

## Intelligence artificielle : licence libre et gouvernance collective des données à travers l'altruisme des données et les data trusts

BENHAMOU, Yaniv

### Abstract

Data access is central for the development of Artificial Intelligence (AI). Data may be however subject to a multitude of rights and actors (e.g. copyrighted works or personal data posted on social media or collected through captcha and used for AI training purposes), leading to a fragmented legal framework and legal frictions. This contribution explores how to apply open and free licenses to all kind of data and collective governance of data through data trusts, in order to allow complex management of data subject to multiple legal regimes and to increase data flows, while improving trust and control over the data. Free or open licenses are traditionally used in connection with Open Source and Creative commons, but could be eventually extended to personal data due to their common characteristics. Collective governance could be improved by creating data trusts, inspired by pilot projects and by the collective management of copyright.

### Reference

BENHAMOU, Yaniv. Intelligence artificielle : licence libre et gouvernance collective des données à travers l'altruisme des données et les data trusts. *Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht*, 2021, no. 4, p. 419-434

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:155862>

Disclaimer: layout of this document may differ from the published version.



UNIVERSITÉ  
DE GENÈVE

# Intelligence artificielle: licence libre et gouvernance collective des données à travers l'altruisme des données et les data trusts

Yaniv Benhamou\*

*Data access is central for the development of Artificial Intelligence (AI). Data may be however subject to a multitude of rights and actors (e.g. copyrighted works or personal data posted on social media or collected through captcha and used for AI training purposes), leading to a fragmented legal framework and legal frictions. This contribution explores how to apply open and free licenses to all kind of data and collective governance of data through data trusts, in order to allow*

*complex management of data subject to multiple legal regimes and to increase data flows, while improving trust and control over the data. Free or open licenses are traditionally used in connection with Open Source and Creative commons, but could be eventually extended to personal data due to their common characteristics. Collective governance could be improved by creating data trusts, inspired by pilot projects and by the collective management of copyright.*

## Table des matières

- I. Introduction
- II. Licences libres sur les données
  - 1. Contenu protégé par des droits de propriété intellectuelle
  - 2. Données protégées par la protection des données
  - 3. Ensembles de données mixtes
- III. Gestion collective à travers des fiducies des données (*Data Trust*)
  - 1. Introduction et tentative de définition
  - 2. Facteurs de succès d'un *data trust* sur la base de projets pilotes
  - 3. Structures juridiques envisageables inspirées de la gestion collective des droits d'auteur
- IV. Conclusion

## I. Introduction

L'accès aux données est au cœur du développement de l'Intelligence Artificielle (IA), ce qui explique qu'il fait l'objet de nombreux développements législatifs en Suisse et à l'étranger.<sup>1</sup> Le cadre légal est toutefois fragmenté du fait de la variété des données utilisées pour les systèmes d'IA et du fait que les données

peuvent provenir d'une multitude d'acteurs<sup>2</sup> et être soumises à une multitude de régimes légaux différents parfois en tension (p.ex. données soumises au droit d'auteur, aux secrets d'affaires, à la protection des données). Lorsque l'accès est volontaire,<sup>3</sup> il semble dès lors intéressant de se tourner vers les mécanismes contractuels afin de régir de façon flexible les différents types de données et les interactions entre tous

ment des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) pour les données personnelles, le Règlement sur la protection des données à caractère non personnel pour les données non personnelles, la Directive *Open Data* pour les données publiques ainsi que des propositions législatives en matière de loi et de gouvernance des données (p.ex. propositions de «*Data Act*», «*Governance Act*», «*Digital Service Act*»). En droit suisse, il existe plusieurs initiatives qui visent à favoriser l'accès aux données personnelles et non personnelles, cf. Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IGE), Accès aux données non personnelles dans le secteur privé, Rapport du 1<sup>er</sup> mars 2021, 4 ss; Jacques de Werra, Entreprises et Big Data: peut-on forcer les entreprises à partager leurs données non personnelles (par des licences obligatoires ou des licences «FRAND»)?, RSDA 2021, 365 ss et les nombreuses références citées.

\* Professeur à l'Université de Genève (PI & Protection des données), Docteur en Droit, Avocat Conseil. L'auteur remercie vivement M. Paul-Olivier Dehaye, Mme Marie-Pierre Vidonne, Me Michel Reymond ainsi que Mes Hélène Bruderer et Sébastien Aubert, chercheurs au Digital Law Center pour leurs commentaires et aide à la finalisation du manuscrit.

<sup>1</sup> En droit européen, on songe aux réglementations sectorielles ou horizontales, telles que le Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traite-

<sup>2</sup> Par souci de lisibilité, il est fait usage, dans la présente publication, du masculin générique. Les termes employés s'appliquent donc sans distinction de tous les genres.

<sup>3</sup> L'accès volontaire peut prendre la forme d'un contrat individuel entre deux ou plusieurs acteurs (p.ex. contrat de transfert ou d'échange de données, d'abonnement) ou encore d'un contrat standardisé sous la forme de conditions générales ou de politique privée de données ouvertes (*Open Data*) ou de données partagées (*Shared Data*). Cf. IGE (n. 1), 7.

les participants à l'écosystème.<sup>4</sup> En particulier, il semble intéressant de se tourner vers les modèles de licences libres, cas échéant combinés avec des modèles de gouvernance collective. En effet, ceux-ci ont pour objectif de favoriser, fluidifier la circulation des données et de tenir compte de la dimension collective de la création, tout en garantissant le contrôle des titulaires.<sup>5</sup>

Les licences libres sont des licences standardisées, applicables à un nombre indéterminé d'utilisations et sont souvent utilisées dans le domaine de l'administration publique (*Open Government Data*), de la recherche (*Open Research Data*), des logiciels ouverts (*Open Source*), des biens issus de collaborations (*Creative Commons*)<sup>6</sup> et plus récemment dans le domaine privé.<sup>7</sup> Les licences libres convertissent l'objet sur lequel elles portent en ce qu'on appelle des

données partagées (*Shared Data*), soit des données rendues accessibles moyennant certaines conditions (p.ex. un certain objectif, une durée et une monétisation) ou des données ouvertes (*Open Data*), soit des données librement accessibles à tous.<sup>8</sup> Comme exemple de données ouvertes ou partagées, on songera aux données issues des villes intelligentes (*smart city*), aux données publiées sur Wikipedia (*Wikidata*), aux données scientifiques ou culturelles ou encore aux logiciels sous licences libres.

Ces modèles semblent particulièrement pertinents avec l'IA. Par exemple, les biens sous *Creative Commons* et les *Open Research Data* permettent notamment un accès accru à des données d'entraînement des algorithmes et les logiciels ouverts permettent à chacun de vérifier, enrichir et améliorer la qualité des produits et des services.<sup>9</sup> Généralement,

<sup>4</sup> Cf. Yaniv Benhamou/Laurent Tran, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, sic! 2016, 572 ss; Jacques de Werra, Perspective « Inside-Out ». Défis du droit d'auteur dans un monde connecté, sic! 2014, 194 ss, 206.

<sup>5</sup> Cette dimension collective est souvent inspirée de la théorie des biens communs, selon laquelle tout bien commun (chose à l'origine librement disponible à la communauté) est menacé par une appropriation (*enclosure*), tandis qu'une gestion communautaire des ressources basée sur une capacité d'auto-organisation est préférable en ce qu'elle conduit à une meilleure production et à un maintien des ressources. Pour des références, cf. Benhamou/Tran (n. 4), 575. Au-delà de la gestion collective des données, on observe aussi un mouvement d'exercice collectif de droits individuels liés aux données, p.ex. le droit d'accès qui, lorsqu'il est exercé collectivement, permet de mieux comprendre le fonctionnement de l'algorithme du prestataire, cf. René Mahieu/Jef Ausloos, Harnessing the collective potential of GDPR access rights : towards an ecology of transparency, in: Internet Policy Review, 6 juillet 2020, et les nombreuses références citées.

<sup>6</sup> Ces licences standardisées sont proposées par différents organismes, p. ex. licence libre GPL (General Public license) par la Free Software Foundation, <[www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html](http://www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html)> (29.6.2021) ou licence Creative Commons par <<https://creativecommons.org>> (29.6.2021).

<sup>7</sup> Le partage de données ouvertes par les entreprises privées émerge progressivement notamment pour des raisons économiques (la valeur économique des données ouvertes étant estimée à USD 5'000 milliards en 2013) mais reste limité, surtout pour des raisons de protection des droits de propriété intellectuelle et des données personnelles. Les données sont alors généralement partagées par le biais de publications (p.ex. rapport annuel), mentionnées sur un site internet et/ou une interface de programmation d'application (API de son acronyme anglais) contenant uni-

quement certains types de données (p.ex. données de base et métadonnées). Cf. IGE (n. 1), 26.

<sup>8</sup> Cf. IGE (n. 1), 25, rappelant que les données ouvertes sont principalement des données publiques définies par la stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2019 à 2023 (FF 2019 855), comme « les données qui peuvent être utilisées, éditées, analysées et transmises librement, sans restrictions légales, financières ou techniques particulières ». La gratuité de l'accès aux données publiques peut interroger, sachant qu'elles peuvent conduire à des risques de responsabilité (cf. II.1.3) et qu'elles sont utilisées par des acteurs économiques (p.ex. Apple qui utilise, pour l'application « Plan » de l'iPhone et l'iPad, les données ouvertes de l'Office fédéral de topographie, Swisstopo, cf. Anouch Seydtaghia, Apple utilise les cartes suisses ... mais sans les payer, 2021, <<https://www.letemps.ch/economie/apple-utilise-cartes-suisses-payer>> (29.6.2021), paru dans le Temps). Le principe de gratuité a été rappelé récemment par le Conseil fédéral, cf. Système de régulation de l'accès aux données publiques. Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat 19.3342 Bادر du 22 mars 2019, 2021, au motif notamment qu'il n'est pas possible de définir une structure tarifaire. Cet argument peut surprendre sachant qu'il existe un marché des données et des efforts en matière de tarification des données. P.ex. en matière de données urbaines de la Ville de Lyon, cf. <[https://download.data.grandlyon.com/files/grandlyon/Annexe%203\\_redevances\\_LicenceAssociee\\_Ch.pdf](https://download.data.grandlyon.com/files/grandlyon/Annexe%203_redevances_LicenceAssociee_Ch.pdf)> (29.6.2021).

<sup>9</sup> A propos des avantages des biens sous *Creative Commons* pour l'IA, cf. Brigitte Vezina/Sarah Pierson, Artificial Intelligence and copyright in the cultural heritage sector: views from Creative Commons, 2021, <<https://pro.euro.peana.eu/post/artificial-intelligence-and-copyright-in-the-cultural-heritage-sector-views-from-creative-commons>> (29.6.2021). A propos des avantages des logiciels ouverts pour l'IA, cf. Alexandra Theben/Laura Gunderson/Laura

les mécanismes classiques de données ouvertes ou partagées incluent différents types de données mais excluent les données personnelles.<sup>10</sup> Pourtant, on trouve des traces de données personnelles presque partout, qu'il s'agisse des données de mobilités (p.ex. les données issues des villes intelligentes ou de Google Maps), de données culturelles (p.ex. photographies ou métadonnées incluant des données personnelles) ou des données collectées par les captcha permettant d'entraîner les algorithmes.<sup>11</sup> Il semble dès lors utile de proposer des modèles de licences libres applicables à la fois aux données personnelles et non personnelles.

Les modèles de gouvernance collective des données consistent à mettre en commun et partager des données à travers une structure de confiance. Il existe plusieurs modèles plus ou moins communautaires (p.ex. Wikipedia et sa communauté de contributeurs et d'utilisateurs). Ils tendent à se développer avec l'émergence du concept de *Data Trust* dont l'objectif est de permettre une gestion complexe de données multiples de différentes natures et de fluidifier la circulation des données, tout en renforçant la confiance et le contrôle des individus quant au partage de leurs données. Ces modèles semblent particulièrement pertinents avec l'IA du fait de la multitude d'acteurs concernés et des relations contractuelles, conduisant à un risque d'interdépendance entre les personnes et institutions concernées.<sup>12</sup>

López Forés/Gianluca Misuraca/Francisco Lupiáñez Villanueva, Challenges and limits of an open source approach to Artificial Intelligence, study for the Special Committee on Artificial Intelligence in a Digital Age (AIDA), Luxembourg 2021, 16 ss.

<sup>10</sup> Cf. IGE (n. 1), 25. Cf. aussi la licence Creative Commons 4.0 indiquant couvrir à la fois les droits d'auteur et les droits *sui generis* de bases de données (cf. art. 4) mais couvrir « ni le droit à l'image, ni le droit au respect de la vie privée, ni aucun autre droit de la personnalité ou apparenté » (art. 2 let. b).

<sup>11</sup> Un captcha (*Completely Automated Public Turing test to tell Computers and Humans Apart*) est un programme générant des tests de vérification anti-spams que seuls des humains peuvent effectuer (p.ex. reconnaissance de texte et d'image). Conçus à la base pour prévenir les spams, les captchas collectent les données issues des tests pour les réutiliser et entraîner des algorithmes d'intelligence artificielle. Cf. <<https://www.businessinsider.com/google-no-captcha-adtruth-privacy-research-2015-2?IR=T>> (29.6.2021).

<sup>12</sup> Il suffit de penser aux objets connectés, voitures autonomes ou aux projets de villes intelligentes qui amènent

La présente contribution propose des pistes exploratoires concernant les licences libres applicables à la fois aux données personnelles et non personnelles (ci-dessous II) et la gouvernance collective des données (ci-dessous III), sans prétendre à une analyse approfondie de tous les éléments. Par exemple, l'extension des licences libres aux données personnelles et l'articulation entre les différentes licences devraient faire l'objet d'une analyse propre concernant la protection des données respectivement l'interopérabilité des licences.<sup>13</sup>

## II. Licences libres sur les données

### 1. Contenu protégé par des droits de propriété intellectuelle

#### 1.1 Les licences libres sur les créations et les logiciels

Les licences libres sont utilisées afin de favoriser le partage des connaissances, en particulier en matière de logiciels avec les licences *Open Source* et d'œuvres du droit d'auteur avec les licences *Creative Commons*. Il s'agit de licences standardisées en vertu desquelles le créateur (donneur de licence) permet à tout utilisateur intéressé (preneur de licence) d'accéder à l'objet de la licence (p.ex. code source d'un logiciel, œuvre de droit d'auteur), voire de l'enrichir pour ensuite le remettre à disposition librement.<sup>14</sup> Les li-

une multitude d'entreprises et de particuliers à collaborer et à mettre à disposition des données.

<sup>13</sup> Une autre question intéressante serait d'analyser l'application des licences libres aux données techniques. En l'absence d'un droit exclusif sur les bases de données (p.ex. droit *sui generis* européen), une telle application pourrait être envisagée via des mécanismes contractuels. Cela supposerait d'analyser si et comment les conditions de la licence libre peuvent être imposées à tout tiers utilisateur. Cette question ne pourra ne pas non plus être traitée ici. On se contentera de rappeler qu'en Europe il semble possible de restreindre l'utilisation de bases de données à travers des mécanismes contractuels (cf. C-30/14, Ryanair v PR Aviation, [2015] ECLI:EU: C:2015:10) et que des projets de licences standardisées applicables aux bases de données commencent à émerger, tels que la licence Linux utilisée notamment par IBM (cf. Community Data License Agreement v2 licence).

<sup>14</sup> En matière de logiciels *Open Source*, une licence libre très utilisée est la Licence MIT mais il en existe d'autres (p.ex. Licence publique générale (GNU/GPL), License Apache, Licence BSD, CeCILL). En matière de créations littéraires

ences libres sont applicables aux œuvres du droit d'auteur (art. 2 LDA), dont l'étendue de l'exploitation est déterminée par la licence choisie par l'auteur.<sup>15</sup> Elles s'appuient sur le droit d'auteur pour l'appliquer à rebours et convertir ainsi l'exclusivité au profit de l'inclusivité.<sup>16</sup> Cela permet de garantir la circulation de l'œuvre et l'accessibilité du public au contenu, par opposition à l'abandon du droit qui mettrait l'œuvre dans le domaine public, sans protection juridique contre toute éventuelle réappropriation.

La concrétisation du caractère libre s'obtient par l'obligation d'inclure les termes de la licence dans toutes les reproductions de l'objet.<sup>17</sup> Les droits d'utilisation sont ainsi subordonnés à l'obligation d'intégrer la licence à l'objet. Ce mécanisme permet ainsi d'étendre les conditions contractuelles à toute copie de l'œuvre en circulation.<sup>18</sup> Les conditions contrac-

tuelles suivent chaque copie de l'œuvre et s'imposent à tout utilisateur, de sorte qu'elles deviennent de fait presque opposables *erga omnes* à l'inverse des dispositions contractuelles normalement opposables *inter partes*.<sup>19</sup>

Pour les besoins de l'analyse, nous ferons essentiellement référence au droit suisse, étant rappelé qu'il peut être difficile de déterminer quel est le tribunal compétent et quel est le droit applicable pour juger de litiges lorsqu'un donneur de licence conclut des contrats avec des cocontractants indéterminés établis aux quatre coins du globe. Concernant la compétence internationale, les tribunaux suisses seront compétents si le défendeur ou le donneur de licence est établi en Suisse (art. 112 al. 1 LDIP, art. 113 LDIP).<sup>20</sup> Concernant le droit applicable, celui-ci est le droit de l'État dans lequel celui qui transfère ou concède le droit de propriété intellectuelle a sa résidence habituelle (art. 110 al. 3 et art. 122 al. 1 ou art. 117 LDIP).<sup>21</sup>

## 1.2 La chaîne contractuelle

Avec les licences libres, il peut y avoir une multitude d'utilisateurs, créant une chaîne contractuelle entre l'auteur primaire de l'œuvre source d'une part et les utilisateurs en aval d'autre part. Plusieurs distinctions s'imposent. S'agissant des relations contractuelles, un nouveau contrat de licence est conclu entre l'auteur de l'œuvre source et tout utilisateur en aval, celui-ci ne pouvant pas octroyer de sous-licence,

garantie par le rattachement « physique » du texte de la licence au fichier numérique de l'œuvre, dans l'œuvre elle-même, ce qui la rend opposable à tout utilisateur à l'instar d'un droit de propriété.

<sup>19</sup> Dussolier (n. 14), 51.

<sup>20</sup> Etant précisé que le lieu où se situe le donneur de licence s'interprète en tant que le lieu de la prestation caractéristique du contrat de licence (cf. ATF 101 II 293, c. 2a) et que certains auteurs se demandent s'il ne faut appliquer d'autres règles du fait que la licence libre diffère d'un contrat de propriété intellectuelle classique; Valérie-Laure Bénabou/Joëlle Farchy, La mise à disposition des œuvres de l'esprit: rapport de mission pour le Conseil supérieur de la propriété littéraire et artistique (CSPLA), 2007, p. 34.

<sup>21</sup> Etant précisé que le résultat revient au même, que l'on applique les règles en matière de droit applicable concernant la propriété intellectuelle (art. 110 al. 3 LDIP et art. 122 al. 1 LDIP) ou concernant les contrats ne prévoyant pas d'élection de droit (art. 117 LDIP). Pour une analyse du droit applicable, cf. Jaccard/Cellina (n. 14), 249 s; Fröhlich-Bleuler (n. 14), 4.

et artistiques, une licence très utilisée est la Licence Creative Commons mais il en existe d'autres (p.ex. Free Art Licence). Malgré des variations quant au degré d'ouverture, elles ont toutes l'objectif de favoriser la circulation de l'objet avec ou sans possibilité de l'enrichir. Au sujet des licences *Open Source*, cf. Gianni Fröhlich-Bleuler, *Open Source Compliance*, Jusletter 12 novembre 2012. Au sujet des *Creative Commons*, cf. Michael Jaccard/Eva Cellina, SJ 2017 II, 229 ss; Mélanie Dulong de Rosnay, *Creative Commons Licenses Legal Pitfalls: Incompatibilities and solutions*, 2009, 7; Séverine Dussolier, *Le jeu du copyleft entre contrat et propriété*, Cahiers de droit de l'entreprise 6/2015, 49 ss.

<sup>15</sup> Les œuvres du droit d'auteur sont définies comme « toute création de l'esprit, littéraire ou artistique, qui a un caractère individuel » (art. 2 al. 1 LDA) et couvrent également les logiciels (art. 2 al. 2 LDA), les productions photographiques d'objets tridimensionnels même sans caractère individuel (art. 2 al. 3bis LDA) et les recueils, bases de données ou autres assemblages originaux (art. 4 LDA).

<sup>16</sup> Cf. Dussolier (n. 14), 50, en référence au rebours de « *copyright* » vers « *copyleft* »; « tous droits réservés » vers « certains droits réservés ».

<sup>17</sup> P.ex. art. 2 Licence MIT (« *The above copyright notice and this permission notice shall be included in all copies or substantial portions of the Software* »); art. 3 Licence Creative Commons (« *Si Vous partagez l'Œuvre sous licence [y compris sous une forme modifiée], Vous devez [...] Indiquer si l'Œuvre sous licence est mise à disposition en vertu de la présente Licence publique en incluant le texte, l'URI ou l'hyperlien correspondant à la présente Licence publique avec l'Œuvre sous licence* »).

<sup>18</sup> P.ex. la Licence Creative Commons impose d'inclure les termes de la licence au fichier numérique de l'œuvre (cf. art. 4), la Licence GPL de soumettre toute copie du code à la même licence (section 5 « *the entire work under this License to anyone who comes into possession of a copy* »). Cf. Dussolier (n. 14), 50, indiquant que la circulation est ainsi



à moins qu'il ne soit autorisé à modifier l'œuvre source et qu'il modifie cette dernière pour créer une œuvre dérivée (art. 3 al. 1 LDA), auquel cas l'utilisateur dérivé conclut un contrat additionnel avec tout utilisateur de l'œuvre dérivée.<sup>22</sup>

S'agissant des utilisateurs, il faut donc distinguer entre un « simple » utilisateur et un créateur d'une œuvre dérivée (« utilisateur dérivé »), dont le statut s'acquiert par un apport créatif à l'œuvre initiale (et non par simple adhésion au contrat ou modification technique sur l'œuvre).<sup>23</sup> Lorsqu'un utilisateur fait un apport créatif, il faut aussi distinguer entre la qualité de créateur d'une œuvre dérivée, lorsqu'une œuvre préexistante est modifiée de telle sorte que la modification donne naissance à une nouvelle œuvre (art. 3 al. 1 LDA), et la qualité de coauteurs lorsqu'une œuvre préexistante est créée conjointement par plusieurs auteurs avec un but commun (art. 7 al. 1 LDA).<sup>24</sup> Généralement, lorsqu'un auteur primaire met son œuvre sous licence libre afin qu'elle soit modifiée et qu'une contribution est insérée (telle quelle ou sous une forme modifiée), il s'agit d'une œuvre dérivée (art. 3 al. 1 LDA), et non d'une œuvre commune (art. 7 al. 1 LDA), faute d'étroite coopération entre auteurs et de volonté de créer une œuvre commune sur la base d'un objectif précis.<sup>25</sup> Enfin, lorsqu'une œuvre dérivée fait l'objet de nombreux degrés de dérivations, il faut distinguer selon qu'elle reste une œuvre dérivée ou acquiert un nouveau statut d'œuvre

primaire, ce qui s'appréciera au cas par cas en fonction du degré de transformation de l'œuvre originale.<sup>26</sup>

### 1.3 Responsabilité des utilisateurs et de l'auteur

Les licences libres peuvent poser des questions de responsabilité. Celle des utilisateurs lorsqu'ils ne respectent pas les termes de la licence (p.ex. omettent la mention de l'auteur lorsqu'elle est requise) ou celle de l'auteur, lorsque l'objet cause un préjudice aux utilisateurs (p.ex. objet dysfonctionnel entraînant un dommage) ou à des tiers (p.ex. objet contenant des atteintes à leurs droits de propriété intellectuelle ou de la personnalité).<sup>27</sup> L'auteur, les utilisateurs et les tiers peuvent alors tenter d'actionner en responsabilité l'autre partie sur la base d'une violation contractuelle ou délictuelle.<sup>28</sup>

La responsabilité contractuelle (art. 97 CO) suppose d'abord l'existence d'un contrat, ce qui est bien le cas avec les licences libres. Le donneur de licence fait une offre pré-formulée à un cercle indéterminé de personnes que l'utilisateur accepte tacitement lorsqu'il utilise l'objet de manière conforme au contenu de la licence.<sup>29</sup> Il doit également y avoir une viola-

<sup>22</sup> P.ex. Licence Creative Commons, préambule et art. 1 let. b. Cf. Jaccard/Cellina (n. 14), 236.

<sup>23</sup> Cf. Licence Creative Commons, art. 1 let. a et 2 let. a ch. 4 (« le fait de ne procéder qu'à de simples modifications techniques [...] n'est jamais de nature à créer une Oeuvre dérivée »). Bénabou/Farchy (n. 20), 37.

<sup>24</sup> Cf. Denis Barrelet/Willy Egloff, in : Barrelet/Egloff/Heinzmann/Künzi/Meier/Riedo (éd.), Commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins, 4<sup>e</sup> éd., Berne 2021, LDA 7 N 4 ; Yvan Cherpillod, in : de Werra/Gilliéron (éd.), Commentaire Romand – Propriété intellectuelle, Bâle 2013 (cité : CR PI-Auteur), LDA 7 N 3, indiquant que « l'œuvre commune [est] le résultat d'une concertation entre les divers coauteurs, ce qui peut être le cas même si leurs apports sont séparables » et que la LDA ne distingue pas (plus) entre l'œuvre collective et l'œuvre de collaboration suivant que les apports peuvent être disjoints, à quelques exceptions près (cf. art. 30 LDA) et contrairement au droit américain par exemple. Pour une analyse en droit américain, cf. Shunling Chen, Collaborative authorship : from folklore to the wikiblog, Journal of Law, Technology & Policy 2011, 132 ss, 140.

<sup>25</sup> CR LDA-Cherpillod (n. 24), LDA 7 N 3.

<sup>26</sup> Bénabou/Farchy (n. 20), p. 37.

<sup>27</sup> Comme exemple concret, on se souviendra de la perte causée par la plateforme DAO (*decentralized autonomous organisation*) à ses utilisateurs pour un montant d'env. USD 50 millions en raison d'une vulnérabilité de son code en *Open Source* (cf. <<https://www.usine-digitale.fr/article/dao-perd-50-millions-de-dollars-lors-d-un-piratage.N397787>>) (29.6.2021). Comme autre exemple, on peut imaginer un logiciel libre de guidage de voitures autonomes qui ferait perdre le contrôle au véhicule en raison d'une erreur de conception. Ces exemples ont été mentionnés par Me Michel Reymond lors d'un cours public le 9 octobre 2020 à l'Université de Genève.

<sup>28</sup> S'agissant de la responsabilité des titulaires à l'égard des utilisateurs de logiciels *Open Source*, cf. Fröhlich-Bleuler (n. 14), 5 ; s'agissant de la responsabilité des utilisateurs à l'égard des titulaires d'œuvres sous licence Creative Commons, cf. Jaccard/Cellina (n. 14), 236.

<sup>29</sup> Eva Cellina, La commercialisation des données personnelles – Aspects de droit contractuel et de protection des données, Thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2020, 241 et les références, considérant que l'utilisateur peut aisément connaître le contenu de la licence et que certains considèrent au contraire que la simple utilisation de l'objet ne suffit pas à admettre l'existence d'une acceptation des conditions. Il s'agit d'une question plus générale d'intégration des conditions générales, dont les règles ont été développées par la jurisprudence et pour lesquelles nous nous

tion fautive, ce qui dépendra des qualités promises et pourra être admis, par exemple lorsque la documentation fournie avec un logiciel révèle des qualités promises mais pas lorsqu'une œuvre est admise « *as is* ». <sup>30</sup> Enfin, les licences prévoient généralement une clause d'exclusion ou de limitation de responsabilité, <sup>31</sup> ce qui n'est pas valable dans toutes les juridictions, en particulier en droit suisse pour les cas de dol ou de faute grave (art. 100 CO). <sup>32</sup> Ainsi, l'auteur primaire ou dérivé qui intègre sciemment des œuvres en violation de droit d'auteur pourrait engager sa responsabilité envers la victime de la violation des droits d'auteur, ce nonobstant la clause d'exclusion.

Sous l'angle de la responsabilité délictuelle (art. 41 CO), on peut imaginer que des tiers s'estimant lésés par l'objet de la licence souhaitent agir contre l'utilisateur d'une licence libre, d'autant que la clause d'exclusion de responsabilité ne leur est pas opposable. La condition de causalité peut être toutefois difficile à établir, voire interrompue du fait que

permettons de renvoyer aux références cités à *Benhamou/Tran* (n. 4), Nous ajouterons également que les licences libres contiennent des éléments contractuels typiques (p.ex. étendue de la licence et questions de responsabilité) et que la validité des licences a été reconnue par de nombreux tribunaux, notamment en France, en Allemagne et aux États-Unis. Pour des références, cf. *Fröhlich-Bleuler* (n. 14), 4. Pour un exemple récent, TGI de Paris, 3<sup>e</sup> ch. 3<sup>e</sup> section du 21 juin 2019 reconnaissant la licence libre GNU-GPL comme contrat (d'adhésion). En Suisse, on mentionnera l'arrêt AppGer Bâle-ville, 20 mai 2016, ZK.2015.9, sic! 2016, 594 («*Panoramabild*») à propos d'une violation des termes de la licence libre Wikimedia pour la reprise d'une photographie de Wikimedia sans autorisation ni mention de l'auteur, même si aucun arrêt à notre connaissance ne s'est prononcé sur la nature et la validité des licences libres sous l'angle du droit suisse.

<sup>30</sup> Avec les logiciels libres, la documentation contient parfois une garantie implicite que le logiciel est *fit-for-purpose*. Dans le domaine des cryptomonnaies, la documentation indique même que les codes ont été audités par une firme indépendante.

<sup>31</sup> P.ex. licence Creative Commons ou la licence MIT, indiquant que la licence est offerte telle quelle, qu'elle ne garantit pas la non-violation à des DPI de tiers et/ou qu'elle exclut la responsabilité de dommage causé à des tiers.

<sup>32</sup> Ce qui explique la réserve de licence Creative Commons (art. 5 let. b «*Lorsqu'une exclusion de responsabilité n'est pas autorisée en tout ou partie, cette clause peut ne pas vous être applicable*»). Pour des références au droit comparé, cf. *Dulong de Rosnay* (n. 14), 101 ss, rappelant d'autres législations empêchant de telles exclusions, telles que la protection des consommateurs et le droit des contrats.

l'auteur ne s'adresse pas à un utilisateur en particulier et peut ignorer si l'objet peut porter préjudice, excluant ainsi la responsabilité délictuelle de l'auteur. <sup>33</sup>

En conclusion, si les licences libres sont considérées comme un outil de travail collaboratif, et non un moyen caché de mettre à disposition du consommateur un produit fini, les donneurs de licences libres peuvent quand même engager leurs responsabilités. Il est donc intéressant qu'ils gardent à l'esprit les conditions de responsabilité lorsqu'ils recourent à de tels instruments.

#### 1.4 Limites liées au droit moral

Les licences libres accordent généralement à l'avance, à un nombre indéterminé d'utilisateurs, le droit de modifier l'œuvre initiale sans devoir demander au préalable la permission au donneur de licence. Elles sont par ailleurs irrévocables, de sorte que l'auteur n'a plus de contrôle sur les copies de l'œuvre, une fois cette mise à disposition effectuée. <sup>34</sup>

Il s'agit d'une sorte de renoncement de l'auteur à exercer ses droits, notamment le droit moral sur l'œuvre et de modifier les conditions de la licence, ce qui n'est pas valable dans toutes les juridictions, dont celles consacrant l'incessibilité des droits moraux et l'interdiction des engagements excessifs. <sup>35</sup> Cette in-

<sup>33</sup> Alternativement à la responsabilité délictuelle, on pourrait imaginer appliquer une responsabilité pour création d'un état de fait dangereux lorsque l'objet de la licence est destiné à des usages spécifiquement dangereux (p.ex. logiciel permettant le guidage de voitures autonomes ou l'impression de fichiers 3D, tels que des armes ou autres objets dangereux) ou une responsabilité pour défauts de la chose au sens de la LRFP. Pour une analyse de la responsabilité au sens de la LRFP et des difficultés à l'appliquer aux systèmes d'intelligence artificielle, cf. *Yaniv Benhamou/Justine Ferland*, *Artificial Intelligence & Damages: Assessing Liability and Calculating the Damages*, in: *D'Agostino/Gaon/Piovesan* (éd.), *Leading Legal Disruption: Artificial Intelligence and a Toolkit for Lawyers and the Law*, Montréal 2021, 165 ss.

<sup>34</sup> *Jaccard/Cellina* (n. 14), p. 236 ; *Jane C. Ginsburg*, *Author's transfer and license contracts under U.S. copyright law*, in: *de Werra* (éd.), *Research handbook on intellectual property licensing*, Cheltenham, Northampton 2013, 3 ss.

<sup>35</sup> Ce même en présence d'un élément d'extranéité suivant les juridictions, ainsi qu'il a été jugé en France par la Cour de cassation dans l'affaire «*Asphalt Jungle*» (Civ. 1<sup>ère</sup> 28 mai 1991 Grands Arrêts de la Propriété Intellectuelle D. 2004, comm. 11), cf. *Bénabou/Farchy* (n. 20), 26.

cessibilité et interdiction font que la cession des droits moraux respectivement la cession à l'avance et de façon forfaitaire de tous les droits d'auteur sur l'ensemble de ses œuvres futures sont considérées comme une atteinte à la personnalité.<sup>36</sup> Au contraire, l'auteur devrait avoir la possibilité de revenir à tout moment sur ses engagements. Ces difficultés propres aux licences libres causées par l'incessibilité et l'interdiction des engagements excessifs ont poussé au lancement d'initiatives nationales visant à développer des systèmes de licences libres mieux adaptées aux caractéristiques de plusieurs législations nationales. En particulier, l'un des objectifs poursuivi est d'assurer un usage des licences libres respectueux de l'intégrité des droits moraux, dans la mesure où ils existent, lequel permettrait cependant les utilisations de l'œuvre dans des moyens envisagés par la licence et qui autrement, pourraient violer les droits moraux.<sup>37</sup> Un tel système est conçu pour minimiser l'effet des droits moraux sur la capacité des titulaires de licence d'utiliser l'œuvre, et de veiller à ce que la licence fonctionne comme prévu à l'international. L'auteur conserve par ailleurs son droit à être reconnu comme titulaire des droits d'auteur, ce qui permet de respecter le droit de paternité.<sup>38</sup>

Ainsi, en droit suisse, bien que les licences libres ne s'étendent pas aux droits moraux, l'auteur renonce à faire valoir certains droits, sans pour autant renoncer à leur titularité dans les limites de l'art. 27 al. 2 CC

<sup>36</sup> Au sujet de l'interdiction des engagements excessifs, cf. *Sylvain Marchand*, in : Pichonnaz/Foëx (éd.), *Commentaire Romand – Code civil, Bâle 2010* (cité : CR CC I-Auteur), CC 27 N 14, et les références citées dont les critères permettant de déterminer le caractère excessif de l'engagement, notamment son intensité, sa durée, son objet, ou son caractère indéterminé ; *Benhamou/Tran* (n. 4), citant comme exemple le fait pour un auteur de céder contractuellement à l'avance et de façon forfaitaire tous ses droits d'auteur sur l'ensemble de ses œuvres futures sont considérés comme des engagements excessifs. Au sujet de l'incessibilité des droits moraux, cf. CR PI-de Werra (n. 24), LDA 16 N 19, rappelant que l'existence ou l'étendue de cette incessibilité est toutefois controversée, certains considérant les droits moraux comme incessibles, d'autres proposant de distinguer le noyau dur du droit moral correspondant à la protection du droit de la personnalité (qui est incessible) de la sphère extérieure du droit moral (qui est cessible).

<sup>37</sup> *Lionel Maurel*, *Creative Commons en bibliothèque : vers une alternative juridique ?*, in : *Bulletin des bibliothèques de France (BBF) 2007*, 69–75.

<sup>38</sup> Cf. *Licence CC BY 4.0*, art. 2 let. b ch. 1.

qui protège contre un engagement excessif et de l'art. 11 al. 2 LDA qui garantit l'intégrité de l'œuvre.<sup>39</sup> Cela suppose d'offrir à l'auteur un droit d'*opt-out* afin d'être conforme aux droits moraux et de la personnalité, en particulier afin qu'il puisse s'opposer à une altération contraire à sa personnalité, dès lors qu'il considère *in concreto* que l'usage de l'œuvre est dénaturant.<sup>40</sup> A supposer qu'un auteur désire s'opposer à une altération et revenir sur son engagement, l'exercice de cette prérogative se révèle toutefois difficile à mettre en pratique. D'abord, l'hypothèse du retour des exemplaires commercialisés semble irréaliste, voire impossible, dans le contexte d'une diffusion numérique. Ensuite, le droit de revenir sur son engagement contredit l'autorisation donnée aux tiers d'utiliser, modifier et diffuser l'œuvre. Comme solution, l'exercice de ce droit de retrait pourrait être conditionné à un dédommagement préalable de tous ceux qui subiraient un préjudice du fait du retrait.<sup>41</sup>

## 2. Données protégées par la protection des données

### 2.1 Extension du modèle des licences libres sur les données personnelles ?

Les données personnelles sont utilisées partout pour nourrir les systèmes d'intelligence artificielle (p.ex. l'utilisation des captcha citée précédemment)<sup>42</sup>. Elles sont souvent transférées par les internautes directement ou par des tiers (p.ex. *Data Broker*) par le biais de licence sur les données personnelles, soit par un consentement sur l'utilisation temporaire du droit respectivement par une renonciation à se prévaloir de la protection durant la période contractuelle.<sup>43</sup> Se

<sup>39</sup> *Jaccard/Cellina* (n. 14), p. 236.

<sup>40</sup> Cf. *Benabou/Farchy* (n. 20), p. 27.

<sup>41</sup> Cf. *Benabou/Farchy* (n. 20), 28, indiquant que ces modalités (coûts de transaction et dédommagement) sont de nature à neutraliser l'exercice du droit de retrait. Par ailleurs, si le retrait émane d'un auteur d'une œuvre seconde, ce retrait ne saurait avoir d'influence sur le destin des œuvres en amont.

<sup>42</sup> Les données personnelles sont « toutes les informations qui se rapportent une personne identifiée ou identifiable » au sens de l'art. 3 let. a de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 253.1). Cf. également l'art. 5 let. a de la Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (nLPD).

<sup>43</sup> *Julien Rouvinez*, *La licence des droits de la personnalité*, Thèse Lausanne, Lausanne 2011, N 170. Pour une analyse



pose alors la question de savoir s'il est possible d'appliquer les mêmes mécanismes de licence libre aux données personnelles, ce qui permettrait une meilleure circulation d'une part et un meilleur contrôle des individus d'autre part, ceux-ci pouvant déterminer les conditions d'accès et d'utilisation de leurs données. Il existe des efforts de standardisation de licences en matière de droit d'auteur avec les licences libres et en matière de données non personnelles avec des modèles de contrats pour l'échange de données techniques entre entreprises.<sup>44</sup> En matière de données personnelles, il n'existe toutefois à notre connaissance pas d'initiative de standardisation de licences applicables à tous types de données personnelles, de sorte qu'il est intéressant d'explorer cette piste, en s'inspirant des licences libres existantes.<sup>45</sup>

approfondie des contrats de commercialisation des données personnelles, cf. *Cellina* (n. 29), 158–160 qui distingue entre la licence proprement dite lorsque le responsable du traitement collecte lui-même les données et une licence improprement lorsque le responsable du traitement traite les données en l'absence d'une licence proprement dite ou pour les cas où les données proviennent d'une collecte indirecte.

<sup>44</sup> P.ex. IGE (n. 1), 6, et les modèles de contrats de transfert, d'abonnement ou d'échange, disponible sous <<https://www.ige.ch/fr/propriete-intellectuelle/pi-et-societe/traitement-et-securite-des-donnees>> (29.6.2021). Cf. aussi les contrats-modèles de Microsoft, Microsoft, Removing Barriers to Data Innovation, <<https://news.microsoft.com/datainnovation>> (29.6.2021), et le «Montreal Data License», cf. *Benjamin Misha/Paul Gagnon/Negar Rostamzadeh/Chris Pa/Yoshua Bengio/Alex Shee*, Towards Standardization of Data Licenses : The Montreal Data License, 2019, <<https://arxiv.org/pdf/1903.12262.pdf>>.

<sup>45</sup> On mentionnera toutefois des efforts de standardisation de licence en matière de données de santé entre patients et responsable de traitement (dans le cadre d'une coopérative), <<https://www.saluscoop.org/licencia>> (29.6.2021) et entre prestataires (preneurs et sous-preneurs de licence) <<https://sphn.ch/services/dtua/>> (29.6.2021), ainsi qu'en matière de données urbaines, (cf. «Données métropolitaines pour le Grand Lyon», <<https://download.data.grandlyon.com/files/grandlyon/LicenceEngagee.pdf>>) (29.6.2021), et de données de consommateurs (cf. <<https://customercommons.org/>>) (29.6.2021). On mentionnera également des initiatives de standardisation en matière d'informations à fournir aux individus («privacy icons») telles que <<https://privacy-icons.ch/fr/contact/>> (29.6.2021) en Suisse et <[https://cyber.harvard.edu/i4bi/Privacy\\_Icons](https://cyber.harvard.edu/i4bi/Privacy_Icons)> (29.6.2021) à l'étranger, afin de rétablir un déficit d'information à l'égard des personnes concernées, étant précisé que de telles initiatives découlent directement de la loi (cf. art. 12.1 RGPD imposant de four-

D'emblée, il faut préciser que les termes des licences sur les données personnelles sont généralement proposés (imposés) de manière standardisée directement par les prestataires de la collecte qui fournissent des services en retour, ce qui revient à laisser le preneur de licence (le prestataire) imposer ses conditions au donneur de licence (la personne concernée). Il s'agirait alors d'inverser le mécanisme et de laisser le donneur de licence indiquer ses propres conditions d'accès et d'utilisation de ses données personnelles. Le donneur de licence pourrait alors recourir à des licences standardisées qu'il indiquerait avant toute fourniture de ses données en échange de services avec des tiers, en lieu et place de licences individuelles *ad hoc*. Afin d'en garantir leur promotion, il serait par ailleurs important de combiner ces mécanismes contractuels avec une structure corporatiste<sup>46</sup>. A supposer qu'une telle standardisation s'impose, on peut imaginer aussi que les prestataires adhèrent volontairement à ces licences standardisées et l'indiquent sur leur site.

Les caractéristiques communes des licences libres applicables aux droits d'auteur semblent en effet s'appliquer *mutatis mutandis* aux données personnelles : dans les deux cas, l'objet de la licence est un droit subjectif absolu (droit d'auteur, protection des données personnelles).<sup>47</sup> Les termes sont attachés à l'objet qui permettent ainsi de suivre l'objet et d'étendre les droits contractuels à tout utilisateur.<sup>48</sup> Dans la chaîne contractuelle, cela créerait une relation contractuelle entre la personne concernée et tout utilisateur en aval et, au cas où un utilisateur modifie ou fait un apport à la donnée initiale, une relation contractuelle additionnelle entre cet utilisateur et les utilisateurs en aval. Cela renforcerait ainsi la position des personnes concernées qui pourraient

nir l'information d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples, et art. 12.7 RGPD indiquant que l'information peut être fournie de manière standardisée sous forme d'icônes). Plus généralement, cf. *Zohar Efroni/Jakob Metzger/Lena Mischau/Marie Schirmbeck*, Privacy Icons : A Risk-Based Approach to Visualisation of Data Processing, *European Data Protection Law Review* 2019, 352 ss; *Paul Jurcys/Chris Donewald/Jure Globocnik/Markus Lampinen*, My data, my terms : a proposal for personal data use licenses, *Harvard Journal of Law & Technology* 2020, 13.

<sup>46</sup> Cf. ci-dessous III.

<sup>47</sup> *Benhamou/Tran* (n. 4), 579.

<sup>48</sup> Cf. ci-dessus I.1.1.

non seulement déterminer leurs propres conditions d'utilisation mais aussi les faire respecter et agir à l'égard de tout utilisateur pour non-respect des droits contractuels. En effet, s'agissant des questions de responsabilité à l'égard des utilisateurs, en cas de non-respect des conditions de la licence, la personne concernée peut faire valoir une violation délictuelle ou des termes contractuels.<sup>49</sup>

Les termes de la licence pourront s'inspirer des licences libres, par exemple la licence *Creative Commons* et prévoir : (i) un préambule indiquant que le donneur de licence (personne concernée ou fournisseur des données personnelles) doit s'assurer d'avoir obtenu préalablement tous les droits nécessaires à la licence et que la licence ne limite pas d'éventuelles exceptions qui pourraient entrer en ligne de compte et autoriser davantage d'utilisations que celles visées par la licence ; (ii) des définitions ; (iii) une exclusion de responsabilité ; et (iv) les conditions d'utilisation de la licence. Celles-ci pourront prévoir que les données personnelles peuvent être stockées, copiées et partagées sous la même licence (incluant ou non la possibilité de les enrichir, les corréliser pour en créer des données dérivée), la durée, les supports, les droits de l'utilisateur en aval auxquels les termes de la licence s'appliquent directement, la gratuité ou le principe de monétisation des données, l'anonymisation complète ou partielle, et l'identification des personnes autorisées à accéder aux données.<sup>50</sup> Il s'agira enfin et surtout d'inclure la réserve des droits de la personnalité (à l'instar de la licence *Creative Commons* à propos de la réserve des droits moraux) et de

prévoir un système d'*opt-out* du donneur de licence en cas de retrait du consentement à l'utilisation de ses données.<sup>51</sup>

## 2.2 Limites liées au droit à l'auto-détermination informationnelle

Reste la question d'irrévocabilité des droits de la personnalité, sachant que la personne concernée dispose d'un droit de retirer son consentement en tout temps. Plus spécifiquement, on peut parler de l'incessibilité du droit à l'autodétermination informationnelle, lequel recouvre les droits de contrôle des utilisateurs, dont le droit d'accès, de rectification, d'effacement, d'intégrité et de retirer son consentement en tout temps.<sup>52</sup> A notre avis, il faut encore ajouter une troisième limite, à savoir l'incessibilité des données personnelles de base intimement liées à la personne (p.ex. nom, prénom et données sensibles, telles que les données de santé ou de la sphère intime), par opposition aux données personnelles ordinaires qui sont cessibles (p.ex. textes et photographies).<sup>53</sup>

Cette irrévocabilité n'est pas inconnue des licences libres du droit d'auteur qui sont limitées par l'incessibilité des droits moraux et l'interdiction des engagements excessifs.<sup>54</sup> De même que pour les droits d'auteur permettant à l'auteur de renoncer à ses droits moraux dans une certaine mesure, avec les données personnelles la personne concernée peut céder de façon irrévocable certains droits de la personnalité. Par ailleurs, de même que pour les droits d'auteur permettant à l'auteur de s'opposer à toute utili-

<sup>49</sup> Cf. ci-dessus I.1.2. Cf. aussi *Cellina/Jaccard* (n. 14), 236, à propos des licences *Creative Commons* («en cas de violation des conditions de la licence par l'utilisateur, l'auteur pourra faire valoir ses droits qui d'ailleurs ne coulent pas seulement du droit d'auteur, mais aussi des termes de la licence que l'utilisateur a accepté»).

<sup>50</sup> Pour des propositions de termes à inclure dans une licence portant sur les données personnelles, cf. *Jurcys/Donewald/Globocnik/Lampinen* (n. 45), 11 ss ; sur les données non-personnelles, cf. *Contrats Modèles de partage de données techniques du 31 août 2020* proposés par id est avocats à l'IGE ; sur les données urbaines incluant à la fois des données personnelles et non personnelles, cf. *Licence engagée pour les «Données métropolitaines pour le Grand Lyon»* <<https://download.data.grandlyon.com/files/grandlyon/LicenceEngagee.pdf>> (29.6.2021) dont l'art. 9 porte sur les données personnelles et contient une obligation d'anonymisation et une interdiction de recoupement d'informations permettant de reconstituer des données personnelles.

<sup>51</sup> Cf. ci-dessous II.2.2.

<sup>52</sup> *Cellina* (n. 29), 257 ; *Benhamou/Tran* (n. 4), 579, rappelant que cette irrévocabilité a été relativisée dans un arrêt du Tribunal fédéral (ATF 136 III 401) ayant admis la cession irrévocable des droits à l'image d'un mannequin sur ses photos, au motif qu'il s'agissait de «biens de la personnalité qui ne font pas partie du noyau intangible de l'essence humaine (p.ex. le nom, la voix ou l'image vu l'importance prise ces dernières décennies de leur commercialisation)». Précisons encore que, à supposer que les licences libres soient considérées comme un motif justificatif à une atteinte à la personnalité en tant que les données seraient rendues publiquement accessibles à tout utilisateur (art. 30 al. 3 nLPD ; art. 12 al. 3 LPD), l'*opt-out* semble toujours possible puisque la révocation signifierait que la personne s'oppose au traitement et rendrait ainsi inapplicable le motif justificatif.

<sup>53</sup> *Benhamou/Tran* (n. 4), 579.

<sup>54</sup> Cf. ci-dessus II.1.4.

sation dénaturant l'œuvre ou de revenir sur son consentement, avec les données personnelles la personne concernée peut s'opposer à toute utilisation préjudiciable ou revenir sur son consentement et demander la suppression de ses données (*opt-out*).

Le défi sera alors pratique. A supposer qu'une personne concernée désire revenir sur son consentement, l'exercice de cette prérogative se révélera difficile dans les faits, la même donnée pouvant être partagée à une multitude d'acteurs concernés.<sup>55</sup> Comme solution, il serait intéressant d'incorporer à l'objet de la licence un code informatique qui permettrait de retracer tout usage des données et, cas échéant, d'admettre que les preneurs de licence continuent d'utiliser les données recueillies jusqu'au moment du retrait du consentement. Par ailleurs, ce retrait contredit l'autorisation donnée aux tiers d'utiliser, de modifier et diffuser les données et revient ainsi à violer le contrat de licence portant sur les données conclu entre le preneur et le donneur de licence. Comme solution, l'exercice de ce droit de retrait pourrait être conditionné à un dédommagement préalable de tous ceux qui subiraient un préjudice du fait du retrait, sauf à l'égard des données intimement liées à la personne qui sont incessibles. Comme solution, il serait enfin intéressant de recourir à une structure corporatiste qui serait chargée de faire respecter les droits de ses membres, dont les demandes de révocation, ce qui justifie de promouvoir les licences libres avec de telles structures corporatistes comme nous le proposons plus bas.<sup>56</sup>

### 2.3 Mise en œuvre de l'altruisme des données

Ce mécanisme permettrait de mettre en œuvre le concept d'altruisme des données, dont l'idée est d'in-

citer les individus à partager volontairement leurs «données d'intérêt général» moyennant la garantie que ces données ne seront traitées que pour le «bien commun» (p.ex. pour la recherche scientifique ou l'amélioration des services publics).<sup>57</sup> Cette idée a été réaffirmée par les autorités européennes avec l'émergence de nouvelles «organisations altruistes», soumises à un régime d'enregistrement et qui proposeront notamment un formulaire européen commun de consentement.<sup>58</sup>

L'idée s'inspire du domaine de la santé. Dans le système de la loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH)<sup>59</sup>, la recherche médicale sur des données préexistantes admet un consentement général et présumé à l'égard des données non génétiques codées<sup>60</sup> que plusieurs experts proposent d'étendre à d'autres

<sup>57</sup> Cf. *Gloria González Fuster*, La chronique Carta Academica – L'altruisme des données peut-il sauver le monde?, 2021, <<https://plus.lesoir.be/367657/article/2021-04-24/la-chronique-carta-academica-laltruisme-des-donnees-peut-il-sauver-le-monde>> (29.6.2021).

<sup>58</sup> Cf. Proposition européenne de règlement sur la gouvernance des données (acte sur la gouvernance des données) du 25 novembre 2020. L'altruisme des données est encore très critiqué car il sous-entend que le fait de ne pas acquiescer au partage relèverait de «l'égoïsme» et que nous serions tous égaux face aux choix concernant nos données. Pourtant, il existe de grandes disparités quant au niveau de connaissance de la protection des données (selon une étude, 1 personne sur 4 affirmait avoir entendu parler du RGPD en Belgique, et seulement 1 sur 50 de personnes au foyer), ce qui risque de conduire à des problèmes de représentativité lorsque seule une partie de la population désirera partager ses données. Cf. *González Fuster* (n. 57), et les références citées.

<sup>59</sup> Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain (LRH; RS 810.30)

<sup>60</sup> *Valérie Junod/Bernice Elger*, Données codées, non-codées ou anonymes: des choix compliqués dans la recherche médicale rétrospective, Jusletter 10 décembre 2018, 4, étant précisé qu'en général pour les données de recherches médicales il existe aussi la possibilité de déroger au consentement, en demandant à la commission d'éthique d'accorder un *waiver* lorsque les exigences légales sont remplies (p.ex. lorsque le nombre de sujets de recherche à contacter est élevé). Plusieurs projets appliquent un consentement général, p.ex. dans les hôpitaux à l'initiative de Swissethics et de l'Académie suisse des sciences médicales (ASSM), en invitant leurs patients à signer un formulaire par lequel ils consentent à la recherche médicale (consentement général et prospectif «à des fins de recherche»).

<sup>55</sup> Ce défi pratique explique pourquoi, en matière de recherche médicale, les institutions médicales continuent souvent d'utiliser les données même après la révocation du consentement, ce sur la base des assouplissements à l'*opt-out*: en cas de révocation du consentement, les données doivent être anonymisées sauf s'il est évident depuis le début du projet de recherche qu'une anonymisation n'est pas possible, cf. art. 10 de l'Ordonnance du 20 septembre 2013 relative à la recherche sur l'être humain à l'exception des essais cliniques (ORH; RS 810.310); Modèle de Swissethics pour l'élaboration d'une feuille d'information écrite à remettre pour les études impliquant des personnes conformément à la LRH/l'ORH, version 2.4 du 6 novembre 2018, 9.

<sup>56</sup> Cf. ci-dessous III.

types de données et de recherches médicales<sup>61</sup> en consignnant les éventuelles objections au consentement dans un registre. Cette idée se rapproche également de celle aménagée en matière de don d'organes et d'enregistrement des maladies oncologiques avec un droit d'*opt-out* pour les patients qui refusent la communication de leurs données médicales aux différents registres à des fins d'analyse épidémiologique.<sup>62</sup>

Les licences libres permettraient ainsi d'étendre l'altruisme des données dans tout autre domaine n'ayant pas d'organisation de gestion des données et des consentements, voire de décentraliser cette gestion, en laissant les individus déterminer sous quelles conditions partager leurs données.

### 3. Ensembles de données mixtes

Avec les licences libres, on observe une multiplication des relations contractuelles correspondant au nombre d'utilisations et de modifications, ce qui crée un risque d'interdépendance entre les utilisateurs. Les utilisateurs ne bénéficient en effet pas d'un droit exclusif opposable à tous, mais seulement d'un droit d'usage sur la donnée d'autrui concédé par la licence libre.<sup>63</sup> On observe également une multiplication des types de licences en raison de la variété des versions nationales conçues pour tenir compte des spécificités locales, de la fragmentation des licences en fonction de l'objet pouvant être soumis différents régimes juridiques, ou encore en raison de philosophies différentes des licences.<sup>64</sup> Ainsi, les systèmes se sont créés de manière séparée sans résoudre la question de leur intégration aux autres dispositifs. Des tentatives de

rapprochement sont en cours entre différentes licences mais le fait qu'elles obéissent à des logiques parfois radicalement différentes et procèdent de traditions juridiques éclatées voire opposées rend l'exercice ardu.<sup>65</sup>

En dépit de ces difficultés, la convergence des licences doit être favorisée afin d'assurer la combinaison des licences (interopérabilité), en particulier lorsqu'un objet sous une licence *A* est intégré à un objet sous licence *B*. En cas d'application cumulative de droit d'auteur et de la protection des données personnelles, une solution est d'opérer un tri entre les différents objets et appliquer les différents fondements légaux et termes contractuels à chaque objet de la licence pris séparément. Si les objets de la licence sont indissociables au point de rendre le tri impossible, une solution est d'appliquer la protection des données personnelles à l'ensemble de l'objet par un phénomène d'absorption de la protection des données, notamment au vu de la nature personnelle et incessible des données personnelles.<sup>66</sup> En cas de demande de retrait par le donneur de licence (*opt-out*), une solution est de reconnaître l'intérêt des utilisateurs à continuer à utiliser la donnée afin de tenir compte de son engagement à partager sa donnée à un nombre indéterminé d'utilisateurs, sauf s'il s'agit de données intimement liées à la personne auquel cas le droit *opt-out* doit être garanti et absolu. En d'autres termes, un réel droit indépendant des utilisateurs dérivés de continuer à utiliser la donnée, ou au moins leur intérêt à empêcher le donneur de licence de résilier le contrat de licence.<sup>67</sup> En outre, pour tenir compte des spécificités nationales, une solution est l'insertion d'une réserve typique du droit national, en particu-

<sup>61</sup> Junod/Elger (n. 60), 19, justifiant une telle extension aux motifs que les recherches sont dans l'intérêt public d'amélioration des soins, que le risque pour les sujets est réduit et qu'une procédure *opt-in* permet de toute façon rarement aux sujets de comprendre l'étendue de l'utilisation de leurs données.

<sup>62</sup> Junod/Elger (n. 60), 23, et les références citées.

<sup>63</sup> Dussolier (n. 14), 50.

<sup>64</sup> Certaines licences étant plus restrictives que d'autres (p.ex. la licence CC BY étant la moins restrictive et la CC BY-ND-NC la plus restrictive) ou encore certaines licences ayant un caractère « impérialiste » et évinçant toute possibilité de concurrence de licences originaires d'autres écoles. Cf. Bénabou/Farchy (n. 20), 35, indiquant que cela s'oppose au souci d'universalité des licences libres et rend difficile la détermination du droit applicable et de la compétence juridictionnelle.

<sup>65</sup> Bénabou/Farchy (n. 20), 35.

<sup>66</sup> Cette solution de protection des données « par défaut » est préconisée par le Régulateur européen, cf. Commission européenne, Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, 2019, § 2.2; Yaniv Benhamou, Big Data and the Law: a holistic analysis based on a three-step approach – Mapping property-like rights, their exceptions and licensing practices, RSDA 2020, 393 ss, 414, comparant cette situation avec l'effet « contaminant » des licences la licence GNU GPL qui soumettent l'ensemble du logiciel à la licence libre lorsqu'un bout de code sous licence libre est inséré dans un logiciel propriétaire.

<sup>67</sup> De Werra (n. 4), 194, citant BGH, GRUR 2009, 946, « *Reife Progressiv* » et TF 4A\_598/2012 du 19.3.2013, c. 5.5, sic! 2013, 603 ss; Benhamou/Tran (n. 4), 590.

lier concernant l'incessibilité des droits moraux et de l'auto-détermination informationnelle.<sup>68</sup> Enfin s'agissant de la multiplication des types de licences, cette difficulté pourrait être résolue par l'insertion d'une clause acceptant que les dérivés puissent être licenciés non seulement sous la même licence mais aussi sous d'autres licences reconnues expressément comme compatibles.<sup>69</sup>

### III. Gestion collective à travers des fiducies des données (*Data Trust*)

#### 1. Introduction et tentative de définition

Les modèles de licences libres exposés ci-avant pourraient être combinés avec une gouvernance collective des données, notamment pour améliorer leur efficacité et mise en œuvre, dont l'*opt-out* du donneur de licence. On parle aujourd'hui beaucoup de fiducies de données (*Data Trust*) comme nouveau modèle de gouvernance des données, de mise en commun et de partage des données, afin de renforcer le contrôle des individus et la protection de leurs données ainsi que l'équilibre entre le pouvoir des entreprises et celui du public.<sup>70</sup> Pour être efficaces, ces modèles devront être toutefois encore définis et adaptés aux différents types de données et attentes des individus concernés,

sachant qu'ils ne font pas l'objet d'une définition unique et peuvent recouvrir plusieurs réalités.<sup>71</sup>

Le *data trust* est souvent comparé au *trust* du fait de leurs similitudes. Le *trust* est un moyen juridique de gérer les droits relatifs à un objet au profit d'une autre personne. Il peut se définir comme un acte unilatéral d'un constituant (le *settlor*), qui transfère la propriété d'actifs (le *trust fund*) à une autre personne (le *trustee*).<sup>72</sup> Le *data trust* peut être défini comme une «*structure juridique fournissant des services indépendants de gestion des données*». <sup>73</sup> Comme le *trust*, le *data trust* commence par un «*actif*» (p.ex. données) qu'un constituant (p.ex. organisation ou individu) transfère à une fiducie (p.ex. organisation ou individu chargé de gérer les données dans l'intérêt primordial des bénéficiaires) au profit d'un bénéficiaire (p.ex. personne ou groupe de personne), dont l'objectif et les modalités sont fixés par l'acte de fiducie.<sup>74</sup> Selon l'Open Data Institute, le *data trust* doit disposer des caractéristiques suivantes : une structure juridique, un objectif clair quant à la gestion des données, certains droits et obligations sur les données gérées, un processus décisionnel, une description du mode de répartition des bénéfices et un financement durable.<sup>75</sup> Selon Element AI (fournisseur de produits IA) et Nesta (fondation de recherche), une fiducie des données doit par ailleurs être inclusive et flexible, ce qui plaide pour que le constituant soit aussi bénéficiaire (à savoir le constituant-bénéficiaire) et que le transfert soit facilité (à savoir le droit de transférer et de partager les données au nom des bénéficiaires

<sup>68</sup> Cette solution est déjà préconisée avec les licences Creative Commons (art. 2 let. b ch. 1) : «*Les droits moraux, tel que le droit à l'intégrité de l'oeuvre, ne sont pas accordés par la présente Licence publique, ni le droit à l'image, ni le droit au respect de la vie privée, ni aucun autre droit de la personnalité ou apparenté; cependant, dans la mesure du possible, le Donneur de licence renonce et/ou accepte de ne pas faire valoir les droits qu'il détient de manière à Vous permettre d'exercer les Droits accordés par la licence*».

<sup>69</sup> Dulong de Rosnay (n. 14), 81.

<sup>70</sup> Cf. Element AI/Nesta, Fiducies de Données. Un nouvel outil pour la gouvernance des données, Livre blanc, 2019, 9, indiquant que les modèles actuels comportent de nombreuses lacunes : (i) les utilisateurs ne disposent d'aucun pouvoir de négociation des conditions d'utilisation prévoyant une utilisation accrue de leurs données, auxquelles ils consentent aveuglément sans en saisir la portée et (ii) les entreprises méconnaissent souvent ou préfèrent ne pas révéler tous les usages des données. Selon plusieurs études, 1% des politiques de confidentialité sont compréhensibles pour les détenteurs d'un diplôme d'études secondaires et il faudrait 244 heures à l'utilisateur moyen pour lire l'intégralité des politiques de confidentialité des sites qu'il visite annuellement.

<sup>71</sup> Parmi les attentes, il s'agira de sensibiliser le public sur les avantages des *data trusts* et tenir compte notamment d'objectifs et de niveaux d'administration variables, reflétant leurs valeurs et leurs préférences en matière de respect de la vie privée. Cf. Element AI/Nesta (n. 70), 15.

<sup>72</sup> Cf. Guillaume Grisel, Le trust en Suisse, Zurich 2020, 3.

<sup>73</sup> Open Data Institute (ODI), Data trusts : lessons from three pilots, Rapport publié le 15 Avril 2019 <<https://theodi.org/article/odi-data-trusts-report/>> (29.6.2021).

<sup>74</sup> Element AI/Nesta (n. 70), 17 ; Grisel (n. 72), citant l'art. 2 de la Convention conclue le 1<sup>er</sup> juillet 1985 relative à la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (CLH Trust ; RS 0.221.371) (le «*trust vise les relations juridiques créées par une personne, le constituant – par acte entre vifs ou à cause de mort – lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé*»).

<sup>75</sup> ODI (n. 73).



avec d'autres fiduciaires ou entités).<sup>76</sup> Le *data trust* peut toutefois prendre différentes structures juridiques, plus ou moins proches du concept de *trust*, dont le choix dépendra du contexte et des objectifs poursuivis. Avant de réfléchir à une structure juridique appropriée en droit suisse, il est utile de se baser sur des expériences concrètes pour comprendre les facteurs de succès d'une fiducie.

## 2. Facteurs de succès d'un *data trust* sur la base de projets pilotes

Plusieurs modèles de gouvernance collaborative ont été récemment expérimentés dans le cadre de projets pilotes. Ceux-ci ont permis de déterminer les facteurs de succès, dont les attentes des constituants et des utilisateurs externes envers la fiducie ainsi que les critères de viabilité d'une fiducie, comprenant notamment la structure juridique et le processus décisionnel.

En matière de villes intelligentes (*smart city*), plusieurs projets de gouvernance des données commencent à émerger, dont l'objectif est d'améliorer l'environnement urbain (p.ex. réduire la pollution et/ou améliorer les services de transport), en collectant des « données urbaines » (p.ex. données liées à l'environnement et aux comportements des individus). A titre d'exemples, on mentionnera Sidewalk Labs, filiale de Google, qui a remporté en 2017 un appel d'offre de la ville de Toronto pour faire du quartier de Quayside le début d'une *smart city*.<sup>77</sup> Ce projet a suscité des critiques de la population craignant la privatisation de l'espace public, l'omniprésence des capteurs dans la ville et l'utilisation des données qui en résulterait. Tenant compte de ces critiques, Sidewalk Labs a examiné différents modèles de gouvernance, dont la mise en commun de données sous forme de société simple et de coopératives pour finalement proposer une « fiducie dépositaire des données urbaines » (*Civic Data Trust*), une entité indépendante (en partenariat public-privé). En raison des critiques persistantes, la Ville a finalement opté pour un organisme gouvernemental qui doit approuver et contrôler la collecte des données et l'accès aux informations

sans octroyer d'accès privilégié à Sidewalk Labs.<sup>78</sup> Ce projet confirme la nécessité de bâtir un modèle de gouvernance reconnaissant la pluralité des intérêts (ceux des autorités, des entreprises, des citoyens et du public) et renforçant la confiance du public avec une approche ascendante et une gouvernance claire.<sup>79</sup> Comme autre exemple, on mentionnera l'Open Data Institute qui a étudié des modèles de *data trust* dans trois contextes différents (données urbaines, de santé, de plateformes en ligne)<sup>80</sup> et permis d'identifier les facteurs d'adhésion : l'importance de la confidentialité qui peut varier selon les préférences personnelles et les secteurs concernés ; l'importance des égalités sociales qui peuvent être renforcées grâce à l'inclusion et la représentativité au sein des organes ; l'importance de la transparence qui peut être favorisée en soumettant la fiducie à des lois sur l'accès à l'information ou à des régimes d'autorisation ; l'importance des valeurs véhiculées par la fiducie et des modalités de collecte (p.ex. intrusifs ou non, tels qu'une collecte du seul fait de pénétrer dans un lieu).<sup>81</sup>

En combinant les leçons tirées de ces projets pilotes et des travaux en matière de communs et de *data trust*, il est possible de lister leurs facteurs de succès, lesquels ressortent également des critères classiques des communs. Au-delà des deux facteurs classiques que sont la délimitation de l'objet et de la communauté, qui peuvent être implémentés par l'adoption d'une structure juridique appropriée et des mécanismes de résolution des litiges (ADR),<sup>82</sup> il s'agit d'avoir d'abord des règles internes claires en matière de gouvernance. Cela suppose de reconnaître la pluralité des intérêts, une approche ascendante avec une représentativité suffisante des concédants au sein des organes, une transparence renforcée à travers l'application directe ou par analogie de loi sur la transparence et un processus décisionnel permettant de tenir compte des valeurs de la fiducie

<sup>76</sup> Cf. Element AI/Nesta (n. 70), 22, définissant l'approche comme une « approche ascendante » pour faire participer les constituants à la fiducie.

<sup>77</sup> Cf. <<https://www.toronto.ca/city-government/planning-development/waterfront/initiatives/current-projects/quayside/>> (29.6.2021).

<sup>78</sup> Laura Fernandez Rodriguez/Romain Mazon, Quelle sera l'issue de la partie d'échecs qui se joue entre Toronto et Google?, 2019, <<https://www.lagazettedescommunes.com/646652/quelle-sera-l'issue-de-la-partie-dechecs-qui-se-joue-entre-toronto-et-google>> (29.6.2021). Il est intéressant de relever que le projet se poursuit sous forme de gestion de zones intelligentes n'est pas mort, cf. <<https://www.coord.com>> (29.6.2021).

<sup>79</sup> Cf. Element AI/Nesta (n. 70), 22.

<sup>80</sup> Cf. ODI (n. 73).

<sup>81</sup> Cf. ODI (n. 73).

<sup>82</sup> Cf. ODI (n. 73).

(lesquelles déterminent le degré d'ouverture, p.ex. les modèles sociaux souhaitant garantir la circulation des données publiques et éviter leur réappropriation).<sup>83</sup> Il s'agit d'avoir aussi des règles externes permettant aux utilisateurs de reconnaître et de respecter l'objet, ce qui implique des règles contraignantes et des contrats qui permettent de tenir compte des intérêts des concédants, de la confidentialité des données, de la propriété intellectuelle, voire d'autres obligations contractuelles à l'égard des tiers.

### 3. Structures juridiques envisageables inspirées de la gestion collective des droits d'auteur

Le choix de la structure juridique déterminera si les facteurs de succès peuvent être atteints. Le *trust* au sens du droit des trusts n'est pas nécessairement la forme la plus appropriée, en particulier en raison de son manque de flexibilité. Le concept sous-jacent – constituant transférant à une entité de service ses données dont il garde le contrôle – est en revanche réalisable à travers différentes formes juridiques. Il est par ailleurs intéressant de combiner à la fois une structure corporatiste et une architecture contractuelle pour imposer des prescriptions internes à la fiducie et des règles externes applicables aux utilisateurs via des mécanismes contractuels, tels que ceux exposés précédemment, étant précisé que plus l'environnement est complexe (p.ex. membres changeant et buts évolutifs), plus une structure corporatiste s'imposera.<sup>84</sup>

Dans l'Union européenne, la fiducie des données pourrait se développer rapidement avec la proposition de règlement européen sur la gouvernance des données de 2020 qui vise à fluidifier les données au sein de l'UE tout en renforçant la souveraineté numérique de l'UE, notamment grâce à de nouveaux intermédiaires de confiance. Les services de partage de données sont encouragés (art. 9 ss) avec l'émergence de « prestataires de services de partage », soumis à un régime de notification (art. 10), des conditions de partage spécifiques (art. 11) et une autorité de contrôle (art. 12). L'altruisme des données est également encouragé avec l'émergence de nouvelles « or-

ganisations altruistes », soumises à un régime d'enregistrement qui inciteraient aux dons des « données d'intérêt général » mises volontairement à disposition par des particuliers ou des entreprises, pour le bien commun, tel que la recherche scientifique ou l'amélioration des services publics (art. 15 ss).<sup>85</sup> L'organisation altruiste devra remplir certaines conditions d'enregistrement, en particulier opérer sous une forme juridique poursuivant des finalités d'intérêt général, sans but lucratif et juridiquement indépendante de toute éventuelle autre entité poursuivant d'autres activités (art. 16). Ces deux nouveaux acteurs peuvent être ainsi qualifiés de *data trust*, en tant qu'il s'agit de « structure juridique fournissant des services indépendants de gestion des données », étant précisé qu'ils pourront être établis dans l'Union ou proposer leurs services depuis l'étranger moyennant le respect des conditions et la désignation d'un représentant légal dans l'UE (art. 10 ch. 3 et art. 17 ch. 3). Le choix de leur forme juridique reste libre.

En Suisse, il n'existe pas encore de propositions législatives comparables. Il est toutefois intéressant de réfléchir aux structures juridiques qui pourraient remplir le rôle de fiducie des données et atteindre les facteurs de succès. Parmi les structures légales, il y a les contrats de société simple et de fiducie, ainsi que les structures corporatistes, dont les associations et les sociétés coopératives.<sup>86</sup> Toutes permettent certainement d'atteindre les buts de mises en commun et de partage des données. Le choix peut varier en fonction du contexte particulier, étant précisé que les contrats de société simple et de fiducie ont l'inconvénient principal d'être de nature purement contractuelle sans effet *erga omnes*.<sup>87</sup> C'est donc vers l'association et la coopérative que nous nous attarderons, en particulier en nous inspirant du modèle des sociétés de gestion de droit d'auteur en raison de leur similitude avec les *data trust* et avec l'objet géré qu'est l'œuvre du droit d'auteur.

<sup>83</sup> Cf. ODI (n. 73).

<sup>84</sup> Chris Reed/Trene Ng, Data trusts as an AI governance mechanism, 2019, 18, disponible sous <<https://ssrn.com/abstract=3334527>>.

<sup>85</sup> Toutefois les critiques émises à propos de l'altruisme des données dans un avis conjoint des Comité Européen de la Protection des Données (EDPB) et Contrôleur Européen de la Protection des Données (EDPS), cf. EDPB-EDPS, Joint opinion on the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on European Data governance (Data Governance Act), 2021.

<sup>86</sup> Grisel (n. 72), 14.

<sup>87</sup> Grisel (n. 72), 14.

Les sociétés de gestion des droits d'auteur sont des sociétés privées et créées par les ayants droit, dont l'objectif est de gérer collectivement les droits d'auteur, soit de faire valoir leurs prérogatives auprès des utilisateurs (art. 40 LDA), en percevant les redevances dues selon le droit d'auteur (art. 46 LDA).<sup>88</sup> Comme structures juridiques, elles sont organisées sous la forme de coopératives (Pro Litteris, SSA, SUISA, Suissimage) ou d'association (Swissperform).<sup>89</sup> Ces structures permettent de remplir les exigences légales, en particulier l'absence de but lucratif, l'égalité de traitement entre tous les membres, l'accessibilité à tous les titulaires de droits d'auteur (avec le principe de la porte ouverte à tout nouveau membre) et une participation appropriée aux décisions de la société (avec le principe d'un droit de vote d'un membre égal à celui des autres, à savoir indépendamment de son poids économique).<sup>90</sup>

Sous réserve des exceptions légales, pour lesquelles la gestion collective (par une société de gestion) est obligatoire, la gestion collective est dite facultative. Elle permet à l'auteur de décider librement s'il veut céder ses droits d'auteur à titre fiduciaire à une société de gestion à charge pour celle-ci de les gérer et les rémunérer en fonction de leur succès.<sup>91</sup> La gestion collective facultative leur permet d'avoir plus de poids dans la négociation et de simplifier l'octroi de licences à large échelle.<sup>92</sup> Sur le plan externe, la cession des droits d'auteur rend opposable le transfert à l'égard de tous, et sur le plan interne (*inter partes*), l'acte de fiducie (*pactum fiduciae*) limite les effets de la cession à la convention des parties.<sup>93</sup> L'adhésion à la gestion collective et la cession des droits d'auteur se font généralement par la conclusion d'un

contrat de gestion (ou d'adhésion), complété par les conditions générales de gestion.

La gestion collective facultative des droits d'auteur par les sociétés de gestion semble ainsi similaire aux objectifs et aux facteurs de succès d'un *data trust*. On pourrait donc imaginer qu'un *data trust* s'inspire, voire reprenne les mêmes caractéristiques que les sociétés de gestion de droit d'auteur. Il prendrait ainsi la forme d'une association ou d'une coopérative, sans but lucratif, garantissant l'égalité de traitement entre tous les membres, l'accessibilité à tous les titulaires de droits d'auteur et une participation appropriée aux décisions de la société.<sup>94</sup> Il se ferait transférer à titre fiduciaire les droits des titulaires qu'il défend, qui deviendraient tous membres de la société et participeraient à son activité. Au-delà de la gestion, les sociétés pourraient émettre des recommandations de prix auxquelles les individus ou les entreprises peuvent se référer s'ils n'arrivent pas à établir le montant de la rémunération qu'ils entendent demander pour l'utilisation de leurs données.<sup>95</sup>

Afin de fluidifier les données, les sociétés de gestion pourraient par ailleurs recourir aux licences libres,<sup>96</sup> tant pour les données personnelles que non personnelles, dont la standardisation faciliterait le transfert et la portabilité d'une fiducie à l'autre.<sup>97</sup> On pourrait enfin combiner cette licence standard avec certaines nouvelles technologies, telles que la *Blockchain*, afin de contrôler et de retracer tout usage des données à l'aide d'un identifiant unique pour chaque individu et donnée.<sup>98</sup> On pourrait même imaginer un mécanisme similaire aux licences collectives étendues pour les données dont les titulaires sont introu-

<sup>88</sup> CR PI-Fehlbaum (n. 24), LDA 40 N 3; CR PI-Salvadé (n. 24), LDA Intro, art. 40–60 N 1; Jean Cavalli, La gestion collective des droits d'auteur exploités sur Internet, Internet 2005, 181 ss, rappelant que, historiquement, il s'agissait de syndicats chargés de soutenir leurs membres, d'abord dans leurs tractations avec les théâtres, puis dans le domaine des droits musicaux et la littérature.

<sup>89</sup> Cf. <<http://www.swisscopyright.ch/fr/recettes-et-repartition/repartition/reglements.html>> (29.6.2021).

<sup>90</sup> Cf. art. 885 CO respectivement art. 67 al. 1 CC, étant précisé que l'association peut déroger au principe d'égalité des votes, en conférant à certains votes plus de poids qu'à d'autres.

<sup>91</sup> CR PI-de Werra (n. 24), LDA 16 N 10.

<sup>92</sup> Cellina (n. 29), 243, citant CR PI-Fehlbaum (n. 24), LDA 40 N 3, 5; CR PI-Salvadé (n. 24), LDA 42 N 7.

<sup>93</sup> En droit des trusts, cf. Grisel (n. 72), 3.

<sup>94</sup> Cf. ci-dessus, n. 90. Il est précisé que la condition d'absence de but lucratif concerne la structure corporatiste, non les membres qui pourraient vouloir monétiser leurs données, et qu'elle ne fait pas partie des facteurs de succès identifiés mais du concept d'organisme altruiste et du droit des trusts, de sorte qu'elle pourrait être supprimée suivant les modèles de *Data Trusts* choisis.

<sup>95</sup> Yaniv Benhamou, Dommages-intérêts sous l'angle de la méthode des redevances suite à la violation de droit de propriété intellectuelle en droit suisse et comparé, Thèse Genève, Genève 2012, 251.

<sup>96</sup> Etant précisé qu'actuellement les sociétés de gestion de droit d'auteur actuelles ne permettent pas de gérer les œuvres sous licences libres du fait qu'elles exigent généralement des auteurs l'octroi d'une licence exclusive sur toutes leurs œuvres existantes et futures. Cellina (n. 29), 243.

<sup>97</sup> Cf. ci-dessus, II.3.

<sup>98</sup> Cellina (n. 29), 246.

vables ou injoignables à l'image des œuvres orphelines (p.ex. jeux de données médicales dont les données sont tellement dé-identifiées qu'on parvient difficilement à ré-identifier la personne concernée) (*Orphan Data*) ou encore pour les données qui ne sont pas sous gestion mais sont pour certains projets de recherche (p.ex. lorsque certaines catégories sont sous-représentées).<sup>99</sup>

#### IV. Conclusion

La présente contribution propose des pistes exploratoires concernant les licences libres applicables à la fois aux données personnelles et non personnelles (p.ex. biens soumis au droit d'auteur, tels que les logiciels et les créations collaboratives) et concernant la

gouvernance collective des données, afin de permettre une gestion complexe de données multiples de différentes natures et de fluidifier la circulation des données, tout en renforçant la confiance et le contrôle des individus sur leurs données.

Les licences libres sont traditionnellement utilisées pour les biens issus de la collaboration, tels que les logiciels *Open Source* et les *Creative Commons*. Pour les licences libres, on peut envisager d'étendre de tels modèles aux données personnelles du fait que leurs caractéristiques semblent s'appliquer *mutatis mutandis* aux données personnelles. Pour les modèles de gouvernance collective des données, on peut envisager de créer ou renforcer des structures de confiance, telles que des coopératives ou fiducies des données (*Data Trust*), en s'inspirant des projets pilotes et des sociétés de gestion des droits d'auteur.

<sup>99</sup> A propos des licences collectives étendues, cf. *Willy Egloff*, *Extended Collective Licenses – ein Modell auch für die Schweiz, sic!* 2014, 671 ss.