www.oxfordscholarship.com/view/10.1093/0195130529.001.0001/acprof-9780195130522-chapter-15>>.

78 This Task Force identified the following priority global public goods: (a) preventing the emergence and spread of infectious disease, (b) tackling climate change, (c) enhancing international financial stability, (d) strengthening the international trading system, (e) achieving peace and security, and (f) generating knowledge. See, Summary Report of the International Task Force on Global Public Goods (2006), available at: [https://www.keionline.org/misc-docs/socialgoods/International-Task-Force-on-Global-Public-Goods\\_2006.pdf](https://www.keionline.org/misc-docs/socialgoods/International-Task-Force-on-Global-Public-Goods_2006.pdf). See also U. Sankar, «Global Public Goods» Trade Working Papers 22510, 2008, East Asian Bureau of Economic Research, available at: <https://ideas.repec.org/p/eab/tradew/22510.html>.

79 UN High-level Panel on Digital Cooperation, *The age of digital interdependence Report of the UN Secretary-General's High-level Panel on Digital Cooperation*, available at: <https://digitalcooperation.org/wp-content/uploads/2019/06/Digital-Cooperation-report-web-FINAL-1.pdf>, p 17.

80 See, the British Society, the Royal Society, TechUK, Data ownership, rights and controls: reaching a common understanding (2018) available at: <https://royalsociety.org/~media/policy/data-governance/data-ownership-rights-and-controls-October-2018.pdf>, p. 5 and 20.

leading to a system of free access, processing, transmission and use of data. However, the Panel expressed a clear concern about the protection of individual rights and recommended «that a broad, multi-stakeholder alliance, involving the UN, create a platform for sharing digital public goods, engaging talent and pooling data sets, in a manner that respects privacy, in areas related to attaining the SDGs».<sup>81</sup>

The concept of «digital public good» as applied to data may also be understood as suggesting that no sovereign rights should be exercised over it. This can raise concerns for those aiming at implementing regulations that bolster the capacity of countries to benefit economically from the data generated in their territories, notably to increase the capacity of local businesses to compete in a so far oligopoly-dominated market. However, the recognition of data as a «digital public good» may not mean to set up a lawless system, but one in which States' regulations and actions converge to the global benefit, including the realization of human rights.<sup>82</sup>

## V. Who can claim rights over data?

If rights were to be recognized/created over data, a key and complex question is who will hold them. Large quantities of data refer to individuals' identity, acts (e.g. online purchase of goods) and preferences (e.g. consumer patterns), but there are also huge volumes of data generated by companies, governments and other entities. In some cases, as noted above, data is created with direct human intervention and, in others, by machines, including sensors.

Although often personal data are perceived as individually created, data is in fact co-produced. Data are created through transactions/interactions with Internet platforms, credit card companies, online providers, etc. As noted in a report,

Personal data has the axiomatic property of co-production. It is generated through human activity, but collected through technology

---

81 *Id.*, p. 8.

82 See, e.g., Neil WALKER, *Human Rights and Global Public Goods: The Sound of One Hand Clapping* Indiana Journal of Global Legal Studies, Forthcoming; Edinburgh School of Law Research Paper N° 2015/21, 21 July 2015, available at: <https://ssrn.com/abstract=2633446>.

owned by a firm. The individual must therefore own a technology/device (the HAT Microserver) that is able to collect data in such a way that both the firm and the individual, as co-producers, would have access rights to it in real time and on demand.<sup>83</sup>

Who would then hold the right over the recorded data, for instance, in the case of an on-line purchase: the individual (source), the company that provided the digital infrastructure, the particular vendor of a good or service, the company that processes, combines and/or aggregates the data?

Who would «own» the data, if the ownership approach were adopted? Possible options suggested by the literature include:

- Individual provider (source)
- Collecting entity
- Data compiler (aggregation of data)
- Device manufacturer (e.g. of sensors)
- Device user
- Communities or States.<sup>84</sup>

India's Personal Data Protection Bill (DPB), for instance, provides that the *data provider* is the owner of personal data.<sup>85</sup> In accordance to the European Commission, the manufacturer of a sensor, or its long-term user, would be the right holder of data.<sup>86</sup> Some situations that, at first sight, may be seen as clear-cut for the purposes of attributing rights may be more complex than presumed. For instance, the UN Panel report mentioned above, observed that personal data

«... can serve development goals, if handled with proper oversight to ensure its security and privacy. For example, individual health data is extremely sensitive – but many people's health data, taken together, can allow researchers to map disease outbreaks, compare the effectiveness of treatments and improve understanding of conditions.»

---

83 See, the British Society, the Royal Society, TechUK, op. cit. p. 19.

84 See, e.g., Parminder Jeet SINGH and Anita GURUMURTHY, op. cit.

85 See, <https://hbr.org/2019/12/how-india-plans-to-protect-consumer-data>.

86 See, Anna RAMALHO, op. cit.

Aggregated data from individual patient cases was crucial to containing the Ebola outbreak in West Africa.<sup>87</sup>

Despite the sensitivity of individual health data, it has been considered to be «owned» by the doctor, and that the patient simply has an expectation that his/her interest in that information and that his/her and control of the information will continue (see Box 2).

### **Box 2. Who owns patient's health records?**

*McInerney v MacDonald*, [1992] 2 SCR 138, 1992 CanLII 57 (SCC)

A patient made a request to her doctor for copies of the contents of her complete medical file. The doctor delivered copies of all notes, memoranda and reports she had prepared herself but refused to produce copies of consultants' reports and records she had received from other physicians who had previously treated the patient, stating that they were the property of those physicians and that it would be unethical for her to release them. She suggested to her patient that she contact the other physicians for release of their records. The patient's application in the Court of Queen's Bench for an order directing her doctor to provide a copy of her entire medical file was granted. A majority of the Court of Appeal affirmed the judgment.

In the absence of legislation, a patient is entitled, upon request, to examine and copy all information in her medical records which the physician considered in administering advice or treatment, including records prepared by other doctors that the physician may have received. Access does not extend to information arising outside the doctor-patient relationship. The patient is not entitled to the records themselves. The physical medical records of the patient belong to the physician.

87 UN High-level Panel on Digital Cooperation, op. cit., p. 17.

The physician-patient relationship is fiduciary in nature and certain duties arise from that special relationship of trust and confidence. These include the duties of the doctor to act with utmost good faith and loyalty, to hold information received from or about a patient in confidence, and to make proper disclosure of information to the patient. The doctor also has an obligation to grant access to the information used in administering treatment. This fiduciary duty is ultimately grounded in the nature of the patient's interest in the medical records. Information about oneself revealed to a doctor acting in a professional capacity remains, in a fundamental sense, one's own. **While the doctor is the owner of the actual record, the information is held in a fashion somewhat akin to a trust** and is to be used by the physician for the benefit of the patient. The confiding of the information to the physician for medical purposes gives rise to an expectation that the patient's interest in and control of the information will continue. The trust-like «beneficial interest» of the patient in the information indicates that, as a general rule, she should have a right of access to the information and that the physician should have a corresponding obligation to provide it. The patient's interest being in the information, it follows that the interest continues when that information is conveyed to another doctor who then becomes subject to the duty to afford the patient access to that information. Further, since the doctor has a duty to act with utmost good faith and loyalty, it is also important that the patient have access to the records to ensure the proper functioning of the doctor-patient relationship and to protect the well-being of the patient ... The trust reposed in the physician by the patient mandates that the flow of information operate both ways.

The patient's general right of access to medical records is not absolute. If the physician reasonably believes it is not in the patient's best interests to inspect the medical records, the physician may consider it necessary to deny access to the information. Considering the equitable base of the patient's entitlement, when a physician refuses a request for access, the patient may apply to the court for protection against an improper exercise of the physician's discretion ...

Source: <https://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1992/1992canlii57/1992canlii57.html>.<sup>88</sup>

The decision in *McInerney v MacDonald* shows how complex the allocation of rights may be, including in relation to health-related personal data.

## VI. Conclusion

Technology changes often challenge existing legal frameworks. The emergence of big data is a new and outstanding example of such situations. A taxonomy is necessary to address the legal dimensions of data and to design legal regimes suitable to different categories thereof.

Copyright legislation and case law have generally made it clear, with some qualifications, that the protection conferred under that regime does not extend to data as such, but only to an original expression thereof. Other possible legal options exist in relation to rights over data and their content, as well in respect of who would possess them (natural and legal persons, States). Such options include ownership, sovereign rights and *sui generis* rights. Data can also be considered as «digital public goods». Of course, the implications of these different approaches would be significant in relation to the management and governance of data.

The concept of «data ownership» suggests an individualistic approach, although it has also been suggested as an entitlement of States. While it has a lot of «intuitive power»,<sup>89</sup> it presents some limitations and raises complex questions, such as who the owner of data would be. The recognition of sovereign rights in respect of data – as the CBD did in relation to genetic resources – would help to confirm countries' rights to legislate on the matter and to take measures, *inter alia*, to protect individual privacy and consumers, as well to create an environment in which new digital businesses can emerge and contribute to socio-economic development.

The design of a legal framework for data should not be seen as a purely legal endeavour, nor be made in isolation from other national policies. How such a framework is designed matters for what kind of insertion a society will have in the digital economy, and the extent to which a country will be able to benefit from the opportunities open by big data. The

---

89 See the British Society, the Royal Society, TechUK, *op. cit.*, p. 4.

current policy space to devise legal regimes adapted to national circumstances allow, without prejudice to engaging into regional and international cooperation, for searching new solutions that take into account differences in legal systems, levels of economic and technological development and national objectives and priorities.

# The Regulation of Non-Personal Data in the EU and the 2020 Data Strategy

ALAIN STROWEL\* / LAURA SOMAINI\*\*

Data are<sup>1</sup> nowadays widely considered as the most valuable currency of the digital economy. Since a few years<sup>2</sup>, it is commonly compared to the new oil that must be properly extracted, refined, transported, stored – with the risk of leaks –, then valued, sold, used. But the analogy might be misleading as data are non-rivalrous goods<sup>3</sup>, and the amount of data is virtually infinite.<sup>4</sup> Also not all data have value, or the same value, and the value often rapidly drops if the data are not updated (while oil has a well-defined value on the world markets, even if it can fluctuate over time). More importantly, the value of data largely depends on who «owns»

---

\* Professor UCLouvain, Université Saint-Louis, Brussels, KULeuven and Munich IP Law Center, Attorney.

\*\* LL.M, Associate at Pierstone Brussels.

1 This chapter will use the term «data» in the plural, but it is increasingly used in the singular form and treated as a mass noun. This linguistic development brings «data» closer to the word and concept of «information» which takes a singular verb (see the remark by R. KITCHIN, *The Data Revolution. Big Data, Open Data, Data Infrastructures & Their Consequences*, Sage, 2014, p. XIV).

2 The May 6, 2017 issue of *The Economist* with its cover representing the Big Tech companies as offshore oil platforms has often been mentioned to illustrate the oil analogy. Its lead article was entitled «The world's most valuable resource is no longer oil, but data», and the inside article «Data is giving rise to a new economy».

3 Goods are rivalrous when the use by someone reduces the possibility of someone else to benefit from the same goods. With data or information, several persons can jointly enjoy them without interfering with one another's usage.

4 See the reply to *The Economist* by A. RAJAN, «Data is not the new oil», BBC News, 9 Oct. 2017, <http://www.bbc.com/news/entertainment-arts-41559076> accessed May 10, 2020). Because of the super-abundance of data, this author prefers to compare data with sunlight. Many other analogies have been used in the literature: data as electricity, air, light. All of them catch some features of the complex reality that characterizes data.

the data and what the «owner»<sup>5</sup> can make out of the data. Data constitute a much more volatile, and much less tradable, asset than oil. That said, data have become a valuable resource which is «a driver of growth and change», and has «created new infrastructure, new businesses, new monopolies, new politics<sup>6</sup> and – crucially – new economics».<sup>7</sup> In so far, the oil analogy, despite its limits, has some merit.

The control of, and access to, valuable resources is largely organized by private parties. This is also the case with data. Private operators use various *de facto* tools, such as technological protection or organizational measures, to control access to data and define the data access conditions by agreements, including non-disclosure agreements. Because of the broader relevance of data for many public policies, data access and control are as well regulated by public laws. In the present contribution, we review some EU instruments and policies for the public regulation of data, keeping in mind that private ordering of data has probably more impact on the flows of data than the still sketchy public regulation of data.

The present chapter focuses on the regulation of data flows in business-to-business (B2B) relations. In this B2B context, the focus is on industrial, non-personal or technical<sup>8</sup> data. As we will see in part III, the recently adopted EU Data Strategy<sup>9</sup> is also focusing on industrial or non-personal data. With the 2018 Regulation on the free flow of non-

---

5 The terms «owner of data» does not imply the recognition of an ownership right on data. The person who «owns» data has some «control» of data.

6 See E. MOROZOV, *Le mirage numérique. Pour une politique du Big Data*, Les prairies ordinaires, 2015 (French translation) and other quite critical comments of the same author on the digital future promised by Silicon Valley: *To Save Everything, Click Here: Technology, Solutionism, and the Urge to Fix Problems That Don't Exist*, Allen Lane, 2011.

7 «Data is giving rise to a new economy», *The Economist*, 6 May 2017. See below under parts II and III. for the discussion of the measures needed for the development of the European Data Economy.

8 As explained below (under I), we consider industrial or technical data as equivalent expressions to refer to non-personal data in the B2B context.

9 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, A European strategy for data, Brussels, COM(2020) 66 final, 19.2.2020 («Data Strategy»).

personal data (FFD Regulation)<sup>10</sup>, the EU has already defined a minimum framework for the circulation of industrial data in Europe. In part II, we will review the existing framework, in particular the FFD Regulation. But before that, we present in part I the pillars of data regulation in the EU and discuss the main data regime that should be distinguished.

## I. The Horizontal Instruments for Regulating Data Sharing in the EU and the Main Data Regimes

### 1. Brief Overview of Data Regulation in the EU

Several reviews of the various instruments that regulate data in the EU have already been proposed in the literature. Some instruments reinforce the control on data and thus favor data appropriation<sup>11</sup>, others aim to fluidify the data exchanges and facilitate data access. The table below shows that several building blocks which influence the horizontal regime of data access and appropriation have been recently adopted (in particular in 2019 at the end of the term of the Juncker Commission). The four most recent instruments regulating some aspects of the flow of *non-personal data* are:

- The 2018 FFD Regulation (already mentioned) on which we focus below under part II;
- The 2019 Open Data Directive which updates the rules facilitating the re-use of public sector information;<sup>12</sup>

---

10 Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, [2018] OJ L303.

11 On this, see: A. STROWEL, *Big data and data appropriation in the EU*, in T. APLIN (ed.), *Research Handbook on Intellectual Property and Digital technologies*, Edward Elgar, 2020, p. 107-134.

12 Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information, OJ L 172, 26.6.2019, p. 56.

- The 2019 Copyright in the Digital Single Market (CDSM) Directive which regulates access to data through two text and data mining (TDM) exceptions to copyright and to the database right;<sup>13</sup>
- The 2019 Digital Content Directive which regulates some aspects of the supply of data in digital form and the services allowing the storage and processing of data, for instance in the cloud.<sup>14</sup>

Those various instruments complement, and sometimes conflict with, previous horizontal instruments that define two main categories of data (from a regulatory point of view):

- *Personal data* whose protection regime is defined in the GDPR;<sup>15</sup>
- *Confidential data* whose appropriation regime is determined by the Trade Secret Directive.<sup>16</sup>

---

13 Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on copyright and related rights in the Digital Single Market and amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, OJ L 130, 17.5.2019, p. 92. In particular Articles 3 and 4 delimit the two text and data mining exceptions. See on those provisions: R. DUCATO and A. STROWEL, *Limitations to Text and Data Mining and Consumer Empowerment: Making the Case for a Right to «Machine Legibility»*, IIC, 2019, Volume 50/6, p. 649-684 and R. DUCATO and A. STROWEL, *Ensuring Text and Data Mining: Remaining Issues with the EU Copyright and Database Exceptions*, forthcoming in EIPR, 2020.

14 Directive (EU) 2019/770 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2019 on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content and digital services, OJ L 136, 22.5.2019, p. 1-27.

15 Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC, OJ L 119, 4.5.2016.

16 Directive 2016/943 of the European Parliament and of the Council of 8 June 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure (O.J., 15.6.2016, L 157/1). For a commentary of the directive, see: V. CASSIERS and A. STROWEL, «La directive du 8 juin 2016 sur la protection des secrets d'affaires», in *Le secret*, Anthemis, 2017, p. 31-94.

**Table 1: Respective Focus on Data Appropriation or Data Access in the Horizontal Regulation of Data in the EU**

Data appropriation		Data access	
Trade Secrets Dir. (2016)	↔	Open Data Dir. (2019)	
Database Dir. (1996)			
Infosoc Dir. (2001)	↔	TDM in CDSM Dir. (2019)	
GDPR (2016)			
FFD Reg. (2018)			
Digital Content Dir. (2019)			

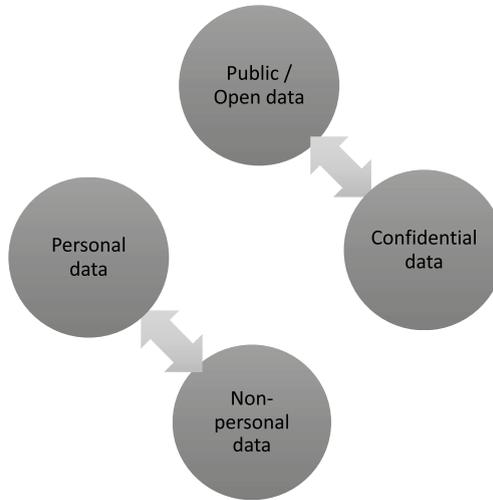
## 2. The Four Main Data Regimes Under EU Law

The relations between those various instruments are quite complex for various reasons. First their scope of application *rationae materiae* is broadly defined – no need to stress that the definition of personal data is very broad, but the same is true for the definition of confidential data (see below). Second, those various regimes do not exclude the application of another regime: for instance personal data that remain confidential might have an economic value and fall under the trade secret protection; a database containing personal data will be subject both to the rules of the Database Directive<sup>17</sup> and of the GDPR; personal data can operate as the counterpart in a contract providing free access to digital content. Many other relations and overlaps between those regimes can exist. There are however two cases where no overlap of regime is possible: what is open (or public) data cannot fall at the same time under the regime of confidential information and trade secret protection; similarly, as shown in the table 2 below, there is in theory no overlap between the legal protection of personal data and the regime for non-personal data as their respective definition excludes the joint application of the GDPR and FFD Regulation. Nevertheless, further below we will discuss how overlaps between those two regimes are, in practice, possible. Third, as data are dynamic and highly contextual, the nature of the same data

<sup>17</sup> Directive 96/9/EC of the European Parliament and Council of 11 March 1996 on the legal protection of databases, O.J., 27.3.1996, L77/20.

can evolve depending on the context, space and time: for instance, non-personal data can mutate into personal data if at some point a new tool allows to link the data to an individual; some open data can be integrated in a privately-held database and become indirectly protected through the database right or as trade secret.

**Table 2: Main Legal Regimes of Data in the EU**



### a) Open (or Public) Data

Open data can be defined as data whose access, reuse, or redistribution is free, subject at most to the requirement of attribution.<sup>18</sup> Open data include public sector information or government data, that is all the information produced or collected by public bodies (for ex. statistics, weather data, data as the result of publicly funded research projects, etc.).<sup>19</sup> Open data cannot be appropriated by the use of technological protection measures. The claims for more openness have been expressed by various groups, using sometimes the same arguments, but with a different agenda: NGOs might share with business organizations the same discourse on accountability and improved access to governmental data,

<sup>18</sup> There are of course huge debates about the scope of those access and reuse rights. A free access for example can be compatible with the payment of a reasonable fee for the reproduction cost (see the discussion by R. KITCHIN, *op. cit.*, p. 50 ff.).

<sup>19</sup> See the Open Data webpage of the EU Commission: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/open-data>, accessed on May 10, 2020.

but for civic reasons, while companies might want to remonetize public data.<sup>20</sup> The open data movement developed over the last decades, parallels the campaigns in favor of the right to information and the increase of transparency within public administration. This has led to the adoption of many laws on the freedom of information (FOI) or the access to public documents. In the EU, one can distinguish the non-legislative measures, such as the EU and Member States policies on open data (for ex. the European Data Portal and the EU Open Data Portal<sup>21</sup>) and the legislative measures, in particular the «public sector information» (PSI) Directive, which was replaced in 2019 by the Open Data Directive.<sup>22</sup>

Access to data for public interest (and research) is an important dimension of the EU data policy. The revision of the PSI directive initiated by a public consultation in 2017 has contemplated the introduction of a so-called «reverse-PSI provision». Reversing the approach of the PSI Directive would entail the possibility for public sector bodies to reuse privately-held data. A mandatory reverse-PSI provision does not appear on the more recent EU legislative agenda, but there is a clear interest of the EU institutions to facilitate the access to business data for shaping public policies along the business-to-government (B2G) axis. In February 2020, following the publication of the experts group's report on B2G data sharing<sup>23</sup>, the Commission has presented their proposals under a title which looks like a whole program for the future: «Experts say privately held data available in the EU should be used better and more».<sup>24</sup> Among the suggested legal and investment measures one finds:

---

20 See R. KITCHIN, *op. cit.*, p. 113-114.

21 See <https://www.europeandataportal.eu/> and <http://data.europa.eu/euodp/en/home>.

22 Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the reuse of public sector information, revised by the directive 2013/37/EU of the European Parliament and of the Council of 26 June 2013, later replaced by the Directive (EU) 2019/1024 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on open data and the re-use of public sector information, OJ L 172, 26.6.2019, p. 56.

23 Toward a European strategy on business-to-government data sharing for the public interest, Final report prepared by the High-Level Expert Group on B2G Data Sharing, Febr. 2020 (available on <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-say-privately-held-data-available-european-union-should-be-used-better-and-more>). (accessed on May 10, 2020).

24 See <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/experts-say-privately-held-data-available-european-union-should-be-used-better-and-more>. (accessed on May 10, 2020).

putting in place national governance structures, setting up a recognized function («data stewards») in public and private organizations, creating incentives for companies to share data, and providing support to develop the technical infrastructure. The next step could as well explore the creation of a cross-EU regulatory framework. Such B2G sharing policies might have valuable applications in various sectors, for instance in the field of transport and mobility.<sup>25</sup> The EU Data Strategy, as we will see (part III) is focused on the creation of specific data spaces in a B2B perspective but those data spaces could as well benefit from the incentives for B2G data sharing.

## b) Confidential Data

The Trade Secret Directive does not create a new right on data, but aims to harmonize and define the protection against certain unlawful acts in relation to confidential information. The trigger for trade secret violation, that is the «unlawful acquisition, use or disclosure» of the secret, vindicates a liability approach based on the condemnation of improper behavior. Trade secret protection under the EU directive is thus not really property.<sup>26</sup> The trade secrets protection however generates an additional way for companies to control data<sup>27</sup>, as it applies to «information which meets all of the following requirements: (a) it is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its com-

25 For an application in the field of mobility, see A. STROWEL and C. DELRONGE, «Data Sharing For a Smarter Mobility and For Connected Vehicles: How the design of the data flows contributes (or not) to transport policy and innovation», in A. STROWEL and CHR. LAZARO (sous la dir.), *Des voitures autonomes à l'intelligence artificielle. Droit, politique et éthique*, Larcier, 2020, p. 187–206.

26 The Trade Secret Directive expands the protection in the direction of a property right, when it offers the remedies for trade secret violations in the case of «infringing goods». Infringing goods are defined as «goods, the design, characteristics, functioning, production process or marketing of which significantly benefits from trade secrets unlawfully acquired, used or disclosed» (Art. 1(4)). The possibility to obtain measures against the embodiment of the trade secret violation in infringing goods points to the propertization of trade secret protection. This arguably goes beyond what existing protections of trade secrets confer when based on tort or unfair competition.

27 T. APLIN has showed that trade secrets allow to appropriate data, thus making it unnecessary to introduce a new data producer's right: T. APLIN, «Trading Data in the Digital Economy: Trade Secrets Perspective», in S. LOHSEE, R. SCHULZE and D. STAUDENMAYER (eds), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Nomos/Hart, 2017, p. 59–72.

ponents, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question; (b) it has commercial value because it is secret; (c) it has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret» (Art. 2(1)). Data can qualify as «trade secret» if measures have been taken to protect the secrecy of information. In practice, most companies put in place the «reasonable steps» to keep the data secret, and the third condition for enjoying trade secrets protection on valuable information is thus respected. Information which is valuable because of its confidential nature (second condition) has a broad coverage: it «extends beyond technological knowledge to commercial data» (recital 2) as it recognizes the importance of various type of data in the economy.<sup>28</sup> Data on customers and suppliers, as well as more elaborated commercial information, such as business plans, market research and strategies, are thus included. Data compilations and data analysis techniques could as well fall under the definition of trade secrets.<sup>29</sup> With Big Data, any data collected, even if trivial, might gain value through the new data analysis tools<sup>30</sup> that find patterns and accordingly propose ads or services, and thus qualify for trade secret protection.<sup>31</sup> Even personal data could fall under the directive's scope when it is valuable because it is kept confidential. Think about the information relating to a future wedding or baby of a celebrity: some movie stars or famous football players, or their entourage, might take reasonable measures to keep the information confidential and grant an exclusivity for the coverage of the event to a media company.<sup>32</sup> Personal data can thus transform in commercial data. This shows that the legal silos, separating data protection and trade secrets laws for instance, should be

---

28 See also recital 1 referring to «know-how and information which is the currency of the knowledge economy».

29 See T. APLIN, «Trading Data in the Digital Economy: Trade Secrets Perspective», *op. cit.*

30 See A. WIEBE, «Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?», GRUR Int. 2016, p. 880.

31 Recital 14 states that the protection applies to information that «should have a commercial value, whether actual *or potential*» (emphasis added). Data out of which relevant trends are extracted by big data or artificial intelligence tools can have a potential value although trivial as such.

32 See the discussion of this issue by T. APLIN, «A Critical Evaluation of the Proposed EU Trade Secrets Directive», IPQ, 2014, issue 4, p. 257-279. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2467946>.

questioned. Similarly, as we now show, the distinction between personal and non-personal data is not set in stone as data are essentially dynamic.

### c) Personal Versus Non-Personal Data

In practice, economic operators generally deal with an array of data, both personal and non-personal.<sup>33</sup> The distinction between personal and non-personal data has increasingly been discussed and challenged by legal scholars. The task of distinguishing whether certain items or categories of data are personal or not is indeed often far from straightforward. The implications are, nevertheless, far-reaching: personal data are protected as the object of a fundamental right,<sup>34</sup> now regulated by the GDPR which imposes considerable organizational and practical constraints. Non-personal data, on the other hand, until recently, were left in practice uncontrolled, addressed mainly by private contracts. A binary approach opposing the two categories, such as the one typically adopted by EU data protection law<sup>35</sup>, has borne criticisms.<sup>36</sup>

**Personal data.** The role of «personal data» in the EU legal framework has evolved since the entry into of force of Directive 46/95.<sup>37</sup> Such evolution has been led primarily by the developments in technology, to which the courts and the law have adjusted. In particular, landmark judgments of the EU Court of Justice (CJEU) have progressively nuanced the original definition. What emerges from the caselaw's developments, is that the category personal data is not a static, rigid concept. On the contrary, personal data have come to include, as two decisions of the CJEU show, dynamic IP addresses<sup>38</sup> or answers given and com-

---

33 Commission, «Building a European Data Economy», *op. cit.*, p. 3; S. Forge, «Optimal Scope for Free-Flow of Non-Personal Data in Europe», European Parliament, PE 618.988, p. 5-6.

34 Article 8 of the EU Charter of Fundamental Rights.

35 SOMAINI, L., «Regulating the Dynamic Concept of Non-Personal Data», *op. cit.*, 89.

36 I. GRAEF et al., «Feedback to the Commission's Proposal on a framework for the free flow of non-personal data», *op. cit.*, 6; C. ZOLYNSKI, «Quelle circulation des données non personnelles», 1 *Revue des affaires européennes*, 2018, 74.

37 Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, OJ L 281, 23.11.1995.

38 Court of Justice, Case C-582/14, *Breyer v. Bundesrepublik Deutschland*, [2016] ECLI:EU:C:2016:779.

ments within an examination script.<sup>39</sup> These two decisions, among others, clearly show the broadness of the concept and its dependence on a given context. Against this backdrop, a key feature to determine data's personal nature regards the «linkability» of data in such a way as to identify a natural person. Indeed, personal data constitutes a dynamic concept, which must be assessed on a case-by-case basis. Such recognition has been endorsed by the GDPR, which has purposefully given an inclusive definition, i.e. «any information relating to an identified or identifiable natural person»<sup>40</sup> including either direct or indirect identification of individuals. This definition has the potential of including a wide range of data. The question is therefore how to assess whether an individual can be identified or is identifiable.

The legal test to be applied is by no means clear.<sup>41</sup> A further step along this reasoning relies on the GDPR's endorsement of a risk-based approach with regards to identification of personal data.<sup>42</sup> Such approach implies that the «personal» characterization will be awarded to data to the extent that there is a reasonable likelihood that data can be linked to a particular individual.<sup>43</sup> Conversely, where data has undergone a sufficiently strong level of de-personalization, and there is no reasonable likelihood of the individual being identified, the data will be characterized as non-personal.<sup>44</sup> Furthermore, commentators such as M. Finck and F. Pallas argue that the notion of risk could be the guiding principle for a systemic interpretation of the GDPR, in that accepting a residual risk of identification is «the only realistic option» even where data have been previously anonymized.<sup>45</sup>

**Non-personal data.** By contrast, non-personal data has been defined in the negative. The FFD Regulation for instance relies on a negative and residual definition laid down in Article 2(1): data «other than personal

---

39 Court of Justice, Case C-434/16, *Nowak v. Data Protection Commissioner*, [2017] ECLI:EU:C:2017:994.

40 Article 4(1) of GDPR.

41 M. FINCK and F. PALLAS, «They who must not be identified—distinguishing personal from non-personal data under the GDPR», 10 *International Data Privacy Law*, 1, 2020, p. 11.

42 Recital 26 of GDPR.

43 FINCK, PALLAS, *op. cit.*, p. 34.

44 *Ibid.*

45 *Id.*, p. 34.

data».<sup>46</sup> Whilst this seems a rather handy and straight-forward residual clause, it raises some concerns, both on the theoretical and the practical levels. Indeed, it would be easy to rely on a residual clause insofar as the positive definition were in itself well-defined and easily traceable.<sup>47</sup> This is not the case. The scope of «personal data» has proven time and again contingent and context-specific,<sup>48</sup> and may increasingly become a catch-all definition.<sup>49</sup> Consequently, it follows that non-personal data must share the same characteristic of dynamism.<sup>50</sup> This entails that the boundaries between the two categories are driven by their mutual expansion (or compression). The key issues are therefore where and how to draw the line.

Anonymous or anonymized data is normally considered to fall outside the scope of personal data, as provided by Recital 26 of GDPR. The difficulty of ensuring a «truly anonymous» dataset was already identified some years ago by the Article 29 Working Party.<sup>51</sup> Over time, an increasing body of research has shown that, for instance, certain algorithms are capable of identifying individuals, with a certainty rate of 90 %, using only four items of anonymized data from their banking transactions.<sup>52</sup> Indeed, the advancement of technology and development of abilities to associate data across multiple sources, show that re-

---

46 Article 4(1) of GDPR.

47 I. GRAEF et al., «Feedback to the Commission's Proposal on a framework for the free flow of non-personal data», (2018), SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3106791>, 2–3.

48 *Id.*, 1. The legal uncertainty of the terminological distinction was also identified in a Commission Staff Working Document, Impact Assessment Annexes to the Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, SWD(2017) 304 final, part. 2, («Impact Assessment, pt. 2), 21; Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies, Workshop on «Free Flow of Data – a Cornerstone of the Digital Single Market», European Union, 2018, p. 7.

49 N. PURTOVA, «The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law», 10, *Law, Innovation and Technology*, 1, 2018, p. 78.

50 L. SOMAINI, «Regulating the Dynamic Concept of Non-Personal Data in the EU: From Ownership to Portability», 6 *European Data Protection Law Review*, 2020, 1, p. 89.

51 Article 29 Working Party, Opinion 05/2014 on «Anonymisation Techniques», WP216, adopted on 10 April 2014, p. 5.

52 L. ROCHER, J.M. HENDRICKX & Y. DE MONTJOYE, «Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models.» 10, *Nat Commun*, 3069, 2019, available at <https://doi.org/10.1038/s41467-019-10933-3>.

identification of data previously anonymized is not at all an impossible task.<sup>53</sup> And this will be increasingly the case, as degrees of sophistication in analytics technology, data association, data mining and use of artificial intelligence (AI) evolve and quickly improve.<sup>54</sup> The difficulty – if not impossibility – of ensuring incontrovertible anonymization rather stresses the importance of adopting a risk-based approach,<sup>55</sup> as underlined above. If one does not accept such residual risk, personal data can never be de-personalized, and consequently, is bound to remain forever within the GDPR's scope.<sup>56</sup> This probably will not help to achieve the objectives pursued by data protection laws, and it will be inconvenient for economic operators and for NGOs or non-profit organizations to deploy activities in Europe. Also because data are dynamic and very contextual there is no guarantee that some categories of non-personal data will keep their nature over time. Efforts to overcome artificial categorizations should be attempted so as to better reflect a dynamic reality.

In our view, the most reasonable approach should be based on a risk assessment. This implies that the test to define personal (or non-personal) data should rely on the reasonable likelihood of identification, which should, in principle, take into consideration the circumstances of any given case. Also a change of terminology, favoring the terms «industrial», «technical» or «machine-generated» data (rather than non-personal data) would not suffice to solve the issues of the frontier with personal data and the associated requirements.

## II. The 2018 Regulation on the Flow of Non-Personal Data in the EU

The debate within the EU Commission on the adequacy of a new property right on industrial or raw data collected by sensors and other devices became public when the former commissioner for economy and digital society, Gunther Oettinger, published several articles in the European

53 World Economic Forum, «Unlocking the Value of Personal Data: From Collection to Usage», *Industry Agenda*, 2013, 12; C. BLACKMAN and S. FORGE, «Data Flows – Future Scenarios: In-Depth Analysis for the ITRE Committee», European Parliament, 2017, p. 22. On how weather data may become personal data, N. PURTOVA, «The law of everything» *op. cit.*, p. 57-59.

54 FORGE, S., «Optimal Scope for Free-Flow of Non-Personal Data», *op. cit.*, 6.

55 M. FINCK, F. PALLAS, *op. cit.*, 36.

56 *Ibid.*

press<sup>57</sup> discussing the merits of data ownership<sup>58</sup> and even advocated «a civil code on data» (the codification idea was the selling point in the French press). During the preparation phase of the FFD Regulation, the Commission, in January 2017, issued a Communication entitled «Building a European Data Economy» (hereafter the «Communication»)<sup>59</sup> that is still of interest today as some issues and proposals might resurface during the future implementation of the EU Data Strategy (see below under III).

## 1. The Commission's Communication on «Building a European Data Economy» (Jan. 2017)

Although the Communication on the data economy insisted on the economic «need to have access to large and diverse datasets» and aimed at removing the barriers to the movement of data, the Communication also addressed the question whether the EU should introduce a new right on raw data, i.e. «data that has not been processed or changed since its recording» by machines.<sup>60</sup> The Commission acknowledged that the machine-generated data can be personal or non-personal (for ex. the data generated by home temperature sensors v. the data on the outside soil temperature), but that, in practice, many data flows and datasets will include both types of data. The Commission then took stock of the fact that «raw machine-generated data are not protected by existing intel-

---

57 G. OETTINGER, «Pour un «code civil» des données numériques», *Le Monde*, 15–16 Oct. 2016 (title in English: «For a «civil code» of digital data»); «Wem gehören die Daten?», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 Oct. 2016 (title in English: «To whom belong data?»).

58 This press campaign arguably was the political response by the German commissioner to the demands of the German car manufacturers which, like other successful companies, fear losing their position because of the Industry 4.0 digital revolution and the considerable competition coming from the big data companies, such as Google with its subsidiary Waymo, Uber, Tesla, etc.

59 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, *Building a European Data Economy*, COM(2017) 9 final of 10 Jan. 2017, <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/EN/COM-2017-9-F1-EN-MAIN-PART-1.PDF> accessed on May 10, 2020.

60 Communication, p. 8. Machines include «computer processes, applications or services, or (...) sensors processing information received from equipment, software or machinery, whether virtual or real» (p. 9).

lectual property rights since they are deemed not to be the result of an intellectual effort and/or have any degree of originality.»<sup>61</sup>

The Commission correctly noted that «(i)n some cases manufacturers or service providers may become the de facto «owners» of the data that their machines or processes generate, even if those machines are owned by the user.» This statement by the Commission is questionable: is it not the user's ownership on the material object that determines who «owns» the data generated by this object? If this is correct, then material property includes data ownership – which is a conclusion with possible far-reaching effects. In practice of course, contracts between the product manufacturers and the users will provide for the transfer of «ownership» on the data, contracts being the most common way to appropriate data. Underlining the risk of contractual appropriation, the Communication evoked the possibility to offer «guidance on how non-personal data control rights should be addressed in contract».<sup>62</sup> The solution could take the form of default contractual rules. While the Commission seemed keen to facilitate and incentivise the sharing of data (including by fostering technical solutions, such as Application Programming Interfaces (APIs) for identifying the data sources and facilitating reuse), the Communication also considered the introduction of a new «data producer's right» (to be distinguished from the right of the maker of a database), granting to «the owner or long-term user (i.e. the lessee) of the device» a right to use and to authorize the use of non-personal data<sup>63</sup>. An entitlement as such, according to the Commission, would have had the objective to promote tradability of non-personal or anonymized machine-generated data as economic goods in their own right.<sup>64</sup> The «data producer's right», as well as the more general debate on data ownership was set aside for the time being, due to industry hostility, as well as the uncertainties on the potential impacts of a proprietary regime.<sup>65</sup>

---

61 This is largely true but the protection of databases might create some impediments to the reuse of batches of data.

62 Communication, p. 12.

63 Communication, p. 13; H. ZECH, «A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data», 00 *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, 2016, p. 10.

64 Commission Staff Working Document on the free flow of data and emerging issues of the European data economy, SWD/2017/02 final.

65 D. ZIMMER, «Property Rights Regarding Data», in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, (2017) Munster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III, Nomos,

In terms of approach, the EU legislator then shifted its focus towards promoting some tools for controlling data while facilitating their circulation, such as the portability requirements. Future EU initiatives are likely to focus more clearly on enhancing data access and exchange.<sup>66</sup>

## 2. The Principles of the FFD Regulation (Nov. 2018)

The draft regulation *on a framework for the free flow of non-personal data in the EU*<sup>67</sup> proposed by the Commission on 13 September 2017 was rather quickly examined and adopted on 14 November 2018 by the Council and the European Parliament.<sup>68</sup> The FFD Regulation's approach to portability, presented below, offers an interesting precedent for other legislators. A report by a group of experts for the Swiss Confederation has recommended to further study the opportunity to regulate the portability of non-personal data, referred to as «technical data» in this report.<sup>69</sup>

### a) Objectives of the FFD Regulation

The FFD Regulation seeks primarily to reduce the number and range of data localization restrictions across the Member States. Its Article 4 prohibits data localization requirements tying data processing to a particular territory, except where such a restriction can be justified on grounds of public security.<sup>70</sup> This provision reflects the «free flow of data» prin-

---

p. 107; P.K. Yu, «Data Producer's Right and the Protection of Machine-Generated Data», 93 *Tulane Law Review*, 2019, 45.

66 This focus is confirmed by the recent Commission Communication, A European strategy for data, COM(2020) 66 final (see below under III).

67 Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the EU, COM(2017) 495 final of 13 Sept. 2017.

68 The Regulation (EU) 2018/1807 of the European Parliament and of the Council of 14 November 2018 on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union is applicable since May 2019.

69 Rapport du groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données, 17 August 2018, p. 109-110, available at <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-72083.html>.

70 For an overview of the public security exception, K. IRION, «Public Security Exception in the Area of non-personal Data in the European Union», European Parliament, April 2018.

principle, already applicable to personal data under the GDPR.<sup>71</sup> As a consequence, non-personal data is also subject to EU law and to the principle of free movement of data within the EU. The FFD Regulation thus completes the EU landscape and ensures free data mobility with regards to data processing and storage across the EU.

The second broad objective of the FFD Regulation is to make data available for regulatory control purposes. Public authorities may request access to data located in another EU Member State, or stored or processed in the cloud, or when required for the authorities' official duties.<sup>72</sup>

Thirdly, the FFD Regulation also intends to improve the conditions under which (professional) users may switch providers of data storage and/or processing services or transfer data back to their own IT systems.<sup>73</sup> The underlying rationale is therefore to enhance trust and the security of cross-border data storage and/or processing services in the EU<sup>74</sup>, as well as securing legal certainty over data regimes.

With regards to its scope of application, pursuant to its Article 2(1), the FFD Regulation applies to the processing of non-personal data that are either (i) provided as a service to users residing or established within the EU; or (ii) conducted by a natural or legal person residing or established in the EU «for its own needs».

This brief description shows that the FFD Regulation is very focused,<sup>75</sup> and has adopted a rather narrow target as it covers the use of cloud ser-

---

71 The free movement of personal data constitutes an objective of the GDPR, set out in articles 1(1) and 1(3). The principle is also set at Treaty level by Article 16 TFEU, the legal basis for legislating in the field of data protection and free movement of personal data.

72 Article 5 of FFD Regulation.

73 Article 6 of FFD Regulation. The issue of porting and switching will be discussed in detail *infra* under the point 3.

74 Commission Staff Working Document Impact Assessment Accompanying the document Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, SWD(2017) 304 final, part 1, («Impact Assessment, pt. 1»), p. 2.

75 The FFD Regulation is made up of nine articles. Article 1 identifies the limited subject matter: «rules relating to data localization requirements, the availability of data to competent authorities and the porting of data for professional users.»

vices, the free choice of the most cost-effective locations for IT resources or the possibilities of porting data.<sup>76</sup>

## b) Mixed Datasets

The FFD Regulation envisages mixed datasets that contain a mix of personal and non-personal data. In reality, many datasets contain both types of data. Article 2(2) of the FFD Regulation provides that: «in the case of a data set composed of both personal and non-personal data, this Regulation applies to the non-personal data part of the data set» and, where the data are inextricably linked, the GDPR's application shall not be prejudiced.

Several doubts arise in this context. Firstly, it comes as no surprise that GDPR application cannot be impaired or diminished. Indeed, the FFD Regulation is originally meant as a «complement» to the GDPR. Besides, the fundamental right status of personal data protection cannot be hindered,<sup>77</sup> as it must be «effective and complete».<sup>78</sup> Moreover, the case law has confirmed that personal data protection can certainly not be departed on solely economic grounds.<sup>79</sup> Consequently, the options left to operators when dealing with mixed datasets are either to extract and separate personal data from the mixed data set or to subject the entire dataset to the GDPR's regime. The first option is often not a real one, as such extraction may (i) not be technically feasible and (ii) result in depleting the dataset's value.<sup>80</sup> The second option was endorsed by

---

76 D. BROY, «The European Commission's Proposal for a Framework for the Free Flow of Non-Personal Data in the EU», 3 *European Data Protection Law Review*, 2017, p. 381.

77 Art. 8 of the EU Charter of Fundamental Rights; Case C-553/07, *College van burgemeester en wethouders van Rotterdam v M.E.E. Rijkeboer* [2009] I-03889, para 47; Joined Cases C-293/12 and C-594/12, *Digital Rights Ireland*, *supra* note 85, para 53; Case C-131/12, *Google Spain SL and Google Inc. v Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* [2014] ECLI:EU:C:2014:317, para 53, 66, 74; Case C-362/14, *Maximillian Schrems v Data Protection Commissioner* [2015] ECLI:EU:C:2015:650, para 39.

78 Case C-131/12, *Google Spain*, *cit.*, para 38.

79 *Id.*, para 81.

80 Concern expressed by industry representation in DigitalEurope, «DigitalEurope views on the Regulation on the Framework for the Free Flow of Non-Personal Data», Brussels, 8 December 2018, p. 2.

the Commission's guidance following-up the FFD Regulation.<sup>81</sup> Interestingly, in its subsequent guidance, the Commission itself has acknowledged that these mixed datasets are not only common, but often the most valuable datasets relevant in the data economy, especially in the contexts of smart and connected objects, AI and technologies that enable big data analytics.<sup>82</sup> This being the case, a large number of mixed datasets will be subject to the GDPR.

Secondly, while subjecting the mixed datasets to GDPR protection may have some benefits, for instance in terms of high standards for security, the GDPR's role cannot be overlooked. Following this approach, data not originally intended for GDPR application will fall within its scope, with all the consequences in terms of compliance. From a theoretical point of view, the GDPR will produce far-reaching effects and *de facto* apply beyond its stipulated subject-matter. As noted above, the consequences in terms of compliance and positive obligations are not trivial and may lead to the imposition of hefty fines.<sup>83</sup> The sustainability of maintaining such a regime has already been questioned.<sup>84</sup>

Lastly, if the GDPR is bound to take over a significant part of the FFD Regulation's scope, the latter faces the real risk of remaining a marginal instrument.<sup>85</sup>

The case of mixed datasets shows how thin a line separates personal and non-personal data and how complicated the determination of the correct regime may be. Most datasets that have a high economic value are probably mixed. As stressed above, subjecting those entire datasets to the GDPR's regime should not be seen as a fit-for-all solution, given the complicated compliance implications.

---

81 Communication by the Commission, Guidance on the Regulation on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, COM/2019/250 final, p. 9.

82 *Ibid.*, p. 8.

83 This creates an asymmetrical situation, as the FFD Regulation provides seemingly no fine scheme for undertakings' non-compliance, other than failure to comply with the regulatory data availability obligation under national law, as per article 5.

84 N. PURTOVA, «The law of everything», *op. cit.*, 78.

85 L. SOMAINI, «Regulating the Dynamic Concept of Non-Personal Data», *op. cit.*, 90.

### 3. The Portability of Non-personal Data under the FFD Regulation

**Portability as a tool for data policy.** Imposing or encouraging portability appears as one policy option among the regulatory spectrum to govern data. At one end of this spectrum, regulators can devise a regime allowing data to be the object of property of an individual or an entity generating or holding those data. On the other end, the policy option could impose (or at least strongly encourage) the open and free circulation of data. Intermediate options can be distinguished. For instance, in the absence of a *de jure* data ownership regime, the regulatory solution could be to permit individuals or private entities to remain the *de facto* «owner» over those data, by combining contractual and organizational/technical measures to ensure data appropriation. In this scenario, private parties could also use the same (contractual and organizational/technical) measures to facilitate the development of data commons.<sup>86</sup> Within a regulatory scenario favoring the free movement of data, portability requirements are an important tool to encourage data circulation, along with other instruments relating to data sharing.<sup>87</sup> Portability allows, to a certain extent, to exercise some form of control over data, because it allows transferability, either back to the user or to other IT systems. To achieve portability, the data should not only be transferable, but also transferred or communicated in such a way that preserves their meaning and utility and thus enables their re-usability.<sup>88</sup> Clearly, this tool may become powerful when legally mandated and properly enforced. This was the idea, for instance, with the right to personal data portabil-

---

86 On the data appropriation process or, its opposite, the use of similar measures to ensure data deappropriation or «data commons», see A. STROWEL, «Les communs numériques et les outils juridiques de la transition», A. Bailleux (ed.), *Le droit en transition*, to be published in 2020; A. STROWEL, *Big data and data appropriation in the EU*, *op. cit.*, p. 107-134. See also, J.-F. PUYRAIMOND and A. STROWEL, «Extension du domaine de l'appropriation: les données personnelles, composantes essentielle des échanges», J. CABAY et A. STROWEL (ed.), *Les droits intellectuels, entre autres droits. Intersections, interactions et interrogations*, Larcier-UB3, 2019, p. 245-296.

87 C. ZOLYNSKI «Free flow of data», speech at Digital Assembly 2017, 16 June 2017, available at <https://cnumerique.fr/free-flow-data-celia-zolynskis-talk-during-digital-assembly-2017-16-june-2017>.

88 L. SOMAINI, «The right to data portability and user control: ambitions and limitations», 3 *MediaLaws – Rivista di diritto dei media*, 2018, p. 8. In the case of personal data, but the same rationale is true for non-personal data.

ity anchored in Article 20 of GDPR. This right, originally celebrated as a game-changer in competition and data protection law,<sup>89</sup> is limited to data processed on the basis of consent or of a contract, and only covers those data «provided by» the data subject.<sup>90</sup> Despite all its limitations, and difficult implementation, such a portability right constitutes in theory a valuable opportunity to develop a «user-centric environment».<sup>91</sup>

**Portability of non-personal data.** With regards to non-personal data, the EU legislator correctly identified the opportunity to introduce portability. The FFD Regulation has established a «porting principle» for data<sup>92</sup> that can be distinguished from a true right of portability. At the outset of the legislative process, the idea was to establish a provision that would systematically align portability of personal data with a mandatory right as provided by Article 20 of GDPR.<sup>93</sup> In view of the difficulty to draw the line between personal and non-personal data, the option would have ensured a coherent framework.<sup>94</sup> Also portability's particular pro-competitive character was another good reason to extend the right to data portability to non-personal data.<sup>95</sup> In fact, data portabil-

89 Commission Staff Working Paper Impact Assessment, SEC(2012) 72 final, 28, 69-70; J. ALMUNIA, «Competition and Personal Data Protection», speech at Privacy Platform Event: Competition and Privacy in markets of Data, Brussels, 26 November 2012, available at [http://europa.eu/rapid/press-release\\_SPEECH-12-860\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-860_en.htm); European Data Protection Supervisor, Opinion 7/2015 Meeting the challenges of big data A call for transparency, user control, data protection by design and accountability, 19 November 2015, p. 13.

90 Article 20(1) and 20(1)(a) of GDPR; see also L. SOMAINI, «The right to data portability and user control», *op. cit.*, 21-24.

91 P. DE HERT, V. PAPAKONSTANTINOY, G. MALGIERI, L. BESLAY, I. SANCHEZ, «The right to data portability in the GDPR: Towards user-centric interoperability of digital services», 34 *Computer Law & Security Review*, 2, 2018, p. 10.

92 Article 6 of FFD Regulation.

93 «Option 3» in Impact Assessment pt. 2, p. 22; Conseil National du Numérique, «Avis du Conseil sur la libre circulation des données dans l'Union Européenne», April 2017, p. 4.

94 C. ZOLYNSKI, «Quelle circulation des données non personnelles pour l'Union européenne», *op. cit.*, p. 77. However, it was not unanimous. See European Political Strategy Centre, High Level Policy Hearing: «Building a European Data Economy», Brussels, 28 March 2017, p. 30.

95 J. DREXL et al., «Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 26 April 2017 on the European Commission's «Public consultation on Building the European Data Economy»», Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper N° 17-08, p. 13; JOSEF DREXL, Legal Challenges of the Changing Role of Personal and Non-Personal Data in the Data Economy

ity is associated with low switching costs and reduced entry barriers.<sup>96</sup> Non-personal data portability, in particular, could reinforce the fundamental freedom to conduct business.<sup>97</sup> In the B2B context, or among «professional users» to use the language of the FFD Regulation, such a tool – provided it can be enforced – should empower businesses, especially smaller ones, to freely choose and change IT service providers. Indeed, remedying situations of vendor lock-in in the cloud context was one of the key justifications supporting the regulatory intervention.<sup>98</sup>

Notwithstanding the above, establishing new portability rights in a business-to-business context was opposed by industry, which argued that the adoption of contract terms to implement customer data portability would hamper innovation and technology. Instead industry recommended the development of non-binding instruments and best practices.<sup>99</sup> Moreover, the Regulatory Scrutiny Board had issued two consecutive negative opinions, pointing out the lack of evidence for the establishment of a new mandatory right.<sup>100</sup>

---

(October 31, 2018). A. De Franceschi, R. Schulze (eds.), *Digital Revolution: Data Protection, Smart Products, Blockchain Technology and Bitcoins Challenges for Law in Practice*, München, Beck, 2019, pp. 19-41, Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper No. 18-23, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3274519>.

96 Commission Communication, «Building a European Data Economy», *op. cit.*, 15; W. KERBER, H. SCHWEITZER, «Interoperability in the digital economy», Joint Discussion Paper Series in Economics, MAGKS, n° 12, 2017, p. 20. Industry players identify portability as a key issue, driven by competition and to be developed through open and transparent industry-led standards. Business Europe, «Building a European Data Economy», *op. cit.*, p. 10.

97 Conseil National du Numérique, «La Consécration d'un droit à la portabilité des données non-personnelles», in «Avis du Conseil sur la Libre Circulation des Données», April 2017, p. 3; C. ZOLYNSKI, «Quelle circulation des données non personnelles pour l'Union européenne?», *op. cit.*, p. 77.

98 Impact Assessment, pt. 1, p. 28.

99 Business Europe, «Building a European Data Economy», *op. cit.*, p. 10.

100 Council of the European Union, Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a framework for the free flow of non-personal data in the European Union, Note, Interinstitutional File 2017/0228 (19.12.2017), p. 8.

This ultimately led to abandoning the proposal of a general horizontal approach, as provided by the GDPR regime. The EU law makers then settled for a principle-setting provision.<sup>101</sup>

In fact, the adopted text of the FFD Regulation reduced its ambition in two-fold ways. On the one hand, the scope of the principle to facilitate porting and switching was narrowed to cloud services portability.<sup>102</sup> Secondly, Article 6 establishes a mandate for self-regulation, leaving to industry stakeholders the development of EU-wide Codes of Conduct.<sup>103</sup> Accordingly, the Commission's DG CONNECT established a working group on cloud switching and porting («SWIPO»),<sup>104</sup> to observe and support the development of best practices based on principles of transparency and interoperability.<sup>105</sup> Pursuant to Article 6, the codes of conduct must provide the following conditions: processes and location of any data back-up; data formats and supports; required IT-configuration; minimum network bandwidth; time required prior to porting; data retention timeframes; guarantees for accessing data in the case of bankruptcy of the provider.<sup>106</sup> The effectiveness of the codes under development is still untested, with implementation due by May 2020 and an evaluation of their implementation by the end of 2022.<sup>107</sup>

To the extent that the codes of conduct and best practices devised are transparent, widely adhered to and provide effective enforcement and redress mechanisms, this development could relieve certain dependence

---

101 Article 6(1)(a) of FFD Regulation; P. MOURON, «La Libre Circulation des Données Est Devenue la Cinquième Liberté Consacrée dans le Droit de l'Union Européenne», 49 *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, 2018–2019, p. 4.

102 Recital 31; Article 6(2) of FFD Regulation.

103 Article 6(1) of FFD Regulation.

104 Cloud stakeholder working groups start their work on cloud switching and cloud security certification, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/cloud-stakeholder-working-groups-start-their-work-cloud-switching-and-cloud-security>. Also a Cloud Cybersecurity Certification («CSPCERT») working group was established within the framework of article 6(1)(c) of the FFD Regulation, with the objectives of enhancing trust in cloud computing services and clarity for a high level of cloud security.

105 Article 6(1)(a) FFD Regulation.

106 The free flow of non-personal data: A state of play, Presentation by Head of Unit DG CNECT E2, 17 April 2018.

107 Article 8(1)(c) of FFD Regulation. Since May 2020, the working group has been transformed in a legal entity operating independently and in full autonomy. The Codes are available at [www.swipo.eu](http://www.swipo.eu).

on forced contractual conditions and promote competition in the cloud market.

Nevertheless, when reviewing the FFD Regulation, the Commission should, taking stock of economic evidence and developments in the market, consider the functioning of the self-regulatory instruments, whereas regulation remains always a subsequent option. On the other hand, it should also consider the possibility of extending the scope of portability of non-personal data beyond the cloud market to other areas of the data economy.<sup>108</sup> Such efforts have also been picked up by the 2020 EU Data Strategy, which will be examined in part III. Within this context, it is noteworthy to point out that the Commission intends to build a coherent framework for cloud services' rules, including self-regulation, by creating a «cloud rulebook» by 2022.<sup>109</sup>

### III. The 2020 EU Data Strategy

On February 19, 2020, the European Commission presented its European Data Strategy. Promoting the development of the EU's digital environment and opportunities of the data economy is a high political priority for the 2019–2024 Commission.<sup>110</sup> This document should not be read in a vacuum. In fact, it was accompanied by a White Paper on Artificial Intelligence<sup>111</sup> and the Digital Strategy.<sup>112</sup>

The Data Strategy, in particular, outlines the policy measures and investments to promote the EU as a global competitor in digital markets, while, at the same time, ensuring that the EU's standards of privacy and security are not sacrificed. By and large, the vision is to create a single market for data, both personal and non-personal, including confidential and sensitive data. This would enhance competitiveness, ensure data sovereignty and wide data availability for innovation, both for businesses and

---

108 L. SOMAINI, «Regulating the Dynamic Concept of Non-Personal Data», *op. cit.*, p. 93.

109 Data Strategy, *op. cit.*, p. 18.

110 U. VON DER LEYEN, «A Union that strives for more My agenda for Europe», Political Guidelines for the Next European Commission 2019–2024, p. 13.

111 White Paper On Artificial Intelligence – A European approach to excellence and trust, Brussels, 19.2.2020 COM(2020) 65 final.

112 Shaping Europe's Digital Future, available at [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs\\_20\\_278](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_20_278).

the public sector.<sup>113</sup> The Commission's Strategy is generally welcomed as an ambitious plan. It should be noted, however, that the boost of the EU's data economy and alleged completion of the digital single market had already been an aspiration of the previous Juncker Commission.<sup>114</sup> While many initiatives and measures have since been enacted, the digital and data single market's architecture still remains incomplete.

With regards to the Data Strategy, its first pillar provides for the creation of a cross-sectoral governance framework for data access and use.<sup>115</sup> Accordingly, the Commission sets out to promote a data-agile economy by creating an over-arching horizontal framework for data access and use, to avoid fragmentation and discrepancies among Member States. The Commission explicitly claims it will abstain from proposing «overly detailed, heavy-handed *ex ante* regulation», and will prefer an agile approach favoring experimentation (such as regulatory sandboxes), iteration, and differentiation.<sup>116</sup> In practice, the Commission seeks to put in place a number of actions. Firstly, a legislative framework to enable the governance of «common European data spaces» by the end of 2020, with the view of (i) supporting decisions on what data can be used in which contexts; (ii) facilitating cross-border data use; and (iii) prioritizing interoperability requirements and standards within and across sectors, while taking into account sectoral specificities.<sup>117</sup> Secondly, measures to ensure availability of high-quality public sector data for re-use, in particular for SMEs by early 2021, by way of an «Implementing act on high-value data sets» under the Open Data Directive, in order to make datasets available across the EU for free, in machine-readable format and through standardized Application Programming Interfaces (APIs).<sup>118</sup> Thirdly, the Commission intends to explore the possibility of legislative action on issues that affect relations between actors in the data-agile economy to provide incentives for horizontal data

---

113 Data Strategy, *op. cit.*, p. 4-5. At the time of writing this contribution, the Commission is currently running an open consultation concerning the possible initiatives for data access and re-use. Available at <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/policies/building-european-data-economy>.

114 Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions A Digital Single Market Strategy for Europe, COM/2015/0192 final.

115 Data Strategy, *op. cit.*, p. 13.

116 *Id.*, p. 12.

117 *Id.*, p. 12.

118 *Id.*, p. 13.

sharing across sectors. Key issues, which may take the form of a Data Act (to be put on the table in 2021), include the following: (i) promoting business-to-government (B2G) data sharing for the public interest;<sup>119</sup> (ii) supporting B2B data sharing, in particular with regards to usage rights for co-generated data (such as IoT data in industrial settings); (iii) removing undue barriers to data sharing and clarifying the rules for a responsible use of data, under a principle of voluntary data sharing; (iv) imposing data access, in specific circumstances, under fair, transparent, reasonable, proportionate and/or nondiscriminatory (FRAND) conditions; (v) evaluating the IPR framework, including the application of the Trade Secrets Directive (see above under I, 2) to further enhance data access and use.<sup>120</sup>

While the actions listed above are certainly an important step forward, it still seems uncertain how reliance on voluntary data sharing may play out. If the Commission were to rely on principle-setting provisions to be given effect through self-regulation or best practices, this would necessarily have to be closely followed in terms of effectiveness, adherence and respect by market players.

The second pillar of the Data Strategy concerns the enablers, i.e. the investments in data and the strengthening of Europe's capabilities and infrastructures for hosting, processing and using data, as well as the promotion of interoperable data spaces.<sup>121</sup> Accordingly, the Commission intends to fund a «High Impact Project on European data spaces and federated cloud infrastructures» to finance infrastructures, data-sharing tools, architectures and governance mechanisms for thriving data-sharing and AI ecosystems.<sup>122</sup> In addition, the Commission foresees the launch of a European cloud services marketplace, integrating the full stack of cloud service offering, and, as mentioned above, the creation of an EU (self-)regulatory cloud rulebook.<sup>123</sup>

---

119 To achieve this, the recommendations of the High-Level Expert Group released in February 2020 could be implemented (on this see above under I, 2 the developments on open (or public) data).

120 Data Strategy, *op. cit.*, p. 14. The option to introduce some form of data ownership does not appear on the agenda; on the contrary, the removal or IPR-related barriers is sought.

121 *Id.*, p. 15.

122 *Id.*, p. 16.

123 *Id.*, p. 18-20.

The third pillar of the EU Data Strategy is to promote the empowerment of individuals, by supporting the enforceability of data subject rights, and especially the right to data portability; as well as investments in skills and data literacy, and capacity building for SMEs.<sup>124</sup> Terms like «control» and «empowerment» of individuals are used by the Data Strategy communication, which aims of creating «personal data space» where individuals would have the means to decide what is done with their data. Whether this is realistic or just part of the contemporary «data rhetorics» remains questionable.

Finally, the fourth pillar of the Data Strategy intends to support the creation of «common European data spaces» in strategic sectors and domains of public interest.<sup>125</sup> Such initiative would be supported by an investment of 4 to 6 billion euros shared between the Commission, the Member States and industry players.<sup>126</sup> Among nine different proposed common data spaces, which include, *inter alia*, mobility, health, financial, energy data spaces, a common European industrial (manufacturing) data space should be created to support the competitiveness and performance of the EU's industry to reap the value of use of non-personal data in manufacturing.<sup>127</sup> For this purpose, the Commission intends, on the one hand, to address usage rights on co-generated industrial data (IoT data created in industrial settings), as part of the wider Data Act.<sup>128</sup> With regards to data use rights and their regulation, the Data Strategy remains silent. Several possibilities could be explored. The use by a third party can be regulated in the context of a licensing agreement (e.g. a know-how contract). Another option is to introduce a regime of compulsory licenses to avoid refusal to grant licenses by those in control of the data. In this case, the (EU) legislator would have to determine precisely the conditions for compulsory licensing, which include prices, volume, re-usability rights, additional obligations.<sup>129</sup>

On the other hand, the Commission also intends to reach an agreement among key players from the manufacturing sector over the conditions for data sharing and the ways to boost data generation via smart con-

---

124 *Id.*, p. 20-21.

125 *Id.*, p. 21.

126 *Id.*, p. 16.

127 *Id.*, p. 22.

128 *Id.*, p. 26.

129 See on this possibility the Swiss report: Rapport du groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données, *op. cit.*, p. 106-107.

nected products – in which case, inevitably, compliance with competition law, fair contracting principles and data protection law must be ensured.<sup>130</sup> In this context, data protection law could prove a considerable constraint, as data generated by many connected objects, such as so-called wearable technologies or smart home appliances, might qualify as personal data.

Overall, the Data Strategy puts forward an ambitious plan, with many different actions and initiatives. However, the forms, substance and impact that these will have in practice over the next few years, remains to be seen.

#### **IV. Conclusions on the Regulation of (Non-Personal) Data in the EU**

This contribution, focused on the regulation of data flows in B2B relations, in particular with regards to non-personal or industrial data, shows that the EU framework is still patchy and in need of overhaul.

The current legal framework summarized in part I distinguishes four main data regimes, i.e. open (or public) data, confidential data, personal and non-personal data, which, at closer look, are not as independent and separated as it appears. For instance, personal data can become valuable business data if kept confidential. It follows that the two regimes of data protection and trade secrets could potentially apply and overlap. When applied to real datasets, the main legal regimes often have to co-exist and this raises questions. The definition of non-personal data (and consequently, of personal data) is the starting point for any regulation dealing with access to, and appropriation of, non-personal data. The contextual and dynamic nature of data implies that any assessment of a dataset is difficult and often requires a re-qualification at a later stage. For the purposes of legal characterization, we endorse the risk-based approach of the GDPR, and the assessment based on the reasonable likelihood of identification as the most appropriate test. The opposite would exclude anonymization as an adequate de-personalization practice, with the risk of subjecting all data to the GDPR. An unclear framework and potential GDPR catch-all scenario seriously jeopardize

---

<sup>130</sup> *Ibid.*

the very existence and effectiveness of any current and future regulation over non-personal data.

The main legal regimes were designed as separate silos to address specific concerns such as the sharing of publicly held data, the protection of business interests against unlawful acquisition and use of confidential data, or the protection of the autonomy and freedom of individuals. For non-personal data, the FFD Regulation, presented in part II, offers a lighter and narrower regulation which partly relies on codes of conduct and self-regulation. Also, the objectives of such regulation are less clear and elaborated than for the other types of data and their regulatory instrument. The existing regime is thus far from codifying the many ways the new resources made of (industrial or technical) data can be appropriated or shared – and the EU is far from having the equivalent of the «civil code» for this intangible good (despite the message of the former commissioner in charge). It is solely clear that non-personal data, under the FFD Regulation, should freely circulate across the EU internal borders.

Coming after the GDPR-mandated freedom of personal data, the framework established by the FFD Regulation shows that the free flow of (all) data is now an overarching principle and objective of EU data regulation. Free movement of data within the EU has found its way as a fifth (economic) freedom. This is a welcomed development in terms of choice and mobility of data storage and processing across the Union. Nevertheless, the FFD Regulation remains a limited piece of legislation in many respects, not least because of the narrow scope of the portability of non-personal data, which is limited to the cloud and is not mandated by law, but has to be implemented through self-regulatory tools, whose outcome is not yet verifiable.

The presentation in part III of the 2020 EU Data Strategy is a clear indication that the EU authorities want to further enable the data economy and to adopt new legislative measures on industrial or non-personal data. In this context, the Commission has set forth some ambitious initiatives, whose actual content remains, nevertheless, to be substantiated. Particular attention is awarded to data use rights, whose creation should prove particularly valuable in industrial settings and the employment of, e.g., IoT technologies. It also appears that the new legislative initiatives might better delineate the existing regimes such as the ones organized

by the Open Data and the Trade Secrets directives. And new measures to accelerate B2G data sharing are likely to be announced.

As seen in this chapter, the EU is increasingly refining its proposals to complete the data framework and digital single market. To date, however, many areas of uncertainty still remain.

# Un droit de propriété sur les données en droit suisse ?\*

FLORENT THOUVENIN\*\*

## I. Introduction

Dans la doctrine, mais aussi au sein du public, l'introduction d'un droit de propriété sur les données est discutée depuis un certain temps. Le débat a été vif et controversé sur le plan doctrinal<sup>1</sup>, mais il semble main-

---

\* Cette contribution rassemble les résultats d'un projet de recherche mené au Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) de l'Université de Zurich. Il s'agit d'une version traduite, partiellement révisée et mise à jour du chapitre « Propriété sur les données » du livre « Elemente einer Datenpolitik », qui a été rédigé par l'auteur en collaboration avec Prof. Dr. iur. ROLF H. WEBER et Dr. iur. ALFRED FRÜH. L'auteur tient à remercier Mme EUGENIA HUGUENIN-ELIE (MLaw, avocate) et Mme NICOLE RITTER (MLaw) pour leur précieux et indispensable soutien à la traduction et à la finalisation linguistique et formelle de cette contribution.

\*\* Professeur extraordinaire à la Faculté de droit de l'Université de Zurich, Directeur du Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) et de la Digital Society Initiative (DSI), Université de Zurich.

1 Pour l'introduction de la propriété des données: MARC AMSTUTZ, Dateneigentum, Funktion und Form, AcP 2018, 438-551, *passim*; FRANCIS CHENEVAL, Property rights of personal data and the financing of pensions, CRISPP 2018, 1-23, *passim*; KARL-HEINZ FEZER, Repräsentatives Dateneigentum, ein zivilgesellschaftliches Bürgerrecht, Studie im Auftrag der Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. zum Thema « Einführung eines besonderen Rechts an Daten », Sankt Augustin 2018, 28 ss; IDEM, Dateneigentum der Bürger, ZD 2017, 99-105, *passim*; GERHARD WAGNER, in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg (édit.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 7, Schuldrecht – Besonderer Teil IV, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz, Produkthaftungsgesetz, 8<sup>me</sup> éd., Munich 2020, BGB 823 N 332 ss; MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, RSJ 2016, 245-249 (cité: ECKERT, Daten als Sache, RSJ 2016), *passim*; IDEM, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: Besitz und Eigentum an digitalen Daten, RSJ 2016, 265-274 (cité: ECKERT, Besitz und Eigentum, RSJ 2016), *passim*; ALEXANDRE FLÜCKIGER, L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de pro-

tenant s'être apaisé, a acquis une certaine maturité et conduit à un état des connaissances largement partagé. Pour l'instant du moins, l'intro-

---

priété?, PJA 2013, 837-864, *passim*; HERBERT ZECH, «Industrie 4.0» – Rechtsrahmen für eine Datenwirtschaft im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2015, 1151-1160, 1159 s.; IDEM, Daten als Wirtschaftsgut – Überlegung zu einem «Recht des Date-nerzeugers», CR 2015, 137-146, 144 ss; dans la même tendance: ROLF SCHWARTMANN/CHRISTIAN-HENNER HENTSCH, Parallelen aus dem Urheberrecht für ein neues Patentverwertungsrecht, PinG 2016, 117-126, 120 ss; LOUISA SPECHT/REBECA ROHMER, Zur Rolle des informationellen Selbstbestimmungsrechts bei der Ausgestaltung eines möglichen Ausschliesslichkeitsrechts an Daten, PinG 2016, 127-132, *passim*; THOMAS HOEREN, Dateneigentum, Versuch einer Anwendung von § 303a StGB im Zivilrecht, MMR 2013, 486-491, *passim*; URS HESS-ODONI, Die Herrschaftsrechte an Daten, Jusletter 17 mai 2004, n. 38 ss. Contre l'introduction d'une propriété sur les données: HANS PETER BULL, Wieviel sind «meine Daten» wert?, CR 2018, 425-432, *passim*; LOTHAR DETERMANN, Gegen Eigentumsrechte an Daten, ZD 2018, 503-508, *passim*; IDEM, Kein Eigentum an Daten, MMR 2018, 277-278, *passim*; IDEM, No One Owns Data, Hastings L.J. 2018, 1-44, *passim*; P. BERNT HUGENHOLTZ, Against «data property», in: Ullrich/Drahos/Ghidini (édit.), Kritika: Essays on Intellectual Property, Cheltenham/Nor-thampton 2018, 48-71, *passim*; VÁCLAV JANEČEK, Ownership of personal data in the Internet of Things, CLSR 2018, 1039-1052, *passim*; NICOLA JENTZSCH, Dateneigentum – Eine gute Idee für die Datenökonomie?, Stiftung Neue Verantwortung, Berlin janvier 2018, 1 ss; JÜRGEN KÜHLING/FLORIAN SACKMANN, Rechte an Daten, Regulierungsbedarf aus Sicht des Verbraucherschutzes?, Rechtsgutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., Berlin 20 novembre 2018, 7 ss; ALAIN SCHMID/KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT/HERBERT ZECH, Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, 627-639, *passim*; HEIKE SCHWEITZER/MARTIN PEITZ, Ein neuer europäischer Ordnungsrahmen für Datenmärkte?, NJW 2018, 275-280, *passim*; JUTTA STENDER-VORWACHS/HANS STEEGE, Wem gehören meine Daten?, NJOZ 2018, 1361-1367, *passim*; HELENA URSIC, The Failure of Control Rights in the Big Data Era: Does a Holistic Approach Offer a solution?, in: Bakhoun/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyté-Namavičienė (édit.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Towards a Holistic Approach?, Berlin 2018, 55-83, *passim*; ROLF H. WEBER/FLORENT THOUVENIN, Dateneigentum und Datenzugangsrechte – Bausteine der Informationsgesellschaft?, RDS 2018 I, 43-74, *passim*; BORIS P. PAAL/MORITZ HENNEMANN, Big Data im Recht – Wettbewerbs- und daten(schutz)rechtliche Herausforderungen, NJW 2017, 1697-1701, *passim*; LOUISA SPECHT, Property Rights Concerning Personal Data, ZGE 2017, 411-415, *passim*; SPINDLER GERALD, Data and Property Rights, ZGE 2017, 399-405, *passim*; HANS-JÜRGEN SCHLICKERT, Industrie 4.0 – wie das Recht Schritt hält, ZRP 2017, 222-225, *passim*; YANIV BENHAMOU/LAURENT TRAN, Circulation des biens numériques: de la commercialisation à la portabilité des données, sic! 2016, 571-591, *passim*; JOSEF DREXL/RETO M. HILTY/LUC DESAUNETTES/Franziska Greiner/DARIA KIM/HEIKO

duction d'une propriété sur les données n'est pas prévue en Suisse<sup>2</sup>. Après trois ans de travaux, le « groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données » nommée par le Conseil fédéral s'est prononcé contre l'introduction de la propriété sur les données dans son

- 
- RICHTER/GINTARÉ SURBLYTĖ/KLAUS WIEDEMANN, Data Ownership and Access to Data, Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition, Research Paper N° 16-10, 16 août 2016 (cité: DREXL et al., MPI 2016), n. 4 ss; DANIEL HÜRLIMANN/HERBERT ZECH, Rechte an Daten, sui generis 2016, 89-95, *passim*; WOLFGANG KERBER, Governance of Data: Exclusive Property vs. Access, IIC 2016, 759-762, *passim*; IDEM, Digital Markets, Data and Privacy: Competition Law, Consumer Law and Data Protection, GRUR Int. 2016, 639-647 (cité: KERBER, Digital Markets, GRUR Int. 2016), 645 s.; IDEM, A New (Intellectual) Property Right for Non-Personal Data? An Economic Analysis, GRUR Int. 2016, 989-998 (cité: KERBER, New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016), *passim*; KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT, Datenmärkte ohne « Dateneigentum », digma 2019, 178-182, 181; ANDREAS WIEBE, Protection of industrial data – a new property right for the digital economy?, GRUR Int. 2016, 877-884, 881 ss; GERRIT HORNUNG/THILO GOEBLE, Data ownership im vernetzten Automobil, CR 2015, 265-273, 271 ss; MICHAEL DÖRNER, Big Data und « Dateneigentum », Grundfragen des modernen Daten- und Informationshandels, CR 2014, 617-628, 626 ss; dans la même tendance: MATTHIAS BERBERICH/SEBASTIAN GOLLA, Zur Konstruktion eines « Dateneigentums » – Herleitung, Schutzrichtung, Abgrenzung, PinG 2016, 165-176, 175 s.; LOUISA SPECHT, Ausschliesslichkeitsrechte an Daten – Notwendigkeit, Schutzzumfang, Alternativen, CR 2016, 288-296, 294 ss; KONRAD ŽDANOWIECKI, Recht an Daten, in: Bräutigam/Klindt (édit.), Digitalisierte Wirtschaft/Industrie 4.0, novembre 2015, 19-29, 28 s.
- 2 Contre l'introduction de la propriété sur les données en Suisse: DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION DETEC/OFFICE FÉDÉRAL DE LA COMMUNICATION OFCOM, Jalons d'une politique des données en Suisse, Documentation de presse, Berne 9 mai 2018, 3 s.; ECONOMIESUISSE, Une politique des données basée sur la confiance, pour le progrès et l'innovation #03/18, Zurich 12 mars 2018, 7 ss, in: <<https://www.economiesuisse.ch/fr/dossier-politique/une-politique-des-donnees-basee-sur-la-confiance-pour-le-progres-et-linnovation>>, dernière consultation le 27 juillet 2020; Message du Conseil fédéral du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6565 (cité: Message révision totale LPD 2017), 6610; les résultats d'une étude de l'OFCEM sont toutefois apparemment différents (THOMAS JARCHOW/BEAT ESTERMANN, Big Data: Chancen, Risiken und Handlungsbedarf des Bundes, Ergebnisse einer Studie im Auftrag des Bundesamts für Kommunikation, 26 octobre 2015, 52), dans laquelle 75 % des personnes interrogées se sont prononcées en faveur de nouveaux droits de propriété ou d'utilisation dans le domaine des données personnelles. Pour l'état des avis doctrinaux, voir *infra* III.2.1.

rapport général détaillé du 17 août 2018<sup>3</sup>, et le Conseil fédéral a suivi cette recommandation<sup>4</sup>.

Indépendamment de la situation politique, il semble opportun de rassembler les principales questions et constatations sur la propriété sur les données et de tirer certaines conclusions qui, du moins dans la perspective actuelle, peuvent prétendre à une certaine robustesse. L'accent sera mis sur le droit suisse et, si cela est nécessaire, la situation juridique dans l'UE sera également examinée en détail.

Il convient de noter que l'idée de la propriété sur les données, qui a fait l'objet d'une grande attention ces derniers temps<sup>5</sup>, n'est en aucun cas nouvelle. Au contraire, il en était déjà question aux États-Unis dans les années 1990, notamment en ce qui concerne la protection de la vie pri-

3 DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES (DFF), Rapport du groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données, Berne 17 août 2018 (cité: Rapport du groupe d'experts, traitement et sécurité des données), 110 ss.

4 CONSEIL FÉDÉRAL, Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse, Rapport du Conseil fédéral, Berne 14 décembre 2018 (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport Blockchain), 47 s. En octobre 2019, le Conseil fédéral a défini la suite de la procédure suite aux recommandations de la commission d'experts et a décidé de mesures supplémentaires. Outre des précisions sur l'accès aux données non-personnelles, ces mesures concernent la cybersécurité et l'examen de la nécessité d'adapter le droit des contrats actuel, voir à ce sujet DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'ENVIRONNEMENT, DES TRANSPORTS, DE L'ÉNERGIE ET DE LA COMMUNICATION DETEC, Rapport sur les recommandations du groupe d'experts sur l'avenir du traitement et de la sécurité des données, Prise de connaissance et suite de la procédure, Berne 15 octobre 2019 (cité: DETEC, Rapport sur les recommandations du groupe d'experts), *passim*.

5 Voir, par exemple, la déclaration officielle de la chancelière allemande ANGELA MERKEL de 2018: « Wenn Daten der Rohstoff der Zukunft sind, dann entscheidet die Souveränität des Menschen über diese Daten und damit auch über die Frage des Eigentums », in: <<https://www.bundesregierung.de/breg-de/service/bulletin/regierungserklaerung-von-bundeskanzlerin-dr-angela-merkel-862358>>, dernière consultation le 29 juillet 2020; voir aussi la déclaration de MARTIN WINTERKORN, alors président du conseil d'administration de Volkswagen AG, en relation avec les données sur les véhicules: « Die Daten gehören uns! », Der Spiegel, 7 mars 2015, 64; également les déclarations faites par GÜNTHER OETTINGERS lors d'un événement à Hanovre au mois d'avril 2015: « Wir brauchen ein virtuelles und digitales Sachenrecht, das auch für Daten gilt », EU-Kommission versus Google, Günther Oettinger erwartet baldige Entscheidung, 14 avril 2015, in: <<https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/guenther-oettinger-eu-kommission-koennte-kurs-gegen-google-verschaerfen-a-1028439.html>>, dernière consultation le 17 juillet 2020.

vée<sup>6</sup> et le traitement du phénomène alors nouveau du marketing direct par téléphone et par courrier<sup>7</sup>. Aujourd'hui, dans le discours public, deux espoirs en particulier sont associés à la propriété sur les données : quelques-uns préconisent une meilleure utilisation du potentiel des données et espèrent y parvenir par le biais de la propriété sur les données<sup>8</sup> ; la majorité, en revanche, souhaite renforcer l'autonomie des citoyens et place ses espoirs dans la propriété sur les données, car elle doute que la législation sur la protection des données puisse redonner aux personnes concernées le contrôle de « leurs » données<sup>9</sup>.

Le point de départ de l'analyse qui suit est le constat qu'il n'y a pas de propriété sur les données en Suisse<sup>10</sup>. Pour autant que l'on puisse en juger, les données en tant que telles ne sont soumises à aucun droit de propriété dans aucun autre système juridique européen<sup>11</sup>. En particulier, les données ne sont pas couvertes par les droits réels, ou la protection du droit d'auteur. En outre, elles ne sont pas non plus l'objet du droit *sui generis* sur les bases de données<sup>12</sup>.

La notion de « propriété sur les données » est généralement utilisée dans la doctrine pour désigner un droit absolu, *erga omnes*, sur les données<sup>13</sup>.

6 LAWRENCE LESSIG, Privacy as Property, Social Research 2002, 247-269, *passim*.

7 KENNETH C. LAUDON, Markets and Privacy, Communications of the ACM 1996 N° 9, 92-104, *passim*.

8 Par exemple FEDERAL MINISTRY FOR ECONOMIC AFFAIRS AND ENERGY, White Paper Digital Platforms, Digital regulatory policy for growth, innovation, competition and participation, Berlin mars 2017, 13 ss, en particulier 67 s.

9 Par exemple HANNES GRASSEGER, Der digitale Verteilungskampf hat begonnen, Tages Anzeiger du 17 mars 2018; FEZER (nbp. 1), *passim*, en particulier 25; AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, *passim*, en particulier 524 ss; sur ce point, voir aussi ALFRED FRÜH, Roboter und Privacy, Informationsrechtliche Herausforderungen datenbasierter Systeme, PJA 2017, 141-151, 147 s.

10 Voir *infra* III.1.

11 Voir s'agissant des données non-personnelles dans l'UE COMMISSION EUROPÉENNE, Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions « Créer une économie européenne fondée sur les données », COM(2017) 9 final, Bruxelles 10 janvier 2017 (cité : COMMISSION EUROPÉENNE, Créer une économie européenne fondée sur les données), 12. Pour d'autres pays NADEZHDA PURTOVA, The illusion of personal data as no one's property, LIT 2015, 83-111, 89.

12 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données, art. 7 ss.

13 Voir par exemple : HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 488 ss; ZECH (nbp. 1), CR 2015, 140; ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 271. En dehors de la juris-

Toutefois, au moins pour l'analyse de la situation initiale<sup>14</sup>, la notion est comprise de manière plus extensive: l'analyse inclut non seulement les droits exclusifs, mais aussi les normes qui interdisent certaines actions (droit de la responsabilité civile) et les droits relatifs (droit des contrats). Ceci afin de garantir que l'objet de l'analyse soit aussi large que possible et afin d'éviter que les caractéristiques d'un potentiel droit de propriété sur les données découle du seul concept de propriété.

La discussion sur l'introduction de la propriété sur les données concerne différents types de données, à savoir les données personnelles et les données non-personnelles. Les données à caractère personnel sont définies comme toutes les informations relatives à une personne identifiée ou identifiable (art. 3 lit. a LPD); toutes les autres données sont des données non-personnelles<sup>15</sup>. Le traitement des données personnelles est soumis aux dispositions de la loi sur la protection des données (LPD), tandis que le traitement des données non-personnelles est en principe libre. Ces différences fondamentales soulèvent la question de savoir si l'examen de l'éventuelle propriété sur les données doit être effectué séparément pour les deux types de données. En effet, la plupart des publications traitent (implicitement ou explicitement) soit de données personnelles soit de données non-personnelles<sup>16</sup>. Il existe toutefois des

---

prudence, cependant, le terme est utilisé plus ouvertement, généralement dans le sens d'une possibilité de contrôle de l'utilisation des données et de participation à ses bénéfices, voir par exemple CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 15 s.

14 Voir *infra* III.

15 ATF 136 II 508, consid. 3.2. – Logitech; ATF 138 II 346, consid. 6.1. – Google Streetview; BEAT RUDIN, in: Baeriswyl/Pärli (édit.), Datenschutzgesetz, Stämpflis Handkommentar, Berne 2015, DSG 3 N 3 ss, en particulier N 7 s.; DAVID ROSENTHAL/YVONNE JÖHRI, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, DSG 3 N 13 ss; FLORENT THOUVENIN, Wem gehören meine Daten?, RSJ 2017, 21-32, 22.

16 Spécifique aux données non-personnelles: FLORENT THOUVENIN/ALFRED FRÜH/ALEXANDRE LOMBARD, Eigentum an Sachdaten: Eine Standortbestimmung, SZW 2017, 25-34, *passim*; ANDREAS WIEBE/NICO SCHUR, Ein Recht an industriellen Daten im verfassungsrechtlichen Spannungsverhältnis zwischen Eigentumsschutz, Wettbewerbs- und Informationsfreiheit, ZUM 2017, 461-473, *passim*; ŻDANOWIECKI (nbp. 1), *passim*; P. BERNT HUGENHOLTZ, Data Property in the System of Intellectual Property Law: Welcome Guest or Misfit?, in: Schulze/Staudenmayer/Lohse (édit.), Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III, Baden-Baden 2017, 75-99, *passim*; KERBER (nbp. 1), IIC 2016, *passim*. Spécifique aux données personnelles: KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT, Datenschutz und Big Data – Ein Spannungsverhältnis, in: Maute/Mackenrodt (édit.), Recht als Infrastruktur für

raisons impérieuses d'adopter une vision globale de la notion de propriété sur les données.

D'une part, l'idée d'introduire un droit de propriété sur des données vise essentiellement à relever les défis que pose le traitement des données dans une société numérique avec une approche uniforme. D'autre part, distinguer *ex ante* des données personnelles de données non-personnelles est rendu difficile<sup>17</sup> car la qualification des données dépend

---

Innovation, GRUR Junge Wissenschaft, Munich 2018, 265-284, *passim*; CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, *passim*; HANS-JÖRG NAUMER, Dateneigentum statt Datenkapitalismus, in: Stiftung Datenschutz (édit.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 233-239, *passim*; SASKIA ESKEN, Dateneigentum und Datenhandel, in: Stiftung Datenschutz (édit.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 73-83, *passim*. En mettant également l'accent sur les données personnelles: JENTZSCH (nbp. 1), *passim*; ANDREAS SATTLER, From Personality to Property ?, in: Bakhoum/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyté-Namavičienė (édit.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Towards a Holistic Approach ?, Berlin 2018, 27-54, *passim*; HEIKO RICHTER, The Power Paradigm in Private Law, Towards a Holistic Regulation of Personal Data, in: Bakhoum/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyté-Namavičienė (édit.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Towards a Holistic Approach ?, Berlin 2018, 527-577, en particulier 552 ss; HEIKO RICHTER/RETO M. HILTY, Die Hydra des Dateneigentums – eine methodische Betrachtung, in: Stiftung Datenschutz (édit.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 241-259, *passim*; BULL (nbp. 1), CR 2018; ETHICS ADVISORY GROUP, Report 2018, 25 janvier 2018, in: <[https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25\\_eag\\_report\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25_eag_report_en.pdf)>, *passim*; ISABELLE LANDREAU/GÉRARD PELIKS/NICOLAS BINCTIN/VIRGINIE PEZ-PÉRARD, My data are mine, Why we should have ownership rights on our personal data, Report, GenerationLibre, Paris 2018, *passim*; JANEČEK (nbp. 1), CLSR 2018, *passim*; WOLFGANG HAGEN, Facebook & Google entflechten ? Warum digitale Medien-Monopole eine Gefahr für Demokratien sind – Essay, Medienpolitik, APuZ 2018, 29-34, *passim*; FRANZISKA SPRECHER, Datenschutz und Big Data im Allgemeinen und im Gesundheitsrecht im Besonderen, RJB 2018, 482-519, *passim*; NIKOLAI HORN/MARC REINHARDT, Arbeitsgruppe Innovativer Staat, Denimpuls Innovativer Staat: Datenhoheit – Gerechtigkeitsfrage in einer Digitalen Gesellschaft, Initiative D21, Berlin 8 octobre 2018, en particulier 3 ss, en ce qui concerne la souveraineté des données; NIKOLAI HORN/BJÖRN STECHER, Arbeitsgruppe Innovativer Staat, Denimpuls Innovativer Staat: Datensouveränität – Datenschutz neu verstehen, Berlin 28 mai 2019, *passim*; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, *passim*; FEZER (nbp. 1), ZD 2017, *passim*; BENEDIKT BUCHNER, Is there a Right to One's Own Personal Data ?, ZGE 2017, 416-419, *passim*; ARTUR-AXEL WANDTKE, Ökonomischer Wert von persönlichen Daten, MMR 2017, 6-12, *passim*; PURTOVA (nbp. 11), LIT 2015, *passim*.

17 Voir parmi d'autres: CHRISTIANE WENDEHORST, Of Elephants in the Room and Paper Tigers: How to Reconcile Data Protection and the Data Economy, in:

surtout du contexte de leur utilisation<sup>18</sup>. Si un droit de propriété n’existait que pour les données à caractère personnel ou uniquement pour les données non-personnelles, il ne serait donc guère possible de décider *ex ante* de l’existence de droits de propriété sur les données en question, et ces droits pourraient également – selon le contexte – exister, manquer, être créés ou s’éteindre à nouveau.

## II. Notions

### 1. Données, informations et connaissances

La relation entre les données, les informations et les connaissances est souvent représentée par la *pyramide de l’information*. À la base de cette pyramide se trouvent les données, par exemple les données de géo-localisation d’un téléphone portable. Le deuxième niveau est constitué des informations pouvant être tirées de ces données, par exemple des informations sur le lieu où se trouvait le propriétaire du téléphone portable à un moment donné. À partir de ces informations peuvent être acquises – à un troisième niveau – des connaissances, par exemple sur le lieu où la personne vit et travaille<sup>19</sup>.

---

Schulze/Staudenmayer/Lohsse (édit.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III, Baden-Baden 2017, 327-355, 331 s. Sur la possibilité de ré-individualiser des données (apparemment) anonymes MELISSA GYMREK/AMY L. MCGUIRE/DAVID GOLAN/ERAN HALPERIN/YANIV ERLICH, *Identifying Personal Genomes by Surname Inference*, *Science* 2013, Vol. 339, 321-324, *passim*, et de nombreux travaux de LATANYA SWEENEY.

- 18 JANEČEK (nbp. 1), CLSR 2018, 1042 s.; SCHMID/SCHMIDT/ZECH (nbp. 1), *sic!* 2018, 628; ÉCONOMIESUISSE (nbp. 2), 14; FLORENT THOUVENIN/ROLF H. WEBER/ALFRED FRÜH, *Data Ownership: Taking stock and mapping the issues*, in: Dehmer/Emmert-Streib (édit.), *Frontiers in Data Science*, Boca Raton 2018, 111-145 (cité: THOUVENIN/WEBER/FRÜH, *Data Ownership*), 113; ESKEN (nbp. 16), 77; SCHWEITZER/PEITZ (nbp. 1), 278; SPRECHER (nbp. 16), RJB 2018, 492; Message du Conseil fédéral concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, 452; pour une distinction fondée sur une approche basée sur le risque, voir en particulier KÜHLING/SACKMANN (nbp. 1), 11 s.
- 19 SPECHT (nbp. 1), CR 2016, 290 et WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 881, avec réf. citées. Dans certains cas, la pyramide de l’information distingue également un quatrième niveau, que l’on appelle généralement sagesse, voir par exemple SAURO SUCCI/PETER V. COVENEY, *Big Data: the End of the Scientific Method?*, *Philos. Trans. Royal Soc. A* 2019/377, 1-15, 10.

Cette représentation peut aider à illustrer la relation entre les données, les informations et les connaissances. Toutefois, elle ne permet pas de masquer le fait qu'il n'y a toujours pas de compréhension uniforme de ces termes et qu'ils sont souvent utilisés de manière indifférenciée<sup>20</sup>. Diverses tentatives ont été faites pour conceptualiser la notion d'information, notamment en droit<sup>21</sup>. Cependant, les résultats de ces analyses complexes et nuancées n'ont jusqu'à présent guère pu s'affirmer. La présente contribution n'a pas pour ambition d'apporter une réponse finale à ce débat. Cependant, il est inévitable de devoir décrire l'objet de notre analyse – les données – afin que les résultats soient non seulement compréhensibles pour le lecteur, mais aussi vérifiables.

Le point de départ de l'analyse porte sur la structure de la *pyramide de l'information*, qui a été développée dans la doctrine notamment en lien avec la propriété sur les données, bien qu'avec une terminologie légèrement différente. Une distinction est régulièrement faite entre trois et parfois quatre niveaux<sup>22</sup>:

- Le niveau *syntaxique* fait référence à la structure des données, c'est-à-dire une séquence de caractères (élémentaires). Dans le cas des données numériques, ces caractères sont souvent constitués d'une séquence finie de zéros et de uns; d'autres représentations comprennent des creux (*pits*) et des surfaces (*lands*) sur la piste d'un CD.

20 MIREILLE HILDEBRANDT, Properties, property and appropriateness of information, in: Hildebrandt/van der Berg (édit.), *Information, Freedom and Property*, Abingdon 2016, 34-53, 50. Pour une approche sociologique du concept d'information, voir GARY T. MARX, *Genies: bottled and unbottled*, in: Hildebrandt/van der Berg (édit.), *Information, Freedom and Property*, Abingdon 2016, 9-33, *passim*.

21 JEAN NICOLAS DRUEY, *Information als Gegenstand des Rechts*, Zurich 1995, 3 ss; HERBERT ZECH, *Information als Schutzgegenstand*, Tübingen 2012, 11 ss; IDEM, *Information as Property*, JIPITEC 2015, 192-197, en particulier n. 10 ss; ROLF H. WEBER/CHRISTIAN LAUX/DOMINIC OERTLY, *Datenpolitik als Rechtsthema*, Zurich 2016, 5 ss; THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 18), *Data Ownership*, 120 s.; JANEČEK (nbp. 1), CLSR 2018, 1042.

22 Pour un aperçu WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 46 s. En rapport avec les niveaux dans l'exemple des réseaux LAWRENCE LESSIG, *The Future of Ideas*, New York 2001, 23 s.

Au niveau syntaxique, les données sont donc lisibles par machine<sup>23</sup> et elles sont saisies sous une forme physiquement existante<sup>24</sup> au moyen d'une certaine *fixation*. La littérature anglophone appelle parfois (de manière quelque peu trompeuse) ce niveau « *Code Layer* »<sup>25</sup>.

- Au niveau *sémantique*, les données sont considérées comme des informations. Ce niveau fait référence à la signification des données, c'est-à-dire au contenu informatif véhiculé par les données<sup>26</sup>. Ce niveau conçoit les données en tant que bien immatériels<sup>27</sup>. Dans la littérature anglophone, l'accent mis sur le contenu des données est exprimé par le terme « *Content Layer* »<sup>28</sup>. La caractéristique principale de ces informations est qu'elles doivent être perceptibles par les sens humains<sup>29</sup>. Contrairement aux données, l'information est toujours dirigée vers un destinataire ayant les capacités sensorielles et cognitives d'un être humain<sup>30</sup>. Le passage du niveau syntaxique au niveau sémantique nécessite donc l'utilisation d'une machine qui interprète et « traduit » les données afin d'en extraire l'information et de la rendre perceptible par les humains<sup>31</sup>.
- Au niveau *pragmatique*, l'information peut constituer un savoir par elle-même ou en combinaison avec d'autres informations. Le niveau pragmatique fait référence aux connaissances utiles, comprises

23 SCHMID/SCHMIDT/ZECH (nbp. 1), sic! 2018, 628, qui décrivent les données au niveau syntaxique comme des informations codées lisibles par machine; voir aussi AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 450 ss.

24 Sur la fixation physique des données en tant qu'objet du droit de propriété THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28 ss.

25 ZECH (nbp. 21), JIPITEC 2015, n. 12; voir aussi FELIX SCHIELE/FRITZ LAUX/THOMAS M. CONNOLLY, Applying a Layered Model for Knowledge Transfer to Business Process Modelling (BPM), IJAIS 2014, 156-166, 159 s., qui font en outre la distinction entre une « *Code Layer* » et une « *Syntactic Layer* ».

26 SPECHT (nbp. 1), CR 2016, 290; WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 881; KERBER (nbp. 1), New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016, 992; ZECH (nbp. 21), 51 s.; IDEM (nbp. 1), CR 2015, 138; THOMAS HEYMANN, Rechte an Daten, Warum Daten keiner eigentumsrechtlichen Logik folgen, CR 2016, 650-657, 650.

27 Sur les données en tant que biens immatériels THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28.

28 Voir à ce sujet WEBER/LAUX/OERTLY (nbp. 21), 7 et nbp. 31.

29 WEBER/LAUX/OERTLY (nbp. 21), 5 s.

30 SPECHT (nbp. 1), CR 2016, 290.

31 DENIS POMBRIANT, Data, Information and Knowledge – Transformation of data is key, CRi 2013, 97-102, 98.

comme des informations ayant un certain effet ou servant un certain objectif<sup>32</sup>.

- Certains auteurs en distinguent un autre, à savoir le niveau *structurel*, qui se réfère à la définition physique des données sur un support<sup>33</sup>. Dans la littérature anglophone, on utilise également le terme « *Physical Layer* » pour se référer à ce concept<sup>34</sup>.

Pour les questions en matière de politique des données, le niveau *pragmatique*, c'est-à-dire les connaissances générées à partir de l'information et donc indirectement à partir des données, n'est pas pertinent. Cependant, la distinction entre le niveau *syntactique* et le niveau *sémantique* ainsi que la démarcation avec le niveau *structurel* sont d'une importance capitale. Au sein du débat sur la propriété sur les données, il est particulièrement important de savoir, si un tel droit est lié au niveau *syntactique* ou *sémantique*<sup>35</sup>, tout en gardant à l'esprit si et dans quelle mesure les droits de propriété au niveau structurel, à savoir la propriété d'un support de données, peuvent avoir des effets juridiques qui se rapprochent au moins de la propriété sur les données elles-mêmes<sup>36</sup>.

## 2. Données volontaires, observées et dérivées

Outre la subdivision en données, informations et connaissances ou en niveaux syntaxique, sémantique et pragmatique, le Forum économique mondial (WEF) a proposé dès 2011 une taxonomie pour les données<sup>37</sup>, qui peut être utilisée pour les questions en matière de politique de données. Cette différenciation peut servir de point de repère, notamment

32 SPECHT (nbp. 1), CR 2016, 290; WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 881.

33 ZECH (nbp. 21), 41 ss; IDEM (nbp. 1), CR 2015, 138; HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 650.

34 ZECH (nbp. 21), JIPITEC 2015, n. 12.

35 Voir *infra* IV.2.

36 Voir *infra* III.1.

37 WORLD ECONOMIC FORUM, Personal Data: The Emergence of a New Asset Class, Genève 17 février 2011, in: <[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_ITTC\\_PersonalDataNewAsset\\_Report\\_2011.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_ITTC_PersonalDataNewAsset_Report_2011.pdf)>; WORLD ECONOMIC FORUM, Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust, Genève mai 2014, in: <[http://www3.weforum.org/docs/WEF\\_RethinkingPersonalData\\_ANewLens\\_Report\\_2014.pdf](http://www3.weforum.org/docs/WEF_RethinkingPersonalData_ANewLens_Report_2014.pdf)> (cité: WEF, Rethinking Personal Data).

pour les questions d'accès aux données<sup>38</sup> et de portabilité des données<sup>39</sup>. Elle est moins pertinente pour la question du sens et de la finalité de l'introduction d'une propriété sur les données, qui est ici au premier plan. Néanmoins, la différenciation pourrait être utile pour l'attribution d'éventuels droits de propriété<sup>40</sup>.

Cette taxonomie distingue trois types de données différentes, à savoir les données *volontaires*, les données *observées* et les données *dérivées*<sup>41</sup>. Contrairement à la distinction entre données personnelles et données non-personnelles<sup>42</sup>, qui se différencie selon le contenu des données, c'est-à-dire les informations contenues dans les données, cette taxonomie se concentre sur les modalités de génération des données :

*Les données volontaires*<sup>43</sup> proviennent de particuliers qu'ils partagent ou donnent eux-mêmes à d'autres personnes. Les personnes sont conscientes que ces données sont collectées et/ou transmises. Un exemple typique est celui des données mises à disposition sur des plateformes par les individus eux-mêmes.

*Les données observées*<sup>44</sup> ne sont pas fournies par des individus, mais se réfèrent généralement à un individu spécifique. Il s'agit généralement de données sur les activités d'une personne particulière et souvent ces données sont collectées à son insu. Ce terme recouvre toutes les données collectées par des humains ou par des machines, et pas seulement les données personnelles. La caractéristique de ces données est qu'elles restent souvent incompréhensibles sans informations supplémentaires notamment sur le contexte dans lequel elles ont été collectées. Des exemples typiques sont les données sur le comportement de navigation sur le web (« *browsing* ») ou sur l'amortissement des pièces d'usure de véhicules.

Les données *dérivées*<sup>45</sup> sont des données obtenues par l'analyse d'autres données ou par la combinaison de différentes données. Les personnes

---

38 Pour une discussion approfondie, voir FLORENT THOUVENIN/ROLF H. WEBER/ALFRED FRÜH, *Elemente einer Datenpolitik*, Zurich 2019 (cité: THOUVENIN/WEBER/FRÜH, *Datenpolitik*), 93 ss.

39 Pour une discussion approfondie, voir THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), *Datenpolitik*, 141 ss.

40 Voir *infra* IV.3.2.

41 Pour un aperçu graphique, voir WEF (nbp. 37), *Rethinking Personal Data*, 16.

42 A ce sujet, voir *supra* I.

43 WEF (nbp. 37), *Rethinking Personal Data*, 16.

44 *Ibid.*

45 WEF (nbp. 37), *Rethinking Personal Data*, 16 s.

concernées ignorent généralement l'existence des données dérivées et ne peuvent donc pas contrôler leur création et leur utilisation.

### 3. Données en tant que biens publics

Les données sont régulièrement qualifiées de biens publics<sup>46</sup>. Ces biens sont caractérisés par le fait qu'ils peuvent être utilisés simultanément par un grand nombre de personnes sans que l'utilisation par une personne n'affecte l'utilisation par une autre (*utilisation non rivalisante*)<sup>47</sup>. La présence ou non de la deuxième caractéristique des biens publics, selon laquelle les tiers ne peuvent être exclus de l'utilisation (utilisation non exclusive)<sup>48</sup>, dépend des possibilités factuelles et juridiques d'en restreindre l'utilisation. Dans le cas des données, il existe trois principales options : premièrement, un contrôle de fait sur les données peut être exercé, notamment en les stockant dans des systèmes propriétaires et par cryptage. Deuxièmement, un contrôle de fait est protégé de par la loi, notamment par la protection des secrets de fabrication ou d'affaires<sup>49</sup> et par un certain nombre de normes qui empêchent la rupture du contrôle de fait, comme l'infraction pénale d'intrusion non autorisée dans un système de traitement de données (art. 143<sup>bis</sup> CP). Troisièmement, un contrôle purement juridique peut être réalisé en accordant des droits exclusifs sur les données, en introduisant par exemple un droit de propriété sur les données.

46 RICHARD A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, 9<sup>ème</sup> éd., New York 2014, 402; ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, *Law and Economics*, 6<sup>ème</sup> éd., Boston 2016, 40; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5<sup>ème</sup> éd., Berlin 2012, 79 s.; ZECH (nbp. 21), 117 ss; IDEM (nbp. 1), CR 2015, 139; SCHWARTMANN/HENTSCHE (nbp. 1), PinG 2016, 121; HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 652 s.; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 24; KEVIN MACCABE, *Eigentum an digitalen Daten im sachenrechtlichen Sinne*, Jusletter IT 26 septembre 2018, n. 12.

47 COOTER/ULEN (nbp. 46), 40; SCHÄFER/OTT (nbp. 46), 79. L'utilisation non rivalisante des données ne change pas le fait que la valeur des données pour les utilisateurs peut diminuer si un grand nombre de personnes les utilisent. Par exemple, il est vrai que la valeur des données sur les places de stationnement librement disponibles dans une ville diminue si de nombreuses personnes ont accès à ces données (CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 6). Toutefois, cela n'est pas dû à l'utilisation non rivalisante des données, mais à l'utilisation rivalisante des places de parking.

48 COOTER/ULEN (nbp. 46), 40; SCHÄFER/OTT (nbp. 46), 79 s.

49 Voir *infra* III.1.

Le fait que les données remplissent ou non la deuxième caractéristique des biens publics dépend donc dans une large mesure de la structure du système juridique. Pour la question à examiner ci-dessous, soit s'il est approprié d'introduire des moyens pour exclure des tiers de l'accès aux données et de leur utilisation, seule la première caractéristique des biens publics est décisive. Cette caractéristique relève de la nature des données et n'est pas à la libre disposition du système juridique. Cette importante caractéristique est ensuite prise en compte pour décrire les données comme des « biens publics par nature ».

### III. Bien-fondé de l'introduction de la propriété sur les données

#### 1. Introduction à la problématique

La nécessité de la propriété sur les données peut être examinée sous deux angles: d'une part, la question peut être abordée sur un plan théorique. La plupart des arguments en faveur de l'introduction d'un droit de propriété sur les données sont théoriques, tels que l'internalisation des effets externes et la promotion de l'efficacité du marché qui y est associée<sup>50</sup>, la création d'une sécurité juridique par l'attribution de droits de propriété<sup>51</sup> et le renforcement de l'autonomie des citoyens<sup>52</sup>. D'autre part, la question doit également être envisagée d'un point de vue pratique. L'accent est mis ici sur les problèmes concrets qui ne peuvent être résolus de manière convaincante avec les règles juridiques existantes.

Ces deux perspectives sont essentielles pour procéder à une analyse complète. Toutefois, la perspective pratique doit en fin de compte pré-

---

50 WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 881; JENTZSCH (nbp. 1), 15. Doit être comprise dans ce sens, l'option présentée par la COMMISSION EUROPÉENNE d'introduire un « droit du producteur de données » pour le développement d'une économie européenne des données (COMMISSION EUROPÉENNE (nbp. 11), Créer une économie européenne fondée sur les données, 9 ss, en particulier 15); détaillée sur la problématique, mais sur le fond contre l'introduction de la propriété sur les données SCHWEITZER/PEITZ (nbp. 1), NJW 2018, *passim*.

51 FEZER (nbp. 1), 58; ZECH (nbp. 1), CR 2015, 145.

52 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 524 ss; FEZER (nbp. 1), 21 ss; LANDREAU et al. (nbp. 16), 25; CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 10 s.; HANNES BAUER/ALFRED FUHR/FRANÇOIS HEYNIKE/LEONIE SCHÖNHAGEN, Risikofeststellung Dateneigentum, in: Stiftung Datenschutz (édit.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 15-28, 22.

valoir, car l'intérêt purement théorique d'un droit de propriété sur les données ne saurait justifier à lui seul la nécessité d'agir. Cela est d'autant plus vrai que, compte tenu de sa portée, la propriété sur les données ne pourrait pas être créée par les tribunaux par application analogique des dispositions légales existantes, mais seulement par le législateur. Et le législateur n'introduira pas – à juste titre – un tel instrument juridique uniquement sur la base d'un éventuel intérêt théorique.

La nécessité d'un nouvel instrument juridique doit toujours être examinée à la lumière du cadre juridique existant. Il faut préciser à l'avance que le droit suisse actuel n'accorde aucun droit de propriété sur les données : les *droits réels* ne peuvent pas accorder de tels droits car les données ne sont pas de nature physique et ne remplissent donc pas – selon un avis largement unanime – la caractéristique constitutive de la propriété au sens des droits réels<sup>53</sup>. Les *droits de la propriété intellectuelle*,

53 Pour la Suisse : ROBERT HAAB, in: Haab/Simonius/Scherrer/Zobl (édit.), Zürcher Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band IV: Das Sachenrecht, Erste Abteilung, Das Eigentum, Art. 641-729, 2<sup>ème</sup> éd., Zurich 1977 (cité: ZK-HAAB), Einleitung ZGB 641-729 N 21; STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, in: Geiser/Wolf (édit.), Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB, 6<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019 (cité: BSK-WOLF/WIEGAND), Vor ZGB 641 ss. N 5; BSK-IDEM, ZGB 641 N 29; TANJA DOMEJ/CÉLINE P. SCHMIDT, in: Büchler/Jakob (édit.), Kurzkommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2018 (cité: KUKO-DOMEJ/SCHMIDT), Vor ZGB 641-654a N 4; PETER TUOR/BERNHARD SCHNYDER/JÖRG SCHMID/ALEXANDRA JUNGO, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 14<sup>ème</sup> éd., Zurich 2015, § 87 n. 2; RUTH ARNET, in: Breitschmid/Jungo (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016 (cité: CHK-ARNET), ZGB 641 N 6, N 10; STEPHAN WOLF, in: Kren Kostkiewicz/Wolf/Amstutz/Fankhauser (édit.), ZGB Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016 (cité: OFK-WOLF), ZGB 641 N 3; SAMUEL ZOGG, Bitcoin als Rechtsobjekt – eine zivilrechtliche Einordnung, recht 2019, 95-120, 101. Comme HÜRLIMANN/ZECH (nbp. 1), sui generis 2016, n. 8, qui font également référence à la durée illimitée de la protection qui semble inapproprié pour des biens publics. Pour l'Allemagne: HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 656; HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 490 s., qui distingue la propriété sur les données de celle sur les objets et exige que les demandes découlant de la propriété sur les données soient subsidiaires aux revendications découlant des droits réels ou du droit de la propriété intellectuelle. Voir en outre ECKERT (nbp. 1), Daten als Sache, RSJ 2016, 247 ss, qui estime en revanche que les données numériques remplissent l'exigence de corporalité et peuvent donc être qualifiées d'objet (*res digitalis*). Voir à ce sujet aussi JEFFREY RITTER/ANNA MAYER, Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward, Duke L. & Tech. Rev. 2018, 220-277, 255 ss, qui considèrent les données comme une matière physique. Pour l'Autriche: GEORG KLAMMER, Dateneigentum, Das Sachenrecht

*notamment le droit des brevets et le droit d'auteur*, ne confèrent pas non plus de droits exclusifs sur les données, car le droit des brevets est limité à la protection des inventions (art. 1 al. 1 LBI) et le droit d'auteur à la protection des œuvres littéraires et artistiques (art. 1 al. 1 lit. a LDA). Il est vrai que les bases de données peuvent être protégées par le droit d'auteur en tant qu'œuvres collectives si la sélection et la disposition de leur contenu sont des créations intellectuelles à caractère individuel (art. 4 al. 1 LDA). Toutefois, la protection porte uniquement sur la structure individuelle des bases de données<sup>54</sup>, et non sur les données en tant que telles. Même le droit *sui generis* sur les bases de données, que les États membres de l'UE connaissent, n'offre qu'une protection contre l'extraction ou l'utilisation de la totalité ou de parties substantielles des bases de données; il accorde donc des droits de propriété sur les bases de données, mais pas sur les données (individuelles) contenues dans ces bases.

Même si cela signifie qu'il n'existe pas encore de réels droits de propriété sur les données, la brève analyse du cadre juridique existant montre que, dans de nombreuses constellations, non seulement les détenteurs de données mais aussi les personnes concernées ont des droits qui se rapprochent au moins d'un droit de propriété sur les données :

Bien que la *loi sur la protection des données* ne donne pas aux personnes concernées des droits complets de maîtrise sur « leurs » données, elle leur confère une position juridique assez proche d'un droit de propriété. En particulier, dans de nombreuses constellations, les personnes concernées peuvent autoriser ou interdire l'utilisation de « leurs » données en accordant ou en refusant leur consentement ou en exerçant leur droit d'opposition et elles ont le droit de demander « leurs » données à des tiers grâce au droit d'accès<sup>55</sup>. Toutefois, ils n'ont pas la possibilité de transférer ces droits à des tiers.

---

der Daten, Vienne 2019, *passim*, qui souligne toutefois que les données elles-mêmes, en tant que données matérialisées, font dans presque tous les cas également partie du monde réel et animé et traite donc en particulier la question de savoir si et comment le droit de propriété réel autrichien peut être utilisé pour créer, transférer et protéger des droits sur des données (n. 12 et n. 14).

54 WILLI EGLOFF, in: Barrelet/Egloff (édit.), *Das Neue Urheberrecht*, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2020, URG 4 N 5; RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2020 (cité: HILTY, *Urheberrecht*), n. 249.

55 Pour une vue d'ensemble THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 27.

Le *droit délictuel* ne confère aux détenteurs de données (par exemple, les entreprises) aucun droit de propriété sur « leurs » données. Toutefois, le système juridique comporte un certain nombre de dispositions *erga omnes* qui sanctionnent l'ingérence dans le contrôle de fait du détenteur de données en accordant des prétentions délictuelles en cas d'ingérence. Au premier plan se trouvent les dispositions relatives à la protection des secrets, tels que les secrets de fabrication ou d'affaires (art. 162 CP et art. 6 LCD)<sup>56</sup> ainsi que les secrets officiels et professionnels (en particulier art. 320 ss. CP). En combinaison avec des mesures techniques qui empêchent l'accès aux données et leur utilisation, il est possible d'obtenir un contrôle efficace des données, ce qui se rapproche également beaucoup d'un droit de propriété.

En outre, le *droit de la concurrence* (LCD) sanctionne à son art. 5 lit. c LCD celui qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction le résultat du travail d'un tiers prêt à être mis sur le marché et l'exploite comme tel. Bien que la jurisprudence ait jusqu'à présent interprété cet élément constitutif de manière essentiellement restrictive<sup>57</sup>, une interprétation un peu plus extensive pourrait avoir des effets similaires à ceux d'un droit de propriété sur les données. Certains auteurs suggèrent donc que la propriété sur les données devrait être basée sur les principes juridiques de la LCD<sup>58</sup>. Quant au droit de la responsabilité civile (art. 41 CO), celui-ci prévoit non seulement une demande de dommages-intérêts mais aussi une demande de restitution *in rem*<sup>59</sup>. L'existence d'un tel moyen d'agir en rapport avec les données personnelles a déjà été défendue dans la doctrine<sup>60</sup>. En ce qui concerne les données non-personnelles, la question n'a apparemment pas encore été discutée, mais il n'y a aucune raison pour qu'un tel moyen ne puisse pas exister dans ce

56 Voir pour le droit de l'UE Directive (UE) 2016/943 du Parlement Européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.

57 Pour un aperçu, voir FLORENT THOUVENIN, Art. 5 lit. c UWG – reloaded, sic! 2018, 595-614, 600 ss.

58 DREXL et al. (nbp. 1), MPI 2016, n. 28; ZECH (nbp. 1), CR 2015, 140.

59 MARTIN A. KESSLER, in: Widmer Lüchinger/Oser (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 7<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, OR 43 N 4; allant dans le même sens ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 272 et HESS-ODONI (nbp. 1), Jusletter 17 mai 2004, n. 39.

60 DAVID ROSENTHAL, in: Rosenthal/Jöhri, Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008, DSG 15 N 41.

cas également. En outre, l'art. 41 CO devrait permettre de demander – pour de justes motifs – la cessation de toute atteinte illicite<sup>61</sup>.

Enfin, *le droit des contrats* se prête également à la création d'une réglementation entre les parties au contrat (*inter partes*) qui équivaut à la propriété sur les données. De nombreux contrats portant sur le transfert et l'utilisation de données traitent les données comme s'il s'agissait de biens<sup>62</sup>. Souvent, les clauses des contrats stipulent que la « propriété sur les données » est « transférée » d'une partie à l'autre ou que « la propriété sur les données reste au vendeur ». Même si ces clauses utilisent des termes juridiquement incorrects, cela n'affecte pas leur validité<sup>63</sup>, et la terminologie donne des indications claires sur la volonté des parties au contrat, en particulier sur la question de savoir qui devrait pouvoir décider des utilisations non réglementées par contrat, c'est-à-dire des utilisations résiduelles des données.

Compte tenu de cette situation juridique, la section suivante analyse s'il est nécessaire d'introduire une propriété sur les données d'un point de vue théorique et/ou pratique.

## 2. Perspective théorique

### 2.1. Vue d'ensemble

Les arguments théoriques avancés dans la littérature pour (et contre) la propriété sur les données peuvent être regroupés et évalués comme suit :

Il convient de noter d'emblée qu'il ne serait pas approprié de promulguer un droit de propriété sur les données sans justifier l'introduction d'un tel instrument juridique. Il est vrai que la propriété sur les données pourrait avoir des effets positifs pour les ayants droit. Toutefois, un tel droit de propriété peut s'avérer préjudiciable pour ceux à l'encontre de qui il est invoqué, mais également pour la société dans son ensemble, car l'utilisation des données est rendue plus difficile, voire impossible,

---

61 Ce n'est pas un problème discuté dans la doctrine. Toutefois, une telle demande en cessation mériterait d'être envisagée, en particulier dans le cas d'un dommage continu ou d'une cause anticipée de dommage. Dans ce qui suit, le droit à la cessation est donc toujours mentionné dans le contexte du droit de la responsabilité civile.

62 Voir ZECH (nbp. 1), CR 2015, 140, sur les avantages et les inconvénients du *Status Quo*; voir aussi ECKERT (nbp. 1), Daten als Sache, RSJ 2016, 247.

63 Art. 18 al. 1 CO; voir aussi WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 878.

par un droit de propriété. L'introduction d'un droit de propriété sur les données nécessite donc une justification plus détaillée.

Certains auteurs voient cette justification dans le fait que les données ont *une valeur* qui doit être protégée<sup>64</sup>. Toutefois, cet argument n'est pas convaincant car il laisse ouverte la question fondamentale de savoir comment utiliser au mieux cette valeur. La valeur des données ne plaiderait en faveur de l'introduction d'un droit de propriété sur les données que si un tel droit avait un effet positif sur leur création et leur utilisation. Toutefois, cette affirmation est douteuse et demande à être examinée de manière plus approfondie<sup>65</sup>.

Certains auteurs soutiennent que les données à caractère personnel sont *l'expression de la personnalité* des personnes concernées et doivent donc appartenir à la personne à laquelle elles se réfèrent<sup>66</sup>. Cet argument ne peut toutefois pas justifier une propriété sur les données, car il ne s'applique *a priori* qu'aux données personnelles et la loi sur la protection des données prévoit déjà pour ce type de données un traitement juridique assez proche de la propriété<sup>67</sup>.

Enfin, d'autres auteurs, suivant la théorie du travail de JOHN LOCKE<sup>68</sup>, soutiennent que les données sont des produits du travail et que le fabricant du produit doit donc avoir un droit sur les données générées<sup>69</sup>. Cette approche est contrée par le fait que les données sont généralement générées à la suite d'une autre activité (par exemple, la conduite d'une

64 ROBERT G. BRINER, Big Data und Sachenrecht, Jusletter IT 21 mai 2015, *passim*; THOMAS HOEREN, Big Data and the Ownership in Data: Recent Developments in Europe, EIPR 2014, 751-754, 753; IDEM, Sieben Beobachtungen und eine Katastrophe, sic! 2014, 212-217, 217; ECKERT (nbp. 1), Daten als Sache, RSJ 2016, 246.

65 Voir *infra* III.2.3.b), III.2.3.c) et III.2.3.d).

66 ADAM MOORE/KEN HIMMA, Intellectual Property, in: Zalta (édit.), The Stanford Encyclopedia of Philosophy (Winter 2018 Edition), chapitre 3, Justifications and Critiques, in: <<https://plato.stanford.edu/entries/intellectual-property/>>, dernière consultation le 25 septembre 2020, ils l'appellent « *personality theorists* ».

67 Voir *supra* III.1.

68 JOHN LOCKE, Zweite Abhandlung über die Regierung, Kommentar von Ludwig Siep, Francfort-sur-le-Main 2007, 29 ss. (chapitre 5, Das Eigentum); FLORENT THOUVENIN, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (UWG) und Immaterialgüterrechten, Cologne 2007, 321.

69 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 525 s.; FEZER (nbp. 1), 45 ss, en particulier 49 ss, qui parle de « données générées par le comportement » (traduit de l'allemand, *verbatim*: « verhaltensgenerierte Daten »); MOORE/HIMMA (nbp. 66), chapitre 3.3, appellent cela « Locke'sche Begründung ».

voiture ou l'utilisation d'un réseau social) et, dans la plupart des cas, ne sont pas spécifiquement « produites ». Les données sont donc principalement des sous-produits d'une autre activité et ne sont que relativement rarement des produits créés intentionnellement au sens de la théorie du travail<sup>70</sup>.

Il existe deux autres approches qui sont beaucoup plus différenciées et qui ont plus de poids : d'une part, on fait valoir que la propriété sur les données renforce *l'autonomie des citoyens* qui est menacé par les nouvelles formes d'utilisation des données, et qu'il y aurait un juste équilibre des valeurs générées par les données entre les citoyens et les entreprises. D'autre part, on fait valoir que la propriété sur les données ne devrait être introduite que si un tel droit peut prévenir ou corriger une *défaillance du marché*. Ces deux approches seront examinées plus en détail ci-dessous.

## 2.2. Autonomie et équité

L'introduction d'un droit de propriété sur les données est préconisée par une partie de la doctrine, car cette propriété renforcerait l'autonomie des citoyens<sup>71</sup>. Ces auteurs la justifient – en partie implicitement, en partie explicitement – par le fait que les citoyens ne peuvent décider de l'utilisation de leurs propres données de manière autodéterminée qu'à l'aide des droits de propriété<sup>72</sup> et que la propriété sur les données empêche les entreprises d'accéder au « matériel de la société civile » (= les données)<sup>73</sup>. Selon ce point de vue, l'objectif politico-juridique de l'introduction de la propriété sur les données est de protéger l'autonomie individuelle et collective des citoyens et de la société<sup>74</sup> et d'éviter que les citoyens, mais aussi la société dans son ensemble, soient influencés par les entreprises et l'État dans leurs esprits et leurs actions à l'aide de « leurs » données et de voir ainsi leur autonomie réduite. Dans cette perspective, la propriété sur les données sert aux citoyens à se « réapproprier une autonomie de

---

70 Il s'agit par exemple de données de recherche générées dans le cadre d'expérimentations ou de données de mesure spécifiques.

71 Voir nbp. 52.

72 CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 11, où la notion d'« *ownership* » est éventuellement comprise dans un sens plus large.

73 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 540 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Zugang zum zivilgesellschaftlichen Material »).

74 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 529 ss. et 535 ss.

conception »<sup>75</sup> ou, en d'autres termes, à leur liberté de « concevoir l'architecture des espaces numériques »<sup>76</sup>.

Toutefois, deux arguments s'opposent à cette approche. D'une part, la tâche que la propriété sur les données est censée remplir, à savoir prévenir l'atteinte à l'autonomie des individus par le traitement de leurs données, est déjà comprise dans l'actuelle loi sur la protection des données.<sup>77</sup> La loi sur la protection des données est toutefois susceptible de ne pas atteindre cet objectif de manière satisfaisante. Or, il est loin d'être clair dans quelle mesure un droit de propriété sur les données devrait être mieux adapté à cet objectif, d'autant plus que l'espoir placé dans cette institution juridique repose sur le fait que les individus puissent autoriser ou interdire à des tiers d'utiliser leurs données sur la base de leur droit de propriété. Cependant, cette possibilité existe déjà aujourd'hui, d'autant plus que la législation sur la protection des données fait dépendre dans de nombreux cas l'autorisation de traiter des données à caractère personnel du consentement des personnes concernées. Cependant, les constellations de traitements de données abordées par les partisans de la propriété sur les données sont généralement basées sur l'utilisation (volontaire) de services par les personnes concernées et leur consentement au traitement associé de leurs données.

D'autre part – et surtout – l'introduction de droits de propriété sur les données ne renforcerait guère, mais affaiblirait plutôt l'autonomie des ayants droit. Contrairement à ce qu'il est prévu dans la loi sur la protection des données<sup>78</sup>, il devrait être possible de transférer la propriété sur les données d'ayants droit à des tiers<sup>79</sup>, d'autant plus que la trans-

75 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 524 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Reappropriation von Gestaltungsautonomien »).

76 FEZER (nbp. 1), ZD 2017, 104 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Gestaltung der Architektur der digitalen Räume »).

77 FRANK SEETHALER, in: Maurer-Lambrou/Blechta (édit.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Öffentlichkeitsgesetz, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, Entstehungsgeschichte DSG N 2; EVA MARIA BELSER/ASTRID EPINEY/BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Berne 2011, 40 ss.

78 Voir *supra* III.1. relativement à la protection des données.

79 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 548; avec une approche partiellement différente FEZER (nbp. 1), qui prévoit une « compétence de conception des citoyens de la société civile » (traduit de l'allemand, *verbatim*: « zivilgesellschaftliche Gestaltungskompetenz der Bürger ») au lieu d'un pouvoir de disposition des citoyens, 72; d'un autre avis WANDTKE (nbp. 16), MMR 2017, 11, qui rejette une transférabilité illimi-

férabilité est au cœur de tous les droits de propriété<sup>80</sup>. Compte tenu de cette possibilité, on pourrait s'attendre à l'avenir à ce que les entreprises exigent de leurs utilisateurs qu'ils leur transfèrent la propriété de leurs données – comme elles le font aujourd'hui avec leur consentement – afin de permettre l'utilisation complète des données de leurs utilisateurs. Contrairement à la situation actuelle, cela permettrait aux entreprises non seulement d'utiliser les données elles-mêmes, mais aussi d'exclure leurs utilisateurs de l'utilisation de leurs propres données sur la base des droits de propriété qu'elles ont acquis<sup>81</sup>. Par conséquent, l'introduction d'un droit de propriété sur les données affaiblirait probablement considérablement l'autonomie des personnes concernées et aurait donc l'effet inverse de ce que les partisans d'un tel droit cherchent à obtenir<sup>82</sup>.

Un deuxième raisonnement, lié à l'approche de l'autonomie, repose essentiellement sur l'idée d'*équité*. Selon cette approche, la propriété sur les données permettrait aux personnes concernées de participer aux valeurs créées par le traitement de leurs données, et appellerait à un partage équitable des bénéfices des entreprises qui traitent les données<sup>83</sup>. D'après ce raisonnement, cette participation pourrait se faire par le biais de la propriété sur les données, car un tel droit entraînerait un déplace-

---

tée des éléments pécuniaires des données personnelles (traduit de l'allemand, *verbatim*: « der vermögensrechtlichen Bestandteile der persönlichen Daten »).

- 80 Voir *infra* IV.4.1.a) sur les droits réels, IV.4.1.b) sur le droit de la propriété intellectuelle, IV.4.1.c) sur les droits voisins, de même que THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28; WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 61.
- 81 Voir parmi beaucoup d'autres DETERMANN (nbp. 1), ZD 2018, 507.
- 82 FREDERICK RICHTER, Das Dateneigentum – Ein Wiedergänger mit Potential?, PinG 2018, 198-199, 199; NIKO HÄRTING, « Dateneigentum » – Schutz durch Immaterialgüterrecht?, CR 2016, 646-649, 648; uniquement sur les données personnelles: ALFRED FRÜH, Datenzuordnung und Datenzugang, digma 2019, 172-176, 174; JENTZSCH (nbp. 1), « Executive Summary », 7 et 10 ss, qui parle de l'érosion de la vie privée par la dynamique du marché (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Erosion der Privatsphäre durch Marktdynamik »). Ces tendances à l'érosion de la vie privée existent indépendamment de l'introduction de la propriété sur les données. Un tel droit renforcerait encore ces tendances en rendant les données plus faciles à monétiser. Également sur cette question WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 56; RICHTER/HILTY (nbp. 16), 255; HORN/REINHARDT (nbp. 16), 5.
- 83 CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 7 ss, en particulier 12 s., qui fait référence à la théorie de la justice de Rawls. Voir aussi LANDREAU et al. (nbp. 16), 25 et COMMISSION EUROPÉENNE (nbp. 11), Créer une économie européenne fondée sur les données, 12, en ce qui concerne le droit du « producteur de données ». Rejetant: DETERMANN (nbp. 1), Hastings L.J. 2018, 40 s.; JENTZSCH (nbp. 1), 15; KERBER (nbp. 1), IIC 2016, 761.

ment du rapport de force entre les entreprises et les citoyens en faveur de ces derniers<sup>84</sup>.

Cette approche correspond en grande partie à un aspect de la justification lié à la défaillance du marché, à savoir l'idée d'optimiser la répartition des coûts et des bénéfices relatifs aux données grâce à la propriété sur les données<sup>85</sup>. Cependant, elle va au-delà en ce sens qu'elle soulève la question de savoir si le « *deal* » désormais répandu par lequel les utilisateurs sont autorisés à utiliser les services des entreprises en échange de l'utilisation de leurs données peut être considéré comme équitable. La question de savoir si c'est effectivement le cas peut toutefois être laissée ouverte ici, d'autant plus qu'il n'est pas clair dans quelle mesure la propriété sur les données pourrait contribuer à un « *deal* » plus équitable que la possibilité d'éviter la divulgation et l'utilisation de ses propres données en renonçant à utiliser les services ou à donner le consentement qui est requis pour l'usage des propres données. L'argument de l'équité ne peut donc pas être retenu pour justifier l'introduction de la propriété sur les données.

Enfin, il convient de noter que les arguments de l'autonomie et de l'équité ne peuvent être pertinents que pour la question de la propriété sur les données à caractère personnel. Ils ne peuvent en aucun cas justifier l'introduction d'un droit de propriété sur les données.

### 2.3. Défaillance du marché

L'argument d'introduire un droit de propriété sur les données comme moyen de corriger les défaillances du marché suit les considérations classiques de la théorie du droit : dans la tradition juridique européenne, l'aptitude à corriger les défaillances du marché est devenue depuis longtemps la justification la plus importante de l'introduction des droits de propriété<sup>86</sup>. Cette approche utilitaire<sup>87</sup> est notamment invoquée en rela-

84 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 524 s.; LANDREAU et al. (nbp. 16), 7, 125; voir aussi FEZER (nbp. 1), 24 s., qui, sans l'introduction de la propriété sur les données, voit le pouvoir souverain de décision démocratique menacé par le « pouvoir économique et social des données » (traduit de l'allemand, *verbatim*: « wirtschaftliche und gesellschaftliche Datenmacht ») en mains d'acteurs forts ou même dominants du marché.

85 Voir *infra* III.2.3.d).

86 A ce sujet, voir aussi DORNER (nbp. 1), CR 2014, 625 s.

87 MOORE/HIMMA (nbp. 66), *passim*.

tion avec les droits de propriété intellectuelle<sup>88</sup>, mais s'applique également à tous les autres droits de propriété<sup>89</sup>. Cet argument est donc au centre de ce qui suit.

a) *Généralités*

Il y a défaillance du marché lorsque le marché ne produit ou n'utilise pas un certain bien ou ne le produit ou ne l'utilise pas dans la mesure souhaitée alors que cela serait dans l'intérêt de la société. En général, il existe un risque de défaillance du marché s'agissant des *biens publics par nature*, car ces biens ne sont normalement générés que si le système juridique prévoit des incitations suffisantes pour y investir, notamment par l'octroi de droits exclusifs<sup>90</sup>.

Parce que, de par leur nature même, les biens publics peuvent être utilisés par un grand nombre de personnes sans que l'utilisation par une personne n'affecte l'utilisation par une autre, la propriété sur les données ne devrait être créée que lorsqu'il existe une défaillance du marché à laquelle il est possible de remédier par l'introduction de la propriété sur les données. Une telle défaillance du marché peut exister à trois niveaux : dans la génération de données, dans les transactions de données et dans la répartition des coûts et des bénéfices.

b) *Génération de données*

L'argument selon lequel la propriété sur les données doit être introduite afin de fournir suffisamment d'incitations à la génération de données ne trouve pratiquement aucun soutien dans la littérature. Seuls quelques-uns soutiennent que la propriété sur les données inciterait à leur collecte<sup>91</sup>. En effet, rien ne prouve que l'absence de propriété sur les données aurait un impact négatif sur la génération ou la collecte des données.

---

88 Voir parmi beaucoup d'autres THOUVENIN (nbp. 68), 287 ss, 322 ss, 337 ss, 358 ss, 385, 402 ss, respectivement avec réf. citées.

89 Pour les droits de propriété intellectuelle, en particulier le *Know-How*, MICHAEL DORNER, *Know-how-Schutz im Umbruch*, Cologne 2013, 373 ss.

90 Voir pour tous : MICHAEL A. HELLER, *The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets*, Harv. L. Rev. 1998, 621-688, *passim*; MICHAEL A. HELLER/REBECCA S. EISENBERG, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, Science 1998, 698-701, *passim*, et HANNES ULLRICH, *Lizenzkartellrecht auf dem Weg zur Mitte*, GRUR Int. 1996, 555-568, 565.

91 ZECH (nbp. 1), CR 2015, 144.

Au contraire, il est généralement admis que la collecte et la génération de données ne nécessitent pas d'incitations particulières, car les données sont généralement générées en tant que sous-produit d'autres activités<sup>92</sup>.

Le fait que le système juridique n'ait pas besoin d'encourager la génération de données est également démontré par la croissance du volume de données qui se poursuit sans limite depuis des années : alors que seulement 0.2 zettaoctet de données a été généré dans le monde en 2010, on suppose que ce chiffre a atteint 15.5 zettaoctets en 2015. On estime que 59 zettaoctets seront produits en 2020 et jusqu'à 149 zettaoctets en 2024<sup>93</sup>. Selon une étude de l'International Data Corporation (IDC), le marché des *Big Data Analytics* aura atteint un volume de USD 274.3 milliards en 2022, avec un taux de croissance annuel estimé à 13.2 % entre 2019 et 2022<sup>94</sup>.

Il apparaît donc clairement qu'il n'y a pas de défaillance du marché en termes de génération de données.

### c) *Transaction de données*

L'introduction de la propriété sur les données pourrait avoir un impact positif sur les transactions de données. Les partisans d'un tel droit font valoir que l'attribution de données par un droit de propriété, créerait un point de référence clair pour les négociations, ce qui renforcerait la *sécurité juridique*<sup>95</sup>.

Or, le point de référence dans les négociations de contrat est généralement déjà déterminé par le contrôle de fait de la potentielle partie contractante sur les données en question. Une attribution légale au moyen d'un droit de propriété ne pourrait donc réduire les coûts de transaction que s'il n'y a pas de contrôle de fait. Dans ces cas, cependant, la propriété sur les données serait la première raison de la nécessité d'une transaction, car sans ce droit, les données pourraient être utilisées libre-

92 BULL (nbp. 1), CR 2018, 428; WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 883; SCHMIDT (nbp. 1), 177; voir aussi à ce sujet *supra* III.2.1.

93 ARNE HOLST, Statista, Volume of data/information created worldwide from 2010 to 2024 (in zetabytes), 7 juillet 2020, in : <<https://www.statista.com/statistics/871513/worldwide-data-created/>>, dernière consultation le 10 août 2020.

94 IDC Forecasts Revenues for Big Data and Business Analytics Solutions Will Reach \$ 189.1 Billion This Year with Double-Digit Annual Growth Through 2022, 4 avril 2019, in : <<https://www.idc.com/getdoc.jsp?containerId=prUS44998419>>, dernière consultation le 25 septembre 2020.

95 ZECH (nbp. 1), CR 2015, 145.

ment. Il est donc impossible de réduire les coûts de transaction par l'attribution des données à l'aide d'une propriété sur les données.

Les partisans de la propriété sur les données font parfois valoir que les droits de propriété pourraient conduire à une certaine standardisation et ainsi réduire les *coûts de négociation*, en particulier les coûts de rédaction des contrats<sup>96</sup>. Cet argument ne peut être entièrement rejeté. Néanmoins, cet effet peut également être obtenu par l'utilisation de contrats standardisés. De nombreuses entreprises ont depuis longtemps prévu l'utilisation des données – en particulier dans le cas des données à caractère personnel – dans des contrats types, à savoir sous la forme de conditions générales (CG) et de politiques en matière de respect de la vie privée (*Privacy policies*), dans lesquels elles se voient accorder le droit d'utiliser les données de leurs clients. Une réduction supplémentaire des coûts de négociation par l'introduction de la propriété sur les données ne semble donc pas nécessaire.

L'effet positif escompté de la propriété sur les données en relation avec les transactions de données est également en partie justifié par le « *disclosure paradox* »<sup>97</sup>. Cela se produit lorsque des informations doivent être divulguées, au moins dans une certaine mesure, avant la conclusion d'un contrat de vente ou de licence, afin que l'acquéreur ou le licencié puisse en évaluer la valeur. Toutefois, la divulgation permet déjà au potentiel partenaire contractuel de connaître l'information, de sorte qu'il n'y a aucune raison de payer une redevance pour l'acquisition ou le droit d'utiliser l'information. Toutefois, contrairement au *know-how* qui est en règle générale gardé secret, le « *disclosure paradox* » n'empêche ou ne complique guère les transactions juridiques impliquant des données, car lors des négociations contractuelles, les données ne doivent généralement pas être rendues accessibles, mais seuls leur nature et leur objet doivent être décrits de manière suffisamment détaillée. En outre, l'utilisation des données – contrairement au *know-how* – nécessite généralement l'accès aux données en tant que telles, la seule connaissance de

96 JOSHUA A.T. FAIRFIELD, *Virtual Property*, Boston Univ. L. Rev. 2005, 1047-1102, 1051.

97 ZECH (nbp. 1), CR 2015, 145; voir à ce sujet KENNETH J. ARROW, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in: Universities-National Bureau Committee for Economic Research, Committee on Economic Growth of the Social Science Research Council, the National Bureau of Economic Research (édit.), *The Rate and Direction of Inventive Activity: Economic and Social Factors*, Princeton 1962, 609-626, *passim*; DORNER (nbp. 89), 415.

l'existence de ces données ne suffira guère. L'argument selon lequel les données nécessitent une protection juridique pour surmonter le « *disclosure paradox* » n'est donc pas convaincant.

Même si l'on supposait que l'introduction de la propriété sur les données pourrait simplifier et donc promouvoir les transactions de données dans certaines constellations<sup>98</sup>, une réduction des coûts de transaction ne se produirait dans tous les cas que si l'on savait clairement qui est *le titulaire des droits de propriété* et donc un potentiel partenaire de transaction. Comme nous le verrons ci-dessous<sup>99</sup>, ce point central n'a toutefois pas encore été clarifié. Même si cette question pourrait théoriquement être tranchée et réglementée par la loi, dans la pratique, il est probable que la question de savoir qui est habilité à bénéficier des droits sur les données dans une constellation spécifique restera controversée. En effet, un grand nombre d'acteurs sont régulièrement impliqués dans la collecte, le stockage et le traitement des données. L'introduction de droits de propriété sur les données est donc susceptible d'entraîner des litiges sur la question de la propriété, qui seraient coûteux s'ils étaient portés devant les tribunaux<sup>100</sup>.

En outre, l'introduction de la propriété sur les données signifierait que les potentiels utilisateurs devraient identifier chaque propriétaire de données qu'ils souhaitent utiliser et négocier un accord avec eux sur l'utilisation des données. Cela entraînerait d'énormes *coûts de recherche et de négociation*<sup>101</sup> et pourrait conduire à l'omission d'utilisations possibles en raison des coûts de transaction prohibitifs.

En résumé, il ne semble pas impossible que la propriété sur les données dans certaines constellations puisse contribuer à réduire les coûts de transaction, du moins si la question de la titularité des droits peut être résolue de manière convaincante. Toutefois, ce potentiel de réduction est également compensé par une augmentation des coûts de transaction, notamment parce que les données ne peuvent plus être utilisées libre-

98 FAIRFIELD (nbp. 96), Boston Univ. L. Rev. 2005, 1051, où l'accent est mis sur la propriété virtuelle.

99 Voir *infra* IV.3.

100 GIANNI FRÖHLICH-BLEULER, Eigentum an Daten ?, Jusletter 6 mars 2017, n. 23.

101 PAMELA SAMUELSON, Privacy As Intellectual Property ?, Stanford L. Rev. 2000, 1125-1173, 1135; FRÖHLICH-BLEULER (nbp. 100), Jusletter 6 mars 2017, n. 25, avec la remarque que cela plaiderait davantage pour l'introduction d'un régime de responsabilité que pour la propriété sur les données.

ment après l'introduction de la propriété sur les données, mais seulement avec le consentement du titulaire des droits respectifs.

Dans l'ensemble, l'introduction de la propriété sur les données ne peut donc pas être justifiée par une éventuelle réduction des coûts de transaction et l'amélioration de l'utilisation des données qui en découle. Au contraire, le fait que les données soient depuis longtemps transférées à grande échelle sur le marché et fassent l'objet de licences d'utilisation par des tiers montre clairement que de telles transactions peuvent également être effectuées sans droits de propriété sur les données. L'exclusivité de facto semble être suffisante pour cela<sup>102</sup>.

#### d) *Répartition des coûts et des bénéfices*

Certains auteurs affirment que les entreprises internalisent le profit tiré de l'utilisation des données – en particulier des données personnelles – alors qu'elles répercutent les coûts de cette utilisation – en particulier l'atteinte à la vie privée et au droit à l'autodétermination informationnelle qui y est associé – sur les personnes concernées et les externalisent ainsi<sup>103</sup>. Cela conduit à une mauvaise répartition des coûts et des bénéfices et donc à une défaillance du marché<sup>104</sup>. L'une des principales plaintes est que les utilisateurs ne reçoivent pas de rémunération adéquate de la part des entreprises pour la fourniture et l'usage de leurs données<sup>105</sup>.

102 DREXL et al. (nbp. 1), MPI 2016, n. 7; SCHMIDT (nbp. 1), *digma* 2019, 182, voit également un risque de blocage de la « propriété sur les données », car les données pourraient être monopolisées par le biais des droits de propriété, ce qui entraverait l'innovation et la concurrence.

103 PURTOVA (nbp. 11), LIT 2015, 84; DORNER (nbp. 1), CR 2014, 626 avec réf. citées à la nbp. 117.

104 Voir PETER P. SWIRE/ROBERT E. LITAN, *None of your business: world of data flows, electronic commerce, and the European Privacy Directive*, Washington D.C. 1998, 8; LAUDON (nbp. 7), *Communications of the ACM* 1996 N° 9, 99; WOLFGANG KILIAN, *Personal Data: The Impact of Emerging Trends*, CRi 2012, 169-175, 172.

105 HORN/REINHARDT (nbp. 16), 4 s.; MICHAEL DENG, *Gemengelage privaten Datenrechts*, NJW 2018, 1371-1376, 1375; KÜHLING/SACKMANN (nbp. 1), 25 ss, souhaite parvenir à une participation plus équitable en mettant davantage l'accent sur le consentement au traitement des données. Aussi GUY COHEN, *Reflection on <data ownership>*, in: *The British Academy/The Royal Society/techUK* (édit.), *Data ownership, rights and controls: Reaching a common understanding*, Discussion at a British Academy, Royal Society and techUK seminar on 3 October 2018, Grande-Bretagne, 26-27, *passim*, qui adopte également cette position, mais

Bien que cette thèse ait été développée dans le contexte de l'émergence du marketing direct dans les années 1990<sup>106</sup>, elle peut être transposée à l'utilisation actuelle des données par les entreprises<sup>107</sup> : comme dans les années 1990, les utilisateurs des services Internet laissent des données personnelles aux fournisseurs de ces services et, comme alors, les utilisateurs perdent le contrôle de l'utilisation de leurs données. Contrairement au passé, cependant, les fournisseurs d'aujourd'hui peuvent au moins prétendre qu'ils fournissent à leurs utilisateurs certains services en échange de l'utilisation de leurs données sans exiger aucune contrepartie supplémentaire. Les données des utilisateurs deviennent ainsi l'objet d'une transaction commerciale, par laquelle les utilisateurs acquièrent la possibilité d'utiliser les services en cédant les données et en renonçant à leur contrôle.

Dans ce contexte, certains auteurs affirment que les approches axées sur le marché pourraient renforcer le contrôle individuel des utilisateurs sur leurs propres données<sup>108</sup>. Il convient toutefois de noter que les utilisateurs des services Internet n'ont pratiquement aucun pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs de ces services. Cela est principalement dû au fait que l'utilisateur individuel et ses données n'ont aucune pertinence économique pour les fournisseurs de services ; les modèles commerciaux sont plutôt orientés vers un très grand nombre d'utilisateurs et la possibilité d'analyser des volumes de données extrêmement importants. Ce commerce de masse ne fonctionne que sur la base d'accords standardisés sous la forme de CG et de *Privacy policies*, qui ne sont généralement pas transparentes et non négociables<sup>109</sup>. Même un droit de propriété sur les données ne peut pas changer cette constellation<sup>110</sup>.

---

ne considère pas la propriété sur les données comme une solution. Dans l'étude de l'OFCOM (JARCHOW/ESTERMANN [nbp. 2], 50) plus de 90 % des personnes interrogées ont déclaré qu'elles ne recevaient pas un retour équitable pour leurs données. Voir aussi nbp. 83.

106 Voir ROBERT BARTLETT, *Developments in the Law – The Law of Cyberspace*, Harv. L. Rev. 1999, 1574-1704, 1645 ; SAMUELSON (nbp. 101), Stanford L. Rev. 2000, 1126.

107 Par exemple KILIAN (nbp. 104), CRi 2012, 172.

108 LAUDON (nbp. 7), *Communications of the ACM* 1996 N° 9, 93.

109 STEWART BAKER, *The Privacy Problem: What's Wrong with Privacy ?*, in : Szoka/Marcus (édit.), *The Next Digital Decade: Essays on the Future of the Internet*, Washington 2010, 483-508, 494 ; KILIAN (nbp. 104), CRi 2012, 173, considère qu'il s'agit là d'une défaillance manifeste du marché.

110 Du même avis HÖRNUNG/GOEBLE (nbp. 1), CR 2015, 270.

Toutefois, sur la base des connaissances de l'économie comportementale, une partie de la doctrine considère désormais que l'effet dit de dotation (*endowment effect*) est capable d'établir un équilibre entre les acteurs et d'éviter une mauvaise allocation des ressources. Selon la théorie économique classique les ressources ont tendance à se concentrer sur les utilisations ayant le plus de valeur si elles peuvent être échangées librement sur le marché<sup>111</sup>. D'après ce point de vue, tant que les coûts de transaction sont proches de zéro, l'allocation initiale des ressources n'empêche pas une allocation finale efficace de celles-ci<sup>112</sup>. Cette approche, connue sous le nom de *théorème de Coase*, est aujourd'hui remise en cause par l'économie comportementale.

Cet axe de recherches a révélé que les individus qui possèdent un droit de propriété sur un bien particulier estiment la valeur de ce bien plus élevée que ceux qui ne le possèdent pas, et donc évaluent également cette valeur plus haut que ne le prédirait le *théorème de Coase*<sup>113</sup>. Par conséquent, la perte d'un bien est plus importante pour ses propriétaires que le gain du même bien<sup>114</sup>. Cela laisse espérer que les individus attribueraient une valeur plus élevée à leurs données s'ils avaient un droit de propriété sur ces données et pourrait les amener à faire payer plus cher l'utilisation de leurs données que la simple utilisation d'un service.

Toutefois, compte tenu des modèles commerciaux des fournisseurs de services Internet et du manque de pouvoir de négociation des utilisateurs de ces services, il semble très douteux que l'introduction d'un droit de propriété entraîne un changement pertinent dans le comportement des utilisateurs et des entreprises<sup>115</sup>. Cela devient particulièrement clair si l'on considère que la loi sur la protection des données confère déjà aux utilisateurs des services Internet un instrument juridique proche d'un

---

111 POSNER (nbp. 46), 12.

112 RONALD H. COASE, The Problem of Social Cost, *Journal of Law & Economics* 1960/3, 1-44, *passim*.

113 Selon DANIEL KAHNEMAN/JACK L. KNETSCH/RICHARD H. THALER, Experimental Tests of the Endowment Effect and the Coase Theorem, *J.Polit.Econ.* 1990, 1325-1348, *passim*, cela s'applique même si les coûts de transaction sont nuls. CASS R. SUNSTEIN/CHRISTINE JOLLS/RICHARD H. THALER, A Behavioral Approach to Law and Economics, *Stanford L. Rev.* 1998, 1471-1550, 1483, y font également référence.

114 SUNSTEIN/JOLLS/THALER (nbp. 113), *Stanford L. Rev.* 1998, 1484.

115 Semblable JOSEF DREXL, Data Access and Control in the Era of Connected Devices, Study on Behalf of the European Consumer Organisation BEUC, Bruxelles décembre 2018, 8.

droit de propriété<sup>116</sup>. Même les partisans de la propriété sur les données sont parfois sceptiques quant à savoir si l'introduction de la propriété sur les données produirait les effets escomptés<sup>117</sup>.

### 3. Perspective pratique

#### 3.1. Introduction

L'introduction d'un droit de propriété sur les données serait nécessaire si la loi existante n'était pas en mesure de résoudre de manière adéquate les problèmes pratiques concrets et que seule l'introduction de la propriété sur les données pouvait y remédier.

Étant donné l'importance transversale de la propriété dans le système juridique, l'introduction d'un nouveau droit de propriété affecterait un large éventail d'autres normes et d'autres réglementations. Il ne faut pas seulement penser à l'imbrication de la propriété avec d'innombrables questions de droit civil, mais aussi de droit constitutionnel (garantie de la propriété), de droit pénal (délits contre la propriété), de droit administratif (expropriation), de droit de la procédure civile (compétence) ainsi que de droit des poursuites et des faillites (revendications). Les innombrables conséquences de l'introduction de la propriété sur les données démontrent clairement qu'un tel instrument juridique ne devrait être créé que si un besoin correspondant est identifié et que des alternatives moins intrusives ne sont pas envisageables. Compte tenu de l'importance comme dite transversale de la propriété pour le système juridique, une mesure d'une telle portée ne semble appropriée que si les problèmes pratiques sont si nombreux et importants qu'ils ne peuvent être résolus de manière convaincante qu'avec un droit de propriété sur les données.

Toutefois, une certaine prudence s'impose dans une telle hypothèse, d'autant plus que l'analyse qui suit montre clairement combien il est difficile d'identifier les problèmes qui existent déjà aujourd'hui de manière exhaustive et suffisamment précise. Il semble encore plus difficile d'évaluer correctement les conséquences de l'introduction de la propriété sur les données pour tous les domaines du système juridique qui peuvent

---

116 Voir *supra* III.1. et III.2.1.

117 SAMUELSON (nbp. 101), Stanford L. Rev. 2000, 1136; avec des indications à ce sujet LAUDON (nbp. 7), Communications of the ACM 1996 N° 9, 92, qui suppose qu'une infrastructure supplémentaire est nécessaire pour mettre en œuvre un droit de propriété sur les données.

être touchés. Il y a donc un danger à surestimer le potentiel d'un droit de propriété sur les données pour résoudre les problèmes identifiés et à sous-estimer, voire à ignorer complètement les nouveaux problèmes qui résulteront de l'introduction d'un tel droit<sup>118</sup>.

Divers problèmes pratiques sont actuellement discutés dans la doctrine, qui pourraient être résolus par l'introduction d'un droit de propriété sur les données. Au premier plan, on trouve la portabilité des données, la perte de données, le traitement des données en cas d'héritage et de faillite, le *Web-Scraping* et le transfert de valeurs via la *blockchain*.

### 3.2. Portabilité des données

Les détenteurs de données ont régulièrement intérêt à pouvoir demander « leurs » données aux tiers auprès de qui elles sont stockées et à les utiliser eux-mêmes ou à les transmettre à d'autres tiers. Cela est particulièrement vrai pour les données stockées par les fournisseurs de services Internet, tels que les *réseaux sociaux* ou les fournisseurs d'accès au *cloud*. La propriété sur les données accorderait aux détenteurs de données un droit de restitution<sup>119</sup> et pourrait ainsi répondre au besoin d'une demande de restitution de « leurs » données.

Toutefois, l'introduction de la propriété sur les données n'est pas nécessaire à cette fin. Un droit à la portabilité des données, tel qu'il a été introduit par le législateur européen à l'article 20 RGPD pour les données personnelles, est suffisant. Un tel droit pourrait également être prévu en droit suisse, notamment en étendant le champ d'application du droit d'accès de la loi sur la protection des données<sup>120</sup>. Le projet de révision complète de la loi suisse sur la protection des données ne contenait initialement aucune proposition de réglementation. Cependant, sur recommandation de la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N), le Conseil national a inclus un droit à la portabilité des données dans le projet à la session d'automne 2019. Cet amendement a été accepté par le Conseil des Etats lors de la session d'hiver 2019<sup>121</sup>.

---

118 Voir *supra* III.1.

119 Voir *infra* IV.4.1.a).

120 Sur cette possibilité, voir THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 156 ss. et 189 ss.

121 COMMISSION DES INSTITUTIONS POLITIQUES DU CONSEIL NATIONAL (CIP-N), Réforme de la protection des données : fin de l'examen du projet, Berne 16 août

En ce qui concerne les données non-personnelles, les premiers efforts comparables sont désormais visibles dans l'UE. Cependant, avec le Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement Européen et du Conseil du 14 Novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, qui vient d'entrer en vigueur, le législateur européen s'appuie dans un premier temps sur l'autorégulation réglementée pour éviter des effets de verrouillage (*lock-in-effects*) indésirables au détriment des détenteurs des données d'origine<sup>122</sup>. Ces efforts montrent qu'il est concevable que le besoin analogue des détenteurs de données non-personnelles puisse également être pro-

---

2019, in: <<https://www.parlament.ch/press-releases/Pages/mm-spk-n-2019-08-16-a.aspx?lang=1036>>, dernière consultation le 27 juillet 2020; CONSEIL NATIONAL, Session d'automne 2019, 25 septembre 2019, BO 2019 CN 1819, Vote sur le droit à la remise et à la transmission des données personnelles, Art. 25a ss; CONSEIL DES ETATS, Session d'hiver 2019, 18 décembre 2019, BO 2019 CE 1245, Acceptation de la proposition de la Commission et approbation de la décision du Conseil national relative aux art. 25, 25a, 25b. La chronologie de l'objet 17.059, Loi sur la protection des données, révision totale et modification de nouveaux décrets sur la protection des données est disponible sur le site du Parlement, in: <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/amtliches-bulletin/amtliches-bulletin-dieverhandlungen?SubjectId=47369>>, dernière consultation le 17 juillet 2020. De la doctrine également: CHRISTIAN LAUX, Das Recht auf Datenportabilität, *digma* 2019, 166-170, *passim*; NOÉMI ZIEGLER/DAVID VASELLA, Informationelle Selbstbestimmung, *digma* 2019, 158-164, 162 s. Voir à ce sujet aussi: ROLF H. WEBER/FLORENT THOUVENIN, Gutachten zur Möglichkeit der Einführung eines Datenportabilitätsrechts im schweizerischen Recht und zur Rechtslage bei Personal Information Management Systems (PIMS), Zurich 22 décembre 2017, *passim*; Rapport du groupe d'experts, traitement et sécurité des données (nbp. 3), 107 ss, en particulier 109, dans lequel le groupe d'experts recommande que la Confédération complète « la législation sur la protection des données par des dispositions régissant la portabilité des données, en tenant compte des évolutions observées sur le plan international ». Le droit d'accès existant devrait être le point de départ. Il est également recommandé d'examiner la possibilité d'un règlement pour la portabilité des données non-personnelles (Rapport du groupe d'experts, traitement et sécurité des données (nbp. 3), 110). Pour compléter la loi sur la protection des données par l'élément de portabilité des données, voir aussi DETEC (nbp. 4), Rapport sur les recommandations du groupe d'experts, 9 s. Cependant, le DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP) ne veut pas suivre la recommandation du rapport d'experts d'examiner un règlement sur la portabilité des données non-personnelles. L'une des raisons en est que l'accès aux données non-personnelles fait déjà l'objet d'une enquête approfondie sur la base d'une autre recommandation (22, voir aussi 9 s.).

<sup>122</sup> Voir à ce sujet DETEC (nbp. 4), Rapport sur les recommandations du groupe d'experts, 22, selon lequel le DFJP ne juge actuellement pas utile d'examiner la nécessité d'une réglementation en Suisse, en partie à cause de l'approche d'autorégula-

tégé par l'introduction d'une portabilité et/ou de droits d'accès spécifiques<sup>123</sup>.

### 3.3. Fuites de données

La fuite de données, par exemple par piratage informatique ou en raison de la perte d'un support de données, est régulièrement associée à la fuite de valeurs personnelles ou économiques, du moins si les données n'ont pas été stockées ailleurs et ne sont plus disponibles<sup>124</sup>. Le droit applicable n'est que partiellement et indirectement en mesure de résoudre ce problème, mais dans la plupart des constellations, il est tout à fait adéquat<sup>125</sup>.

Les constellations dans lesquelles le détenteur de données a stocké « ses » données avec un tiers sur la base d'un contrat semblent être juridiquement peu problématiques. Un tel contrat contiendra toujours – au moins implicitement – l'obligation de remettre les données au détenteur des données et d'éviter leur perte. Cela s'applique même si une telle obligation ou l'existence de réclamations découlant de sa violation ont été supprimées dans les contrats types ou les CG. En effet, soit une telle clause est considérée comme non couverte par le consensus en raison de la règle de l'insolite et est donc nulle<sup>126</sup>, soit elle doit être qualifiée de violation de l'article 8 de la loi sur la concurrence déloyale (LCD) en raison d'une disproportion importante et injustifiée des droits et obligations contractuels et est donc également nulle<sup>127</sup>. Toutefois, les préentions contractuelles dans ces cas de figure ne sont pas susceptibles

---

tion dans l'UE (voir aussi nbp. 121); voir également THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 97.

123 Pour plus de détails sur la portabilité des données et les droits d'accès, voir THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 141 ss, 93 ss.

124 Dans les détails GREGOR BÜHLER, Verlust von Daten, Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 1.

125 En particulier, en ce qui concerne les facteurs de rattachement au droit pénal, BÜHLER (nbp. 124), Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 5 ss.

126 Parmi beaucoup d'autres, voir aussi FLORENT THOUVENIN, in: Hilty/Arpagaus (édit.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013, UWG 8 N 53 s., avec réf. citées; THOMAS PROBST, in: Jung/Spitz (édit.), Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Stämpflis Handkommentar, 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2016 (cité: SHK-PROBST), UWG 8 N 181, avec réf. citées.

127 Parmi beaucoup d'autres, voir aussi BSK-THOUVENIN (nbp. 126), UWG 8 N 143 ss, avec réf. citées; SHK-PROBST (nbp. 126), UWG 8 N 291, avec réf. citées; HELMUT

d'aider si le partenaire contractuel n'est plus en mesure de restituer les données. Mais dans ce cas, l'existence d'une propriété sur les données ne changerait rien à cela non plus.

En l'absence de relation contractuelle, les droits réels donnent droit au propriétaire du support de données de demander la cession de ce support. Cependant, cette demande ne peut pas aboutir si la perte de données n'est pas due à la perte d'un support de données ou encore si les données ne sont plus disponibles sur le support. Néanmoins, il est possible de recourir aux principes du droit de la responsabilité civile de manière qu'en cas de violation, il soit non seulement possible de faire une demande de dommages et intérêts et en cessation, mais aussi une demande de restitution *in rem*, c'est-à-dire de demander la remise des données. Une telle demande est en principe reconnue en droit suisse<sup>128</sup> – en pratique, elle devrait s'appliquer également aux données. Toutefois, ce moyen, qui est en soi prometteur, n'est utile qu'en cas d'actes illicites, comme en cas de piratage (*hacking*) ou de vol d'un support de données, mais pas si l'ayant droit a simplement perdu son support de données.

Compte tenu du peu de cas de figure qui ne peuvent pas être traités par le droit en vigueur, il semble douteux qu'il faille introduire un droit de propriété sur les données. Une solution ponctuelle basée sur des normes spécifiques, notamment pour la simple perte de supports de données, serait plus appropriée<sup>129</sup>. L'utilisation de données se détachant de plus en plus des supports physiques, la nécessité d'une intervention législative semble minime.

---

HEISS, in: Heizmann/Loacker (édit.), UWG, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Kommentar, Zurich 2018, UWG 8 N 242 ss.

128 Voir déjà *supra* nbp. 59 et 60. En Allemagne aussi, cette question semble avoir été largement clarifiée, voir HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 490 s.; JOHANNES W. FLUME, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (édit.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 54<sup>ème</sup> éd., Munich 2020, BGB § 249 N 55 ss; ARNDT TEICHMANN, in: Stürner (édit.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch mit Rom-I-, Rom-II-VO, EuUnthVO/HUntProt und EuErbVO, Kommentar, 17<sup>ème</sup> éd., Munich 2018, BGB § 249 N 1; JAN LUCKEY, in: Prütting/Wegen/Weinreich (édit.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15<sup>ème</sup> éd., Hürth 2020, BGB § 249 N 3.

129 Voir également à ce sujet BÜHLER (nbp. 124), Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 9.

### 3.4. Données au sein d'une succession

Le droit des successions repose sur l'hypothèse que la succession est constituée de biens et de créances. Lorsque les règles applicables ont été promulguées il y a plus de 100 ans, les données n'étaient pas au centre du débat. Tant que les informations étaient principalement enregistrées sur papier ou stockées sur des supports physiques, le transfert de propriété de ces supports d'information garantissait généralement aussi aux héritiers un contrôle de fait sur les informations qu'ils contenaient. Toutefois, avec le stockage de données par des tiers, en particulier par les *réseaux sociaux* ou les fournisseurs d'accès au *cloud*, la question se pose maintenant de savoir qui peut accéder aux données d'une personne décédée et en disposer<sup>130</sup>.

Cette évolution soulève un certain nombre de questions de droit successoral qui doivent être résolues<sup>131</sup>. Toutefois, il apparaît déjà aujourd'hui que ces questions ne peuvent être résolues par un droit de propriété sur

130 ROLF H. WEBER/LENNART CHROBAK, Rechtsinterdisziplinarität in der digitalen Datenwelt, Jusletter 4 avril 2016, n. 22; sur le thème des données au sein d'une succession, désormais également en détail: ANTOINE EIGENMANN/SÉBASTIEN FANTI, Successions, Données Personnelles, Numériques et Renseignements, SJ 2017 II, 193-226, *passim*; LENNART CHROBAK, Digital Estate «Revisited», Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 2 ss; pour un aperçu de droit comparé CHRISTINE BUDZIKIEWICZ, Digitaler Nachlass, AcP 2018, 558-593, *passim*. Sur la question de savoir si les parents peuvent accéder aux données de la fille décédée: arrêt de la Cour suprême fédérale allemande du 12 juillet 2018 – III ZR 183/17, selon lequel un contrat relatif à un compte d'utilisateur auprès d'un réseau social est essentiellement transféré par voie de succession universelle aux héritiers du titulaire initial du compte et ceux-ci ont le droit d'accéder au compte et au contenu de communication qu'il contient (Bundesgerichtshof, Mitteilung der Pressestelle Nr. 115/2018, in: <<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=Aktuell&nr=85390&linked=pm>>, dernière consultation le 17 juillet 2020).

131 CHROBAK (nbp. 130), Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 5 ss. Dès 2014, le postulat 14.3782 SCHWAAB, Des règles pour la « mort numérique » du 24 septembre 2014, in: <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20143782>>, dernière consultation le 23 septembre 2020, a demandé au Conseil fédéral d'examiner si le droit des successions devait être complété. Toutefois, le Conseil fédéral a décidé de traiter ultérieurement les propositions de modification d'ordre plus technique (Message du Conseil fédéral concernant la révision du code civil suisse (Droit des successions) du 29 août 2018, FF 2018 5865, 5878). En ce qui concerne les travaux déjà en cours sur la révision du droit des successions, et en particulier le postulat 14.3782 SCHWAAB, le DFJP refuse également de prendre des mesures pour combler les lacunes du droit des successions (DETEC (nbp. 4),

les données, mais doivent être réglementées par d'autres mesures législatives en droit des successions. Il convient en particulier de noter qu'une propriété sur les données et le transfert de toutes ces données aux héritiers signifierait que ces derniers auraient un accès et un aperçu toujours plus vaste des activités de la personne décédée à mesure que la numérisation de tous les domaines de la vie progresse. Cela n'est pas compatible avec la protection de la vie privée et de la personnalité du défunt et n'est probablement pas dans l'intérêt de ce dernier.

Le projet de loi sur la protection des données, totalement révisé, contenait pour la première fois une disposition sur le traitement des données des personnes décédées, qui prévoyait certains mécanismes de protection de la personnalité du défunt<sup>132</sup>. Par exemple, les héritiers ou l'exécuteur testamentaire devaient désormais avoir un droit d'exiger l'effacement ou la destruction des données des personnes décédées (art. 16 al. 2 P-LPD)<sup>133</sup>. Mais surtout, un certain nombre de personnes généralement appelées à hériter auraient dû avoir le droit de consulter les données de la personne décédée. Cette disposition a toutefois été supprimée par le Parlement lors des discussions<sup>134</sup>.

### 3.5. Données dans le cadre d'une faillite

Si des particuliers ou des entreprises stockent « leurs » données auprès d'un tiers, tels que des fournisseurs de services de *cloud*, et que ce tiers fait faillite, la question se pose de savoir si et comment les personnes concernées peuvent récupérer « leurs » données. L'actuelle loi sur les poursuites et faillites (LP) est axée sur la revendication de biens (art. 242 LP), les données ne sont pas couvertes par le régime.

Une solution appropriée semble s'imposer à cet égard<sup>135</sup>. L'introduction d'un droit de propriété sur les données serait une approche possible, mais elle ne serait pas suffisante en soi, car la LP prévoit expressément

---

Rapport sur les recommandations du groupe d'experts, 22) comme le recommande le Rapport du groupe d'experts, traitement et sécurité des données (nbp. 3), 118.

132 Art. 16 P-LPD (Données de personnes décédées).

133 Message révision totale LPD 2017 (nbp. 2), 6662 ss, prévoit ce qu'on appelle « la mort numérique ».

134 Concernant le traitement du CONSEIL NATIONAL, 25 septembre 2019, voir BO 2019 CN 1809; concernant le traitement du CONSEIL DES ETATS, 18 décembre 2019, voir BO 2019 CE 1242.

135 Pour un aperçu, voir PETER K. NEUENSCHWANDER/SIMON OESCHGER, Daten im Konkurs, Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 16 ss; sur la situation en Alle-

une revendication uniquement pour les objets (art. 242 al. 1 LP). Une adaptation de la LP serait donc inévitable même si la propriété sur les données était introduite, à moins que la jurisprudence ne plaide en faveur de l'application par analogie de la disposition actuelle aux données. Une conclusion par analogie semble tout à fait possible ici – contrairement à une application analogique des règles des droits réels aux données<sup>136</sup> – car la portée de la conclusion serait clairement définie et limitée<sup>137</sup>. Une solution juridique qui crée une sécurité juridique *ex ante* serait néanmoins préférable.

Compte tenu de l'importance pratique de la question, il n'est pas surprenant que l'introduction d'un droit à la restitution des données en cas de faillite ait été exigée des fournisseurs dès le début de l'année 2017 par le biais d'une initiative parlementaire<sup>138</sup>. Le Conseil fédéral a maintenant également répondu à cette demande: après l'annonce faite dans le rapport «Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse»<sup>139</sup> et une proposition en ce sens du Conseil fédéral dans le rapport de consultation du 22 mars 2019<sup>140</sup>, le projet de loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 27 novembre 2019 prévoit désormais de compléter la LP par une nouvelle disposition (art. 242a N -LP), qui doit réglementer la restitution de valeurs patrimoniales basées sur

---

magne, voir également JAN FELIX HOFFMANN, «Dateneigentum» und Insolvenz, JZ 2019, 960-968, *passim*.

136 Voir *supra* III.1.

137 En ce qui concerne les données stockées dans un *cloud*, BRUNO PASQUIER/AURÉLIEN PASQUIER, Daten im Konkurs – Vertragsforderungen an Daten und Verwertung, PJA 2019, 1316-1333, 1321, qui comparent l'utilisateur d'un *cloud* avec le locataire d'un espace de stockage et concluent que les utilisateurs d'un *cloud* doivent également avoir la possibilité de séparer leurs données en cas de faillite du fournisseur de *cloud*.

138 Voir à ce sujet l'initiative parlementaire DOBLER 17.410, Les données étant le bien le plus précieux des entreprises privées, il convient de régler leur restitution en cas de faillite, du 7 mars 2017, in: <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefft?AffairId=20170410>>, dernière consultation le 23 septembre 2020.

139 CONSEIL FÉDÉRAL (nbp. 4), Rapport Blockchain, 69 ss.

140 CONSEIL FÉDÉRAL, Loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués – Rapport explicatif relatif au projet mis en consultation, Berne 22 mars 2019 (cité: CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport registres électroniques), 37 ss.

la cryptographie<sup>141</sup>. En outre, une disposition plus générale sur l'accès aux données détenues par la masse de la faillite doit également être créée (art. 242b LP). Selon cette norme, l'accès aux données de la masse de la faillite doit être accordé à toute personne qui peut prouver qu'elle a légalement ou contractuellement droit à ces données (art. 242b al. 1 P-LP)<sup>142</sup>. Les frais d'accès à ces données doivent être supportés par la partie qui demande l'accès (art. 242b al. 3 P-LP). Si le Parlement suit la proposition du Conseil fédéral et si ces dispositions sont insérées dans la LP, il est à supposer, dans la perspective actuelle, que les problèmes d'accès aux données en cas de faillite peuvent être résolus de manière adéquate.

### 3.6. Web-Scraping

Le « *scraping* » de pages web ou « *web-scraping* » est un processus par lequel des informations sont obtenues en extrayant spécifiquement des données d'une page web. La question principale est ici de savoir si l'opérateur d'un site web peut empêcher le *scraping* en tant que tel et l'utilisation ultérieure des données ainsi obtenues par des moyens légaux. Les deux aspects, l'extraction et l'utilisation ultérieure des données, pourraient être couverts par l'introduction d'un droit de propriété sur les données<sup>143</sup>.

Or, s'agissant de l'action contre l'exploitation économique des données, un droit de propriété ne semble guère nécessaire. Au contraire, l'art. 5 lit. c LCD offre déjà un moyen de faire interdire de tels comportements<sup>144</sup>. Toutefois, cela ne s'applique que si les données en question sont comprises comme un produit de travail commercialisable et que la norme est appliquée non seulement aux relations horizontales mais aussi

141 Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 27 novembre 2019, FF 2020 223 (cité: Message registres électroniques), 281 ss.

142 Message registres électroniques (nbp. 141), 284 s.

143 Pour un aperçu global, voir DEMIAN STAUBER, Web Scraping, Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, *passim*.

144 C'est ce que montre une décision du Tribunal cantonal de Fribourg, qui qualifie de violation de l'art. 5 lit. c LCD, « *Spidering* » de publicités en ligne, qui n'est rien d'autre que du « *Web-Scraping* » (TCant FR, sic! 2017, 228-236 – *Spidering*). Cette décision contraste toutefois avec un arrêt un peu plus ancien du Tribunal fédéral, qui a considéré que les exigences de l'art. 5 lit. c LCD n'étaient pas remplies dans un cas similaire (ATF 131 III 384 – *Suchspider*); voir à ce sujet aussi STAUBER (nbp. 143), Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 8 ss.

aux relations verticales du marché<sup>145</sup>. Le *scraping* en tant que tel doit être traité différemment. Il ne peut pas être couvert par l'art. 5 lit. c LCD, car cette disposition prévoit l'exploitation du résultat du travail obtenu par des procédés techniques de reproduction et ne confère donc aucune protection contre la seule extraction de données.

Cependant, l'introduction de la propriété sur les données ne semble pas être essentielle pour appréhender le *scraping*. En effet, si l'opérateur d'un site web veut empêcher le *scraping* des données contenues sur son site web en tant que tel, il est libre de l'interdire dans les CG de son site web. Il faut cependant admettre qu'il n'a pas encore été précisé si la simple consultation d'un site web est faite avec une volonté juridiquement contraignante du fournisseur et de l'utilisateur. C'est une condition préalable à l'existence d'une relation contractuelle et donc à la possibilité de convenir de CG. La question ne peut être clarifiée ici<sup>146</sup>. Si l'on part toutefois du principe qu'il est tout à fait possible pour l'opérateur d'un site web de soumettre l'utilisation de son site à ses propres CG et celles-ci contiennent une clause qui interdit le *scraping*, l'opérateur du site web peut faire valoir des prétentions contractuelles en cessation et en réparation et compensation.

### 3.7. Transfert de valeurs via la blockchain

En ce qui concerne le transfert de droits-valeurs (dits « *Tokens* ») via la *blockchain*, il convient de distinguer les qualifications possibles de ces droits-valeurs et les formes de transfert associées<sup>147</sup> :

Si le droit-valeur est exprimé dans une créance, ce qui peut souvent être le cas, le transfert se fait traditionnellement par cession de créance

145 Voir THOUVENIN (nbp. 57), sic! 2018, 609 ss.

146 Sur la question (ouverte) de savoir si la simple consultation d'un site web implique la conclusion d'un contrat, voir également STAUBER (nbp. 143), Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 13 s. avec réf. citées et BARBARA KAISER, Werbeblocker – grünes Licht für ein rotes Tuch, in: Thouvenin/Weber (édit.), Werbung – Online, Zurich 2017, 161-194, 189 avec réf. citées; voir aussi TArr FR, sic! 2005, 675-681, consid. 2.3 – Immobilien-Suchmaschine. Pour le droit allemand: ULRIKE ELTESTE, Screen Scraping, CR 2015, 447-451, 450 s.; OLIVER KREUTZ, Der Webseitenutzungsvertrag – Fiktion oder unbekanntes Rechtsgeschäft?, ZUM 2018, 162-168, 163 ss.

147 Pour un aperçu complet, voir ROLF H. WEBER/SALVATORE IACANGELO, Rechtsfragen bei der Übertragung von Token, Jusletter IT Flash 24 mai 2018, n. 7 ss. avec réf. citées.

(art. 164 CO). En pratique, le problème réside toutefois dans le fait que l'art. 165 al. 1 CO exige la forme écrite pour la cession. Bien que l'exigence de la forme écrite puisse également être respectée numériquement, les exigences de la loi fédérale sur la signature électronique (SCSE) sont si complexes que ce type de transfert est généralement hors de question pour des raisons pratiques.

Si les droits-valeurs sont incorporés dans des papiers-valeurs (traditionnels) (art. 965 CO), le transfert s'effectue par transfert de possession (art. 922 CC). Cependant, l'incorporation de droits-valeurs dans des papiers-valeurs n'est plus courante dans le monde réel.

Il est également envisageable que les droits-valeurs soient structurés comme des droits non matérialisés conformément à l'art. 973c CO ou à la loi sur les titres intermédiés (LT). Selon ces dispositions, le droit de propriété résulte d'un registre tenu de manière centralisée. Dans le contexte juridique actuel, cependant, le registre principal des droits-valeurs inscrits en compte exigé par la LT est en contradiction avec la structure décentralisée de la technologie de la *blockchain*. En outre, l'article 973c CO exige la forme écrite, comme dans le cas d'une cession.

Relativement au transfert des droits-valeurs numériques, il est donc nécessaire de prendre des mesures législatives, ce qui a été exigé vis-à-vis des autorités fédérales dans le rapport du groupe de travail *Blockchain* et par la doctrine<sup>148</sup>. C'est pourquoi il semble judicieux d'envisager des modifications législatives spécifiques en ce qui concerne le transfert des droits-valeurs. Entre-temps, le Conseil fédéral a répondu à cette demande: après l'annonce faite dans le rapport « Bases juridiques pour la *distributed ledger technology* et la *blockchain* en Suisse »<sup>149</sup> et une première proposition en ce sens dans le rapport de consultation du 22 mars 2019<sup>150</sup>, le projet de loi fédérale sur l'adaptation du droit fédéral aux développements de la technologie des registres électroniques distribués du 27 novembre 2019 prévoit désormais la création d'une nouvelle réglementation sur le transfert de valeurs patrimoniales numériques

---

148 Voir BLOCKCHAIN TASKFORCE, Positionspapier zur rechtlichen Einordnung von ICO's, Berne/Zoug avril 2018, 29 ss in: <[https://www.ibr.unibe.ch/unibe/portal/fak\\_rechtswis/c\\_dep\\_private/inst\\_bankrecht/content/e7718/e675035/e675547/Positionspapier\\_Legal\\_ger.pdf](https://www.ibr.unibe.ch/unibe/portal/fak_rechtswis/c_dep_private/inst_bankrecht/content/e7718/e675035/e675547/Positionspapier_Legal_ger.pdf)>, dernière consultation le 22 août 2020.

149 CONSEIL FÉDÉRAL (nbp. 4), Rapport Blockchain, 47 ss.

150 CONSEIL FÉDÉRAL (nbp. 147), Rapport registres électroniques, 28 ss.

(art. 973d ss. P-CO)<sup>151</sup>. Les problèmes pratiques liés au transfert des droits-valeurs numériques devraient être résolus de manière adéquate avec ces nouvelles dispositions légales. Là encore, il n'est pas nécessaire d'introduire un droit de propriété sur les données.

### 3.8. Conclusion préliminaire

Bien que l'analyse ci-dessus couvre les problèmes pratiques qui sont déjà perceptibles aujourd'hui et qui ont été discutés dans certains cas par la doctrine, elle ne prétend pas être exhaustive. Cela est d'autant plus vrai que d'autres problèmes sont susceptibles de se poser à l'avenir, que la propriété sur les données pourrait aider à résoudre.

Néanmoins, nous pouvons conclure qu'en l'absence d'un droit de propriété sur les données, le système juridique n'est pas confronté à des problèmes fondamentaux et généraux, mais seulement à certains problèmes spécifiques<sup>152</sup>. Inversement, il est déjà clair aujourd'hui que le législateur devrait s'attendre à l'émergence de nouveaux problèmes en lien avec l'introduction de la propriété sur les données. L'un de ces problèmes est la taxation de ce nouveau droit de propriété<sup>153</sup>; d'autres ne sont pas encore prévisibles. C'est également en raison de ces potentiels effets négatifs qui sont difficiles à évaluer à l'heure actuelle, que les problèmes spécifiques doivent être traités par l'adoption de règles spécifiques.

## 4. Constats

L'analyse ci-dessus a montré que, dans la perspective actuelle, il n'est pas nécessaire d'introduire un droit de propriété sur les données, ni d'un point de vue théorique ni d'un point de vue pratique.

---

151 Message registres électroniques (nbp. 141), 266 ss. De la doctrine: HANS KUHN/CORNELIA STENGEL/LUZIUS MEISSER/ROLF H. WEBER, Wertrechte als Rechtsrahmen für die Token-Wirtschaft, Jusletter IT 23 mai 2019, n. 6 ss; STEFAN KRÄMER/DAVID OSER/URS MEIER, Tokenisierung von Finanzinstrumenten de lege ferenda, Unter besonderer Berücksichtigung von nicht kotierten Aktien, Jusletter 6 mai 2019, n. 26 ss.

152 Voir *supra* III.3.2 – III.3.7.

153 Voir XAVIER OBERSON, Taxer les robots ? L'émergence d'une capacité contributive électronique, PJA 2017, 232-239, *passim*, sur des questions similaires relatives à la taxation des robots.

D'un point de vue théorique, on peut dire que les actuels marchés de la génération, de l'utilisation et du commerce de données fonctionnent même (et peut-être surtout) sans droit de propriété sur les données. En particulier, il ne semble pas nécessaire que le système juridique fournisse des incitations supplémentaires à la collecte et à l'analyse de données<sup>154</sup>. En outre, il est peu probable que la propriété sur les données réduise les coûts de transaction et favorise ainsi le commerce des données<sup>155</sup> ou améliore la répartition des coûts et des bénéfices<sup>156</sup>. De plus, un droit de propriété ne serait pas en mesure de renforcer l'autonomie des individus. Au contraire, si de tels droits étaient introduits, on craindrait que les individus transfèrent la propriété de leurs données personnelles à des entreprises et perdent ainsi tout contrôle sur leurs données. L'autonomie des individus ne serait donc pas renforcée, mais affaiblie<sup>157</sup>. Enfin, la propriété sur les données semble également inadaptée pour assurer ce qui est perçu comme une part équitable des bénéfices des entreprises qui utilisent des données personnelles, car l'octroi de droits de propriété ne renforcerait pas la position de négociation des individus vis-à-vis des sociétés<sup>158</sup>.

D'un point de vue pratique, la propriété sur les données semble être un moyen de résoudre certains problèmes qui ne peuvent être que partiellement résolus par les règles juridiques existantes. Cependant, le système juridique n'est pas actuellement confronté à des problèmes fondamentaux qui ne pourraient être résolus que par l'introduction d'un droit de propriété sur les données. Au contraire, on peut identifier certains problèmes particuliers qui peuvent être résolus par des adaptations spécifiques de certaines normes juridiques, telles que le droit des poursuites et des faillites<sup>159</sup>, le droit des successions<sup>160</sup> ou le droit des papiers-valeurs<sup>161</sup>. Compte tenu de l'importance transversale de la propriété pour le système juridique, l'introduction de la propriété sur les données devrait donc également être évitée d'un point de vue pratique.

---

154 Voir *supra* III.2.3.b).

155 Voir *supra* III.2.3.c).

156 Voir *supra* III.2.3.d).

157 Voir *supra* III.2.2.

158 Voir *supra* III.2.2.

159 Voir *supra* III.3.5.

160 Voir *supra* III.3.4.

161 Voir *supra* III.3.7.

## IV. Conception

### 1. Remarques préliminaires

Outre la question de savoir si un droit de propriété sur les données doit être créé<sup>162</sup>, il convient également d'examiner comment ce droit pourrait être structuré. Bien que cette deuxième question soit logiquement subordonnée à la première, la première question n'est pas indépendante de la réponse à la deuxième, car toute difficulté à structurer la propriété sur les données irait à l'encontre de l'introduction d'un tel droit<sup>163</sup>.

Trois grandes questions se posent lors de la conception d'un régime de propriété sur les données, qui sont examinées ci-dessous : l'objet, l'ayant droit et les effets d'un droit de propriété sur les données. En outre, il convient d'examiner si un tel droit nécessite un certain degré de publicité pour que les tiers puissent en reconnaître l'existence et, dans l'affirmative, comment cette publicité peut être réalisée.

### 2. Objet

Même s'il est évident que les données seraient l'objet d'un droit de propriété sur les données, il n'est pas du tout clair ce que sont les « données ». Compte tenu des controverses entourant le concept de « données » dans d'autres disciplines, telles que l'informatique, on ne peut guère s'attendre que d'autres disciplines scientifiques soient en mesure de fournir une définition. Au contraire, la discussion dans les sciences juridiques ne peut éviter de paraphraser le concept de données d'une manière qui soit adaptée à l'analyse et à la décision des questions juridiques.

Dans la discussion sur l'introduction de la propriété sur les données, la distinction entre le niveau syntaxique et sémantique des données s'est avérée utile. Le niveau syntaxique fait référence à la structure des données, c'est-à-dire à une séquence de caractères (élémentaires) et, s'agissant de données numériques, généralement des zéros et des uns. Le

---

162 Voir *supra* III.4.

163 Du même avis : WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 881 s.; WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 60 s.; FLORIAN FAUST, *Ausschließlichkeitsrecht an Daten*, in : Stiftung Datenschutz (édit.), *Dateneigentum und Datenhandel*, Berlin 2019, 85-100, 98.

niveau sémantique, en revanche, se réfère à la signification des données, c'est-à-dire aux informations représentées par ces caractères<sup>164</sup>.

Il est controversé de savoir si la propriété sur les données doit être basée sur le niveau syntaxique ou sémantique. La majorité de la doctrine est d'avis que la protection de la propriété sur les données devrait se baser sur le niveau syntaxique des données<sup>165</sup>. La principale raison invoquée est que l'octroi de droits de propriété au niveau sémantique conduirait à une monopolisation de l'information<sup>166</sup>. D'autres auteurs mettent en garde contre la protection des données au niveau syntaxique car cela monopoliserait « l'essence des données »<sup>167</sup>; cela est tout aussi néfaste que l'octroi de droits de propriété au niveau sémantique car – au moins indirectement – l'aspect sémantique des données est inclus<sup>168</sup>. Enfin, la distinction entre les niveaux sémantique et syntaxique peut également être fondamentalement remise en question<sup>169</sup>.

La position de la doctrine majoritaire doit être suivie dans la mesure où la propriété sur les données devrait effectivement être basée sur le niveau syntaxique. L'objet d'une telle propriété serait une séquence finie de caractères, qui sont définis sous une forme physiquement existante<sup>170</sup>. Les informations contenues dans les données, en revanche, ne seraient pas couvertes par une telle propriété sur les données en tant que telle, mais toujours seulement (co-)couvertes si l'utilisation des informations

164 Voir *supra* II.1.

165 KERBER (nbp. 1), New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016, 992; SPECHT (nbp. 1), CR 2016, 290; ECKERT (nbp. 1), Daten als Sache, RSJ 2016, 247; ZECH (nbp. 1), CR 2015, 138; dont le résultat est similaire AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 470, dont le « concept de données théoriques des médias » (traduit de l'allemand, *verbatim*: « medientheoretisches Konzept ») conduit à la conclusion que ce n'est pas l'information contenue dans les données qui fait l'objet d'une appropriation, mais « la structure technologique numérique contenant l'information, c'est-à-dire sa représentation numérique » (traduit de l'allemand, *verbatim*: « die digitaltechnologische ›Struktur‹, welche die Information enthält, also deren digitale Darstellung »).

166 KERBER (nbp. 1), New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016, 992 et 997.

167 Voir WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 883: « *If you take data as the protected subject matter, you would in fact protect that part of the communication process where information is in the state of data* ».

168 WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 882.

169 Sur la relativité de la sémantique, par exemple JANEČEK (nbp. 1), CLSR 2018, 1042 ou URS GASSER, Kausalität und Zurechnung von Information als Rechtsproblem, Munich 2002, 74.

170 Voir *supra* II.1.

est faite par l'utilisation des données sur lesquelles existe un droit de propriété. Le propriétaire des données (par exemple, les données sur la température à un certain endroit à un certain moment) pourrait donc, en vertu de son droit de propriété, uniquement interdire à un tiers d'utiliser ces données, mais ne pourrait pas lui interdire de collecter de manière indépendante ces mêmes données (en mesurant lui-même la température) ou d'utiliser les données enregistrées par des tiers. L'information représentée dans les données (ici : la température à un certain endroit à un certain moment) reste donc libre.

Cette définition de l'objet de la propriété sur les données révèle également une différence fondamentale par rapport aux droits de propriété intellectuelle, dont l'objet est un bien immatériel et donc une information au niveau sémantique. L'information en tant que telle étant l'objet de la protection, les droits de propriété intellectuelle – contrairement à la propriété sur les données – couvrent toute manifestation de l'information protégée dans toute manifestation physique, par exemple l'application d'une méthode brevetée dans un processus de production, la fabrication d'un produit breveté, la reproduction d'un texte protégé par le droit d'auteur, la présentation et la mise à disposition d'un film protégé par le droit d'auteur ou l'apposition d'une marque protégée sur un emballage ou son utilisation comme marque sur un site web.

Cette comparaison montre que toute propriété sur des données serait intégrée entre les deux objets de droits de propriété déjà reconnus, c'est-à-dire entre les droits réels sur les objets physiques et les droits exclusifs sur les biens immatériels en vertu du droit de la propriété intellectuelle. L'objet de la propriété sur les données ne serait ni des objets ni des biens immatériels, mais la définition d'une séquence de caractères sous une forme physiquement existante<sup>171</sup>. À cet égard, les données ont effectivement une certaine physicalité<sup>172</sup> et cette circonstance peut nous « tenter » de vouloir traiter les données dans le système juridique de la même

---

171 Parvenant à un résultat semblable AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 528, selon qui les données sont phénoménologiquement plus proches des objets physiques que des objets protégés par le droit de la propriété intellectuelle.

172 RITTER/MAYER (nbp. 53), Duke L. & Tech. Rev. 2018, 255 ss; ECKERT (nbp. 1), Daten als Sache, RSJ 2016, *passim*. D'un avis différent AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 544 ss.

manière que les objets<sup>173</sup>. La différence décisive par rapport aux objets physiques, cependant, est que les données – comme les biens immatériels – sont des biens publics car elles ne sont pas rivalisantes dans leur utilisation<sup>174</sup> et peuvent être reproduites aussi souvent que souhaité à un coût extrêmement faible et sans perte de qualité. En raison de ces caractéristiques, les données ne doivent être qualifiées ni d'objets ni de biens immatériels, mais comme un « troisième type d'objet » entre ces deux objets juridiques déjà connus.

### 3. Ayant droit

Si des droits de propriété sur des données doivent être accordés, il faut préciser comment ces droits doivent être acquis et qui doit en être l'ayant droit initial. Bien que la première question n'ait guère été examinée jusqu'à présent, il semble évident que les droits de propriété sur les données devraient être créés par la loi (*ex lege*) sans qu'il soit nécessaire de prendre d'autres mesures, par exemple l'inscription dans un registre<sup>175</sup>. La deuxième question est plus difficile à répondre et donc plus controversée. L'attribution des droits de propriété présuppose qu'un accord puisse être conclu sur un critère d'attribution. En outre, il faut décider si la propriété sur des données peut être attribuée à l'origine à une seule personne ou si, dans certaines constellations, plusieurs personnes peuvent y avoir droit.

173 Voir par exemple AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 528, selon qui ce n'est pas la propriété intellectuelle, mais la propriété réelle qui devrait être le modèle pour la propriété sur les données.

174 Voir *supra* II.3.

175 Voir à ce propos: WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 61; HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 487, qui considère que cela est problématique, du moins dans le cas de l'attribution par une « geistige Urheberchaft »; voir aussi IDEM, Datenbesitz statt Dateneigentum, MMR 2019, 5-8, 7, sur la problématique de la possession des données comme critère d'attribution. En ce qui concerne la *blockchain* comme plateforme possible pour la tenue d'un registre, voir LENNART CHROBAK, Proprietary Rights in Digital Data? Normative Perspectives and Principles of Civil Law, in: Bakhoum/Conde Gallego/Mackenrodt/Surblyté-Namavičienė (édit.), Personal Data in Competition, Consumer Protection and Intellectual Property Law, Towards a Holistic Approach?, Berlin 2018, 254-272, 268 s. Sur l'idée d'un registre en ligne KERBER (nbp. 1), New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016, 994 et ZECH (nbp. 21), 437, qui renvoie à une idée de LESSIG (nbp. 6), Social Research 2002, 251 s. En faveur d'un enregistrement comparable à celui d'une marque LANDREAU et al. (nbp. 16), 79.

### 3.1. Critères d'attribution

Dans la doctrine, divers critères de classification ont été proposés sans qu'un consensus ait été trouvé. Il s'agit notamment de l'acte dit scriptural (a), de l'investissement dans la création ou dans le stockage de données (b), des accords contractuels (c) et de l'accent mis sur la personne concernée, c'est-à-dire la personne à laquelle les données se réfèrent (d).

#### a) *Acte scriptural*

Une partie de la doctrine est d'avis que la *fixation des données*, acte dit scriptural, doit être déterminante pour l'attribution des droits de propriété sur les données<sup>176</sup>. Les données sont ainsi attribuées à la personne (physique ou morale) qui les a créées sous une forme physique, c'est-à-dire qui les a stockées sur un support de données. En se référant à l'acte scriptural, il serait possible de déterminer le moment exact de la génération des données, ce qui pourrait aider à déterminer le bon ayant droit en cas de litige. Ainsi, si une seule personne est impliquée dans cet acte scriptural, une attribution claire peut être faite au moyen de la fixation. Toutefois, dans ces constellations complexes, c'est-à-dire lorsque plusieurs parties ont participé à la génération des données, l'attribution peut ne pas être aussi claire<sup>177</sup>.

Deux exemples fréquemment cités illustrent ce problème: une personne conduisant une voiture a peu de contrôle sur la fixation des données enregistrées au cours du processus, même si elle les génère par son comportement<sup>178</sup>. Il en va de même dans le cas d'un traitement médical, les données peuvent être enregistrées par le médecin, son assistant, un appareil électronique ou un laboratoire spécialisé ce qui aurait pour conséquence de créer des attributions différentes<sup>179</sup>. Pour résoudre ce problème, il est parfois suggéré de tenir compte de l'influence réelle sur l'acte scriptural<sup>180</sup>. Cependant, cela ne rendrait pas les choses plus faciles.

Malgré ces difficultés, de toutes les propositions, l'approche scripturale semble être la plus adaptée pour créer une attribution des droits de

---

176 HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 654.

177 HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 654.

178 A propos de l'attribution des données de voitures connectées HORNUNG/GOEBLE (nbp. 1), CR 2015, 269; sur cette question également FRÜH (nbp. 82), *digma* 2019, 174.

179 HEYMANN (nbp. 26), CR 2016, 654.

180 HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 487 s.

propriété sur les données qui soit à la fois convaincante en termes de contenu et pratique à utiliser.

b) *Investissement*

Une autre partie de la doctrine propose d'attribuer les droits de propriété sur les données à l'origine à la personne (physique ou morale) qui a initié la génération et le stockage des données d'un point de vue organisationnel ou économique<sup>181</sup>. Ici aussi, cependant, une attribution claire d'un droit de propriété sur les données ne semble guère possible, comme le montrent les exemples que nous venons d'évoquer : dans le cas des données générées par les détenteurs d'une voiture, le producteur et le propriétaire de la voiture ont tous deux investi dans la génération des données, le premier dans la production de la voiture, le second dans son acquisition et son utilisation<sup>182</sup>. Le médecin, le fabricant du dispositif médical et le laboratoire ont également réalisé des investissements importants. Il est donc douteux que le critère d'investissement puisse apporter les éclaircissements nécessaires.

c) *Contrat*

Certains affirment que des accords contractuels pourraient régler non seulement l'acquisition dérivée mais aussi originale des droits de propriété sur les données. Selon ce point de vue, il devrait être possible de déterminer dans un contrat de travail ou de mandat qui est considéré comme le propriétaire initial des données<sup>183</sup>. Toutefois, cette approche ne peut être retenue car un accord contractuel ne peut avoir qu'un effet *inter partes*. Bien que l'attribution d'un pouvoir sur les données entre les parties à un contrat soit d'une grande importance pour les parties concernées et que ce pouvoir puisse également être nommé « propriété » dans un contrat, un tel accord ne peut bien sûr pas créer de propriété au sens juridique. C'est pourquoi les accords contractuels ne peuvent pas être utilisés comme critère pour attribuer des droits de propriété sur les données.

---

181 ZECH (nbp. 21), 431 ; IDEM (nbp. 1), CR 2015, 144.

182 Pour plus d'informations, voir FRÜH (nbp. 82), digma 2019, 174.

183 HOEREN (nbp. 64), EIPR 2014, 753 s., parle de « *data made for hire* ».

d) *Personne concernée*

Ces auteurs qui lient l'introduction de la propriété sur les données à l'espoir qu'elle donnera aux individus le contrôle des données qui les concernent<sup>184</sup> attribuent la propriété à l'origine à la personne concernée, c'est-à-dire à la personne à laquelle les données se réfèrent<sup>185</sup>. Cette approche est toutefois restreinte *a priori* aux données à caractère personnel et ne peut donc être considérée comme un critère généralement valable pour l'attribution des droits de propriété. En outre, l'attribution exclusive de droits de propriété à la personne concernée masquerait les intérêts des entreprises qui ont investi dans la génération de données et ont accompli l'acte scriptural. Le fait que le résultat de cette activité doive être la propriété exclusive de la personne à laquelle les données se réfèrent est donc difficile à justifier de manière convaincante.

### 3.2. Pluralité d'ayants droit

L'analyse des possibles critères d'attribution a montré que dans de nombreux cas, il n'est pas possible d'attribuer des droits de propriété sur les données à un seul ayant droit ou que le résultat n'est pas convaincant. Cela est particulièrement vrai pour les données personnelles générées par les entreprises<sup>186</sup>.

Cela suggère que la propriété sur les données – au moins dans le cas des données à caractère personnel – ne devrait pas être attribuée à une seule personne, mais à plusieurs parties ensemble, par exemple la personne concernée et l'entreprise qui génère les données. La question de savoir si et, le cas échéant, sous quelle forme plusieurs personnes pouvaient déterminer conjointement des droits de propriété sur les données n'a jusqu'à présent guère retenu l'attention dans la doctrine<sup>187</sup>. Toutefois, une étude

---

184 Voir *supra* III.2.2.

185 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 525 s.; WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 60; PURTOVA (nbp. 11), LIT 2015, *passim*; CHENEVAL (nbp. 1), CRISPP 2018, 8 ss; FEZER (nbp. 1), 45 ss, parle (comme AMSTUTZ) de données générées par le comportement et considère la création de données par les citoyens comme la raison de l'attribution de droits de propriété aux citoyens.

186 Voir *supra* IV.3.1.d).

187 Cf. toutefois SCHMID/SCHMIDT/ZECH (nbp. 1), sic! 2018, 636 ss; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 29; FLORENT THOUVENIN/ROLF H. WEBER, Zum Bedarf nach einem Dateneigentum, Jusletter IT Flash 11 décembre 2017, n. 14; ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 267 s.; HESS-ODONI (nbp. 1), Jusletter 17 mai 2004, n. 43.

plus approfondie de cette question serait nécessaire si l'on parvenait à la conclusion qu'il serait approprié d'introduire une propriété sur les données. Les points suivants devraient être examinés de plus près :

D'une part, il serait concevable d'établir une distinction entre les données volontaires, observées et dérivées lors de l'attribution des droits de propriété<sup>188</sup> : la propriété de données volontaires pourrait être attribuée à la seule personne concernée, la propriété de données observées pourrait être attribuée conjointement à la personne concernée et à l'entreprise productrice de données, et la propriété de données dérivées pourrait être attribuée à l'entreprise seule.

D'autre part, il convient d'examiner dans quelle mesure les règles de copropriété (art. 646 ss. CC) et celles concernant les co-titulaires originaux de droits de propriété intellectuelle (art. 3 al. 2 LBI; art. 7 LDA) peuvent servir de points de référence. Comme dans le cas de la copropriété, il semble évident d'attribuer les droits de propriété aux participants en principe par parts égales (art. 646 al. 1 et 2 CC). Les copropriétaires ont la pleine propriété de leurs parts et peuvent les transférer à des tiers (art. 646 al. 3 CC), mais la vente n'est possible qu'avec le consentement des autres copropriétaires (art. 648 al. 2 CC). Quant aux dispositions du droit de la propriété intellectuelle, chaque titulaire de droits peut poursuivre les infractions de manière indépendante, mais il ne peut toutefois le faire que pour le compte de tous (art. 33 al. 2 LBI; art. 7 al. 3 LDA)<sup>189</sup>.

Il convient toutefois de noter que l'existence de plusieurs ayants droit entraîne régulièrement des difficultés dans la pratique, car les titulaires de droits doivent s'entendre sur l'utilisation et la disposition des biens ou des droits. En ce qui concerne la propriété sur les données, il n'est pas exclu de surmonter ces difficultés en accordant à chacun des co-titulaires de droits non seulement une part d'un droit de propriété, mais également un droit de pleine propriété sur les données au niveau syntaxique. Une telle solution n'est pas envisageable dans le cas des objets, car les objets sont rivaux, c'est-à-dire qu'un même objet ne peut pas appartenir à plusieurs personnes en même temps. Toutefois, en raison de la nature « non rivalisante » des données<sup>190</sup>, la propriété sur les données pourrait en principe être accordée à plusieurs personnes simultanément.

188 Voir *supra* II.2.

189 Voir à ce sujet THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 29.

190 Voir *supra* II.3.

Un accord serait ici concevable selon lequel les ayants droit peuvent exercer leurs droits de propriété à l'égard des tiers sans restriction, mais ne peuvent pas s'interdire mutuellement l'utilisation et le transfert de leurs droits de propriété. Cela créerait une sorte de propriété cumulative. Toutefois, il reste à déterminer si une telle figure juridique peut être fonctionnelle et être intégrée dans le système juridique existant<sup>191</sup>.

## 4. Effets

Les effets d'un droit de propriété sur les données ne seraient en aucun cas prédéterminés par la décision d'introduire un tel droit, mais seraient à déterminer. Il faudrait pour cela se confronter aux effets des autres concepts de propriété. L'accent serait mis sur les droits réels, les droits de la propriété intellectuelle et les droits voisins. De l'analyse de ces concepts pourraient découler non seulement les droits auxquels le(s) titulaire(s) de droits de propriété sur les données pourraient prétendre, mais aussi des restrictions qui devraient s'appliquer à ces droits.

### 4.1. Concepts

#### a) *Droits réels*

La propriété confère au propriétaire des droits étendus qui ont un effet *erga omnes*, c'est-à-dire qu'ils peuvent être exercés contre n'importe qui<sup>192</sup>. On peut distinguer deux composantes :

---

191 Voir THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 29.

192 Parmi beaucoup d'autres : JÖRG SCHMID/BETTINA HÜRLIMANN-KAUP, Sachenrecht, 5<sup>ème</sup> éd., Zurich 2017, n. 654 ; CHK-ARNET (nbp. 53), ZGB 641 N 14.

Le côté positif de la propriété donne à l'ayant droit le contrôle complet de l'objet (art. 641 al. 1 CC)<sup>193</sup>. Des restrictions à ce droit de disposer peuvent toutefois découler du reste du système juridique, par exemple des droits de voisinage<sup>194</sup>. Dans les limites du système juridique, le droit de disposer du bien comprend la possession, l'usage et la jouissance du bien ainsi que la possibilité de le transférer à un tiers ou de le grever, par exemple en le mettant en gage<sup>195</sup>.

Le côté négatif de la propriété confère à l'ayant droit deux types de droits: d'une part, il peut exiger l'objet de tout tiers (*rei vindicatio*) et, d'autre part, il peut se prémunir contre toute ingérence de tiers (*actio negatoria*, art. 641 al. 2 CC)<sup>196</sup>.

### *b) Droits de la propriété intellectuelle*

Les droits de la propriété intellectuelle confèrent à leurs ayants droit des droits exclusifs sur des biens immatériels. Ces droits portent sur certains biens immatériels qui, de l'avis du législateur, nécessitent une protection spéciale (ce qu'on appelle le *numerus clausus* des droits de la propriété intellectuelle)<sup>197</sup>. Étant donné que certains biens immatériels,

193 ZK-HAAB (nbp. 53), ZGB 641 N 4; BSK-WOLF/WIEGAND (nbp. 53), ZGB 641 N 3; KUKO-DOMEJ/SCHMIDT (nbp. 53), ZGB 641 N 5; WOLFGANG PORTMANN, *Wesen und System der subjektiven Privatrechte*, Zurich 1995, n. 220.

194 ZK-HAAB (nbp. 53), ZGB 641 N 3 et N 8 ss; BSK-WOLF/WIEGAND (nbp. 53), ZGB 641 N 35 ss; KUKO-DOMEJ/SCHMIDT (nbp. 53), ZGB 641 N 9 ss; CHK-ARNET (nbp. 53), ZGB 641 N 29; OFK-WOLF (nbp. 53), ZGB 641 N 6; TUOR et al. (nbp. 53), § 96 n. 4 ss.

195 ZK-HAAB (nbp. 53), ZGB 641 N 6; BSK-WOLF/WIEGAND (nbp. 53), ZGB 641 N 30 ss; KUKO-DOMEJ/SCHMIDT (nbp. 53), ZGB 641 N 8; CHK-ARNET (nbp. 53), ZGB 641 N 28; OFK-WOLF (nbp. 53), ZGB 641 N 1 et N 5; TUOR et al. (nbp. 53), § 96 n. 3; PORTMANN (nbp. 193), n. 222.

196 ZK-HAAB (nbp. 53), ZGB 641 N 7; BSK-WOLF/WIEGAND (nbp. 53), ZGB 641 N 40 ss; KUKO-DOMEJ/SCHMIDT (nbp. 53), ZGB 641 N 16 ss; CHK-ARNET (nbp. 53), ZGB 641 N 31 ss; OFK-WOLF (nbp. 53), ZGB 641 N 8 s.; TUOR et al. (nbp. 53), § 96 n. 10; PORTMANN (nbp. 193), n. 223 et n. 229 ss.

197 MATHIS BERGER, *Die Immaterialgüterrechte sind abschliessend aufgezählt (numerus clausus)*, in: Kurer/Ritscher/Sangiorgio/Aschmann (édit.), *Binsenwarheiten des Immaterialgüterrechts*, Festschrift für Lucas David zum 60. Geburtstag, Zurich 1996, 3-8, 3; THOUVENIN (nbp. 68), 518 s. avec réf. citées à la nbp. 52; FRANÇOIS DESSEMONTET, *Einführung: Immaterialgüterrecht und Privatrecht*, in: von Büren/David (édit.), *Grundlagen, SIWR I/1*, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2002, (cité: DESSEMONTET, *SIWR I/1*), 1-24, 21; LUCAS DAVID, *Ist der Numerus clausus der Immaterialgüterrechte noch zeitgemäss?*, PJA 1995, 1403-1410, 1404.

c'est-à-dire certaines informations, font l'objet d'une protection dans le cadre des droits de la propriété intellectuelle, la protection couvre ces informations sous n'importe quelle forme et donc aussi les informations sous forme de données. Dans la mesure où des droits de propriété intellectuelle existent, ceux-ci confèrent donc également des droits de propriété sur les données fixant des informations protégées (niveau sémantique) sous une forme physiquement existante et lisible par une machine (niveau syntaxique)<sup>198</sup>.

Comme les droits réels, les droits de propriété intellectuelle ont également un effet *erga omnes* (art. 8 LBI; art. 10 LDA; art. 9 LDes; art. 13 LPM)<sup>199</sup> dont on peut distinguer deux composantes :

Les droits de la propriété intellectuelle sont avant tout conçus comme des droits d'interdiction; ils donnent à leur ayant droit la possibilité d'interdire à quiconque d'utiliser les biens immatériels protégés (art. 8 LBI; art. 10 LDA; art. 9 LDes; art. 13 LPM). Cela comprend notamment le droit d'interdire à des tiers de fabriquer ou de reproduire le bien protégé (art. 8 al. 2 LBI; art. 10 al. 1 lit. a LDA; art. 9 al. 1 phrase 2 LDes; art. 13 al. 2 lit. a LPM).

L'ayant droit bénéficie également de droits de disposition; il peut notamment grever les droits, par exemple en les mettant en gage (pour le droit d'auteur et le droit des brevets : art. 899 al. 1 CC en lien avec l'art. 33 al. 1 LBI respectivement l'art. 16 al. 1 LDA; pour le droit des designs et des marques : art. 16 LDes; art. 19 LPM)<sup>200</sup>, les transférer à des tiers (art. 33 al. 1 LBI; art. 16 al. 1 LDA; art. 14 LDes; art. 17 LPM) et accorder des licences d'utilisation (art. 34 LBI; implicitement : art. 62 al. 3 LDA<sup>201</sup>;

198 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 488, méconnaît ce point : selon lui, les droits de propriété intellectuelle ne confèrent aucun droit de propriété ou droit similaire sur les données contenant les informations protégées par la loi ou la jurisprudence.

199 EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, *Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht*, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2017, n. 3; DESSEMONTET (nbp. 197), *SIWR I/1*, 16.

200 THOMAS BAUER/CHRISTOPH BAUER, in: Geiser/Wolf (édit.), *Basler Kommentar, Zivilgesetzbuch II, Art. 457-977 ZGB, Art. 1-61 SchlT ZGB*, 6<sup>ème</sup> éd., Bâle 2019, ZGB 899 N 50; PETER REETZ/MICHAEL GRABER, in: Breitschmid/Jungo (édit.), *Handkommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB*, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2016, ZGB 899 N 16.

201 Même en l'absence de dispositions légales expresses, il est incontestable que les droits d'auteur peuvent faire l'objet de contrats de licence. Voir à cet égard, parmi d'autres : RETO M. HILTY, *Lizenzvertragsrecht*, Berne 2001 (cité : HILTY, *Lizenzvertragsrecht*), 21 ss; en outre DENIS BARRELET/WILLI EGLOFF, in: Barrelet/

art. 15 LDes; art. 18 LPM). Les droits de la propriété intellectuelle ne confèrent, en revanche, pas de droits d'utilisation. La possibilité d'utiliser le bien immatériel résulte plutôt du fait que personne ne peut interdire à l'ayant droit de l'utiliser<sup>202</sup>.

Toutefois, les effets juridiques des droits d'interdiction ne sont pas les mêmes pour tous les droits de la propriété intellectuelle. On peut opérer une distinction entre les droits absolument exclusifs et relativement exclusifs : les droits absolument exclusifs permettent au titulaire d'interdire tout acte entrant dans le champ de protection du droit violé, que le tiers ait ou non effectivement utilisé le bien immatériel protégé. Ces droits excluent donc toute utilisation par des tiers du bien protégé, à condition qu'aucune restriction ne s'applique. Ils ont un véritable effet de blocage. Les droits sur les brevets, les designs et les marques sont des droits absolument exclusifs.

En revanche, les droits relativement exclusifs ne s'appliquent que si le tiers a effectivement utilisé le bien protégé. Par conséquent, les actes qui sont indépendants de l'utilisation du bien protégé ne sont pas couverts, même si ces actes touchent des biens immatériels presque ou totalement identiques. Ainsi, les droits relativement exclusifs n'ont pas d'effet bloquant<sup>203</sup>. C'est le cas du droit d'auteur. Il découle de l'absence d'effet de blocage que le titulaire d'un droit d'auteur ne peut pas interdire à un tiers d'utiliser une œuvre totalement ou largement identique à sa propre œuvre si le tiers a créé cette œuvre de manière indépendante (ce qu'on appelle une *création parallèle*)<sup>204</sup>. Si les cas où deux biens protégés complètement ou largement identiques sont extrêmement rares s'agissant d'œuvres d'art et de littérature créées de manière indépendante<sup>205</sup>,

---

Egloff, Das Neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4<sup>ème</sup> éd., Berne 2020, URG 10 N 7; IVAN CHERPILLOD, in: De Werra/Gilliéron (édit.), Commentaire Romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 10 N 8 s.; HERBERT PFORTMÜLLER, in: Müller/Oertli (édit.), Stämpfli Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), 2<sup>ème</sup> éd., Berne 2012, URG 10 N 1.

202 THOUVENIN (nbp. 68), 267 s.

203 Pour en savoir plus THOUVENIN (nbp. 68), 268.

204 MANFRED REHBINDER/ADRIANO VIGANÒ, URG, Urheberrecht, Kommentar, 3<sup>ème</sup> éd., Zurich 2008, URG 2 N 2; MISCHA SENN, Die urheberrechtliche Individualität – eine methodische Annäherung, sic! 2017, 521-537, 531 avec réf. citées.

205 Néanmoins, certaines décisions de la jurisprudence allemande traitent des créations parallèles, telles que OLG Cologne, GRUR 2000, 43 – Klammerpose; BGH GRUR

il est probable que cela se produise beaucoup plus fréquemment lors de la génération de données.

La distinction entre les droits absolument et relativement exclusifs devrait être d'une importance capitale dans la conception d'un droit de propriété sur les données. En effet, cette question est (sporadiquement) abordée dans la littérature, bien qu'elle utilise une terminologie différente<sup>206</sup>. Si l'on part du principe qu'un droit de propriété sur les données n'aurait pas pour but de fournir des incitations à la génération de données<sup>207</sup>, mais seulement de garantir que les données d'un ayant droit ne puissent pas être utilisées par des tiers sans son consentement, cela plaide en faveur de la conception d'un droit de propriété en tant que droit relativement exclusif<sup>208</sup>.

Enfin, il convient de noter que les droits de la propriété intellectuelle sont soumis à diverses restrictions qui excluent certaines utilisations du droit d'interdiction, soit gratuitement, soit contre paiement d'une rémunération. Citons par exemple la restriction en faveur de l'utilisation à des fins privées du droit d'auteur (art. 19 et 20 LDA) et le privilège de recherche en droit des brevets (art. 9 al. 1 lit. b LBI). Enfin, les droits de propriété intellectuelle sont en principe limités dans le temps (art. 14 LBI; art. 29 ss. LDA; art. 5 al. 2 s. LDes). La seule exception est le droit

---

1991, 533 – Brown Girl II; BGH GRUR 1988, 812 – Ein bißchen Frieden et fondamentalement BGH GRUR 1971, 266 – Magdalenenarie.

206 Voir notamment RAYMOND T. NIMMER/PATRICIA A. KRAUTHAUS, Information as Property: Databases and Commercial Property, Int. Journal of Law and Information Technology 1993, Vol. 1, 3-34, 8 ss. Ces auteurs font la distinction entre les données, respectivement les informations, en tant que *valeur unitaire* ou en tant que *valeur d'utilisation*. Si les données sont comprises comme une *valeur unitaire*, celles-ci ont un statut juridique quelle que soit la manière dont le titulaire des droits a obtenu les données. Les tiers qui possèdent les données sont considérés comme les propriétaires de ces mêmes données. Si les données sont comprises comme une *valeur d'utilisation*, les droits exclusifs ne sont pas seulement liés aux données, mais aussi à la personne qui en est propriétaire. Si deux personnes collectent indépendamment les mêmes données, leurs droits de propriété sur les données sont indépendants l'un de l'autre. Par conséquent, aucun des deux ne peut interdire à l'autre d'utiliser les données recueillies de manière indépendante. Pour plus de détails, voir THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28 s.

207 Voir *supra* III.2.3.b).

208 Parvenant au même résultat NIMMER/KRAUTHAUS (nbp. 206), Int. Journal of Law and Information Technology 1993, 8; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 29 s.

des marques, dont la protection peut être étendue aussi souvent que souhaité si la marque est utilisée de manière continue (art. 10 LPM)<sup>209</sup>.

c) *Droits voisins*

Les droits voisins, également appelés droits connexes, octroient à l'ayant droit des droits de disposition *erga omnes* comparables aux droits de la propriété intellectuelle<sup>210</sup>. Contrairement à ces droits, les droits voisins présentent des différences significatives entre les différents systèmes juridiques. Si la plupart des pays protègent les prestations des artistes interprètes (art. 33 ss LDA), des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes (art. 36 LDA) et des organismes de diffusion (art. 37 LDA) certains pays ont d'autres droits voisins, par exemple pour les photographes<sup>211</sup> ou les éditeurs de presse<sup>212</sup>. L'objet des droits voisins n'est donc pas un bien immatériel mais des prestations physiques, par exemple l'enregistrement d'un morceau de musique sur un support sonore, le signal de diffusion d'un programme de télévision ou la reproduction d'une photographie sur un support de données<sup>213</sup>. Du point de vue de leur objet, les droits voisins se rapprochent donc beaucoup de la propriété sur les données; dans la mesure où ils protègent des prestations matérialisées sous forme électronique, ils peuvent être compris comme des droits de propriété sur les données correspondantes. Comme en droits réels et en droit de la propriété intellectuelle, il faut distinguer deux composantes des droits voisins :

Comme les droits de propriété intellectuelle, les droits voisins sont principalement conçus comme des droits d'interdiction. Toutefois, contrairement aux droits de la propriété intellectuelle, ils ne confèrent pas de droits d'interdiction complets aux ayants droit, mais seulement certains

209 Voir aussi parmi d'autres auteurs MARBACH/DUCREY/WILD (nbp. 199), n. 772.

210 EGLOFF (nbp. 54), URG 33 N 18; RETO M. HILTY, Die Leistungsschutzrechte im schweizerischen Urheberrechtsgesetz, UFITA 1994, 85-140, 91 ss.

211 En Allemagne § 72 D-UrhG et en Autriche § 73 ss. A-UrhG.

212 En Allemagne § 87f ss. D-UrhG et en Espagne Art. 32.2 LPI. Tous les États membres devront introduire un tel droit voisin dans la transposition de l'art. 15 de la Directive (UE) 2019/790 du Parlement Européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE.

213 THOUVENIN (nbp. 68), 372 ss; voir aussi PETER MOSIMANN, Die verwandten Schutzrechte, in: von Büren/David (édit.), Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, SIWR II/1, 3<sup>ème</sup> éd., Bâle 2014, (cité: MOSIMANN, SIWR II/1), 229-412, n. 1008 ss, en particulier n. 1009 et HILTY (nbp. 54), Urheberrecht, n. 711 ss.

droits qui sont énumérés de manière exhaustive par la loi<sup>214</sup>. Le noyau de tous les droits voisins est le droit de reproduire et de mettre à disposition la prestation protégée (art. 33 al. 2 lit. a et lit. c LDA; art. 36 lit. a et lit. b LDA; art. 37 lit. c et lit. e LDA).

A l'instar des droits de la propriété intellectuelle, le titulaire de droits voisins bénéficie également du droit de disposer; il peut notamment grever ses droits<sup>215</sup>, les transférer à des tiers (art. 38 en lien avec l'art. 16 al. 1 LDA) et accorder des licences d'utilisation (implicitement: art. 62 al. 3 LDA<sup>216</sup>). Toutefois, les droits voisins ne confèrent pas de droits d'utilisation; comme pour les droits de la propriété intellectuelle, la possibilité d'utiliser l'objet protégé découle pour l'ayant droit du fait que personne ne peut lui interdire de l'utiliser.

Comme les droits d'auteur, les droits voisins sont également conçus comme des droits relativement exclusifs. Ils donnent seulement à l'ayant droit la possibilité d'exclure des tiers de l'utilisation de la prestation protégée, mais pas le droit de les empêcher de fournir leur propre service (potentiellement identique)<sup>217</sup>. Les droits voisins n'ont donc aucun effet de blocage sur les prestations indépendantes de tiers.

Les restrictions au droit d'auteur s'appliquent par analogie aux droits voisins (art. 38 LDA) et la protection est également limitée dans le temps (art. 39 LDA).

214 MARBACH/DUCREY/WILD (nbp. 199), n. 402; MOSIMANN (nbp. 213), SIWR II/1, n. 1086; EGLOFF (nbp. 54), URG 33 N 17.

215 Selon ROLAND VON BÜREN, *Der Übergang von Immaterialgüterrechten*, in: von Büren/David (édit.), *Grundlagen*, SIWR I/1, 2<sup>ème</sup> éd., Bâle 2002, 249-429, 288, des droits de gage peuvent être créés sur les droits d'auteur. Une exception est faite pour les droits moraux, qui sont exclus en raison de l'absence de transférabilité (art. 899 al. 1). Les droits voisins sont transférables comme les droits d'auteur, MOSIMANN (nbp. 213), SIWR II/1, n. 1170, donc la charge (par exemple la mise en gage) d'un droit voisin doit être légalement autorisée; voir également PETER GEORG PICHT, *Vom materiellen Wert des Immateriellen*, Tübingen 2018, 144. Pour l'exploitabilité des droits voisins EGLOFF (nbp. 54), URG 38 N 10.

216 Même en l'absence d'une disposition légale explicite, il est incontestable que les droits voisins peuvent faire l'objet de contrats de licence; voir à la place de nombreux HILTY (nbp. 201), *Lizenzvertragsrecht*, 50 ss, en particulier 52.

217 Voir *supra* IV.4.1.b) et IV.4.1.c).

## 4.2. Droits et restrictions

Comme le montre l'aperçu des effets des droits réels, des droits de la propriété intellectuelle et des droits voisins, un droit de propriété sur les données devrait conférer à son ayant droit des droits d'interdiction et de disposition. Si la propriété sur les données est accordée au niveau syntaxique<sup>218</sup>, elle porterait sur la matérialisation de données dans une certaine séquence de caractères<sup>219</sup>. Le droit céderait ainsi à son titulaire – contrairement aux droits de la propriété intellectuelle, mais comme les droits réels et les droits voisins – un objet physiquement existant.

Il y aurait également certaines restrictions à la propriété sur les données. Celles-ci devraient être fondées sur les restrictions des droits de la propriété intellectuelle et des droits voisins, car les données – tout comme les biens protégés par ces droits<sup>220</sup> – sont par nature des biens publics<sup>221</sup>. Cela soulève également la question de savoir si les droits de propriété sur les données doivent être limités dans le temps.

### a) *Droits d'interdiction*

Un droit de propriété sur les données devrait avant tout donner à son ayant droit le droit de contrôler l'utilisation de ses données en accordant ou en refusant à des tiers l'accès à ses données et en leur permettant ou en leur interdisant d'utiliser ses données<sup>222</sup>. Contrairement aux droits réels, mais de la même manière que pour les droits de la propriété intellectuelle<sup>223</sup>, le titulaire du droit devrait également avoir la possibilité d'empêcher des tiers de copier ses données<sup>224</sup>.

Étant donné que la propriété sur les données au niveau syntaxique concerne la fixation des données sous une forme physiquement existante<sup>225</sup>, un droit de propriété sur les données devrait également permettre à l'ayant droit de contrôler la fixation des données et lui confé-

218 Voir *supra* IV.2.

219 Voir *supra* IV.2.

220 Voir parmi d'autres THOUVENIN (nbp. 68), 265 ss.

221 Voir *supra* II.3.

222 THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28; FEZER (nbp. 1), 62 ss, en particulier 63.

223 Voir *supra* IV.4.1.a), IV.4.1.b) et IV.4.1.c).

224 ZECH (nbp. 21), 432; THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 18), Data Ownership, 130; AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 548.

225 Voir *supra* IV.2.

rer en particulier un droit de restitution des données inspiré des droits réels<sup>226</sup> et un droit d'interdiction d'atteinte et d'altération des données<sup>227</sup>.

De la fixation physique des données au niveau syntaxique comme objet de protection d'un droit de propriété sur les données<sup>228</sup>, il découle qu'un tel droit ne devrait pas être un droit absolument exclusif avec un effet de blocage vis-à-vis des tiers, mais un droit relativement exclusif<sup>229</sup>. Il ne serait donc pas possible pour l'ayant droit d'interdire à des tiers de produire et d'utiliser des données identiques, à condition que ces données soient générées de manière indépendante, c'est-à-dire en les collectant lui-même, et non pas en copiant simplement les données de l'ayant droit<sup>230</sup>.

### *b) Droits de disposition*

Un droit de propriété sur les données permettrait d'accorder à l'ayant droit les mêmes droits de disposition que les droits réels, les droits de la propriété intellectuelle et les droits voisins. En particulier, l'ayant droit

226 HESS-ODONI (nbp. 1), Jusletter 17 mai 2004, n. 39; ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 272; WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 57 s.; HOEREN (nbp. 1), MMR 2013, 490 s., qui prévoit même un droit de restitution de la copie en cas de violation du droit de propriété sur les données; voir également MACCABE (nbp. 46), Jusletter IT 26 septembre 2018, n. 11, qui propose de compléter la demande de restitution par une demande de suppression en raison de la copiability des données; plus récent, HOEREN (nbp. 175), MMR 2019, 6, qui, se référant à un arrêt allemand (BGH, arrêt de 17 avril 1996 – VIII ZR 5/95 [Cologne]), considère qu'une demande de restitution de la possession est concevable.

227 HESS-ODONI (nbp. 1), Jusletter 17 mai 2004, n. 42; NIMMER/KRAUTHAUS (nbp. 206), Int. Journal of Law and Information Technology 1993, 10; ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 271 ss; AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 548; MACCABE (nbp. 46), Jusletter IT 26 septembre 2018, n. 11 et n. 13; voir aussi à ce sujet WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 49, avec réf. citées.

228 Voir *supra* IV.2.

229 Voir *supra* IV.4.1.b).

230 Parvenant au même résultat ZECH (nbp. 1), CR 2015, 146; IDEM (nbp. 1), GRUR 2015, 1159 s.; WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 882, selon qui la protection d'un droit de propriété sur les données ne s'étendrait pas aux données créées, extraites ou collectées indépendamment par des tiers.

devrait pouvoir transférer ses droits à des tiers<sup>231</sup>, octroyer des licences d'utilisation<sup>232</sup> et grever ses droits, par exemple en mettant en gage<sup>233</sup>.

c) *Restrictions*

Des restrictions à la propriété sur les données devraient être mises en place pour permettre un juste équilibre entre les intérêts des titulaires de droits et ceux des tiers. Cet équilibre est particulièrement important dans l'octroi de droits exclusifs sur des biens publics par nature. La littérature traite donc des différentes restrictions à un éventuel droit de propriété sur les données<sup>234</sup>. Au premier plan, on trouve les restrictions qui visent à permettre l'accès aux données et leur utilisation à des fins privées et de recherche.

i. Accès aux données

L'intérêt de l'ayant droit de droits de propriété sur les données d'exclure des tiers de l'accès et de l'utilisation des données s'oppose aux intérêts des tiers à avoir accès à ces données. Les intérêts légitimes peuvent être à la fois publics et privés et concernent aussi bien les entreprises que les particuliers. Ces intérêts devraient être pris en compte en introduisant des restrictions appropriées à un droit de propriété sur les données. Ces restrictions devraient permettre l'accès aux données et la possibilité de les utiliser dans certaines situations et à certaines conditions.

Toutefois, le problème de l'accès ne se pose pas seulement lorsque des droits de propriété sur des données sont accordés, mais aussi au regard du droit applicable, car les détenteurs de données peuvent refuser à des tiers l'accès aux données par des mesures de fait, notamment le secret et le cryptage. Ce problème ne peut être résolu qu'en accordant des *droits indépendants d'accès aux données*<sup>235</sup>.

231 WEBER/THOUVENIN (nbp. 1), RDS 2018 I, 61; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28; AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 548; LANDREAU et al. (nbp. 16), 77 et même FEZER (nbp. 1), 72.

232 Voir LANDREAU et al. (nbp. 16), 7.

233 LANDREAU et al. (nbp. 16), 77, comme ECKERT (nbp. 1), Besitz und Eigentum, RSJ 2016, 269 avec les commentaires aux nbp. 21 et nbp. 271 ss.

234 AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 550 s.; HÜRLIMANN/ZECH (nbp. 1), sui generis 2016, 94; THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 28 ss. en ce qui concerne d'éventuelles restrictions à la propriété sur les données.

235 Pour un approfondissement, voir THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 93 ss.

## ii. Utilisation privée

Une partie de la doctrine préconise qu'un droit de propriété sur les données ne devrait pas limiter l'utilisation privée des données<sup>236</sup>. Une restriction correspondante semble toutefois nécessaire (voire obligatoire) si les droits de propriété ne sont pas cédés à la personne concernée mais à un tiers. Il est également concevable d'exclure l'utilisation privée des données des droits d'interdiction, comme c'est déjà le cas en vertu de la loi sur la protection des données qui n'est pas applicable au traitement de données pour un usage exclusivement personnel (art. 2 al. 2 lit. a LPD; art. 2 al. 1 lit. c RGPD).

## iii. Utilisation à des fins de recherche

Dans la doctrine, il est parfois souligné à juste titre qu'un droit de propriété nouvellement créé ne doit pas entraver l'utilisation des données à des fins de recherche<sup>237</sup>. Cela est également conforme à la position de la Commission européenne, qui souligne à juste titre que l'accès aux données par les chercheurs et la possibilité d'utiliser des données provenant de différentes sources pour la recherche médicale, en sciences humaines et naturelles ne devraient pas être restreints<sup>238</sup>. A l'instar de l'accès aux données<sup>239</sup>, ce défi doit être relevé non seulement lorsqu'un droit de propriété sur les données est introduit, mais déjà dans le cadre de la législation existante. Les problèmes ont également été reconnus en Suisse<sup>240</sup>.

---

236 ZECH (nbp. 1), CR 2015, 146; IDEM (nbp. 1), GRUR 2015, 1159 s.

237 ZECH (nbp. 1), CR 2015, 146; WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 882.

238 COMMISSION EUROPÉENNE (nbp. 11), Créer une économie européenne fondée sur les données, 14.

239 Voir *supra* IV.4.2.c)i.

240 Voir à ce sujet la motion 18.4203 EYMANN, Création d'une infrastructure de données moderne contenant des données de patients structurées en vue d'encourager la recherche sur l'être humain, du 12 décembre 2018, in : <<https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaeft?AffairId=20184203>>, dernière consultation le 24 septembre 2020, qui charge le Conseil fédéral « de prendre les mesures nécessaires pour que le plus grand nombre possible de données de patients puissent être mises, sous une forme structurée et anonymisée, à la disposition du secteur de la recherche sur l'être humain en Suisse ». Le Conseil fédéral a rejeté cette motion au motif que la demande a déjà été satisfaite, puisque « la Confédération a lancé, dans le cadre du message FRI 2017-2020 (Message du Conseil fédéral relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2017 à 2020 du 24 février 2016, FF 2016 2917, 3017 s., 3023 s.) l'initiative nationale d'encouragement <Swiss Personalized Health Network> (SPHN) » (voir la réponse du

### 4.3. Délai

De nombreux auteurs soutiennent à juste titre qu'un droit de propriété sur les données devrait être limité dans le temps<sup>241</sup>. Ce point de vue repose essentiellement sur le fait que les *biens publics par nature* doivent être librement accessibles au public au moins après une certaine période de protection et que seuls les biens dont l'utilisation est *rivalisante* devraient être cédés à un ayant droit pour un usage exclusif pendant une période illimitée<sup>242</sup>.

## 5. Publicité

Lorsque des droits *erga omnes* sont cédés à une personne, il faut un concept qui identifie les ayants droit, tels que le registre foncier pour les biens immobiliers, les registres respectifs pour les droits de la propriété intellectuelle ou la possession de choses mobilières. Le droit d'auteur est l'exception. Toutefois, certaines des difficultés d'application du droit d'auteur à l'ère numérique peuvent être attribuées précisément au manque de publicité de ce droit. Ceci est également illustré par le fait que des réglementations spéciales ont dû être mises en place pour les œuvres orphelines<sup>243</sup>. L'absence de connaissance du titulaire d'un droit sur les données pourrait faire augmenter les coûts de recherche et de transaction à un point tel que cela compromettrait finalement les tran-

---

Conseil fédéral du 13 février 2019 sur la motion 18.4203 EYMANN, ainsi que sur le SPHN, in: <<https://www.samw.ch/fr/Projets/Sante-personnalisee/Swiss-Personalized-Health-Network.html>>, dernière consultation le 17 juillet 2020. Voir aussi à ce propos, Message du Conseil fédéral du 26 février 2020 relatif à l'encouragement de la formation, de la recherche et de l'innovation pendant les années 2021 à 2024 du 26 février 2020, FF 2020 3577, 3799).

241 WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 882; KERBER (nbp. 1), Digital Markets, GRUR Int. 2016, 646, en ce qui concerne une licence limitée dans le temps à des tiers; FEZER (nbp. 1), 80, mais sans faire de propositions détaillées à cet égard. Pour une (très) courte période de protection: ZECH (nbp. 1), CR 2015, 146; IDEM, A legal framework for a data economy in the European Digital Single Market: rights to use data, JIPLP 2016, 460-470, 469; IDEM (nbp. 21), 433; KERBER (nbp. 1), New (Intellectual) Property Right, GRUR Int. 2016, 991, propose un délai court d'environ deux à cinq ans.

242 HÜRLIMANN/ZECH (nbp. 1), sui generis 2016, 92.

243 Voir pour la Suisse: art. 22b LDA; pour l'Europe: Directive 2012/28/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2012 sur certaines utilisations autorisées des œuvres orphelines, art. 5.

sactions<sup>244</sup>. Bien que certains auteurs soient favorables à un registre électronique de la propriété sur les données<sup>245</sup>, la question de la publicité n'a pas encore été examinée de manière suffisamment approfondie.

## 6. Constats

Si le législateur venait à introduire un droit de propriété sur les données, il faudrait résoudre un certain nombre de problèmes législatifs. Certaines questions sont controversées dans la littérature et, dans certains cas, aucune solution satisfaisante n'est avancée; en partie parce qu'elles n'ont guère été identifiées comme des problèmes.

La question centrale de l'objet de la propriété sur les données est tout particulièrement controversée. Celui-ci peut être lié au niveau syntaxique ou sémantique des données; la décision en faveur de l'une ou l'autre approche a des conséquences importantes sur les effets juridiques de la propriété sur les données et est controversée<sup>246</sup>. Les critères selon lesquels l'ayant droit doit être déterminé ne sont pas non plus clairs. L'accent est mis sur l'acte scriptural ou l'attribution des droits de propriété à la personne concernée. Cette question est également controversée et la décision en faveur de l'une ou l'autre solution a à nouveau des conséquences importantes<sup>247</sup>. Moins controversée est la question de savoir quels droits la propriété sur les données devrait conférer; ici, il semble largement reconnu que l'ayant droit devrait se voir accorder des droits d'interdiction et de disposition et que la propriété sur les données devrait faire l'objet de restrictions et éventuellement être limitée dans le temps<sup>248</sup>. Il faudrait également clarifier la manière dont la publicité des droits de propriété sur les données peut être assurée<sup>249</sup>.

Ces questions devront être clarifiées avant l'introduction d'un droit de propriété sur les données et des solutions devront être trouvées pour garantir la sécurité juridique. En outre, les avantages de l'introduction de la propriété sur les données devraient (clairement) l'emporter sur les incertitudes liées à l'introduction d'un tel droit. Du point de vue actuel, ce n'est pas le cas.

---

244 Voir *supra* III.2.3.c).

245 WIEBE (nbp. 1), GRUR Int. 2016, 882.

246 Voir *supra* IV.2.

247 Voir *supra* IV.3.1.

248 Voir *supra* IV.4.2 et IV.4.3.

249 Voir *supra* IV.5.

## V. Mise en œuvre

Si l'on arrivait à la conclusion qu'un droit de propriété sur les données devait être introduit, il faudrait encore résoudre la question de savoir comment mettre en œuvre un tel droit dans le système juridique actuel. Il y a deux questions principales auxquelles il faut répondre : d'une part, il faudrait déterminer la manière dont la relation entre la propriété sur les données et les dispositions sur la protection des données devrait être structurée. D'autre part, il faudrait examiner si des mesures institutionnelles spéciales sont nécessaires pour que la propriété sur les données produise les effets escomptés.

### 1. Relation avec la loi sur la protection des données

Il y a essentiellement deux façons de concevoir la relation entre la propriété sur les données et le droit de la protection des données : la propriété sur les données pourrait être ajoutée comme un niveau de protection supplémentaire à la loi sur la protection des données (propriété sur les données *on top*) ou la remplacer (au moins partiellement ; propriété sur les données *instead*). Ces variantes sont brièvement décrites ici. Une discussion approfondie n'est cependant pas souhaitable pour l'instant car le législateur suisse ne va pas introduire un droit de propriété sur les données, du moins pas dans un avenir proche<sup>250</sup>.

#### a) *Propriété sur les données on top*

Les conséquences de l'introduction de la propriété sur les données sans adaptation du cadre juridique existant n'ont pas été discutées de manière approfondie jusqu'à présent. Cependant, la plupart des auteurs semblent supposer que la propriété sur les données et le droit de la protection des données pourraient coexister, même si certains ajustements du droit de la protection des données sont nécessaires<sup>251</sup>. Certains affirment également que la propriété sur les données ne remplacerait pas la base juridique de la protection de la vie privée, mais la renforcerait<sup>252</sup>.

<sup>250</sup> Voir *supra* I.

<sup>251</sup> BERBERICH/GOLLA (nbp. 1), PinG 2016, 166 s., font référence à la loi sur la protection des données comme une limite nécessaire à la propriété sur les données ; ZECH (nbp. 1), GRUR 2015, 1160, parle d'une coexistence des deux régimes.

<sup>252</sup> LAUDON (nbp. 7), Communications of the ACM 1996 N° 9, 93.

Cette approche néglige cependant les problèmes majeurs qui se poseraient si la protection des données et la propriété sur les données personnelles devaient coexister, car les personnes concernées auraient désormais deux positions juridiques sur les mêmes données. Le statut juridique accordé par la loi sur la protection des données ne serait pas transférable, mais les droits de propriété sur les données le seraient. Si et dans la mesure où les personnes concernées transfèrent les droits de propriété de leurs données à des tiers, à savoir à des sociétés, cela aurait pour conséquence que les personnes concernées et les sociétés pourraient s'interdire mutuellement d'utiliser ces données : les personnes concernées en se basant sur leurs prétentions découlant de la loi sur la protection des données et les entreprises sur leurs droits de propriété. Dans cette constellation, se présenterait une impasse paradoxale qui empêcherait totalement l'utilisation des données. Une telle solution n'aurait pas de sens<sup>253</sup>.

*b) Propriété sur les données instead*

Compte tenu de la complexité qu'engendrerait la coexistence de la propriété sur les données et la loi sur la protection des données, il convient d'examiner si la propriété sur les données peut remplacer (totalement ou partiellement) la loi actuelle sur la protection des données. L'avantage de cette approche, qui ne doit pas être sous-estimé, serait que les coûts élevés liés à la mise en conformité (*compliance*) avec les dispositions de la loi sur la protection des données pourraient être réduits<sup>254</sup> et que toutes les données pourraient être transférées à l'avenir.

Toutefois, l'abandon complet de la loi sur la protection des données semble difficilement concevable, car les droits de propriété sur les données ne peuvent remplir toutes les fonctions de la protection des données. Il serait utile de préserver certains principes de la protection des données, notamment les dispositions relatives à la transparence du traitement des données, car les personnes concernées ne peuvent exercer leurs droits de propriété que s'il est clair que des données les concernant sont collectées ou traitées d'une autre manière<sup>255</sup>. Le même principe de conservation s'applique aux dispositions relatives à la sécurité des données<sup>256</sup>.

---

253 THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 30.

254 SAMUELSON (nbp. 101), Stanford L. Rev. 2000, 1136.

255 THOUVENIN (nbp. 15), RSJ 2017, 31.

256 Ibid.

D'autre part, les autres principes du traitement des données, les règles de licéité du traitement des données et la plupart des droits des personnes concernées, tels que le droit d'obtenir une copie des données, le droit d'effacer les données et le droit à la portabilité des données, pourraient être abandonnés parce que ces droits découleraient déjà directement de la propriété sur les données. Le droit d'accès aux données, en revanche, devrait être maintenu, ce d'autant plus qu'il est d'une importance capitale pour la transparence du traitement des données.

Enfin, il conviendrait d'examiner plus en détail la manière dont il est possible de garantir aux entreprises et aux autorités qu'elles puissent être autorisées à effectuer le traitement de données nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches malgré l'existence de droits de propriété sur les données. Une approche qui tombe sous le sens consisterait à introduire des droits d'accès étendu aux données<sup>257</sup>.

## 2. Mesures institutionnelles

La plupart des voix en faveur de l'introduction d'une propriété sur les données supposent (le plus souvent implicitement) que la simple création d'un tel droit suffirait pour obtenir les effets souhaités. D'autres, cependant, sont bien conscients que des mesures additionnelles seraient nécessaires<sup>258</sup>. Après tout, l'expérience en matière de la loi sur la protection des données montre que les individus font rarement usage de leurs droits subjectifs et les font presque jamais valoir devant les tribunaux<sup>259</sup>.

257 Voir à ce sujet THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 93 ss.

258 Voir à ce sujet: FEZER (nbp. 1), 58; LOUISA SPECHT, Rechte an Daten – Regulierungsbedarf aus Sicht des Verbraucherschutzes, in: Stiftung Datenschutz (édit.), Dateneigentum und Datenhandel, Berlin 2019, 301-314, 306 ss; BUNDESMINISTERIUM FÜR VERKEHR UND DIGITALE INFRASTRUKTUR, «Eigentumsordnung» für Mobilitätsdaten? Eine Studie aus technischer, ökonomischer und rechtlicher Perspektive, Berlin août 2017, 121 ss.

259 Voir CHRISTIAN BOLLIGER/MARIUS FÉRAUD/ASTRID EPINEY/JULIA HÄNNI, Evaluation des Bundesgesetzes über den Datenschutz, Schlussbericht, Berne 10 mars 2011, 136. Des exceptions, par exemple en rapport avec la vidéosurveillance (ATF 142 III 263 – Mietshaus Videoüberwachung) ou dans le contexte bancaire (par exemple ATF 141 III 119 – Données personnelles d'un employé bancaire) confirment la règle. Le P-LPD s'attaque au déficit d'application dans le secteur privé par diverses mesures: Les procédures relevant du droit de la protection des données peuvent être menées au lieu de résidence de la personne concernée et sont exemptées des frais de justice et de l'obligation de garantir l'indemnisation des parties (voir CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi

La loi sur la protection des données est plutôt appliquée principalement par les autorités de protection des données, dont la tâche consiste (entre autres) à poursuivre les violations systématiques des exigences légales.

En réponse aux défis posés par l'introduction de droits de propriété sur les données, divers concepts de mesures institutionnelles ont été élaborés et partiellement mis en œuvre. Il y a plus de vingt ans, LAUDON a proposé la création d'un *marché national de l'information* (« *National Information Market* » [NIM]) basé sur des mesures telles que les échanges nationaux d'informations et des banques d'informations spécifiques<sup>260</sup>.

Plus récemment, différents acteurs ont suggéré la création de *systèmes de gestion des informations personnelles* (« *Personal Information Management Systems* » [PIMS]). Il s'agit de plateformes qui permettent à leurs utilisateurs de collecter, gérer et partager leurs propres données de manière centralisée. Les utilisateurs peuvent exercer un contrôle granulaire sur l'utilisation des données, c'est-à-dire qu'ils peuvent accorder et retirer leur autorisation pour des utilisations spécifiques, par exemple pour une analyse dans le cadre d'un projet de recherche particulier. Le but premier du PIMS est d'assurer l'autodétermination informationnelle des utilisateurs. Toutefois, ces systèmes peuvent également contribuer à la sécurité des données et servir de moyen de monétiser ses propres données. Les PIMS sont cependant un phénomène assez récent et encore peu connu. Bien qu'il existe déjà quelques offres, notamment pour les données médicales<sup>261</sup>, la plupart des systèmes sont encore en phase de développement ou de mise sur le marché et il est actuellement difficile d'estimer comment les PIMS se développeront à moyen terme. Toutefois, cette approche serait tout à fait appropriée pour servir de cadre institutionnel à l'application de la propriété sur les données.

Un autre concept pour la mise en œuvre institutionnelle de la propriété sur les données a récemment été proposé par FEZER. Il suggère qu'à la place d'avoir des droits de propriété individuels sur les données, il

---

fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, Berne 21 décembre 2016, 86; art. 20 lit. d CPC, art. 99 al. 3 lit. d CPC et art. 113 al. 2 lit. g CPC selon P-LPD).

260 LAUDON (nbp. 7), *Communications of the ACM* 1996 N° 9, 99 ss.

261 Voir par exemple ERNST HAFEN/DONALD KOSSMANN/ANGELA BRAND, *Health Data Cooperatives – Citizen Empowerment, Methods of Information in Medicine* 2014, 82-86; MIDATA, <<https://www.midata.coop/fr/accueil/>>, dernière consultation le 28 septembre.

soit créé un droit représentatif de propriété sur les données<sup>262</sup> en tant que droit de propriété intellectuelle *sui generis*<sup>263</sup>, où les droits de propriété ne sont pas exercés par les citoyens mais par une « agence de données »<sup>264</sup>. La mission de cette agence serait « la sauvegarde de la compétence conceptuelle des citoyens de la société civile, qui découle de leurs droits de propriété représentatifs sur les données d'information générées par leurs comportements »<sup>265</sup> et de contribuer à « l'accord sur les normes appliquées aux réseaux, i.e. à l'architecture des espaces numériques »<sup>266</sup>. Une telle agence devrait donc négocier avec les entreprises les conditions de génération des données numériques et leur utilisation<sup>267</sup>. L'objet de cet arrangement porterait sur la détermination « des modèles commerciaux et des domaines d'activité des entreprises dans la production commerciale, la collecte, la connexion, le traitement, la mise en réseau, l'exploitation et la commercialisation des données d'information des citoyens générées par leur comportement »<sup>268</sup>. Selon FEZER il est également envisageable de créer un fonds spécial pour les données affectées, qui comprend les actifs créés avec les « données d'information générées par le comportement dans la chaîne de valeur des données »<sup>269</sup>. Ce fonds spécial pourrait être utilisé pour l'éducation et la formation numériques, pour assurer la sécurité des données et, plus généralement, pour promouvoir l'infrastructure numérique<sup>270</sup>.

L'approche de la propriété représentative sur les données va très loin et reste en même temps extrêmement vague. En raison de son imprécision en termes de contenu, il est difficile d'évaluer si et, le cas échéant, dans quelle mesure elle pourrait être apte à répondre aux espoirs susci-

262 FEZER (nbp. 1), 57 ss.

263 FEZER (nbp. 1), *passim*.

264 FEZER (nbp. 1), 77 ss. (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Datenagentur »).

265 FEZER (nbp. 1), 77 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Wahrnehmung der zivilgesellschaftlichen Gestaltungskompetenz der Bürger, die aus deren repräsentativen Eigentumsrechten an den verhaltensgenerierten Informationsdaten abgeleitet ist »).

266 FEZER (nbp. 1), 73 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Vereinbarung von Netznormen im Sinne einer Architektur der digitalen Räume »).

267 FEZER (nbp. 1), 77 s.

268 FEZER (nbp. 1), 77 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « Geschäftsmodelle und Geschäftsbereiche von Unternehmen der kommerziellen Produktion, Sammlung, Verbindung, Bearbeitung, Vernetzung, Verwertung und Vermarktung von verhaltensgenerierten Informationsdaten der Bürger »).

269 FEZER (nbp. 1), 85 (traduit de l'allemand, *verbatim*: « verhaltensgenerierte[n] Informationsdaten in der Datenwertschöpfungskette »).

270 FEZER (nbp. 1), 85.

tés par une meilleure protection des citoyens. Le concept de la propriété représentative des données doit faire face aux mêmes objections que la propriété individuelle sur les données<sup>271</sup>. La différence ne réside pas au niveau matériel, mais dans l'application institutionnelle proposée. La problématique que FEZER – comme d'autres auteurs<sup>272</sup> – n'aborde pas de manière convaincante est la relation avec la loi sur la protection des données; il semble avant tout négliger le fait que les autorités chargées de la protection des données effectuent déjà une partie importante des tâches qu'il propose confier à une agence de données. Dans la mesure où une telle agence doit également réglementer de manière exhaustive les activités des entreprises qui traitent des données, des questions très fondamentales se posent quant à sa compatibilité avec la liberté économique<sup>273</sup>. Dans l'ensemble, l'approche de la propriété représentative sur les données et d'une agence de données est susceptible de créer plus de problèmes qu'elle n'est capable d'en résoudre.

### 3. Constats

Avant de mettre en œuvre un droit de propriété sur les données, il conviendrait d'examiner de manière plus approfondie la relation avec la loi sur la protection des données. Les « modèles » décrits jusqu'à présent ne sont guère convaincants, d'autant moins qu'ils ne sont pas en mesure de résoudre les problèmes de délimitation et de chevauchement. En outre, il convient d'examiner plus en détail si et, le cas échéant, quelles mesures institutionnelles sont nécessaires pour que la propriété sur les données puisse remplir les fonctions prévues. Compte tenu également des difficultés liées à la mise en œuvre de la propriété sur les données, il faudrait donc examiner si les avantages de l'introduction d'un tel instrument juridique l'emportent effectivement sur les inconvénients qui y sont associés.

---

271 Voir *supra* III.4.

272 Entre autres : AMSTUTZ (nbp. 1), AcP 2018, 522; BAUER et al. (nbp. 52), en particulier 22 s.; WANDTKE (nbp. 16), MMR 2017, *passim*.

273 Pour d'autres commentaires sur les fondements constitutionnels, voir THOUVENIN/WEBER/FRÜH (nbp. 38), Datenpolitik, 11 ss.

## VI. Conclusion

L'analyse ci-dessus a permis d'examiner s'il convient de créer un droit de propriété sur les données et, dans l'affirmative, comment ce droit devrait être structuré et mis en œuvre dans le système juridique actuel.

Le point de départ de cette analyse a été la situation juridique actuelle. Le système juridique en vigueur contient un grand nombre de normes qui octroient aux entreprises et aux personnes concernées un statut de propriétaire de leurs données personnelles et non-personnelles. Au premier plan se trouve la loi relative à la protection des données qui attribue aux personnes concernées un statut juridique assez proche d'un droit de propriété. Les entreprises peuvent également s'appuyer sur un certain nombre de normes juridiques qui leur permettent de garantir légalement un contrôle effectif sur les données, notamment et principalement grâce aux diverses normes de protection des secrets et aux demandes de réparation et de restitution *in rem* du droit de la responsabilité civile associées à ces normes prohibitives.

À la lumière du droit applicable, il a été examiné s'il était utile de créer un droit de propriété sur les données. D'un point de vue théorique, il est important de noter qu'un tel droit n'assurerait pas un juste équilibre des valeurs générées avec les données et ne renforcerait pas l'autonomie des personnes concernées. Au contraire, si la propriété sur les données devait être introduite, on craindrait que les personnes concernées transfèrent leurs droits à des sociétés et perdent ainsi complètement le contrôle de leurs données. Mais surtout, il n'existe pas de défaillance du marché qui justifierait une intervention législative. En tout état de cause, les marchés de la génération, de l'utilisation et du commerce de données semblent *a priori* bien fonctionner.

Compte tenu du volume toujours croissant de données, il n'est pas nécessaire de prévoir des incitations supplémentaires à la génération et à l'analyse de données en accordant des droits de propriété sur les données. En outre, il est peu probable que la propriété sur les données réduise les coûts de transaction et favorise ainsi le commerce des données ou améliore la répartition des coûts et des bénéfices. D'un point de vue pratique, il est possible d'identifier certains problèmes que la propriété sur les données pourrait aider à résoudre. Le système juridique actuel ne fait toutefois pas face à des défis fondamentaux qui ne pourraient être résolus que par la mise en place d'un droit de propriété sur

les données. Compte tenu des incertitudes (juridiques) qui seraient associées à l'introduction de la propriété sur les données, il semble donc approprié de résoudre les problèmes spécifiques au moyen de normes spécifiques. Le législateur a en partie déjà suivi cette voie. L'introduction d'un droit de propriété sur les données n'apparaît donc pas nécessaire et doit être évité.

En cas de mise en place d'un droit de propriété sur les données, il reste à déterminer quel en serait l'objet, qui serait l'ayant droit initial de ces droits de propriété, quels droits seraient accordés par la propriété sur les données et comment la publicité de ce droit serait assurée. La plupart de ces questions sont soit controversées, soit peu étudiées dans la doctrine. En particulier, la question de l'objet de la propriété sur les données, qui pourrait être lié au niveau sémantique ou syntaxique des données, la question de l'ayant droit initial des droits et les critères selon lesquels cette personne devrait être déterminée sont controversés. Il existe un large consensus sur les effets d'un droit de propriété sur les données : il faudrait probablement accorder à son titulaire des droits d'interdiction et de disposition et les soumettre à certaines restrictions ; éventuellement le droit de propriété sur les données devrait être limité dans le temps. La manière dont la publicité de ce droit devrait être assurée n'est pas encore claire. Il est impératif de devoir répondre de manière convaincante à toutes ces questions sur la structure d'un droit de propriété sur les données avant de l'introduire. Autrement un tel droit créerait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait.

Enfin, il a été examiné comment la propriété des données pouvait être mise en œuvre dans le système juridique actuel. La principale question qui se pose ici est celle de la relation avec la loi sur la protection des données, qui est restée en grande partie non résolue jusqu'à présent. La nécessité d'instaurer des mesures institutionnelles – par exemple la création d'autorités ou d'agences spécifiques – pour garantir que la propriété sur les données puisse atteindre l'objectif visé a également été soulevée, mais n'a pas reçu de réponse convaincante.

Dans l'ensemble, nous pouvons conclure qu'il n'y a actuellement aucune raison convaincante à l'introduction d'un droit de propriété sur les données. Si l'on devait juger la situation différemment à l'avenir, avant de prendre une mesure d'une telle portée, il faudrait toujours examiner de manière plus approfondie les questions de la conception et de la mise en œuvre de la propriété sur les données et se demander, en tenant compte

de tous les aspects, si les avantages d'un nouvel instrument juridique tel que celui-ci l'emporteraient effectivement sur les inconvénients qu'il causerait. A l'heure actuelle, de nombreux éléments indiquent que ce ne sera toujours pas le cas à l'avenir.



# Blockchain et Propriété intellectuelle

DANIEL KRAUS\* / CHRISTOPHE SCHAUB\*\*

## I. Introduction et considérations liminaires

Cette contribution est fondée sur une présentation faite dans le cadre de la journée de propriété intellectuelle organisée à l'université de Genève le 5 février 2020. Elle est divisée en trois parties.

La première partie concernera la définition de la blockchain<sup>1</sup>. Non pas qu'aucune définition ne puisse être trouvée dans la doctrine. Bien au contraire. Mais nous posons ici l'hypothèse selon laquelle un nombre grandissant d'entreprises proposent des services basés sur une blockchain, souvent fermée, alors que l'utilisation de cette technologie relève plus de l'argument marketing que d'une réelle nécessité. Un rappel de la définition de la technologie et de sa philosophie s'avère ainsi nécessaire. Par ailleurs, une définition est également utile afin de comprendre les enjeux qui en découlent du point de vue de la propriété intellectuelle. La deuxième partie traitera des blockchains en tant qu'objets de protection de la propriété intellectuelle. La troisième partie s'intéressera aux blockchains comme outil au bénéfice de la propriété intellectuelle.

Il faut le concéder, le rapport entre la technologie blockchain et la propriété intellectuelle n'est pas nécessairement celui auquel on pensera en premier lieu. Les premières thématiques qui viennent à l'esprit lorsque l'on parle de blockchain seront celles des cryptomonnaies, des *initial coin offerings*, de la protection des investisseurs et donc principalement de questions de réglementation des marchés financiers<sup>2</sup>. Puis l'on pen-

---

\* Professeur ordinaire en droit de l'innovation, Université de Neuchâtel, avocat.

\*\* Assistant-doctorant à la chaire de droit de l'innovation, Université de Neuchâtel.

1 Chaîne de bloc. Nonobstant l'anglicisme, nous utiliserons ce terme, attendu qu'il est largement accepté dans la littérature française.

2 Voir à ce propos les différents rapports du Conseil fédéral suisse et de la FINMA. Notamment : Rapport du Conseil fédéral, *Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse*, 14 décembre 2018, <https://www.news.admin.ch>.

sera aux contrats dits intelligents, les *smart contracts*, se posant la question de leur qualification : s'agit-il vraiment de contrats ? Si oui, quel est leur quotient intellectuel ? Enfin, avant de penser à la propriété intellectuelle, on pensera encore aux aspects pénaux des blockchains (notamment : une monnaie digitale peut-elle *überhaupt* être volée ?) ; au droit applicable et aux tribunaux compétents, sachant que le concept même de la blockchain veut qu'elle soit totalement décentralisée et distribuée. En conséquence, nous n'aurons même pas un serveur permettant de rattacher un état de fait à un ordre juridique particulier.

Mais plusieurs questions de propriété intellectuelle se posent également. Elles ont une réelle portée pratique.

La littérature existante à ce sujet traite avant tout de l'apport de la technologie blockchain à la propriété intellectuelle. Tout d'abord, en tant qu'alternative à l'enregistrement pour les droits non enregistrés. Puis, en guise de nouvelle technologie permettant de rémunérer les auteurs et pouvant être utile aux sociétés de gestion. Enfin, comme moyens de preuve de l'usage de droits de propriété intellectuelle, en particulier de marques, mais également de technologies brevetées<sup>3</sup>.

La doctrine parle toutefois très peu du rôle que joue et jouera la propriété intellectuelle dans le développement, la diffusion et finalement l'adoption par la société des technologies blockchain. Or, si, à cet égard, la propriété intellectuelle présente des chances, elle présente également des risques. C'est principalement ces deux aspects qui doivent faire l'objet de l'attention des promoteurs et des défenseurs de la blockchain, sans quoi elle ne pourra s'imposer et se verra bloquée par des acteurs peu nombreux, mais puissants.

---

ch/newsd/message/attachments/55151.pdf (23.04.2020) ; *Communication FINMA sur la surveillance : lutte rigoureuse contre le blanchiment d'argent dans le domaine de la blockchain*, 26 août 2019, <https://www.finma.ch/fr/news/2019/08/20190826-mm-kryptogwg> (23.04.2020).

3 ÜRKAYNAK GÖNENÇ/YILMAZ ILAY/YESILALTAY BURAK/BENGI BERK, *Intellectual property law and practice in the blockchain realm*, in : *Computer Law & Security Review* ([www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review](http://www.sciencedirect.com/journal/computer-law-and-security-review)), vol. 34, N° 4, s.l. août 2018, pp. 847 à 862, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0267364918302218> (28.04.2020), pp. 853 s. et 861.

## II. Définitions

### A. Définition philosophique

A priori, on considère la technologie blockchain comme un système très ouvert, fondé sur une philosophie *open source* ou un accès libre. Or, on constate que le terme blockchain est devenu un réel *buzzword* et un élément marketing de nombreuses entreprises de service. Dans un certain nombre de cas – dont l'importance reste à déterminer – on peut se demander si ces services doivent véritablement être fondés sur la technologie blockchain ou si une technologie ordinaire centralisée ne serait pas suffisante, la blockchain utilisée étant de toute manière privée.

Au-delà d'une définition purement technique, nous aimons donc à rappeler ici la philosophie de la technologie. L'objectif fondamental de la blockchain est de devenir un des piliers d'un idéal de société, véritablement ouverte, en comblant d'éventuels déficits démocratiques<sup>4</sup>. Pour ce faire, cette technologie entend apporter un accès libre et égalitaire à une information sûre en excluant toute forme de contrôle centralisé par une entité privée ou étatique<sup>5</sup>. Ce système économique remplace les tiers de confiance, comme les banques, par le réseau informatique<sup>6</sup>.

Ces éléments doivent être pris en compte pour comprendre le rôle qu'y joue la propriété intellectuelle, dont le but n'est pas uniquement économique, mais également sociétal, à savoir de stimuler l'innovation en la rendant accessible à la société dans son ensemble.

Mais une définition plus technique est également nécessaire pour comprendre le rôle que les droits de la propriété intellectuelle peuvent jouer dans le développement de nouvelles applications liées aux blockchains.

### B. Définitions techniques

On parle parfois de *la* blockchain, *les* blockchains ou bien de *blockchain*, tout court.

4 WRIGHT AARON/DE FILIPPI PRIMAVERA, *Decentralized Blockchain Technology and the Rise of Lex Cryptographia*, in: SSRN Electronic Journal ([www.ssrn.com/index.cfm/en](http://www.ssrn.com/index.cfm/en)), s.l. 12 mars 2015, [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2580664\\_code2373233.pdf?abstractid=2580664&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2580664_code2373233.pdf?abstractid=2580664&mirid=1) (23.04.2020), pp. 3, 12 s. et 36.

5 WRIGHT/DE FILIPPI, *op. cit.*, pp. 3, 12 s. et 17.

6 WRIGHT/DE FILIPPI, *op. cit.*, pp. 2 et 7.

Tout d'abord, le terme blockchain, renvoie à la technologie blockchain en tant que telle, sans référence à une blockchain particulière.

Ensuite, *la* blockchain se réfère à une blockchain dont on parle dans un cas particulier<sup>7</sup>. Elle présente différentes caractéristiques qui peuvent, ou non, faire l'objet de protection de la propriété intellectuelle<sup>8</sup>.

Enfin, lorsqu'on parle des blockchains (les blockchains), il s'agit des différents types de blockchains tels que le Bitcoin, l'Ethereum ou autre.

DE FILIPPI/SAMER définissent la technologie blockchain comme suit : « une base de données décentralisée, sécurisée et incorruptible (ou un grand livre public) qui constitue l'outil fondamental pour la création de valeur peer-to-peer et les transactions sans confiance »<sup>9</sup>.

La technologie blockchain permet donc de stocker et de transmettre des informations en garantissant une traçabilité difficilement égalable avec d'autres technologies ainsi qu'en assurant une transparence très élevée des opérations<sup>10</sup>, sécurisée et sans organe central de contrôle<sup>11</sup>. Elle peut être comparée à une grande base de données qui contient l'historique de tous les échanges réalisés entre ses utilisateurs depuis sa création. La blockchain peut être utilisée de trois façons :

- 
- 7 MIGNON VINCENT, *Le « [B]itcoin », un nouveau défi pour le juriste suisse ?*, in: Jusletter (jusletter.weblaw.ch/fr), 4 mai 2015, p. 3 s.
  - 8 CLARK BIRGIT, *Blockchain et droit de la propriété intellectuelle: une combinaison idéale au pays de la cryptographie ?*, in: Magazine de l'OMPI (www.wipo.int/wipo\_magazine/fr), n° 1, Genève 2018, pp. 30 à 34, [https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo\\_magazine/fr/pdf/2018/wipo\\_pub\\_121\\_2018\\_01.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/wipo_magazine/fr/pdf/2018/wipo_pub_121_2018_01.pdf), (24.04.2020), p. 34 ; BARBET-MASSIN ALICE/KHATAB Abdelaziz, *Les « brevets blockchain » : état des lieux et perspectives*, in: Expertises – Droit, technologies & prospectives (www.expertises.info), n° 435, mai 2018, pp. 176 à 179, p. 176 s.
  - 9 DE FILIPPI PRIMAVERA/HASSAN SAMER, *Blockchain Technology as a regulatory technology. From Code is Law to Law is code*, in: First Monday, <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/view/7113/5657>.
  - 10 Institut de gouvernance numérique, *Registres distribués et l'évolution de la chaîne de blocs – Impacts, enjeux et potentiels pour le Québec*, s.l. novembre 2019, <https://www.ign.quebec/pdf/ign-chaines-blocs-registres-distribues.pdf> (23.04.2020), pp. 10, 22, 37 et 39 ; DE FILIPPI PRIMAVERA, *Applications de la blockchain*, in: *Blockchain et cryptomonnaies*, s.l. 2018, pp. 74 à 103, [https://www.cairn.info/feuilleter.php?ID\\_ARTICLE=PUF\\_FILIP\\_2018\\_01\\_0074](https://www.cairn.info/feuilleter.php?ID_ARTICLE=PUF_FILIP_2018_01_0074) (23.04.2020), pp. 79, 89, 83, 91 s. et 96 s.
  - 11 WRIGHT/DE FILIPPI, *op. cit.*, pp. 13 et 7.

1. pour du transfert d'actifs (monnaie, titres, actions, propriété intellectuelle);
2. pour une meilleure traçabilité d'actifs et de produits; on peut aisément imaginer son utilité pour le traçage de produits originaux, dans la lutte contre les contrefaçons;
3. pour exécuter automatiquement des contrats de licence et verser des royalties (par le biais de *smart contracts*).

Les éléments de « décentralisation » et de « distribution » sont particulièrement importants.

La décentralisation permet d'éviter qu'une seule personne, entité (entreprise, organe étatique, banque) n'ait le contrôle (absolu) sur les données stockées dans la base de données. Il n'y a, dans l'idéal, aucune entité centrale (avec un serveur sur lequel elle a seule le contrôle) qui a le contrôle sur le contenu de la base de données. C'est particulièrement utile là où l'on observe un déficit démocratique ou une absence de confiance dans les autorités et institutions<sup>12</sup>.

La distribution assure une certaine sécurité, en particulier si elle est associée à des solutions cryptographiques. D'une part, comme les données sont distribuées sur un grand nombre de serveurs/ordinateurs, elles sont donc moins sujettes à être perdues. D'autre part, la sécurité est renforcée par le fait que les informations sont cryptées.

Sur le plan technique, nous pouvons définir la blockchain et son fonctionnement comme une base de données distribuée et décentralisée, dont chaque modification est validée par un ensemble d'utilisateurs volontaires<sup>13</sup>.

Force est de constater qu'il y a de la technologie et donc de la propriété intellectuelle.

---

12 Pouvons heureusement affirmer que tel n'est pas le cas en Suisse, de manière générale et dans le domaine de la propriété intellectuelle en particulier.

13 BURSTALL RUTH/CLARK BIRGIT, *Blockchain, IP and the fashion industry*, in: *Managing Intellectual Property*, s.l. 23 mars 2017, <https://www.managingip.com/article/b1kbpknf78y8tz/blockchain-ip-and-the-fashion-industry>.

## 1. Blocs de la chaîne

De manière plus détaillée, les blocs de la chaîne sont composés de quatre éléments principaux<sup>14</sup>:

1. les données que l'utilisateur désire ajouter à la chaîne;
2. la signature de ces dernières par hachage cryptographique;
3. la signature éligible qui atteste de la conformité du bloc à ajouter;
4. la signature du bloc précédent afin de créer le lien avec la chaîne.

Le hachage cryptographique est une fonction à sens unique qui permet notamment de vérifier, en un seul essai, que les données conduisent bien à une signature unique<sup>15</sup>. Le changement d'un seul caractère dans l'ensemble du processus aboutit à des signatures totalement différentes<sup>16</sup>. Dès lors, il est extrêmement difficile de recréer les données à partir de la signature, puisqu'un nombre incalculable d'essais ou une chance invraisemblable pour les obtenir du premier coup seraient nécessaires<sup>17</sup>.

La signature éligible est fournie par des utilisateurs volontaires, que l'on qualifie de « mineurs ». Les mineurs sont les nœuds du réseau, en d'autres termes les maillons de la blockchain<sup>18</sup>.

## 2. Phases principales d'une transaction

Il est également possible d'appréhender ce fonctionnement au travers de quatre phases successives lors de la gestion d'une transaction grâce à la blockchain<sup>19</sup>:

1. deux utilisateurs désirent réaliser une transaction;
2. la transaction est cryptée puis validée;
3. la nouvelle transaction est ajoutée à la chaîne;
4. la chaîne est répliquée dans tous les nœuds du réseau.

---

14 GANNE EMMANUELLE, *Can Blockchain revolutionize international trade?*, Genève 2018, pp. 6 ss et 130 ss, [https://www.wto.org/english/res\\_e/booksp\\_e/blockchainrev18\\_e.pdf](https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/blockchainrev18_e.pdf) (23.03.2020).

15 FAURE-MUNTIAN VALÉRIA/DE GANAY CLAUDE/LE GLEUT RONAN, *Les enjeux technologiques des blockchains*, s.l. 20 juin 2018, pp. 26 ss, <http://www.senat.fr/rap/r17-584/r17-5841.pdf> (23.03.2020).

16 *Id.*, p. 30.

17 *Id.*, p. 27.

18 *Id.*, p. 32.

19 BUFFET GUILLAUME ET AL., *Comprendre la blockchain*, s.l. janvier 2016, p. 10, <https://www.uchange.co/comprendre-la-blockchain> (23.03.2020).

Bien entendu, les transactions peuvent porter sur nombre de biens, tels que l'échange de valeurs monétaires, l'achat et la vente de biens mobiliers ou immobiliers.

### 3. Synthèse

La combinaison des mécanismes des signatures cryptographiques, du système de chaîne distribuée et décentralisée rend cette dernière très résistante aux corruptions. En effet, il faudrait soit que la majorité des nœuds du réseau soit corrompue<sup>20</sup>, soit utiliser une force de calcul supérieure à cette dernière<sup>21</sup> pour être en mesure d'apporter des modifications non conformes.

En conséquence, plus le nombre de nœuds du réseau est important, plus le niveau de sécurité est potentiellement élevé pour les utilisateurs<sup>22</sup>. En outre, la transparence est d'autant plus grande dans une blockchain publique et ouverte que dans une chaîne privée et propriétaire.

En résumé, la technologie de la blockchain permet non seulement le stockage de données, comme dans une base de données «classique», mais également de limiter fortement certains risques comme le *double spending*<sup>23</sup> des cryptomonnaies, en fournissant un haut niveau de sécurité sur des transactions qui le nécessitent.

On peut donc se demander si l'entreprise aura vraiment besoin d'une blockchain pour les produits ou services qu'elle propose ou si un *cloud*, voire un système basé sur de la cryptographie, seraient suffisants. Souvent, des solutions privées n'auront pas nécessairement besoin de blockchain, mais se baseront sur cette technologie pour des raisons de marketing.

---

20 DELAHAYE JEAN-PAUL, *L'attaque Goldfinger d'une blockchain*, in: blogs Pour la Science ([www.scilog.fr](http://www.scilog.fr)), s.l. 13 janvier 2015, <http://www.scilog.fr/complexites/lattaque-goldfinder-dune-blockchain> (23.03.2020).

21 *Ibid.*

22 TAPSCOTT DON/TAPSCOTT ALEX, *The Impact of the Blockchain Goes Beyond Financial Services*, in: Harvard Business Review, s.l. 10 mai 2016, <https://hbr.org/2016/05/the-impact-of-the-blockchain-goes-beyond-financial-services> (23.03.2020).

23 GANNE, *op. cit.*, pp. 3 s.

### III. Blockchains comme objet de protection de la propriété intellectuelle

#### A. Statut juridique d'une blockchain du point de vue de la propriété intellectuelle

Du point de vue de la propriété intellectuelle, qu'est-ce qu'une blockchain ? Un concept ? Une base de données ? Une méthode de paiement ? Du hardware ? Du code ? Un modèle de société ? Ou alors tout à la fois ?

##### 1. Blockchain en tant que concept

La blockchain est certainement une technologie à la base d'un modèle de société totalement décentralisé et distribué. En tant que tel, il faudrait probablement la qualifier de concept. Alors qu'un concept ne peut être protégé par la propriété intellectuelle, il faut en retenir son aspect philosophique de modèle de société, car cela aura un impact sur l'approche à adopter du point de vue de la propriété intellectuelle.

##### 2. Blockchain en tant que base de données

Sous son aspect *base de données*, une blockchain pourra être protégée en droit suisse par le droit d'auteur et en droit européen sur la base de la directive sur les bases de données<sup>24</sup>, pour autant que la blockchain présente un caractère individuel, respectivement un caractère original en droit communautaire.

##### 3. Blockchain en tant que moyen de paiement

Si l'on considère la blockchain, en tant que base pour une cryptomonnaie, comme moyen de paiement, alors en principe, elle sera exclue de la protection sous l'angle du droit d'auteur. En effet l'article 5 lit. b LDA exclut les moyens de paiement. Le message du Conseil fédéral y relatif, cité par BARRELET/EGLOFF, mentionne que sont exclus les « moyens de paiement officiels », telles que les billets de banque et les monnaies. Or, une cryptomonnaie n'est pas considérée comme un moyen de paiement officiel. Par ailleurs, BARRELET/EGLOFF estiment que « la restriction

---

24 Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:31996L0009> (27.04.2020)

n'est justifiée ni par le texte de la loi, ni par le but recherché»<sup>25</sup>. Enfin, l'article 2 al. 4 de la convention de Berne sur la protection du droit d'auteur<sup>26</sup> ne prévoit d'exception que pour les textes officiels mais pas pour d'autres œuvres. On pourrait donc considérer qu'une blockchain, en tant que moyen de paiement, puisse être protégée par le droit d'auteur.

Aux États-Unis d'Amérique, en tant que *moyen de paiement*, une blockchain pourrait être considérée comme une méthode de faire des affaires, une « business method » et pourrait être protégée en tant que telle, même si la jurisprudence est devenue plus stricte à cet effet. Par contre, une telle protection en tant que méthode d'affaires ne pourrait être obtenue dans le cadre de la Convention sur le brevet européen (CBE) puisque son article 52 al. 2 lit. c l'exclut.

#### 4. Blockchain en tant que programme d'ordinateur

En tant que programme d'ordinateur, une blockchain pourrait être protégée par un brevet aux États-Unis d'Amérique, mais en principe pas en Europe, l'article 52 al. 2 lit. c. CBE les excluant également expressément en tant que tels de la protection. Toutefois, une invention mise en œuvre par ordinateur (IMO, en anglais computer implemented invention [CII]) peut être protégée par un brevet également en Europe. Il s'agit là d'une invention qui implique l'utilisation d'un ordinateur, d'un réseau informatique ou d'un autre appareil programmable, dans laquelle une ou plusieurs caractéristiques sont réalisées entièrement ou partiellement au moyen d'un programme informatique<sup>27</sup>. Le code pourrait également être protégé par le droit d'auteur pour autant qu'il remplisse les conditions de caractère individuel (originalité en droit européen).

On le constate, la propriété intellectuelle joue donc un rôle. De la sorte, il faut prendre en considération les brevets d'invention, le droit d'auteur, mais également le droit des marques. Toutefois, dans la réalité et en concordance avec la philosophie des blockchains, la plupart de ces dernières sont, pour l'heure, soumises à des licences open source.

---

25 BARRELET DENIS/EGLOFF WILLI, *Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3<sup>e</sup> éd., Berne 2008, n° 5 ad. art. 5.

26 Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques, <https://wipolex.wipo.int/fr/text/283699> (27.04.2020).

27 Cf. notamment l'index relatif aux inventions mises en œuvre par ordinateur, <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/guidelines/f/j.htm> (27.04.2020).

## B. Licences d'utilisation des cryptomonnaies

Lorsqu'il est fait mention de cryptomonnaies, les utilisateurs se réfèrent principalement à l'aspect monétaire de ces cryptoactifs. Quant aux développeurs informatiques, ils sont naturellement attirés par les parties techniques. Les uns comme les autres négligent, voire méconnaissent, les droits de la propriété intellectuelle liés à ces technologies. Afin d'illustrer l'importance que revêtent ces pans de l'utilisation et du développement informatique dans le domaine des blockchains, nous étudierons brièvement la façon dont les droits de la propriété intellectuelle sont appliqués aux cryptomonnaies que sont le Bitcoin et l'Ether.

Tout d'abord, il convient de distinguer le modèle de développement *open source* ou « code source ouvert » de celui du mouvement du logiciel libre. Alors qu'un logiciel *open source* est distribué sous une des licences d'utilisation que l'organisation *Open Source Initiative* (OSI) a jugé conforme aux normes et attentes de la communauté<sup>28</sup>, le logiciel libre répond aux critères fixés par la *Free Software Foundation* (FSF)<sup>29</sup>. L'OSI se focalise davantage sur des considérations d'ordre technique et la FSF sur des valeurs philosophiques et politiques de la licence. En d'autres termes, si l'OSI part du principe qu'un logiciel n'est pas nécessairement gratuit pour tous types d'usages, la FSF prône la gratuité du logiciel dans son accès, sa modification, son utilisation et sa redistribution.

Ensuite, même si ces concepts peuvent, de prime abord, paraître très proches, voire être identiques, il existe quelques nuances qu'il importe de prendre en considération. Par exemple, quand bien même le terme « open » signifie « ouvert », il existe des logiciels propriétaires sous licence *open source* dont le code source est consultable sous certaines conditions. En outre, les logiciels *open source* peuvent être vendus et utilisés à des fins commerciales, ce qui n'est pas le cas du logiciel libre.

Enfin, il est nécessaire de comprendre le mécanisme de la double licence. Il consiste à proposer à la fois le logiciel sous une licence libre et à des conditions propriétaires. C'est par exemple le cas des logiciels qui sont présentés en version gratuite ou payante. La forme gratuite a bien entendu des limitations qui sont retirées dans la variante payante.

---

28 OSI, *License Review Process*, <https://opensource.org/approval> (08.04.2020).

29 FSF, *Licensing & Compliance*, <https://www.fsf.org/licensing> (08.04.2020).

En l'espèce, le Bitcoin s'appuie<sup>30</sup> sur un logiciel libre<sup>31</sup> distribué sous licence MIT (*The MIT License*)<sup>32</sup>. L'Ether, quant à lui, se fonde sur le protocole d'échange Ethereum qui est distribué sous diverses licences en fonction de ses parties<sup>33</sup>. Pour le noyau<sup>34</sup>, la Fondation Ethereum n'a toujours pas opéré un choix définitif entre la licence MIT, MPL (*Mozilla Public License*)<sup>35</sup> ou LGPL (*GNU Lesser General Public License*)<sup>36</sup>. Les applications<sup>37</sup> sont distribuées sous licence GNU GPL (*GNU General Public License*) ou GPL<sup>38</sup>. Les logiciels tiers, qui mettent en relation les applications entre elles, sont soumis à la licence LGPL<sup>39</sup>.

Le premier constat est que tant le Bitcoin que l'Ether utilisent une combinaison de licences issues de l'OSI et de la FSF. Toutefois, il est important de relever quelques différences notables. La GPL est la plus libertaire de toutes les licences étudiées dans le cadre de ces deux cryptomonnaies. Elle garantit une gratuité des droits énumérés dans la licence une fois l'œuvre obtenue, nonobstant le fait qu'elle n'interdit pas de faire payer son accès. La LGPL est plus permissive, dans le sens où elle vise à permettre la pénétration de logiciels libres dans des marchés où le choix du totalement libre serait impossible. De la sorte, une société peut développer un logiciel propriétaire en utilisant des outils du monde libre, sans pour autant être contrainte de rendre son résultat libre. Quant à la licence MPL dans sa version 2.0, elle est très proche de la GPL. À l'instar de cette dernière, les modifications d'un fichier sous licence MPL doivent être rendues publiques, mais contrairement à la GPL, les fichiers adjoints ne doivent pas nécessairement l'être.

Par conséquent, même sous licence GPL, il est important de contrôler qu'aucune redevance n'est due, ne serait-ce que pour accéder à l'œuvre.

30 Licences d'utilisation du Bitcoin, <https://bitcoin.org/fr/telecharger> (08.04.2020).

31 FSF, *What is Free Software and Why is it so Important For Society?*, <https://www.fsf.org/about/what-is-free-software> (08.04.2020).

32 OSI, MIT License, <https://opensource.org/licenses/MIT> (08.04.2020).

33 *Ethereum Contents*, <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/Licensing> (08.04.2020).

34 *Ethereum Contents, The Core*, <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/Licensing#the-core> (08.04.2020).

35 OSI, MPL 2.0, <https://opensource.org/licenses/MPL-2.0> (08.04.2020).

36 OSI, LGPL 3.0, <https://opensource.org/licenses/LGPL-3.0> (08.04.2020).

37 *Ethereum Contents, The Applications*, <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/Licensing#the-applications> (08.04.2020).

38 FSF, GPL 3.0, <https://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.html> (08.04.2020).

39 *Ethereum Contents, The Middleware*, <https://github.com/ethereum/wiki/wiki/Licensing#the-middleware> (08.04.2020).

Sur le plan du développement informatique, il faut définir sur quelle partie le travail sera effectué afin de connaître l'étendue des droits et obligations de la licence applicable.

### C. Paysage des brevets en matière de blockchains

Bien que l'approche open source semble dominante dans les technologies blockchain, de plus en plus de brevets sont déposés. Se pose donc la question de savoir de quelle manière la philosophie open source et les brevets vont cohabiter.

Une brève analyse du paysage de brevets montre que la taille des portefeuilles de brevets concernant les blockchains a augmenté de manière exponentielle dans le monde dès 2016, pour atteindre environ 8000 familles<sup>40</sup>. Alors que le nombre de brevets accordés représentait près de 60 % en 2016, ce taux est descendu en dessous de 40 % fin 2019. Ceci peut être dû à un défaut de nouveauté et d'activité inventive, mais également à une meilleure connaissance de la technologie par les offices de brevets et à une plus grande sévérité dans la procédure d'examen.

Les technologies brevetées ont été développées principalement en Chine et aux États-Unis d'Amérique, suivis de loin par la Corée, le Japon, le Royaume-Uni puis l'Inde, l'Allemagne, le Canada, la France et l'Australie.

Les brevets y relatifs ont été déposés avant tout en Chine, aux États-Unis d'Amérique puis au moyen de la procédure du PCT, en Corée du Sud et au Japon. Le brevet européen n'arrive qu'en sixième position, précédant le Royaume-Uni, le Canada, l'Allemagne et l'Australie.

À la fin 2019, le groupe Alibaba était titulaire du plus grand nombre de brevets blockchain au Monde avec près de 250 brevets, suivi de près par une entreprise coréenne active dans les paiements mobiles. Les principales titulaires de brevets dans ce domaine sont des entreprises actives dans le domaine des paiements, de l'informatique, ainsi que dans les domaines bancaires, de la téléphonie mobile et, de manière générale, de l'Internet.

---

40 Les chiffres mentionnés ici sont issus d'une recherche accompagnée effectuée avec l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle le 6 décembre 2019.

À la même période, des GAFAM, seul Alphabet apparaissait dans le « Top 25 » des titulaires de brevets blockchain, alors qu'une entreprise comme PayPal n'apparaît qu'au vingt-huitième rang des statistiques.

Concernant les activités de dépôt, on observe qu'elles se concentrent principalement autour des années 2017 et 2018, voire encore 2019. Elles concernent principalement des systèmes de protection cryptographique, des architectures de paiement, des protocoles de transactions financières et les applications relatives à des mécanismes de cryptographie dans le domaine de la communication sécurisée.

## D. Conséquence

Que faut-il retirer de ce paysage de brevets de plus en plus dense ? Principalement que l'affirmation selon laquelle les brevets sont considérés à la fois comme un moyen de stimuler l'innovation et comme une entrave possible à cette dernière est particulièrement vraie en matière de technologies blockchain.

Certes, la brevetabilité des logiciels est perçue différemment selon le côté de l'Atlantique sur lequel on se trouve. Aux États-Unis d'Amérique, le logiciel a depuis longtemps été considéré comme une innovation technique. Tant que les conditions de brevetabilité sont remplies – c'est-à-dire la nouveauté, l'activité inventive et l'utilité – les logiciels peuvent très bien être protégés par des brevets. En Europe, le logiciel n'est pas considéré comme une innovation technique en tant que telle et l'article 52 (2) CBE l'exclut expressément de la protection. En tant que logiciels, les blockchains risquent de subir la même diversité d'approches.

Cependant, même si en Europe, un logiciel est assimilé à une œuvre et, à ce titre, peut être protégé par le droit d'auteur<sup>41</sup>, la protection par brevet n'est pas exclue. Les inventions impliquant des programmes pour ordinateurs peuvent être protégées sous différentes formes d'invention mise en œuvre par ordinateur. Les revendications qui impliquent des ordinateurs, des réseaux informatiques ou d'autres appareils programmables où au moins qu'une caractéristique technique est réalisée au moyen d'un

---

41 KRAUS DANIEL/BOULAY CHARLOTTE, *Blockchains: aspects of intellectual property*, in: *Blockchains, Smart Contracts, Decentralised Autonomous Organisation and the Law*, Cheltenham/Northampton 2019, pp. 240 à 271, pp. 252 s.

programme, sont brevetables<sup>42</sup>. Un produit de programme informatique n'est pas exclu de la brevetabilité en vertu de l'article 52 (2) et (3) CBE si, lorsqu'il est exécuté sur un ordinateur, il produit un effet technique supplémentaire. Ce dernier doit être compris comme « *un effet technique qui va au-delà des interactions physiques < normales > existant entre le programme (logiciel) et l'ordinateur (matériel) sur lequel il fonctionne.* »<sup>43</sup>. Une méthode mise en œuvre par ordinateur utilisant des moyens techniques (en particulier une méthode faisant fonctionner un ordinateur) ne relève pas de l'exclusion de l'article 52 (2) CBE et peut potentiellement conférer un caractère technique à l'objet revendiqué<sup>44</sup>. Le développeur doit avoir eu des considérations techniques au-delà de « simplement » trouver un algorithme informatique pour exécuter une procédure afin que le programme soit considéré comme une invention brevetable<sup>45</sup>. Selon les directives de l'OEB pour l'examen, l'effet technique supplémentaire peut même être connu dans l'état de la technique<sup>46</sup>.

Or, de tels brevets enregistrés pourront potentiellement entraver des développements open source qui visent avant tout à faire vivre la philosophie même de la blockchain, sa véritable raison d'être, qui est d'éviter tout contrôle propriétaire sur les données qu'elle contient.

## E. Solutions permettant d'éviter des situations de blocage

### 1. Veille technologique et suivi des brevets publiés

La première mesure visant à limiter les risques de blocage consiste à effectuer une veille technologique active. Elle comprendra un suivi de la publication des brevets qui permettra, en cas de besoin et selon les ordres juridiques, d'ouvrir une procédure en opposition<sup>47</sup>. Cas échéant,

42 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, Partie G, Chap. II, chif. 3.6: « Les programmes d'ordinateur sont exclus de la brevetabilité en vertu de l'article 52 (2 c) et (3) s'ils sont revendiqués en tant que tels. Cependant, conformément aux critères généralement applicables au titre de l'article 52 (2) et (3) (G-II, 2), l'exclusion ne s'applique pas aux programmes d'ordinateur qui présentent un caractère technique. ».

43 Art. 52 (2) c) CBE; Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, Partie G, Chap. II, chif. 3.6.

44 Directives relatives à l'examen pratiqué à l'OEB, Partie G, Chap. II, chif. 3.6.

45 KRAUS/BOULAY, *op. cit.*, p. 259.

46 *Id.*

47 Dans le système du brevet européen, dans un délai de neuf mois à compter de la date de délivrance. Cf. art. 99 (1) CBE; en Suisse, cf. art. 59c, al. 1 LBI, qui ne permet

une annulation d'un brevet pourra encore faire l'objet d'une procédure civile ordinaire et être requise par voie d'exception ou de demande reconventionnelle.

## 2. Droit des tiers découlant d'un usage antérieur

Certains États comme la Suisse<sup>48</sup> ou la France<sup>49</sup> reconnaissent le droit des tiers de continuer l'usage d'une invention ou d'une marque, si ce dernier était antérieur à la date de dépôt ou de demande d'enregistrement. Une telle situation pourrait, à notre sens, se présenter dans de nombreux cas, à supposer que les brevets seraient accordés et considérés comme valables.

## 3. Licences obligatoires

L'avenir nous indiquera les raisons pour lesquelles des brevets sont déposés sur des technologies liées à la blockchain. Dans nombre de cas – et il faut espérer que c'est la majorité – les dépôts serviront à proposer des solutions innovantes sur le marché. Mais il est à craindre que dans d'autres cas, les brevets déposés serviront bien plus à bloquer la concurrence, allant ainsi à l'encontre de la philosophie des brevets. C'est là que les licences obligatoires peuvent entrer en jeu. En particulier, si son comportement est jugé anticoncurrentiel, le titulaire d'un brevet pourra se voir forcé d'octroyer une licence<sup>50</sup>.

Au surplus, dans le cas de brevets essentiels à une norme<sup>51</sup>, des licences équitables, raisonnables et non discriminatoires devront pouvoir être négociées, cas échéant imposées par le juge<sup>52</sup>.

## 4. Droit à la décompilation

Une autre solution consiste à procéder à des opérations d'ingénierie inversée afin d'obtenir les éléments indispensables pour permettre

---

toutefois pas de faire opposition sur la base des conditions de brevetabilité, contrairement à la CBE.

48 Art. 35, al. 1 LBI.

49 Art. L713-6, II Code de la propriété intellectuelle français.

50 Art. 40a et 40c LBI.

51 Ou SEP (*Standard Essential Patents*).

52 *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory (FRAND)*.

d'autres développements et ainsi éviter des blocages. La question se pose de savoir si les réglementations actuelles autorisent de pareilles pratiques.

a) *Droit d'auteur*

En Europe, la Directive 2009/24/CE répond à cette question pour le droit d'auteur concernant les logiciels<sup>53</sup>. Selon l'article 6, il est légal de procéder à une décompilation de programmes d'ordinateur, même si les conditions peuvent paraître très restrictives.

Premièrement, une rétro-ingénierie peut être réalisée uniquement dans le but d'assurer une interopérabilité avec le programme en question<sup>54</sup>. De plus, il faut être en mesure de prouver qu'il n'existe aucun autre moyen que la décompilation pour atteindre cet objectif<sup>55</sup>.

Deuxièmement, le cercle des personnes autorisées est relativement limité<sup>56</sup>. Seules celles qui disposent d'une licence, d'un droit d'utilisation ou d'une habilitation spécifique ont l'autorisation de procéder à ces actes.

Troisièmement, la personne qui réalisera des opérations de décompilation devra disposer de solides connaissances non seulement du logiciel qu'elle développe, mais également de l'entier des programmes avec lesquels une interaction sera requise. En effet, compte tenu du fait que seules les parties du programme nécessaires à l'interopérabilité peuvent être décompilées, si une ingénierie inverse est appliquée à l'ensemble du programme, la condition ne sera pas remplie et il y aura donc une violation du droit d'auteur.

b) *Droit des brevets*

En matière de brevets, l'Accord relatif à une juridiction unifiée du brevet (AJUB) prévoit qu'il sera possible de procéder à de l'ingénierie inversée, en particulier dans les cas spécifiés dans la Directive 2009/24/CE<sup>57</sup>.

---

53 Directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009L0024> (27.04.2020).

54 Art. 6, chif. 1 Directive 2009/24/CE.

55 Art. 6, chif. 1 Directive 2009/24/CE: « ... lorsque la reproduction du code ou la traduction de la forme de ce code ... est indispensable ».

56 Art. 6, chif. 1, lit. a) Directive 2009/24/CE.

57 Art. 27, lit. k AJUB: « Les droits conférés par un brevet ne s'étendent à aucun des actes suivants: k) les actes et l'utilisation des informations obtenues tels qu'autori-

## F. Marques

La marque mérite également attention, en particulier dans le cadre de logiciels développés sous licences OSI ou FSF. En effet, si la marque est insuffisamment protégée il se peut qu'une société commerciale « agressive » se l'approprie dans une mesure telle que la communauté s'en détourne au point de créer un *fork*, à l'instar d'OpenOffice qui a été abandonné au profit de LibreOffice<sup>58</sup>.

Dans le domaine des cryptomonnaies, le Bitcoin et l'Ethereum sont deux occurrences intéressantes. Pour ce qui est du Bitcoin, nonobstant le fait que la marque est enregistrée auprès de l'EUIPO<sup>59</sup> et au niveau international<sup>60</sup>, il n'en demeure pas moins que d'autres sociétés utilisent cette dénomination.

Quant à l'Ethereum, l'utilisation de sa marque, au sens large, ou de ses logos, est soumise à l'obtention d'une autorisation écrite de la Fondation Ethereum<sup>61</sup>. Cette manière de gérer la marque favorise donc une approche davantage communautaire que celle plus traditionnelle et propriétaire du Bitcoin.

Alors que souvent, la technologie est en open source, la marque d'une blockchain (bien souvent une cryptomonnaie) est enregistrée. À défaut d'une mise en œuvre (*enforcement*) efficace d'une stratégie de défense, le risque de dégénérescence d'une marque de cryptomonnaie est bien réel<sup>62</sup>.

---

sés en vertu des articles 5 et 6 de la directive 2009/24/CE, en particulier par ses dispositions relatives à la décompilation et à l'interopérabilité. ».

58 VAUGHAN-NICHOLS STEVEN J., *OpenOffice est mort. Longue vie à LibreOffice*, in: ZDNet ([www.zdnet.fr](http://www.zdnet.fr)), 7 septembre 2016, <https://www.zdnet.fr/actualites/open-office-est-mort-longue-vie-a-libreoffice-39841578.htm> (23.04.2020).

59 Marque n° 010103646, <https://euipo.europa.eu/eSearch/#details/trademarks/010103646> (24.04.2020).

60 IR n° 1288610, <https://www3.wipo.int/branddb/fr/#> (24.04.2020).

61 Conditions d'utilisation – Marques, <https://ethereum.org/terms-of-use> (24.04.2020).

62 KRAUS/BOULAY, *op. cit.*, p. 261.

## **IV. Blockchains comme outil au bénéfice de la propriété intellectuelle**

### **A. Chaîne de création de valeur**

La technologie de la blockchain permettrait de renforcer les droits liés à la propriété intellectuelle dans les chaînes de valeur mondiales. Bien entendu, nombre d'applications de la technologie de la chaîne de blocs sont imaginables au sein de ces chaînes.

Concernant les brevets, il serait envisageable que l'ensemble des documents soient insérés dans une blockchain publique, consultable par l'ensemble des offices des brevets dans le Monde. Il deviendrait donc plus aisé de protéger efficacement les actifs immatériels puisque tant leur contenu que leur authenticité pourraient être vérifiés rapidement.

La blockchain pourrait également être très utile pour prouver une date de création ou garantir une traçabilité. Dans le cadre de la recherche, cette technologie pourrait avantageusement remplacer le carnet de laboratoire en garantissant la traçabilité des recherches, mais également la date précise d'une possible invention ou innovation. Il en irait de même pour les œuvres protégées par le droit d'auteur ou les secrets d'affaires. Ainsi, il deviendrait possible de dater et prouver précisément le déroulement des faits.

### **B. Gestion des licences**

Un attrait supplémentaire de la blockchain est celui de la gestion des licences. En effet, il est par exemple envisageable, dans un premier temps, de créer un bloc pour chaque produit individuel d'une gamme ou d'une marque puis, dans un second temps, d'accorder un accès à la blockchain à diverses personnes. De la sorte, une entreprise peut notamment attester que le produit est authentique, soit lors d'une vente directe, soit au travers d'un système de licences. L'accès à la chaîne de blocs peut être accordé à des clients finaux, des tiers comme les revendeurs ou à des autorités compétentes dans le domaine des contrefaçons.

Une marque telle que Ulysse Nardin a mis en œuvre la technologie de la blockchain pour toutes ses collections<sup>63</sup>. Cette enseigne permet de garantir l'authenticité et l'historique de chacun des objets inscrits dans sa ou ses chaînes de blocs.

Un tel usage de la blockchain est bien entendu également imaginable dans l'octroi et la gestion de licences dans le domaine de la musique<sup>64</sup>.

### C. Preuve d'usage

En droit suisse comme ailleurs, le non-usage d'une marque peut conduire à sa radiation<sup>65</sup>. Une société pourrait donc utiliser une blockchain avec un bloc qui serait créé à chaque usage de sa marque. Ainsi, la défense des droits de la société serait grandement facilitée en cas de litige et les autorités compétentes pourraient se prononcer plus aisément et rapidement sur les cas de non-usage d'une marque.

### D. Preuve devant les tribunaux

La question se pose bien évidemment de savoir si une blockchain peut être utilisée comme moyen de preuve. La réponse semble gentiment pouvoir être affirmative. Un élément de preuve fondé sur la blockchain a été admis récemment en Chine, dans une décision du 27 juin 2018.

Dans l'affaire Hangzhou Huatai Media Culture Media Co. Ltd (ci-après : Huatai ou la demanderesse), contre Shenzhen Daotong Technology Development Co., Ltd. (ci-après : Daotong ou la défenderesse), la Cour Internet du Tribunal de Hangzhou (ci-après : la Cour) a examiné et admis les preuves électroniques fournies par la demanderesse<sup>66</sup>.

---

63 Technologie blockain utilisée par Ulysse Nardin, [https://www.ulysses-nardin.com/row\\_fr/blockchain-technology](https://www.ulysses-nardin.com/row_fr/blockchain-technology), <https://www2.ulysses-nardin.com/fr/blockchain-faq> (15.04.2020).

64 Open Music Initiative, <https://open-music.org/open-protocols> (28.04.2020), Musi-coin, <https://musicoin.org/how-it-works> (28.04.2020).

65 Art. 11 et 12 de la Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance du 28 août 1992, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19920213/index.html>.

66 Extrait et bref descriptif de la décision en anglais, [http://english.court.gov.cn/2019-12/04/content\\_37527759.htm](http://english.court.gov.cn/2019-12/04/content_37527759.htm) (15.04.2020); Tso Han-Mei/Yi Jude, *The First Case in China Using Blockchain Technology to Preserve Electronic Evidence*, s.l. 1<sup>er</sup> août 2018, <https://oshaliang.com/newsletter/the-first-case-in-china-using-blockchain-technology-to-preserve-electronic-evidence> (15.04.2020).

Huatai avait ouvert une procédure contre Daotong pour violation de ses droits d'auteur dans le cadre de publications sur le site Web de la défenderesse. Afin de prouver ses allégations, Huatai a réussi à récolter des informations pertinentes, notamment, des images et le code source du site Web incriminé. Le demandeur a d'abord enregistré ces informations sur une plate-forme de stockage de preuves (Baoquan.com de la société Zhejiang Shuqin Technology)<sup>67</sup>. Puis, à des fins de conservation, ces éléments ont été téléchargés dans des blockchains Bitcoin et Fantom blockchain<sup>68</sup>.

Du point de vue juridique, divers éléments sont particulièrement intéressants. Tout d'abord, la Cour a analysé et évalué la technologie blockchain elle-même. Ensuite, elle a confirmé que ces résultats attestent que cette technologie présente des caractéristiques d'inviolabilité. Enfin, sur la base de ce constat, elle a conclu que la technologie blockchain est suffisamment fiable pour préserver le contenu de données électroniques. En l'espèce, les données étaient des preuves de l'infraction de Daotong. Sur la base de ces dernières, la Cour a donc jugé que l'infraction était consommée et a conclu qu'il y avait bien violation des droits d'auteur de Huatai.

Bien entendu, la Cour a également étudié d'autres conditions qui ne sont pas directement liées à la technologie blockchain, telles que les conditions de conservation des preuves par la plate-forme et la fiabilité des moyens techniques utilisés pour récolter les moyens de preuve.

Ce jugement est donc digne d'intérêt dans le sens où les justiciables savent qu'il est désormais possible, sous certaines conditions, d'avoir recours à la technologie de la blockchain dans le but de prouver ses allégations, probablement également au-delà de cas touchant à la propriété intellectuelle.

---

67 Plate-forme de stockage de preuves Baoquan.com, <https://www.baoquan.com> (15.04.2020); Descriptif de la société Zhejiang Shuqin Technology Co. Ltd., <https://www.crunchbase.com/organization/baoquan#section-overview> (15.04.2020).

68 Société Factom, <https://www.factom.com> (15.04.2020); Blockchain de Factom, <https://www.factom.com/factom-blockchain> (15.04.2020).

## V. Interopérabilité entre les blockchains

Malgré le fait que nombre d'acteurs de la blockchain développent leur projet sans véritablement se soucier de la possibilité de pouvoir interagir avec d'autres chaînes<sup>69</sup>, il n'en demeure pas moins que, tôt ou tard, la question de l'interopérabilité entre blockchains va se poser à plusieurs niveaux<sup>70</sup>.

En effet, compte tenu du fait qu'à l'heure actuelle le choix est plutôt celui d'une communication non évolutive, nul doute que des difficultés risquent d'apparaître<sup>71</sup>. À titre exemplatif, il se pourrait que la blockchain d'une banque soit incompatible avec celle du mode de paiement d'un commerçant et qu'ainsi il soit impossible d'avoir une relation contractuelle avec ce dernier<sup>72</sup>.

Certes, des projets comme Cosmos<sup>73</sup>, Polkadot<sup>74</sup>, AVA<sup>75</sup> ou des accords comme celui qui lie Hyperledger et l'Enterprise Ethereum Alliance<sup>76</sup> tentent de répondre à cette problématique. Toutefois, cela ne signifie pas que leurs solutions sont, pour l'heure, acceptées et utilisées par le grand public.

Bien entendu, une des clés du succès de la technologie de la blockchain réside dans le fait que chaque chaîne peut disposer d'une gouvernance indépendante de toutes institutions. Dès lors, il faudra être suffisamment attentif pour que le développement de standards d'interopérabilité soit en mesure de conserver les caractéristiques intrinsèques de cette technologie.

69 Interopérabilité, <http://interoperability-definition.info/en> (16.04.2020).

70 SINGH NITISH, *Blockchain Digital Transformation- 30+ Blockchain Transformation Examples*, s.l. 2 septembre 2018, <https://101blockchains.com/blockchain-digital-transformation> (16.04.2020).

71 NADEJDA ALKHALDI, *Blockchain Interoperability Explained, With Examples From Supply Chain*, s.l. 12 septembre 2019, <https://www.itransition.com/blog/blockchain-interoperability> (16.04.2020).

72 MINCHEV RADO, *Blockchain Interoperability*, s.l. 12 janvier 2020, <https://hackernoon.com/blockchain-interoperability-3hcj3zdi> (16.04.2020).

73 Écosystème de blockchains Cosmos, <https://cosmos.network> (16.04.2020).

74 Protocole partagé Polkadot, <https://polkadot.network> (16.04.2020).

75 Plate-forme AVA, <https://www.avalabs.org> (16.04.2020).

76 Rude Baguette, *Blockchain: les deux principaux consortium s'unissent pour l'interopérabilité*, s.l. 12 octobre 2018, <https://www.rudebaguette.com/2018/10/blockchain-consortiums-interoperabilite> (16.04.2020).

## VI. Conclusion

À première vue, la technologie blockchain et le droit de la propriété intellectuelle peuvent paraître contradictoires, puisque leurs fondements philosophiques semblent différents.

Premièrement, la technologie de la blockchain semble principalement basée sur un fonctionnement en libre accès, notamment OSI et FSF, tandis que les droits de la propriété intellectuelle semblent a priori plutôt basés sur un système propriétaire.

Deuxièmement, la blockchain s'efforce de limiter l'intervention de l'État, alors que la propriété intellectuelle, tout du moins pour les droits enregistrés, est basée sur la confiance fournie par l'intervention centrale de l'autorité de l'État qui accorde le droit.

Des distinctions aussi nettes ne sont cependant pas exactes. Au contraire, la propriété intellectuelle et les blockchains sont complémentaires. À l'avenir, elles vivront côte à côte et s'influenceront mutuellement dans leurs développements. Le développement des blockchains bénéficiera de la propriété intellectuelle et réciproquement.

L'apport de la propriété intellectuelle aux blockchains découlera principalement du fait que les logiciels libres, et même ceux en open source, sont basés sur le système du droit d'auteur. Dans ce cadre, une application très étendue de la liberté de contracter, et donc des limitations volontaires des privilèges des détenteurs de droits, est possible et même usuelle, y compris au stade de la commercialisation.

Dans le meilleur des cas, les développeurs bénéficieront de toutes les améliorations déjà apportées aux chaînes de blocs existantes. Même dans la situation où des brevets étaient accordés, des instruments allant du privilège de la recherche à l'octroi de licences équitables (et peut-être même obligatoires) pourraient permettre un accès étendu aux technologies blockchain. Cette protection sera certes plus restreinte que celle du droit d'auteur, puisque la libre commercialisation ne serait pas couverte.

Si les droits de propriété intellectuelle devaient être utilisés de manière à bloquer la concurrence, ils pourraient avoir une influence négative sur le développement et l'utilisation des blockchains. Toutefois, même dans pareille situation, des instruments tels que les licences FRAND ou les droits des utilisateurs antérieurs pourraient intervenir en faveur de la concurrence.

L'Europe dispose déjà de règles encore plus étendues qui, de prime abord, pourraient éviter certains blocages liés à l'utilisation de la technologie des blockchains en droit d'auteur et, peut-être à l'avenir, en droit des brevets. Nous pensons notamment aux solutions relatives à l'ingénierie inversée, comme la décompilation. Certes, les conditions d'application paraissent parfois exigeantes mais leur application devra vraisemblablement être envisagée en droit suisse.

En dernière analyse, nous encourageons vivement les acteurs et les actrices des blockchains à découvrir et maîtriser les interactions, souvent subtiles, qui existent avec le droit de la propriété intellectuelle. En effet, il est particulièrement important, dans ce domaine technologique, d'être rapidement conscient des risques qui se présentent, mais également des opportunités à saisir.



# Les outils de recherche générés par les « Big Data » et l'intelligence artificielle

CLAIRE FOBE\*

## I. Introduction

Ma contribution à cette conférence consiste à donner une perspective pratique quant à l'intégration de l'intelligence artificielle dans des outils mis à disposition des praticiens en propriété intellectuelle, et plus particulièrement, évidemment, à la base de données pour laquelle je travaille depuis 9 années, Darts-ip.

Il y a plusieurs questions qui circulent parmi les praticiens et les académiciens aujourd'hui: *« A quoi ressemblera la pratique de l'avocat de demain, ou même la pratique des juges, lorsque l'intelligence artificielle se sera répandue de plus en plus parmi les outils qui leur sont mis à disposition pour les assister dans leur travail? »*

*« Quelle place prendra le jugement de la personne par rapport à la »réponse« fournie par les outils? Ne perdra-t-on pas une certaine nuance si nous laissons libre cours aux algorithmes, qui somme toute, dans le cas d'une base de données compilant de la jurisprudence, peuvent être considérés comme une somme des subjectivités des examinateurs et juges en propriété intellectuelle? »*

Toutes ces questions sont évidemment naturelles, dès lors que nous nous trouvons encore dans une période que je qualifierais « d'entre deux », c'est-à-dire où beaucoup de choses se font encore manuellement, mais où en même temps l'intelligence artificielle s'est déjà glissée un petit peu partout. J'espère par cette intervention pouvoir apaiser certaines craintes, et nuancer un avenir dessiné par certains comme un monde où

---

\* Head of Legal Content, Darts-ip. Le style oral de cette présentation a été maintenu expressément.

les machines prendront le dessus, et où les avocats et les juges n'auront plus lieu d'être.

## II. Le défi de la classification des « big data »

Tout d'abord, quelques informations à propos du *modus operandi* de la base de données Darts-ip, afin que vous puissiez comprendre ensuite les défis que représentent la classification du nombre important de données que nous collectons, et pourquoi nous nous sommes tournés vers certaines solutions basées sur l'intelligence artificielle.

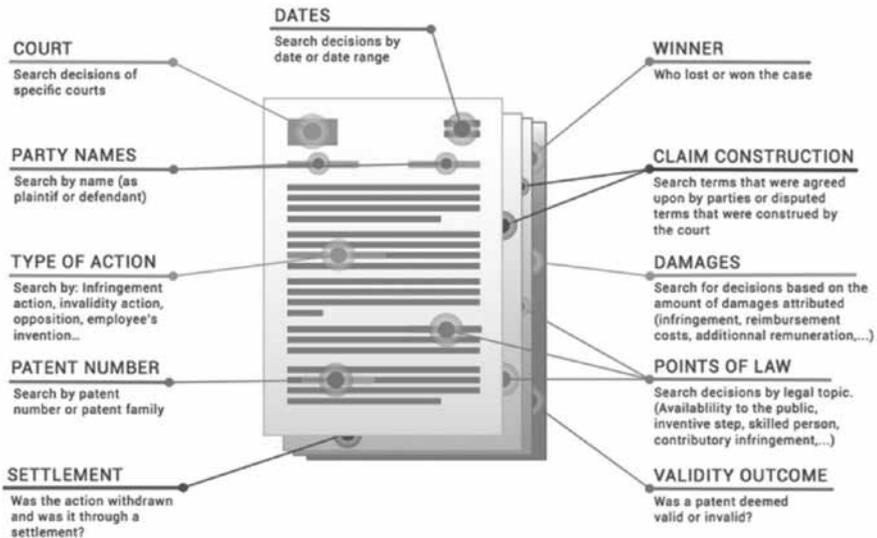
Darts-ip est une base de données de jurisprudence qui se concentre uniquement sur la collecte et classification des décisions et jugements en matière de propriété intellectuelle. Et ce dans tous les domaines: les marques, les brevets, les dessins et modèles, le droit d'auteur et les noms de domaine. Au début nous ne collectons que des décisions, mais au fur et à mesure des années, nous avons étendu notre collecte également aux affaires en cours, donc typiquement les informations relatives aux assignations et les audiences. Aujourd'hui la base de données dépasse les 5 millions de documents!

Depuis treize ans, nous parcourons le monde afin de collecter puis classer autant de décisions que possible. Pour ce faire, nous accédons aux sites web des Offices et des juridictions qui en disposent, mais malheureusement la tâche est loin d'être aussi simple. Pour certaines juridictions, nous devons passer par des CD-roms, pour d'autres nous allons scanner sur place. Nous faisons face à des documents anonymisés, parfois des jugements scannés dans le fond des archives sont même encore écrits à la main. Par ailleurs, ces documents ne sont évidemment pas rédigés dans une seule langue. Ce qui rend leur classification évidemment encore plus compliquée.

Une fois les documents téléchargés dans la base de données, il y a lieu de les labelliser ou classer.

Pendant de nombreuses années nous avons travaillé avec un réseau d'analystes qui lisaient, puis classaient chaque document en fonction de ce qui y est discuté. Cela va du nom des parties à la date du jugement, du domaine de propriété intellectuelle concerné au lien avec la ou les décisions précédentes pour que toute décision soit classée dans son

« affaire », des points de droit discutés avec leur résultat aux dommages et intérêts alloués, et bien plus encore.



Après dix ans environ de travail d'analyse sans utilisation d'intelligence artificielle, et avec la multiplication des sources et du nombre de documents collectés, il était important pour nous de prendre du recul et de voir comment on pourrait travailler de façon plus efficace, tout en gardant le même standard de qualité qui était tant apprécié par ceux qui consultent notre base. Certaines tâches effectuées sont en effet très redondantes, chronophages et à valeur intellectuelle limitée, alors que nos analystes sont essentiellement des avocats ou des doctorants en propriété intellectuelle. On voulait être certain de leur garantir, autant que possible, du travail avec une réelle valeur ajoutée. Et par la même occasion améliorer l'efficacité générale de nos procédés.

### III. Exploration du monde de l'automatisation

Retraçons l'historique de notre façon d'opérer :

- en 2006-2007, le travail se faisait entièrement manuellement, travail sujet aux erreurs d'analyse évidemment, et travail coûteux.

## 2006-2007

## Manual

- Experience based approach
- Learn the process
- Costly
- Error prone



– à partir de 2008, nous avons commencé à utiliser des « robots », c'est à dire qu'on a tenté de mieux exploiter les sources qu'on utilisait pour essayer d'en extraire une partie des informations automatiquement.

*Pour citer un exemple très simple, si une source X ne nous donnait que des décisions d'opposition en appel, nous demandions au robot de collecte d'encoder ces informations directement dans l'analyse plutôt que de demander à notre analyste de faire cela manuellement.*

*Si une source Y nous permettait d'identifier, sans intervention manuelle d'un analyste, la référence de la décision précédente, nous mettions tout en place pour faire ce lien entre deux instances de façon automatique.*

Cela nous permettait de réduire les coûts d'analyse pour certaines cours, mais avait le désavantage de requérir pas mal de maintenance: si la source changeait quelque chose, nous devons adapter notre robot. Et cela arrive bien plus souvent que ce qu'on ne pense !

## 2008-2011

## Automatization

- Rule-based approach
- Cost effective
- Difficult to maintain



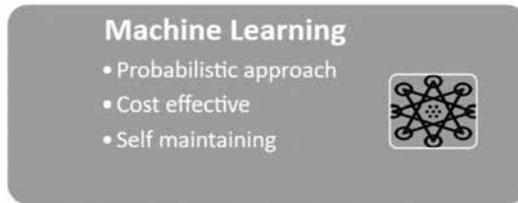
Depuis 2012, nous nous sommes intéressés tout doucement au « Machine learning », et aux réseaux de neurones plus particulièrement

Ici, on part sur une logique de probabilité: on dispose d'un grand nombre de documents déjà classés, qu'on « donne » à l'algorithme pour qu'il s'entraîne et en apprenne les règles d'analyse. Sur cette base, l'algorithme parvient, si l'algorithme a passé l'examen de qualité et de fia-

bilité, à classer les nouveaux documents non analysés d'une façon parfaitement consistante.

A moins que le format des documents ne change fortement, l'avantage ici est qu'une fois l'algorithme entraîné et validé sur sa performance, toujours comparé à la performance humaine, la maintenance est beaucoup moins importante. Les coûts de cette approche sont également très peu élevés une fois la phase d'examen de qualité et de fiabilité terminée.

2012-2020



#### IV. Un exemple concret dans la pratique de Darts-ip

Passons à un exemple très concret: l'extraction de points de droit discutés dans une décision. C'est une des actions majeure et chronophage entreprise par nos analystes: ils lisent tout le texte d'une décision, puis en extraient les point de droit pertinents discutés, ainsi que leur résultat. *Des exemples de point droit sont « le brevet n'a pas été jugé nouveau », ou « la marque est jugée descriptives des produits couverts par le dépôt », ou encore « un risque de confusion existe avec une marque antérieure ».*

Jusqu'en 2016 environ, nous nous sentions peu confiants de pouvoir obtenir de bons résultats et n'avons par conséquent pas exploré cette piste. Et j'étais d'ailleurs la première sceptique quant à la qualité de ce genre d'analyses sur le long terme, convaincue de la nécessité absolue de faire une analyse essentiellement manuelle pour pouvoir offrir un service de qualité.

En 2016, nos premiers résultats étaient, à notre grande surprise, très bons. Nous avons découvert la flexibilité des algorithmes que nous avons développés, c'est-à-dire que le travail fait pour l'extraction des points de droit sur les documents d'une cour X pouvait ensuite facilement être adapté à l'analyse des documents d'une cour Y. Chaque cour

travaillée nécessite évidemment un travail d'adaptation, mais la machine était lancée.

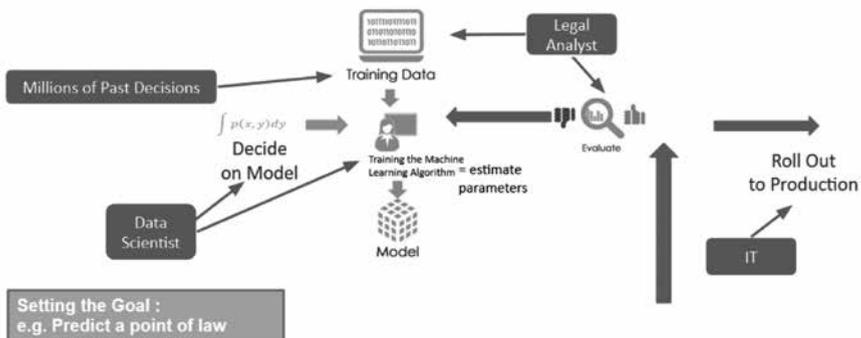
La clé des différents projets entrepris étant toujours le volume de données analysées dont nous disposions grâce à l'énorme travail d'analyse manuelle fourni au cours des 10 années précédentes.

Une année après nos premiers essais, nous constatons que plus de 90 % des erreurs de prédiction de nos algorithmes étaient dues à des erreurs d'analyse dans les données d'entraînement, les fameuses « training data » nécessaires à tout projet en intelligence artificielle. Qui étaient donc des erreurs humaines – et que nos algorithmes nous ont permis de détecter et de corriger par la même occasion.

En 2019, nous avons commencé à déployer plusieurs algorithmes sur des décisions d'Offices de Propriété intellectuelle où le volume impressionnant de décisions rendues nous obligeait de toute façon à opter pour la voie de l'analyse automatisée si on voulait continuer à permettre à nos utilisateurs de souscrire à des abonnements à des prix abordables.

Gardant toujours à l'esprit l'importance première de la qualité de l'analyse mise en ligne, nous supervisons quotidiennement les projets déployés qui sont à base d'intelligence artificielle. Concrètement, nous mettons systématiquement de côté un pourcentage des analyses (5 %), qui devront être validées manuellement par nos analystes, toujours dans un souci de qualité optimale et de vérification du travail algorithmique.

Tout récemment, nous avons par ailleurs déployé deux algorithmes sur des textes non pas rédigés en latin mais en chinois et japonais, sans que le travail d'adaptation de l'algorithme n'ait été réellement compliqué. Ce qui est évidemment très prometteur pour d'autres développements à l'avenir !



Voici, en détail, la façon dont nous procédons :

- le data scientist (l'expert en données) procède tout d'abord à la sélection du modèle approprié au projet,
- il forme ensuite l'algorithme de machine learning grâce au grand volume de données analysées précédemment par nos analystes. Ceci se traduit par une estimation de millions de paramètres.
- une fois mis en place, nos analystes évaluent la performance de l'algorithme en révisant manuellement un grand nombre de prédictions effectuées par l'algorithme
- finalement, une fois la performance validée, nous déployons l'algorithme sur notre système de production.

Si pour certains points de droit la performance est moins bonne, mais toujours raisonnable (entre 70 et 98 % de données correctes par exemple), nous utiliserons l'algorithme comme un filtre qui va « suggérer » une analyse, mais qui devra toujours être revue par nos analystes avant d'être mise en ligne pour nos utilisateurs. Grâce à cela, les analystes peuvent donc se concentrer sur des décisions discutant de points de droit plus exceptionnels, ou encore des décisions où l'intelligence artificielle ne peut pas être imaginée aujourd'hui à cause de l'absence de données comparables suffisantes résultant d'analyses passées.

Parlant de décisions judiciaires, il faut avouer qu'il est très incertain d'arriver à une qualité suffisante d'analyse par intelligence artificielle dans un avenir proche, dès lors que les langages et expressions utilisés par les juges ainsi que les contextes individuels de chaque affaire rendent une détection d'un modèle (« pattern ») systématique peu probable.

Ce n'est pas que sur l'analyse de points de droit que nous avons travaillé sur des algorithmes. L'intelligence artificielle nous a également permis de gagner en efficacité et en précision d'analyse, en matière de classification de documents, le but étant de distinguer clairement des documents d'assignation de décisions par exemple – distinction essentielle car l'analyse légale n'est appliquée qu'en cas de décision. Là où cette distinction nous aurait pris plus d'une année si elle avait été faite par une personne, l'intelligence artificielle nous a permis d'effectuer cette tâche en moins d'une heure.

Il y a 2 ans nous avons également commencé à utiliser un algorithme qui permet d'identifier en moins de 0.02 seconde le type de nom de partie

encodé par notre analyste, ce qui est d'importance primordiale aux vues des nouvelles réglementations en matière de protection des données à caractère personnel. Dans nos règles d'analyse, il est en effet prévu que l'analyste détermine pour chaque nom s'il s'agit d'une personne physique ou d'une personne morale. En effet, lorsqu'une des parties est une personne physique, nous ne permettons pas l'accès au pdf à nos utilisateurs tant que la décision n'a pas été anonymisée. Sachant qu'il y a plus de 9 millions de noms de parties dans notre base de données, c'est un algorithme de la plus grande utilité et valeur ajoutée !

Et en parlant du RGDP justement, lorsque le règlement est entré en vigueur, c'est un autre algorithme qui nous a permis d'anonymiser 5 millions de documents en 4 semaines.

task	scope	traditional darts	darts.ai
Document Classification	320,000 documents	~1 man-year	34min
Point of Law Extraction	Administrative Decision	10 – 30 min. /decision	3 – 4 sec./decision
Image Similarity	7 Million Images	--	2,3 msec/image
Company Type Identification	9 Million Parties	2 min/party	.02 sec/party
GDPR Compliance	5 M documents	--	4 weeks

## V. Impact et futur

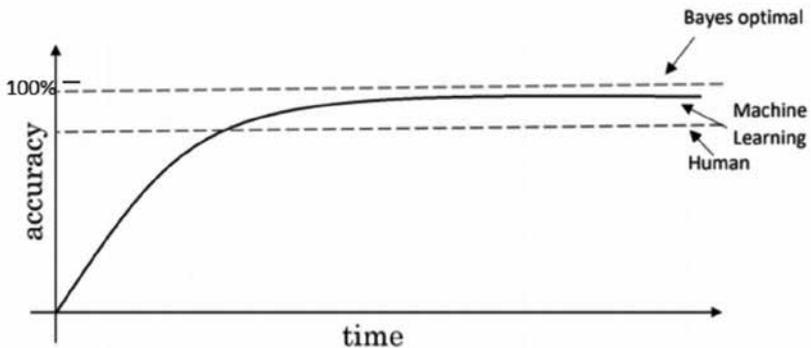
Quel est l'impact que nous avons observé grâce à l'intelligence artificielle, et que pouvons-nous attendre de l'avenir ?

L'impact a été immédiat, et (heureusement) bien reçu par les différents acteurs concernés. Tout d'abord, par notre communauté d'analystes, qui est désormais dédiée de plus en plus aux tâches à réelle valeur ajoutée, moins répétitives que celles effectuées par l'intelligence artificielle. Certains d'entre eux ont diversifié leurs tâches et partagent leur temps entre l'analyse classique et le contrôle de qualité, ou encore aident aux processus de collecte de décisions.

Ensuite, c'est la vitesse de la mise en ligne qui a été impactée : de quelques semaines on a pu passer à quelques heures pour certains offices !

Notre stratégie en recrutement a également été modifiée : là où au début nous ne recrutions pour l'analyse que des profils purement juridiques, désormais nous tentons de trouver des personnes avec un profil juridique qui s'intéressent également au monde des données, l'intérêt pour les « data science » étant un énorme « plus » par rapport à nos différents projets en cours.

La qualité de l'analyse a également été améliorée dans certains cas : les algorithmes nous ont non seulement permis de détecter les erreurs du passé, mais aussi de les corriger à coût réduit. Dans certains projets, le machine learning a dépassé la performance de nos analystes sur certaines tâches !



Source : <https://towardsdatascience.com/how-to-improve-my-ml-algorithm-lessons-from-andrew-ngs-experience-ii-f66926926f88>

Sur le graphique ci-dessus, le pointillé horizontal supérieur (en rouge) représente l'analyse parfaite, tandis que le pointillé noir représente la qualité de l'analyse humaine.

	Little data	Lots of data
Predicting	Unknown situations - Asteroids - Soccer Results - New Technology	Well known situations - Bank Loans - Medical diagnosis - Machine Translation - Navigation - ...
Decision Making	Human still decides on risk/action he is willing to take	

Dans notre domaine, la classification de décisions de propriété intellectuelle, les machines sont bel et bien complémentaires aux humains, et, nous le pensons réellement, resteront complémentaires aux humains. L'intelligence artificielle fiable qui remplacerait l'humain ne serait possible que si l'on disposait non seulement de beaucoup de données, mais aussi d'une granularité d'analyse telle, qu'elle prendrait en considération toutes les nuances qui peuvent entourer un cas spécifique ... A nos yeux, cela signifie que pour une partie du travail, les machines ne pourront remplacer l'humain si elles veulent produire un résultat de qualité. Comment par exemple un algorithme pourrait-il prendre en considération la tendance personnelle d'un avocat à négocier un arrangement à l'amiable par exemple ?

Nous pensons que les machines, pour qualifier les algorithmes ainsi, et les humains ont chacun des forces et des faiblesses. Qu'il faut savoir admettre et exploiter. Pourquoi ne pas laisser aux machines la détection éventuelle de corrélations qui, pour un humain, ne sont pas évidentes par exemple ? Dans les cas où le volume faible des données ne permet pas aux machines de conclure à quoi que ce soit de fiable, il est évident que l'humain a toute sa place et gardera sa place.

Une fois que l'intelligence artificielle est mise en place sur une tâche, tout le temps épargné peut être dédié à une prise de décisions plus éclairée. Il ne faut jamais oublier que la prédiction offerte par la machine n'est pas une décision – elle n'est qu'une des composantes d'une prise de décision. A titre personnel, ce n'est pas l'intelligence artificielle que je crains, mais bien l'utilisation que les praticiens pourraient faire des outils. L'abandon de l'esprit critique face à une barre de statistiques par exemple. Mais c'est un autre débat.

Il nous semble important de tirer parti de l'importance du volume de données pour y appliquer de l'intelligence artificielle quand cela est possible. Car l'envie de tout utilisateur, lorsqu'il se sert d'un outil pour accélérer ses recherches, est d'avoir à sa disposition un outil de qualité. Si cette qualité est atteinte en partie grâce à des algorithmes d'intelligence artificielle qui sont supervisés activement par des humains, alors nous devons, je pense, rester ouvert à cette avancée technologique.

Tout en gardant à l'esprit que les bases de données sont des outils, destinés à aider les praticiens dans leur prise de décision et non à remplacer leur propre jugement. Ce développement technologique semble être une immense opportunité à saisir. Mais il faudra toujours, toujours, tou-

jours se rappeler que le volume des données analysées antérieurement à l'idée même de l'IA est la base de tout. Dans un monde où tout va de plus en plus vite, si en plus les outils développés sur base d'IA ne respectent pas cette règle de fond, la qualité des outils sera directement affectée, et potentiellement la qualité du conseil offert par ailleurs par celui qui a consulté ledit outil, pour peu qu'il n'ait pas pris le temps d'une réflexion propre.

Dans notre entreprise, nous partons du principe que l'intégration de l'IA est un minimum pour pouvoir garder une position concurrentielle sur le marché – tant que le contexte permet évidemment d'envisager l'IA ! On a conscience qu'une partie du travail ne pourra être automatisé avec de l'IA, et ce n'est pas grave, mais nous voulons faire en sorte de travailler manuellement uniquement où cela a un sens et une valeur ajoutée. Au quotidien, notre prise de décision est toujours guidée par la qualité de l'analyse et l'application d'intelligence artificielle et d'automatisation quand cela est possible. Pour que derrière, le praticien puisse émettre de meilleurs jugements dans un temps imparti qui est malheureusement souvent limité.



# Lecture prospective de l'article 17 de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique: Vers une obligation de filtrage limitée par la CJUE, garante du « juste équilibre »

JULIEN CABAY\*

*« (...) L'officier s'arrête, levant les yeux vers l'une des fenêtres haut placées. Les vitres sont fermées, il y a probablement des années qu'on ne les a pas lavées et des toiles d'araignée pendent dans les coins. Il n'y a rien là qui puisse, d'une façon ou d'une autre, réconforter l'âme. Pourtant, derrière ces vitres, on parvient à apercevoir quelque chose qui ressemble à un ciel. Et dans ce ciel – pense peut-être l'officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies. (...) »*

Dino BUZZATI, *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 2016 (éd. originale Mondadori, 1945), p. 167

(en souvenir du confinement)

## I. Introduction: un balcon bruxellois, avec vue sur Luxembourg

1. Il y a vingt ans de cela, les tenants de conceptions opposées de l'originalité ont cru pouvoir laisser la condition *sine qua non* du droit d'auteur hors du champ de la directive 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>1</sup>. Les travaux préparatoires faisaient même état de cette

---

\* Chargé de recherches du Fonds National de la Recherche Scientifique (F.R.S. -FNRS), Professeur à l'Université Libre de Bruxelles (ULB – JurisLab), Chargé de cours à l'Université de Liège (ULiège – LCII). Je tiens à remercier mes collègues du JurisLab (ULB) Frederic Blockx, Maxime Lambrecht, Andrée Puttemans et Jean-Ferdinand Puyraimond pour leurs observations sur une première version de ce texte.

1 Sur l'harmonisation de la condition d'originalité en droit de l'Union européenne, voy. de manière générale notre thèse de doctorat, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, Thèse de docto-

volonté expresse de délaisser la question<sup>2</sup>, probablement motivée en partie par la fatigue de la Commission et/ou des Etats membres qui avaient dû batailler sur une formule de compromis lors de l'adoption de la première directive 91/250/CEE concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur (formule dans laquelle, soit dit en passant, chacun voyait une confirmation de sa conception nationale traditionnelle)<sup>3</sup>.

C'était sans compter sur la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), à qui il revient, aux termes de l'article 267, alinéa 1<sup>er</sup>, sous b), du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), de « (...) statuer, à titre préjudiciel (...) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union (...) ».

Ainsi à la première occasion venue, elle n'a pas manqué de considérer qu'en dépit de son silence éloquent, la directive 2001/29/CE ne pouvait faire l'économie d'une harmonisation de la condition d'originalité, laquelle devrait logiquement s'entendre de la même façon que dans la directive 91/250/CEE<sup>4</sup> – notamment<sup>5</sup> – et donc comme la « création intellectuelle propre à son auteur »<sup>6</sup>. Et de préciser peu après que cette formule européenne de l'originalité devrait s'entendre au sens de l'approche « personnaliste »<sup>7</sup>, rejetant ce faisant l'approche anglo-saxonne

---

rat en sciences juridiques, Université libre de Bruxelles, 2016, spéc. p. 136 et s. Voy. également E. ROSATI, *Originality in EU Copyright – Full Harmonization through Case Law*, Cheltenham (UK), Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2013.

- 2 Commission Staff Working Paper on the review of the EC legal framework in the field of copyright and related rights, SEC(2004) 995, 19 juillet 2004, p. 14: « (...) there are no indications that the lack of harmonisation of the concept of originality would have caused any problems for the functioning of the Internal Market with respect to other categories of works, such as compositions, films or books. Therefore, legislative action does not appear necessary at this stage ».
- 3 Voy. T.-E. SYNODINOU, « The Foundations of the Concept of Work in European Copyright Law », in T.-E. SYNODINOU, *Codification of European Copyright Law – Challenges and Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2012, pp. 97-98.
- 4 Voy. l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 3.
- 5 Voy. l'article 6 de la directive 93/98/CE (aujourd'hui 2006/116/CE) relative à l'harmonisation de la durée de protection du droit d'auteur et de certains droits voisins (à propos des photographies); l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup> de la directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données.
- 6 C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 33-37.
- 7 C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, point 92.

du « skill and labour »<sup>8</sup>. Pour en déduire encore un peu plus tard que les renvois exprès à la compétence nationale, pour ce qui concerne la matière de dessins et modèles et la règle du cumul de protection<sup>9</sup>, devraient désormais céder devant l'interprétation de la CJUE intervenue depuis lors<sup>10</sup>. Tout cela au départ d'une interprétation systématique, tout à fait classique en droit de l'Union européenne<sup>11</sup>, elle-même fondée sur la prémisse suivant laquelle

« (...) le législateur de l'Union a harmonisé le droit d'auteur et les droits voisins en ayant adopté plusieurs directives, qui forment toutefois un « cadre juridique harmonisé ». Il incombe à la Cour de justice d'interpréter ces directives de façon cohérente »<sup>12</sup>.

C'est ainsi que, commentant alors sa propre jurisprudence, s'exprimait l'actuel Président de la CJUE Koen LENAERTS, rejoignant des propos similaires de l'autre grand architecte de l'harmonisation prétorienne du droit d'auteur<sup>13</sup>, le juge Jiri MALENOVSKY<sup>14</sup>.

8 C.J.U.E., 1<sup>er</sup> mars 2012, *Football Dataco e.a.c. Yahoo! UK e.a.*, C-604/10, point 42.

9 Voy. l'article 17 de la directive 98/71/CE sur la protection juridique des dessins ou modèles; l'article 96, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires.

10 C'est en tout cas la lecture que nous pensons pouvoir fournir de C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel c. G-Star Raw*, C-683/17, point 48.

11 Sur l'interprétation « systématique » ou « contextuelle », voy. K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 27 et s., n° 34 et s.

12 K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne : une perspective constitutionnelle », in J. CABAY, V. DELFORGE, V. FOSSOUL, M. LAMBRECHT (éds.), *20 ans de nouveau droit d'auteur – 20 jaar nieuw auteursrecht*, Limal, Anthemis, 2015, pp. 243-244.

13 Voy. à ce propos M. FAVALE, M. KRESTCHMER, P.C. TORREMANS, « Is there an EU Copyright Jurisprudence ? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice », *Modern Law Review*, 2016, vol. 79, n° 1, p. 31 et s.

14 Voy. spéc. J. MALENOVSKY, « La contribution de la Cour de justice à l'harmonisation du droit d'auteur dans l'Union européenne », *ERA Forum*, 2012, p. 420 : « il convient d'aborder le *besoin de cohérence* de la législation de l'Union en matière de droit d'auteur. En effet, la Cour doit effectuer un travail d'interprétation dans un paysage complexe comportant plusieurs directives. Celles-ci ont été adoptées à des moments historiques différents, elles visent des objets différents mais poursuivent des objectifs similaires et comprennent des notions identiques. Faut-il, dans ces conditions, chercher à développer une cohérence fonctionnelle qui conçoit les différentes directives comme des entités plutôt autonomes l'une par rapport à l'autres, ou, plutôt une cohérence notionnelle qui envisage l'ensemble de ces direc-

2. Cette jurisprudence est venue alimenter la critique traditionnellement adressée à la CJUE suivant laquelle elle ferait preuve d'« activisme judiciaire »<sup>15</sup>. Elle s'en défend toutefois, soulignant qu'

« en interprétant le droit de l'Union, la Cour vise à maintenir la juste balance entre une protection juridictionnelle effective, d'une part, et le respect des principes d'équilibre institutionnel et de coopération loyale, d'autre part. Les différentes méthodes d'interprétation mises en œuvre par la Cour sont donc des outils qui permettent à celle-ci d'atteindre cet objectif »<sup>16</sup>.

On lui aussi reproché son inconstance dans l'interprétation du droit d'auteur<sup>17</sup>. Elle s'en défend tout autant, insistant sur le fait que

« ces méthodes d'interprétation forment une grille d'analyse qui permet à la Cour de combler une lacune normative ou d'éclairer le sens d'une disposition du droit de l'Union sans tomber dans l'arbitraire. En assurant que les arrêts de la Cour soient dotés d'un raisonnement clair, logique, transparent et convaincant, lesdites méthodes servent ainsi à limiter le pouvoir discrétionnaire du juge et, partant, à améliorer la qualité de la justice au bénéfice du justiciable »<sup>18</sup>.

3. Cela fait quelques temps maintenant que, depuis notre balcon bruxellois, nous observons la Cour de Luxembourg s'affairer dans le domaine du droit d'auteur. Et il faut bien l'admettre, il ne nous est pas toujours évident d'endosser les mots de son Président pour ce qui est de la clarté et la transparence de sa jurisprudence<sup>19</sup>. Par contre, nous pensons pos-

---

tives comme un tout intégré ? La Cour privilégie, à cet égard, l'approche notionnelle, quitte à être critiquée par une partie de la doctrine (...) ».

- 15 Voy. not. V.-L. BENABOU, « Retour sur dix ans de jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de propriété littéraire et artistique : les méthodes », *Propriétés Intellectuelles*, 2012/43, p. 140 et s., spéc. pp. 148-153 ; E. DERCLAYE, « The Court of Justice copyright case law : quo vadis ? », *European Intellectual Property Review*, 2014, pp. 721-722.
- 16 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 8, n° 4.
- 17 Voy. not. V.-L. BENABOU, *op. cit.* (note 5), p. 140 et s., spéc. pp. 148-153 ; E. DERCLAYE, *op. cit.* (note 15), pp. 721-722.
- 18 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 9, n° 5.
- 19 Voy. not. à cet égard notre commentaire critique à propos de la rédaction de l'arrêt *Levola*, J. CABAY, F. GOTZEN, « Une saveur n'est pas une œuvre : < Cette leçon vaut bien un fromage, sans doute > », commentaires sous C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, *Revue de droit commercial belge*, 2019, pp. 793-811.

sible de dégager de celle-ci une certaine logique, qui peut emporter notre conviction<sup>20</sup>. Cette logique, à notre avis, procède du postulat, au fondement de la méthode d'interprétation systématique, suivant lequel le législateur est rationnel<sup>21</sup>. Au titre de ce postulat, la CJUE estime que ce législateur rationnel aura nécessairement tenu dûment compte de la hiérarchie des normes<sup>22</sup>.

S'en dégage ainsi une logique consistant, pour la CJUE, à interpréter le droit d'auteur au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a « la même valeur juridique que les traités »<sup>23</sup>. Et puisque le droit d'auteur, qui bénéficie de la protection de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte<sup>24</sup>, est susceptible d'entrer en conflit avec d'autres droits fondamentaux pareillement protégés par la Charte, c'est à travers le paradigme du « juste équilibre » entre droits fondamentaux que la CJUE procédera systématiquement à l'analyse<sup>25</sup>.

#### 4. Suivant les mots du Président de la CJUE,

« [l]a Charte est un instrument puissant qui garantit que l'Union demeure attachée aux valeurs sur lesquelles elle est fondée. Elle apporte une légitimité à l'intégration européenne en exprimant clairement que l'objectif de la création d'une « Union sans cesse plus étroite » doit se faire dans le respect de la démocratie, de l'État de droit et des droits fondamentaux. Que ce soit à l'échelle européenne ou nationale lorsque les États membres mettent en œuvre le droit de l'Union, la Charte impose des limites à ce que peut faire la majorité politique du moment. La Charte s'oppose à une définition de la

20 Voy. à cet égard notre analyse de la jurisprudence en matière d'hyperliens à la lumière d'un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de déconstruction du marché unique numérique, J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique: voyage intertextuel au pays des hyperliens », in N. BERTHOLD (sous la coord. de), *Droit de la propriété intellectuelle – Actualité législative et jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 51-82.

21 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 27, n° 35.

22 *Ibid.*, p. 38, n° 44.

23 Article 6, paragraphe 1er, alinéa 1er du Traité sur l'Union européenne (TUE).

24 Article 17, paragraphe 2, de la Charte: « La propriété intellectuelle est protégée ».

25 Voy. notre analyse, J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux: La Cour de justice à la recherche d'un « juste équilibre » en droit d'auteur », in J. CABAY, A. STROWEL (coord.), *Les droits intellectuels, entre autres droits: intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, coll. UB3, 2019, pp. 181-242.

« démocratie » au sein de l'Union qui conduirait à subir la tyrannie de la majorité. Au contraire, le respect de la démocratie au sein de l'Union implique, entre autres, la protection d'une sphère de liberté individuelle qui doit rester libre de toute ingérence publique »<sup>26</sup>.

Pour le sujet qui nous occupe dans la présente contribution, le débat démocratique s'est noué dans des conditions bien éloignées de l'idéal que l'on s'en fait<sup>27</sup>, légitimant d'autant plus un contrôle de la CJUE sur le fondement de la Charte. Car s'il revient à la Commission européenne, en tant que « gardienne des traités », de veiller à ce que les Etats membres respectent les droits fondamentaux<sup>28</sup>, c'est bien à la CJUE que revient le rôle crucial de veiller en amont à ce que les institutions de l'Union fassent de même, « le respect de ces droits constituant une condition de légalité des actes de l'Union (...) »<sup>29</sup>.

5. Acquis à l'idée que cette logique systématique que l'on croit percevoir, combinée à l'attachement de la CJUE pour ses précédents<sup>30</sup>, permet d'anticiper quelque peu sur le développement de sa jurisprudence, c'est donc avec une certaine distance que, depuis notre balcon bruxellois, nous observons les atermoiements des parties intéressées du « droit d'auteur dans le marché unique numérique ». N'ayant pu s'entendre pleinement sur la solution idéale pour combler le fameux « value gap »<sup>31</sup>, les voilà qui « dialoguent »<sup>32</sup> désormais sous les auspices de la Commission européenne, sans plus parvenir à s'accorder sur la portée qu'il convient

26 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 167, n° 244.

27 Voy. spéc. A. BRIDY, « The Price of Closing the <Value Gap>: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform » (à paraître in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*), version dernièrement révisée le 2 février 2020, 36 p., disponible sur SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3412249](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3412249) (dernière consultation: 09/04/2020).

28 En vertu de l'article 258 du TFUE. Voy. en ce sens N. CARIAT, *La Charte des droits fondamentaux et l'équilibre constitutionnel entre l'Union européenne et les Etats membres*, Bruxelles, Bruylant, 2016, p. 802 et s.

29 C.J.U.E., avis 2/13 du 18 décembre 2014, point 169.

30 Voy. K. LENAERTS, « How the ECJ Thinks: A Study on Judicial Legitimacy », *Fordham International Law Journal*, 2013, vol. 36, n° 5, p. 1303, faisant siennes les observations de Sir Konrad Schieman (anciennement Lord Justice of Appeal et juge à la CJCE): « (...) regarding the use of precedence (...), whilst both English courts and the ECJ have very often recourse to previous case-law, with a view to reinforcing their determinations, only the latter relies on <the precise wording of a particular phrase in past judgments> (...) ».

31 Voy. la définition *infra*, note 64.

32 Voy. l'article 17, paragraphe 10, de la directive (UE) 2019/790.

de donner à l'article 17 de la nouvelle directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE<sup>33</sup>.

Atermoiements, disions-nous, car si l'on comprend que chaque partie en aille de sa propre interprétation de cette disposition complexe, il nous paraît qu'à force de préférer celle-ci à celle qui se dessinerait d'une lecture prospective à la lumière de la jurisprudence de la CJUE, lesdites parties intéressées s'égarer dans autant de mirages, s'illusionnant devant une *fata morgana* qui cache mal l'implacable *fatum* : d'une manière ou d'une autre, comme pour la condition d'originalité il y a 10 ans de cela, la CJUE s'emparera de la question et son interprétation s'imposera à tous.

6. L'on aura têt fait de s'en émouvoir et d'y voir une nouvelle illustration du « gouvernement des juges ». Ce sont effet les protagonistes de ce débat vicié<sup>34</sup> qui, à travers leurs jeux de palais, ont *de facto* accepté de s'en remettre entièrement à la CJUE.

Son Président est pourtant clair :

« il existe une étroite relation entre le principe de sécurité juridique, d'une part, et la méthode d'interprétation littérale, d'autre part, en vertu de laquelle la Cour ne saurait aller à l'encontre du libellé clair et précis d'une disposition du droit de l'Union. Autrement dit, la Cour se rallie à l'adage *« interpretatio cessat in claris »* »<sup>35</sup>.

Or, la méthode d'interprétation littérale ne sera ici d'aucun secours puisque tout le monde s'accorde sur fait que l'article 17 renferme une obligation de mettre en place, afin de protéger de droit d'auteur sur les plateformes de partage en ligne, des mesures de filtrage algorithmique<sup>36</sup>. Pourtant, on aura beau lire et relire le texte de la disposition, celle-ci n'en

---

33 J.O.U.E. du 17 mai 2019, L 130/92.

34 Voy. à propos de la désinformation qui a altéré le débat autour de l'obligation de filtrage contenue à l'article 17, M. LAMBRECHT, « La directive européenne sur le droit d'auteur impose-t-elle le filtrage des contenus ? », <https://theconversation.com/la-directive-europeenne-sur-le-droit-dauteur-impose-t-elle-le-filtrage-des-contenus-117035> (dernière consultation : 20/05/2020).

35 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 165, n° 239.

36 Cette lecture, largement opérée par la doctrine citée *infra* (note 42), rejoint en réalité la proposition originale de la Commission européenne qui faisait référence, en son article 13, paragraphe 1<sup>er</sup>, au « recours à des techniques efficaces de reconnaissance de contenus (...) » (voy. également le considérant 39, voy. la proposition de

souffle mot ... On s'en étonne à peine puisque pareilles mesures de filtrage comportent divers risques<sup>37</sup>, spécialement en termes de droits fondamentaux<sup>38</sup>, et ont pour cette raison mauvaise presse. Et pour la sécurité juridique, on repassera ...

Aussi, face à un tel manque de clarté et au vu de l'enjeu, comment seulement pourrait-on s'émouvoir de ce que la CJUE, qui a pour rôle « d'assure[r] le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités »<sup>39</sup>, vienne palier aux insuffisances du législateur irrationnel qui a accouché de ce texte ?

7. Quoi qu'il en soit, le débat autour de l'adoption de cet article 17 a pris une telle tournure que l'on a, sans attendre, sollicité la CJUE pour qu'elle assure son rôle de « gardienne de la Charte ». En effet, à peine

---

directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur dans le marché numérique, COM(2016) 593 final, 14 septembre 2016.

Cette lecture est par ailleurs opérée, s'agissant du texte finalement adopté, par plusieurs Etats membres, voy. spéc. la Déclaration de l'Allemagne sur le Projet de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (première lecture), 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, 15 avril 2019: « (...) l'obligation prévue à l'article 17 de la directive d'assurer un retrait (« stay down ») définitif des contenus protégés, en particulier, soulève de graves préoccupations, compte tenu aussi du recours probable à des solutions algorithmiques (« upload filter ») (...) ». Voy. également la position de la Pologne sur laquelle nous reviendrons, *infra*, n° 53.

37 Voy. spéc. la littérature relative au système de Content ID mis en place par YouTube, dès avant l'adoption de la directive (UE) 2019/790: S. BAR-ZIV, N. ELKIN-KOREN, « Behind the Scenes of Online Copyright Enforcement: Empirical Evidence on Notice & Takedown », *Connecticut Law Review*, 2018, vol. 50, n° 2, pp. 339-386; K. ERICKSON, M. KRETSCHMER, « This Video is Unavailable » – Analyzing Copyright Takedown of User-Generated Content on YouTube », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2018, pp. 75-89; T. LESTER, D. PACHAMANOVA, « The Dilemma of False Positives: Making Content ID Algorithms More Conducive to Fostering Innovative Fair Use in Music Creation », *UCLA Entertainment Law Review*, 2017, vol. 24, n° 1, pp. 51-74; L. SALOMON, « Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-Infringing Videos by Content ID on Youtube », *Hofstra Law Review*, 2015, vol. 44, n° 1, pp. 237-268.

38 Voy. dans la littérature citée *infra* (note 42) les contributions qui se concentrent sur la mise en balance des droits fondamentaux dans le cadre de la mise en œuvre de l'article 17, spéc. celles de M. LAMBRECHT; A. KUCZERAWY; J.P. QUINTAIS, *e.a.*; F. ROMERO ROMANO; S. SCHWEMER, J. SCHOVSBO.

39 Article 19, paragraphe 1er, alinéa 1er du TUE.

une semaine après la publication de la directive (UE) 2019/790 au *Journal officiel de l'Union européenne*, la République de Pologne a introduit devant la CJUE un recours en annulation de l'article 17, paragraphe 4, sous b) et sous c), *in fine*, précisément sur le fondement de la Charte<sup>40</sup>.

8. Dans ce contexte, une lecture prospective de cette disposition, à la lumière de la jurisprudence de la CJUE relative au « juste équilibre » entre les droits fondamentaux, prend tout son sens. Elle vient d'ailleurs combler un autre « gap »<sup>41</sup>. Car si ce fameux « article 17 » fait l'objet d'une littérature abondante<sup>42</sup>, on n'y trouve pas, à notre connaissance,

40 Recours introduit le 24 mai 2019, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-401/19, *J.O.U.E.* du 12 août 2019, C 270/21.

41 A propos de l'état de l'art et des « gaps in the body of knowledge », voy. M. SNEL, J. DE MORAES, *Doing a systematic literature review in legal scholarship*, The Hague, Eleven international publishing, 2018, p. 80.

42 Pour une bibliographie sélective de contributions consacrées principalement à l'article 17 (ou à l'article 13 de la proposition de directive), voy. :

- ANGELOPOULOUS, C., QUINTAIS, J.P., « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2019, pp. 147-172
- ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », 30 mars 2020, 5 p., disponible sur le site de l'ALAI : [https://www.alai.org/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019\\_790-fr.pdf](https://www.alai.org/assets/files/resolutions/200330-opinion-article-17-directive-2019_790-fr.pdf) (dernière consultation : 27/05/2020)
- BRIDY, A., « The Price of Closing the <Value Gap>: How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform » (à paraître in *Vanderbilt Journal of Entertainment & Technology Law*), version dernièrement révisée le 2 février 2020, 36 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3412249](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3412249) (dernière consultation : 09/04/2020)
- DE CALLATAÏ, C., DEPREEUW, S., « La responsabilité des intermédiaires à la lumière de la nouvelle Directive <Digital Single Market> », in CABAY, J., STROWEL, A. (éd.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : intersections, interactions, interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 123-177
- ELKIN KOREN, N., NAHMIA, Y., PEREL, M., « Is It Time To Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals » (à paraître in *Stanford Law & Policy Review*), version dernièrement révisée le 2 juin 2019, 50 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3344213](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3344213) (dernière consultation : 09/04/2020)
- FROSIO, G., « Algorithmic Enforcement Online » (à paraître in TORREMAN, P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer), version dernièrement révisée le 12 février 2020, 34 p., disponible sur SSRN : <https://>

d'analyse à la lumière du critère du « juste équilibre ». C'est donc à cette analyse que nous consacrons la présente contribution, renvoyant pour

- 
- [papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3503419](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3503419) (dernière consultation : 09/04/2020)
- FROSIO, G., « Reforming Intermediary Liability in the Platform Economy: A European Digital Single Market Strategy », *Northwestern University Law Review Online*, 2017, vol. 112, pp. 19-46
  - FROSIO, G., « The Death of <No Monitoring Obligations> – A Story of Untamable Monsters », *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2017, pp. 199-215
  - FROSIO, G., « To Filter, or Not To Filter? That is the Question in EU Copyright Forum », *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, 2018, vol. 36, n° 2, pp. 331-368
  - FROSIO, G., MENDIS, S., « Monitoring and Filtering: European Reform or Global Trend » (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), version du 9 septembre 2019, 23 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3450194](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3450194) (dernière consultation : 09/04/2020)
  - GEIGER, C., FROSIO, G., IZYUMENKO, E., « Intermediary Liability and Fundamental Rights » (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), Center for International Intellectual Property Studies Research Paper N° 2019-06, version dernièrement révisée le 27 août 2019, 24 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3411633](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3411633) (dernière consultation : 09/04/2020)
  - GRISSE, K., « After the storm – examining the final version of Article 17 of the new Directive (EU) 2019/790 », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2019, vol. 14, n° 11, pp. 887-899
  - GROSSE RUSE-KHAN, H., « Automated Copyright Enforcement Online: From Blocking to Monetization of User-Generated Content » (à paraître in BRUUN, N., e.a. (eds.), *Transition and Coherence in Intellectual Property Law*, Cambridge University Press), University of Cambridge Faculty of Law Legal Studies Research Paper Series N° 8/2020, version du 1er mars 2020, 18 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3565071](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3565071) (dernière consultation : 09/04/2020)
  - HUSOVEC, M., « How Europe Wants to Redefine Global Online Copyright Enforcement » (à paraître in SYNODINOU, T.E. (ed.), *Pluralism or Universalism in International Copyright Law*, Kluwer law), TILEC Discussion Paper 2019-016, version dernièrement révisée le 17 juillet 2019, 27 p., disponible sur SSRN : [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3372230](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3372230) (dernière consultation : 09/04/2020)
  - HUSOVEC, M., « The Promises of Algorithmic Copyright Enforcement: Take-down or Staydown? Which Is Superior? And Why? », *Columbia Journal of Law & the Arts*, 2018, vol. 42, n° 1, pp. 53-84

le reste le lecteur insatiable vers la littérature précitée. Il y trouvera à boire et à manger.

- 
- HUSOVEC, M., QUINTAIS, J.P., «How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms», Working Paper, version du 1er octobre 2019, 27 p., disponible sur SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3463011](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011) (dernière consultation: 09/04/2020)
  - KUCZERAWY, A., «From <Notice and Take Down> to <Notice and Stay Down>: Risks and Safeguards for Freedom of Expression» (à paraître in FROSIO G. (ed.), *The Oxford Handbook of Intermediary Liability Online*, Oxford University Press), version dernièrement révisée le 9 août 2019, 19 p., disponible sur SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3305153](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3305153) (dernière consultation: 09/04/2020)
  - LAMBRECHT, M., «Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive» (à paraître in *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*), version de Mai 2020, 38 p., disponible sur ResearchGate: [https://www.researchgate.net/publication/341443785\\_Free\\_Speech\\_by\\_Design\\_-\\_Algorithmic\\_protection\\_of\\_exceptions\\_and\\_limitations\\_in\\_the\\_Copyright\\_DSM\\_directive/link/5ec10644458515626cacea59/download](https://www.researchgate.net/publication/341443785_Free_Speech_by_Design_-_Algorithmic_protection_of_exceptions_and_limitations_in_the_Copyright_DSM_directive/link/5ec10644458515626cacea59/download) (dernière consultation: 27/05/2020)
  - MONTAGNANI, M.L., TRAPOVA, A.Y., «Safe harbours in deep waters: a new emerging liability regime for Internet intermediaries in the Digital Single Market», *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, vol. 26, pp. 294-310
  - QUINTAIS, J.P., FROSIO, G., VAN GOMPEL, S., HUGENHOLTZ, P.B., HUSOVEC, M., JÜTTE, B.J., SENFTLEBEN, M., «Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law*, 2020, pp. 277-282
  - RIIS, T., SCHWEMER, S.F., «Leaving the European Safe Harbor, Sailing Toward Algorithmic Content Regulation», *Journal of Internet Law*, 2019, vol. 22, n° 7, pp. 1-21
  - ROMERO ROMANO, F., «'Upload filters'and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market», *International Review of Law, Computers & Technology*, 2020, pp. 1-30
  - SCHWEMER, S., SCHOVSBO, J., «What is Left to User Rights? – Algorithmic Copyright Enforcement and Free Speech in the Light of Article 17 Regime» (à paraître in TORREMANS, P. (ed.), *Intellectual Property and Human Rights*, 4<sup>th</sup> ed., Wolters Kluwer), version du 20 décembre 2019, 17 p., disponible sur SSRN: [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3507542](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3507542) (dernière consultation: 09/04/2020)
  - SENFTLEBEN, M., «Bermuda Triangle: Licensing, Filtering and Privileging User-Generated Content under the New Directive on Copyright in the Digital Single Market», *European Intellectual Property Review*, 2019, pp. 480-498

9. La présente contribution sera structurée en deux parties. Après avoir présenté dans une première partie le contexte dans lequel s'insère cet article 17 et souligné les deux grandes modifications du régime juridique européen qu'il opère s'agissant du droit de communication au public et du régime de responsabilité des « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » (II), nous tenterons dans une seconde partie d'en fournir une lecture prospective à la lumière de la jurisprudence de la CJUE (III). Pour ce faire, nous procéderons tout d'abord à une appréciation individualisée du droit de communication au public de l'article 17 eu égard à l'objectif poursuivi de combler le « value gap », pour conclure en ce sens que la portée de ce droit est susceptible d'être limitée par la CJUE (B). Ensuite, nous nous attacherons à déterminer la portée de l'obligation de filtrage qui semble découler de cette disposition pour conclure en ce sens que ladite obligation doit être limitée en application du critère du « juste équilibre » (C). En guise de conclusion, après avoir offert au lecteur une photo-souvenir du panorama qui s'offre à nous depuis notre balcon, nous attirerons son attention sur quelques traits de droit de la concurrence que l'on croit distinguer par ailleurs (IV).

## **II. Première partie: L'article 17 dans son contexte**

### **A. Présentation générale de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique**

10. A l'aube du XXI<sup>e</sup> siècle, l'Union européenne (UE) s'est dotée d'un cadre juridique général destiné à soutenir et favoriser le développement en Europe de la « société de l'information ». Spécialement, au vu de l'importance dans pareille société de la création et de l'exploitation des contenus créatifs<sup>43</sup>, l'UE a harmonisé en partie le droit d'auteur à la faveur d'une directive 2001/29/CE<sup>44</sup>. Ensemble avec une directive 2000/31/CE sur le commerce électronique<sup>45</sup>, elles ont constitué pendant

---

43 Voy. le considérant 2 de la directive 2001/29/CE.

44 Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.* du 22 juin 2001, L 167/10.

45 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notam-

près de vingt ans le cadre général dans lequel s'est déployée l'exploitation en ligne de contenus protégés par le droit d'auteur.

11. Face aux évolutions intervenues depuis lors, il est apparu nécessaire à l'UE de revoir ce cadre général, à divers égards dépassé<sup>46</sup>. Ainsi à l'issue d'un processus législatif complexe et mouvementé<sup>47</sup> que nous avons évoqué à demi-mots dans notre introduction, l'UE a adopté le 17 avril 2019 une directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique<sup>48</sup>. Celle-ci devra faire l'objet d'une transposition dans les Etats membres au plus tard le 7 juin 2021.

Comme souligné dans ses considérants,

« [I]’évolution rapide des technologies continue à modifier la manière dont les œuvres et autres objets protégés sont créés, produits, distribués et exploités. Il apparaît sans cesse de nouveaux modèles économiques et de nouveaux acteurs. La législation en la matière doit résister à l'épreuve du temps afin de ne pas entraver l'évolution des technologies (...)»<sup>49</sup>.

Aussi la directive a-t-elle pour objectif général la

« modernisation de certains aspects du cadre de l'Union en matière de droit d'auteur afin de tenir compte des progrès technologiques et des nouveaux canaux de distribution des contenus protégés au sein du marché intérieur (...)»<sup>50</sup>.

---

ment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »), *J.O.C.E.* du 17 juillet 2000, L 178/1.

46 Cette modernisation s'est inscrite plus largement dans le cadre d'un « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe » de la Commission européenne, voy. sa communication éponyme, COM(2015) 192 final, 6 mai 2015.

47 Voy. les travaux préparatoires (dossier législatif 2016/0280(COD)), disponibles sur le site du Parlement européen : [https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280\(COD\)&l=en](https://oeil.secure.europarl.europa.eu/oeil/popups/ficheprocedure.do?reference=2016/0280(COD)&l=en) (dernière consultation : 09/04/2020).

48 Voy. *supra*, note 33.

49 Considérant 3.

50 Considérant 83. Voy. par ailleurs de manière générale la Communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015.

12. La nouvelle directive est structurée en cinq titres<sup>51</sup>, lesquels comportent des dispositions variées qui consacrent tantôt de nouvelles exceptions et limitations<sup>52</sup>, tantôt de nouveaux droits<sup>53</sup>, tantôt des garanties contractuelles<sup>54</sup>, le tout émaillé de dispositions plus anecdotiques qui visent à rectifier ou légitimer quelques « incongruités », fait de certains Etats membres<sup>55</sup> ou de la CJUE<sup>56</sup>. A la lecture attentive de son contenu – et en dépit du recours à l’un ou l’autre outil transversal qui servent le propos<sup>57</sup> – l’on est tout de même en droit de se demander si la directive est de nature à réaliser véritablement le « marché unique

51 Titre I – Dispositions générales

Titre II – Mesures visant à adapter les exceptions et limitations à l’environnement numérique et transfrontière

Titre III – Mesures visant à améliorer les pratiques en matière d’octroi de licences et à assurer un accès plus large aux contenus

Titre IV – Mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d’auteur

Titre V – Dispositions finales.

- 52 Article 3 (Fouille de textes et de données à des fins de recherche scientifique); article 4 (Exception ou limitation pour la fouille de textes et de données); article 5 (Utilisation d’œuvres et autres objets protégés dans le cadre d’activités d’enseignement numériques et transfrontières); article 6 (Conservation du patrimoine culturel)
- 53 Article 15 (Protection des publications de presse en ce qui concerne les utilisations en ligne); article 17 (Utilisation de contenus protégés par des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne).
- 54 Article 18 (Principe de rémunération appropriée et proportionnelle); article 19 (Obligation de transparence); article 20 (Mécanisme d’adaptation des contrats); article 21 (Procédure extra-judiciaire de règlement des litiges); article 22 (Droit de révocation).
- 55 Article 12 (Octroi de licences collectives ayant un effet étendu; cette disposition légitime un système bien connu des pays nordiques); Article 14 (Œuvres d’art visuel dans le domaine public; cette disposition est directement liée à l’existence d’une protection de certaines photographies non originales par un droit voisin, notamment en Allemagne).
- 56 Article 16 (Demande de compensation équitable; cette disposition est directement liée à la jurisprudence de la CJUE, voy. C.J.U.E., 12 novembre 2015, *Hewlett-Packard Belgium c. Reprobel*, C-572/13).
- 57 On relève en particulier deux outils. Premièrement, afin d’uniformiser un peu plus les droits des Etats membres, toutes les exceptions contenues dans la directive sont « obligatoires », à l’inverse de la situation qui avait cours sous l’empire de la directive 2001/29/CE où, sauf pour ce qui concerne celle prévue à l’article 5, paragraphe 1<sup>er</sup> (reproductions transitoires), toutes les exceptions étaient facultatives. Deuxièmement, afin de dépasser les difficultés liées au caractère territorial du droit d’auteur, qui limite les possibilités d’utilisations transfrontières, la directive recourt à plusieurs reprises au « principe du pays d’origine », qui répute les différents actes sou-

numérique » annoncé<sup>58</sup>. En réalité, et de l'aveu de la Commission européenne, une « harmonisation complète du droit d'auteur », qui soumettrait « les auteurs et les artistes interprètes, les industries créatives, les utilisateurs et toutes les parties concernées par le droit d'auteur (...) aux mêmes règles, quel que soit l'endroit où il se trouve dans l'Union (...) », procède d'une « vision à long terme » qui ne peut se réaliser qu'au terme d'une « approche progressive »<sup>59</sup>.

13. Le fameux article 17 auquel nous consacrons ces lignes prend sa place dans le « Titre IV – Mesures visant à assurer le bon fonctionnement du marché du droit d'auteur ». Long de dix paragraphes, il doit être lu en combinaison avec l'article 2, sous 6), qui définit la notion de « fournisseur de services de partage de contenus en ligne » auquel il s'adresse. Il est encore accompagné de dix considérants (61 à 71), le tout s'étalant sur de nombreuses pages dans sa publication au *Journal Officiel de l'Union européenne*. C'est dire la complexité de la disposition, dont le langage parfois évasif et le recours à des notions aux contours incertains – « meilleurs efforts », « normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle », « informations pertinentes et nécessaires », « promptement », « notification suffisamment motivée », pour nous en tenir au seul paragraphe 4 qui retiendra tout particulièrement notre attention – permet à chacun d'y aller de sa propre interprétation.

14. L'article 17 vise donc les « fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » [dans la présente contribution, nous préférons souvent le terme générique « plateforme » afin d'alléger la lecture], à savoir les

« fournisseur[s] d'un service de la société de l'information dont l'objectif principal ou l'un des objectifs principaux est de stocker et de donner au public l'accès à une quantité importante d'œuvres protégées par le droit d'auteur ou d'autres objets protégés qui ont été téléversés

---

mis au droit d'auteur comme intervenant dans un seul Etat membre (voy. les articles 5, paragraphe 3 ; 9, paragraphe 2).

58 Voy. la communication de la Commission européenne, « Vers un cadre moderne et plus européen pour le droit d'auteur », COM(2015) 626 final, 9 décembre 2015, p. 3: « la Commission considère qu'il est nécessaire: d'insuffler plus de marché unique dans les règles de l'Union en matière de droit d'auteur et, lorsqu'il y a lieu, de les harmoniser davantage, notamment en ciblant les aspects liés à la territorialité des droits (...) ».

59 *Ibid.*, p. 14.

par [leurs] utilisateurs, qu'il[s] organise[nt] et promeu[vent] à des fins lucratives »<sup>60</sup>.

Relèvent donc de la notion des plateformes telles que YouTube, Facebook, Twitter, Instagram, etc. S'agissant des obligations qui leur incombent, des distinctions sont par ailleurs faites suivant leur position sur le marché<sup>61</sup>, « afin de tenir compte de la situation spécifique des starts-ups qui travaillent avec des contenus téléversés par les utilisateurs pour développer de nouveaux modèles d'entreprise »<sup>62</sup>. Nous y reviendrons *infra* (n° 22).

Une série de prestataires de services ne relèvent par contre pas de la notion et ne sont donc pas soumis au régime juridique de l'article 17. Il en va ainsi suivant les précisions de la directive, et de manière non exhaustive (voy. l'utilisation des termes « tels que »),

« [d]es encyclopédies en ligne à but non lucratif, [d]es répertoires éducatifs et scientifiques à but non lucratif, [d]es plateformes de développement et de partage de logiciels libres, [d]es fournisseurs de services de communications électroniques au sens de la directive (UE) 2018/1972, [d]es places de marché en ligne, [d]es services en nuage entre entreprises et [d]es services en nuage qui permettent aux utilisateurs de téléverser des contenus pour leur propre usage »<sup>63</sup>.

15. En substance, cet article 17 vise à apporter une solution à ce que l'on a appelé le « value gap », à savoir « la prétendue inadéquation entre la valeur que les plateformes de partage en ligne extraient du contenu créatif et les revenus reversés aux titulaires de droit d'auteur »<sup>64</sup>.

60 Article 2, sous 6), alinéa 1<sup>er</sup>. Comme précisé à l'article 2, sous 5), la notion de « service de la société de l'information » s'entend au sens de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point b, de la directive (UE) 2015/1135 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information, qui le définit de manière générale comme « tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services ».

61 Voy. l'article 17, paragraphe 6.

62 Considérant 67.

63 Article 2, sous 6), alinéa 2.

64 C. ANGELOPOULOUS, J.P. QUINTAIS, « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *op. cit.* (note 42), p. 148 : « (...) the alleged mismatch between the value that online sharing platforms extract from creative content and the revenue returned to the copyright holders » (notre traduction).

En effet suivant les titulaires de droits, l'activité de ces fournisseurs de services de partage de contenus en ligne – sur lesquelles les utilisateurs ont la possibilité de téléverser des contenus protégés par le droit d'auteur sans l'autorisation de leur titulaire – a notamment<sup>65</sup> des conséquences négatives sur les revenus des auteurs, ceux-ci n'étant pas rémunérés équitablement pour les utilisations qui interviennent à travers pareilles plateformes<sup>66</sup>.

Pour bien comprendre les déterminants de ce «value gap» et en quoi l'article 17 est censé y apporter une solution, il convient de replacer la problématique dans le cadre plus général des directives 2001/29/CE et 2000/31/CE et du lien qu'elles entretiennent avec les conditions de négociations des «Second Level Agreements».

## **B. L'article 17, le « Value Gap » et les « Second Level Agreements »**

### **1. La situation avant l'adoption de l'article 17: le « Value Gap » et le déséquilibre des « Second Level Agreements »**

**16.** La situation dénoncée d'un «value gap» découle pour une bonne part des règles juridiques applicables à ce type de plateformes en l'état du droit positif. D'une part, sous l'empire de la directive 2001/29/CE, ces plateformes ne réalisent en principe<sup>67</sup> pas un acte de communication

---

65 Outre les conséquences de cette activité sur les auteurs, elle affecte également les services en ligne qui distribuent des contenus protégés par le droit d'auteur aux termes de licences concédées par les titulaires de droits se trouvent également affectés, puisqu'en rémunérant les auteurs ils se trouvent dans une position concurrentielle désavantagée par rapport à ces plateformes, Commission Staff Working Document, «Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules», SWD(2016) 301 final, 14 September 2016, Part 1/3, pp. 141-142.

66 Commission Staff Working Document, «Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules», SWD(2016) 301 final, 14 September 2016, Part 1/3, pp. 137-141.

67 Voy. toutefois l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, spéc. C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15. La CJUE a estimé que, dans les circonstances telles que celles en cause au principal, relevait de la notion de «communication au public» la mise à disposition et la gestion, sur Internet, d'une plateforme de partage qui, par l'indexation de métadonnées relatives à des œuvres protégées et la fourniture d'un moteur de recherche, permet aux utilisateurs de cette plateforme de localiser ces œuvres et de les partager dans le cadre d'un réseau de pair à pair (*peer-to-peer*). Voy. également Demande de décision préjudicielle présentée

au public au sens de son article 3<sup>68</sup> et ne sont donc pas tenues d'obtenir une autorisation de l'auteur. D'autre part, en vertu de l'article 14 de la directive 2000/31/CE<sup>69</sup>, elles bénéficient en principe<sup>70</sup> d'une exonéra-

---

par le Bundesgerichtshof (Allemagne) le 6 novembre 2018, *LFc. Google et YouTube*, Affaire C-682/18, *J.O.U.E.* du 4 mars 2019, C 82/2.

- 68 « 1. Les États membres prévoient pour les auteurs le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire toute communication au public de leurs œuvres, par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement.
2. Les États membres prévoient le droit exclusif d'autoriser ou d'interdire la mise à la disposition du public, par fil ou sans fil, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement :
- a) pour les artistes interprètes ou exécutants, des fixations de leurs exécutions ;
  - b) pour les producteurs de phonogrammes, de leurs phonogrammes ;
  - c) pour les producteurs des premières fixations de films, de l'original et de copies de leurs films ;
  - d) pour les organismes de radiodiffusion, des fixations de leurs émissions, qu'elles soient diffusées par fil ou sans fil, y compris par câble ou par satellite.
3. Les droits visés aux paragraphes 1 et 2 ne sont pas épuisés par un acte de communication au public, ou de mise à la disposition du public, au sens du présent article ».
- 69 « 1. Les États membres veillent à ce que, en cas de fourniture d'un service de la société de l'information consistant à stocker des informations fournies par un destinataire du service, le prestataire ne soit pas responsable des informations stockées à la demande d'un destinataire du service à condition que :
- a) le prestataire n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité ou l'information illicite est apparente
- ou
- b) le prestataire, dès le moment où il a de telles connaissances, agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible.
2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas lorsque le destinataire du service agit sous l'autorité ou le contrôle du prestataire.
3. Le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible ».
- 70 Voy. toutefois l'évolution de la jurisprudence de la CJUE, spéc. C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.c. eBay e.a.*, C-324/09. La CJUE a estimé que l'exploitant d'une

tion de responsabilité, en leur qualité d'hébergeur, pour les actes accomplis par leurs utilisateurs en violation du droit d'auteur.

17. En dépit de cet état du droit de l'UE qui les immunise largement à l'encontre de toutes prétentions des titulaires de droits, ces plateformes – qui opèrent globalement – concluent depuis quelques années déjà des accords avec ceux-ci, spécialement à raison du régime de responsabilité secondaire applicable aux Etats-Unis<sup>71</sup>. Une auteure a qualifié ces accords de « Second Level Agreements », qu'elle décrit comme suit :

« Second Level Agreements are preemptive licenses granted by copyright owners to platforms operators, with the purpose of ratifying the mass usage of copyrighted content by their users. Under such arrangements, copyright owners authorize the employment of particular works by platforms' users in return for royalties, company stakes, or a share of advertising revenues. Many UGC networks, such as YouTube, Myspace, and Yahoo, have chosen this course to shelter themselves from secondary liability claims (...) »<sup>72</sup>.

18. S'agissant de la négociation de ces « Second Level Agreements », on comprend aisément que dans le contexte européen, les plateformes jouissent d'une position privilégiée comparée aux titulaires de droits. Et ce malgré l'évolution de la jurisprudence de la CJUE qui, suivant des observateurs avertis, tendrait à la création d'un régime de responsabilité dérivée<sup>73</sup>, lequel a tout de même pu ébranler quelque peu l'assurance des dites plateformes.

19. C'est cet imbroglio qui se dessine en filigrane dans le considérant 61 de la nouvelle directive – par lequel s'ouvrent les explications relatives à l'article 17 – qui énonce qu'

---

place de marché en ligne joue un rôle actif qui lui permet d'avoir une connaissance ou un contrôle des données stockées lorsqu'il prête une assistance laquelle consiste notamment à optimiser la présentation des offres à la vente en cause ou à promouvoir celles-ci; dans ces conditions, il ne bénéficie pas d'une exonération de responsabilité.

71 Voy. pour une comparaison entre les régimes européens et américains, J.C. GINSBURG, « La Cour de justice de l'Union européenne crée un droit européen de la responsabilité en matière de contrefaçon du droit d'auteur », *Auteurs & Media*, 2017, p. 7 et s.

72 Y. LEV-ARETZ, « Second Level Agreements », *Akron Law Review*, 2012, vol. 45, n° 1, p. 139.

73 Voy. spéc. J.C. GINSBURG, *op. cit.* (note 71).

« [i]l existe une insécurité juridique quant à la question de savoir si les fournisseurs de ces services procèdent à des actes relevant du droit d'auteur et doivent obtenir l'autorisation des titulaires de droits pour les contenus téléversés par leurs utilisateurs qui ne détiennent pas les droits en question sur ces contenus téléversés, sans préjudice de l'application des exceptions et limitations prévues par le droit de l'Union. Cette insécurité affecte la capacité des titulaires de droits à déterminer si leurs œuvres et autres objets protégés sont utilisés, et dans quelles conditions, et leur capacité à obtenir une rémunération appropriée en contrepartie d'une telle utilisation. Il est donc important d'encourager le développement du marché de l'octroi de licences entre les titulaires de droits et les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne. Ces accords de licence devraient être équitables et maintenir un équilibre raisonnable entre les deux parties. Les titulaires de droits devraient percevoir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés. Cependant, dès lors que ces dispositions ne devraient pas porter atteinte à la liberté contractuelle, les titulaires ne devraient pas être tenus de donner leur autorisation ne de conclure des accords »<sup>74</sup>.

A notre avis, ce considérant 61 a une valeur interprétative considérable en tant qu'il met en évidence l'objectif poursuivi par l'article 17, à savoir rééquilibrer les conditions de la négociation entre plateformes et titulaires de droits afin pour ces derniers de pouvoir obtenir une « rémunération appropriée ». Si nous insistons sur ce point, c'est parce que ceci ne sera pas sans impact sur l'interprétation que la CJUE est susceptible de proposer de cette disposition.

2. La situation après l'adoption de l'article 17: un acte de communication au public et une responsabilité spécifique, pour un rééquilibrage des « Second Level Agreements »

20. Mais comment parvenir à rencontrer cet objectif? Logiquement et eu égard aux déterminants de la position privilégiée des plateformes en l'état du droit positif, il convenait d'agir principalement à deux niveaux.

---

74 Considérant 61 (nous soulignons).

21. Premièrement, en vertu de l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, il est désormais établi qu'

«un fournisseur de services de partage de contenus en ligne effectue un acte de communication au public ou un acte de mise à la disposition du public aux fins de la présente directive lorsqu'il donne au public l'accès à des œuvres protégées par le droit d'auteur ou à d'autres objets protégés qui ont été téléversés par ses utilisateurs»<sup>75</sup>.

Aussi il doit

«obtenir une autorisation des titulaires de droits visés à l'article 3, paragraphes 1 et 2, de la directive 2001/29/CE, par exemple en concluant un accord de licence, afin de communiquer au public ou de mettre à la disposition du public des œuvres ou autres objets protégés»<sup>76</sup>.

Le paragraphe 2 prévoit en outre que l'autorisation obtenue couvrira, outre les actes de communication au public (au sens du paragraphe 1<sup>er</sup>) opérés par le fournisseur de services de partage de contenus en ligne, également les actes de communication au public (au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE) accomplis par les utilisateurs de ces services «lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale [*sic*] ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs»<sup>77</sup>. Dans cette dernière limite, on voit que le modèle des «Second Level Agreements» (voy. *supra*, n° 17) est donc clairement validé.

22. Deuxièmement, l'article 17, paragraphe 3, prévoit que le bénéfice du régime d'exonération de responsabilité des hébergeurs prévu par l'article 14 de la directive 2000/31/CE sera désormais exclu pour les actes qualifiés de communication (ou de mise à la disposition du public) au sens du paragraphe 1<sup>er</sup><sup>78</sup>. En lieu et place est organisé, en vertu du paragraphe 4, un régime spécifique de responsabilité associé à ces actes qui, s'ils n'ont pas été autorisés, engageront la responsabilité des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne,

---

75 Article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> (nous soulignons).

76 Article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 (nous soulignons).

77 Article 17, paragraphe 2.

78 Ce régime d'exonération de responsabilité demeure par contre d'application pour tous les autres actes, spécialement les actes de reproductions (accomplis par la plateforme ou ses utilisateurs) ainsi que les actes de communication au public accomplis par les utilisateurs qui ne sont pas couverts par l'autorisation en vertu du paragraphe 2.

« à moins qu'ils ne démontrent que :

a) ils ont fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation ; et

b) ils ont fourni leurs meilleurs efforts, conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires ; et en tout état de cause

c) ils ont agi promptement, dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet, et ont fourni leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur, conformément au point b) »<sup>79</sup>.

Le paragraphe 6 prévoit tout de même que ces conditions de l'exonération de la responsabilité sont modulées suivant la position de marché de la plateforme. Ainsi pour les « nouveaux services en ligne »<sup>80</sup>, c'est-à-dire ceux qui « ont été mis à la disposition du public dans l'Union depuis moins de trois ans et qui ont un chiffre d'affaires annuel inférieur à 10 millions d'euros »<sup>81</sup>, ils échapperont à leur responsabilité s'ils démontrent avoir fourni leurs meilleurs efforts pour obtenir une autorisation (au sens du paragraphe 4, sous a)) et, en cas de réception d'une notification suffisamment motivée, avoir agi promptement pour bloquer l'accès ou retirer l'œuvre (ou autre objet protégé) objet de la notification (au sens du paragraphe 4, sous c))<sup>82</sup>. Ils ne devront donc pas en outre fournir leur meilleurs efforts pour empêcher son téléversement dans le futur, sauf si « le nombre de [leurs] visiteurs uniques par mois (...) dépasse les 5 millions, calculé sur la base de l'année civile précédente »<sup>83</sup>.

**23.** Ainsi, en modifiant d'une part la qualification des actes accomplis par une plateforme de partage en ligne – qui constituent désor-

---

79 Article 17, paragraphe 4 (nous soulignons).

80 Voy. le considérant 67.

81 Le chiffre d'affaires est calculé conformément à la recommandation 2003/361/CE du 6 mai 2003 de la Commission concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises, *J.O.U.E.* du 20 mai 2003, L 124/36.

82 Article 17, paragraphe 6, alinéa 1<sup>er</sup>.

83 Article 17, paragraphe 6, alinéa 2.

mais des actes de communication au public, justiciables du droit d'auteur – d'autre part les conditions du régime de responsabilité – engagée à défaut d'autorisation, sauf à démontrer la réunion de divers éléments et notamment le fait d'avoir fourni ses meilleurs efforts pour obtenir ladite autorisation – l'article 17 renverse complètement le rapport de force qui caractérisait jusqu'alors la négociation des «*Second Level Agreements*». Désormais, les titulaires de droits devraient être en mesure de quitter la table des négociations avec une «*rémunération appropriée*», n'ayant plus à craindre que la proposition qui leur est faite par une plateforme soit «*à prendre ou à laisser*», sans autre possibilité de recours à son encontre. Avec certains risques sur lesquels nous reviendrons en conclusion (*infra*, n<sup>os</sup> 103-104).

### C. La recherche d'un équilibre par le législateur de l'Union européenne

24. Dans tous les cas où les parties parviendront à se mettre d'accord sur les modalités de cette «*rémunération appropriée*» et qu'une autorisation sera accordée en conséquence, l'article 17 sera parvenu à satisfaire l'objectif louable qu'il poursuit et l'on ne pourra que s'en réjouir. Dans un parfait **équilibre**, les titulaires de droits obtiendront une rémunération appropriée, les plateformes pourront poursuivre leur activité de diffusion de contenus créatifs et les utilisateurs pourront continuer à profiter de ses services de manière active ou passive.

Tout sera alors pour le mieux dans le meilleur des mondes possibles.

Mais personne n'est Candide et ne s'est figuré qu'il en va là de notre monde.

25. Aussi chaque fois que les parties ne parviendront pas à se mettre d'accord sur les modalités de cette «*rémunération appropriée*» et qu'aucune autorisation ne sera accordée en conséquence, il conviendra alors de rechercher ailleurs le point d'équilibre entre les intérêts des diverses parties intéressées.

Cet équilibre-là est bien plus délicat.

Le législateur de l'Union européenne a cru bon de le poursuivre en imposant aux plateformes de «*fournir leurs meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité des œuvres et autres objets protégés pour lesquels les titulaires de droits leur ont fourni les informations pertinentes et*

nécessaires » (paragraphe 4, sous b)), d'« agir promptement pour bloquer l'accès ou retirer les œuvres et autres objets protégés qui ont fait l'objet d'une notification suffisamment motivée » (paragraphe 4, sous c), première partie), et de « fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher qu'ils soient téléversés dans le futur » (paragraphe 4, sous c), deuxième partie).

Ainsi que nous l'indiquons dans l'introduction (*supra*, n° 6), tout le monde s'accorde sur le fait que derrière ces termes se cache en réalité l'obligation de mettre en place des mesures de filtrage algorithmique qui, eu égard aux risques qu'elles comportent, supposent un difficile exercice de pondération entre de nombreux intérêts, exercice auquel s'est donc livré le législateur.

**Afin de tenir compte des intérêts des plateformes**, le législateur a ainsi prévu dans leur chef des obligations qui sont pour la plupart « de moyens » (voy. la référence aux « meilleurs efforts »), précisant en outre au paragraphe 5 que l'appréciation de leur respect devra tenir compte, « à lumière du principe de proportionnalité », d'une série d'éléments, entre autres

« a) le type, l'audience et la taille du service, ainsi que les types d'œuvres ou autres objets protégés téléversés par les utilisateurs du service; et b) la disponibilité des moyens adaptés et efficaces et leur coût pour les fournisseurs de service »<sup>84</sup>.

84 Article 17, paragraphe 5. Voy. aussi les limitations pour les « nouveaux services en ligne » (paragraphe 6, commenté *supra*, n° 22). Ce souci de tenir compte des intérêts des plateformes est encore exprimé au considérant 66: « (...) Lors de l'évaluation visant à déterminer si un fournisseur de services de partage de contenus en ligne a fourni ses meilleurs efforts conformément aux normes élevées du secteur en matière de diligence professionnelle, il y a lieu de prendre en considération le fait que le fournisseur de services a pris ou non toutes les mesures qu'un opérateur diligent prendrait en vue d'empêcher la disponibilité d'œuvres ou autres objets protégés non autorisés sur son site internet, en tenant compte des meilleures pratiques du secteur et de l'efficacité des mesures prises à la lumière de tous les facteurs et évolutions pertinents, ainsi que du principe de proportionnalité. Plusieurs éléments devraient être pris en considération aux fins de cette évaluation, tels que la taille du service, l'évolution de l'état de l'art en ce qui concerne les moyens existants, y compris leurs évolutions futures potentielles, pour éviter la disponibilité des différents types de contenus et le coût de tels moyens pour les services. Différents moyens pourraient être appropriés et proportionnés, en fonction du type de contenu, et il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits. (...) ».

**S'agissant des intérêts des titulaires de droits**, le législateur les a évidemment consacrés en étendant le champ du droit de communication au public aux actes accomplis par les plateformes (paragraphe 1<sup>er</sup>). Mais dans un souci d'équilibre, il a conditionné la responsabilité éventuelle de ces dernières à la communication préalable d'informations communiquées par les titulaires de droits (voy. les références aux « informations pertinentes et nécessaires » et « notification suffisamment motivée »), limitant ainsi quelque peu la portée du droit qui leur est par ailleurs reconnu.

**S'agissant enfin de sauvegarder les intérêts des utilisateurs du service**, le législateur a prévu une série de garanties. Ainsi aux termes du paragraphe 7, alinéa 1<sup>er</sup>,

« [l]a coopération entre les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne et les titulaires de droits ne conduit pas à empêcher la mise à disposition d'œuvres ou d'autres objets protégés téléversés par des utilisateurs qui ne portent pas atteinte au droit d'auteur et aux droits voisins, y compris lorsque ces œuvres ou autres objets protégés sont couverts par une exception ou une limitation »<sup>85</sup>.

Aux termes du paragraphe 8, alinéa 1<sup>er</sup>, l'application de l'article 17 « ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance », tandis que le paragraphe 9, alinéa 3 ajoute qu'il

« n'entraîne aucune identification d'utilisateurs individuels ni de traitement de données à caractère personnel, excepté conformément à la directive 2002/58/CE [directive vie privée et communications électroniques] et au règlement (UE) 2016/679 [règlement général sur la protection des données (RGPD)] ».

Enfin suivant le paragraphe 9, alinéa 1<sup>er</sup>, les plateformes doivent mettre en place

« un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la disposition des utilisateurs de leurs services en cas de litige portant sur le blocage de l'accès à des œuvres ou autres objets protégés qu'ils ont téléversés ou sur leur retrait ».

---

85 Voy. également l'article 17, paragraphe 9, alinéa 3 : « La présente directive n'affecte en aucune façon les utilisations légitimes, telles que les utilisations relevant des exceptions ou limitations prévues par le droit de l'Union (...) ».

## 26. L'équilibre entre les différents intérêts en présence recherché par le législateur est-il atteint ?

A notre avis, une réponse à la question emporte nécessairement une analyse en termes de droits fondamentaux. Or, mise à part une déclaration tout à fait générale au considérant 84<sup>86</sup>, il semble que dans la recherche d'équilibre qui a présidé à l'adoption de l'article 17, le législateur ait estimé que celui-ci devait être pensé en termes de droits fondamentaux essentiellement pour ce qui concerne la sauvegarde des intérêts des utilisateurs. Ceci l'a amené à conclure que les exceptions de citation, critique revue et d'utilisation à des fins de caricature, de parodie et de pastiche (facultatives sous l'empire de la directive 2001/29/CE<sup>87</sup>) devraient être rendues obligatoires<sup>88</sup>.

C'est un peu court et l'analyse nous paraît devoir être bien plus fine.

En effet, depuis un arrêt *Fransson* de la CJUE, il est clair qu'

« il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte [des droits fondamentaux de l'Union européenne] »<sup>89</sup>.

Et l'on savait déjà depuis un arrêt *Promusicae*<sup>90</sup> que lorsqu'il s'agit de concilier des exigences liées à la protection de différents droits fonda-

86 « La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus en particulier par la Charte. En conséquence, il y a lieu d'interpréter et d'appliquer la présente directive conformément à ces droits et principes ».

87 Voy. l'article 5, paragraphe 3, sous d) et k), de la directive 2001/29/CE.

88 Article 17, paragraphe 7, alinéa 2. Voy. également le considérant 70: « (...) Les utilisateurs devraient être autorisés à téléverser et à mettre à disposition les contenus générés par les utilisateurs aux fins spécifiques de la citation, de la critique, de la revue, de la caricature, de la parodie ou du pastiche. Cet aspect est particulièrement important aux fins d'assurer un équilibre entre, d'une part les droits fondamentaux inscrits dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après dénommée « Charte »), notamment la liberté d'expression et la liberté des arts, et d'autre part le droit de propriété, y compris la propriété intellectuelle. Ces exceptions et limitations devraient dès lors être rendues obligatoires afin de garantir que les utilisateurs bénéficient d'une protection uniforme dans l'ensemble de l'Union (...) ».

89 C.J.U.E., 26 février 2013, *Åklagaren c. Fransson*, C-617/10, point 21.

90 C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, spéc. points 61-70.

mentaux, la CJUE vérifie s'il existe un « **juste équilibre** » entre ceux-ci. Et elle a depuis lors précisé que l'obligation de rechercher un « juste équilibre » entre les droits, libertés ou intérêts en conflit s'impose aux institutions de l'Union européenne lors de l'adoption du droit de l'Union<sup>91</sup>, au législateur national lors de sa transposition<sup>92</sup> et aux juridictions nationales lors de son application<sup>93</sup>.

27. Or, les divers intérêts que le législateur a tenté de concilier dans le cadre de l'article 17 sont tous protégés au titre de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Chaque paragraphe concrétise en effet une ou plusieurs des dispositions de la Charte, ce que l'on peut représenter schématiquement comme suit :

Charte des droits fondamentaux de l'UE	Article 17 de la directive (UE) 2019/790
Protection des données à caractère personnel (art. 8)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Pas d'obligation générale de surveillance (par. 8)</li> <li>• Pas d'identification d'utilisateurs individuels/traitement de données) caractère personnel, sauf dans le respect du RGPD <i>e.a.</i> (par. 9)</li> </ul>
Liberté d'expression et d'information (art. 11) Liberté des arts (art. 13)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autorisation donnée au fournisseur valable pour l'acte du fournisseur et de l'utilisateur (par. 2)</li> <li>• La mesure ne doit pas empêcher les utilisations licites (par. 7)</li> </ul>

91 Voy. spéc. C.J.U.E., 6 septembre 2012, *Deutsches Weintor c. Land Rheinland-Pfalz*, C-544/10, point 47 (à propos d'un règlement (CE) n° 1924/2006 concernant les allégations nutritionnelles et de santé portant sur les denrées alimentaires).

92 Voy. spéc. C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06, point 68 (à propos de différentes directives, dont la transposition n'impose pas de prévoir, dans une situation telle que celle en cause, l'obligation de communiquer des données à caractère personnel en vue d'assurer une protection effective du droit d'auteur dans le cadre d'une procédure civile).

93 Voy. spéc. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 32 (à propos de l'application de l'exception de parodie en droit d'auteur).

Charte des droits fondamentaux de l'UE	Article 17 de la directive (UE) 2019/790
Liberté d'entreprise (art. 16)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Prise en compte des spécificités du service, de la disponibilité et du coût des mesures (par. 5)</li> <li>• Prise en compte de la position sur le marché du fournisseur (par. 6)</li> </ul>
Propriété intellectuelle (art. 17, par. 2)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Extension du droit de communication au public (par. 1)</li> </ul>
Droit à un recours effectif (art. 47)	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dispositif de traitement des plaintes et de recours (par. 9)</li> </ul>

En d'autres termes, l'interprétation de l'article 17 de la directive constitue un cas d'école pour l'application de la jurisprudence de la CJUE relative au « juste équilibre » et il est inévitable selon nous qu'une fois appelée à se prononcer sur cette interprétation, la CJUE ne manquera pas de raisonner au départ de cette jurisprudence, suivant ainsi sa pratique, proche des juridictions de *common law*, de s'en tenir à ses précédents<sup>94</sup>.

L'on serait donc bien inspiré de tenter de s'aventurer dans le futur – proche, pour qui se souvient du recours en annulation introduit par la République de Pologne, précisément sur le fondements des droits fondamentaux (voy. *infra*, n° 53) – en fournissant une lecture prospective de cet article 17 à la lumière de cette jurisprudence.

C'est l'objet de la seconde partie de cette contribution.

---

<sup>94</sup> Voy. *supra*, note 30.

### III. Deuxième partie: lecture prospective de l'article 17 à la lumière du critère du « juste équilibre »

#### A. Prolégomènes: les méthodes d'interprétation du droit de l'Union européenne par la CJUE, spécialement en droit d'auteur

28. L'approche interprétative de la CJUE a été synthétisée dans son arrêt *Merck*<sup>95</sup> et constitue depuis lors une jurisprudence constante<sup>96</sup>. Ainsi,

« il y a lieu, pour l'interprétation d'une disposition du droit [de l'Union] de tenir compte non seulement des termes de celle-ci mais également de son contexte et des objectifs poursuivis par la réglementation dont elle fait partie »<sup>97</sup>.

Cette formule classique, que l'on retrouve dans sa jurisprudence dans le domaine du droit d'auteur également<sup>98</sup>, met en exergue les trois méthodes d'interprétation classiquement employées par la CJUE – **littérale, systématique (ou contextuelle), téléologique** – au départ desquelles il convient de procéder si l'on veut fournir une lecture prospective de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

Dans le domaine du droit d'auteur et spécialement dans le cadre de l'interprétation de la directive 2001/29/CE, la jurisprudence de la CJUE dévoile des raffinements subtils de ces différentes méthodes d'interprétation qui, selon nous, constituent autant de principes<sup>99</sup>. Eu égard à l'objectif de la présente contribution, il semble opportun, à titre liminaire, de se prononcer sur l'applicabilité de certains de ces principes d'interprétation à la directive (UE) 2019/790.

29. La **méthode d'interprétation littérale** n'appelle pas de commentaire particulier.

---

95 C.J.C.E., 17 novembre 1983, *Merck*, aff. 292/82.

96 Voy. K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 10, n° 8.

97 *Merck*, point 12.

98 Voy. par ex. C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 19.

99 Pour plus de détails, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 1), pp. 127-135, n° 25.

30. S'agissant de la **méthode d'interprétation systématique (ou contextuelle)**, la jurisprudence fournie met en évidence au moins quatre principes, allant du plus général vers le particulier.

Premièrement, dans le contexte international, l'interprétation de la directive 2001/29/CE doit se faire, dans la mesure du possible, à la lumière des traités internationaux en matière de droit d'auteur<sup>100</sup>, spécialement là où elle vise à mettre ceux-ci en œuvre<sup>101</sup>. Ce principe ne paraît pas trouver vocation à s'appliquer avec la même force dans le cadre de la directive (UE) 2019/790 et singulièrement aux fins de l'interprétation de l'article 17, qui ne vise aucunement à mettre en œuvre un traité international, à la différence de la directive 2001/29/CE<sup>102</sup>.

Deuxièmement, dans le contexte des droits fondamentaux, le droit d'auteur est protégé en tant que droit de propriété intellectuelle (article 17, paragraphe 2 de la Charte) mais la CJUE a clairement précisé qu'

« il ne ressort nullement de cette disposition ni de la jurisprudence de la Cour qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue »<sup>103</sup>.

Aussi convient-il, suivant la CJUE, d'assurer un « juste équilibre » entre la protection du droit d'auteur en tant que droit de propriété intellectuelle et celle des autres droits fondamentaux avec lesquels il pourrait entrer en conflit<sup>104</sup>. Eu égard à la recherche d'équilibre poursuivie par le

100 Voy. spéc. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 189 (à propos du droit de communication au public de l'article 3, paragraphe 1<sup>er</sup>).

101 Voy. spéc. C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10, point 51.

102 Voy. le considérant 15 qui précise que la directive vise à mettre en œuvre certaines de ses nouvelles obligations internationales découlant des traités de l'OMPI. Voy. également spéc. C.J.U.E., 26 avril 2012, *DR, TV2 Danmark A/S c. NCB – Nordisk Copyright Bureau*, C-510/10, point 29.

103 Voy. à l'origine C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, point 43 (nous soulignons). Voy. depuis lors C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17 point 33; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, point 72; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, point 56; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 61.

104 Voy. spéc. la jurisprudence relative à la mise en œuvre du droit d'auteur sur Internet, C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17, points 45-52; C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, points 84-101; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constan-*

législateur et pour les raisons mentionnées *supra* (nos 24-27), l'article 17 apparaît de toute évidence comme le lieu privilégié du recours à ce principe d'interprétation.

Troisièmement, dans le contexte du droit dérivé, la CJUE a souligné que les différents instruments existant dans le domaine du droit d'auteur constituent un « cadre juridique harmonisé »<sup>105</sup>. Reprenant à son compte le considérant 20 de la directive 2001/29/CE<sup>106</sup>, elle a souligné que celle-ci est « fondée sur les principes et les règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine (...) »<sup>107</sup>. Il va de soi que la directive (UE) 2019/790 s'inscrit dans ce « cadre juridique harmonisé »<sup>108</sup>.

Dans le contexte de ces différentes directives, la CJUE a considéré que les notions y employées doivent être,

« compte tenu des exigences découlant de l'unité et de la cohérence de l'ordre juridique de l'Union, (.) interprétées à la lumière des règles et

---

*tin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, points 46-63; C.J.U.E., 19 avril 2012, *Bonnier Audio e.a.c. Perfect Communication Sweden*, C-461/10, points 49-60; C.J.U.E., 16 février 2012, *SABAM c. Netlog*, C-360/10, points 42-51; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, points 44-53; C.J.U.E., 19 février 2009, *LSG c. Tele2 Telecommunication*, C-557/07, points 28-29; C.J.U.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España SAU*, C- 275/06, points 62-68.

105 Voy. spéc. C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 35-36 :

« 35. De même, conformément aux articles 1<sup>er</sup>, paragraphe 3, de la directive 91/250, 3, paragraphe 1, de la directive 96/9 et 6 de la directive 2006/116, des œuvres telles que des programmes d'ordinateur, des bases de données ou des photographies ne sont protégées par le droit d'auteur que si elles sont originales en ce sens qu'elles sont une création intellectuelle propre à leur auteur.

36. En établissant un cadre juridique harmonisé du droit d'auteur, la directive 2001/29 est fondée, ainsi qu'il ressort de ses quatrième, neuvième à onzième et vingtième considérants, sur le même principe ».

106 Considérant 20 : « La présente directive se fonde sur des principes et des règles déjà établis par les directives en vigueur dans ce domaine, notamment les directives 91/250/CEE, 92/100/CEE, 93/83/CEE, 93/98/CEE et 96/9/CEE. Elle développe des principes et règles et les intègre dans la perspective de la société de l'information. (.) ».

107 Voy. spéc. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 187.

108 Voy. spéc. les considérants 2 et 3.

des principes établis par l'ensemble des directives relatives à la propriété intellectuelle (...)»<sup>109</sup>.

Ce besoin de cohérence favorise une approche « notionnelle » de la matière, que la CJUE viendra parfois tempérer au profit d'une approche « fonctionnelle »<sup>110</sup>. Ainsi considère-t-elle qu'une même notion employée dans plusieurs directives pourra recevoir une interprétation différente lorsque le législateur de l'Union aura « exprimé, dans un contexte législatif précis, une volonté différente »<sup>111</sup>. Eu égard à l'objectif spécifique poursuivi par l'article 17 de combler le « value gap » (voy. *supra*, n° 15), il est tout à fait possible qu'une approche fonctionnelle soit préférée à l'approche notionnelle par la CJUE.

Quatrièmement, dans le contexte de la directive elle-même, la CJUE insiste sur le fait que le droit exclusif constitue le principe général auquel dérogent les exceptions et limitations qui doivent dès lors faire l'objet d'une interprétation « stricte »<sup>112</sup>. Pour autant, cette interprétation ne doit pas être « restrictive »<sup>113</sup>. En effet, la CJUE estime que ces dernières « comportent elles-mêmes des droits au profit des utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés (...) » et que l'article 5 de la directive 2001/29/CE où elles trouvent principalement leur siège

« a spécifiquement pour objet (...) d'assurer un juste équilibre entre, d'une part, les droits et intérêts des titulaires de droits, qui font eux-mêmes l'objet d'une interprétation large et, d'autre part, les droits et intérêts des utilisateurs d'œuvres ou d'autres objets protégés. Il en découle que l'interprétation des exceptions et des limitations prévues à l'article 5 de la directive 2001/29 doit permettre (...) de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité, une telle exigence

109 Voy. à l'origine C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 188.

110 Voy. en ce sens J. MALENOVSKY, *op. cit.* (note 14), pp. 420-421.

111 Voy. à l'origine C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 188.

112 Voy. à l'origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, point 56 : « selon une jurisprudence constante, les dispositions d'une directive qui dérogent à un principe général établi par cette même directive doivent faire l'objet d'une interprétation stricte ».

113 Sur la différence entre interprétation « stricte » et « restrictive » des exceptions dans la jurisprudence de la CJUE, voy. J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un < juste équilibre > en droit d'auteur », *op. cit.* (note 25), pp. 184-199.

revêtant une importance particulière lorsque ces exceptions et limitations visent (...) à garantir le respect de libertés fondamentales »<sup>114</sup>.

Là aussi, eu égard à la recherche d'équilibre poursuivie par le législateur et pour les raisons mentionnées *supra* (nos 24-27), ce principe d'interprétation doit guider la lecture de l'article 17.

**31. Pour ce qui concerne maintenant la méthode d'interprétation téléologique, plusieurs principes peuvent être dégagés.**

Premièrement, la CJUE estime que l'objectif principal de la directive 2001/29/CE est

« d'instaurer un niveau élevé de protection en faveur, entre autres, des auteurs, permettant à ceux-ci d'obtenir une rémunération appropriée pour l'utilisation de leurs œuvres, notamment à l'occasion d'une communication au public »<sup>115</sup>.

Il s'ensuit que les notions de reproduction<sup>116</sup> et de communication au public<sup>117</sup> doivent recevoir une interprétation « large ». Les mêmes objectifs étant poursuivis par la directive (UE) 2019/790, le même principe d'interprétation devrait *a priori* trouver à s'appliquer. On relèvera toutefois que dans le raisonnement de la CJUE, ce principe d'interprétation s'appuie encore sur les considérants de la directive 2001/29/CE qui insistent expressément sur la nécessité de retenir une définition large des droits de reproduction et de communication au public<sup>118</sup>. Or on ne retrouve aucun équivalent en ce sens dans les considérants de la directive (UE) 2019/790 à propos du droit de communication au public visé à l'article 17.

---

114 C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, points 53-55; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, points 69-71 (nous soulignons).

115 Voy. à l'origine C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 36 (nous soulignons).

116 Voy. à l'origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, point 43.

117 Voy. à l'origine C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 36.

118 Voy. respectivement les considérants 21 et 23.

Deuxièmement, et il s'agit là d'un tempérament important du premier principe, la CJUE est d'avis que

«l'harmonisation effectuée par [la] directive 2001/29 vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre entre, d'une part, l'intérêt des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins à la protection de leur droit de propriété intellectuelle, garantie par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après la «Charte»), et, d'autre part, la protection des intérêts et des droits fondamentaux des utilisateurs d'objets protégés, en particulier de leur liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte, ainsi que de l'intérêt général»<sup>119</sup>.

A l'analyse, il en découle clairement que le principe de l'interprétation «large» du droit n'impose donc pas de retenir l'interprétation «la plus large»<sup>120</sup>, et ce en application du deuxième principe d'interprétation systématique exposé *supra* (n° 30). La portée du droit exclusif peut donc être limitée dans sa définition même, en témoignent les arrêts *GS Media*<sup>121</sup> (à propos du droit de communication au public) et *Pelham*<sup>122</sup> (en matière de droits voisins, à propos du droit de reproduction du producteur de phonogrammes). Rien ne justifierait que la CJUE s'écarte de ce principe dans le cadre de son interprétation de l'article 17, *a fortiori* lorsque l'on a égard à la recherche d'équilibre poursuivie par le législateur.

Troisièmement, et il s'agit là d'un autre tempérament important du premier principe, la CJUE estime que

«l'objet spécifique de la propriété intellectuelle vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à dis-

119 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 31 (nous soulignons). Voy. également C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 41.

120 Sur la différence entre interprétation «large» et «la plus large» des droits dans la jurisprudence de la CJUE (spéc. ses arrêts *GS Media* et *Pelham*), voy. J. CABAY, M. LAMBRECHT, «Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux: La Cour de justice à la recherche d'un «juste équilibre» en droit d'auteur», *op. cit.* (note 25), pp. 199-215.

121 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

122 C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17.

position des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés »<sup>123</sup>.

Par contre,

« un tel objet spécifique ne garantit pas aux titulaires de droit concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible (...) »<sup>124</sup>.

Rien à nouveau ne justifierait que la CJUE s'écarte de ce principe dans le cadre de son interprétation de l'article 17, *a fortiori* lorsque l'on a égard à l'objectif poursuivi par le législateur.

Quatrièmement, la CJUE estime que la directive 2001/29/CE vise à l'harmonisation partielle du droit d'auteur dans la société de l'information, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur<sup>125</sup>. Plus encore, nous avons formulé l'hypothèse selon laquelle la CJUE pourrait être guidée par un principe d'interprétation téléologique tiré de l'objectif de construction du marché unique numérique – qui prolonge le marché intérieur –<sup>126</sup>, lequel serait particulièrement approprié à l'interprétation de la directive (UE) 2019/790.

L'une des conséquences majeures de cette finalité poursuivie par la directive 2001/29/CE est que, suivant la CJUE, cela « implique le développement de notions autonomes du droit de l'Union (...) »<sup>127</sup>. En vertu de cette doctrine des « notions autonomes » – tout à fait générale en droit

---

123 C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 34 (nous soulignons).

124 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108 (nous soulignons).

125 Voy. à l'origine C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, points 26 et 31-34.

126 Sur cette hypothèse à propos de la jurisprudence de la CJUE en matière d'hyperliens, voy. J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 20), pp. 51-82.

127 Voy. à l'origine C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE)*, C-467/08, point 35 (nous soulignons).

de l'Union européenne<sup>128</sup> et qui a trouvé dans le domaine du droit d'auteur un véritable terreau d'élection<sup>129</sup> –

« il découle des exigences tant de l'application uniforme du droit communautaire que du principe d'égalité que les termes d'une disposition de droit communautaire qui, telles celles de la directive 2001/29, ne comportent aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute la Communauté, une interprétation autonome et uniforme »<sup>130</sup>.

De toute évidence, dès lors que la directive (UE) 2019/790 approfondit l'harmonisation dans le cadre du marché intérieur<sup>131</sup>, cette doctrine des « notions autonomes » trouvera vocation à s'appliquer également. Les nombreuses notions aux contours incertains de l'article 17 nous paraissent d'ailleurs particulièrement sujette à l'« autonomisation », au premier titre la notion de « meilleurs efforts ».

32. C'est donc au moyen de ces méthodes et principes qu'il convient à notre avis d'interpréter l'article 17, si l'on veut en fournir une lecture

128 Voy. de manière générale sur les notions autonomes du droit de l'Union, L. CHARBONNEAU, « Notions autonomes et intégration européenne », *C.D.E.*, 2013, p. 21 et s.; R. KOVAR, « La contribution de la Cour de justice à l'édification de l'ordre juridique communautaire », *Collected Courses of the Academy of European Law*, 1993, The Hague, Kluwer, 1995, spéc. pp. 40-43.

129 C.J.C.E., 6 février 2003, *SENA c. NOS*, C-245/00, point 23; C.J.C.E., 12 septembre 2006, *Laserdisken c. Kulturministeriet*, C-479/04, point 24; C.J.C.E., 7 décembre 2006, *SGAE c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31; C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 27-29; C.J.U.E., 21 octobre 2010, *Padawan c. SGAE*, C-467/08, points 31-37; C.J.U.E., 30 juin 2011, *VEWA c. Belgique*, C-271/10, point 25; C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, points 154 et 185; C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Circul Globus Bucuresti c. UCMR-ADA*, C-283/10, points 31-32; C.J.U.E., *DR et TV2 Danmark c. NCB*, C-510/10, point 33; C.J.U.E., 21 juin 2012, *Donner*, C-5/11, point 25; C.J.U.E., 3 juillet 2012, *UsedSoft C. Oracle International*, C-128/11, point 39; C.J.U.E., 13 février 2014, *Svensson e.a.c. Retriever Sverige*, C-466/12, points 33-41; C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Helena Vandersteen e.a.*, C-201/13, points 14 et 16; C.J.U.E., 13 mai 2015, *Dimensione Direct Sales et Labianca c. Knoll International*, C-516/13, point 22; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Wetfalen c. Rencshoff*, C-161/17, point 17; C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, point 33.

130 Voy. à l'origine en droit d'auteur, C.J.C.E., 7 décembre 2006, *Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE) c. Rafael Hoteles*, C-306/05, point 31.

131 Considérants 1 et 2.

prospective au sens de la CJUE. Sans pouvoir entrer dans le détail de tous les aspects de cette disposition, il nous paraît à tout le moins possible de formuler deux hypothèses concrètes, respectivement quant à l'interprétation du droit de communication au public visé au paragraphe 1<sup>er</sup> (B) ainsi que certains aspects des obligations de filtrage qui découlent du paragraphe 4 (C).

## **B. Un droit de communication au public limité**

### **1. Interprétation littérale et contextuelle**

**33.** La portée du droit de communication au public visé à l'article 17 fait débat en doctrine<sup>132</sup>.

**34.** Dans le cadre d'une interprétation littérale, l'on pourrait être tenté de lire celui-ci comme une simple extension du droit de communication au public ou de mise à la disposition du public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, les termes employés étant identiques.

**35.** Une interprétation contextuelle met rapidement cette conclusion hâtive en doute.

Si l'on s'en tient tout d'abord à la formulation du texte du paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, comparée à la formulation des paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 2 et paragraphe 2, on voit que ces seconds font expressément référence au droit de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, là où le premier n'opère aucun renvoi exprès. Ceci pourrait laisser entendre que le droit de communication au public visé par cet article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, constitue en réalité un droit de communication au public *sui generis*, distinct de celui visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

Le contraste avec la rédaction de l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790 est d'ailleurs sur ce point saisissant et donne du crédit à cette interprétation. En effet, pour consacrer un nouveau

---

132 Voy. spéc. M. HUSOVEC, J.P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », *op. cit.* (note 42); Association Littéraire et Artistique Internationale (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », *op. cit.* (note 42) (qui insiste sur le caractère exclusif dudit droit de communication au public).

droit (notamment) de communication au public aux éditeurs de publications presse pour l'utilisation en ligne de celles-ci par les fournisseurs de services de la société de l'information, ledit article 15 procède par renvoi exprès à l'article 3 de la directive 2001/29/CE<sup>133</sup> (et ce alors même que la portée des deux droits de communication au public diffèrent<sup>134</sup>). En termes légistiques, il eut été plus cohérent pour le législateur de procéder de la même manière s'il avait voulu effectivement conférer au droit de communication au public visé à l'article 17 paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup> de la directive (UE) 2019/790, la même portée qu'à celui consacré à l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

Alternativement, dès lors que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne n'est pas à proprement parler à l'origine de la communication au public qu'il effectue – celle-ci étant entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs – le législateur aurait pu estimer que l'acte accompli par ce fournisseur (au sens de l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>) « particip[e] à un acte unique de communication au public » (au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE) déclenché par un utilisateur. Mais dans ce cas à nouveau, il eut été plus cohérent sur le plan légistique d'employer ce type de formulation, par ailleurs retenue pour définir le régime spécifique de la « transmission de programmes par injection directe » de l'article 8 de la directive (UE) 2019/789<sup>135</sup>, adoptée le même jour que la directive (UE) 2019/790.

133 « (...) Les États membres confèrent aux éditeurs de publications de presse établis dans un État membre les droits prévus à l'article 2 et à l'article 3, paragraphe 2, de la directive 2001/29/CE pour l'utilisation en ligne de leurs publications de presse par des fournisseurs de services de la société de l'information (...) ».

134 En ses alinéas 2 à 4, l'article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, énonce en effet une série de limitations aux droits reconnus à l'alinéa 1<sup>er</sup>.

135 Directive (UE) 2019/789 du 17 avril 2019 établissant les règles sur l'exercice du droit d'auteur et des droits voisins applicables à certaines transmissions en ligne d'organismes de radiodiffusion et retransmissions de programmes de télévision et de radio, et modifiant la directive 93/83/CEE du Conseil, *J.O.U.E.* du 17 mai 2019, L 130/82, Article 8, paragraphe 1<sup>er</sup>: « Lorsqu'un organisme de radiodiffusion transmet par injection directe ses signaux porteurs de programmes à un distributeur de signaux sans que l'organisme de radiodiffusion ne transmette lui-même simultanément ces signaux porteurs de programmes directement au public, et que le distributeur de signaux transmet au public ces signaux porteurs de programmes, l'organisme de radiodiffusion et le distributeur de signaux sont considérés comme participant à un acte unique de communication au public, pour lequel ils obtiennent une autorisa-

Tous ces éléments de texte sont de nature à accréditer l'hypothèse suivant laquelle le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, est un droit *sui generis*, distinct du droit de communication au public au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

## 2. Interprétation téléologique: appréciation individualisée du droit de communication au public

36. Au-delà de cette analyse quelque peu formelle et indépendamment de la pertinence de la qualification *sui generis* pour le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, il convient surtout de s'interroger sur sa portée.

Pour ce faire, il importe d'identifier l'approche la plus susceptible d'être suivie par la CJUE, «notionnelle» ou «fonctionnelle» (voy. *supra*, n° 30). A la lumière de la jurisprudence de la CJUE en matière de communication au public, il nous paraît plus probable qu'elle adoptera la seconde approche.

37. En effet, dans un arrêt *Del Corso*<sup>136</sup>, la CJUE s'est prononcée sur le rapport entre les notions de «communication au public» figurant respectivement à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100/CEE (aujourd'hui 2006/115/CE) relative au droit de location et de prêt et à certains droits voisins du droit d'auteur dans le domaine de la propriété intellectuelle et à l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29/CE. Elle a conclu que la première devait faire l'objet d'une «appréciation individualisée» aux termes d'un raisonnement qu'il convient de reproduire dans son intégralité:

«74. Il résulte de la comparaison des articles 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 et 8, paragraphe 2, de la directive 92/100 que la notion de «communication au public» figurant dans ces dispositions est utilisée dans des contextes qui ne sont pas identiques et vise des finalités, certes similaires, mais toutefois en partie divergentes.

75. En effet, les auteurs disposent, en vertu de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, d'un droit de nature préventive leur permettant de s'interposer entre d'éventuels utilisateurs de leur œuvre et

---

tion des titulaires de droits. Les États membres peuvent prévoir les modalités d'obtention de l'autorisation des titulaires de droits».

136 C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10.

la communication au public que ces utilisateurs pourraient envisager d'effectuer, et ce afin d'interdire celle-ci. En revanche, les artistes interprètes ou exécutants et les producteurs de phonogrammes bénéficient, en vertu de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, d'un droit à caractère compensatoire, qui n'est pas susceptible de s'exercer avant qu'un phonogramme publié à des fins de commerce, ou une reproduction de ce phonogramme, soit ou ait déjà été utilisé pour une communication au public par un utilisateur.

76. Il s'ensuit, s'agissant plus particulièrement de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, d'une part, que cette disposition implique une appréciation individualisée de la notion de communication au public. Il en est de même en ce qui concerne l'identité de l'utilisateur et la question de l'utilisation du phonogramme en question.

77. D'autre part, l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100 s'exerçant dans le cas d'une utilisation de l'œuvre, il s'avère, dès lors, que le droit visé par cette disposition est un droit de nature essentiellement économique.

78. Ainsi, afin d'apprécier si un utilisateur réalise un acte de communication au public, au sens de l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, il convient, conformément à l'approche individualisée, telle que constatée au point 76 du présent arrêt, d'apprécier la situation d'un utilisateur précis ainsi que celle de l'ensemble des personnes auxquelles il communique les phonogrammes protégés.

79. Aux fins d'une telle appréciation, il importe de tenir compte de plusieurs critères complémentaires, de nature non autonome et interdépendants les uns par rapport aux autres. Par conséquent, il y a lieu de les appliquer tant individuellement que dans leur interaction les uns avec les autres, étant entendu qu'ils peuvent, dans différentes situations concrètes, être présents avec une intensité très variable »<sup>137</sup>.

Sur ces différents points, le raisonnement nous paraît largement transposable à l'examen du rapport entre les notions de « communication au public » respectivement aux articles 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, alinéa 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790 et 3 de la directive 2001/29/CE.

D'abord, il apparaît que le droit de communication au public visé à l'article 17 poursuit une finalité propre, à savoir combler le « value gap »

---

137 Nous soulignons.

(voy. *supra*, n° 15). Ceci ressort à suffisance du considérant 61, spécialement en tant qu'il fait référence à la difficulté spécifique rencontrée par les titulaires de droits pour obtenir une rémunération appropriée en contrepartie des utilisations de leurs œuvres (et autres objets protégés) réalisées sur les plateformes de partage<sup>138</sup>.

Ensuite, s'il est vrai qu'à la différence du droit visé à l'article 8, paragraphe 2 de la directive 92/100/CEE (aujourd'hui 2006/115/CE), le droit visé à l'article 17 est bien de nature préventive – en ce sens que toute communication au public au sens de celui-ci requiert le consentement préalable du titulaire de droits<sup>139</sup> <sup>140</sup> – le caractère préventif de ce droit est toutefois limité par rapport à celui de l'article 3 de la directive 2001/29/CE. En effet, pour peu que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne démontre qu'il a fourni ses « meilleurs efforts pour obtenir une autorisation », le droit visé à l'article 17 ne permettra pas de prévenir « toute communication au public qu'il pourrait envisager d'effectuer » mais uniquement celles portant sur des œuvres et autres objets protégés pour lesquelles les titulaires de droits ont fourni audit fournisseur les « informations pertinentes et nécessaires » et/ou lui ont envoyé une « notification suffisamment motivée »<sup>141</sup>. Ce type de formalité préalable à la mise en œuvre du droit visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 ne conditionne aucunement à la mise en œuvre du droit visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE<sup>142</sup>.

Enfin, eu égard à l'objectif de combler le « value gap » mais aussi parce que sa mise en œuvre est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs – et donc qu'elle « soit ou ait déjà été utilisé pour une communication au public par un utilisateur » – le droit visé à l'article 17 peut vraisemblablement être considéré, si pas comme un « droit à caractère compensa-

138 Comp. *Del Corso*, point 74.

139 Comp. C.J.U.E., 16 novembre 2016, *Soulier et Doke*, C-301/15, point 33 : « (...) il importe de souligner que les droits garantis aux auteurs par l'article 2, sous a), et par l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 sont de nature préventive, en ce sens que tout acte de reproduction ou de communication au public d'une œuvre par un tiers requiert le consentement préalable de son auteur ».

140 En ce sens également, voy. ASSOCIATION LITTÉRAIRE ET ARTISTIQUE INTERNATIONALE (ALAI), « Projet d'avis concernant certains aspects de la mise en œuvre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique », *op. cit.* (note 42), p. 2.

141 Article 17, paragraphe 4.

142 Comp. *Del Corso*, point 75.

toire», en tout cas et à tout le moins, comme un « droit de nature essentiellement économique »<sup>143</sup>.

Il s'ensuit que le droit de communication au public de l'article 17 devrait, pareillement, être susceptible d'une « **appréciation individualisée** »<sup>144</sup>.

**38.** Certainement, l'on devra considérer avec la CJUE qu'au sens de cette disposition, de la même manière qu'au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE, « la notion de communication au public associe deux éléments cumulatifs, à savoir un < acte de communication > d'une œuvre et la communication de cette dernière à un < public > »<sup>145</sup>. Ils devront donc recevoir la même interprétation et l'arrêt *Ziggo*<sup>146</sup> de la CJUE constituera à cet égard, dans cette riche jurisprudence, le précédent le plus pertinent.

**39.** Là où l'interprétation pourra s'écarter de la jurisprudence précitée, c'est précisément en considération du « **caractère lucratif** » de la communication.

Dans un arrêt *Football Association Premier League*<sup>147</sup>, la CJUE a en effet considéré que le « caractère lucratif d'une < communication >, au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive sur le droit d'auteur, n'est pas dénué de pertinence »<sup>148</sup>. Dans son arrêt *Del Corso* précité, la CJUE a indiqué qu'il constitue l'un des « critères complémentaires » visé au point 79 et pertinents aux fins de l'« appréciation individualisée ». Transposant l'enseignement précité de l'arrêt *Football Association Premier League*, la CJUE dans son arrêt *Del Corso* a d'ailleurs estimé qu'« [i]l doit en aller à plus forte raison en présence du droit à une rémunération équitable, tel que prévu à l'article 8, paragraphe 2, de la directive 92/100, eu égard à la nature essentiellement économique de ce droit »<sup>149</sup>.

Alors certes, le fournisseur de services de partage de contenus en ligne, pour être visé par la directive (UE) 2019/790, doit nécessairement pour-

143 Comp. *Del Corso*, points 75 et 77.

144 Comp. *Del Corso*, point 76.

145 C.J.U.E., 14 juin 2017, *Stichting Brein c. Ziggo et XS4ALL Internet*, C-610/15, point 24.

146 *Ibid.*

147 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

148 *Premier League*, point 204.

149 C.J.U.E., 15 mars 2012, *Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso*, C-135/10, point 88 (nous soulignons).

suivre des « fins lucratives », s'agissant d'un élément essentiel de sa définition au sens de l'article 2, sous 6). Mais ces fins doivent être poursuivies dans le cadre d'une activité consistant à stocker, organiser, promouvoir et donner au public l'accès à des œuvres ou à d'autres objets protégés « qui ont été versés par ses utilisateurs ».

C'est donc le but lucratif poursuivi par ces utilisateurs qui nous paraît pertinent, le cas échéant.

Or à propos de la qualification de communication au public des hyperliens, la CJUE a considéré dans son arrêt *GS Media*<sup>150</sup> qu'

« [a]ux fins de l'appréciation individualisée de l'existence d'une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29, il convient ainsi, lorsque le placement d'un lien hypertexte vers une œuvre librement disponible sur un autre site Internet est effectué par une personne qui, ce faisant, ne poursuit pas un but lucratif, de tenir compte de la circonstance que cette personne ne sait pas, et ne peut pas raisonnablement savoir, que cette œuvre avait été publiée sur Internet sans l'autorisation du titulaire des droits d'auteur »<sup>151</sup>.

Cette personne qui ne poursuit pas de but lucratif n'effectue donc pas une communication au public, sauf s'il est établi qu'elle « savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet (...) »<sup>152</sup>.

Inversément,

« lorsque le placement de liens hypertexte est effectué dans un but lucratif, il peut être attendu de l'auteur d'un tel placement qu'il réalise les vérifications nécessaires pour s'assurer que l'œuvre concernée n'est pas illégalement publiée sur le site auquel mènent lesdits liens hypertexte, de sorte qu'il y a lieu de présumer que ce placement est intervenu en pleine connaissance de la nature protégée de ladite œuvre et de l'absence éventuelle d'autorisation de publication sur Internet par le titulaire du droit d'auteur. Dans de telles circonstances, et pour autant que cette présomption réfragable ne soit pas renversée, l'acte consistant à placer un lien hypertexte vers une œuvre illégale-

150 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

151 *GS Media*, point 47 (nous soulignons).

152 *GS Media*, point 49. Voy. aussi le point 50.

ment publiée sur Internet constitue une « communication au public », au sens de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 2001/29 »<sup>153</sup>.

Autrement dit, dans la mesure où l'existence d'un acte de communication au public au sens de l'article 17 dans le chef de la plateforme est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs, le but lucratif ou non poursuivi par cet utilisateur pour une communication spécifique – indépendamment du but lucratif nécessairement poursuivi par la plateforme en général – pourrait justifier, toujours dans le cadre d'une « appréciation individualisée », un traitement différencié de la portée du droit de communication au public au sens de l'article 17. A cet égard, on relève d'ailleurs qu'en cas d'obtention par la plateforme de l'autorisation visée à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, il est expressément prévu, aux termes du paragraphe 2, que cette autorisation « couvre également les actes accomplis par les utilisateurs des services (...) lorsqu'ils n'agissent pas à titre commerciale [*sic*] ou lorsque leur activité ne génère pas de revenus significatifs ».

Aussi, la portée du droit de communication au public visé à l'article 17 devrait pouvoir être modulée par la CJUE pour ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs. Cette limitation se traduira concrètement dans l'étendue de l'obligation de filtrage qui incombe au fournisseur de services de partage de contenus en ligne, que nous détaillerons *infra* (n° 70 et s.).

### 3. Limitation du droit de communication au public dans le cadre des droits fondamentaux

#### a) *Principe d'une limitation*

40. L'hypothèse avancée d'une limitation possible par la CJUE de la portée du droit de communication au public visé à l'article 17 – qui se dégage principalement d'une interprétation contextuelle en application du troisième principe identifié *supra* (n° 30) – trouve par ailleurs un appui solide dans sa jurisprudence en matière de droits fondamentaux.

Comme nous l'avons déjà relevé, la CJUE a souligné, pour la première fois dans un arrêt *Scarlet*<sup>154</sup>, que

<sup>153</sup> *GS Media*, point 51.

<sup>154</sup> C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

«[l]a protection du droit de propriété intellectuelle est certes consacrée à l'article 17, paragraphe 2, de la charte des droits fondamentaux de l'Union. Cela étant, il ne ressort nullement de cette disposition, ni de la jurisprudence de la Cour, qu'un tel droit serait intangible et que sa protection devrait donc être assurée de manière absolue»<sup>155</sup>.

Et lorsqu'il s'agit de concilier la protection de ce droit avec d'autres droits et libertés pareillement consacrés par la Charte, la CJUE opère à l'aide du critère du « juste équilibre », ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 30).

Au départ de cette prémisse, la CJUE a déjà pu estimer dans un arrêt *UPC Telekabel*<sup>156</sup>, au stade de la mise en œuvre du droit d'auteur, que, sous certaines conditions,

« bien que les mesures prises en exécution d'une injonction, telle que celle en cause au principal, ne soient pas susceptibles d'aboutir, le cas échéant, à un arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle, elles ne sauraient être considérées pour autant comme incompatibles avec l'exigence d'un juste équilibre à trouver, conformément à l'article 52, paragraphe 1, in fine, de la Charte, entre tous les droits fondamentaux applicables (...) »<sup>157</sup>.

La CJUE a en effet considéré, s'agissant d'une injonction de blocage faite à un fournisseur d'accès à Internet, que les mesures adoptées devaient

« être suffisamment efficaces pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause, c'est-à-dire qu'elles doivent avoir pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés et de décourager sérieusement les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services du destinataire de cette injonction de consulter ces objets mis à leur disposition en violation dudit droit fondamental »<sup>158</sup>.

Aussi, la CJUE pourrait déjà trouver dans ce précédent un appui au soutien d'une **limitation** du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, laquelle se traduirait concrète-

155 *Scarlet*, point 43 (nous soulignons). Voy. par ailleurs la jurisprudence citée *supra*, note 103.

156 C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12.

157 *UPC Telekabel*, point 63 (nous soulignons).

158 *UPC Telekabel*, point 62 (nous soulignons).

ment, **au stade de la mise en œuvre**, dans une obligation de filtrage limitée dans le chef du fournisseur de services de partage de contenus en ligne (voy. *infra*, n° 70 et s.),

41. Mais plus fondamentalement, toujours au départ de cette même prémisses, la CJUE a clairement indiqué dans un arrêt *Pelham*<sup>159</sup> à propos de la pratique de l'échantillonnage (« sampling »), que

« considérer qu'un échantillon, prélevé sur un phonogramme, et utilisé dans une nouvelle œuvre sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute aux fins d'une création artistique propre, constitue une « reproduction » de ce phonogramme, au sens de l'article 2, sous c), de la directive 2001/29 (...) méconnaîtrait (...) l'exigence de juste équilibre (...) »<sup>160</sup>,

en l'occurrence entre le droit voisin protégé en tant que droit de propriété intellectuelle par l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, d'une part, et de la liberté des arts, protégée par l'article 13 de la Charte. La CJUE a dès lors conclu que le droit de reproduction du producteur de phonogrammes devait être limité en conséquence.

Il en ressort que, dans l'approche de la CJUE, l'interprétation à la lumière du « juste équilibre » est susceptible de justifier une **limitation d'un droit de propriété intellectuelle dans sa définition même**<sup>161</sup>. L'arrêt *Pelham* paraît donc constituer un second soutien solide à l'appui d'une limitation par la CJUE du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, cette fois dans le cadre de sa définition même – en amont – justifiant d'autant plus une limitation – en aval – de l'obligation de filtrage censée en assurer la protection.

Le rapprochement est d'ailleurs d'autant plus pertinent si l'on a égard à la justification du droit voisin du producteur de phonogrammes, à savoir de permettre à celui-ci d'obtenir « un rendement satisfaisant de l'investissement »<sup>162</sup> ce qui, peu ou prou, rejoint la logique économique poursuivie par l'article 17 de combler le « value gap ». Or, si la CJUE estime dans cet arrêt *Pelham* pouvoir interpréter la portée de son droit

159 C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17.

160 *Pelham*, point 37 (nous soulignons).

161 Voy. spéc. notre analyse, J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un « juste équilibre » en droit d'auteur », *op. cit.* (note 25), spéc. pp. 209-215.

162 Voy. le considérant 10 de la directive 2001/29/CE.

de reproduction comme ne s'étendant pas à l'utilisation d'un échantillon « sous une forme modifiée et non reconnaissable à l'écoute », c'est précisément parce que cela « ne port[e] pas atteinte à la possibilité qu'a ledit producteur d'obtenir un rendement satisfaisant de son investissement »<sup>163</sup>.

43. Enfin, l'arrêt *GS Media*<sup>164</sup> déjà évoqué nous paraît un troisième soutien, certainement le plus solide, sur lequel la CJUE est susceptible de s'appuyer pour limiter la portée du droit de communication au public visé à l'article 17. Car si formellement, l'on ne retrouve pas dans sa formulation la prémisse rappelée ci-dessus (suivant laquelle la protection du droit de propriété intellectuelle n'est pas absolue), on y trouve par contre celle peut-être plus importante encore et déjà soulignée *supra* (n° 31) suivant laquelle

« l'harmonisation effectuée par [la] directive 2001/29 vise à maintenir, et ce notamment dans l'environnement électronique, un juste équilibre [entre différents droits fondamentaux garantis par la Charte] (...) »<sup>165</sup>.

Et il nous paraît très clair que sur ce fondement, la CJUE a entendu limiter la portée du droit de communication au public pour ce qui concerne les hyperliens placés par des particuliers qui ne poursuivent pas un but lucratif. Si cet arrêt a pu faire l'objet de vives critiques, on comprend à l'analyse que le raisonnement déployé par la CJUE est tourné vers le maintien de sa jurisprudence *Svensson*<sup>166</sup> tout en évitant les conséquences dommageables de celle-ci – suivant les deux lectures qui en étaient proposées – en termes de droits fondamentaux. D'où cette troisième voie, inédite, dans laquelle s'est inscrite la CJUE, celle d'une « présomption » fonction du caractère lucratif ou non du placement de l'hyperlien<sup>167</sup>.

Ainsi si les différences factuelles des situations visées à l'arrêt *GS Media* et à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 font obstacle à un transport pur et simple de la solution du premier au second, la recherche du « juste

163 *Pelham*, point 38.

164 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

165 *GS Media*, point 31 (nous soulignons).

166 C.J.U.E., 13 février 2014, *Nils Svensson e.a.c. Retriever Sverige*, C-466/12.

167 Voy. notre analyse en ce sens, J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique : voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 20), spéc. pp. 75-79.

équilibre » qui la sous-tend permet d'envisager que, dans cette seconde situation également, la CJUE puisse, dans le cadre d'une « appréciation individualisée » du droit de communication au public visé à l'article 17, en limiter la portée pour ce qui concerne les œuvres ou autre objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs, et ce précisément aux fins de respecter ce « juste équilibre ». Et nous verrons *infra* (n° 70 et s.) comment ceci se traduira dans l'obligation de filtrage limitée dans le chef du fournisseur de services de partage de contenus en ligne.

On relèvera encore que si la CJUE a pu dans ces arrêts *Pelham* et *GS Media*, dans le cadre de la directive 2001/29/CE, limiter respectivement les droits de reproduction (droits voisins) et de communication au public en dépit du premier principe d'interprétation téléologique suivant lequel ces droits doivent être interprétés largement (voy. *supra*, n° 31), à plus forte raison devrait-elle pouvoir le faire dans le cadre de la directive (UE) 2019/790. En effet, alors que les considérants de la première font expressément référence au fait que ces droits doivent être définis largement<sup>168</sup>, on ne retrouve aucun considérant similaire dans la seconde.

Tout indique donc qu'une limitation du droit visé à l'article 17 par la CJUE est plus que probable ou, à tout le moins, possible.

#### *b) Limites d'une limitation*

44. Reste encore la question de savoir si la limitation que l'on entrevoit est susceptible de satisfaire aux exigences de l'article 52, paragraphe 1<sup>er</sup> de la Charte, qui dispose que

« Toute limitation de l'exercice des droits et libertés reconnus par la présente Charte doit être prévue par la loi et respecter le contenu essentiel desdits droits et libertés. Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Dans un ouvrage relatif aux méthodes d'interprétation de la CJUE publié récemment, le Président LENAERTS et son référendaire GUTTIE-

<sup>168</sup> Considérants 21 et 23.

REZ-FONS ont tenté de systématiser quelque peu les conditions de cet article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>.

A les suivre, il ressort de cette disposition qu'une limitation devra, en tout état de cause, « respecter le **contenu essentiel** » du droit fondamental concerné<sup>169</sup>, ce qui suppose qu'il « ne soit pas remis en cause en tant que tel »<sup>170</sup>. En d'autres termes, « [l]a notion de < contenu essentiel > opère ainsi en tant que < limite aux limitations > qui peuvent s'imposer à l'exercice d'un droit fondamental »<sup>171</sup>.

Au titre des **objectifs légitimes** qui peuvent justifier une limitation d'un droit fondamental en vertu de cette disposition figure le « besoin de protection des droits et libertés d'autrui », lesquels, précisent-ils, incluent notamment les droits fondamentaux des tiers<sup>172</sup>.

Quant au principe de **proportionnalité** à l'aune duquel il convient d'apprécier ladite limitation, il comporterait, toujours selon eux, trois exigences :

« En premier lieu, la mesure en cause qui limite l'exercice d'un ou plusieurs droits fondamentaux doit être < apte > à la réalisation de l'objectif poursuivi, en contribuant à sa réalisation. En deuxième lieu, cette mesure doit être < nécessaire >, ce qui implique l'absence de mesures moins contraignantes qui permettent de réaliser l'objectif poursuivi d'une manière aussi efficace. En troisième et dernier lieu, la mesure doit être proportionnée < stricto sensu > : < les inconvénients causés par la [mesure en cause] ne sont pas démesurés par rapport aux objectifs poursuivis > »<sup>173</sup>.

169 Voy. pour une tentative récente de définition du contenu essentiel du droit de propriété intellectuelle, M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 840-863.

170 Voy. not. C.J.U.E., 20 mars 2018, *Menci*, C-524/15, point 43, cité sur ce point in K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 131, n° 156.

171 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 127, n° 151.

172 *Ibid.*, p. 132, n° 157.

173 *Ibid.*, p. 134, n° 160. Voy. également S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, « Article 52-1 – Limitations aux droits garantis », in F. PICOD, C. RIZCALLAH, S. VAN DROOGHENBROECK (éds.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – Commentaire article par article*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 1274-1275, n° 40.

On a toutefois pu observer que « [c]e raisonnement en < trois temps > (...) ne constitue pas (...) le modèle unique, ni même dominant, du contrôle de proportionnalité mené par la Cour de justice »<sup>174</sup>. Ceci est particulièrement vrai dans le domaine du « droit d'auteur » où l'examen nous paraît entièrement mené dans la cadre de la recherche du « juste équilibre »<sup>175</sup>.

Ceci étant, d'un point de vue méthodologique<sup>176</sup>, l'examen du principe de proportionnalité ne devrait intervenir que dans un second temps éventuel, après qu'il a été établi que la limitation respecte le « contenu essentiel » du droit. En effet,

« une fois qu'il est établi qu'un acte de l'Union – ou une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union – ne respecte pas le contenu essentiel d'un droit fondamental, cet acte – ou cette mesure – est automatiquement disproportionné. En revanche, un acte de l'Union – ou une mesure nationale mettant en œuvre le droit de l'Union – peut respecter le contenu essentiel d'un droit fondamental, sans pour autant être conforme au principe de proportionnalité »<sup>177</sup>.

45. Ainsi que nous le verrons *infra* (n° 70 et s.), la limitation suggérée du droit de communication au public visé à l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 sera justifiée par l'objectif de préserver la liberté d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts<sup>178</sup>) et la liberté d'entreprise, garantis respectivement à l'article 11 (et 13) et 16 de la Charte des droits fondamentaux. Dans cette mesure, elle poursuit bien un objectif légitime et nous verrons dans quelle mesure elle est susceptible de satisfaire au test de proportionnalité.

Pour l'heure, suivant la méthodologie esquissée ci-dessus, il nous convient donc de vérifier si, *a priori*, une limitation de ce droit de communication au public, dans la mesure évoquée, est susceptible de respec-

174 S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 173), p. 1280, n° 48.

175 Voy. de manière générale J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un < juste équilibre > en droit d'auteur », *op. cit.* (note 25).

176 Voy. spéc., insistant particulièrement sur cet aspect, K. LENAERTS, « Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU », *German Law Journal*, 2019, vol. 20, pp. 787-788.

177 K. LENAERTS, J.A. GUTTIEREZ-FONS, *op. cit.* (note 11), p. 131, n° 156.

178 La CJUE a énoncé expressément que la liberté des arts garantie à l'article 13 relève de la liberté d'expression garantie à l'article 11, voy. C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 34.

ter le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle protégé par l'article 17, paragraphe 2, de ladite Charte<sup>179</sup>.

46. Vraisemblablement, à suivre le raisonnement de la CJUE dans son arrêt *Luksan*<sup>180</sup>, il nous paraît que le titulaire des droits sur une œuvre (ou un autre objet protégé) téléversé par l'utilisateur des services d'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne

« doit être regardé comme ayant légalement acquis, en vertu du droit de l'Union, le droit de jouir de la propriété intellectuelle de cette œuvre »<sup>181</sup>.

Il ne peut donc être question de lui refuser tout droit d'exploitation sur cette œuvre, car cela

« équivaldrait à le priver de son droit de propriété intellectuelle légalement acquis »<sup>182</sup>.

47. A cet égard, on relève que la CJUE a précisé notamment dans ses arrêts *Coty Germany*<sup>183</sup> et *Bastei Lübbe*<sup>184</sup>, au visa de l'article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte, qu'

« une mesure qui entraîne une atteinte caractérisée à un droit protégé par la Charte doit être considérée comme ne respectant pas l'exigence

---

179 De son analyse de la jurisprudence de la CJUE, M. HUSOVEC tire les conclusions suivantes quant au contenu essentiel du droit de propriété intellectuelle : « (...) First, the notion of essence is hardly applied in the context of intellectual property rights. (...) Second, any reference to essence in the case-law of the CJEU only points towards a higher level of scrutiny, but not towards an untouchable core of rights that may not be abolished by the legislator. (...) Third, on its own, Article 17(2) is void of any inviolable core understood as a red line which cannot be bridged by any considerations of proportionality. (...) », voy. M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *op. cit.* (note 169), p. 855.

On relèvera par ailleurs avec M. HUSOVEC que dans l'approche de la CJUE, l'examen d'une limitation du droit de propriété intellectuelle demeure ancrée dans le contrôle de proportionnalité, comp. p. 855 : « (...) the main paradigm of the constitutional protection of intellectual property rights on the EU level clearly remains that of proportionality, which allows entitlements to be entirely abolished at the will of the legislator, subject to the Charter safeguards (...) ».

180 C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10.

181 *Luksan*, point 69.

182 *Luksan*, point 70.

183 C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Coty Germany c. Stadtparkasse Magdeburg*, C-580/13.

184 C.J.U.E., 18 octobre 2018, *Bastei Lübbe c. Strotzer*, C-149/17.

que soit assuré un tel juste équilibre entre les droits fondamentaux qui doivent être conciliés »<sup>185</sup>.

Dans ces deux arrêts, elle a considéré que dans les circonstances des deux espèces, le secret dont pouvait exciper respectivement un établissement bancaire – pour protéger le droit fondamental à la protection des données personnelles de ses clients, garanti à l'article 8 de la Charte – et les membres d'une famille – pour protéger le droit fondamental au respect de la vie privée et familiale, garanti à l'article 7 de la Charte – entraînait une

« atteinte caractérisée au droit fondamental à un recours effectif [garanti à l'article 47 de la Charte] et, en définitive, au droit fondamental de propriété intellectuelle (...) et, (...) ne respect[ait] pas, dès lors, l'exigence consistant à assurer un juste équilibre entre les différents droits fondamentaux (...) »<sup>186</sup>.

La possibilité d'invoquer ce secret rendait en effet impossible l'identification de l'atteinte et/ou de l'auteur de l'atteinte au droit de propriété intellectuelle en cause, respectivement le droit de marque et le droit d'auteur<sup>187</sup>.

Dans les circonstances de l'affaire *Bastei Lübbe*, la possibilité d'invoquer ce secret permettait même de faire échec à toute responsabilité civile du titulaire de la connexion à Internet par laquelle des atteintes au droit d'auteur avaient été commises. Mais spécialement dans ce dernier cas, la CJUE a estimé qu'

« [i]l en irait toutefois différemment [s'agissant du respect du juste équilibre] si, en vue d'éviter une ingérence jugée inadmissible dans la vie familiale, les titulaires de droits pouvaient disposer d'une autre forme de recours effectif, leur permettant notamment, dans ce cas, de faire reconnaître la responsabilité civile du titulaire de la connexion à Internet en cause »<sup>188</sup>.

S'agissant plus spécifiquement du droit à un recours effectif, la CJUE a semblé opiner dans le même sens, lorsqu'existe

---

185 *Coty Germany*, point 35 ; *Bastei Lübbe*, point 45 (nous soulignons).

186 *Coty Germany*, point 41. Comp. *Bastei Lübbe*, point 51.

187 *Coty Germany*, points 36-38 ; *Bastei Lübbe*, points 35-36 et 51-52.

188 *Bastei Lübbe*, point 53 (nous soulignons).

« d'autres moyens, procédures et voies de recours qui permettraient aux autorités judiciaires compétentes d'ordonner que soient fournis les renseignements nécessaires permettant d'établir, dans des circonstances telles que celles en cause au principal, l'atteinte au droit d'auteur ainsi que d'identifier l'auteur de cette dernière »<sup>189</sup>.

Autrement dit, l'existence d'une autre mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »<sup>190</sup> du droit de propriété intellectuelle pourrait vraisemblablement permettre, de l'avis de la CJUE, de respecter le « juste équilibre », ce qui implique donc que le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle soit respecté.

**48. Or, dans la situation envisagée dans le cadre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, les titulaires de droits disposeront toujours d'une mesure permettant de faire respecter le droit de communication au public qu'il organise, même en cas de limitation de celui-ci traduite concrètement dans une obligation de filtrage limitée pour ce qui concerne les œuvres ou autre objets protégés téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs.**

En effet, dans tous les cas où l'œuvre ou l'autre objet protégé téléversé par l'utilisateur n'est pas couvert par une autorisation, le titulaire de droits disposera de la possibilité, en amont, de fournir au fournisseur de services les « informations pertinentes et nécessaires » afin qu'il en garantisse l'indisponibilité – dans la limite de ses « meilleurs efforts » – sous peine d'engager sa responsabilité<sup>191</sup>. Et en aval, ce même titulaire de droits aura toujours la possibilité d'envoyer une « notification suffisamment motivée » audit fournisseur, qui pareillement engagera sa responsabilité s'il n'a pas agi promptement, dès réception de celle-ci, pour bloquer l'accès à ladite œuvre ou la retirer de son site Internet<sup>192</sup>. Il ressort d'ailleurs du considérant 66 que suivant le cas, il n'est pas exclu que cette possibilité soit la seule envisageable<sup>193</sup>.

189 *Bastei Lübbe*, point 54 (nous soulignons). Comp. *Coty Germany*, point 42.

190 Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 62.

191 Article 17, paragraphe 4, sous b).

192 Article 17, paragraphe 4, sous c).

193 Considérant 66: « (...) Différents moyens pourraient être appropriés et proportionnés, en fonction du type de contenu, et il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits (...) ».

49. Par ailleurs, en tout état de cause et indépendamment de ses possibilités d'engager la responsabilité du fournisseur, **le titulaire de droits ne sera jamais privé de tout droit d'exploitation**<sup>194</sup> puisqu'il disposera toujours de la possibilité de faire valoir son droit de propriété intellectuelle (au sens de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte) à l'encontre de l'utilisateur concerné, sur la base de l'article 3 de la directive 2001/29/CE.

50. Aussi une limitation de la protection du droit de communication au public visé l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, telle qu'envisagée, semble respecter le « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle.

Certes, il en résulterait, au titre de cet article 17, une protection différenciée suivant que les œuvres ou autres objets protégés ont été téléversés par un utilisateur qui agit ou non à titre commercial ou dont l'activité génère ou non des revenus significatifs. Mais ceci ne nous paraît pas problématique lorsque l'on situe cet article dans le cadre plus large de la protection du droit d'auteur en tant que droit fondamental, puisque celui-ci bénéficierait en tout état de cause d'une protection effective (à tout le moins via la protection de l'article 3 de la directive 2001/29/CE).

Enfin et de manière décisive, on relèvera que la CJUE a considéré dans un arrêt *Cofemel*<sup>195</sup> qu'

« [i]l découle du libellé de [l'article 17, paragraphe 2, de la Charte] que les objets constituant une propriété intellectuelle bénéficient d'une protection au titre du droit de l'Union. En revanche, il n'en résulte pas que de tels objets ou catégories d'objets doivent tous bénéficier d'une protection identique »<sup>196</sup>.

Rien ne semble donc s'opposer à ce que le droit de communication au public visé l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 puisse être limité dans la mesure évoquée. Reste à voir comment cette limitation pourrait être organisée concrètement, dans le respect des exigences du « juste équilibre », ce qui revient à considérer l'étendue de l'obligation de filtrage.

194 Comp. C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10, points 69-70.

195 C.J.U.E., 12 septembre 2019, *Cofemel c. G-Star Raw*, C-683/17.

196 *Cofemel*, point 38 (nous soulignons).

### C. Une obligation de filtrage limitée

51. A la lumière des exigences du contrôle de proportionnalité rappelée ci-dessus (voy. *supra*, n° 44), on comprend que la possibilité d'imposer une obligation de filtrage afin d'assurer la protection du droit d'auteur ne va pas de soi. Encore faut-il en effet qu'elle soit « apte » à assurer ladite protection, « nécessaire » et « proportionnée *stricto sensu* ».

Ce « triptyque *appropriation – nécessité – proportionnalité* »<sup>197</sup> est difficile à manier<sup>198</sup>, singulièrement lorsque la limitation à un droit fondamental est elle-même justifiée par l'objectif de protéger un autre droit fondamental. *A fortiori* dira-t-on lorsqu'il s'agit, comme en l'espèce, de concilier non pas deux mais plusieurs droits fondamentaux. C'est vraisemblablement ce qui explique pourquoi dans le domaine du droit d'auteur, l'ensemble de l'analyse de la CJUE soit subsumée sous le critère du « juste équilibre », à l'aune duquel nous entendons proposer cette lecture prospective de l'article 17.

Ceci étant, il nous paraît que l'examen du principe même d'une obligation de filtrage à la lumière du « juste équilibre » rejoint largement les conditions d'« appropriation » et de « nécessité », tandis que l'examen des modalités de pareille obligation semble mettre en œuvre la condition de « proportionnalité » proprement dite. C'est donc suivant ce plan en deux parties que nous déploierons notre analyse à la lumière du « juste équilibre ».

52. Avant de procéder à l'analyse, deux précisions s'imposent encore.

Premièrement, l'analyse qui suit ne se prononce aucunement sur le bien-fondé d'autres options envisagées pour ce qui concerne la mise en œuvre de l'article 17, lesquelles ont en commun de préférer, en lieu et place du droit exclusif, un système de compensation<sup>199</sup>. Le cas échéant, ces propositions pourraient constituer aux yeux de la CJUE des « mesures

197 La formule est empruntée à S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 173), p. 1279, n° 47.

198 Même par la CJUE, voy. en ce sens S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 173), p. 1275, n° 42: « (...) Loin s'en faut toutefois que la pratique de la Cour ait présenté – par le passé – et présente encore – à l'heure actuelle – la clarté d'une telle recombinaison doctrinale (...) ».

199 Voy. spéc. C. ANGELOPOULOUS, J.P. QUINTAIS, « Fixing Copyright Reform – A Better Solution to Online Infringement », *op. cit.* (note 42), pp. 147-172; M. HUSOVIC, J.P. QUINTAIS, « How to license Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms », *op. cit.* (note 42).

moins contraignantes qui permettent de réaliser l'objectif poursuivi [de protéger les différents droits fondamentaux en cause] d'une manière aussi efficace (...)»<sup>200</sup> qu'une obligation de filtrage. Nous avons toutefois la faiblesse de penser que la CJUE restera attachée à la logique du droit « préventif », qui semble caractériser également le droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup><sup>201</sup>, et ne sanctionnera pas le principe d'une obligation de filtrage aux fins de garantir ce droit préventif au motif qu'un système de compensation pourrait être envisagé.

Deuxièmement, l'analyse du « juste équilibre » sera menée exclusivement en considération des liberté d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts<sup>202</sup>), liberté d'entreprise et droit de propriété intellectuelle, garantis respectivement aux articles 11 (et 13), 16 et 17, paragraphe 2, de la Charte des droits fondamentaux de l'UE, à l'exclusion donc du droit à la protection des données à caractère personnel garanti à l'article 8 de la Charte. A notre avis, dans la mesure où l'article 17, paragraphe 9, alinéa 2, de la directive (UE) 2019/790 insiste sur le fait que l'obligation de filtrage devra être compatible avec la réglementation de l'UE en matière données personnelles<sup>203</sup>, l'analyse de la compati-

---

Voy. également la Déclaration de l'Allemagne sur le Projet de Directive du Parlement européen et du Conseil sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique et modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE (première lecture), 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, 15 avril 2019: « 11. (...) le droit d'auteur prévoit, outre le < traditionnel > octroi de licences individuelles, de nombreux autres mécanismes (par exemple, des limitations, éventuellement associées à des droits à rémunération, la possibilité de transformer des droits d'exclusivité en droits à rémunération, l'obligation de contracter dans des conditions appropriées et la participation d'associations de professionnels de la création comme par exemple des sociétés de gestion des droits d'auteur). 12. Le gouvernement fédéral examinera l'ensemble de ces modèles (...) ».

200 Voy. *supra*, note 173.

201 Voy. *supra*, note 139. L'une des raisons qui nous incline à penser en ce sens tient dans le fait que, même dans les cas où la communication au public ne poursuit pas de but lucratif et est le fait de simple internautes, la CJUE semble insister sur la nature « préventive » du droit visé à l'article 3 de la directive 2001/29/CE, voy. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 28; C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, points 29-30.

202 Voy. *supra*, note 178.

203 Voy. également l'article 28: « Le traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre de la présente directive est effectué dans le respect de la directive 2002/58/CE et du règlement (UE) 2016/679 ».

lité des modalités de l'obligation de filtrage avec le droit garanti à l'article 8 de la Charte ne peut être menée *in abstracto* (dans le cadre du droit de l'UE) mais uniquement *in concreto*, en considération des mesures de transposition en droit national ou en application de celles-ci. Pareille analyse dépasse donc le cadre de la présente étude.

## 1. Dans son principe

53. Le principe même d'une obligation de filtrage au titre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 et sa compatibilité avec les droits fondamentaux font débat<sup>204</sup>. Ainsi que nous l'avons déjà évoqué dans notre introduction (*supra*, n° 7), le paragraphe 4, sous b), et c), *in fine*, fait d'ailleurs l'objet d'un recours en annulation, actuellement pendant devant la CJUE, introduit par la République de Pologne<sup>205</sup>. A l'appui de son recours, cette dernière invoque ainsi un « moyen tiré de la violation du droit à la liberté d'expression et d'information garanti par l'article 11 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». En substance, elle avance que

« l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour garantir l'indisponibilité d'œuvres et autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes et nécessaires (article 17, paragraphe 4, sous b), de la directive 2019/790) et l'obligation faite aux fournisseurs de services de partage de contenus en ligne de fournir leurs meilleurs efforts pour empêcher que les œuvres et autres objets protégés, pour lesquels les titulaires de droit ont présenté une notification suffisamment motivée, soient téléversés dans le futur (article 17, paragraphe 4, sous c), in fine de la directive 2019/790) a pour conséquence – afin d'éviter la mise en cause de leur responsabilité – que les fournisseurs de services doivent procéder à une vérification automatique préalable (filtrage) des contenus partagés en ligne par les utili-

204 Voy. spéc. C. ANGELOPOULOS, S. SMET, « Notice-and-fair-balance: how to reach a compromise between fundamental rights in European intermediary liability », *Journal of Media Law*, 2016, vol. 8, n° 2, pp. 266-301 ; F. ROMERO ROMANO, « 'Upload filters' and human rights: implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market », *op. cit.*, note 42.

205 Recours introduit le 24 mai 2019, *République de Pologne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, Affaire C-401/19, *J.O.U.E.* du 12 août 2019, C 270/21.

sateurs, ce qui implique par conséquent de mettre en place des mécanismes de contrôle préventif. De tels mécanismes mettent en cause l'essence même du droit à la liberté d'expression et à l'information et ne respectent pas l'exigence de proportionnalité et de nécessité de toute atteinte à ce droit »<sup>206</sup>.

Sans disposer des détails de l'argumentation développée par la République de Pologne, l'on pense pouvoir dégager une réponse possible de la CJUE, à la lumière de sa jurisprudence précédente, s'agissant de la compatibilité de principe d'une obligation de filtrage avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, spécialement les articles 11 et 16 qui protègent respectivement la liberté d'entreprise et la liberté d'expression et d'information.

a) *L'arrêt Glawischnig-Piesczek et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 15 de la directive 2000/31/CE*

54. A cet égard, le récent arrêt de la CJUE dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek*<sup>207</sup> prononcé après l'introduction par la République de Pologne de son recours à l'encontre de l'article 17, laisse clairement penser que le principe d'une mesure de filtrage n'est pas en soi incompatible avec le droit de l'Union.

Bien qu'il ne touche pas la matière des droits intellectuels, la CJUE y déploie un raisonnement visiblement ancré dans sa jurisprudence *L'Oréal*<sup>208</sup> – suggéré par son avocat général SZPUNAR<sup>209</sup> – dans lequel elle avait estimé qu'il est possible, afin d'assurer une « protection effective de la propriété intellectuelle (...) », d'

« enjoindre au prestataire d'un service en ligne, tel que celui mettant à la disposition des internautes une place de marché en ligne, de prendre des mesures qui contribuent de façon effective, non seule-

206 Nous soulignons.

207 C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18.

208 C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.c. eBay e.a.*, C-324/09.

209 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, points 41-50. L'avocat général Szpunar s'est en effet largement inspiré de divers arrêts dans le domaine de la propriété intellectuelle. Spécifiquement à propos de certaines considérations tirées de l'arrêt *L'Oréal* (C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.c. eBay e.a.*, C-324/09), il a énoncé expressément qu'« (...) elles sont de nature transversale et, partant, selon [l'avocat général], transposables au cas d'espèce » (point 43).

ment à mettre fin aux atteintes portées au moyen de cette place de marché, mais aussi à prévenir de nouvelles atteintes»<sup>210</sup>.

Elle avait en outre souligné dans cet arrêt que pareilles mesures devraient assurer un « juste équilibre entre les différents droits et intérêts [concernés] »<sup>211</sup>.

55. Comme l'indique l'avocat général SZPUNAR dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek*, le fait qu'il soit possible de contraindre un hébergeur de « prévenir » une violation implique logiquement que l'on admette « une certaine forme de surveillance dans le futur »<sup>212</sup>. C'est donc en suivant vraisemblablement cette logique que la CJUE a estimé, dans ladite affaire, qu'il pouvait être imposé à un hébergeur qui exploite un réseau social comptant de nombreux utilisateurs – en l'occurrence Facebook – sans que cela puisse être vu comme une « obligation excessive », de procéder à la « surveillance et à la recherche » d'informations dont le contenu est « identique ou équivalent » à celui d'une information préalablement déclarée illicite – car diffamatoire – et ce en « recour[ant] à des **techniques et à des moyens de recherche automatisés** »<sup>213</sup>.

56. Formellement, la CJUE n'a pas mené l'examen sur le terrain des droits fondamentaux – contrairement à l'avocat général SZPUNAR qui a proposé une analyse à la lumière du « juste équilibre »<sup>214</sup> – mais au visa de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, lequel interdit qu'il soit imposé aux prestataires d'un service de la société de l'information « une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites », autrement dit une « obligation générale de surveillance ».

210 *L'Oréal*, point 131 (nous soulignons).

211 *L'Oréal*, point 143 (avec la référence à C.J.C.E., 29 janvier 2008, *Promusicae c. Telefónica de España*, C-275/06).

212 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 41.

213 *Glawischnig-Piesczek*, spéc. point 46 (nous soulignons).

214 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 62 et 74. Il conclut ainsi tantôt au respect, tantôt à la violation des exigences du « juste équilibre » s'agissant respectivement de la recherche et de l'identification des informations identiques ou équivalentes provenant d'un même utilisateur d'une part, d'informations équivalentes provenant de tout utilisateur d'autre part.

A cet égard, la CJUE a souligné « qu'il ressort du considérant 47 de ladite directive [qu']une telle interdiction ne concerne pas les obligations de surveillance <applicables à un cas spécifique> »<sup>215</sup> <sup>216</sup>. Elle considère aussi qu'

« [u]n tel cas spécifique peut notamment trouver son origine, comme dans l'affaire au principal, dans une information précise, stockée par l'hébergeur concerné à la demande d'un certain utilisateur de son réseau social, dont le contenu a été analysé et apprécié par une juridiction compétente de l'État membre qui, à l'issue de son appréciation, l'a déclarée illicite »<sup>217</sup>.

En conséquence, elle estime

« légitime que la juridiction compétente puisse exiger de cet hébergeur qu'il bloque l'accès aux informations stockées, dont le contenu est identique à celui déclaré illicite antérieurement, ou qu'il retire ces informations, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de celles-ci »<sup>218</sup>.

57. S'agissant des informations dont le contenu est cette fois non pas « identique » mais « équivalent », elle est d'avis que l'injonction du juge de renvoi doit pouvoir s'y étendre également. Rejoignant le juge de renvoi, elle considère que « les effets s'attachant à une telle injonction pourraient aisément être contournés (...) » si elle ne pouvait

« s'étendre aux informations dont le contenu, tout en véhiculant en substance le même message, est formulé de manière légèrement différente, en raison des mots employés ou de leur combinaison, par rapport à l'information dont le contenu a été déclaré illicite (...) »<sup>219</sup>.

Mais à la lumière de la recherche d'un « équilibre entre les différents intérêts en jeu »<sup>220</sup> qu'aurait poursuivi le législateur, aux termes du considé-

215 *Glawischnig-Piesczek*, point 34.

216 Considérant 47 : « L'interdiction pour les États membres d'imposer aux prestataires de services une obligation de surveillance ne vaut que pour les obligations à caractère général. Elle ne concerne pas les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique et, notamment, elle ne fait pas obstacle aux décisions des autorités nationales prises conformément à la législation nationale ».

217 *Glawischnig-Piesczek*, point 35 (nous soulignons).

218 *Glawischnig-Piesczek*, point 37 (nous soulignons).

219 *Glawischnig-Piesczek*, point 41 (nous soulignons).

220 *Glawischnig-Piesczek*, point 43.

rant 41 de la directive 2000/31/CE<sup>221</sup>, la CJUE estime que l'auteur de l'injonction devra « dûment identifier une série d'éléments » aux fins de l'identification des informations équivalentes, étant entendu que

« [d]es différences dans la formulation de ce contenu équivalent, par rapport au contenu déclaré illicite, ne doivent pas, en tout état de cause, être de nature à contraindre l'hébergeur concerné à procéder à une appréciation autonome dudit contenu »<sup>222</sup>.

58. Transposés à la situation de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790, les enseignements de cet arrêt sont de nature à accréditer l'idée que l'obligation de filtrage qu'il contient pourrait être compatible avec le droit de l'Union, à tout le moins avec l'article 15 de la directive 2000/31/CE.

A titre liminaire, l'on relèvera que le paragraphe 8 de l'article 17 fait écho à la disposition précitée en énonçant qu'il « ne donne lieu à aucune obligation générale de surveillance », laquelle notion doit sans aucun doute s'entendre de la même manière<sup>223</sup>, et donc notamment par opposition à une obligation de surveillance « applicable à un cas spécifique ».

Or à cet égard, on relève que l'obligation de filtrage au titre de l'article 17, paragraphe 4, peut être imposée uniquement, suivant le cas, pour des « œuvres ou autres objets protégés spécifiques pour lesquels les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de services les informations pertinentes en nécessaires » (sous b)) ou « qui ont fait l'objet d'une notification suffisamment motivée » (sous c)). Le considérant 66 souligne encore qu'elle s'applique à des « œuvres et autres objets protégés, tels qu'ils sont identifiés par les titulaires de droits concernés (...) »<sup>224</sup>. Aussi, en tant qu'il circonscrit son champ d'application par référence à la notion d'« **objets spécifiques** », l'article 17, paragraphe 4, pourrait, le cas échéant, être considéré par la CJUE comme prévoyant une obligation de surveillance « applicable à un cas spécifique ».

59. Certes, sur ce point l'analogie avec l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* précité a ses limites, dans la mesure où les informations fournies par

221 Considérant 41 : « La présente directive instaure un équilibre entre les différents intérêts en jeu et établit des principes qui peuvent servir de base aux normes et aux accords adoptés par les entreprises.

222 *Glawischnig-Piesczek*, point 45 (nous soulignons).

223 Eu égard spéc. au considérant 4 de la directive (UE) 2019/790 qui énonce qu'elle « (...) se fonde, tout en les complétant, sur les règles fixées dans les directives actuellement en vigueur dans ce domaine, notamment les directives (...) 2000/31/CE (...) ».

224 Considérant 66.

les titulaires de droits n'auront pas fait l'objet d'une « appréciation par une juridiction compétente ». Toutefois, dans la situation de l'article 17, l'élément déterminant ne consiste pas dans l'appréciation par une juridiction du caractère illicite éventuel de l'information – qui, s'il est constaté, permettrait de justifier l'adoption d'une injonction de procéder à la « surveillance et à la recherche » d'informations dont le contenu est « identique ou équivalent » – mais bien dans l'existence alléguée d'un droit d'auteur (ou d'un droit voisin), laquelle ne doit pas être appréciée *a priori* par une juridiction et/ou un office de propriété intellectuelle<sup>225</sup>. Le cas échéant et si cela devait s'avérer nécessaire, la CJUE pourrait d'ailleurs certainement trouver un équivalent fonctionnel de pareille appréciation<sup>226</sup>, éventuellement dans le cadre d'une interprétation « autonome et uniforme » (voy. *supra*, n° 31) de la notion d'« informations pertinentes et nécessaires ».

Aussi l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* semble constituer un soutien à l'appui d'une compatibilité de principe d'une obligation de filtrage au titre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 avec l'interdiction d'une obligation générale de surveillance de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, à tout le moins pour les contenus « identiques ». Nous verrons *infra* (n° 70 et s.), dans l'examen des modalités de l'obligation de filtrage, ce qu'il en est des contenus « équivalents », catégorie qu'il conviendra d'ailleurs d'affiner (voy. *infra*, n° 69).

---

225 On rappellera qu'en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de la Convention de Berne, « [l]a jouissance et l'exercice [des droits garantis par la Convention] ne sont subordonnés à aucune formalité ». Sur ce fondement, la CJUE l'a souligné à propos des droits de reproduction et de communication au public prévus par la directive 2001/29/CE, voy. C.J.U.E., 16 novembre 2016, *Soulier et Doke*, C-301/15, point 50.

226 Ainsi l'on pourrait considérer – en nous en tenant au seul droit d'auteur – que l'équivalent fonctionnel de pareille appréciation résiderait dans la présomption de qualité d'auteur attachée au fait « que le nom soit indiqué sur l'œuvre en la manière usitée » (Comp. article 15, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Convention de Berne).

De manière plus rigoureuse, il pourrait être exigé que l'auteur putatif identifie en outre l'existence de « choix libres et créatifs » au sens de la jurisprudence de la CJUE relative à l'originalité, à l'instar de l'exigence que le titulaire d'un droit de dessins et modèles communautaires non enregistrés « identifie le ou les éléments de son dessin ou modèle qui lui confèrent un caractère individuel » pour bénéficier de la présomption de validité énoncée à l'article 85, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 6/2002 sur les dessins ou modèles communautaires (C.J.U.E., 19 juin 2014, *Karen Millen Fashions c. Dunnes Stores*, C-345/13, point 46).

b) *Les arrêts Scarlet, Netlog et UPC Telekabel et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 16 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE*

60. De toute évidence, il convient d'approfondir encore l'examen à travers le prisme des droits fondamentaux, d'abord au regard de la liberté d'entreprise puis de la liberté d'expression et d'information.

A cet effet, l'on aura tout d'abord égard aux arrêts *Scarlet*<sup>227</sup> et *Netlog*<sup>228</sup>. Dans ces deux arrêts, la CJUE a estimé que les mesures de filtrage demandées par la SABAM (principale société de gestion collective en Belgique) – particulièrement invasives<sup>229</sup>, tant en ce qui concerne les fournisseurs d'accès à Internet (FAI) et prestataires de service d'hébergement contre lesquels étaient respectivement dirigées les injonctions litigieuses, que pour les utilisateurs de leurs services – revenaient à imposer à leurs destinataires une surveillance générale, interdite par l'article 15 de la directive 2000/31/CE<sup>230</sup>. Plus encore, elle a estimé qu'

« en adoptant l'injonction obligeant le FAI [et le prestataire de services d'hébergement] à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à

227 C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

228 C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10.

229 *Scarlet*, point 29; *Netlog*, point 26.

Dans les deux affaires, il était demandé de mettre en place un « (...) système de filtrage

- de toutes les communications électroniques transitant par ses services, notamment par l'emploi de logiciels « peer-to-peer » [/ des informations stockées sur ses serveurs par les utilisateurs de ses services];
  - qui s'applique indistinctement à l'égard de toute sa clientèle [/ l'ensemble de ces utilisateurs];
  - à titre préventif;
  - à ses frais exclusifs, et
  - sans limitation dans le temps,
- capable d'identifier sur le réseau de ce fournisseur la circulation de fichiers électroniques contenant une œuvre musicale, cinématographique ou audiovisuelle sur laquelle le demandeur prétend détenir des droits de propriété intellectuelle, en vue de bloquer le transfert de fichiers dont l'échange [/ en vue de bloquer la mise à disposition du public desdites œuvres qui] porte atteinte au droit d'auteur ».

230 *Scarlet*, point 40; *Netlog*, point 38.

caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part »<sup>231</sup>.

61. Indépendamment des précisions ultérieures fournies dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek* précité, on ne peut en tout état de cause déduire de ces arrêts qu'une mesure de filtrage est, *per se*, incompatible avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dès lors que dans le cadre de la procédure préjudicielle, la CJUE se prononce sur l'interprétation du droit de l'UE sur la base des faits qui lui sont soumis par la juridiction de renvoi<sup>232</sup>. La portée de la condamnation radicale opérée par la CJUE des mesures de filtrage en cause dans les affaires *Scarlet* et *Netlog* ne peut donc être extrapolée, au-delà de ces deux affaires, qu'à l'égard de mesures de filtrage substantiellement similaires<sup>233</sup>.

62. Aussi au regard de la liberté d'entreprise garantie à l'article 16 de la Charte, c'est le fait que la mesure postulée par la SABAM imposait aux prestataires intermédiaires concernés de « mettre en place un système informatique complexe, coûteux, permanent et à [leurs] seuls frais (...) » qui était problématique, la CJUE considérant qu'il s'agissait là d'une « atteinte caractérisée » à ladre liberté qui ne respecterait pas les exigences du « juste équilibre »<sup>234</sup>.

A propos d'une mesure (de blocage) moins invasive, La CJUE a précisé par la suite, dans une affaire *UPC Telekabel*<sup>235</sup>, que l'injonction faite au prestataire intermédiaire concerné dans cette affaire « n'appar[aisse] pas porter atteinte à la substance même du droit à la liberté d'entreprise (...) »<sup>236</sup> eu égard à deux caractéristiques de ladite injonction :

« 52. D'une part, une injonction, telle que celle en cause au principal, laisse à son destinataire le soin de déterminer les mesures concrètes à prendre pour atteindre le résultat visé de sorte que celui-ci peut choisir de mettre en place des mesures qui soient les mieux adaptées aux

231 *Scarlet*, point 53; *Netlog*, point 51 (nous soulignons).

232 Sur la répartition des compétences entre le juge national et la CJUE, voy. de manière générale G. VANDERSANDEN, *Renvoi préjudiciel en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 77 et s.

233 Sur les effets d'un arrêt préjudiciel à l'égard des juridictions autres que la juridiction de renvoi, voy. de manière générale *ibid.*, p. 173 et s.

234 *Scarlet*, points 48-49; *Netlog*, point 46-47 (nous soulignons).

235 C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12

236 *UPC Telekabel*, point 51.

ressources et aux capacités dont il dispose et qui soient compatibles avec les autres obligations et défis auxquels il doit faire face dans l'exercice de son activité.

53. D'autre part, une telle injonction permet à son destinataire de s'exonérer de sa responsabilité en prouvant qu'il a pris toutes les mesures raisonnables. Or, cette possibilité d'exonération a de toute évidence pour effet que le destinataire de cette injonction ne sera pas tenu de faire des sacrifices insupportables, ce qui paraît justifié notamment au regard du fait que ce dernier n'est pas l'auteur de l'atteinte au droit fondamental de propriété intellectuelle ayant provoqué l'adoption de ladite injonction »<sup>237</sup>.

Or, l'on retrouve clairement ces deux caractéristiques dans le régime de l'obligation de filtrage organisé par l'article 17, le législateur ayant manifestement, comme nous l'avions souligné *supra* (n° 25), entendu tenir compte de l'intérêt des plateformes. Les paragraphes 5 et 6 reflètent ainsi clairement la première préoccupation, à savoir tenir compte des « ressources et capacités »<sup>238</sup> desdites plateformes dans le cadre de l'appréciation de leur obligation de filtrage. Et aux termes du paragraphe 4, celle-ci est une obligation de moyens ce qui traduit concrètement la seconde préoccupation, à savoir qu'elles puissent « s'exonérer de leur responsabilité en prouvant qu'elles ont pris toutes les mesures raisonnables »<sup>239</sup>. Ce souci de ne **pas imposer une « obligation excessive »**<sup>240</sup> dans le chef des plateformes et ainsi de respecter le « contenu essentiel » de leur liberté d'entreprise est d'autant plus manifeste que le paragraphe 5 de l'article 17 est le seul passage de la directive dans lequel on retrouve une référence explicite au « principe de proportionnalité ». Sur le plan des principes, l'obligation de filtrage de l'article 17 n'apparaît donc pas manifestement incompatible avec les exigences du « juste équilibre » telles qu'envisagées par la CJUE.

---

237 Nous soulignons.

238 Comp. *UPC Telekabel*, point 52.

239 Comp. *UPC Telekabel*, point 53.

240 Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 44-45

- c) *Les arrêts Scarlet, Netlog et UPC Telekabel et le principe d'une obligation de filtrage à la lumière de l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE*

**63.** S'agissant maintenant de la liberté d'expression et d'information garantie à l'article 11 de la Charte, la CJUE a estimé dans ses deux arrêts *Scarlet*<sup>241</sup> et *Netlog*<sup>242</sup> précités qu'aux fins de l'analyse du « juste équilibre », il est pertinent d'avoir égard au fait que l'injonction

« risquerait de porter atteinte à la liberté d'information puisque [le système de filtrage litigieux] risquerait de ne pas suffisamment distinguer entre un contenu illicite et un contenu licite, de sorte que son déploiement pourrait avoir pour effet d'entraîner le blocage de communications à contenu licite (...) »<sup>243</sup>.

Cette considération relative à la possibilité de distinguer entre les contenus illicite et licite – les premiers pouvant être la cible de mesures de filtrage, à l'exclusion des seconds – nous paraît demeurer pertinente aux fins de l'analyse du « juste équilibre », et ce quelles que soient les modalités techniques de système de filtrage considéré. C'est donc elle qui doit guider l'analyse d'une compatibilité, *per se*, d'un système de filtrage avec l'article 11 de la Charte.

**64.** La CJUE a précisé cet aspect dans son arrêt *UPC Telekabel*<sup>244</sup> précité, en tempérant le caractère absolu de la distinction ci-dessus. Elle a ainsi considéré que le FAI, destinataire d'une injonction de blocage d'un site Internet<sup>245</sup>, dans le « choi[x] [d]es mesures à adopter afin de s'y conformer, (...) doit veiller à respecter le droit fondamental des uti-

241 C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10.

242 C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10.

243 *Scarlet*, point 52; *Netlog*, point 50 (nous soulignons). « (...) En effet », poursuit la CJUE, « il n'est pas contesté que la réponse à la question de la licéité d'une transmission dépende également de l'application d'exceptions légales au droit d'auteur qui varient d'un État membre à l'autre. En outre, certaines œuvres peuvent relever, dans certains États membres, du domaine public ou elles peuvent faire l'objet d'une mise en ligne à titre gratuit de la part des auteurs concernés ».

244 C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12.

245 *UPC Telekabel*, point 12.

En l'espèce, il était enjoint au FAI de « fournir à ses clients l'accès au site Internet litigieux, cette interdiction devant être notamment réalisée en bloquant le nom de domaine et l'adresse IP (« Internet Protocol ») actuelle de ce site ainsi que toute autre adresse IP de ce dernier dont cette société pourrait avoir connaissance ».

lisateurs d'Internet à la liberté d'information »<sup>246</sup>. Aussi la CJUE estime que ces mesures

« doivent être strictement ciblées, en ce sens qu'elles doivent servir à mettre fin à l'atteinte portée par un tiers au droit d'auteur ou à un droit voisin, sans que les utilisateurs d'Internet ayant recours aux services de ce fournisseur afin d'accéder de façon licite à des informations s'en trouvent affectés. À défaut, l'ingérence dudit fournisseur dans la liberté d'information desdits utilisateurs s'avérerait injustifiée au regard de l'objectif poursuivi »<sup>247</sup>.

Elle ajoute ensuite que

« les juridictions nationales doivent avoir la possibilité de vérifier que tel est le cas (...) »<sup>248</sup>.

C'est sur ce point précisément qu'elle affine la distinction ci-dessus, à propos des contenus licites. A suivre la CJUE, il ne semble pas qu'un contenu licite ne puisse en aucun cas être l'objet d'une mesure de restriction, mais bien qu'il y ait une possibilité de recours à cet égard. Ceci étant, il ne peut s'agir d'une simple « reconstitution de l'équilibre nécessaire »<sup>249</sup>, dans le cadre d'une évaluation *a posteriori* au stade de la procédure d'exécution des mesures prises par le destinataire de l'injonction. Plutôt il est nécessaire que les internautes – qui, par hypothèse, ne sont pas parties à la procédure mettant aux prises le titulaire du droit de propriété intellectuelle et le prestataire, destinataire de l'injonction – puissent « faire valoir leurs droits devant le juge une fois connues les mesures d'exécution prises par le fournisseur d'accès à Internet »<sup>250</sup>. Dans ses conclusions rendues dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek* précitée, l'avocat général SZPUNAR l'a d'ailleurs répété, au visa de la considération générale suivant laquelle la protection de la liberté d'expression et d'information, garantie à l'article 11 de la Charte, « doit non pas nécessairement être assurée de manière absolue mais être mise en balance avec la protection d'autres droits fondamentaux (...) »<sup>251</sup>.

246 *UPC Telekabel*, point 55.

247 *UPC Telekabel*, point 56 (nous soulignons).

248 *UPC Telekabel*, point 57 (nous soulignons).

249 En ce sens, voy. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET présentées le 20 novembre 2014 dans l'affaire *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13, point 87.

250 *UPC Telekabel*, point 57

251 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 65. Se référant au point

65. Ainsi sur ce point, la CJUE semble s'inscrire dans une logique de « **procéduralisation du juste équilibre** », qui nous paraît d'ailleurs caractériser plus largement sa jurisprudence relative aux rapports entre droits intellectuels et droits fondamentaux<sup>252</sup>, suivant ainsi un mouvement déjà entamé en dehors de la matière des droits intellectuels<sup>253</sup>.

Or, l'article 17, en son paragraphe 9, alinéa 1<sup>er</sup>, impose aux Etats membres de

« prévoi[r] la mise en place par les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne d'un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, à la disposition des utilisateurs de leurs services en cas de litige portant sur le blocage de l'accès à des œuvres ou autres objets protégés qu'ils ont téléversés ou sur leur retrait ».

Et aux termes de ce même paragraphe, alinéa 2, *in fine*, ceci est

« sans préjudice du droit des utilisateurs de recourir à des voies de recours judiciaires efficaces. En particulier, les Etats membres veillent à ce que les utilisateurs puissent s'adresser à un tribunal ou à une autorité judiciaire compétente pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins ».

Par ailleurs, dans le passage de l'arrêt *UPC Telekabel* reproduit ci-dessus la CJUE souligne que les mesures doivent être « strictement ciblées ». Mais comme nous l'avons déjà souligné *supra* (n° 58), l'article 17, para-

---

57 de l'arrêt *UPC Telekabel*, l'avocat général souligne ainsi qu'« (...) il convient de relever que les tiers pouvant être indirectement affectés par des injonctions ne font pas partie des procédures dans le cadre desquelles ces injonctions sont rendues. C'est notamment pour cette raison qu'il convient d'assurer la possibilité pour ces tiers de contester, devant un juge, les mesures d'exécution adoptées par un hébergeur sur la base d'une injonction, cette possibilité ne devant pas être conditionnée par le fait d'être qualifié de partie à une procédure principale ».

252 Voy. en ce sens notre analyse, J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Les droits intellectuels, entre autres droits fondamentaux : La Cour de justice à la recherche d'un « juste équilibre » en droit d'auteur », *op. cit.* (note 25), spéc. pp. 230-235. Comp. également avec l'idée de « concordance pratique » (spéc. à propos de l'arrêt *UPC Telekabel*) in A. STROWEL, « Pondération entre liberté d'expression et droit d'auteur sur internet : de la réserve des juges de Strasbourg à une concordance pratique par les juges de Luxembourg », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, p. 889 et s., spéc. p. 907.

253 En dehors de la matière des droits intellectuels, on a déjà pu souligner l'existence d'une « procéduralisation du contrôle de proportionnalité », voy. S. VAN DROOGHENBROECK, C. RIZCALLAH, *op. cit.* (note 173), p. 1284 et s.

graphe 4, circonscrit son champ d'application par référence à la notion d'« objets spécifiques », de sorte que les mesures qu'il impose pourraient être considérées par la CJUE comme « strictement ciblées ».

Dans ces conditions, il ne paraît pas que la liberté d'expression et d'information soit « remise en cause en tant que telle »<sup>254</sup> et il apparaît peu probable que la CJUE voit là une « intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à [s]a substance même (...) »<sup>255</sup>. Au contraire, nous pensons que le principe de l'obligation de filtrage entériné à l'article 17, paragraphe 4, considéré *in abstracto*, est, pour ce qui concerne cet aspect, susceptible d'être validé par la CJUE dans le cadre de son examen du « juste équilibre ». Ceci sans préjudice évidemment de ce qu'elle estimerait qu'il n'en va pas de même, *in concreto*, d'une mesure de filtrage adoptée sur son fondement<sup>256</sup>.

## 2. Dans ses modalités

### a) *Typologie des contenus*

66. Dans l'objectif de compléter la lecture prospective annoncée de l'article 17, il nous paraît que l'examen des modalités de l'obligation de filtrage au titre de son paragraphe 4 doit reposer sur trois distinctions.

67. La première distinction, tirée de l'analyse de la portée du droit de communication au public visé au paragraphe 1<sup>er</sup>, est basée sur les notions de **contenus « commercial »** et **« non-commercial »**, les seconds s'entendant suivant le paragraphe 2 comme les contenus téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs<sup>257</sup>. A ce stade, il apparaît difficile de définir plus avant le contenu exact de ces termes que l'on retrouve (pour rappel) au paragraphe 2. Certainement, ceux-ci feront l'objet d'une « interprétation autonome et uniforme » par la CJUE que l'on ne peut anticiper.

68. La deuxième distinction, tirée des arrêts *Scarlet* et *Netlog*, est basée sur les notions de **contenus « licite »** et **« illicite »**. S'agissant des pre-

254 Comp. *supra*, note 170.

255 Comp. C.J.C.E., 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, C-112/00, point 80.

256 Comp. K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne: une perspective constitutionnelle », *op. cit.* (note 12), p. 245.

257 Comp. C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

miers, il convient toutefois de distinguer entre, d'une part, les contenus licites parce qu'ils relèvent du domaine public ou sont couverts par une autorisation des titulaires de droits (par hypothèse, autre que celle visée à l'article 17, paragraphe 2) (ci-après les « contenus licites autorisés »), d'autre part, les contenus licites parce qu'ils bénéficient de l'application d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur ou aux droits voisins (ci-après les « contenus licites exceptés »)<sup>258</sup>.

69. La troisième distinction, tirée de l'arrêt *Glawischnig-Piesczek* analysé *supra* (nos 55-57), est basée sur les notions de contenus « identique » et « équivalent » qui y sont employés. On la voit parfois mobilisée dans la doctrine pertinente, soit sans précision<sup>259</sup> soit avec une tentative de définition de la notion d'« équivalent »<sup>260</sup>. Cela dit, dans le cadre de la matière qui nous occupe, cette distinction n'est pas opérante telle quelle et doit être approfondie.

A notre avis, dans le cadre de l'article 17, il conviendrait de distinguer entre les contenus « identiques », « équivalents » et « similaires »<sup>261</sup>.

258 Comp. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, point 52; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10, point 50.

259 Voy. spéc. J.P. QUINTAIS, *e.a.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics », *op. cit.* (note 42), p. 280: « (...) Member States should, to the extent possible, limit their application to cases of prima facie copyright infringement. In this context, a prima facie copyright infringement means the upload of protected material that is *identical* or *equivalent* to the « relevant and necessary information » previously provided by the rightholders to OCSSPs, including information previously considered infringing. The concept of *equivalent* information should be interpreted strictly ».

260 Voy. spéc. M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 42), p. 30: « (...) an « equivalent » work must be understood as a work presenting such insignificant alterations that the targeted audience would not distinguish it as a different work (e.g. mere technical alterations used to attempt to circumvent content matching algorithms (...)) ».

261 Dans le cadre des définitions que nous proposons, l'élément déterminant réside dans la condition d'« originalité » du droit d'auteur. Or, l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 ne distingue pas entre le droit d'auteur et les droits voisins, lesquels ne concernent par ailleurs pas nécessairement des fixations ou exécutions d'œuvre (voy. spéc. l'article 2 du Traité de l'OMPI sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes). Ceci étant, l'étendue du droit de reproduction des droits voisins, à tout le moins s'agissant des producteurs de phonogrammes, est plus limitée et ne s'étend vraisemblablement pas à des contenus « similaires » dans lesquels l'objet protégé par un droit voisin aura été inclus « (...) sous une forme modifiée et non

Dans notre approche, un contenu téléversé par un utilisateur est « identique » s'il ne diffère en aucune manière d'une œuvre ou d'un autre objet protégé spécifique pour lequel les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires. Le contenu téléversé constitue donc une « reproduction en tout » au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE.

Un contenu est « équivalent » s'il ne diffère en aucune manière s'agissant des éléments originaux d'une œuvre<sup>262</sup> spécifique pour laquelle les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires, étant entendu que le fournisseur ne doit pas être amené à « procéder à une appréciation autonome dudit contenu »<sup>263</sup> afin de qualifier celui-ci et donc, ne doit pas procéder à l'appréciation desdits éléments originaux. En d'autres termes, l'on vise par là un contenu qui n'est pas « identique » uniquement en raison de différences purement techniques. Le contenu téléversé constitue donc une « reproduction en tout ou en partie »<sup>264</sup> au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE, étant entendu que si, par hypothèse, l'œuvre spécifique est originale en ce sens qu'elle est « création intellectuelle propre à son auteur », aucune appréciation spécifique (qui relève en principe de la souveraineté d'une juridiction nationale<sup>265</sup>) n'est nécessaire pour parvenir à la conclusion quant à l'existence d'une reproduction.

---

reconnaissable à l'écoute (...)» (comp. C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 36). Et dans le cas où la reprise est faite à l'identique, sous la forme d'« échantillon », elle sera susceptible de « (...) constituer une < citation », au titre de l'article 5, paragraphe 3, sous d), de la directive 2001/29, lu à la lumière de l'article 13 de la Charte, pour autant que ladite utilisation a pour objectif d'interagir avec l'œuvre sur laquelle l'échantillon a été prélevé » (*ibid.*, point 72). Or, le recours au critère de l'originalité dans les définitions proposées vise précisément à circonscrire la notion de contenu « similaire ». Les notions de contenu « identique » ou « équivalent » ne supposant pas d'appréciation autonomes permettent donc, malgré la référence à l'originalité, de faire coïncider en principe leur champ d'application avec l'étendue de la protection du droit voisin.

262 Pour ce qui concerne le droit voisin, voy. notre commentaire à la note précédente.

263 Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 45.

264 Comp. C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08.

265 La CJUE souligne particulièrement cet aspect dans son arrêt *Painer*, C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10, point 94: « (...) il y a donc lieu de considérer qu'une photographie de portrait est susceptible, en vertu de l'article 6 de la directive 93/98, d'être protégée par le droit

Un contenu est « similaire » s'il diffère pour partie s'agissant des éléments originaux d'une œuvre pour laquelle les titulaires de droits ont fourni aux fournisseurs de service les informations pertinentes et nécessaires, étant entendu qu'afin de qualifier ledit contenu, le fournisseur devrait être amené à « procéder à une appréciation autonome ». En d'autres termes, l'on vise par là un contenu qui, outre des éléments originaux repris de l'œuvre spécifique, comporte également d'autres éléments (le cas échéant originaux) qui ne sont pas repris de cette œuvre spécifique. Le contenu constitue donc une « reproduction en partie » au sens de l'article 2 de la directive 2001/29/CE et/ou une « adaptation/traduction » qui n'a pas fait l'objet d'une harmonisation explicite dans le cadre de ladite directive<sup>266</sup> étant entendu que si, par hypothèse, l'œuvre spécifique est originale en ce sens qu'elle est « création intellectuelle propre à son auteur », une appréciation spécifique (qui relève en principe de la souveraineté d'une juridiction nationale) est nécessaire pour parvenir à la conclusion quant à l'existence d'une reproduction ou d'une adaptation/traduction. Le cas échéant, ce contenu pourra constituer une « citation, critique, revue » ou une « utilisation à des fins de caricature, de parodie ou de pastiche » au sens de l'article 17, paragraphe 7, de la directive (UE) 2019/790 et/ou une des utilisations visées à l'article 5, paragraphes 2 et 3 de la directive 2001/29/CE. La présente notion de « contenu similaire » englobe donc la notion de « contenu licite excepté » définie ci-dessus.

Sur la base de cette typologie, il convient de distinguer entre plusieurs cas de figure. Une première distinction générale opposera les mesures de filtrage portant sur des « contenus identiques ou équivalents » (*b*) à celles portant sur des « contenus similaires » (*c*). Pour ces derniers, il faudra affiner la distinction dans le cadre de l'examen du droit de propriété intellectuelle (sous (3)), suivant que lesdits contenus doivent faire l'objet d'une « appréciation autonome » ((a)) ou non ((b)). Et à nouveau

---

d'auteur à condition, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier dans chaque cas d'espèce, qu'une telle photographie soit une création intellectuelle de l'auteur reflétant la personnalité de ce dernier et se manifestant par les choix libres et créatifs de celui-ci lors de la réalisation de cette photographie ».

266 Voy. en ce sens, M. VAN EECLOUD, P.B. HUGENHOLTZ, S. VAN GOMPEL, L. GUIBAULT, N. HELBERGER, *Harmonizing European Copyright Law – The Challenges of Better Lawmaking*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2009, pp. 83-84.

pour ces derniers, il faudra encore distinguer entre les « contenus commerciaux » ((i)) et les « contenus non-commerciaux » ((ii)).

b) *Une obligation de filtrage limitée aux contenus « identiques » et « équivalents », susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre »*

(1) Du point de vue de l'article 16 de la Charte

70. Du point de vue de la liberté d'entreprise, il nous paraît que l'obligation faite à un fournisseur de services de partage de contenus en ligne de procéder à la recherche et à la surveillance de **contenus « identiques » et « équivalents »**, en recourant à des techniques et à des moyens de recherche automatisés, ne peut être considérée comme « excessive »<sup>267</sup> – et donc comme constituant une « atteinte caractérisée » à sa liberté d'entreprise<sup>268</sup> – dès lors que :

- ledit fournisseur doit avoir reçu à cette fin les « informations pertinentes et nécessaires » de la part du titulaire de droits<sup>269</sup> ;
- lesdites informations doivent permettre d'identifier les contenus de manière « strictement ciblée »<sup>270</sup>, sans que le fournisseur doive de procéder à leur « appréciation autonome »<sup>271</sup> ;
- le caractère raisonnable (approprié) des mesures prises par le fournisseur sera évalué en fonction « de l'évolution de l'état de l'art en ce qui concerne les moyens existants, y compris leurs évolutions futures potentielles (...) »<sup>272</sup> ;
- le caractère raisonnable (proportionné) des mesures prises par le fournisseur sera évalué en fonction des « ressources et capacités dont il dispose » ainsi que des « autres obligations et défis auxquels il doit

267 Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischmig-Pieszczyk c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 46.

268 Comp. C.J.U.E., 24 novembre 2011, *Scarlet Extended c. SABAM*, C-70/10, points 48-49 ; C.J.U.E., 16 février 2012, *Sabam c. Netlog*, C-360/10, points 46-47 ; C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, points 51-53.

269 Article 17, paragraphe 4, sous b).

270 Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 56.

271 Comp. *Glawischmig-Pieszczyk*, point 45.

272 Considérant 66.

faire face dans l'exercice de son activité»<sup>273</sup>, à la lumière notamment des éléments identifiés aux paragraphes 5 et 6 de l'article 17;

- le fournisseur pourra s'exonérer de sa responsabilité en démontrant qu'il a fourni ses « meilleurs efforts »<sup>274</sup> pour identifier lesdits contenus et, suite à cette identification, pour garantir leur indisponibilité, étant entendu que cette garantie ne peut s'entendre comme l'assurance d'un « arrêt total des atteintes portées au droit de propriété intellectuelle (...) »<sup>275</sup> et qu'« il ne peut dès lors être exclu que dans certains cas, la disponibilité de contenus non autorisés protégés par le droit d'auteur ne puisse être évitée que sur notification des titulaires de droits (...) »<sup>276</sup>.

En cela, elle ne paraît pas manifestement incompatible avec les exigences du « juste équilibre » qui semble se dégager de la jurisprudence de la CJUE.

(2) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte

71. Du point de vue du droit fondamental à la propriété intellectuelle, il nous paraît que la mise en œuvre de l'obligation ci-dessus, dans les conditions précisées, constitue une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective du droit fondamental en cause », étant entendu qu'elle aura manifestement « pour effet d'empêcher ou, au moins, de rendre difficilement réalisables les consultations non autorisées des objets protégés (...) »<sup>277</sup> sur les services du fournisseur concerné.

72. Certes, dans le cadre de l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 – et à la différence de l'analyse du « juste équilibre » menée par la CJUE dans le cadre des différentes affaires commentées ci-dessus – les consultations non autorisées dont question ne résultent plus exclusivement d'actes de contrefaçon commis par des tiers<sup>278</sup> mais également d'actes qui, dans le chef du fournisseur, constitue un acte de communication au public en

273 Comp. *UPC Telekabel Wien*, points 51-52

274 Article 17, paragraphe 4, sous b) et c).

275 Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 63.

276 Considérant 66.

277 Comp. *UPC Telekabel Wien*, point 62.

278 Dans les affaires *Scarlet*, *Netlog* et *UPC Telekabel* commentées *supra* (n<sup>os</sup> 60-65), les injonctions à l'encontre des prestataires intermédiaires étaient prises (principalement) sur le fondement de l'article 8, paragraphe 3, de la directive 2001/29/CE, suivant lequel « [l]es États membres veillent à ce que les titulaires de droits puissent demander qu'une ordonnance sur requête soit rendue à l'encontre des intermé-

vertu du paragraphe 1<sup>er</sup> de cette disposition. Il n'en reste pas moins que le fournisseur de services de partage de contenus en ligne n'est pas à proprement parler à l'origine de la communication au public qu'il effectue – celle-ci étant entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs – de sorte qu'exiger de ce fournisseur que les mesures qu'il adopte assurent un « arrêt total des atteintes » reviendrait à exiger de lui un « sacrifice insupportable »<sup>279</sup>, lequel ne paraît pas justifié au regard du test de proportionnalité de l'article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte.

73. En tout état de cause, même dans l'hypothèse où il ne pourrait assurer un arrêt total des atteintes dans le cadre de la mise en œuvre de l'obligation de filtrage de l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), nous avons souligné *supra* (n<sup>os</sup> 48-49) que le titulaire de droits disposera toujours de moyens afin d'assurer une protection effective de droit fondamental de propriété intellectuelle à travers les possibilités d'envoyer au fournisseur une notification – qui engagera sa responsabilité s'il reste en défaut d'agir promptement dès réception (article 17, paragraphe 4, sous c)) – ou encore d'agir directement à l'encontre de l'utilisateur (sur la base de l'article 3 de la directive 2001/29/CE). Il nous paraît dès lors que l'éventuelle limitation de la protection du droit fondamental de propriété intellectuelle est susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre ».

(3) Du point de vue de l'article 11 de la Charte

74. Enfin, du point de vue de la liberté d'expression et d'information, eu égard aux définitions proposées des contenus « identiques » et « équivalents » (voy. *supra*, n<sup>o</sup> 69), il nous paraît que les mesures de filtrage concerneront principalement des contenus « illicites » et n'emporteront pas dans pareil cas de limitation de ladite liberté. Il ne peut toutefois être exclu que les mesures prises par le fournisseur – suivant les caractéristiques des moyens adoptés et/ou les informations fournies par les titulaires de droits – concernent incidemment des « contenus licites autorisés » également (voy. la définition que nous avons retenue *supra*, n<sup>o</sup> 68). A cet égard, la compatibilité de la limitation de la liberté d'expression et d'information qu'elles emportent devrait être examinée à la lumière

---

diaires dont les services sont utilisés par un tiers pour porter atteinte à un droit d'auteur ou à un droit voisin ».

279 Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12, point 62.

de l'existence de possibilités de recours à la disposition des utilisateurs, conformément à la « procéduralisation du juste équilibre » dans la jurisprudence de la CJUE (voy. *supra*, n° 65). *A priori*, il ne nous paraît pas possible d'exclure que les recours organisés en application du paragraphe 9 puissent rencontrer les exigences du « juste équilibre ».

**75.** En conclusion, dans les limites ici précisées, il nous paraît que l'**article 17, paragraphe 4, sous b et c), interprété en ce sens qu'il imposerait une obligation de filtrage des contenus « identiques » et « équivalents » (tels que définis ci-dessus, voy. *supra*, n° 69), est susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre »** qui se dégagent de la jurisprudence de la CJUE. Il convient toutefois de souligner encore que cette conclusion porte sur la disposition envisagée *in abstracto* dans le cadre du droit de l'UE et est donc sans préjudice d'une conclusion différente s'agissant de sa transposition *in concreto* dans le cadre du droit national d'un Etat membre.

c) *Une obligation de filtrage des contenus « similaires » en principe contraire aux exigences du « juste équilibre », sous certaines réserves*

(1) Du point de l'article 16 de la Charte

**76.** Du point de vue de la liberté d'entreprise – et sous réserve de ce qui sera dit dans un instant s'agissant de la possibilité pour le fournisseur de ne pas devoir procéder à une « appréciation autonome » du contenu – l'analyse pour ce qui concerne les **contenus « similaires »** ne diffère pas en substance de celle menée *supra* (n° 70) pour les contenus « identiques » ou « équivalents », à ceci près qu'eu égard à la complexité<sup>280</sup>, d'un point de vue technique, s'agissant de l'identification des premiers par rapport

280 Pour un récent état de l'art (qui met en évidence le recours à des systèmes d'empreinte numérique pour les contenus audio et vidéo), J.-P. MOCHON (éd.), « Vers une application effective du droit d'auteur sur les plateformes numériques de partage: Etat de l'art et propositions sur les outils de reconnaissance des contenus », Rapport de la mission confiée conjointement par le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), le Centre national du cinéma et de l'image animée (CNC) et la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet, 29 janvier 2020, disponible sur le site du CSPLA: <https://www.culture.gouv.fr/Sites-thematiques/Propriete-litteraire-et-artistique/Conseil-superieur-de-la-propriete-litteraire-et-artistique/Travaux/Missions/Mission-du-CSPLA-sur-les-outils-de-reconnaissance-des-contenus-proteges-par-les-plateformes-de-partage-en-ligne-etat-de-l-art-et-propositions> (dernière consultation: 09/04/2020).

à l'identification des seconds<sup>281</sup>, le caractère « raisonnable » des mesures prises par le fournisseur d'un services de partage de contenu en ligne ainsi que la démonstration qu'il a fourni ses « meilleurs efforts » pour identifier et garantir l'indisponibilité desdits contenus afin de s'exonérer de sa responsabilité devraient être appréciés avec moins de sévérité, ce à la lumière du principe de proportionnalité.

77. Cela étant dit, cette conclusion repose sur le postulat d'une possibilité d'identifier des « contenus similaires » sans procéder à une « appréciation autonome »<sup>282</sup>, ce qui ne nous paraît pas possible pour la majorité des contenus.

Dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek* – qui, pour rappel, concernait des contenus diffamatoires – la CJUE ne s'est pas prononcée précisément sur ce qu'elle entendait par « appréciation autonome » mais l'on comprend qu'il ne doit pas s'agir d'une appréciation particulièrement complexe<sup>283</sup>. Or, du point de vue du droit d'auteur (et plus largement du droit de la propriété intellectuelle), **l'appréciation des similitudes est d'une extrême complexité** et ne se laisse pas enserrer dans des règles précises<sup>284</sup>.

Schématiquement, elle suppose l'identification des éléments originaux de l'œuvre première et la reprise de ces éléments originaux dans l'œuvre seconde. A cet égard, si la condition d'originalité est certes harmonisée *in abstracto* en droit de l'UE<sup>285</sup>, son application *in concreto* est entièrement soumise à l'appréciation du juge national<sup>286</sup>, avec de très impor-

281 Comp. l'analyse du juste équilibre dans les conclusions de l'avocat général M. SPURNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 73 : « (...) à la différence des informations identiques à celle ayant été qualifiée d'illicite, les informations équivalant à celle-ci ne peuvent pas être identifiées sans qu'un hébergeur recoure à des solutions sophistiquées (...) ».

282 Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 45 (reproduit *supra*, note 222).

283 Comp. *Glawischnig-Piesczek*, point 41 (reproduit *supra*, note 219).

284 Voy. pour une analyse approfondie de la question à la lumière de la jurisprudence de la CJUE et de la jurisprudence belge, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 1), spéc. pp. 299-300 (droit UE) et 538-571 (droit belge).

285 Voy. à l'origine C.J.C.E., 16 juillet 2009, *Infopaq International c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08, points 33-37.

286 Voy. pour une analyse approfondie de la question à la lumière de la jurisprudence belge, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 1), spéc. pp. 365-509.

tantes variations suivant de nombreux facteurs<sup>287</sup>. Par ailleurs, si cette jurisprudence de la CJUE est susceptible de donner quelques indications s'agissant de la reproduction à l'identique ou « reproduction littérale », elle ne comporte à ce stade aucune indication s'agissant de la reproduction par similitudes ou « reproduction non-littérale », à la différence de la matière du droit des marques ou du droit des dessins et modèles, qui regorgent de développements relatifs respectivement à l'appréciation du « risque de confusion » du point de vue du « consommateur moyen » et de l'« impression visuelle globale » du point de vue de l'« utilisateur averti »<sup>288</sup>. Or, non seulement l'appréciation *in concreto* de la question des similitudes pertinentes du point de vue du droit d'auteur est, comme pour l'appréciation de l'originalité, susceptible d'importantes variations suivant de nombreux facteurs dans le cadre du pouvoir souverain du juge national<sup>289</sup>, mais en outre, à défaut d'harmonisation *in abstracto* du

287 Il n'est d'ailleurs pas rare que pour un même objet, les juges appelés à se prononcer en première instance puis en appel parviennent à des conclusions contradictoires quant à l'originalité, voy. par exemple en Belgique, dans une affaire *Madonna*, à propos d'une mélodie: Civ. Mons (cess.), 18 novembre 2005, *Auteurs & Media*, 2006, p. 264, note A. STROWEL (concluant à l'originalité de la mélodie litigieuse); Mons, 3 février 2014, *Revue de droit commercial belge*, 2014, p. 513, note J. CABAY (concluant, à raison selon nous, à l'absence d'originalité de la mélodie litigieuse). Illustrant encore un peu plus l'insécurité qui règne autour de l'application de la notion d'originalité, on relèvera qu'un pourvoi en cassation avait été dirigé contre l'arrêt de la cour d'appel de Mons: Cass., 14 décembre 2015, *Journal des Tribunaux*, 2016, p. 472, avec nos observations critiques (« L'affaire Madonna ou le triomphe de l'anecdote »).

288 Voy. pour une lecture prospective de la jurisprudence de la CJUE vers l'adoption d'un critère de l'« impression globale identique » aux fins de l'appréciation des similitudes constitutives de la contrefaçon en droit d'auteur, inspiré du droit des marques et du droit des dessins et modèles, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 1), spéc. pp. 314-330.

289 Là encore, il n'est pas rare que pour un même objet, les juges appelés à se prononcer en première instance puis en appel parviennent à des conclusions contradictoires quant à l'existence de similitudes constitutives de la contrefaçon, voy. par exemple en Belgique, dans une affaire *Eminem*, toujours à propos d'une mélodie: Civ. Bruxelles, 11 mars 2005, *Auteurs & Media*, 2006, p. 261, note A. STROWEL (concluant à l'existence de similitudes « (...) après une seule écoute attentive (...) »); Bruxelles, 6 décembre 2007, *Auteurs & Media*, 2008, p. 40 (concluant à l'absence de similitudes « (...) non pas à l'issue d'une seule écoute, mais bien de plusieurs auditions (...) »).

droit d'adaptation<sup>290</sup> et des critères d'appréciation desdites similitudes, on constate d'importantes différences entre les Etats membres<sup>291</sup>.

78. Eu égard à cet état du droit et en considération de l'état actuel de l'art, il appert qu'il n'existe aucune « technique ou moyen de recherche automatisé » permettant de procéder à une analyse des « contenus similaires » du point de vue du droit d'auteur<sup>292</sup>. On peut même s'interroger sur la possibilité de mettre au point pareil outil, à raison des biais cognitifs qui affectent l'analyse<sup>293</sup>. Aussi, **imposer au fournisseur une obligation de filtrage qui s'étendrait aux contenus similaires revient**

290 Dans le sens d'une absence d'harmonisation, voy. *supra*, note 266. Voy. toutefois pour une analyse approfondie de la jurisprudence de la CJUE concluant en ce sens que le droit d'adaptation relève, à tout le moins en partie, du droit de reproduction au sens de la directive 2001/29/CE, J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, *op. cit.* (note 1), spéc. pp. 283-292.

291 A titre d'illustration, on retiendra que la Cour de cassation française (Cass. fr. (com.), 8 avril 2014, *Propriétés Intellectuelles*, 2014, p. 271, obs. A. LUCAS) et le Hoge Raad néerlandais (Hoge Raad, 12 avril 2013, *Stokke t. Fikszo en H3 Products*, ECLI:NL:HR:2013:BY1532) ont respectivement rejeté et adopté le critère de l'« impression d'ensemble » (ou « totaalindruk » en néerlandais) aux fins de l'appréciation de la contrefaçon en droit d'auteur, témoignant des différences majeures entre les juridictions des Etats membres.

292 A la différence du droit des marques ou du droit des dessins et modèles. Ainsi à titre d'illustration, de nombreux offices de propriété intellectuelle ont développé des outils d'intelligence artificielle permettant de réaliser des recherches d'antériorités, voy. l'index des initiatives en matière d'intelligence artificielle menées dans les offices de propriété intellectuelle sur le site de l'OMPI: [https://www.wipo.int/about-ip/fr/artificial\\_intelligence/search.jsp](https://www.wipo.int/about-ip/fr/artificial_intelligence/search.jsp) (dernière consultation: 27/05/2020).

293 Voy. spéc. aux Etats-Unis où des études ont identifié une série de biais cognitifs dans l'appréciation des similitudes constitutives de la contrefaçon C. KLONICK, « Comparing Apples to Applejacks: Cognitive Science Concepts of Similarity Judgment and Derivative Works », *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 2013, vol. 60, n° 3, pp. 365-386; I.D. MANTA, « Reasonable Copyright », *Boston College Law Review*, 2012, vol. 53, n° 4, pp. 1303-1356; L. MCKENZIE, « Drawing Lines: Addressing Cognitive Bias in Art Appropriation Cases », *UCLA Entertainment Law Review*, 2013, vol. 20, n° 1, pp. 83-106.

L'existence de pareils biais cognitifs a d'ailleurs été confirmée par des études empiriques, voy. spéc. S. BALGANESH, I.D. MANTA, T., WILKINSON-RYAN, « Judging Similarity », *Iowa Law Review*, 2014, vol. 100, n° 1, pp. 267-290 (influence de divers éléments portés à la connaissance du public pertinent sur son appréciation des similitudes); J. LUND, « An Empirical Examination of the Lay Listener Test in Music Composition Copyright Infringement », *Virginia Sports & Entertainment Law Journal*, 2011, col. 11, n° 1, pp. 137-177 (impact de l'interprétation musicale sur l'appréciation de la contrefaçon en cette matière).

**draît à lui imposer de procéder à une « appréciation autonome » des-dits contenus, et donc une « obligation excessive » constituant une « atteinte caractérisée » à sa liberté d'entreprise.**

On relèvera pour le surplus que dans ses conclusions rendues dans une affaire *Amazon Services*<sup>294</sup>, l'avocat général CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA a souligné, au visa de la directive 2000/31/CE, que de

« *simples* entrepositaires ne sauraient se voir imposer une obligation spécifique de diligence afin de s'assurer, dans chaque cas, du respect des droits du titulaire de la marque identifiant les marchandises qui leur sont confiées, à moins que l'atteinte soit manifestement illicite. Cette obligation générale ferait peser une charge excessive sur les activités habituelles de ces entreprises en tant que prestataires de services auxiliaires au commerce »<sup>295</sup>.

Sans assimiler pleinement le fournisseur services de partage de contenu en ligne à un « simple entrepositaire » au sens de cette jurisprudence<sup>296</sup>, il nous paraît tout de même que le parallèle revêt une certaine pertinence dès lors que la communication au public que le fournisseur effectue est entièrement subordonnée au « téléversement » d'une œuvre ou d'un autre objet protégé par un de ses utilisateurs. Or, pour les raisons que nous venons d'exposer, la complexité de l'analyse des similitudes

294 C.J.U.E., 2 avril 2020, *Coty Germany c. Amazon Services e.a.*, C-567/18. On relèvera que la CJUE ne s'est pas prononcée dans cet arrêt sur l'interprétation de la directive 2001/29/CE pour des raisons procédurales et n'a donc pas confirmé ou infirmé l'interprétation de son avocat général.

295 Conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 28 novembre 2019 dans l'affaire *Coty Germany c. Amazon Services e.a.*, C-567/18, point 80 (nous soulignons).

296 L'avocat général distingue d'ailleurs la situation du « simple entrepositaire » de celle d'une entreprise qui ne se charge pas uniquement du stockage et du transport neutres des produits mais également d'autres activités (voy. la description du programme « Expédié par Amazon », point 56), estimant que dans ce second cas « (...) l'ignorance [que les marchandises en cause portaient atteinte au droit de marque] ne les exonère pas nécessairement de leur responsabilité », voy. le point 81. Ceci n'ôte toutefois rien à la pertinence du parallèle, eu égard notamment à la différence des droits de propriété intellectuelle considéré (marque d'un côté, droit d'auteur et droits voisins de l'autre) et plus encore, aux considérations de liberté d'expression et d'information au cœur de l'article 17 (absentes de la situation concernée par l'affaire *Amazon Services*, où la préoccupation de l'avocat général consistait à « (...) assurer le juste équilibre entre la protection du droit de marque et l'absence d'obstacles au commerce légitime », voy. le point 78).

rendra illusoire le caractère « manifestement illicite » de la majorité des contenus.

(2) Du point de vue des articles 11 et 13 de la Charte

79. Plus fondamentalement, le raisonnement de la CJUE dans son arrêt *Glawischnig-Piesczek*, suivant lequel un hébergeur ne peut être contraint, au regard de l'article 15 de la directive 2000/31/CE, de procéder à une « appréciation autonome », nous paraît ancré dans sa jurisprudence relative à la limitation de responsabilité des hébergeurs prévue à l'article 14 de cette même directive. La CJUE est en effet d'avis que pour bénéficier de cette limitation de responsabilité, ledit hébergeur doit exercer un rôle « neutre », en ce sens que « son comportement est purement technique, automatique et passif, impliquant l'absence de connaissance ou de contrôle des données qu'il stocke »<sup>297</sup>. Or sur ce point, l'avocat général SZPUNAR a clairement établi dans ces conclusions le lien avec la liberté d'expression et d'information, estimant que s'il était exigé de l'hébergeur qu'il procède à

« l'identification d'informations équivalant à celle qualifiée d'illicite provenant d'autres utilisateurs (...) [alors] non seulement le rôle d'un prestataire exerçant une surveillance générale ne serait plus neutre, en ce sens qu'il ne serait pas seulement technique, automatique et passif mais ce prestataire, en exerçant une forme de censure, deviendrait un contributeur actif de cette plateforme »<sup>298</sup>.

Et l'avocat général de conclure ensuite au non-respect des exigences du « juste équilibre » dans cette hypothèse, notamment au motif que la mise en œuvre des solutions permettant cette identification

« conduirait à une censure, de sorte que la liberté d'expression et d'information serait susceptible d'être systématiquement restreinte »<sup>299</sup>.

80. Et de fait, du point de vue de la liberté d'expression et d'information, une mesure de filtrage des « contenus similaires » nous paraît susceptible de constituer une « atteinte caractérisée » à ladite liberté.

297 C.J.C.E., 23 mars 2010, *Google France c. Louis Vuitton*, aff. jointes C-236/08 à C-238/08, point 114 (nous soulignons). Voy. également C.J.U.E., 12 juillet 2011, *L'Oréal e.a.c. eBay e.a.*, C-324/09, point 113.

298 Conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR présentées le 4 juin 2019 dans l'affaire *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18, point 73 (nous soulignons).

299 *Ibid.*, point 74 (nous soulignons).

Déjà, les conditions de la protection (notamment l'originalité) et de la contrefaçon (notamment les similitudes pertinentes), dont l'appréciation relève entièrement de l'office du juge national, sont le siège de considérations tirées notamment de la liberté d'expression et d'information<sup>300</sup>. Sans être formellement articulée dans la jurisprudence de la CJUE, l'on voit tout de même cette idée poindre ci et là<sup>301</sup>.

Mais en outre, le droit de l'Union prévoit une série d'exceptions et limitations au droit d'auteur, dont la CJUE a clairement énoncé qu'elles étaient le véhicule de cette liberté (et/ou de la liberté des arts), telles l'exception de parodie<sup>302</sup>, de citation<sup>303</sup> ou de compte-rendu d'actualités<sup>304</sup>. Et pour ces exceptions et limitations en particulier et eu égard à ce fondement en particulier, la CJUE a souligné que l'exigence que leur interprétation permette « de sauvegarder leur effet utile et de respecter leur finalité (...) revê[t] une importance particulière (...) »<sup>305</sup>. Le législateur qui a adopté la directive (UE) 2019/790 l'a lui-même admis, en rendant obligatoires ces exceptions et limitations en particulier, là où la directive 2001/29/CE les avait laissées facultatives<sup>306</sup>. Or ici aussi, leur appréciation est particulièrement complexe et relève en principe entièrement

300 Pour une analyse en ce sens, voy. J. CABAY, *L'objet de la protection du droit d'auteur – Contribution à l'étude de la liberté de création*, op. cit. (note 1), 2016.

301 L'illustration la plus évidente réside dans la transposition de la *merger doctrine* dans le cadre de l'interprétation de la condition d'originalité, voy. C.J.C.E., 22 décembre 2010, *Bezpečnostní softwarová asociace – Svaz softwarové ochrany c. Ministerstvo kultury*, C-393/09, point 49. Voy. également sa jurisprudence à propos de la notion d'« expression » : C.J.U.E., 13 novembre 2018, *Levola Hengelo c. Smilde Foods*, C-310/17, spéc. points 40-41 (exigence de « précision et d'objectivité » de l'expression) ; C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, C-406/10, point 40 (exclusion des idées de la protection du droit d'auteur).

On relèvera par ailleurs tout récemment, illustrant cette tendance, l'analyse – sommaire il est vrai – du motif absolu de refus à l'enregistrement d'une marque (pour contrariété à l'ordre public ou aux bonnes mœurs) au visa de l'article 11 de la Charte, voy. C.J.U.E., 27 février 2020, *Constantin Film Produktion c. EUIPO*, C-240/18 P, point 56.

302 C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13, point 25.

303 C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Pelham et Haas c. Hütter et Schneider-Esleben*, C-476/17, point 72 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Spiegel Online c. Beck*, C-516/17, point 45 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Funke Medien c. Allemagne*, C-469/17, point 60.

304 *Spiegel Online*, point 45 ; *Funke Medien*, point 60.

305 *Spiegel Online*, point 55 ; *Funke Medien*, point 71 (nous soulignons).

306 Article 17, paragraphe 7. Voy. également le considérant 70 (passage pertinent reproduit *supra*, note 88).

de l'office du juge national<sup>307</sup>. A cet égard, la CJUE a d'ailleurs énoncé expressément dans son arrêt *Deckmyn*<sup>308</sup> en matière de parodie que

« l'application, dans une situation concrète, de l'exception pour parodie (...) doit respecter un juste équilibre entre [les droits fondamentaux en cause] (...) [et qu'] [a]fin de vérifier si, dans une situation concrète, l'application de l'exception pour parodie (...) respecte ce juste équilibre, il y a lieu de tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce »<sup>309</sup>.

**Aussi, il ne se justifie en aucune manière d'abandonner au fournisseur de services de partage de contenus en ligne, l'examen des conditions de la protection, de la contrefaçon et des éventuelles exceptions dans la cadre d'une mesure de filtrage des « contenus similaires », alors que ledit fournisseur ne dispose d'aucune compétence ni de légitimité pour pratiquer pareil examen. A notre avis, une telle délégation « remet en cause » la liberté d'expression et d'information (en ce compris la liberté des arts) « en tant que telle »<sup>310</sup>. En sens, elle ne respecterait pas son contenu essentiel et serait donc incompatible avec les exigences du « juste équilibre ».**

**81. Si sur ce point, aucune distinction ne doit par ailleurs être opérée suivant le caractère commercial ou non du contenu, on relèvera tout de même que cette conclusion s'impose avec plus de force encore pour ce qui concerne les contenus non-commerciaux, eu égard à l'arrêt *GS Media*<sup>311</sup> de la CJUE. En effet, dans la jurisprudence de la CJUE, parmi les critères pertinents pour l'« appréciation individualisée » du droit de communication au public (voy. *supra*, n° 37) figure notamment – outre le « caractère lucratif » –**

« le rôle incontournable joué par l'utilisateur et le caractère délibéré de son intervention. En effet, cet utilisateur réalise un acte de communication lorsqu'il intervient, en pleine connaissance des consé-

307 Voy. pour une analyse approfondie de la jurisprudence belge et française, J. CABAY, M. LAMBRECHT, « Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity », *Journal of Intellectual Property Law and Practice*, 2015, Vol. 10, N° 5, pp. 359-377.

308 C.J.U.E., 3 septembre 2014, *Deckmyn et Vrijheidsfonds c. Vandersteen e.a.*, C-201/13.

309 *Deckmyn*, points 27-28 (nous soulignons).

310 Voy. *supra*, note 170.

311 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15.

quences de son comportement, pour donner à ses clients accès à une œuvre protégée, et ce notamment lorsque, en l'absence de cette intervention, ces clients ne pourraient, en principe, jouir de l'œuvre diffusée »<sup>312</sup>.

Et suivant l'approche de la CJUE dans *GS Media*, c'est précisément parce que l'utilisateur qui ne poursuit pas un but lucratif « n'intervient, en règle générale, pas en pleine connaissance des conséquences de son comportement (...) »<sup>313</sup> que le placement par ses soins d'un hyperlien ne constitue pas une communication au public, à moins qu'

« il ne soit établi qu'une telle personne savait ou devait savoir que le lien hypertexte qu'elle a placé donne accès à une œuvre illégalement publiée sur Internet, par exemple en raison du fait qu'elle en a été averti par les titulaires du droit d'auteur (...) »<sup>314</sup>.

Or dans le cas d'un « contenu similaire » dont l'appréciation du caractère éventuellement contrefaisant n'est pas « manifeste » et où il conviendrait, pour l'établir, de procéder à une « appréciation autonome » portant sur l'examen des conditions de la protection et/ou de la contrefaçon et/ou d'une éventuelle exception, il va de soi qu'il ne peut être considéré que l'utilisateur qui téléverse pareil contenu « savait ou devait savoir » qu'il agissait en méconnaissance d'un droit d'auteur. Il n'en ira différemment qu'une fois qu'il en aura été averti par les titulaires de droits, ce par le truchement de la procédure de notification prévue à l'article 17, paragraphe 4, sous c).

**82.** Alors il est vrai, que ce soit pour les contenus commerciaux ou non, les fournisseurs auront dû prévoir, en application de l'article 17, paragraphe 9, un dispositif de traitement des plaintes et de recours rapide et efficace, lequel est sans préjudice *in fine* de l'accès au juge. Le législateur a d'ailleurs insisté sur ce point spécialement pour ce qui concerne la sauvegarde des exceptions et limitations<sup>315</sup>. Mais même dans une optique de « procéduralisation du juste équilibre » (*supra*, n° 65) – qui pourrait

312 *GS Media*, point 35 (nous soulignons). Voy. encore récemment C.J.U.E., 2 avril 2020, *STIM et SAMI c. Fleetmanager Sweden et Nordisk Biluthyrning*, C-753/18, point 32 (considérant en conséquence que la location de véhicules automobiles équipé de postes de radio ne constitue pas une communication au public).

313 *GS Media*, point 48 (nous soulignons).

314 *GS Media*, point 49 (nous soulignons).

315 Article 17, paragraphe 9, alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine*: « (...) En particulier, les États membres veillent à ce que les utilisateurs puissent s'adresser à un tribunal ou à une autre

justifier d'éventuelles limitations à la liberté d'expression et d'information dans le cadre d'une obligation de filtrage des « contenus identiques ou équivalents » (*supra*, n° 74) – pareille « sauvegarde » de la liberté d'expression et d'information ne nous paraît pas suffisante dans le cadre d'une obligation de filtrage qui s'étendrait aux « contenus similaires ». Car si l'on pourrait envisager que l'appréciation du caractère « licite autorisé » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 68) des « contenus identiques ou équivalents » puisse être opérée par le fournisseur – dans le cadre du dispositif de traitement des plaintes et de recours qu'il a mis en place et sur la base des informations échangées par les parties – sans que cette appréciation puisse être considérée « autonome » (voy. spéc. *supra*, nos 77-78), il n'en va pas de même de l'appréciation des « contenus similaires », spécialement de leur caractère « licite excepté » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 68).

En présence d'une contestation portant sur les éléments originaux de l'œuvre première, sur leur reprise dans l'œuvre seconde ou sur l'application d'une exception ou d'une limitation, seule l'issue favorable d'une procédure judiciaire engagée par l'utilisateur dont le contenu aurait, par hypothèse, été rendu indisponible par le fournisseur, permettrait à cet utilisateur de voir sa liberté d'expression et d'information préservée. Cette « reconstitution *a posteriori* de l'équilibre nécessaire »<sup>316</sup> – suivant les termes employés par l'avocat général M. WATHELET dans ses conclusions dans l'affaire *UPC Telekabel* – ne paraît pas satisfaire les exigences du « juste équilibre », même envisagé dans son volet procédural<sup>317</sup>. Il y aurait donc bien, dans pareil cas, une « atteinte caractérisée » à la liberté d'expression et d'information de cet utilisateur.

83. Cette conclusion n'est toutefois pas absolue et doit être relativisée à deux égards. Elle doit en outre être complétée en considération d'un élément particulier.

Premièrement, si l'on venait à considérer que, pour les raisons exposées ci-dessus tenant à la complexité de l'identification des « contenus

---

autorité judiciaire compétente pour faire valoir le bénéfice d'une exception ou d'une limitation au droit d'auteur et aux droits voisins ».

316 Voy. *supra*, note 249.

317 Voy. dans le même sens, plaidant, à raison selon nous, en faveur d'une intégration des garanties en matière de liberté d'expression dès la conception des techniques de reconnaissance des contenus, M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 42), p. 30.

similaires », ceux-ci ne devraient aucunement faire l'objet d'une mesure de filtrage, il en résulterait que la protection de la liberté d'expression et d'information primerait systématiquement sur celle du droit de propriété intellectuelle. Au premier abord et à suivre l'approche de la CJUE dans un arrêt *Mc Fadden*<sup>318</sup>, cela « aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre »<sup>319</sup>. Aussi, il conviendra encore de se déterminer du point de vue du droit de propriété intellectuelle, tel que protégé à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte. Nous y viendrons dans un instant (*infra*, n<sup>os</sup> 86 et s.).

84. Deuxièmement, si la conclusion à laquelle nous sommes parvenu sera valable pour l'extrême majorité des « contenus similaires » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n<sup>o</sup> 69) – dont le caractère contrefaisant ne pourra être établi que dans le cadre d'une « appréciation autonome » – il ne peut toutefois être exclu que parmi ceux-ci, le caractère contrefaisant puisse dans certains cas être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à proprement parler à une « appréciation autonome ». Avec une certaine doctrine, on pourrait qualifier ces contenus comme étant « manifestement illicite »<sup>320</sup> ou « *prima facie* infringement »<sup>321 322</sup>. Il en ira certainement ici de certaines adaptations ou traductions (par hypothèse non autorisées) (l'on songe en particulier à certaines « cover songs ») qui, bien qu'elles ne soient pas formellement visées par l'harmonisation opérée par la directive 2001/29/CE, semblent pouvoir relever du droit de reproduction au sens de son article 2, tel qu'interprété largement par la CJUE, spécialement dans ses

318 C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14.

319 *Mc Fadden*, point 99.

320 Comp. *supra*, note 295, les conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA.

321 J.P. QUINTAIS, *e.a.*, « Safeguarding User Freedoms in Implementing Article 17 of the Copyright in the Digital Single Market: Recommendations from European Academics », *op. cit.* (note 42), p. 280 (et le passage pertinent est reproduit *supra*, note 259).

322 Comp. également M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 42), p. 30280 (et le passage pertinent est reproduit *supra*, note 260).

arrêts *Painer*<sup>323</sup> et *SAS Institute*<sup>324</sup>. Par rapport à ces contenus, et sous réserve de l'existence *in concreto* de moyens efficaces et fiables permettant de les identifier<sup>325</sup>, la conclusion à laquelle nous sommes parvenu *in abstracto* pourrait donc être réévaluée.

85. Troisièmement, il convient encore d'avoir égard au fait que suivant la définition que nous avons retenue d'un « contenu similaire », celui-ci doit s'entendre d'« un contenu qui, outre des éléments originaux repris de l'œuvre spécifique, comporte également d'autres éléments, le cas échéant originaux, qui ne sont pas repris de cette œuvre spécifique » (voy. *supra*, n° 69). Ledit contenu est donc susceptible d'être lui-même créatif. Il pourra même être original constituant, à tout le moins en partie, une « création intellectuelle propre à son auteur », lequel sera par hypothèse l'utilisateur qui l'a téléversé. A ce titre, l'utilisateur bénéficiera donc sur ce contenu de la protection du droit d'auteur (et/ou du droit voisin pour les artistes interprètes ou exécutants) au sens de directive 2001/29/CE et, corrélativement, de la protection du droit de propriété intellectuelle en tant que droit fondamental garanti à l'article 17, paragraphe 2, de la Charte.

En d'autres termes, dans l'hypothèse d'un utilisateur créateur, une mesure de filtrage étendue aux « contenus similaires » est susceptible d'entraîner une « restriction caractérisée » non pas uniquement des libertés d'expression et des arts de cet utilisateur créateur, mais également de son droit de propriété intellectuelle. Dans le cas de l'utilisateur qui crée exclusivement à travers les services d'un fournisseur de services de partage de contenus en ligne (tel un YouTubeur), on pourrait d'ail-

---

323 C.J.U.E., 1<sup>er</sup> décembre 2011, *Eva-Maria Painer c. Standard VerlagsGmbH e.a.*, C-145/10. Dans cette affaire, la CJUE a semblé considérer comme relevant de la notion de reproduction au sens de la directive 2001/29, un acte qualifié (ou pouvant être qualifié) d'adaptation par la juridiction de renvoi au regard du droit national, en l'occurrence un portrait-robot réalisé au départ d'une photographie. Spécialement, on relève que la Cour a substitué à la distinction débattue devant les juridictions autrichiennes entre libre utilisation (« *freie Benutzung* ») et adaptation (« *Bearbeitung* ») au sens du droit national, une distinction entre libre utilisation et reproduction au sens de la directive.

324 C.J.U.E., 2 mai 2012, *SAS Institute c. World Programming*, C-406/10. Dans le même ordre d'idées que, la Cour nous paraît avoir énoncé dans cette affaire que l'acte de transposition d'un genre (ou d'une langue) à un(e) autre, considéré dans plusieurs juridictions comme relevant du droit d'adaptation, constitue un acte de reproduction au sens de la directive 2001/29/CE.

325 Voy. l'état de l'art cité *supra*, note 280.

leurs considérer que, pratiquement, la mesure de filtrage « équivaldrait à le priver de son droit de propriété intellectuelle légalement acquis »<sup>326</sup>. Aussi dans le cadre d'une « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65), il conviendra de vérifier si les modalités des recours organisées en application de l'article 17, paragraphe 9, de la directive (UE) 2019/790 peuvent constituer une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »<sup>327</sup> du droit de propriété intellectuelle de cet utilisateur créateur.

(3) Du point de vue de l'article 17, paragraphe 2 de la Charte

**86.** C'est en considération de l'ensemble de ces éléments qu'il convient enfin de vérifier si, et dans quelle mesure, du point de vue du droit de propriété intellectuelle, une limitation de l'obligation de filtrage pour ce qui concerne les « contenus similaires » satisfait au test de proportionnalité de l'article 52, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la Charte.

Nous avons déjà vu *supra* (n<sup>os</sup> 40-43 et 46-50) que sur le plan des principes, une limitation du droit de communication au public consacré à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790 ne semblait pas porter atteinte au « contenu essentiel » du droit de propriété intellectuelle. Nous avons vu également que, dans le cadre de la limitation dudit droit de communication au public, une différence devrait vraisemblablement être opérée suivant caractère « commercial » ou non du contenu, dans le cadre de son « appréciation individualisée » (voy. *supra*, n° 39).

Aussi, afin d'analyser le respect des exigences du « juste équilibre », il convient de distinguer d'abord suivant que le caractère contrefaisant du contenu similaire peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome » (b), ou au contraire si cela n'est pas possible (a). Et là où ce sera possible, il faudra ensuite distinguer entre les contenus commerciaux (i) et non-commerciaux (ii).

(a) *S'agissant des « contenus similaires » qui doivent faire l'objet d'une « appréciation autonome »*

**87.** Il nous paraît qu'une interprétation de l'obligation de filtrage visée au paragraphe 4, sous b) et c), in fine, de cette disposition, cen-

326 Comp. C.J.U.E., 9 février 2012, *Luksan c. van der Let*, C-277/10, point 70.

327 Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 62.

sée garantir le respect du droit consacré au paragraphe 1er, en ce sens qu'elle devrait s'appliquer aux « contenus similaires » dont le caractère contrefaisant ne peut être établi de manière évidente et doivent donc faire l'objet d'une « appréciation autonome », n'est pas susceptible de rencontrer les exigences du « juste équilibre », dès lors que :

- cette interprétation entraînerait une atteinte caractérisée à la liberté d'entreprise des fournisseurs de services de partage de contenus en ligne (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 77-78) ;
- cette interprétation serait susceptible d'entraîner une atteinte caractérisée à la liberté d'expression et d'information, la liberté des arts et, le cas échéant, le droit de propriété intellectuelle de l'utilisateur, le cas échéant créateur, desdits services (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 79-82 et 85) ;
- même dans le cadre de cette interprétation, le titulaire de droits ne sera pas privé de toute protection effective de son droit de propriété intellectuelle, dès lors qu'il pourra encore mettre en œuvre celui-ci en recourant à la procédure de notification prévue au paragraphe 4, sous c), et/ou en agissant directement contre l'utilisateur sur la base de son droit de communication au public, au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 48-49).

88. Dans le cas où la détermination du caractère « similaire » du contenu ne peut faire l'économie d'une « appréciation autonome », il nous paraît en effet que celle-ci ne peut être déléguée au fournisseur de services de partage de contenus en ligne (pour les motifs exposés *supra*, n<sup>o</sup> 77 et 80), mais doit être opérée par le titulaire de droits, qui, suivant le droit commun, engagera le cas échéant sa responsabilité à l'égard de l'utilisateur si la notification qu'il a adressée au fournisseur ou l'action qu'il a diligentée contre ledit utilisateur est abusive.

Par rapport à ce type de contenus, la responsabilité dudit fournisseur ne pourra donc être engagée, le cas échéant, que s'il n'agit pas « promptement dès réception d'une notification suffisamment motivée de la part des titulaires de droits, pour bloquer l'accès aux œuvres et autres objets protégés faisant l'objet de la notification ou pour les retirer de leurs sites internet », conformément au paragraphe 4 de l'article 17. Dans la mesure à la directive (UE) 2019/790 se fonde sur les mêmes principes, notamment, que la directive 2000/31/CE<sup>328</sup>, la responsabilité du fournisseur qui est resté en défaut d'agir promptement après réception de pareille

328 Voy. le considérant 4.

notification devrait, à notre avis, être appréciée de la même manière que dans le cadre de l'article 14 de cette dernière directive, qui prévoyait déjà ce cas de figure.

En conclusion, eu égard au fait qu'une interprétation de l'obligation de filtrage dans le sens inverse de celui proposé ici priverait les libertés d'entreprise, d'expression et d'information, des arts et, le cas échéant, le droit de propriété intellectuelle de l'utilisateur créateur, d'une « protection effective », et suivant la logique qu'elle a semblé poursuivre dans un arrêt *Mc Fadden*<sup>329</sup>, nous pensons que la CJUE sera encline à considérer « nécessaire » de retenir cette interprétation de l'article 17, paragraphe 4, de la directive (UE) 2019/790, à moins qu'une autre interprétation permettant de préserver lesdites libertés puisse être fournie, *quod non* selon nous.

(b) *S'agissant des « contenus similaires » qui ne doivent pas faire l'objet d'une « appréciation autonome »*

**89. S'agissant maintenant d'une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), in fine, qui s'étendrait aux « contenus similaires » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », il nous paraît que les exigences du « juste équilibre » commandent de distinguer entre les contenus « commerciaux » et « non-commerciaux » (suivant la définition que nous avons retenue *supra*, n° 67), dans le cadre de l'« appréciation individualisée » du droit de communication au public visé au paragraphe 1<sup>er</sup> (voy. *supra*, n° 39).**

329 Comp. C.J.U.E., 15 septembre 2016, *Mc Fadden c. Sony Music Entertainment Germany*, C-484/14, points 99-100 :

« 99. Les deux autres mesures ayant été écartées par la Cour, considérer qu'un fournisseur d'accès à un réseau de communication ne doit pas sécuriser sa connexion à Internet aboutirait ainsi à priver le droit fondamental à la propriété intellectuelle de toute protection, ce qui serait contraire à l'idée de juste équilibre.

100. Dans ces conditions, une mesure visant à sécuriser la connexion à Internet au moyen d'un mot de passe doit être considérée comme étant nécessaire pour assurer une protection effective du droit fondamental à la protection de la propriété intellectuelle. »

## (i) Contenus similaires commerciaux

90. *In abstracto*, il nous paraît qu'une exclusion de principe des « **contenus similaires commerciaux** » qui ne nécessite pas d'« appréciation autonome » du périmètre de l'obligation de filtrage méconnaîtrait le « juste équilibre », dès lors que :

- par hypothèse, en ce qu'elle n'appelle pas d'« appréciation autonome », elle n'impose pas au fournisseur de services de partage de contenus en ligne une « obligation excessive »<sup>330</sup>, d'autant que l'efficacité des mesures mises en place pour garantir l'indisponibilité des contenus devra être appréciée au regard de ses « meilleurs efforts »<sup>331</sup>, lesquels sont eux-mêmes appréciés, à la lumière du principe de proportionnalité, en considération d'une série d'éléments visés aux paragraphes 5 et 6<sup>332</sup>; dans ces conditions, il pourrait être admis que pareille obligation ne constitue donc pas une atteinte caractérisée à sa liberté d'entreprise; (voy. *supra*, n° 70)
- par hypothèse, en ce qu'elle n'appelle pas d'« appréciation autonome », pareille obligation ne devrait en principe pas concerner de « contenus licites exceptés » et, dans l'hypothèse où elle concernerait des « contenus licites autorisés » (suivant les définitions que nous avons retenues *supra*, n° 68), les recours organisés en vertu du paragraphe 9 seraient susceptibles de préserver la liberté d'expression et d'information dans le cadre d'une « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65);
- eu égard à l'objectif poursuivi par l'article 17 de combler le « value gap » et donc de permettre aux titulaires de droits de percevoir des fournisseurs une « rémunération appropriée » pour l'utilisation de leurs œuvres et autres objets protégés (voy. *supra*, n° 15), cette exclusion de principe priverait lesdits titulaires d'une mesure « suffisamment efficace pour assurer une protection effective »<sup>333</sup> de leur droit fondamental de propriété intellectuelle et serait donc susceptible de porter atteinte à son « contenu essentiel », en tant qu'elle ne permettrait pas de « sauvegarder son objet spécifique ».

330 Comp. C.J.U.E., 3 octobre 2019, *Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, C-18/18.

331 Article 17, paragraphe 4, sous b) et c).

332 Article 17, paragraphes 5 et 6.

333 Comp. C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktiongesellschaft*, C-314/12, point 62.

91. Cette référence à la théorie de la « **sauvegarde de l'objet spécifique de la propriété intellectuelle** », empruntée à la jurisprudence de la CJUE en matière de libertés de circulation<sup>334</sup>, peut *a priori* surprendre mais nous paraît pertinente<sup>335</sup>, eu égard à l'origine de cette jurisprudence et à ses développements récents.

Ladite théorie fixe les limites dans lesquelles peut être admise une dérogation au principe de liberté de circulation, comme le rappelait la CJUE notamment dans un arrêt *Football Association Premier League*<sup>336</sup>. S'agissant spécialement de la matière du droit d'auteur, la CJUE a précisé dans cet arrêt que

« 107. (...) cet objet spécifique vise notamment à assurer aux titulaires de droits concernés la protection de la faculté d'exploiter commercialement la mise en circulation ou la mise à disposition des objets protégés, en accordant des licences moyennant le paiement d'une rémunération.

108. Cependant, force est de constater qu'un tel objet spécifique ne garantit pas aux titulaires de droits concernés la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible. En effet, conformément à cet objet, il ne leur est assuré – ainsi que le prévoient le dixième considérant de la directive sur le droit d'auteur et le cinquième considérant de la directive sur les droits voisins – qu'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets protégés »<sup>337</sup>.

On voit donc que l'« objet spécifique » du droit d'auteur est de permettre à son titulaire d'« accord[er] des licences moyennant le paiement d'une rémunération appropriée pour chaque utilisation des objets pro-

334 Voy. à l'origine C.J.C.E., 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmärkte*, aff. 78/70 (droits voisins); C.J.C.E., 20 janvier 1981, *Musiek-Vertrieb Membran c. GEMA*, aff. jointes 55/80 et 57/80 (droit d'auteur).

335 Nous avons par ailleurs montré en quoi la jurisprudence relative aux hyperliens (sur laquelle nous appuyons pour partie la lecture que nous proposons ici) pouvait être comprise à la lumière de cette théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique, voy. J. CABAY, « La Cour de justice, le droit d'auteur et le marché unique numérique: voyage intertextuel au pays des hyperliens », *op. cit.* (note 20), pp. 51-82.

336 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 106.

337 Nous soulignons. Voy. également T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal+ c. Commission*, T-873/16, point 53.

tégés (...)»<sup>338</sup>, ce qui rejoint précisément l'objectif poursuivi par l'article 17 de la directive (UE) 2019/790 de combler le « value gap », ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 15). Et nous avons vu que pour ce faire, le législateur a entendu modifier les conditions de la négociation des « Second Level Agreements » entre les titulaires de droits et les plateformes, ces dernières bénéficiant dans ladite négociation d'une position privilégiée en raison du régime juridique en vigueur. C'est à cette fin qu'il a instauré au profit des titulaires de droits, le droit de communication au public visé au paragraphe 1<sup>er</sup> de ladite disposition (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 20-23).

On comprend donc que l'instauration dudit droit de propriété intellectuelle est intrinsèquement lié à une **problématique de distorsion de la concurrence**. Car si les plateformes bénéficiaient d'une position privilégiée dans le cadre de la négociation, ce n'est évidemment pas uniquement à raison des règles juridiques mais également du fait que, d'un point de vue économique, elles détenaient plus que vraisemblablement une position dominante<sup>339</sup> sur le marché de l'offre de ces contenus en ligne.

Aussi, une analyse de l'article 17 par la CJUE en considération de sa jurisprudence précédente mettant aux prises propriété intellectuelle et droit de la concurrence apparaît envisageable. Et c'est là précisément qu'il faut trouver l'origine de cette théorie de la « sauvegarde de l'objet spécifique de la propriété intellectuelle »<sup>340</sup>.

---

338 C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, point 34 (nous soulignons).

339 Suivant une jurisprudence classique de la CJUE à propos de l'article 102 du TFE, « (...) la position dominante visée par cet article concerne une position de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs » (C.J.C.E., 14 février 1978, *United Brands c. Commission*, aff. C-27/76, point 65).

340 Telle que développée à l'origine par la CJCE dans son arrêt *Deutsche Grammophon c. Metro-SB-Großmarkte*, la théorie de la sauvegarde de l'objet spécifique est fondée sur la distinction entre « existence » et « exercice » des droits de propriété intellectuelle élaborée par la CJUE dans son arrêt *Consten et Grundig*, en application des dispositions du traité relative au droit de la concurrence, C.J.C.E., 13 juillet 1966, *Etablissements Consten et Grundig-Verkaufs c. Commission*, aff. jointes 56-64 et 58-64.

92. Or, il convient d'avoir à l'esprit qu'un « contenu similaire », s'il ne doit pas faire l'objet d'une « appréciation autonome », consiste en un contenu qui présente, du point de vue de l'utilisateur, un degré de **substituabilité**<sup>341</sup> élevé avec l'œuvre ou autre objet protégé sur lequel le titulaire détient les droits. Aussi, il nous paraît qu'au titre de la sauvegarde de l'« objet spécifique » du droit de communication au public visé à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, l'obligation de filtrage du paragraphe 4 qui en assure la protection doit s'étendre à ces « contenus similaires commerciaux ». Précisons d'emblée que, s'il est vrai que le degré de substituabilité est indépendant du caractère commercial ou non, nous verrons dans un instant que la sauvegarde de cet « objet spécifique » devra être différente pour les contenus commerciaux (voy. *infra*, n<sup>os</sup> 96-97).

93. Sans aucunement confondre les notions d'« objet spécifique » (libertés de circulation, avec ses origines en droit de la concurrence) et de « contenu essentiel » (droits fondamentaux) des droits intellectuels<sup>342</sup>, il nous paraît tout à fait possible de considérer que, dans ce cas précis, si le premier n'est pas sauvegardé, alors le second ne peut être considéré respecté, ce à la lumière des exigences du « juste équilibre ». Il faut donc considérer, sur cette base, qu'**une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), in fine, qui ne s'étendrait pas aux « contenus similaires commerciaux » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », méconnaîtrait les exigences du « juste équilibre ».**

94. Pour se convaincre définitivement de la possibilité pour la CJUE de transporter, dans ce cas précis, des notions de droit de la concurrence

---

341 En droit de la concurrence, l'on définit un « marché de produits » comme celui qui « comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés », voy. la Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence, *J.O.U.E.* du 9 décembre 1997, C 372/5, point 2.

Plus classiquement, suivant la définition généralement retenue en microéconomie, deux biens sont substituables si une augmentation du prix de l'un entraîne une augmentation de la demande pour l'autre, voy. J.E. STIGLITZ, C.E. WALSH, *Principles of microeconomics*, 3<sup>e</sup> éd., New York, W.W. Norton, 2002, p. 71.

342 Le rapprochement ne nous paraît toutefois pas dénué de pertinence. Visiblement en ce sens également, voy. M. HUSOVEC, « The Essence of Intellectual Property Rights Under Article 17(2) of the EU Charter », *op. cit.* (note 169, pp. 854-855).

(au sens large) dans son analyse des droits fondamentaux, on soulignera qu'elle y a déjà procédé dans un arrêt *Huawei*<sup>343</sup> en

« met[tant] en balance, d'une part, la préservation du libre jeu de la concurrence au titre duquel le droit primaire et notamment l'article 102 TFUE prohibent les abus de position dominante et, d'autre part, la nécessaire garantie des droits de propriété intellectuelle de ce titulaire et de son droit à une protection juridictionnelle effective, garantis, respectivement, par les articles 17, paragraphe 2, et 47 de la Charte »<sup>344</sup>.

En conséquence, elle a établi « des conditions visant à garantir un juste équilibre des intérêts concernés »<sup>345</sup>.

Ce dernier arrêt offre d'ailleurs une perspective utile afin de régler la tension susceptible de découler d'une mesure de filtrage appliquée à un « contenu similaire commercial » qui serait par ailleurs créatif.

En effet, dans ce cas il pourra, le cas échéant, bénéficier de la protection du droit d'auteur et/ou des droits voisins<sup>346</sup> et à ce titre, de la protection de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, à laquelle le filtrage dont il serait l'objet apporterait donc une limitation. Et si ledit contenu devait demeurer indisponible il en résulterait une « atteinte caractérisée » audit droit (voy. *supra*, n° 85).

Aussi au titre de la « procéduralisation du juste équilibre » (voy. *supra*, n° 65) et suivant la logique poursuivie par la CJUE dans son arrêt *Huawei* précité, il nous paraît que si le titulaire de droits sur l'œuvre (ou autre objet protégé) et l'utilisateur créateur – qui dispose de droits sur ce « contenu similaire » – ne peuvent s'accorder soit dans le cadre du dispositif de traitement des plaintes et de recours mis en place par la plateforme, soit dans le cadre des mécanismes extrajudiciaires mis en

343 C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13.

344 *Huawei*, point 42.

345 *Huawei*, point 55. Comp. les conclusions de l'avocat général M. WATHELET présentées le 20 novembre 2014 dans l'affaire *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13, point 59 (avec la référence à C.J.U.E., 27 mars 2014, *UPC Telekabel Wien c. Constantin Film Verleih et Wega Filmproduktionsgesellschaft*, C-314/12)

346 Cette dernière est la plus vraisemblable, dès lors qu'eu égard à l'état de l'art et de son évolution, il est probable qu'une exécution ou une interprétation – protégée par le droit voisin des artistes interprètes et exécutants dans le cas de l'utilisateur créatif – d'une œuvre – protégée par le droit d'auteur dans le cas du titulaire de droits – puisse faire l'objet d'une identification fiable au moyen de techniques automatisées.

place par le droit national, alors ils doivent pouvoir porter leur litige devant une juridiction<sup>347</sup>. Et dans l'attente d'une décision, le fournisseur devrait, d'une part, maintenir disponible sur ses services ledit contenu, d'autre part, consigner l'ensemble des revenus générés par les actes d'exploitation dudit contenu intervenus sur ses services et dont il devra pouvoir produire le décompte<sup>348</sup>.

Il convient à nouveau d'insister sur le fait que cette conclusion porte sur la disposition envisagée *in abstracto* dans le cadre du droit de l'UE et est donc sans préjudice d'une conclusion différente s'agissant de sa transposition *in concreto* dans le cadre du droit national d'un Etat membre.

(ii) Contenus similaires non-commerciaux

**95.** S'agissant enfin des « **contenus similaires non-commerciaux** » dont le caractère potentiellement contrefaisant peut être établi sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », il nous paraît que ceux-ci doivent être exclus du périmètre de l'obligation de filtrage afin de respecter les exigences du « juste équilibre ».

**96.** Poursuivant l'analyse que nous avons entamée *supra* (nos 91-93), il faut admettre qu'il n'est pas certain s'ils relèvent ou non de l'« objet spécifique » du droit consacré à l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790. En effet, le caractère « non-commercial » d'une utilisation, en soi, ne soustrait pas celle-ci du champ de l'« objet spécifique » du droit de propriété intellectuelle concerné. En témoigne l'arrêt *Renc-*

347 Comp. *Huawei*, point 69: « (...) compte tenu, d'une part, du fait qu'un organisme de normalisation, tel que celui ayant élaboré la norme en cause au principal, ne contrôle, à l'occasion de la procédure de normalisation, ni la validité des brevets ni leur caractère essentiel à la norme à laquelle ils participent et, d'autre part, du droit à une protection juridictionnelle effective garanti par l'article 47 de la Charte, il ne saurait être reproché au contrefacteur allégué soit de contester, parallèlement aux négociations relatives à l'octroi de licences, la validité de ces brevets et/ou leur caractère essentiel à la norme à laquelle ils participent et/ou leur exploitation effective, soit de se réserver la faculté de le faire à l'avenir (...) ».

348 Comp. *Huawei*, point 67: « (...) dans l'hypothèse où le contrefacteur allégué utilise les enseignements du BEN avant qu'un contrat de licence ne soit conclu, il lui revient, à partir du moment du rejet de sa contre-offre, de constituer une sûreté appropriée, conformément aux usages commerciaux reconnus en la matière, par exemple en fournissant une garantie bancaire ou en consignant les sommes nécessaires. Le calcul de cette sûreté doit comprendre, notamment, le nombre des actes d'exploitation passés du BEN dont le contrefacteur allégué doit pouvoir produire le décompte ».

*khoff*<sup>349</sup> dans lequel la CJUE, au visa notamment de cette théorie<sup>350</sup>, n'a pas suivi son avocat général, qui avait pourtant fait grand cas de l'absence de but lucratif pour conclure à l'absence de communication au public dans le cas d'espèce<sup>351</sup>.

Ceci étant, et ainsi que nous l'avons vu, au titre de l'« objet spécifique » (comme au titre de l'article 17 de la directive) est uniquement garantie une « rémunération appropriée ». Et la CJUE a estimé dans son arrêt *Football Association Premier League* précité que,

« pour être appropriée, une telle rémunération doit être en rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie. En particulier, elle doit être en rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui en jouissent ou qui souhaitent en jouir »<sup>352</sup>.

Et d'ajouter ensuite qu'

« en matière de radiodiffusion télévisuelle, une telle rémunération doit notamment être (...) en rapport raisonnable avec des paramètres des émissions concernées telles que leur audience effective, leur audience potentielle et la version linguistique »<sup>353</sup>.

Or, dès lors que les « contenus non-commerciaux » sont – suivant la définition que nous avons retenue et au départ de la formulation de l'article 17, paragraphe 2 de la directive (UE) 2019/790 – ceux qui sont « téléversés par un utilisateur qui n'agit pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs » (voy. *supra*, n° 67), ils sont aussi ceux qui, potentiellement, participent le moins aux « fins lucratives » poursuivies par fournisseur de services de partage de contenus en

349 C.J.U.E., 7 août 2018, *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17.

350 *Renckhoff*, point 34.

351 Voy. les conclusions de l'avocat général M. CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA présentées le 25 avril 2018 dans l'affaire *Land Nordrhein-Westfalen c. Renckhoff*, C-161/17, points 80-85.

352 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108 (nous soulignons). Voy. également T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal+ c. Commission*, T-873/16, point 54: « Une rémunération appropriée du détenteur de ce droit est celle qui est en rapport raisonnable avec le nombre réel ou potentiel de personnes qui jouissent ou qui souhaitent jouir de la prestation fournie (...) ».

353 *Football Association Premier League*, point 109 (nous soulignons). Voy. également *Groupe Canal+*, point 54.

ligne dans le cadre de son « organisation » et sa « promotion »<sup>354</sup>. Le cas échéant, il s'agira donc de contenus dont l'audience, tant effective que potentielle, sera réduite, à tout le moins en comparaison avec les « contenus commerciaux ».

97. Ainsi, l'objectif de sauvegarder l'« objet spécifique » de l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790, ne se présente pas avec autant de force pour les « contenus similaires non-commerciaux » que pour les « contenus similaires commerciaux » autorisant, dans le cadre de son appréciation individualisée (voy. *supra*, n° 39), une conclusion différenciée s'agissant d'une éventuelle limitation de sa protection au titre de l'article 17, paragraphe 2, de la Charte, à la lumière du « juste équilibre ».

De fait, la CJUE a précisé de longue date que le droit de propriété « doi[t] être pris en considération par rapport à [sa] fonction dans la société (...) »<sup>355</sup>, principe qu'elle a ensuite exprimé en matière de droit d'auteur et de droits voisins dans un arrêt *Metronome Musik*<sup>356</sup>. Suite à l'adoption de la Charte, la CJUE a expressément réitéré ce principe à propos du droit de propriété intellectuelle qu'elle consacre, dans un arrêt *Planta Tabak-Manufaktur*<sup>357</sup> (en matière de marques), ajoutant au passage que « cette considération trouve notamment son reflet dans la manière dont il convient de mettre en œuvre le principe de proportionnalité en vertu de l'article 52, paragraphe 1, de la Charte »<sup>358</sup>.

**Or ici, la fonction poursuivie par le droit de communication au public de l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790, ne nous paraît tant d'empêcher le téléversement de « contenus similaires » par les utilisateurs qui ne poursuivent pas de but lucratif – les « contenus non-commerciaux » – mais plutôt de permettre aux titulaires de droits de participer à l'exploitation économique de leurs contenus par les plateformes – les « contenus commerciaux » – et de combler ainsi le « value gap ».**

354 Voy. l'article 2, sous 6), alinéa 1<sup>er</sup>, *in fine*.

355 C.J.C.E., 11 juillet 1989, *Hermann Schröder HS Kraftfutter c. Hauptzollamt Gronau*, aff. 265/87, point 15 (nous soulignons).

356 C.J.C.E., 28 avril 1998, *Metronome Musik c. Music Point Hokamp*, C-200/96, point 21.

357 C.J.U.E., 30 janvier 2019, *Planta Tabak-Manufaktur Dr. Manfred Obermann c. Land Berlin*, C-220/17, point 94.

358 *Planta Tabak-Manufaktur*, point 95.

98. Aussi eu égard à cette fonction dudit droit de communication au public – même protégé dans le cadre de la Charte – et spécialement dans la mesure où il rentre en conflit avec la liberté d'expression et d'information des utilisateurs – pareillement protégée par la Charte – il nous paraît que la recherche du « juste équilibre » pour ce qui concerne ces « contenus similaires non-commerciaux » doit faire prévaloir, s'agissant l'interprétation de la portée l'obligation de filtrage, ladite liberté sur le droit de propriété intellectuelle.

En effet, comme l'a souligné la CJUE, la liberté d'expression et d'information doit pareillement être considérée par rapport à sa fonction dans la société<sup>359</sup>. Toujours suivant la CJUE, sa sauvegarde « constitue incontestablement un objectif d'intérêt général, dont il convient de souligner, en particulier, l'importance dans une société démocratique et pluraliste (...) »<sup>360</sup>. Et plus spécifiquement, ainsi qu'elle l'a souligné dans son arrêt *GS Media* – dans lequel, ainsi que nous l'avons vu *supra* (n° 39), elle a limité la portée du droit de communication au public pour ce qui concerne les hyperliens réalisés par un internaute qui ne poursuit pas de but lucratif – « Internet revêt effectivement une importance particulière pour la liberté d'expression et d'information, garantie par l'article 11 de la Charte (...) »<sup>361</sup>.

99. Cette conclusion nous paraît définitivement s'imposer eu égard à l'interprétation que la CJUE a retenu du test de proportionnalité, dans son arrêt *Sky Österreich*<sup>362</sup>, dans lequel elle a énoncé

« lorsqu'un choix s'offre entre plusieurs mesures appropriées, il convient de recourir à la moins contraignante et que les inconvénients causés ne doivent pas être démesurés par rapport aux buts visés »<sup>363</sup>.

Même pour des « contenus similaires non-commerciaux », le titulaire de droits ne sera pas privé de toute protection effective de son droit de propriété intellectuelle – grâce à la procédure de notification prévue au paragraphe 4, sous c), et à sa possibilité d'agir directement contre l'utilisateur

359 C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger e.a.c. Republik Österreich*, C-112/00, point 80.

360 C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11, point 52.

361 C.J.U.E., 8 septembre 2016, *GS Media c. Sanoma Media Netherlands*, C-160/15, point 45 (nous soulignons).

362 C.J.U.E., 22 janvier 2013, *Sky Österreich c. Österreichischer Rundfunk*, C-283/11.

363 *Sky Österreich*, point 50 (nous soulignons).

sur la base de son droit de communication au public, au sens de l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 48-49) – et ce sans véritables inconvénients par rapport au but visé par le droit de communication consacré l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>, de la directive (UE) 2019/790 de combler le « value gap ». A l'inverse, les inconvénients seraient majeurs si, pour que sa liberté d'expression et d'information et/ou son droit de propriété intellectuelle soit garantis – dans le cas où la mesure de filtrage concernerait incidemment un « contenu licite autorisé » et/ou créatif par ailleurs – l'utilisateur devait s'en remettre aux mécanismes de recours organisés en vertu du paragraphe 9. C'est donc le choix de la mesure la moins contraignante pour lesdits droit et liberté qui s'impose.

En conclusion, il nous paraît établi qu'**une interprétation de l'obligation de filtrage visée à l'article 17, paragraphe 4, sous b) et c), in fine, qui s'étendrait aux « contenus similaires non-commerciaux » dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente, sans qu'il soit nécessaire de procéder à une « appréciation autonome », méconnaît le « juste équilibre »** entre les droits fondamentaux en cause.

#### **IV. Conclusion : « (...) Et dans ce ciel – pense peut-être l'officier – brille un soleil qui illumine en même temps ces lavabos blafards et de lointaines prairies (...) »**

100. Vertigineux.

Le mot est faible pour qualifier les chemins interprétatifs qu'il faut parcourir pour pouvoir dégager, au départ jurisprudence de la CJUE, la portée éventuelle de cet article 17, paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, de la directive (UE) 2019/790 ...

Depuis notre balcon bruxellois d'où nous observons ces chemins, l'on croit poindre à l'horizon luxembourgeois, une interprétation de cette disposition susceptible d'assurer un « juste équilibre » entre droits fondamentaux.

Mais malgré ces éclaircissements, de nombreuses zones d'ombres subsistent, car notre vision ne s'étend pas au-delà du droit de l'Union européenne. Les conclusions auxquelles nous sommes parvenu ne préjugent en rien de l'analyse qu'il convient encore de mener dans le droit de chaque Etat membre, dans les espaces que nous aurons identifiés ici

comme susceptibles de permettre la réalisation d'un « juste équilibre ». Ces conclusions ne préjugent en rien de l'existence de mesures techniques aptes à garantir celui-ci en pratique dans le respect, en outre, du droit à la protection des données personnelles ...

Comme le soulignait il y a quelques années l'actuel Président de la CJUE, dans un commentaire de la jurisprudence de sa juridiction relative aux mesures de filtrage et de blocage, « la façon dont un conflit entre droits fondamentaux est résolu *in concreto* n'incombe pas au droit de l'Union, mais au droit national »<sup>364</sup>.

Tout reste donc à faire.

101. Ceci étant, il se dégage de notre analyse « une certaine uniformité dans l'abstrait »<sup>365</sup> qui permet de dessiner un cadre dans lequel, on imagine, la CJUE voudra voir les Etats membres résoudre ce conflit, cadre dont les grands traits sont les suivants :

- le droit de communication au public consacré au paragraphe 1<sup>er</sup> fera vraisemblablement l'objet d'une « appréciation individualisée » et recevra donc une interprétation pour partie différente de celle du droit prévu à l'article 3 de la directive 2001/29/CE (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 36-37);
- dans le cadre de cette « appréciation individualisée », la portée dudit droit de communication au public pourrait être limitée pour ce qui concerne les contenus téléversés par les utilisateurs qui n'agissent pas à titre commercial ou dont l'activité ne génère pas de revenus significatifs (voy. *supra*, n<sup>o</sup> 39), laquelle limitation se traduira concrètement dans une obligation de filtrage limitée à l'égard desdits contenus;
- le principe même d'une obligation de filtrage aux fins d'assurer la protection du droit d'auteur et des droits voisins, au titre du paragraphe 4, sous b) et c), *in fine*, ne sera vraisemblablement pas sanctionnée sur pied des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 53-65);
- la portée de ladite obligation de filtrage sera vraisemblablement limitée dans ses modalités, en application des critères du « juste équilibre » (voy. *supra*, n<sup>os</sup> 70-99);

364 K. LENAERTS, « Le droit d'auteur dans l'ordre juridique de l'Union européenne: une perspective constitutionnelle », *op. cit.* (note 12), p. 245.

365 *Ibid.*

- dans les limites et les conditions précisées, et sans préjudice de la possibilité que les exigences du « juste équilibre » ne soient pas rencontrées *in concreto*, il nous paraît qu'il convient de distinguer, pour ce qui concerne l'obligation de filtrage, entre différents types de contenus, suivant le schéma suivant :

Types de contenus (voy. les définitions <i>supra</i> , n <sup>os</sup> 66-69)	Commerciaux	Non-commerciaux
<b>Identiques ou équivalents</b> (voy. <i>supra</i> , n <sup>os</sup> 70-75)	Filtrage	Filtrage
<b>Similaires, dont le caractère contrefaisant ne peut être établi que dans le cadre d'une appréciation autonome (comprenant notamment tous les contenus pouvant revendiquer, le cas échéant, le bénéfice d'une exception)</b> (voy. <i>supra</i> , n <sup>os</sup> 76-88)	Pas de filtrage	Pas de filtrage
<b>Similaires, dont le caractère contrefaisant peut être établi de manière évidente sans qu'il soit nécessaire de procéder à une appréciation autonome</b> (voy. <i>supra</i> , n <sup>os</sup> 89-99)	Filtrage	Pas de filtrage

102. C'est dans ce cadre que les parties intéressées et les législateurs nationaux doivent, à notre avis, dialoguer. Pas en dehors.

Par ailleurs, et cela est crucial, ce cadre doit être implémenté dès le stade de la conception des techniques de reconnaissance de contenus, suivant ainsi l'approche « by design » promue par certains<sup>366</sup>. A défaut, eu égard

366 Voy. spéc. M. LAMBRECHT, « Free Speech by Design – Algorithmic protection of exceptions and limitations in the Copyright DSM Directive », *op. cit.* (note 42); N. ELKIN-KOREN, « Fair Use by Design », *UCLA Law Review*, 2017, vol. 64, n° 5, pp. 1082-1101.

à leur opacité sur le plan à la fois technique<sup>367</sup> et juridique<sup>368</sup>, le respect de ce « juste équilibre » entre droits fondamentaux sera tout bonnement illusoire<sup>369</sup>. Un autre mirage en somme ...

**103.** Avant de clore notre propos et de laisser à la CJUE le soin d'indiquer si les chemins interprétatifs que nous observons depuis notre balcon<sup>370</sup> sont des chemins de traverse où une route véritable, qu'elle construirait patiemment suivant la logique systématique qu'on croit pouvoir lui attribuer, il faut encore tenter de dissiper quelque peu le brouillard qui perturbe la vue depuis notre balcon, brouillard dont nous avons pris conscience au fil de l'analyse.

Pour ce faire, un dernier détour s'impose, sur le terrain du droit de la concurrence.

**104.** Dans le cadre de l'affaire *Huawei*<sup>371</sup>, brièvement évoquée dans notre analyse, la CJUE a mis sur pied, au visa du « juste équilibre »<sup>372</sup>, une pro-

367 Voy. de manière générale C. CASTELLUCCIA, D. LE MÉTAYER, *Understanding algorithmic decision-making: Opportunities and challenges*, Study for the European Parliament, PE 624.261, March 2019.

368 A travers la protection du secret d'affaires, renforcée dans l'UE suite à l'adoption de la directive (UE) 2016/943 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites, *J.O.U.E.* du 15 juin 2016, L 157/1. Ce type de protection est d'ailleurs désormais favorisée par l'industrie, avec les risques que cela emporte, voy. spéc. J.C. FROMER, « Machines as the New Oompa-Loompas: Trade Secrecy, the Cloud, Machine Learning, and Automation », *New York University Law Review*, 2019, vol. 94, n° 4, pp. 706-736.

369 Comp. M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, « Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement », *Stanford Technology Law Review*, 2016, vol. 19, n° 3, pp. 473-532, spéc. p. 532: « (...) However efficient an invisible hand can be in coordinating online content, it may occasionally be arbitrary and even biased. To secure the free flow of information and protect online users' right to create and liberally enjoy the fruits of their own creations, we must enable adequate checks on algorithmic copyright enforcement employed by online intermediaries. Especially because online copyright enforcement affects fundamental rights, it is vital to allow affected individuals to understand how mechanisms of algorithmic copyright enforcement exercise their power, their decision-making criteria, and how their decisions may be challenged. (...) ». Comp. également M. PEREL, N. ELKIN-KOREN, « Black Box Tinkering: Beyond Disclosure in Algorithmic Enforcement », *Florida Law Review*, 2017, vol. 69, n° 1, pp. 181-222.

370 Notre fort Bastiani de ces temps confinés (voy. Dino BUZZATI, *Le Désert des Tartares*, Paris, Robert Laffont, 2016 (éd. originale Mondadori, 1945).

371 C.J.U.E., 16 juillet 2015, *Huawei Technologies c. ZTE*, C-170/13.

372 *Huawei*, point 55.

cédure qui impose des obligations et normes de comportement tant au titulaire d'un brevet essentiel à une norme (BEN) que du contrefacteur allégué, poursuivant le double objectif d'éviter, d'une part, que le premier abuse de sa position dominante pour obtenir des redevances excessivement élevées (situation de « hold-up ») et, d'autre part, que le second profite de la menace de sanction de cet abus pour obtenir des redevances excessivement faibles (situation de « reverse hold-up »)<sup>373</sup>.

Dans les limites de l'analogie, il nous paraît possible de rapprocher cette situation de celle visée par l'article 17 de la directive (UE) 2019/790.

En effet, les conditions de la négociation des « Second Level Agreements » avant l'adoption de la directive pouvaient s'apparenter, en quelque sorte, à un « reverse hold-up » de la part des plateformes, puisque l'état du droit leur permettait d'obtenir des titulaires de droits des redevances extrêmement faibles.

Mais avec l'adoption de la directive, les conditions de la négociation de ces « Second Level Agreements » changent radicalement au point de permettre, potentiellement, une situation de « hold-up » de la part des titulaires de droits, désormais en position d'obtenir des redevances excessivement élevées sur la base du droit de communication au public qui leur est reconnu par l'article 17, paragraphe 1<sup>er</sup>.

Il ne faut en effet pas perdre de vue que les titulaires de droits sont susceptibles de détenir une position dominante<sup>374</sup> et pourraient être tentés d'en abuser<sup>375</sup>.

Alors certes, le fait de refuser une licence ou de mettre en œuvre son droit « fait partie des prérogatives du titulaire d'un droit de propriété

373 *Huawei*, point 38

374 Spécialement, de nombreuses sociétés de gestion collective détiennent un monopole de fait et détiennent, en conséquence, une position dominante. Voy. spéc. C.J.C.E., 11 décembre 2008, *Kanal 5 et TV 4 c. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)*, C-52/07, points 19-22.

375 S'agissant d'ailleurs des sociétés de gestion collective, la jurisprudence de la CJUE n'est pas rare en la matière, voy. dernièrement C.J.U.E., 19 avril 2018, *MEO c. Autoridade da Concorrência*, C-525/16; C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, C-177/16; C.J.U.E., 27 février 2014, *OSA c. Léčebné lázně Mariánské Lázně*, C-351/12. Voy. encore la demande de décision préjudicielle présentée par l'Ondernemingsrechtbank Antwerpen (Belgique) le 10 mai 2019, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM)/Weareome. World BVBA, Wecandance NV*, Affaire C-372/19, J.O.U.E. du 12 août 2019, C 270/17.

intellectuelle en sorte que l'exercice d'un tel droit, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci »<sup>376</sup>. Certes, le considérant 61 de la directive (UE) 2019/790 laisse clairement entendre que l'article 17 vise à placer les titulaires de droits dans une situation qu'il leur permettra de percevoir une « rémunération appropriée ». Certes, encore, la jurisprudence de la CJUE ne leur garantit au titre de l'« objet spécifique » que la possibilité d'une « rémunération appropriée » et non « la possibilité de revendiquer la rémunération la plus élevée possible (...) »<sup>377</sup>.

Mais tout cela n'exclut pas l'abus<sup>378</sup>. Et dans la situation visée à l'article 17, si jamais il doit y avoir abus, ce sera inévitablement au prix de la liberté d'expression et d'information des utilisateurs des services de partage de contenus en ligne. Une conséquence inévitable d'un resserrement certain des mesures de filtrage par les fournisseurs desdits services qui, par hypothèse, tenteraient par-là d'échapper à leur responsabilité, que voudraient engager des titulaires de droits trop gourmands ...

Or selon nous, ce prix-là est « excessif », certainement pour les « contenus similaires non-commerciaux »<sup>379</sup>.

Alors oui, peut-être, la concurrence est un jeu. La politique aussi. Mais il en va différemment du droit d'auteur :

« (...) *We cannot recognize copyright as a game of chess in which the public can be checkmated (...)* »<sup>380</sup>.

376 C.J.C.E., 6 avril 1995, *RTE et ITP c. Commission* (Magil), aff. jointes C-241/91 P et C-242/91 P, point 49; C.J.C.E., 29 avril 2004, *IMS Health c. NDC Health*, C-418/01, point 34; *Huawei*, point 46.

377 C.J.U.E., 4 octobre 2011, *Football Association Premier League e.a.c. QC Leisure e.a.*, aff. jointes C-403/08 et C-429/08, point 108; T.U.E., 12 décembre 2018, *Groupe Canal+ c. Commission*, T-873/16, point 53.

378 *Magil*, point 50: « (...) l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ». Voy. également *IMS Health*, point 35; *Huawei*, point 47.

379 Comp. C.J.U.E., 14 septembre 2017, *Autortiesību un komunikēšanās konsultāciju aģentūra/Latvijas Autoru apvienība c. Konkurences padome*, C-177/16, point 35: « (...) l'exploitation abusive d'une position dominante au sens dudit article pourrait consister dans la pratique d'un prix excessif sans rapport raisonnable avec la valeur économique de la prestation fournie ».

380 *Morrissey v. Procter & Gamble Co.*, 379 F.2d 675, 678-679 (1<sup>st</sup> Cir. 1967).



# Révision du droit d'auteur suisse : questions choisies sous l'angle du Big data

MICHÈLE BURNIER\*

## I. Introduction

La dernière révision de la loi sur le droit d'auteur (ci-après « LDA ») s'est heurtée, comme toutes les révisions précédentes, à la complexité de la matière et aux intérêts opposés d'une part des auteurs et d'autre part des consommateurs. C'est ainsi en 2012 déjà que le Département de justice et police a institué un groupe de travail réunissant des représentants des artistes, des producteurs, des utilisateurs et des consommateurs (AGRUR<sup>1</sup>).

En 2015, l'avant-projet soumis à consultation a soulevé 1224 avis et a démontré qu'il subsistait de nombreuses divergences sur le contenu à donner à cette révision. La lutte contre le piratage demeurait toutefois le noyau de la révision. Ce volet était rendu d'autant plus indispensable que les Etats-Unis avaient inscrit en 2016 la Suisse sur la liste des pays présentant, de leur point de vue, des déficits dans la protection du droit d'auteur<sup>2</sup>.

En février 2018, le nouveau projet de loi, élaboré avec l'aide de l'AGRUR, et le message du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 (ci-après le « Message »), ont été publiés<sup>3</sup>. Suite à des débats nourris devant les Chambres

---

\* Avocate, Étude Pestalozzi Avocats SA, Genève.

1 L'acronyme résulte de la dénomination allemande « Arbeitsgruppe für Urheberrecht ».

2 Tous les ans, le représentant des Etats-Unis pour le commerce établit un rapport (*Special 301 Report*) qui fait état de la protection des biens immatériels dans le monde. Les pays présentant des déficits dans la protection des droits de propriété intellectuelle sont mis sur une liste d'observation (*watch list*). <https://ustr.gov/sites/default/files/USTR-2016-Special-301-Report.pdf>.

3 Message du Conseil fédéral du 22 novembre 2017 publié dans la FF 2018 559.

fédérales, le projet définitif a été publié le 8 octobre 2019<sup>4</sup>, avec un délai référendaire au 16 janvier 2020. Le référendum annoncé par le parti pirate suisse n'ayant pas abouti, la loi révisée est entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> avril 2020.

La lutte contre le piratage constitue le cœur de la révision de la loi. C'est dans tous les cas ce qu'affirme le Conseil fédéral à l'appui de son Message. La loi révisée, objet d'un consensus dans la plus pure tradition helvétique, ne peut toutefois que décevoir tant les représentants des bénéficiaires des droits d'auteur que les partisans d'un usage libre de l'Internet. La loi prévoit ainsi des mesures contre le piratage qui doivent être déployées principalement à l'encontre des hébergeurs, puisqu'aucune mesure n'est prévue à l'encontre des fournisseurs d'accès. De même, la restriction visant l'usage privé ancrée à l'art. 19 de la loi n'a pas été modifiée et les moyens de lutte envisagés ne doivent pas criminaliser les consommateurs.

La présente contribution vise à présenter certaines des nouveautés qui ont été introduites sur la base du choix arbitraire de son auteur.

## II. Les nouvelles mesures contre le piratage en ligne (article 39d LDA)

Pour rappel, il existe deux types de fournisseurs Internet<sup>5</sup>:

- *Le fournisseur d'accès*, soit une entreprise qui offre à sa clientèle un accès à Internet et au courrier électronique (courriels) grâce à son infrastructure technique;
- *L'hébergeur* (ou fournisseur d'hébergement), soit un exploitant de services sur lesquels sont hébergés des contenus déposés par des usagers.

Dans un premier temps, il était prévu d'instaurer des mesures de blocage aux fournisseurs d'accès. Ces mesures de blocage sont déployées généralement pour bloquer l'accès à des contenus illicites (pornographie infantine, etc.). De telles mesures ont été introduites dans la loi fédérale sur les jeux d'argent<sup>6</sup> et visent à restreindre l'accès aux offres de jeux en

---

4 FF 2019 6245.

5 Les définitions sont celles du Message.

6 Loi sur les jeux d'argent (RS 935.51, LJA), articles 86 ss LJA.

ligne non autorisés en Suisse<sup>7</sup>. L'introduction de mesures similaires dans la loi sur le droit d'auteur a été fortement discutée, notamment lors des débats parlementaires. Le législateur a finalement renoncé à introduire des mesures de blocage aux fournisseurs d'accès et la jurisprudence rendue par le Tribunal fédéral en février 2019 reste d'actualité s'agissant de la possibilité d'obtenir des mesures de blocage à l'encontre des fournisseurs d'accès<sup>8</sup>.

## A. Obligations des fournisseurs de services d'hébergement Internet

Le législateur s'est donc concentré sur des mesures visant les hébergeurs tout en tenant compte du système actuel d'autorégulation. L'association *simsa*<sup>9</sup>, l'association faîtière des fournisseurs d'hébergement, a en effet mis en place un Code de conduite hébergement (ci-après le « Code »)<sup>10</sup>. Selon le Code, lorsqu'un hébergeur apprend que l'un de ses clients a stocké sur son serveur des contenus protégés par le droit d'auteur et qu'il les met illicitement en circulation, deux solutions s'offrent à lui: (i) informer son client du signalement et lui demander de supprimer l'information (*notice to notice*) ou de motiver le caractère légal des contenus ou (ii) dans les cas clairs, l'hébergeur peut bloquer entièrement ou partiellement l'accès au site Internet concerné à sa seule discrétion. Le système mis en place est toutefois inefficace lorsque l'hébergeur transforme les atteintes aux droits en modèle commercial. Dans ces cas, une fois retirés des serveurs, les contenus illicites sont régulièrement remis en ligne, de sorte que les titulaires des droits se voient obligés de réagir à nouveau.

Afin d'éviter ces inconvénients, l'autorégulation est aujourd'hui complétée par une obligation légale pour les hébergeurs générant un risque

---

7 Les fournisseurs de services de télécommunication au sens de l'art. 4 LTC ont l'obligation de bloquer l'accès aux sites Internet de jeux d'argent illicites.

8 ATF 145 III 72: Dans cet arrêt, le TF a considéré qu'un lien de causalité adéquat fait défaut pour les fournisseurs d'accès Internet qui permettent à leurs abonnés de consulter des sites mettant illicitement à disposition des œuvres. Ces fournisseurs ne peuvent donc pas être tenus de bloquer des sites web. Cet arrêt a toutefois déjà été critiqué par la doctrine (notamment Julien Francey, Un fournisseur d'accès Internet ne peut pas être tenu de bloquer un site de streaming, in: [www.lawinside.ch/726/](http://www.lawinside.ch/726/)).

9 Swiss Internet Industry Association.

10 [www.infomaniak.com/documents/simsa/fr.pdf](http://www.infomaniak.com/documents/simsa/fr.pdf).

particulier de violations du droit d'auteur. Ces fournisseurs d'hébergement doivent veiller à ce que les contenus qui ont été retirés une fois de leurs serveurs n'y seront pas réintroduits (*obligation de stay down*). Le législateur a donc introduit un nouvel article 39d LDA qui vise uniquement les fournisseurs d'hébergement. Compte tenu de la formulation neutre du point de vue technologique de la LDA, l'hébergeur est directement défini dans la loi comme un « fournisseur d'un service d'hébergement Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers ». Par « sauvegarde » il faut entendre, du point de vue du fournisseur, une sauvegarde passive, alors que les usagers enregistrent (activement) des contenus sur les serveurs.

Dans la pratique, cela ne signifie toutefois pas que les hébergeurs concernés surveillent tous les contenus sur leurs serveurs. L'obligation, inscrite à l'art. 39d, de veiller à ce que les contenus violant le droit d'auteur ne soient pas réintroduits une fois qu'ils ont été retirés vise uniquement les hébergeurs à l'origine d'un risque particulier de violations du droit d'auteur et sur les serveurs desquels des contenus illicites retirés sont remis en ligne de façon répétée. Les hébergeurs ne sont donc tenus de se conformer à l'obligation de *stay down* que si les conditions énoncées à l'al. 1, let. a à c, sont toutes réunies.

La première condition est que « l'œuvre ou l'objet protégé a déjà été rendu accessible à des tiers de manière illicite par le biais du même service »<sup>11</sup>. Il est donc question de contenus ou de liens illicites qui ont déjà été retirés une fois des serveurs de l'hébergeur et qui ont été remis en ligne après. La seconde condition est que le fournisseur « a été rendu attentif à la violation du droit ». Dans la pratique, cette information lui parviendra probablement le plus souvent sous une forme électronique. Cette notification doit décrire la violation du droit et contenir suffisamment d'indications pour que l'œuvre ou l'objet protégé en cause puisse être clairement identifié (par ex. grâce à une empreinte numérique)<sup>12</sup>. Enfin, la troisième condition est liée au « risque particulier »<sup>13</sup>. Il y a un risque particulier lorsque le service fourni par l'hébergeur « favorise » les violations du droit d'auteur « notamment en raison de son fonctionnement technique ou de ses objectifs économiques ». Il suffit qu'un seul des critères mentionnés à la let. c soit rempli pour que l'on puisse sup-

11 Article 39d al. 1 lit. a LDA.

12 Message, ad. 39d LDA.

13 Article 39d lit. c LDA.

poser la favorisation des violations. Le Message précise que les critères précités sont sciemment définis au moyen de termes juridiques indéfinis et devront être précisés dans chaque cas particulier par le juge. Cette formulation doit ainsi permettre de tenir compte des développements futurs. L'art. 39d al. 2 limite cependant l'obligation de *stay down* à des mesures qui peuvent être raisonnablement exigées de l'hébergeur « *d'un point de vue technique et économique compte tenu du risque de violation* ». L'étendue de l'obligation dépendra donc du cas particulier et notamment de l'espace de mémoire, de la taille et du professionnalisme du fournisseur.

Enfin, l'article 62 LDA a été complété par un alinéa 1<sup>bis</sup> afin de permettre aux titulaires de droits d'intenter une action civile pour obtenir des hébergeurs qu'ils se conforment à cette obligation légale.

A la lecture de cette nouvelle disposition, force est de constater que sa portée est toutefois très limitée et qu'elle permettra uniquement de lutter contre l'établissement de plateformes de piratage en Suisse. En effet, si la loi permet que des actions puissent être introduites en Suisse à l'encontre de plateformes visant le marché suisse, la mise en œuvre des décisions s'avère toujours difficile. La nouvelle réglementation permet donc uniquement de sanctionner des violations bien spécifiques, de sorte que le Code garde toute son importance.

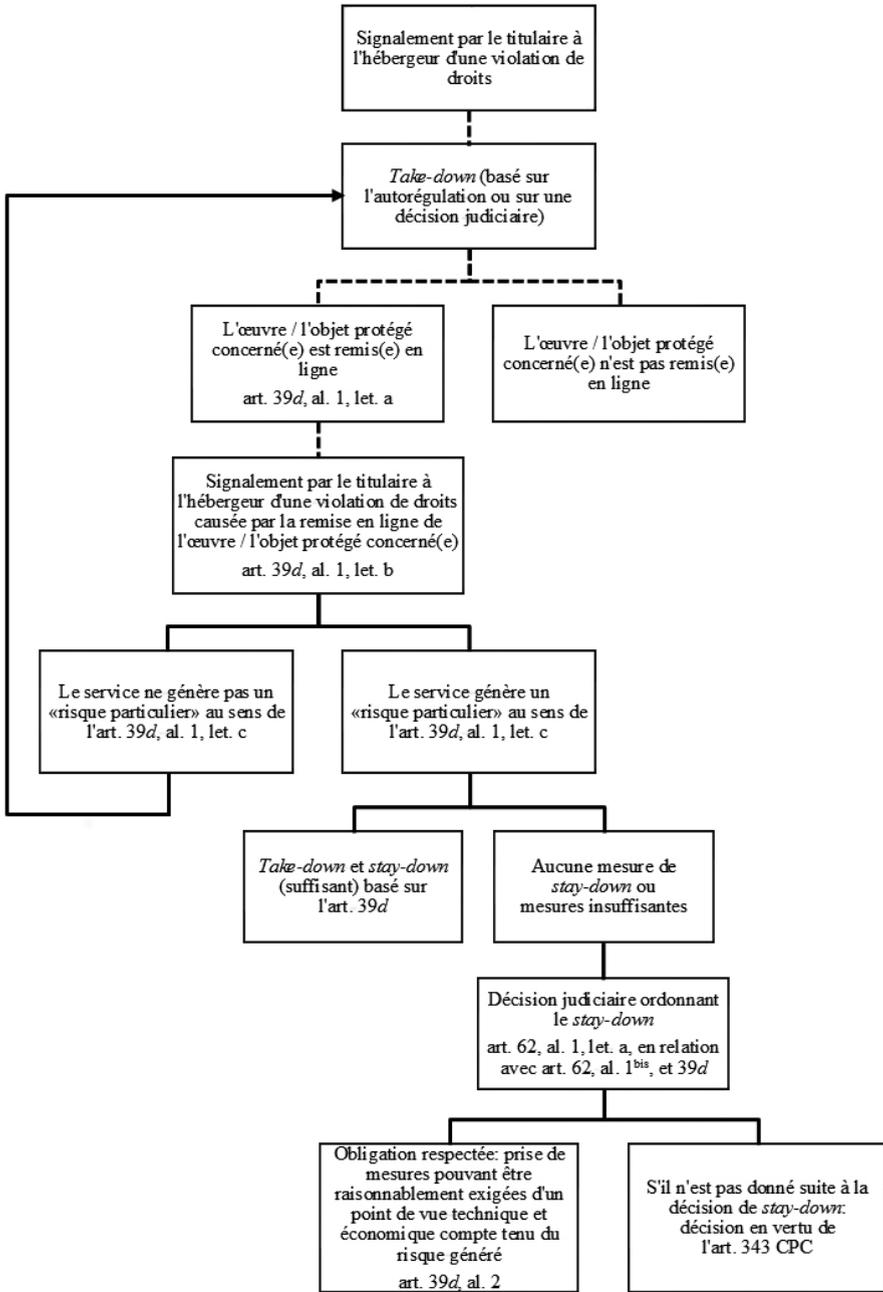


Schéma tiré du Message, p. 604.

## B. Traitement des données personnelles

Par ailleurs, le législateur a également introduit une nouvelle disposition permettant de lutter plus efficacement contre les réseaux « pair à pair (ou *peer-to-peer*)<sup>14</sup> » qui offrent du partage illégal de contenus protégés. L'usage privé reste toutefois admis en Suisse et l'utilisateur qui ne fait que télécharger des données ne sera pas sanctionné. Lorsque le réseau pair à pair permet toutefois le partage illégal de contenus protégés par le droit d'auteur (ce qui est fréquemment le cas), le titulaire des droits peut déposer une plainte pénale à l'encontre du consommateur qui a mis à disposition du contenu par le biais de la plateforme. Pour ce faire, il doit toutefois fournir l'adresse IP<sup>15</sup> utilisée pour proposer les contenus. Suite à un arrêt du Tribunal fédéral<sup>16</sup>, les adresses IP ont été qualifiées de données personnelles au sens de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD). En vue notamment de remédier à cette décision, l'art. 77i LDA crée une base légale pour « *le traitement des données personnelles en vue de déposer une plainte ou une dénonciation pénale* ». Le « traitement » des données visé à l'art. 77i LDA s'entend de tout traitement tel que défini à l'article 3, litt. e LPD et il ne se limite pas à la poursuite pénale de violations du droit d'auteur dans les réseaux pair à pair. La nouvelle disposition vise toutes les violations qui imposent des traitements de données personnelles en vue d'engager des poursuites pénales. Cette disposition ne permet toutefois pas le traitement de données personnelles en vue d'initier une action civile, notamment en dommages et intérêts<sup>17</sup>.

La nouvelle disposition prévoit expressément que le titulaire des droits doit « *accéder légalement à ces données* ». Il y aurait collecte illégale de données par exemple si le titulaire agissait en violation d'une disposi-

14 Le Message donne la définition suivante d'un réseau pair à pair: *un réseau pair à pair est un réseau Internet qui permet à plusieurs ordinateurs égaux de communiquer entre eux sans transiter par un serveur central au moyen d'un logiciel P2P. Chaque ordinateur connecté à ce réseau peut offrir aux autres ordinateurs connectés à ce même réseau des fonctions et des services et utilisés les fonctions et services proposés. Une des applications possibles du pair à pair est le partage illégal de contenus protégés par le droit d'auteur.* (page 654).

15 L'adresse IP est le numéro d'identification attribué à un appareil (ordinateur, routeur, imprimante) qui est connecté à un réseau informatique utilisant le protocole Internet (IP). Elle permet l'acheminement des données. (Message, page 652)

16 Décision « Logistep » ATF 136 II 508.

17 Le Conseil fédéral a justifié cette limitation par la sauvegarde du secret des télécommunications (Message, p. 615).

tion légale, en particulier d'une disposition du code pénal. Un titulaire n'est dès lors pas autorisé à s'introduire dans un système de traitement des données d'un tiers protégé (hacking) pour se procurer les données dont il a besoin. Enfin, la nouvelle disposition prévoit que le titulaire des droits est tenu « *de déclarer publiquement le but, le type de données traitées et l'étendue de leur traitement* »<sup>18</sup> et qu'il n'est pas autorisé « *à combiner les données personnelles visées à l'al. 1 avec des données qui ont été collectées dans d'autres buts* »<sup>19</sup>.

### III. La protection des photographies sans caractère individuel: une nouvelle catégorie d'œuvre (article 2 al. 3<sup>bis</sup> LDA)

Actuellement, les photographies sont protégées par le droit d'auteur uniquement si elles présentent un caractère individuel. Par conséquent, les clichés qui documentent les événements actuels ou les photographies de produits d'un haut niveau d'exécution ne sont souvent pas protégés faute de bénéficier d'un caractère individuel.

Afin d'offrir une meilleure protection aux photographes, lesquels n'ont souvent pas la possibilité de se défendre contre la réutilisation de leurs images, ni d'en tirer un revenu, la LDA a introduit un nouvel article 2 al. 3<sup>bis</sup> qui offre une protection aux photographies même si elles sont dépourvues de caractère individuel. Le législateur a ainsi introduit une nouvelle catégorie d'œuvre, laquelle s'inspire directement des droits allemand et autrichien. La durée de protection est toutefois limitée à 50 ans à compter de la publication ou, à défaut de publication, de la confection<sup>20</sup>.

Les photographies bénéficieront dorénavant en Suisse de deux types de protection différents en fonction de leur caractère individuel ou non: celles pour lesquelles un caractère individuel existe bénéficieront de la protection habituelle alors que celles qui n'ont aucun caractère individuel seront aussi protégées mais pour une période plus courte.

Le nouvel article 2 al. 3<sup>bis</sup> considère dorénavant comme des œuvres « *les productions photographiques et celles obtenues par un procédé analogue*

18 Article 77i al. 2 LDA.

19 Article 77i al. 3 LDA.

20 Article 29 al. 2 *abis* LDA.

à la photographie d'objets tridimensionnels, même si elles sont dépourvues de caractère individuel». Cette disposition permet ainsi de placer sous la protection du droit d'auteur toutes les photographies, peu importe leur caractère individuel ou non (les photos de vacances, les selfies, etc.) et quelle que soit la qualification du photographe (photographe professionnel ou photographe amateur). Dès lors que, en droit suisse, une œuvre est « *une création de l'esprit, littéraire ou artistique* »<sup>21</sup>, l'auteur de la photographie doit néanmoins nécessairement être une personne physique. Cette définition exclut donc de la protection les clichés obtenus par des procédés de photographie automatique (photos de radars, de caméras de surveillance ou de pièges de caméra).

La nouvelle catégorie d'œuvre est étendue aux productions photographiques « *d'objets tridimensionnels* » et à celles « *obtenues par un procédé analogue à la photographie* ». L'objet à la base de la photographie doit donc être tridimensionnel. Les photographies de produits commerciaux seront donc aussi protégées mais pas les photocopies<sup>22</sup> ou un autre type de reproduction de textes, plans, représentations graphiques, autres photographies et documents bidimensionnels.

Dorénavant, les productions obtenues par un procédé analogue à la photographie sont également protégées. Cet élargissement de la notion de photographie permet d'inclure les clichés obtenus grâce à des techniques d'imagerie de transmission (par ex. infrarouge ou rayons X) ainsi que les microcopies, macrocopies et reproductions de négatifs.

Cette extension des droits d'auteur implique que des secteurs, notamment les domaines médical et scientifique, qui n'étaient actuellement pas (ou peu) visés par le droit d'auteur sur les photographies, seront concernés. Cette nouvelle disposition ne permet à notre avis certes pas au radiologue de refuser de remettre une radiographie à son patient<sup>23</sup>. Il s'avérera par contre opportun d'adapter les contrats de prestation et de travail à cette nouvelle situation juridique. En effet, les photographes qui réalisent des photographies dépourvues de caractère individuel ont les mêmes droits à rémunération et droits moraux que les autres auteurs

---

21 Article 2 al. 1 LDA.

22 Une photocopie est techniquement une photographie d'un document en deux dimensions.

23 Le patient consulte un radiologue en vue d'obtenir une radiographie et il a donc droit à ce document en contre partie de la rémunération du médecin. Le patient ne sera par contre pas en droit de publier ses radiographies sur son profil Facebook.

(art. 9 et 10 LDA). L'usage d'une photographie est dorénavant licite si l'auteur a expressément autorisé l'usage ou si l'auteur a déclaré qu'elle était libre de droit. En cas de doute, celui-ci bénéficiera à l'auteur et la reprise sera dès lors en principe illicite.

Comme la cession des droits d'auteur n'est pas réglée par l'article 332 du Code des obligations traitant de la cession des droits de propriété intellectuelle dans le droit du travail, lorsque l'œuvre est créée dans le cadre d'un contrat de travail conformément au cahier des charges, il est en principe admis que l'employé a cédé ses droits à l'employeur (cession implicite des droits). En cas de doute, le cédant ne transfère toutefois pas plus de droits que ne l'exige le but de la transaction. Afin d'éviter tout litige futur, il est recommandé d'adapter les contrats afin de bien définir l'objet et l'étendue du transfert (pour quel usage, quelle durée, combien d'éditions, etc.).

Aux termes de l'article 9 LDA, l'auteur a sur son œuvre des prérogatives d'ordre moral. Celles-ci comprennent notamment le droit de revendiquer la paternité de l'œuvre. L'octroi d'un droit d'utilisation n'emportant pas à lui seul le transfert du droit de paternité<sup>24</sup>, il est recommandé de conclure une convention qui portera aussi sur la forme et le contenu du crédit photographique. Suivant les domaines d'activités, notamment dans la publicité, il est d'usage de ne pas mentionner l'auteur. Par analogie, cet usage pourra être transposé dans d'autres domaines, notamment tout le secteur médical.

De même, l'article 11 LDA pose le principe de l'intégrité de l'œuvre, notamment que l'œuvre ne peut être modifiée qu'avec l'accord de l'auteur. Dans la mesure où la nouvelle disposition protège les photographies sans caractère individuel, l'application de ce principe ne va pas aller sans soulever des problèmes quant à l'étendue effective de ce droit.

La modification législative va aussi entraîner un bouleversement dans le partage et l'échange de photographies par l'intermédiaire des réseaux sociaux. Jusqu'à aujourd'hui, l'échange de photographies était limité essentiellement par le droit à l'image. Dorénavant, chaque photo étant protégée, son auteur peut décider de quand, où et comment il veut la diffuser. Le partage de photos dans un groupe Whatsapp ou sur Twitter pourrait donc être illégal et donner lieu à des plaintes. En effet, le fait qu'une photo aura été partagée dans un groupe ne signifiera pas qu'elle

---

24 CR PI-Edgar PHILIPPIN, art. 9 LDA N 14.

pourra être reprise et diffusée dans un autre groupe. C'est au demeurant ce motif qu'avait invoqué le parti pirate suisse pour contester la nouvelle loi<sup>25</sup>.

L'entrée en vigueur de cette nouvelle disposition soulève par ailleurs des questions intéressantes de droit transitoire. Aux termes de l'article 80, al. 1 LDA, les photographies réalisées avant l'entrée en vigueur de la présente révision partielle seront également protégées. L'article 80 al. 2 LDA précise que l'application du nouveau droit se limite aux utilisations entreprises après son entrée en vigueur. Autrement dit, le nouveau droit n'est pas applicable aux utilisations achevées qui étaient licites sous l'ancien droit et qui seraient considérées comme une violation du droit d'auteur sous le nouveau droit. Ainsi, si une image dépourvue de caractère individuel a été utilisée par le passé dans un article de presse, une revue, un site Internet ou un livre, il n'est pas nécessaire d'obtenir après coup une autorisation pour cette utilisation passée.



Gisela Blau, « Christoph Meili », UBS, siège de Zurich, 08.01.1997

En vertu de l'art. 2, al. 3<sup>bis</sup>, LDA, la photo ci-dessus montrant Christoph Meili, soit une photo dépourvue de caractère individuel<sup>26</sup>, sera dorénavant protégée contre toute utilisation illicite. Mais le photographe ne peut pas faire valoir rétroactivement des droits sur ce cliché, même s'il a été utilisé à l'époque dans une émission de la British Broadcasting Corporation. Par contre, si cette même photo est utilisée après le 1<sup>er</sup> avril 2020 pour illustrer un article relatant les événements à l'origine de cette

25 <https://www.swissinfo.ch/fre/toute-l-actu-en-bref/le-parti-pirate-lance-un-référendum-contre-le-droit-d-auteur/45370762>.

26 Une photo dépourvue de caractère individuel selon ATF 130 III 714.

photographie, l'accord du photographe (ou du titulaire des droits) devra être obtenu avant la publication de l'article.

De même, les photographies utilisées sur Internet pourront continuer à être utilisées, y compris dans les archives en ligne. Il faudra toutefois éviter de réutiliser des photographies existantes pour un autre but car il sera alors nécessaire de requérir l'accord de l'auteur pour cette nouvelle utilisation sous réserve des utilisations autorisées par la loi<sup>27</sup>. Cette nouvelle disposition pourra poser problème aux entreprises qui gèrent des sites Internet permettant le partage de photos, même si c'est uniquement à l'interne, par l'intermédiaire d'un système Intranet. Afin d'éviter des désagréments futurs, il est recommandé d'adapter les conditions générales des sites Internet et les conditions d'utilisation de l'Intranet aux nouvelles dispositions, en particulier en précisant quels sont les droits d'utilisation qui sont cédés par la diffusion des photos. Une telle adaptation est d'autant plus nécessaire que, grâce à l'empreinte numérique des photos, il est simple et rapide de traquer tout usage d'une photographie et donc d'identifier les usages illicites. Certaines sociétés en ont d'ailleurs fait leur modèle commerciale et les utilisateurs suisses ont été nombreux à être interpellés par de telles sociétés.

#### **IV. Utilisation d'œuvres à des fins scientifiques (article 24d LDA)**

Aujourd'hui, de grandes quantités d'informations (textes, sons, images et autres données) sont sauvegardées dans des bases de données numériques. Ces informations peuvent ensuite être analysées automatiquement par des systèmes de fouille de textes et de données (*text and data mining*). La fouille (ou encore le forage) de données est une composante essentielle des technologies du Big Data et des techniques d'analyse de données volumineuses. Elle permet des analyses prédictives et l'exploitation des données. Le Message précise que la fouille de données est « *une méthode scientifique qui a recourt à des procédés analytiques utilisant des algorithmes dans le but d'explorer des données volumineuses peu ou pas structurées et de trouver des motifs, par exemple, pour développer de nouvelles thèses scientifiques ou vérifier des thèses existantes. La fouille de données est surtout utilisée dans la recherche et implique géné-*

---

27 Le Chapitre 5 de la LDA énumère les diverses restrictions au droit d'auteur.

*ralement la confection de copies des œuvres utilisées: le format des exemplaires des œuvres est modifié et les copies des informations qui doivent être analysées sont enregistrées sur un serveur distinct »<sup>28</sup>.*

Dans ce contexte, certaines recherches pouvaient se heurter à la LDA lorsqu'elles portaient sur des données protégées. En particulier, l'article 24a LDA, traitant de la restriction pour les reproductions provisoires, n'offrait pas de garanties suffisantes vu l'incertitude sur le caractère provisoire – ou non – de la sauvegarde résultant de la recherche. Le législateur a donc introduit une restriction des droits d'auteur en faveur de la science, qui doit notamment permettre les reproductions nécessaires à la fouille de textes et de données.

Le nouvel art. 24d, al. 1 LDA prévoit ainsi que *« la reproduction d'une œuvre à des fins de recherche scientifique est autorisée lorsqu'elle est nécessaire à l'application d'un procédé technique et que l'accès à l'œuvre reproduite est licite »*. A titre préliminaire, il faut relever que par l'usage du terme « reproduction », la disposition est formulée de manière ouverte. Elle ne précise donc pas quelle doit être la technologie de reproduction utilisée pour que l'exception s'applique. La restriction s'applique non seulement aux reproductions provisoires mais aussi aux copies permanentes pour autant que les conditions posées à la reproduction de copies soient remplies. Le Message précise la notion de recherche scientifique comme suit: *« on entend la recherche systématique, fondamentale ou appliquée, de nouvelles connaissances dans une discipline scientifique et dans un cadre interdisciplinaire »<sup>29</sup>*. Pour que la restriction en faveur de la science s'applique, il faut donc que la recherche scientifique constitue la finalité principale des travaux, ce qui n'englobe pas l'enseignement ni d'autres activités scientifiques. La copie doit donc être directement liée à la recherche. La nouvelle disposition s'applique uniquement lorsqu'elle est *« nécessaire à l'application d'un procédé technique »*. Elle couvre donc uniquement le droit de reproduction et ne s'applique qu'à des cas bien particuliers. Contrairement au droit européen, la restriction en faveur de la science n'est sciemment pas limitée à la recherche non commerciale. Le Message justifie cette différence au motif qu'*« une telle limitation causerait trop de difficultés de délimitation dans la pratique: par exemple lors de coopérations entre hautes écoles et entreprises, lors de recherches menées par des hautes écoles débouchant sur des entre-*

28 Message, page 594.

29 Message, page 595.

*prises spin-off, etc.* ». Ce choix du législateur suisse est à saluer et permet la confection de copies d'une œuvre à des fins scientifiques indépendamment de la question de savoir quel organisme fait la recherche et quel organisme la finance. Enfin, la restriction au droit d'auteur inscrite à cet article ne s'applique pas aux logiciels (article 24d, al. 3 LDA).

Cette disposition complète d'autres restrictions au droit d'auteur que les scientifiques peuvent également faire valoir comme le droit de citation (art. 25 LDA) ou celui de pouvoir utiliser des exemplaires d'œuvres à des fins d'information interne ou de documentation (art. 19, al. 1, let. c, LDA).

## V. Les licences collectives étendues (article 43a LDA)

L'ordre juridique suisse ne connaît pas les licences collectives. Il s'agit donc d'une nouveauté qui a pour objectif de faciliter l'utilisation d'œuvres (par ex. photographies, films d'archives, livres ou articles de journaux ou de magazines ayant une valeur historique ou culturelle) lorsque l'identification et la localisation des titulaires des droits sur les œuvres paraissent disproportionnées. Le but de cette disposition est de délivrer une licence collective sur les œuvres plutôt que de solliciter plusieurs licences privées, ce qui peut occasionner des frais importants et donc dissuader l'utilisation de ces œuvres.

L'article 43a, al. 1 LDA précise les conditions d'octroi de licences collectives étendues et a le contenu suivant :

*« Lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres divulguées ou de prestations protégées, une société de gestion peut également exercer, pour des titulaires des droits qu'elle ne représente pas, les droits exclusifs pour la gestion desquels elle n'est pas soumise au régime de l'autorisation visé à l'art. 41, si les conditions suivantes sont remplies :*

*a. l'utilisation sous licence ne compromet pas l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées ;*

*b. la société représente un nombre significatif de titulaires de droits dans le domaine d'application de la licence. »*

Les sociétés de gestion, pour autant qu'elles soient agréées et qu'elles représentent un nombre significatif de titulaires de droits dans le

domaine d'application de la licence<sup>30</sup>, pourront donc octroyer, sous certaines conditions, des licences collectives étendues lorsque l'utilisation porte sur un grand nombre d'œuvres divulguées et de prestations protégées. La particularité est que les licences collectives étendues pourront également porter sur des œuvres et des prestations de titulaires qui ne sont pas membres de la société de gestion qui octroie les licences.

Une licence collective étendue peut s'appliquer uniquement aux droits exclusifs non soumis au régime de l'autorisation au sens des art. 40 et 41 LDA, c'est-à-dire aux droits pour lesquels le législateur n'a pas prévu de gestion collective obligatoire. Une licence collective étendue sera donc exclue pour les domaines de gestion soumis à la surveillance de la Confédération tels qu'énumérés à l'article 40 LDA. Une licence collective étendue sera aussi exclue lorsque la loi prévoit des utilisations autorisées en raison d'une restriction au droit d'auteur (cf. chapitre 5 LDA).

Le seuil quantitatif (« *un grand nombre d'œuvres* ») n'est pas défini dans la loi et devra être interprété de cas en cas, en fonction des catégories d'œuvres et des droits concernés. Ce sont les sociétés de gestion qui devront définir ce seuil et il se peut que celui-ci varie en fonction de la nature des œuvres. Dans la mesure où les sociétés de gestion assumeront la responsabilité de leur choix, il est dès lors à craindre qu'il existe une grande imprévisibilité sur les conditions d'octroi de ces licences et que le seuil soit exagérément élevé afin de limiter la responsabilité de ces sociétés.

L'octroi de licences collectives étendues en vertu de l'article 43a LDA est soumis à une seconde condition: celle que l'utilisation sous licence ne compromette pas l'exploitation normale des œuvres ou des prestations protégées<sup>31</sup>. Le mécanisme prévu à l'article 43a al. 3 LDA prévoit ainsi que les sociétés de gestion doivent « *informer de manière appropriée, notamment par la publication à une adresse facilement accessible et identifiable, de l'octroi de licences collectives étendues, avant l'entrée en vigueur de celles-ci* ». La loi ne définit pas qu'elle est « *la manière appropriée* » d'informer les titulaires de droit. De même, la loi ne fixe pas un

---

30 Selon le Message, page 607: *Pour remplir ce critère, il devrait suffire, dans la pratique, que les membres de la société de gestion soient actifs dans la catégorie d'œuvres et de prestations concernés et qu'il existe des accords de réciprocité avec des sociétés sœurs étrangères dont les membres créent des œuvres et fournissent des prestations susceptibles d'être couvertes par la licence* ».

31 Article 43a, al. 1, lit. a LDA.

délai minimum pour procéder à cette information. Le Message précise uniquement que les sociétés de gestion « *doivent garantir, notamment pour les titulaires étrangers concernés, que cette information se fasse dans un délai raisonnable avant l'entrée vigueur et l'utilisation prévue et de manière appropriée, par exemple aussi en anglais* »<sup>32</sup>. Le libellé est tellement général qu'il pourra donner lieu à interprétation et qu'il faudra examiner dans chaque cas si ces conditions sont remplies. Se posera alors à nouveau la question de la responsabilité de la société de gestion si elle n'a pas informé de manière appropriée les titulaires des droits concernés.

Suite à cette information, ces titulaires pourront faire usage de leur droit « *d'opt-out* », autrement dit de leur prérogative d'exclure leurs œuvres de la licence collective étendue conformément à l'article 43a, al. 4 LDA. L'art. 43a al. 4 LDA prévoit en effet que « *les titulaires de droits ou les titulaires de licences exclusives* » peuvent demander l'exclusion de leurs œuvres d'une licence collective étendue. La loi autorise dès lors le titulaire d'un droit exclusif à faire usage du droit *d'opt out*. Aux termes de l'article 62 al. 3 LDA, « *la personne qui dispose d'une licence exclusive peut elle-même intenter l'action pour autant que le contrat de licence ne l'exclue pas explicitement* ». Il est donc possible d'exclure contractuellement la possibilité pour le licencié exclusif d'ouvrir action. Une telle limitation n'a pas été reprise à l'article 43a LDA mais devrait aussi exister dans le cadre d'une licence collective étendue. Le titulaire des droits devrait ainsi être en droit d'interdire contractuellement à son licencié exclusif de faire usage du droit *d'opt-out*. On ne voit en effet pas ce qui justifierait le caractère impératif du droit *d'opt-out* pour le bénéficiaire d'une licence exclusive. Une telle exclusion devrait d'autant plus être reconnue que le droit suisse ne définit pas la licence exclusive. En droit suisse, une licence « exclusive » peut être octroyée à un tiers alors même que le titulaire des droits garde lui-même le droit d'utiliser son droit sur le territoire. En conséquence, ce dernier peut avoir intérêt à refuser que le licencié exclusif soit autorisé à faire valoir son droit *d'opt-out*.

En conclusion, les sociétés de gestion devront évaluer le risque de violation des droits des titulaires et l'assumeront lorsqu'elles octroieront une licence. La question de la responsabilité des sociétés de gestion dépendra ainsi de la nature – privée ou publique – du contrat qu'elles passeront avec les preneurs de licence. Contrairement à la gestion obligatoire qui prévoit la négociation de tarifs, lesquels une fois acceptés ont force

---

32 Message, page 608.

obligatoire, de tels tarifs n'existeront pas<sup>33</sup>. La société de gestion agréée, au bénéfice d'une autorisation du Conseil fédéral conformément à l'article 41 LDA, négociera des contrats de licence et déterminera seule non seulement le seuil quantitatif mais également le montant à payer pour la licence. La gestion d'œuvres sous licences collectives étendues est toutefois soumise aussi bien à l'obligation de renseigner et de rendre compte (art. 50 LDA) qu'à la surveillance prévue aux art. 52 à 54 LDA. La surveillance de la gestion doit porter en particulier aussi sur le mécanisme de *l'opt-out* et sur le respect du principe de l'égalité de traitement (art. 45, al. 2, LDA).

La nature de la décision qu'une société de gestion rendra sur ces points pourrait en principe relever du domaine privé, mais elle pourrait aussi relever du droit public dans la mesure où la société de gestion agit sur la base d'un mandat qui trouve son origine dans la loi et qu'elle reste soumise à une obligation de renseigner et à la surveillance de l'autorité. La loi est muette sur ces questions, alors même que celles-ci sont déterminantes pour le preneur de licence. Si une société de gestion refuse l'octroi d'une licence collective étendue, il sera en effet difficile d'agir par la voie civile pour obtenir de cette dernière qu'elle octroie ladite licence. Une action auprès de l'autorité de surveillance serait à cet égard beaucoup plus praticable pour le preneur de licence. La jurisprudence devra répondre à ces questions.

## VI. Utilisation d'œuvres orphelines (article 22b LDA)

Le nouvel article 22b LDA élargit la notion d'œuvre orpheline<sup>34</sup> et en donne dorénavant une définition : une œuvre est réputée orpheline si le titulaire des droits qui s'y rapportent est inconnu ou introuvable à l'issue d'une recherche au prix d'un effort raisonnable. En vertu de l'article 22b, al. 2 LDA, ce sont les sociétés de gestion agréées qui pourront exercer les droits visés à l'art. 10 relatifs à une œuvre orpheline, ce pour autant que l'œuvre soit utilisée à partir d'un exemplaire qui « *a. se trouve dans des fonds de bibliothèques, d'établissements d'enseignement,*

33 L'article 43a, al. 5 prévoit que « *ni les dispositions sur les tarifs (art. 46 et 47), ni celles sur la surveillance des tarifs (art. 55 à 60) ne s'appliquent aux licences collectives étendues* ».

34 La modification élargit le champ d'application de la restriction actuelle prévue à l'art. 22b LDA, laquelle est conçue pour les archives des organismes de diffusion.

*de musées, de collections ou d'archives qui sont en mains publiques ou accessibles au public ou dans les fonds d'archives des organismes de diffusion, et b. a été produit, reproduit, mis à disposition en Suisse ou cédé à une institution au sens de la let. a ».*

Il sera dorénavant possible de solliciter une licence également lorsque l'œuvre orpheline se trouve en mains privées pour autant qu'elle soit accessible au public. Il sera dès lors possible de solliciter une licence sur des œuvres abritées dans un musée privé accessible au public. De même, n'importe qui, donc y compris un particulier, pourra bénéficier d'une licence. Aux termes de la nouvelle disposition, les droits d'utilisation visés à l'art. 10, al. 2, LDA d'une œuvre orpheline sont soumis à la gestion collective, à l'exception du droit à la reconnaissance de la qualité d'auteur (art. 9 LDA) et du droit d'adaptation (art. 11 LDA). Autrement dit, il est interdit de modifier une œuvre ou de créer une œuvre dérivée sans l'accord des titulaires des droits. La loi autorise les sociétés de gestion à gérer collectivement les droits sur les œuvres orphelines jusqu'à l'échéance du droit d'auteur ou jusqu'à ce que les ayants droit réels soient connus et qu'ils puissent à nouveau être contactés. La réapparition du titulaire des droits met un terme à l'habilitation légale des sociétés de gestion et l'œuvre orpheline perd son statut particulier.

Pour pouvoir obtenir une licence, il faudra au préalable avoir effectué une recherche au prix d'un « *effort raisonnable* ». Selon le Message, « *l'utilisateur s'est acquitté d'une recherche au prix d'un effort raisonnable lorsqu'il a consulté les bases de données déterminantes pour la catégorie d'œuvres à laquelle appartient l'œuvre dont il envisage l'utilisation* »<sup>35</sup>. Le fardeau de la preuve incombera à l'utilisateur, lequel devra donc prouver que la recherche a été faite au prix d'un effort raisonnable et qu'elle n'a pas abouti. Les sociétés de gestion pourront définir dans leurs tarifs quels sont les moyens qui doivent être mis en œuvre pour justifier le caractère raisonnable d'une recherche.

L'al. 22b, al 5, LDA prévoit l'application des dispositions régissant les licences collectives étendues (art. 43a LDA) lorsqu'un grand nombre d'œuvres est utilisé. Lorsqu'une bibliothèque souhaite par exemple numériser sa vaste collection d'affiches, elle pourra demander à la société de gestion compétente l'octroi d'une licence collective étendue sur la base de l'art. 43a LDA. Elle n'aura ainsi plus besoin de faire des recherches pour chaque œuvre, car la licence collective étendue englobe

<sup>35</sup> Message, page 591.

aussi bien les œuvres d'auteurs connus que les œuvres orphelines. Cet alinéa constitue en quelque sorte une exception aux restrictions au droit d'auteur inscrites aux al. 1 à 4.

L'usage des œuvres orphelines non encore tombées dans le domaine public sera soumis à une gestion collective. Le rôle des sociétés de gestion sera donc similaire à celui qu'elles exercent actuellement. Elles devront en particulier prévoir dans leurs tarifs les conditions auxquelles une licence sera octroyée et le montant de la rémunération ne pourra pas « dépasser celui pour l'utilisation de l'œuvre fixé dans le règlement de répartition de la société de gestion qui exerce les droits »<sup>36</sup>. Par l'introduction de cette disposition, le législateur entend ainsi corriger les inconvénients résultant de la durée de protection relativement longue des droits d'auteur.

## VII. Conclusions

La nouvelle loi n'est pas révolutionnaire mais bien plutôt le résultat d'un consensus. Plusieurs dispositions nouvelles sont déjà connues à l'étranger, notamment la licence collective étendue et la protection des photographies sans caractère individuel. Il sera dès lors intéressant de voir quelle sera la position des tribunaux suisses par rapport à la jurisprudence existante et si celle-ci sera reprise.

Malgré la révision, il existe toujours des différences entre le droit suisse et le droit européen, notamment s'agissant de l'utilisation de masse de contenu sur Internet. Ceci s'explique par le fait que la Suisse a sauvé les dispositions sur la copie privée, ce qui limite les sanctions à l'encontre des fournisseurs.

Enfin, la nouvelle directive de l'UE pourrait servir de modèle pour d'autres modifications du droit suisse à l'avenir.

---

36 Article 22b, al. 5 LDA.



*intelle@tual p@operty - p@opriété intelle@tuelle*  
*p@opriété intelle@tuelle - intelle@tual p@operty*

Livres parus dans la collection

*Books published in the series*

Vol. 13 (2020):

Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain

*Intellectual Property in the era of Big Data and Blockchain*

ISBN 978-3-7255-8778-0

Vol. 12 (2019):

Marques 3D et autres marques non-traditionnelles

*3D Trademarks and other Non-Traditional Trademarks*

ISBN 978-3-7255-8730-8

Vol. 11 (2018):

Accords de technologie

*Technology Transactions*

ISBN: 978-3-7255-8706-3

Vol. 10 (2018):

Droit d'auteur 4.0

*Copyright 4.0*

ISBN: 978-3-7255-8662-2

Vol. 9 (2016):

Indications géographiques: Perspectives globales et locales

*Geographical Indications: Global and Local perspectives*

ISBN: 978-3-7255-8622-6

---

[www.pi-ip.ch](http://www.pi-ip.ch)

*intellectual property* - propriété intellectuelle  
propriété intellectuelle - *intellectual property*

Vol. 8 (2015):

Le droit du design

*Design Law*

ISBN: 978-3-7255-8563-2

Vol. 7 (2014):

Défis du droit de la concurrence déloyale

*Challenges of Unfair Competition Law*

ISBN: 978-3-7255-8514-4

Vol. 6 (2013):

La protection des secrets d'affaires

*The Protection of Trade Secrets*

ISBN: 978-3-7255-6912-0

Vol. 5 (2013):

Yaniv Benhamou

Dommages-intérêts suite à la violation de droits de propriété intellectuelle

ISBN: 978-3-7255-6751-5

Vol. 4 (2012):

La propriété intellectuelle dans l'industrie pharmaceutique /

*Intellectual Property in the Pharmaceutical Industry*

ISBN: 978-3-7255-6654-9

Vol. 3 (2011):

Marques notoires et de haute renommée /

*Well-Known and Famous Trademarks*

ISBN: 978-3-7255-6389-0

---

[www.pi-ip.ch](http://www.pi-ip.ch)

*intelle©tual p©operty* - p©opriété intelle©tuelle  
p©opriété intelle©tuelle - *intelle©tual p©operty*

Vol. 2 (2010):

La résolution des litiges de propriété intellectuelle /  
*Resolution of Intellectual Property Disputes*

ISBN: 978-3-7255-6154-4

Vol. 1 (2010):

Sport et propriété intellectuelle /  
*Sport and Intellectual Property*

ISBN: 978-3-7255-6005-9

