

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



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>.

Sommaire / Contents

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

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 doctrinal¹, 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^{me} 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 SCHLINKERT, 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 Suisse². 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 SURBLYTĚ/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 2018³, et le Conseil fédéral a suivi cette recommandation⁴.

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 temps⁵, 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.

vée⁶ et le traitement du phénomène alors nouveau du marketing direct par téléphone et par courrier⁷. 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 données⁸; 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 » données⁹.

Le point de départ de l'analyse qui suit est le constat qu'il n'y a pas de propriété sur les données en Suisse¹⁰. 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 européen¹¹. 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 données¹².

La notion de « propriété sur les données » est généralement utilisée dans la doctrine pour désigner un droit absolu, *erga omnes*, sur les données¹³.

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 initiale¹⁴, 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-personnelles¹⁵. 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-personnelles¹⁶. 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 difficile¹⁷ 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>, *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 utilisation¹⁸. 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 travaille¹⁹.

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 indifférenciée²⁰. Diverses tentatives ont été faites pour conceptualiser la notion d'information, notamment en droit²¹. 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 niveaux²²:

- Le niveau *syntactique* 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 machine²³ et elles sont saisies sous une forme physiquement existante²⁴ au moyen d'une certaine *fixation*. La littérature anglophone appelle parfois (de manière quelque peu trompeuse) ce niveau « *Code Layer* »²⁵.

- 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 données²⁶. Ce niveau conçoit les données en tant que bien immatériels²⁷. Dans la littérature anglophone, l'accent mis sur le contenu des données est exprimé par le terme « *Content Layer* »²⁸. La caractéristique principale de ces informations est qu'elles doivent être perceptibles par les sens humains²⁹. Contrairement aux données, l'information est toujours dirigée vers un destinataire ayant les capacités sensorielles et cognitives d'un être humain³⁰. 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 humains³¹.
- 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 objectif³².

- Certains auteurs en distinguent un autre, à savoir le niveau *structurel*, qui se réfère à la définition physique des données sur un support³³. Dans la littérature anglophone, on utilise également le terme « *Physical Layer* » pour se référer à ce concept³⁴.

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*³⁵, 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-mêmes³⁶.

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 données³⁷, 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>; 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> (cité: WEF, Rethinking Personal Data).

pour les questions d'accès aux données³⁸ et de portabilité des données³⁹. 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 propriété⁴⁰.

Cette taxonomie distingue trois types de données différentes, à savoir les données *volontaires*, les données *observées* et les données *dérivées*⁴¹. Contrairement à la distinction entre données personnelles et données non-personnelles⁴², 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*⁴³ 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*⁴⁴ 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*⁴⁵ 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 publics⁴⁶. 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*)⁴⁷. 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)⁴⁸, 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'affaires⁴⁹ 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^{bis} 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^{ème} éd., New York 2014, 402; ROBERT COOTER/THOMAS ULEN, *Law and Economics*, 6^{ème} éd., Boston 2016, 40; HANS-BERND SCHÄFER/CLAUS OTT, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 5^{ème} 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 associée⁵⁰, la création d'une sécurité juridique par l'attribution de droits de propriété⁵¹ et le renforcement de l'autonomie des citoyens⁵². 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 réels⁵³. 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^{ème} 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^{ème} 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.), Kurzkomentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, 2^{ème} 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^{ème} éd., Zurich 2015, § 87 n. 2; RUTH ARNET, in: Breitschmid/Jungo (édit.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Sachenrecht, Art. 641-977 ZGB, 3^{ème} 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^{ème} 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 données⁵⁴, 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'accès⁵⁵. 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^{ème} éd., Berne 2020, URG 4 N 5; RETO M. HILTY, *Urheberrecht*, 2^{ème} 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)⁵⁶ 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 restrictive⁵⁷, 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 LCD⁵⁸. 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*⁵⁹. L'existence d'un tel moyen d'agir en rapport avec les données personnelles a déjà été défendue dans la doctrine⁶⁰. 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^{ème} 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 illicite⁶¹.

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 biens⁶². 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 validité⁶³, 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 protégée⁶⁴. 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 approfondie⁶⁵.

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 réfèrent⁶⁶. 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 propriété⁶⁷.

Enfin, d'autres auteurs, suivant la théorie du travail de JOHN LOCKE⁶⁸, soutiennent que les données sont des produits du travail et que le fabricant du produit doit donc avoir un droit sur les données générées⁶⁹. 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 travail⁷⁰.

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 citoyens⁷¹. 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 propriété⁷² et que la propriété sur les données empêche les entreprises d'accéder au « matériel de la société civile » (= les données)⁷³. 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 société⁷⁴ 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 »⁷⁵ ou, en d'autres termes, à leur liberté de « concevoir l'architecture des espaces numériques »⁷⁶.

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.⁷⁷ 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 données⁷⁸, il devrait être possible de transférer la propriété sur les données d'ayants droit à des tiers⁷⁹, 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^{ème} 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 propriété⁸⁰. 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 acquis⁸¹. 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 obtenir⁸².

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 données⁸³. 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 derniers⁸⁴.

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 données⁸⁵. 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 propriété⁸⁶. Cette approche utilitaire⁸⁷ 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 intellectuelle⁸⁸, mais s'applique également à tous les autres droits de propriété⁸⁹. 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 exclusifs⁹⁰.

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 collecte⁹¹. 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 activités⁹².

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 2024⁹³. 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 2022⁹⁴.

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*⁹⁵.

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 contrats⁹⁶. 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* »⁹⁷. 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*; DÖRNER (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 constellations⁹⁸, 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-dessous⁹⁹, ce point central n'a toutefois pas encore été clarifié. Même si cette question pourrait théoriquement être tranchée et réglée 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 tribunaux¹⁰⁰.

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*¹⁰¹ 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 cela¹⁰².

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 ainsi¹⁰³. Cela conduit à une mauvaise répartition des coûts et des bénéfices et donc à une défaillance du marché¹⁰⁴. 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 données¹⁰⁵.

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 1990¹⁰⁶, elle peut être transposée à l'utilisation actuelle des données par les entreprises¹⁰⁷ : 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 données¹⁰⁸. 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 négociables¹⁰⁹. Même un droit de propriété sur les données ne peut pas changer cette constellation¹¹⁰.

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 HORNUNG/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 marché¹¹¹. 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-ci¹¹². 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*¹¹³. Par conséquent, la perte d'un bien est plus importante pour ses propriétaires que le gain du même bien¹¹⁴. 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 entreprises¹¹⁵. 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 propriété¹¹⁶. 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 escomptés¹¹⁷.

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 droit¹¹⁸.

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 restitution¹¹⁹ 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 données¹²⁰. 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 2019¹²¹.

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'origine¹²². 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.).

122 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 spécifiques¹²³.

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 disponibles¹²⁴. 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 adéquat¹²⁵.

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 nulle¹²⁶, 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 nulle¹²⁷. 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^{ème} 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 suisse¹²⁸ – 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 appropriée¹²⁹. 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^{ème} 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^{ème} éd., Munich 2018, BGB § 249 N 1; JAN LUCKEY, in: Prütting/Wegen/Weinreich (édit.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 15^{ème} 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 disposer¹³⁰.

Cette évolution soulève un certain nombre de questions de droit successoral qui doivent être résolues¹³¹. 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 défunt¹³². 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)¹³³. 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 discussions¹³⁴.

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 égard¹³⁵. 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 données¹³⁶ – car la portée de la conclusion serait clairement définie et limitée¹³⁷. 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 parlementaire¹³⁸. 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»¹³⁹ et une proposition en ce sens du Conseil fédéral dans le rapport de consultation du 22 mars 2019¹⁴⁰, 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-curiavista/geschaef?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 cryptographie¹⁴¹. 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)¹⁴². 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 données¹⁴³.

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 comportements¹⁴⁴. 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 marché¹⁴⁵. 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 ici¹⁴⁶. 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 associées¹⁴⁷ :

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 doctrine¹⁴⁸. 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 »¹⁴⁹ et une première proposition en ce sens dans le rapport de consultation du 22 mars 2019¹⁵⁰, 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>, 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)¹⁵¹. 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 spécifiques¹⁵². 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 propriété¹⁵³; 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 données¹⁵⁴. En outre, il est peu probable que la propriété sur les données réduise les coûts de transaction et favorise ainsi le commerce des données¹⁵⁵ ou améliore la répartition des coûts et des bénéfices¹⁵⁶. 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 affaiblie¹⁵⁷. 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 sociétés¹⁵⁸.

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 faillites¹⁵⁹, le droit des successions¹⁶⁰ ou le droit des papiers-valeurs¹⁶¹. 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 créé¹⁶², 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 droit¹⁶³.

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 caractères¹⁶⁴.

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 données¹⁶⁵. La principale raison invoquée est que l'octroi de droits de propriété au niveau sémantique conduirait à une monopolisation de l'information¹⁶⁶. D'autres auteurs mettent en garde contre la protection des données au niveau syntaxique car cela monopoliserait « l'essence des données »¹⁶⁷; 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 inclus¹⁶⁸. Enfin, la distinction entre les niveaux sémantique et syntaxique peut également être fondamentalement remise en question¹⁶⁹.

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 existante¹⁷⁰. 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 existante¹⁷¹. À cet égard, les données ont effectivement une certaine physicalité¹⁷² 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 objets¹⁷³. 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 utilisation¹⁷⁴ 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 registre¹⁷⁵. 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 données¹⁷⁶. 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 claire¹⁷⁷.

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 comportement¹⁷⁸. 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 différentes¹⁷⁹. Pour résoudre ce problème, il est parfois suggéré de tenir compte de l'influence réelle sur l'acte scriptural¹⁸⁰. 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 économique¹⁸¹. 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 utilisation¹⁸². 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 données¹⁸³. 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 concernent¹⁸⁴ attribuent la propriété à l'origine à la personne concernée, c'est-à-dire à la personne à laquelle les données se réfèrent¹⁸⁵. 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 entreprises¹⁸⁶.

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 doctrine¹⁸⁷. 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 propriété¹⁸⁸ : 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)¹⁸⁹.

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 données¹⁹⁰, 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 existant¹⁹¹.

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 qui¹⁹². 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^{ème} 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)¹⁹³. Des restrictions à ce droit de disposer peuvent toutefois découler du reste du système juridique, par exemple des droits de voisinage¹⁹⁴. 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 gage¹⁹⁵.

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)¹⁹⁶.

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)¹⁹⁷. 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^{ème} 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)¹⁹⁸.

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)¹⁹⁹ 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)²⁰⁰, 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 LDA²⁰¹;

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^{ème} 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^{ème} 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^{ème} 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'utiliser²⁰².

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 bloquant²⁰³. 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*)²⁰⁴. 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 indépendante²⁰⁵,

Egloff, Das Neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 4^{ème} 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^{ème} 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^{ème} 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 différente²⁰⁶. 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 données²⁰⁷, 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 exclusif²⁰⁸.

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)²⁰⁹.

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 intellectuelle²¹⁰. 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 photographes²¹¹ ou les éditeurs de presse²¹². 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 données²¹³. 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^{ème} 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 loi²¹⁴. 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 droits²¹⁵, 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 LDA²¹⁶). 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)²¹⁷. 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^{ème} 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 syntaxique²¹⁸, elle porterait sur la matérialisation de données dans une certaine séquence de caractères²¹⁹. 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 droits²²⁰ – sont par nature des biens publics²²¹. 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 données²²². Contrairement aux droits réels, mais de la même manière que pour les droits de la propriété intellectuelle²²³, le titulaire du droit devrait également avoir la possibilité d'empêcher des tiers de copier ses données²²⁴.

Étant donné que la propriété sur les données au niveau syntaxique concerne la fixation des données sous une forme physiquement existante²²⁵, 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 réels²²⁶ et un droit d'interdiction d'atteinte et d'altération des données²²⁷.

De la fixation physique des données au niveau syntaxique comme objet de protection d'un droit de propriété sur les données²²⁸, 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 exclusif²²⁹. 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 droit²³⁰.

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 tiers²³¹, octroyer des licences d'utilisation²³² et grever ses droits, par exemple en mettant en gage²³³.

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 données²³⁴. 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*²³⁵.

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 données²³⁶. 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 recherche²³⁷. 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 restreints²³⁸. A l'instar de l'accès aux données²³⁹, 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 Suisse²⁴⁰.

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 temps²⁴¹. 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 illimitée²⁴².

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 orphelines²⁴³. 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.

sactions²⁴⁴. Bien que certains auteurs soient favorables à un registre électronique de la propriété sur les données²⁴⁵, 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 controversée²⁴⁶. 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 importantes²⁴⁷. 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 temps²⁴⁸. Il faudrait également clarifier la manière dont la publicité des droits de propriété sur les données peut être assurée²⁴⁹.

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 proche²⁵⁰.

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 nécessaires²⁵¹. Certains affirment également que la propriété sur les données ne remplacerait pas la base juridique de la protection de la vie privée, mais la renforcerait²⁵².

²⁵⁰ Voir *supra* I.

²⁵¹ 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.

²⁵² 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 sens²⁵³.

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 réduits²⁵⁴ 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 manière²⁵⁵. Le même principe de conservation s'applique aux dispositions relatives à la sécurité des données²⁵⁶.

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 données²⁵⁷.

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 nécessaires²⁵⁸. 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 tribunaux²⁵⁹.

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 spécifiques²⁶⁰.

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 médicales²⁶¹, 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 données²⁶² en tant que droit de propriété intellectuelle *sui generis*²⁶³, où les droits de propriété ne sont pas exercés par les citoyens mais par une « agence de données »²⁶⁴. 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 »²⁶⁵ et de contribuer à « l'accord sur les normes appliquées aux réseaux, i.e. à l'architecture des espaces numériques »²⁶⁶. Une telle agence devrait donc négocier avec les entreprises les conditions de génération des données numériques et leur utilisation²⁶⁷. 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 »²⁶⁸. 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 »²⁶⁹. 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 numérique²⁷⁰.

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 données²⁷¹. La différence ne réside pas au niveau matériel, mais dans l'application institutionnelle proposée. La problématique que FEZER – comme d'autres auteurs²⁷² – 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 économique²⁷³. 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.

