

Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité

BENHAMOU, Yaniv, TRAN, Laurent

BENHAMOU, Yaniv, TRAN, Laurent. Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité. *Sic !*, 2016, no. 11, p. 571-591

Available at:

<http://archive-ouverte.unige.ch/unige:90256>

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



Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité

YANIV BENHAMOU* | LAURENT TRAN**

Le bien numérique (toute dématérialisation de biens physiques ou toute information numérique) pose de nombreux défis à l'ordre juridique : les concepts de propriété suffisent-ils à le définir ? A qui appartient-il ? À quelles conditions est-il possible de le commercialiser ? A quelles conditions est-il possible de le récupérer auprès du prestataire à qui ils ont été transférés ? La présente contribution tente de répondre à ces questions : après avoir défini la notion de bien numérique et les différents régimes légaux applicables, une première partie analyse la commercialisation (en particulier la licence, la cession et la vente) et la titularité de bien numérique. Une deuxième partie traite du transfert forcé des biens numériques à la fin des rapports contractuels, soit en particulier la récupération du bien numérique par l'utilisateur de services d'un prestataire tiers et le transfert du bien numérique en cas de faillite du prestataire.

Das digitale Gut (jede Dematerialisierung physischer Güter oder sämtliche digitale Informationen) stellt für die Rechtsordnung eine grosse Herausforderung dar: Wie soll es

* Dr. iur., avocat, Genève

** Docteur en droit, Genève.

Les auteurs remercient vivement M^{es} Fanny Margairaz, Adrien Alberini et prof. Sylvain Marchand pour leurs commentaires précieux, ainsi que M. Edouard Benoît pour son aide efficace à la finalisation de la contribution.

definiert werden? Wem gehört es? Unter welchen Bedingungen kann es vermarktet werden? Unter welchen Bedingungen kann es vom Diensteanbieter, an welchen es weitergeleitet wurde, zurückgefordert werden? Der vorliegende Beitrag versucht, eine Antwort auf diese Fragen zu geben: Nach einer Definition des Begriffs des digitalen Guts und der anwendbaren gesetzlichen Regelungen wird in einem ersten Teil die Vermarktung (insbesondere die Lizenzierung, Abtretung und Kauf) und Inhaberschaft des digitalen Guts untersucht. Ein zweiter Teil behandelt die Zwangsabtretung von digitalen Gütern nach Beendigung des Vertragsverhältnisses, wie insbesondere die Rückforderung von digitalen Gütern durch den Nutzer einer Dienstleistung eines Drittanbieters und die Übertragung von digitalen Gütern bei Konkurs des Diensteanbieters.

I. Première partie : le transfert volontaire des biens numériques

1. Notion de bien numérique
2. Régimes légaux applicables
3. Commercialisation du bien numérique
4. Titularité sur le bien numérique
5. Conclusion de la première partie

II. Deuxième partie : le transfert forcé des biens numériques

1. Récupération des données en fin de contrat
2. Récupération des données en cas de faillite du prestataire
3. Conclusion de la deuxième partie

Résumé | Zusammenfassung

À l'ère numérique, on assiste à une dématérialisation constante des biens physiques (livres, photographies, journaux). Il suffit de songer au web social (appelé également web 2.0) rendant chaque internaute consommateur et producteur de contenu, ou à l'internet des objets (appelé également web 3.0) illustrant le passage du monde physique au monde numérique pour tout objet de consommation. Cette dématérialisation pose de nombreux défis à l'ordre juridique : comment définir les biens numériques ? À quelles conditions est-il possible de les commercialiser ? À quelles conditions est-il possible de les récupérer auprès d'un prestataire à qui ils ont été transférés ?

La présente contribution tente de répondre à ces questions selon une structure en deux parties : une première partie traite des questions de transfert volontaire des biens numériques (I), soit en particulier de la notion de bien numérique (I.1), des régimes légaux applicables (I.2), de la commercialisation (I.3) et de la titularité de bien numérique (I.4). Une deuxième partie traite du transfert forcé des biens numériques (II), soit en particulier la récupération du bien numérique par l'utilisateur de services d'un prestataire tiers (ci-après « utilisateur ») (II.1) et le transfert du bien numérique en cas de faillite du prestataire (II.2).

Précisons que, sans méconnaître l'importance du droit de la protection des données dans l'environnement numérique, la présente contribution abordera le bien numérique dans son ensemble en analysant non seulement le

droit de la protection mais aussi les autres domaines juridiques envisageables, tels que le droit d'auteur et le droit des contrats. Par ailleurs, si la réforme actuelle de la LPD risque de renforcer la protection des données, notamment avec l'encouragement à l'autorégulation, la protection des données dès la conception et par défaut (*privacy by design et privacy by default*) et le renforcement des pouvoirs du PFPDT, la LPD restera vraisemblablement technologiquement neutre et ne contiendra pas nécessairement de nouveauté concernant les questions de titularité des données personnelles, de portabilité et d'interopérabilité des données qui seront analysées ici¹.

I. Première partie : le transfert volontaire des biens numériques

Cette première partie se concentre sur le transfert volontaire des biens numériques, autrement dit sur la capacité des utilisateurs et prestataires à se défaire des biens numériques qu'ils ont créés ou acquis.

1. Notion de bien numérique

Le bien numérique (ou information numérique) peut être défini techniquement comme un produit ou un service présenté sous forme de fichier informatique (signaux électromagnétiques résultant d'une juxtaposition de chiffres

0 et 1)². Juridiquement, le bien numérique n'est pas défini, mais il touche souvent plusieurs domaines juridiques à la fois. Les marchés IT par exemple (Big Data, réseaux sociaux, Cloud Computing et Mobile-IT) génèrent des données de différents types (p.ex. texte, photo, vidéo, liste de contacts ou autres données confidentielles, adresses IP, requêtes effectuées sur des moteurs de recherche)³. Le bien numérique peut ainsi concerner des domaines juridiques aussi variés que le droit de la propriété intellectuelle (p.ex. technologies utilisées pour les réseaux protégées par la LBI; textes, photos, vidéos protégés par la LDA), le droit de la personnalité (p.ex. utilisation de nom, image ou voix d'un internaute), la LCD (p.ex. listes de contact, secrets économiques), le droit des contrats (p.ex. les nombreuses relations contractuelles, par lesquelles les individus et sociétés apportent leur créativité et/ou leur savoir-faire selon des formes variées, telles que licences, mandat, entreprise, projets de recherches et développements communs), la protection des données (LPD ou lois cantonales, dès que les données permettent d'identifier une personne)⁴ et autres lois spéciales en matière de traitement des données, telles que les domaines de la santé (E-Health), des assurances, ou du commerce de valeurs mobilières. C'est donc par les régimes légaux applicables qu'il faut commencer pour appréhender le bien numérique.

2. Régimes légaux applicables

Le bien numérique peut être soumis à plusieurs régimes légaux, certains régimes conférant de réels droits subjectifs absolus (droit de la personnalité et de la protection des données, droit d'auteur), d'autres conférant de simples droits relatifs (droit de la concurrence déloyale, droit des contrats)⁵. On assiste également à l'émergence de nouvelles « revendications propriétaires », de la part d'auteurs assimilant les biens numériques aux « choses » des droits réels ou à des biens communs.

- a) Droit de la personnalité et de la protection des données

Le bien numérique est protégé par le droit de la personnalité dès qu'un bien de la personnalité (regroupant l'ensemble des valeurs essentielles de la personne) est atteint (art. 28 ss CC)⁶.

Il est également protégé par le droit de la protection des données dès qu'il y a traitement de donnée personnelle (information se rapportant à une personne identifiée ou identifiable) (art. 1 al. 2; 3 let. a et e LPD). Cela est le cas *dès que l'information numérique permet de ré-identifier* la personne concernée selon les moyens technologiques à disposition du détenteur ou destinataire des données (théorie relative de la ré-identification). Sur les réseaux, cette ré-identification est souvent possible, dès que les outils d'analyse permettent de combiner des données (même anonymisées) et de remonter à la personne concernée (p.ex. noms, photographies, adresses e-mail, statuts Facebook, tweets et

² R. H. WEBER / L. CHROBAK, Rechtsinterdisziplinariät in der digitalen Datenwelt, Jusletter 4 avril 2016, N 13.

³ R. H. WEBER, Big Data : Herausforderungen für das Datenschutzrecht, in : A. Epiney / D. Nüesch (éds), Big Data und Datenschutzrecht, Zurich 2016, 18.

⁴ WEBER (n. 3), 20 : selon une étude américaine, avec trois données démographiques simples (sexe, date de naissance et code postal), 61 à 87% des citoyens américains sont identifiables.

⁵ Y. BENHAMOU, Bien et immatériel : rapport Suisse, L'immatériel : Journées Internationales de l'Association Henri-Capitant 2014, Bruxelles 2015, 307 ss. WEBER / CHROBAK (n. 2), N 14, parlent de régimes légaux en cascade (*Anknüpfungskaskade*).

⁶ H. DESCHENAUX / P.-H. STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4^e éd., Berne 2001, N 518.

¹ La LPD est en cours de révision depuis 2008 et devra tenir compte du paquet de réforme sur la protection des données adopté par le législateur européen le 14 avril 2016. Cf. l'avant-projet demandé par le Conseil fédéral au DFJP devrait être soumis et publié prochainement : <www.edoeb.admin.ch/daten schutz/00628/00784/index.html?lang=fr> (dernière consultation : 27 juillet 2016).

autres communications d'internautes, données de localisation, données de trafic, données d'utilisation, adresses IP)⁷. En revanche, cette ré-identification n'est pas remplie à l'égard de données intégralement *anonymisées* (données statistiques ou dont la ré-identification est uniquement possible moyennant des efforts qui apparaissent disproportionnés), *pseudonymisées* (remplacement des caractéristiques identifiantes par un code) et des données *brutes* (p.ex. formule chimique ou composition d'un aliment)⁸.

L'application de la LPD requiert que le prestataire respecte plusieurs principes, en particulier celui de *reconnaissabilité* (la collecte et les finalités du traitement doivent être reconnaissables pour la personne concernée) (art. 4 al. 4 LPD), de *finalité* (le traitement est limité au but indiqué lors de la collecte) (art. 4 al. 3 LPD), de *proportionnalité* (le traitement doit être nécessaire au but visé et porter l'atteinte la moins grave aux intérêts en cause) (art. 4 al. 2 LPD)⁹. Sur les réseaux, ces principes ne sont souvent pas respectés, notamment lorsque le prestataire collecte des données en réserve sans limite ni finalité établie (*Big Data* ou *Data*

Warehousing), modifie le but initial, transfère les données à des tiers sans consentement (art. 4 al. 4 et 3 LPD) ou traite des données contre la volonté expresse de l'utilisateur (p.ex. lorsque, à la demande d'un utilisateur d'un réseau social, son profil n'est pas effacé, mais simplement désactivé) (art. 12 al. 2 lit. b LPD)¹⁰. Le non-respect de ces principes peut encore être justifié par le *consentement* de la personne concernée (art. 12 al. 2 lit. a ; 13 LPD)¹¹. Or, comme nous le verrons, le consentement n'est souvent pas valable, notamment lorsque l'utilisateur ignore que ses données sont traitées, dans quelle étendue et ni pour quel but, ainsi que lorsqu'il est lié au prestataire par un contrat général d'utilisation prévoyant une adhésion globale (*Globalübernahme*)¹².

b) Droit d'auteur

Le bien numérique peut aussi être protégé par le droit d'auteur s'il a un *caractère individuel suffisant* (art. 2 al. 1 LDA). Cela peut être le cas d'un logiciel (code source, code objet, documentation y relative) (art. 2 al. 3 LDA) et de tous types de créations qui disposent d'une individualité suffisante (p.ex. images, textes, films, musiques) (art. 2 al. 1 LDA). Cela n'est en revanche *pas le cas des simples informations ou idées*¹³. Ces dernières peuvent être protégées par le droit d'auteur en tant que « recueil », notamment lorsqu'elles sont intégrées dans une base de données, si

le choix ou la disposition des données les composant a un caractère original (peu importe l'originalité du contenu composant la base de données) (art. 4 al. 1 LDA)¹⁴. Ce ne sera en revanche pas le cas des bases de données dont la structure et le contenu « s'imposent » à celui qui les produit¹⁵.

c) Droit de la concurrence déloyale

Les biens numériques, *notamment les données brutes et les bases de données non originales et non personnelles* peuvent être protégés par le droit de la concurrence déloyale¹⁶. On songe en particu-

⁷ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 27 ; D. VASELLA, Social Media und Datenschutz, in : O. Staffelbach / C. Keller (éds), Social Media und Recht für Unternehmen, Zurich 2015, 247 ; P. MEIER, Protection des données. Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2010, N 440-445.

⁸ VASELLA (n. 7), 250.

⁹ MEIER (n. 7), N 661 ss ; VASELLA (n. 7), 290. D'autres principes et conditions pourraient être également invoqués, tels que le fait que la transmission de données à des tiers par le biais d'une délégation de traitement à un sous-traitant (data processor, outsourcing) ne peut intervenir qu'aux conditions de l'article 10a LPD (en particulier convention entre les parties, limitation aux traitements que le mandant serait en droit d'effectuer lui-même, choix du tiers délégataire et respect du principe de sécurité) et la transmission de données à l'étranger est interdite si elle risque de gravement menacer la personnalité des personnes concernées (art. 6 LPD).

¹⁰ VASELLA (n. 7), 268.

¹¹ VASELLA (n. 7), 270.

¹² WEBER/CHROBAK (n. 2), N 27.

¹³ V. SALVADÉ / N. TISSOT, La réalisation d'un site web ou l'ouverture d'un compte par le travailleur. Qui est titulaire des droits ?, in : J.-Ph. Dunand / P. Mahon (éds), Internet au travail, Zurich 2014, 229, expliquant que ces biens soumis au droit d'auteur peuvent revêtir la qualification d'œuvre multimédia *sui generis*, d'une œuvre visuelle ou audiovisuelle (art. 2 al. 2 let. g LDA), d'un recueil (art. 4 LDA) d'une œuvre dérivée si elle incorpore des œuvres préexistantes (art. 3 al. 4 LDA).

¹⁴ P. DUCOR, Protection des bases de données et concurrence déloyale, in : A. Ragueneau (éd.), Internet 2003 : travaux des journées d'étude organisées à l'Université de Lausanne les 21 mai et 26 novembre 2003, Lausanne 2004, 160. À titre d'illustration, voire l'affaire « Facebook » : Olivier Wasem, un jeune internaute domicilié en Suisse, avait créé et administré une *fanpage* à l'effigie de la marque Ferrari. Après avoir recueilli plusieurs millions de fans et accepté de co-administrer la page avec l'entreprise Ferrari, ses accès d'administrateur ont été subitement coupés. L'affaire est actuellement pendante devant la Cour supérieure de Californie. En plus des prétentions contractuelles invoquées par Wasem, on pourrait se demander si une *fanpage* est une œuvre du droit d'auteur et s'il y a eu ainsi une violation de droit d'auteur (en droit suisse cela s'apprécierait selon la marge de manœuvre laissée par Facebook aux internautes dans la conception d'une *fanpage* et la sélection des textes et images). Complaint of 14 October 2014, before Superior Court of California, Olivier and Sammy Wasem vs Facebook, Inc and Ferrari S.P.A., accessible à <pdfserver.amlaw.com/ca/WasemvFerrari.pdf> (dernière consultation 27 juillet 2016).

¹⁵ DUCOR (n. 14) 161, citant la décision « Luftdrucktabellen », où il a été jugé que des tables de pressions de pneus recommandées ne peuvent faire l'objet d'un droit d'auteur, car elles ne laissent aucune marge de créativité à l'auteur et ne permettent aucune originalité. TC SZ, sic! 1997, 143-146, « Luftdrucktabellen ».

¹⁶ P. KOBEL, Le parasitisme en droit suisse : entre Nachahmungsfreiheit (liberté d'imiter), Verwechslungsgefahr (risque de confusion) et Rufausbeutung (exploitation de la réputation), in : J. de Werra (éd.), Défis du droit de

lier à la protection des prestations (*Leistungsschutz*) sous l'angle de l'art. 5 let. c LCD (reprise du résultat d'un travail d'un tiers sans sacrifice correspondant), de l'art. 5 let. a et b LCD (exploitation indue du résultat d'un travail confié ou remis de façon indue) ou éventuellement de la clause générale de l'art. 2 LCD (prohibition de tout comportement déloyal, contraire à la bonne foi et ayant une influence sur la concurrence). La protection de la LCD requiert toutefois des circonstances particulières caractéristiques d'un comportement déloyal et il n'existe pas de protection généralisée des prestations¹⁷. La jurisprudence révèle ainsi la difficulté à mettre en œuvre cette protection. En particulier l'art. 5 let. c LCD suppose une comparaison entre les prestations des deux parties (d'une part, la dépense hypothétique que le repreneur aurait dû consentir pour obtenir le produit fini et, d'autre part, l'éventuel amortissement que l'investisseur a pu récupérer sur son investissement)¹⁸ et la protection est

ainsi refusée lorsque le producteur initial a déjà amorti ses investissements ou le repreneur a fait des investissements. Ainsi, en cas de reprise des données d'un investisseur par un tiers pour être intégrées dans un nouveau produit dérivé, la protection sous l'angle du droit de la concurrence déloyale sera certainement rejetée en raison des efforts consentis par le repreneur pour obtenir son propre produit (bien numérique dérivé).

d) Droit des contrats

Le bien numérique peut aussi être protégé par le droit des contrats, en particulier celui qui n'est protégé par aucune loi spéciale et ne fait l'objet d'aucun droit subjectif absolu, mais l'objet d'une maîtrise de fait (p.ex. des secrets d'affaires ou bases de données)¹⁹.

On songe tout particulièrement aux données pseudonymisées ou anonymisées qui ne peuvent être mises en relation avec une personne²⁰. On songe également aux données brutes (*raw data*) ou matérielles (p.ex. formule chimique ou composition d'un aliment), en particulier les données de la recherche (*research data*), soit tout enregistrement factuel nécessaire à la validation des résultats de la recherche ou, selon une conception plus large, l'ensemble des

éléments produits par les chercheurs dans le cours de leur activité scientifique²¹. Parmi les données de la recherche, on distingue encore : les données brutes, soit le simple enregistrement objectif du réel et les données dérivées (*processed ou derived data*) et jeu de données (*dataset*), soit la réorganisation respectivement l'agrégation, sous une forme lisible, de données brutes ou dérivées, présentant une certaine « unité », rassemblées pour former un ensemble cohérent²².

Le contrat permet ainsi de protéger les intérêts du producteur d'une base de données. Ce dernier pourra régler en détail les modalités d'accès et d'utilisation de la base de données, notamment lorsque le contenu de la base de données est confidentiel, c'est-à-dire inaccessible au public et représente une valeur significative, ou lorsque le contenu est accessible au public, mais de façon dispersée et malaisée, la valeur de telles bases de données résidant ainsi essentiellement dans la compilation et l'organisation des données²³.

- e) Autres « revendications propriétaires »
- aa) Droits réels ?

Selon une conception traditionnelle actuellement en vigueur, la chose est une portion délimitée et impersonnelle de l'univers matériel qui est susceptible de maîtrise humaine et qui n'est pas un animal ; seul un objet matériel pourrait donc constituer une « chose »²⁴. Les biens numériques ne sont pas objets de

la concurrence déloyale. Actes de la Journée de droit de la propriété intellectuelle du 14 février 2014, Zurich 2014, 121. On notera que, en droit européen, l'art. 7 al. 1 Directive 96/9/CE confère un droit *sui generis* sur les bases de données. Ce droit est qualifié dogmatiquement à l'intersection entre le droit de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence.

¹⁷ FF 1983 II 1078-1080 ; KOBEL (n. 16), 121.

¹⁸ KOBEL (n. 16), 120. Cf. ATF 131 III 384, 392, « Such Spider » : la défenderesse utilisait un logiciel d'indexation (Such Spider) pour publier sur son site (<www.anzeiger.ch>) les annonces immobilières de sites concurrents, mais indexées et filtrées selon ses propres mots-clés et une reprogrammation constante. Le TF a refusé d'appliquer la LCD, en particulier l'art. 5 lit. c LCD, au motif que le repreneur a fait des « investissements qui ne sont pas minimes » en raison de l'adaptation constante du programme Such Spider et de l'indexation par mots-clés. Cf. ATF 134 III 166, JdT 2008 I 399 ss, « Kompendium » : la défenderesse exploitait une base de données sous le nom « oddb.org » contenant des renseignements relatifs aux médicaments et reprenant par téléchargement des informations cliniques du Compendium Suisse de Médicaments du demandeur. Le TF a refusé

d'appliquer la LCD, en particulier l'art. 5 let. c LCD, au motif que le demandeur avait amorti l'essentiel des frais de création du Compendium au moment de la reprise. On notera que l'art. 2 LCD aurait pu, à notre avis, être soulevé par la demanderesse et être retenu par le juge pour sanctionner la reprise. On notera aussi que le droit européen *sui generis* sur les bases de données est également difficile à mettre en œuvre puisqu'il suppose une reprise essentielle.

¹⁹ Les données qui n'ont pas encore été divulguées peuvent encore être protégées par des accords de confidentialités ou, en l'absence de clauses spécifiques, en particulier par des obligations de confidentialités prévues dans des règles spéciales (p.ex. contrat de travail [art. 321a al. 4 CO], contrat d'agence [art. 418d al. 1 CO]).

²⁰ MEIER (n. 7), N 423.

²¹ R. GAILLARD, De l'Open data à l'Open research data : quelle(s) politique(s) pour les données de recherche ?, Travail de mémoire, Lyon 2014, 16.

²² GAILLARD (n. 21), 17-18.

²³ DUCOR (n. 14), 164.

²⁴ P.-H. STEINAUER, Les droits réels, Tome I, 5^e éd., Berne 2012, N 61 ; H. REY, Die Grundlagen des Sachenrechts und das Eigentum, 3^e éd., Berne 2007, N 81.

droits réels, mais peuvent être protégés par d'autres droits de maîtrise via le *numerus clausus* du droit de la propriété intellectuelle (droit au brevet, droit d'auteur, droit sur un design, droit à la marque, etc.). Certains auteurs se sont toutefois interrogés sur le besoin de faire évoluer cette notion, en adoptant une approche fonctionnelle de la notion de chose : l'ordre juridique détermine à un moment donné ce qu'il considère comme chose au sens des droits réels et la chose est caractérisée par la maîtrise de fait (contrôle) et son appréhension possible²⁵. Sur cette base, un droit de propriété sur un bien numérique pourrait alors être consacré (propriété individuelle). Les actifs numériques (p.ex. page web, compte Twitter, données personnelles stockées sur un serveur) seraient assimilés à une « chose » au sens des droits réels et pourraient faire l'objet d'actions possessoires ou revendicatives.

Cette idée a reçu un écho favorable auprès des tribunaux étrangers, en particulier à l'égard des noms de domaine²⁶ et d'accès à des données informatiques²⁷. Cette idée a également reçu un écho favorable auprès de la doctrine

²⁵ W. WIEGAND, *Basler Kommentar ZGB II*, 5^e éd., Bâle 2015, Vor ZGB 641 ss N 6.

²⁶ La Cour européenne des droits de l'homme a assimilé un nom de domaine à une chose, en considérant que l'attribution d'un nom de domaine tombe sous le coup de l'art. 1 du Protocole additionnel, aux termes duquel « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens ». Décision du 18 septembre 2007 « Paeffgen GmbH c. Allemagne ».

²⁷ La Cour d'appel de Californie a appliqué la théorie du *Trespass to Chattel* (visant à protéger la possession d'un bien meuble en repoussant toute interférence commise par un tiers) à l'environnement numérique, en considérant que les signaux électroniques envoyés depuis un ordinateur consistaient en un déplacement de particules physiques satisfaisant à l'exigence de contact physique. « *Affaire Thrifty-Tel, Inc. v. Bezenek* » (46 Cal. App.4th 1559, 54 Cal.Rptr.2d 468). Pour un aperçu, voir J. MACDONALD, *Electronic Trespass in Canada: The Protection of Private Property on the Internet*, 5 CJLT 163 (2006).

étrangère, en particulier à l'égard des noms de domaine²⁸, des univers virtuels, tels que les jeux massivement multijoueurs (*Massively multi-player online game*)²⁹, et en matière de protection des données personnelles³⁰.

bb) Biens communs ?

À l'opposé de ces « revendications individuelles », d'autres auteurs s'interrogent sur la possibilité d'introduire une forme communautaire de propriété (propriété collective), basée sur la théorie des biens communs. Selon cette théorie, tout bien commun (chose à l'origine librement disponible à la communauté) est menacé par une appropriation, appelée enclosure³¹, 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 ressources³². Les

²⁸ J. A. T. FAIRFIELD, *Virtual Property*, 85 Boston U.L.Rev. 1047 (2005); M. ALRAMAHI, *The legal nature of domain name rights*, 1 JILT 2009.

²⁹ J. B. SLAUGHTER, *Virtual Worlds: Between Contract and Property*, 3-16-2008; P. CHÉNEVERT, *La propriété dans les univers virtuels: un droit réel ou un droit personnel?*, *Repère* 2012, 28 ss.

³⁰ A. FLÜCKIGER, *L'autodétermination en matière de données personnelles: un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété?*, *PJA* 2013, 861.

³¹ On distingue généralement trois mouvements d'enclosures: 1^{er} mouvement: réappropriation des terres agricoles avec la révolution industrielle; 2^e mouvement: réappropriation de la connaissance avec le droit d'auteur; 3^e mouvement: réappropriation des données numériques. Parmi les nombreux ouvrages, cf. J. BOYLE, *The Second Enclosure Movement and the Construction of the Public Domain*, *Law and Contemporary Problems* 2003, 53.

³² Parmi les nombreux ouvrages, cf. en particulier G. HARDIN, *The Tragedy of the Commons*, *Science*, New Series, Vol. 162, No. 3859 (Dec. 13, 1968), 1243, qui traite de la disparition inéluctable des biens communs en raison d'une surexploitation faite par des utilisateurs. E. OSTROM, *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective*

auteurs en faveur d'une telle approche considèrent que les biens communs numériques sont menacés par de nouvelles enclosures, telles que les mesures techniques de protection (DRM) ou brevets de logiciels, alors qu'ils devraient être librement accessibles en vue d'un enrichissement continu et d'un meilleur partage entre individus. Cette approche est souvent plaidée à l'égard des biens issus de collaborations et de partage de connaissances, en particulier dans le domaine de la recherche (Open Research Data)³³ et des logiciels ouverts (open source)³⁴.

cc) Opinion personnelle

L'idée de consacrer un droit de propriété (propriété individuelle) sur les biens numériques est séduisante sur plusieurs points. L'ordre juridique définit à un moment donné quel bien est susceptible d'appropriation, à l'instar du *numerus clausus* du droit de la propriété intellectuelle qui détermine quels biens immatériels sont protégés par un droit subjectif privé³⁵. Les biens numériques (p.ex. données stockées sur un serveur, compte Twitter et Facebook) partagent par ailleurs les mêmes caractéristiques que les biens immatériels protégés par un droit de propriété intellectuelle (nature incorporelle, ubiquitaire et inconsumable). De plus, une telle approche permettrait une meilleure protection et mise en œuvre des droits,

_____ Action (Political Economy of Institutions and Decisions), Bruxelles 2010, qui a mené une recherche empirique sur la gestion des biens communs matériels (p.ex. gestion collective des réseaux d'irrigation en Californie du Sud ou des copropriétaires d'immeubles) pour dégager des critères permettant une gestion optimale des biens communs.

³³ GAILLARD (n. 21), 1 ss.

³⁴ Par le biais de licences standards proposées par différents organismes, p.ex. licence libre *GPL* (*General Public License*) de la *Free Software Foundation*, <www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.en.html> ou licence *Creative Commons*, creativecommons.org/.

³⁵ *Supra*, I.2.

puisque les titulaires auraient un droit subjectif privé à l'exclusion de toute autre personne. Enfin, un bien numérique a une valeur commerciale établie par plusieurs études³⁶ et peut faire l'objet d'une exécution forcée³⁷. On ne voit donc pas ce qui justifierait de refuser l'octroi d'un droit exclusif aux biens numériques, hormis des motifs politico-juridiques. Or, une telle approche doit être à notre avis rejetée. Elle est en effet contraire aux principes de spécialité (un droit réel ne peut porter que sur une chose déterminée) et de publicité (tout droit réel opposable *erga omnes* doit être « revêtu d'une forme extérieure, reconnaissable pour les tiers »)³⁸. Elle reviendrait par ailleurs à créer une nouvelle *enclosure* nuisible tant à l'échange qu'à l'allocation optimale des ressources. De plus, elle semble contradictoire avec la sociologie juridique qui observe un certain désintérêt des individus quant à une gestion détaillée des paramètres de protection de leur vie privée dans la masse des informations personnelles générées dans l'univers numérique. Elle est à contre-courant de l'approche helvétique visant à appliquer le droit commun aux problématiques posées par les technologies, plutôt qu'une réglementation sectorielle³⁹.

L'idée d'introduire un modèle communautaire de propriété sur les biens numériques, à côté du modèle de propriété exclusive et individuelle, est également intéressante en ce qu'elle ose

remettre en question les concepts de propriété civile et de *numerus clausus* des biens immatériels. Elle offre un nouvel éclairage optimiste, politisé et économique sur la gestion des biens communs dans un contexte d'appropriation privée (capitaliste et néolibérale). Or, une telle approche doit être à notre avis aussi rejetée. En effet, elle n'en est qu'à ses débuts et soulève des questions délicates en terme d'allocation et de gestion des droits de propriété intellectuelle⁴⁰. Par ailleurs, le droit commun, et en particulier le droit des contrats, semble pouvoir appréhender les situations créées par les biens numériques.

Le droit des contrats apparaît dès lors comme le système prévalant, en ce qu'il permet de régir de façon flexible les interactions entre tous les participants au processus de création ainsi qu'entre les différents biens immatériels⁴¹. Il présente toutefois l'inconvénient d'une certaine insécurité juridique et des risques d'interdépendance entre les participants au processus de création⁴². En l'absence d'un réel droit de propriété numérique individuel et pour pallier aux inconvénients du droit des contrats, il faudra donc prévoir certains ajustements au droit des contrats⁴³.

- f) Hétérogénéité des régimes faisant apparaître un besoin de cohérence

Le fait qu'un bien numérique touche plusieurs domaines juridiques à la fois

conduit à une hétérogénéité, dont la difficulté tient à la *cohérence des solutions entre les différents domaines*⁴⁴. Par exemple, en cas de cessation d'activité du fournisseur de service ou de décès du bénéficiaire des données, il faut s'assurer de la cohérence entre le droit d'auteur, le droit des contrats, le droit de la personnalité, le droit de l'exécution forcée, respectivement le droit des successions. À ce titre, il faudra *procéder à un tri au sein du bien numérique*, respectivement appliquer les différents fondements légaux à chaque élément du bien pris séparément (p.ex. parmi les e-mails écrits par un travailleur, il faudra distinguer les parties d'e-mails contenant des œuvres du droit d'auteur, textes et concepts originaux, sujettes à la protection du droit d'auteur, des parties d'e-mails contenant des aspects de protection des données, sujettes à la protection des données personnelles). Si un tel tri paraît impossible (p.ex. en cas d'éléments imbriqués indissociables), la solution que nous recommandons est d'appliquer le fondement légal de la partie qui revêt l'importance prépondérante au sein du bien ou du service⁴⁵. Ainsi, un statut Facebook ou LinkedIn contenant différents éléments, protégés à la fois par le droit d'auteur et la protection des données mais indissociables, sera sujet (exclusivement) à la protection des données si l'utilisateur utilisait le service essentiellement pour fournir des données personnelles (p.ex.

³⁶ Cf. Etude de Syncapse, Value of a Facebook Fan 2013 ; CHÉNEVERT (n. 29), 28 ss.

³⁷ R. AUF DER MAUR / K. BÜRGI LOCATELLI, Verwertbarkeit von Internet Domainnamen, sic! 2001, 853 ss.

³⁸ WEBER / CHROBAK (n. 2), 6.

³⁹ Le rapport du Conseil fédéral relatif au cadre juridique pour les médias sociaux du 9 octobre 2013, 75, témoigne de la prudence helvétique en matière de réglementation : le rapport conclut que les réseaux sociaux, comme Twitter, les blogs ou Facebook, posent de nouveaux défis dans le domaine du droit, mais qu'il n'est pas utile de créer une loi spéciale pour y répondre.

⁴⁰ A. MONDINI / S. BÜRGE, Zuordnung der Ergebnisse gemeinsamer Forschung und Entwicklung in der Praxis, sic! 2008, 3.

⁴¹ Cf. J. DE WERRA, Perspective « Inside-Out ». Défis du droit d'auteur dans un monde connecté, sic! 2014, 206, parle de « rôle fondamental des contrats régissant ces interactions » ; CHÉNEVERT (n. 29), qui conclut que la propriété dans les univers virtuels est un droit personnel, que l'on peut résumer en droit suisse comme une créance des joueurs à l'égard des éditeurs de jeux.

⁴² DE WERRA (n. 41), 206.

⁴³ *Infra*, I.3.c).

⁴⁴ DE WERRA (n. 41), 194.

⁴⁵ Cette solution est inspirée du droit de la propriété intellectuelle, en particulier de l'art. 9a al. 4 LBI. Cette disposition prévoit que, en cas de protection multiple d'un produit simultanément par le droit de la propriété intellectuelle et d'autres droits de propriété intellectuelle et prévoyant des traitements différents en matière d'épuisement des droits, il convient d'appliquer le droit des brevets uniquement si la fonctionnalité technique prévaut dans l'ensemble des fonctions du produit. Cf. P. DUCOR, Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LBI 9a N 25.

informations à son réseau), tandis qu'il sera sujet (exclusivement) au droit d'auteur si l'utilisateur concevait son statut prioritairement pour transmettre ses œuvres du droit d'auteur (p.ex. dessins, concepts, textes).

Il est par ailleurs possible que le bien numérique évolue et change de régime légal en raison de sa *nouvelle forme*. À titre d'exemple, des *données brutes*, lorsqu'elles sont agrégées, doivent être traitées comme des données personnelles si l'agrégation permet de remonter à une personne identifiable (p.ex. désanonymisation de données brutes par agrégation), comme un bien protégé par le droit d'auteur si l'agrégation acquiert une certaine individualité (p.ex. algorithmes protégés en tant qu'œuvre ou compilation de données protégée en tant que recueil) ou encore protégé contre toute appropriation déloyale. De même, les *biens numériques protégés par un droit d'auteur sous licence propriétaire* (en particulier des logiciels), lorsqu'ils sont combinés avec des droits d'auteur soumis à des licences libres, pourront être soumis dans leur ensemble à la licence libre quand bien même le bien était à l'origine « propriétaire »⁴⁶.

3. Commercialisation du bien numérique

a) Nature du transfert : cession, licence ou vente

Le bien numérique peut être librement transféré à des tiers, pour autant qu'il soit libre de droits ou que le transférant dispose de ces droits⁴⁷. La qualification

du contrat de transfert est importante, notamment pour déterminer les dispositions légales auxquelles les parties ne peuvent déroger et combler des lacunes. Elle ne peut toutefois se faire abstraitemment vu la diversité des circonstances (le transfert n'étant soumis à aucune forme⁴⁸, il peut s'agir d'un transfert convenu par écrit, par oral, tacite⁴⁹, quasi dissimulé⁵⁰, gratuit, onéreux⁵¹ ou accessoire à une prestation principale⁵²) et la variété des prestations envisageables (on relèvera que le dénominateur commun est la fourniture de services liés à une technologie d'un prestataire à un client)⁵³. Le transfert d'un bien numérique fait essentiellement l'objet de deux types d'accords : la cession ou la licence, cette dernière équivalant à une vente en cas de transfert définitif du bien.

La *cession* est un transfert définitif du droit concerné qui s'inscrit dans un rapport unique d'échange ; le cédant perd définitivement la maîtrise sur son droit. Corollairement, le cessionnaire

devient titulaire du droit cédé dont il peut disposer librement, notamment le céder ou concéder des sous-licences à des tiers⁵⁴.

La *licence* est une autorisation temporaire d'usage du droit qui s'inscrit dans la durée⁵⁵ ; le donneur reste titulaire de son droit et consent à l'utilisation de son droit par le licencié. Le preneur ne peut pas transférer son droit relatif ni concéder de sous-licence à des tiers sans l'accord du donneur de licence⁵⁶. Si le bien immatériel est protégé par un droit subjectif absolu (droit d'auteur, données personnelles), ce consentement constitue simultanément une renonciation à se prévaloir de la protection durant la période contractuelle⁵⁷.

Lorsque la licence octroie une mise à disposition définitive (par téléchargement ou remise du support l'incorporant, CD-ROM ou DVD), en particulier en cas de licence perpétuelle contre un paiement forfaitaire unique, elle équivaut du point de vue fonctionnel et économique à une *vente*. Les règles sur la vente sont alors applicables par analogie⁵⁸. La vente ne confère qu'une

⁴⁸ P. TERCIER/P. G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4^e éd., Zurich 2009, N 7970.

⁴⁹ La mise en ligne par un internaute sur certaines plateformes peut être considérée comme une licence tacite. WEBER (n. 3), 17-29.

⁵⁰ On pense aux différentes techniques qui permettent à des opérateurs de connaître le comportement des internautes, notamment celle des « cookies » ou encore celle du réseau social qui enregistrait la dernière page visitée par ses utilisateurs, avant de se logger.

⁵¹ Plusieurs projets ont pour objectifs de permettre la vente de données par leurs titulaires, notamment : <get.digi.me/>, <www.citizenme.com/> ou <datacoup.com/>.

⁵² On peut notamment penser au transfert opéré dans le cadre d'un contrat de soins entre une clinique et un patient.

⁵³ Selon les circonstances, il s'agira d'un contrat nommé (vente, entreprise, mandat, bail, société simple) ou innommé (mixte ou *sui generis*). Cf. M. JACCARD/V. ROBERT, *Les contrats informatiques*, in : P. Pichonnaz/F. Werro (éds), *La pratique contractuelle : actualité et perspectives*. Symposium en droit des contrats, Genève 2009, 95 ss ; N. COCHET-SEBASTIAN, *Les contrats informatiques*, ECS 8/11, 611.

⁵⁴ J. DE WERRA, *Commentaire romand, Propriété intellectuelle*, Bâle 2013, LDA 16 N 7 ; D. BARRELET/W. EGLOFF, *Le nouveau droit d'auteur : commentaire de la loi fédérale sur le droit d'auteur et les droits voisins*, 3^e éd., Berne 2008, LDA 16 N 10.

⁵⁵ Le contrat se termine à l'échéance convenue. Si aucune durée n'est prévue, le contrat est réputé être à durée indéterminée et peut être résilié par application analogique des règles du CO sur la résiliation ordinaire et, dans tous les cas, pour justes motifs. ATF 122 III 263, SJ 2003 I 425.

⁵⁶ DE WERRA (n. 54), LDA 16 N 7.

⁵⁷ J. ROUVINEZ, *La licence des droits de la personnalité*, Lausanne 2011, N 170.

⁵⁸ En droit européen : CJUE du 3 juillet 2012, « Usedsoft GmbH c. Oracle International Corp. » (affaire C-128/11), considérant que le téléchargement en ligne d'un logiciel soumis à un contrat de licence pour une durée illimitée contre un paiement forfaitaire unique équivaut du point de vue fonctionnel et économique à une *vente* (« d'un point de vue économique, la vente d'un programme d'ordinateur sur CD-ROM ou DVD et la vente d'un

⁴⁶ On pense en particulier à la licence GNU GPL. Certains auteurs parlent d'effet « contaminant » des licences libres. Cf. A. TESSALONIKOS/G. MARONNE, *Logiciels libres. Quels enjeux pour l'entreprise ?*, donnant pour exemple d'effet « contaminant » l'art. 5 de la licence GNU GPL 3.0, accessible à <www.gnu.org/licenses/gpl-3.0.fr.html> (dernière consultation 27 juillet 2016).

⁴⁷ A. PEYROT/S. ANTREASYAN, *Succession 2.0 : les biens numériques*, Not@lex 2016, 23 ss.

maîtrise sur un *exemplaire* du bien et se distingue de la cession et de la licence : avec la vente, contrairement à la cession, la maîtrise du *droit* reste chez le vendeur (ce qui lui permet de commercialiser d'autres exemplaires) et, contrairement à la licence, l'autorisation d'usage est perpétuelle.

La *licence* est envisageable à l'égard de tout bien numérique, qu'il soit protégé par un droit subjectif (droit d'auteur ou données personnelles)⁵⁹ ou non (données brutes)⁶⁰.

La *cession* est aussi envisageable à l'égard de tout bien numérique protégé ou non par un droit subjectif. À l'égard des données personnelles, la question est toutefois plus délicate en raison de la nature personnelle des droits de la personnalité. La doctrine considère en effet que le consentement à l'utilisation de données personnelles est révocable

en tout temps⁶¹, ce qui empêcherait toute cession. Pourtant, le TF a admis la validité *d'engagements contractuels irrévocables*, dans un arrêt concernant un mannequin ayant cédé à une agence ses droits sur des photos, en tant qu'il s'agit 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)* »⁶². Cet arrêt nous paraît justifié si des intérêts économiques se trouvent au premier rang dans la mesure où une personne désireuse de commercialiser ses données ne devrait pas pouvoir éluder ses obligations contractuelles en révoquant son engagement. En matière de biens numériques, les services sont généralement fournis en échange des données personnelles de l'utilisateur. Si l'on applique la solution du TF, il y a dans ce cas consentement (irrévocable) à une atteinte à la personnalité contre un avantage économique (utilisation des services). Le caractère irrévocable du consentement devra toutefois à notre avis être admis restrictivement, dans la mesure où il implique la perte définitive du contrôle sur les droits de la personnalité et équivaut au final à une cession. Ainsi, un tel résultat devra être admis uniquement si la rémunération de la personne dont la personnalité est atteinte occupe une place prépondérante dans la relation d'échange, dans les limites au transfert (en particulier l'incessibilité du droit à l'autodétermination informationnelle) et selon les règles d'interprétation décrites ci-dessous.

A fortiori, la *vente* sera également envisageable à l'égard de tout bien nu-

mérique, dans les mêmes conditions et limites que la cession.

La délimitation entre la licence, la vente et la cession dépendra de l'intention des parties et sera déterminée selon les règles usuelles d'interprétation, soit l'interprétation subjective (volonté réelle des parties)⁶³, subsidiairement objective des parties (volonté présumée de parties selon le principe de la confiance)⁶⁴. En droit d'auteur, elle sera également déterminée selon la règle spécifique d'interprétation du droit d'auteur, en vertu de laquelle l'auteur ne cède pas plus de droits d'auteur que le but du contrat ne l'exige (théorie de la finalité). Ainsi, dans le doute quant à la nature du transfert (cession ou licence), il faut admettre l'octroi d'une licence, plutôt que la cession des droits (*in dubio pro auctore*)⁶⁵. En protection des données, il faudra à notre avis faire une application analogique de cette théorie en raison du rapport personnel des données (*in dubio pro subjective*).

programme d'ordinateur par téléchargement au moyen d'Internet sont similaires. En effet, le mode de transmission en ligne est l'équivalent fonctionnel de la remise d'un support matériel». En droit canadien, Arrêt du 12 juillet 2012, «Entertainment Software Association c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique», 2012 CSC 34, [2012] 2 R.C.S. 231, considérant qu'avec le téléchargement de jeu vidéo en ligne «il n'y a aucune différence d'ordre pratique entre acheter un exemplaire durable de l'œuvre en magasin, recevoir un exemplaire par la poste ou télécharger une copie identique sur le Web. Internet ne représente qu'un taxi technologique assurant la livraison d'une copie durable de la même œuvre à l'utilisateur.» Cf. N. ROUILLER, L'immatériel et le contrat. Rapport suisse à l'Association Capitant des amis de la culture juridique française, Paris 2014, 12 : les règles sur la vente sont ainsi applicables en cas de livraison «clef en main» de logiciel ou de site internet contre le paiement du prix, l'exécution s'épuisant dans le simple échange des prestations.

⁵⁹ ROUVINEZ (n. 57), N 170 ; N. JEANDIN, Commentaire romand CC I, Bâle 2010, CC 28 N 17.

⁶⁰ On parle dans ce cas de «*licence improprement dite*» : T. PROBST, Le contrat de licence, in : P. Pichonnaz/F. Werro (éds), La pratique contractuelle 3. Symposium en droit des contrats, Genève 2012, 113.

⁶¹ JEANDIN (n. 59), CC 28 N 75. Cf. la Directive européenne 2002/58, concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques prévoit explicitement la possibilité de retirer son consentement en tout temps (art. 6 al. 3 ; 9 al. 1).

⁶² ATF 136 III 401, JdT 2011 II 508.

⁶³ TF du 23 avril 2013, 4A_643/2012, consid. 3.1 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références.

⁶⁴ ATF 132 III 268, consid. 2.3.2 ; 126 III 59, consid. 5 a-b, JdT 2001 I 144 ; ATF 125 III 305, consid. 2b et les références. Voir également TF du 8 mai 2008, 4A_104/2008, consid. 4.2.

⁶⁵ TF du 23 avril 2013, 4A_643/2012, consid. 3.1 et les références. Cette règle d'interprétation (*in dubio pro auctore*), développée par la jurisprudence sur la base de l'art. 16 al. 2 LDA et en raison de la position de l'auteur partie souvent faible au contrat, doit être nuancée : d'abord la jurisprudence tend ces dernières années à l'appliquer de manière autonome plutôt au détriment des auteurs et en faveur des employeurs (cf. TF du 8 mai 2008, 4A_104/2008, consid. 4.2 ; Obergericht Zurich, jugement du 29 janvier 2009, consid. 3.1, sic! 2011, 228 ; Cour civile de Bâle-Ville, jugement du 20 janvier 2004, sic! 2004, 491, consid. 2b ; Tribunal d'arrondissement d'Unterrheintal, jugement du 14 février 2002, sic! 2002, 591, consid. II.4. Ensuite, il convient d'appliquer cette règle uniquement comme complément à l'interprétation objective et si les circonstances l'exigent.

- b) Limites au transfert
- aa) Protection de la personnalité (limites générales et spécifiques de l'incessibilité du droit moral de l'auteur et de l'autodétermination informationnelle)

La commercialisation de *tous les biens numériques* (protégés ou non par un droit subjectif absolu) fait en premier lieu l'objet des limites générales du CO (art. 19-20 CO ; 27 CC). Il s'agit d'abord de l'impossibilité de conclure un contrat sur un droit que le transférant n'a jamais eu, la prestation de ce dernier devenant impossible (art. 20 al. 1 CO). Il s'agit également de l'interdiction des engagements excessifs (art. 27 al. 2 CC). Cette limite a pour but de protéger le transférant contre lui-même et non contre les atteintes de tiers. Plusieurs critères permettent de déterminer le caractère excessif de l'engagement, notamment son intensité, sa durée, son objet, ou son caractère indéterminé⁶⁶. À titre d'exemple, un consentement donné à tous types de traitement de données personnelles ou 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. En revanche, une simple disproportion des prestations ne permet pas de conclure à un engagement excessif⁶⁷.

En plus des limites générales, la commercialisation des *droits d'auteur* fait l'objet de limites spécifiques, à savoir l'incessibilité du droit moral : la cession des droits moraux considérés comme intransmissibles est une atteinte au droit de la personnalité. Cette incessibilité est toutefois controversée. La

jurisprudence récente⁶⁸ et une partie de la doctrine⁶⁹ considèrent les droits moraux comme incessibles, alors qu'une autre partie de la doctrine propose 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)⁷⁰. Une frange plus libérale de la doctrine propose même la libre cessibilité des droits moraux en raison (i) de la commercialisation croissante de certains droits de la personnalité (surtout les droits au nom et à l'image) et (ii) de la valeur économique de certains biens produits collectivement avec des moyens financiers considérables dans un contexte industriel (notamment dans le domaine du logiciel, de la musique et du cinéma). Ceci justifierait donc un traitement identique du droit d'auteur et des droits de propriété industrielle (marques, brevets, designs, pour lesquels la cessibilité des droits est la règle)⁷¹.

⁶⁸ TF, sic! 2010, 526, consid. 3.3, reconnaissant la qualité d'auteur d'un chimiste-documentaliste sur un manuel d'intervention destiné aux sapeurs-pompiers genevois (guide orange) nonobstant toute éventuelle cession des droits d'auteur (« le droit moral ne peut pas être cédé; c'est-à-dire qu'il est indissociablement lié à la personne physique qui a qualité d'auteur »).

⁶⁹ DE WERRA (n. 54), LDA 16 N 19 et les nombreuses références citées, penche pour l'incessibilité des droits moraux en raison du lien indissociable entre les auteurs et leurs œuvres, tout en proposant de faire dépendre la protection du droit moral en fonction de la nature de l'œuvre (œuvre d'art classique ou œuvre fonctionnelle), des circonstances particulières de création (œuvre collective ou individuelle, créée sur commande ou de façon indépendante) et de la nature du droit moral concerné.

⁷⁰ BARRELET/EGLOFF (n. 54), LDA 9 N 7. Cf. DE WERRA (n. 54), LDA 16 N 17, qui explique qu'il est « impossible, d'un point de vue pratique, de dissocier le noyau dur du droit moral de sa sphère extérieure de sorte que cette distinction ne paraît pas utile ».

⁷¹ F. DESSEMONTET, Le droit d'auteur, Lausanne 1999, 604 ; R. M. HILTY, Lizenzvertragsrecht, Berne 2001, 22 ; R. M. HILTY, Urheberrecht, Berne 2010, N 186 ss.

La commercialisation des *données personnelles* fait également l'objet de limites spécifiques. Une première limite est celle de la protection contre les atteintes à la personnalité (art. 28 al. 2 CC et art. 13 LPD). Cette limite a pour but de protéger la personne concernée contre l'atteinte à la personnalité commise par des tiers⁷². Il y aura atteinte à la personnalité, et donc traitement illicite, en l'absence de tout consentement (p.ex. le prestataire traite des données sans requérir de consentement) ou en cas de consentement vicié (p.ex. le prestataire excède l'étendue de la collecte sur la base d'une clause insolite)⁷³. Une deuxième limite est celle de l'incessibilité du droit à l'autodétermination informationnelle, lequel recouvre un droit d'accès (c.à.d. demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées) (art. 8 LPD), un droit de rectification (art. 5 al. 2 LPD), un droit d'effacement et un droit à l'intégrité de ses données⁷⁴. À 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), par opposition aux don-

⁷² ATF 138 II 346, JdT 2013 71, consid. 8 ; pour une liste des différents droits spécifiques qui caractérise la protection des données voir FLÜCKIGER (n. 30), 853.

⁷³ I.3.c).

⁷⁴ FLÜCKIGER (n. 30), 861. Notons que les prétentions découlant de ses droits de l'utilisateur peuvent être invoquées contre toute personne ayant participé à la violation (à la fois le prestataire et le sous-traitant) (art. 15 al. 1 LPD ; 28 CC), à l'exception du droit d'accès qui doit s'exercer auprès du maître du fichier mais dont l'exercice pose d'importantes difficultés pratiques. Avec les échanges croissants de données, tels que Big Data, Data Warehousing, les données sont souvent fractionnées et il est difficile d'identifier qui est le maître de fichier à l'égard d'une donnée spécifique (celui qui collecte et met à disposition des données n'est pas forcément celui qui procède aux analyses et recoupements). Cf. MEIER (n. 7), N 1242-1245 ; VASELLA (n. 7), 280-281.

⁶⁶ S. MARCHAND, Commentaire romand CC I, Bâle 2010, CC 27 N 14.

⁶⁷ ATF 115 II 232, JdT 1990 I 66, le déséquilibre doit être examiné à l'égard de la lésion (art. 21 CO).

nées personnelles ordinaires qui sont cessibles (p.ex. textes et photos).

bb) Consentement

Le transfert volontaire du bien numérique requiert un échange de manifestations de volontés concordantes entre deux ou plusieurs personnes portant sur le transfert. Sur les réseaux, cette manifestation est souvent un consentement de l'utilisateur au prestataire portant sur un transfert déterminé. Le consentement doit remplir plusieurs conditions : il doit être *informé*⁷⁵ (précédé d'une information objective et complète sur le transfert envisagé), être donné avant l'utilisation du bien (consentement *a priori*)⁷⁶, ne pas porter sur le *noyau intangible* de l'essence humaine⁷⁷, être *valable* (le transférant a le pouvoir de disposition sur le bien numérique), *efficace* (non affecté par un vice du consentement) et *concret* (porter sur un objet et un but déterminé)⁷⁸.

Le consentement peut être prévu par conditions générales⁷⁹. Les règles en la matière limitent la portée du consen-

tement, donné quasi aveuglément, par une partie⁸⁰. À notre sens, les mêmes règles s'appliquent en cas de renvoi de conditions générales à d'autres termes préformulés (conditions générales renvoyant à la « politique de confidentialité »). Les règles sur l'*intégration*, soit le caractère contractuel des conditions générales, ont été développées par la jurisprudence⁸¹ et s'appliquent tant aux relations entre professionnels qu'à celles avec des consommateurs⁸². De manière générale, le cocontractant doit pouvoir comprendre⁸³ les conditions générales et les clauses insolites⁸⁴ sont soustraites de l'adhésion donnée globalement, à moins que l'attention de la partie la moins expérimentée en affaires n'ait été spécialement attirée sur ces

clauses⁸⁵. En ce qui concerne les données personnelles, le *consentement* à leur traitement doit être *éclairé* (en particulier le but du traitement doit être compréhensible tout comme le type de données collectées)⁸⁶. Si l'atteinte est importante, une telle clause doit être mise en exergue alors même que la clause ne serait pas insolite⁸⁷. Le non-respect des règles sur l'intégration des conditions générales a pour conséquence de soustraire les clauses non intégrées de l'accord des parties.

Une clause intégrée, lorsqu'elle ne s'applique qu'aux relations avec des consommateurs⁸⁸, doit également être *valide* au sens de l'art. 8 LCD. Elle doit ainsi être conforme à la bonne foi et ne pas présenter un déséquilibre notable et injustifié entre les droits et les obligations des parties. Ces deux critères

⁸⁰ Les règles sur les conditions générales découlent également du droit à la personnalité, en particulier du droit à l'autodétermination, voir à ce sujet O. GUILLOD / G. STEFFEN, Commentaire romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, CO 19-20 N 79; E. A. KRAMER, Berner Kommentar VI/1/2, Berne 1991, CO 19-20 N 30.

⁸¹ Sur les conditions de l'intégration des conditions générales, voir T. KOLLER, AGB-Recht. Eine Übersicht im Lichte der neusten Entwicklungen in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Lehre, in : PJA 2016, 279.

⁸² En revanche, ces règles ne sont pas appliquées de la même manière que les parties soient expérimentées ou non. Par exemple : « Lorsque toutes les parties à la conclusion du contrat disposaient d'une expérience dans le domaine en leur qualité de professionnels de la construction, la règle de la clause insolite ne peut faire obstacle à la validité de celle-ci », TF du 27 juillet 2015, 4A_106/2015, consid. 5.1.

⁸³ Ceci implique notamment que l'accord renvoie clairement aux conditions générales, que le destinataire puisse y avoir effectivement accès (p.ex. à l'aide d'un lien internet) et, selon nous, qu'elles soient rédigées dans la langue du lieu de consommation.

⁸⁴ Une clause est considérée comme insolite si le contractant est inexpérimentée dans la branche économique en question et si la clause est étrangère à l'affaire, c'est-à-dire qu'elle en modifie de manière essentielle la nature ou sorte notablement du cadre légal d'un type de contrat, ATF 109 II 458, consid. 5b; TF du 22 janvier 2015, 9C_540/2014, consid. 4.1.

⁸⁵ ATF 119 II 443, consid. 1.

⁸⁶ « L'intéressé en a été informé de manière appropriée avant la conclusion de cet accord », ATF 140 I 2, JdT 2014 I 167, consid. 10.2.2; JEANDIN (n. 59), CC 28 N 74.

⁸⁷ Le transfert de ses données à un fournisseur services en ligne est si répandu que le caractère insolite de cette clause est discutable. Les utilisateurs sont conscients que le modèle économique de tels prestataires repose sur la valorisation des données récoltées. La Commission française des clauses abusives retient que les clauses de gratuité devraient être éliminées des conditions générales des fournisseurs de réseaux sociaux. Celles-ci « sont de nature à créer un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties » en raison du fait que les réseaux ne sont pas gratuits; les « données, informations et contenus » que l'utilisateur y dépose « constituent une contrepartie », Recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de service de réseaux sociaux, n. 14.

⁸⁸ Le législateur n'a pas défini le consommateur dans le contexte de la LCD, ni précisé si la contrepartie doit agir à titre professionnel. Les critères auxquels recourt usuellement le législateur devraient vraisemblablement permettre de définir la notion de consommateur selon l'art. 8 LCD, à savoir la qualité de personne physique et le but étranger à l'activité professionnelle et à l'exclusion de la prestation de consommation courante qui est un critère qui est utilisé de manière exceptionnelle (art. 120 LDIP; 32 CPC).

⁷⁵ En matière de traitement des données, l'utilisateur doit comprendre le traitement, ce qui implique que les buts doivent être décrits et non formulés de manière générale (art. 4 al. 5 LPD); ATF 140 I 2, JdT 2014 I 167, consid. 10.2.2; JEANDIN (n. 59), CC 28 N 74; MEIER (n. 7), N 876.

⁷⁶ Un consentement donné après l'atteinte (consentement *a posteriori*) s'analyse non comme un véritable consentement, mais comme une renonciation à faire valoir les prétentions qui pourraient découler de l'absence de consentement au moment de l'atteinte, MEIER (n. 7), N 894.

⁷⁷ ATF 136 III 401, consid. 5.2.2, JdT 2011 II 508; ATF 140 I 2, JdT 2014 I 167, consid. 10.2.2: « des conditions contractuelles ne peuvent [...] comporter aucune renonciation à des droits essentiels de l'individu ».

⁷⁸ ATF 136 III 401, consid. 5.2.1 et 5.4, JdT 2011 II 508, consid. 5.4.2.

⁷⁹ ATF 140 I 2, JdT 2014 I 167, consid. 10.2.2. En matière de traitement des données, il s'agit généralement des documents intitulés « Politique de confidentialité », « Privacy policy », « Déclaration relative au traitement des données ».

correspondent à ceux de l'art. 3 de la Directive 1993/13/CEE sur les clauses abusives. À notre avis, il convient de s'inspirer⁸⁹ des solutions retenues dans l'Union européenne, en particulier la liste exemplative de clauses abusives en annexe à la Directive 1993/13/CEE, la jurisprudence ou les recommandations des autorités. À ce titre, les recommandations de la Commission des clauses abusives françaises relatives aux contrats proposés par les réseaux sociaux sont particulièrement utiles⁹⁰. En cas de violation de l'art. 8 LCD, la LCD prévoit des actions en interdiction, en cessation et en constatation et confère la qualité pour agir aux organisations de protection des consommateurs (art. 10 LCD)⁹¹, ce qui pourrait se révéler efficace en cas d'action contre un prestataire de service utilisant des clauses invalides portant sur le transfert de biens numériques. En revanche, la LCD ne prévoit pas d'effets contractuels, contrairement à la Directive européenne, qui prévoit que les clauses abusives ne lient pas les consommateurs (art. 6 al. 1 Directive 1993/13/CEE). Selon nous, il conviendra de partir de la nullité du contrat pour les motifs invoqués ci-dessous⁹². Le statut de consommateur peut permettre, sous conditions, l'exercice d'un droit de rétractation [infra I.3.c)].

c) Conséquences en cas de transfert vicié

En cas de violation positive du contrat (notamment utilisation du bien numérique non couverte par le contrat), la

partie lésée pourra invoquer les règles ordinaires sur l'inexécution (art. 97 ss CO ; 102 ss CO permettant en particulier de réclamer des dommages-intérêts ou la résolution du contrat)⁹³, les règles spéciales (selon la qualification du contrat : application analogique des règles sur la vente ou le bail⁹⁴) et d'éventuelles règles conventionnelles des parties (p.ex. clause d'exclusivité)⁹⁵.

En cas de consentement vicié (notamment engagement excessif ou clause insolite non intégrée aux conditions générales), le lésé pourra invoquer soit les règles sur l'inexécution et la demeure (art. 97 CO ss ; 102 ss CO), soit faire constater la nullité du contrat. En effet, la partie liée par un engagement excessif a le droit de refuser l'exécution du contrat (art. 27 al. 2 CC). Si l'engagement excessif est également contraire aux bonnes mœurs, le contrat est nul (art. 19 al. 2 ; 20 al. 1 CO)⁹⁶. Il en va de

même d'une clause contraire à l'art. 8 LCD⁹⁷. En effet selon nous, la clause qui viole l'art. 8 LCD est illicite et appelle l'application de l'art. 20 CO⁹⁸, partant la nullité de la clause illicite.

Enfin, la cession de droits moraux ou de données personnelles considérées comme intransmissibles sera selon nous nulle au sens de l'art. 20 CO, l'objet du contrat étant illicite.

La nullité sera totale ou partielle. La nullité totale implique que l'entier du contrat sera tenu pour nul et ne sera admise que s'il y a lieu d'admettre que les parties ne l'auraient pas conclu sans les clauses viciées (art. 20 al. 2 CO). La nullité partielle implique que seule la clause illicite est nulle (notamment le traitement illicite de données personnelles car s'écarte du but indiqué, n'est pas indiqué, est trop vague ou traitement non consenti)⁹⁹. Certains auteurs proposent une adaptation de la clause nulle par le juge dans une mesure conforme au droit, ce afin de maintenir le contrat (théorie de l'adaptation)¹⁰⁰. Bien que cette solution du rééquilibrage permette de ménager les intérêts des parties et de maintenir la relation contractuelle, il convient selon nous de la rejeter dans la mesure où le juge ne peut présumer que les parties auraient conclu un accord basé sur un équilibre

ment un contrat prévoyant un engagement objectivement excessif sans que l'autre partie puisse invoquer le caractère excessif de l'engagement. ».

⁹⁷ Une violation de la LCD donne qualité pour agir, selon les art. 9 et 10 LCD, notamment aux organisations d'importance nationale ou régionale qui se consacrent statutairement à la protection des consommateurs.

⁹⁸ Voir KUONEN (n. 89), 32, pour qui la sanction de la nullité est incohérente, car incompatible avec les autres moyens de la LCD.

⁹⁹ À ce propos voir A. PARMENTIER, Conditions de commercialisation des données personnelles : aspects de droit privé, Jusletter 23 mars 2015, N 85, en particulier l'analyse a contrario de l'ATF 119 II 222, JdT 1994 I 598.

¹⁰⁰ KOLLER (n. 81), 291. Cf. TC ZG, 2 juillet 2009, GVP, 2009, 247 (adaptation du taux usuraire prévu dans une clause par le juge).

⁸⁹ Cf. N. KUONEN, Le contrôle des conditions générales : l'envol manqué du phénix, SJ 2014 II, 4 ss, qui ne partage pas cette inspiration.

⁹⁰ Recommandation n° 2014-02 relative aux contrats proposés par les fournisseurs de service de réseaux sociaux.

⁹¹ Mais elles ne peuvent pas demander de dommages-intérêts pour leurs membres (art. 10 al. 2 LPD).

⁹² Supra I.3.c).

⁹³ TERCIER/FAVRE (n. 48), N 7994. On peut songer au traitement de données personnelles non couvert ou aux cas d'éviction, p.ex. le bien numérique est revendiqué par un tiers.

⁹⁴ À propos de l'application analogique des règles sur la vente : Supra I.3.a). Ces règles permettront à l'utilisateur de faire valoir la garantie en raison des défauts de la chose (art. 197 ss CO), soit de résilier le contrat, réduire le prix (art. 205 CO) ou remplacer le bien (art. 206 CO) (p.ex. un utilisateur achetant des données corrompues chez un Data Broker ou un fichier de musique corrompu sur une plateforme de téléchargement). Cf. également TERCIER/FAVRE (n. 48), N 7996, citant plusieurs exemples d'application des règles de la garantie dans le bail ou la vente : ATF 110 II 239, JdT 1985 I 195 (vente d'un brevet se révélant nul) ; ATF 124 III 456, JdT 2000 I 172 (erreur affectant un logiciel).

⁹⁵ À l'égard des droits d'auteur et des données personnelles, il existe également des moyens spécifiques, en particuliers des mesures civiles (défensives et réparatrices) (art. 62 ss LDA ; 28 CC et 13 LPD).

⁹⁶ MARCHAND (n. 66), CC 27 N 18 ; ATF 129 III 209, JdT 2003 I 623, « La protection de la liberté d'une personne doit toutefois lui laisser la possibilité, dans les limites des bonnes mœurs qui doivent être préservées au nom de l'intérêt public, de renoncer dans le présent à la protection de l'art. 27 al. 2 CC et d'exécuter valable-

contractuel qu'il est lui-même amené à déterminer. Par ailleurs, l'absence d'adaptation par le juge a le mérite de la prévisibilité de ses effets.

En cas de nullité, de résolution du contrat ou si une clause n'est pas intégrée au contrat, les prestations échangées doivent être *répétées* (art. 20 *cum* art. 62 al. 2 CO ou 109 al. 1 CO) : le titulaire devrait pouvoir prétendre à la restitution du bien numérique et le cessionnaire ou le preneur devrait pouvoir prétendre à la restitution des redevances payées¹⁰¹. Les effets de la nullité ou de la résolution devront toutefois être *aménagés* car il faut tenir compte du fait que la « restitution » d'un bien numérique qui a pu être dupliqué par celui qui l'a reçu est illusoire (p.ex. en constatant qu'en réalité le contrat a été partiellement exécuté de façon irréversible)¹⁰². Comme pour les prestations de service, il faut appliquer les règles visant les prestations irréversibles et déployer des effets *ex nunc*¹⁰³. Ainsi, l'uti-

lisateur ayant bénéficié de certains services en ligne moyennant le paiement de redevances et la fourniture de données personnelles ne pourra prétendre au remboursement des redevances pour le passé mais pourra cesser le paiement de redevances pour le futur et exiger du prestataire qu'il cesse d'utiliser ses données personnelles.

4. Titularité sur le bien numérique

a) Titularité sur le bien numérique initial

La titularité des biens numériques est difficile à déterminer, notamment en raison des nombreuses relations contractuelles possibles¹⁰⁴ et de l'évolution continue des biens numériques¹⁰⁵.

La titularité dépend du régime légal applicable au bien. En ce qui concerne les *biens protégés par le droit d'auteur*, le *titulaire originaire* est celui qui l'a créé en vertu du principe du créateur (seule la personne physique ayant créé l'œuvre détient les droits d'auteur et toute autre personne ne peut acquérir la propriété que par contrat ou par succession) (art. 6 LDA)¹⁰⁶. Les *biens créés en commun* par plusieurs personnes leur appartiennent en commun (art. 7 al. 1 LDA) au sens d'une propriété en main

commune (art. 652 ss)¹⁰⁷. Le principe de la propriété en main commune implique que les différents membres de la communauté ne peuvent disposer de leur droit que d'un commun accord. Cette propriété commune est dite toutefois *sui generis* parce que les lois de PI apportent des tempéraments aux règles des art. 652 ss CC. L'art. 7 al. 2 LDA tempère le principe selon lequel les membres ne peuvent disposer de leur droit que d'un commun accord en prévoyant qu'aucun des membres ne peut refuser son accord pour des motifs contraires aux règles de la bonne foi. L'art. 7 al. 4 LDA tempère le principe selon lequel le droit de chacun s'étend au tout : il est permis d'utiliser séparément son apport, à condition que l'exploitation de la prestation commune n'en soit pas affectée¹⁰⁸. Le *titulaire dérivé* est celui à qui les droits ont été transférés par cession ou licence. En matière de bien numérique sur les réseaux, la titularité est généralement déterminée par des conditions générales d'utilisation (CGU) (*Terms and Conditions* ou *Terms of Services*) qui reconnaissent souvent aux utilisateurs une titularité sur leurs biens (*information ownership*) et/ou octroient des licences en faveur des prestataires. La titularité originaire appartient alors à l'utilisateur fournisseur de l'information, qui concède au prestataire la titularité dérivée par le biais de licence par consentement exprès ou tacite via la mise à disposition libre de l'œuvre¹⁰⁹. En revanche dans les rapports de travail,

¹⁰¹ Le cessionnaire ou le preneur est privé de l'usage du droit et doit restituer le bien. Il doit également restituer les éventuels documents et garder secrètes les informations dont il peut avoir eu connaissance si elles sont encore confidentielles (ATF 102 Ia 493, JdT 1979 I 63).

¹⁰² ROULLER (n. 58), 2 s.

¹⁰³ TERCIER / FAVRE (n. 48), N 7994 ; R. SCHLOSSER, Le contrat de savoir-faire, Lausanne 1996, 246 : lorsque le contrat a déjà été exécuté pendant un certain temps que « la résolution cède le pas à une résiliation avec effet *ex nunc* ». Si l'utilisateur est un consommateur, ce dernier dispose d'un droit de rétractation dans un délai de 14 jours. Ce droit est toutefois limité aux cas de démarchage en droit suisse (art. 40a ss CO) ainsi que de ventes à distance en droit européen (art. 9 Directive 2011/83/UE). Ce droit est encore limité en matière de bien numérique pour éviter que le consommateur ne copie le fichier puis révoque le contrat : il est ainsi exclu à l'égard d'un bien numérique fourni sur un support matériel si le consommateur l'a descellé et, à l'égard de bien numérique fourni sans support matériel (p.ex. téléchargement de musique), si l'exécution du contrat a commencé avec son accord préalable exprès (art. 16e et 16m Directive 2011/83/UE). En droit suisse, le législateur a renoncé à une règle spéciale

en matière de bien numérique, de sorte que les règles proposées sur les prestations irréversibles (résolution *ex nunc*) nous paraissent appropriées. Cf. <www.admin.ch/ch/f/pore/rf/cr/2013/20132947.html>.

¹⁰⁴ DE WERRA (n. 41), 194, parle de « multiplication des relations contractuelles, par lesquelles les individus et sociétés intègrent dans leurs produits la créativité (et ainsi les droits de propriété intellectuelle) d'autrui et/ou mettent à disposition d'autrui leur savoir-faire et expertise selon formes et modalités qui leur conviennent » (p.ex. licences unilatérales ou croisées, ou coopérations plus étroites).

¹⁰⁵ Les biens numériques générés initialement sont souvent intégrés dans des produits (base de données, agrégation de données) qui deviennent des biens numériques dérivés et complexes.

¹⁰⁶ I. CHERPILLOD, Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 7 N 5.

¹⁰⁷ Pour le droit d'auteur, cf. ATF 129 III 719, JdT 2004 I 274 ; BARRELET / EGLOFF (n. 54), LDA 7 N 2.

¹⁰⁸ CHERPILLOD (n. 106), LDA 7 N 18.

¹⁰⁹ WEBER (n. 3), 17-29. Le défi pour le prestataire est d'identifier quelles données sont protégées et quelles sont les mesures à prendre à leur égard. Le prestataire fournisseur de données et les entreprises de *Big Data* (*Big-Data-Provider*) doivent avoir des relations contractuelles suffisamment flexibles pour s'adapter à cette évolution.

les « œuvres de service »¹¹⁰ et les logiciels¹¹¹ réalisés dans l'exécution du travail sont présumés appartenir à l'employeur, tandis que les œuvres « occasionnelles » ou les œuvres « libres » sont présumées appartenir au salarié (sous réserve d'une cession conventionnelle, explicite ou implicite, déduite du but poursuivi par les parties)¹¹².

En ce qui concerne les biens protégés par le droit de la protection des données, le titulaire originaire est la personne concernée et, sur sa demande, ses données doivent être restituées ou détruites. Le titulaire dérivé est celui à qui les droits ont été transférés par cession ou licence. En revanche, dans les rapports de travail, les messages contenus dans la boîte électronique professionnelle sont présumés appartenir à l'employeur lorsque ce dernier a interdit l'utilisation de la messagerie à des fins privées¹¹³. Il n'a aucun droit d'accéder aux messages privés et doit offrir au travailleur de les récupérer sur un support privé, puis de les effacer des serveurs de l'entreprise lorsqu'un usage privé a été autorisé¹¹⁴.

En ce qui concerne les autres biens, le titulaire originaire est celui qui a initialement la maîtrise de fait sur l'information (le détenteur de secret d'af-

fares, le producteur d'une base de données). Le titulaire dérivé est celui à qui la maîtrise de fait sur l'information a été concédée (p.ex. le cessionnaire d'une créance à un rapport de droit existant avec une plateforme donnant les accès). Les biens créés en commun par plusieurs personnes dépendent du contexte. Dans le cadre des rapports de travail, le titulaire est l'employeur car l'employé est soumis à une « obligation de livrer » tout ce qui a été produit par le travailleur dans le cadre de son activité contractuelle (art. 321b al. 2 CO) (p.ex. le code source ou codes d'accès à un logiciel permettant d'accéder au logiciel pour l'adapter et le modifier ; dossiers, fichiers, fichiers clientèles, projets, notes, correspondances, quel qu'en soit le support)¹¹⁵. Dans le cadre d'un projet commun (p.ex. bases de données de recherche alimentées par plusieurs instituts de recherche formant une société simple au sens de l'art. 544 al. 1 CO), les biens numériques appartiennent en propriété en main commune (art. 652 ss CC), à moins que les parties au projet n'aient opté par contrat pour le régime de copropriété ordinaire (art. 647 ss CC). Le régime de propriété en main commune implique que chaque membre ne peut pas disposer (vente, constitution de gage) individuellement du bien (art. 653 al. 3 CC), sauf à obtenir le consentement de tous les membres ou liquider la communauté (art. 653 al. 2 CC). Si le bien est aliéné sans l'accord

des membres, le transfert est nul et le bien doit être restitué selon les règles de restitution (art. 62 CO pour les biens numériques, voire art. 641 CC pour le support matériel sur lequel le bien numérique est aliéné, tel que clés USB ou CD)¹¹⁶.

b) Titularité sur le bien numérique dérivé

Les biens numériques générés initialement sont souvent intégrés dans des produits (base de données, agrégation de données) qui deviennent à leur tour des biens numériques dérivés.

En ce qui concerne les œuvres dérivées du droit d'auteur (création de l'esprit individuelle conçue à partir d'une ou de plusieurs œuvres préexistantes reconnaissables dans leur caractère individuel, art. 3 al. 1 LDA), la titularité appartient à celui qui a réalisé le bien dérivé (art. 3 al. 3 LDA). Le titulaire du bien dérivé doit toutefois s'assurer de l'accord du titulaire du bien initial avant d'utiliser le bien dérivé (art. 3 al. 4 LDA). Cela sera généralement prévu dans le contrat de licence, lequel déterminera qui, du donneur et/ou preneur de licence, a le droit de réaliser des développements futurs et qui les détient. En l'absence de clause spécifique, il faudra appliquer les règles usuelles d'interprétation (interprétation subjective, éventuellement objective des parties) et la règle spécifique d'interprétation du droit d'auteur (théorie de la finalité)¹¹⁷. Ainsi, dans le doute quant au droit de réaliser des développements

¹¹⁰ Lorsque la volonté de transférer les droits d'auteur à l'employeur ressort des circonstances, en particulier lorsque l'employé a été engagé et payé pour la création des œuvres, qu'il a pu bénéficier pour leur réalisation d'une intégration dans l'entreprise de l'employeur, et que leur utilisation entre dans le domaine d'activité de l'employeur, cf. SALVADÉ/TISSOT (n. 13), 245.

¹¹¹ Art. 17 LDA. Le logiciel protégé englobe tous les processus complets rédigés dans une langue de programmation et servant à résoudre une tâche déterminée, soit en particulier le code-source, le code-objet du programme, la documentation de développement qui s'y rapporte. BARRELET/EGLOFF (n. 54), LDA 2 N 24.

¹¹² SALVADÉ/TISSOT (n. 12), 245-246.

¹¹³ J.-PH. DUNAND, Commentaire Stämpfli du contrat de travail, Berne 2013, CO 328b N 83.

¹¹⁴ DUNAND (n. 113), CO 328b N 103.

¹¹⁵ TF, sic! 1997, 382 ; NE, RJN 1998, 113, 115 : ainsi, lorsqu'un employé, engagé par une société de courtage dans le domaine des assurances, a donné sa démission, qu'il a été engagé par une compagnie d'assurance concurrente, qu'il apparaît qu'il a transféré de sa messagerie électronique professionnelle à sa messagerie privée des documents scannés concernant diverses relations d'assurance, l'employeur dispose de la possibilité de requérir des mesures provisionnelles tendant à la restitution de l'entier des fichiers, photocopies et scans de propositions d'assurance et polices d'assurance, ainsi que tous les dossiers et fichiers appartenant à cette société.

¹¹⁶ Cf. toutefois D. PIOTET, Copropriété et propriété commune spécialement le droit d'aliéner la part et le droit au partage, JdT 2015 II, 16 : l'aliénation du bien à un tiers non-membre de la communauté et sans l'accord des autres membres n'est pas pour autant un acte nul : le principe de la conversion doit faire présumer une cession valable d'une créance future de liquidation de la communauté.

¹¹⁷ Supra I.3.b).

futurs, il faut admettre que le preneur de licence n'a aucun droit.

En ce qui concerne les *biens dérivés protégés par la protection des données*, on plaidera pour une application analogique de ces principes en raison de la nature du droit sur les données personnelles, similaire au droit d'auteur (droit subjectif absolu et caractère personnel des données).

En ce qui concerne les *autres biens dérivés*, la titularité appartient à celui qui a réalisé le bien dérivé. Le titulaire ne doit pas se soucier de l'accord du fournisseur du bien initial dont le bien n'est pas protégé par un droit subjectif absolu et qui ne confère qu'un accès au bien initial (sous réserve d'une interdiction expresse convenue entre les parties dans les modalités d'accès au bien).

5. Conclusion de la première partie

Cette partie a montré la diversité et l'hétérogénéité des régimes légaux applicables au bien numérique. Le droit des contrats apparaît comme le système prévalant, permettant de régir de façon flexible les interactions entre les participants et les différents biens. Pour éviter les risques d'interdépendance entre les participants et tenir compte de la nature du bien numérique, il faudra toutefois prévoir des *ajustements au droit des contrats* (notamment appliquer les règles sur les prestations irréversibles en cas de révocation d'un contrat portant sur un bien immatériel). Pour assurer la cohérence entre les régimes légaux, il faudra par ailleurs procéder à un *tri au sein du bien numérique* et appliquer les différents fondements légaux à chaque élément du bien pris séparément.

Après avoir identifié les régimes légaux applicables, il est possible de déterminer les conditions de transfert du bien numérique : un tel transfert est possible sous forme de *cession*, de *licence* et de *vente* mais dans les *limites au trans-*

fert, en particulier l'incessibilité du droit moral et du droit à l'autodétermination informationnelle, et selon les *règles d'interprétation* contractuelles usuelles et spécifiques (théorie de la finalité). En cas de *violation du contrat* (notamment utilisation du bien numérique non couverte par le contrat) ou de *consentement vicié* (notamment engagement excessif ou clause insolite non intégrée aux conditions générales), le lésé pourra invoquer soit les règles sur l'*inexécution* (art. 97 CO ss) soit faire constater la *nullité* du contrat (art. 20 CO). En cas de nullité ou de résolution, il faudra appliquer les règles sur les prestations irréversibles et déployer des effets *ex nunc*.

Enfin, la *titularité* sur le bien numérique dépend largement du régime légal applicable qui prévoit des conditions de transfert différentes, notamment le droit d'auteur prévoit certaines *règles spéciales* à l'égard des biens créés en commun ou dans les rapports de travail, tandis que les données brutes ne font l'objet d'aucunes règles spéciales.

II. Deuxième partie : le transfert forcé des biens numériques

Cette deuxième partie traite du transfert forcé des biens numériques, autrement dit des cas permettant à une partie contractante à un contrat portant sur un bien numérique de transférer ce dernier sans l'accord de l'autre partie. Dans ce contexte de transfert forcé, d'autres questions, telles que le sort des biens numériques en cas de vente d'une société ou d'une succession, mériteraient d'être analysées mais ne seront pas traitées dans la présente contribution¹¹⁸.

¹¹⁸ Arguments invoqués par le Conseil fédéral dans sa réponse à la question (14.1064) de Jean-Christophe Schwaab relative à une éventuelle nouvelle disposition en droit de faillite <www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=2014

1. Récupération des données en fin de contrat

- a) Obligation de restitution du prestataire (migration des données)

En cas de traitement des données par un prestataire, une question importante est celle de la restitution du bien numérique à l'utilisateur, autrement dit de savoir si, comment et à quel prix les données doivent être restituées à la fin du contrat (migration des données). Les contrats règlent rarement cette question ou, lorsqu'ils le font, prévoient uniquement le principe de restitution des données sans en prévoir les modalités (format, prix), ce qui peut être source de litige (le prestataire pouvant être tenté de réclamer au client des sommes importantes, l'utilisateur pouvant être tenté de réclamer la gratuité).

Cette question est pourtant réglée impérativement par l'*obligation de restitution* prévue dans le contrat de mandat à l'art. 400 al. 1 CO¹¹⁹, laquelle est comparable à la reddition de comptes de l'entrepreneur (art. 365 al. 2 CO)¹²⁰. Cette obligation de restitution s'applique ainsi à l'égard des contrats usuels du marché IT pour lesquels les règles sur le *mandat* et le contrat d'*entreprise* sont applicables¹²¹. Cette obligation

1064> (dernière consultation 27 juillet 2016). Concernant le sort des données en cas de succession, cf. notamment R. H. WEBER, *Der digitale Nachlass*, Jusletter-IT 24 septembre 2015; PEYROT / ANTREASYAN (n. 47).

¹¹⁹ L'art. 400 al. 1 CO dispose : «le mandataire est tenu, à la demande du mandant, de lui rendre en tout temps compte de sa gestion et de lui restituer tout ce qu'il a reçu de ce chef, à quelque titre que ce soit».

¹²⁰ Dans ce sens, J. BROQUET, *L'action en reddition de comptes et en restitution* de l'art. 400 al. 1 CO, in : F. Bohnet (éd.), *Quelques actions en exécution*, Bâle 2011, N 10; F. CHAIX, *La violation par l'entrepreneur de ses devoirs d'information vis-à-vis du maître de l'ouvrage*, SJ 2009 II, 130.

¹²¹ Le contrat de mandat constitue la forme la plus classique du contrat de services, y compris sur le marché IT (p.ex. les contrats prévoyant la planification, le conseil ou la

découle étroitement du principe selon lequel le mandataire ne saurait s'enrichir autrement que par le biais de ses honoraires¹²². Le mandataire doit ainsi restituer tous les biens, créances ou valeurs qu'il a reçus ou créés dans le cadre du mandat¹²³.

S'agissant du *prix*, il s'agit d'une obligation impérative, à laquelle on ne peut renoncer valablement¹²⁴, et accessoire à l'obligation principale de service et de diligence du mandataire. Le mandataire ne peut donc objecter que la restitution des données est une prestation non prévue par le contrat qui pourrait donner lieu à une rémunération supplémentaire. Le prix du service doit inclure toutes les obligations, y compris l'obligation de restitution.

S'agissant des *modalités*, les parties peuvent librement choisir le format de livraison des données, aucune règle de forme n'étant imposée par la loi. Le format des données dépend toutefois du type de mandat¹²⁵ et du principe de bonne foi¹²⁶. Le format des données ne doit ainsi pas vider de sa substance le droit pour le client d'obtenir ses données. Les données restituées devront donc être utilisables et pouvoir être lues

par l'utilisateur sans utiliser de services additionnels du prestataire¹²⁷.

S'agissant d'éventuelles *objections*, le mandataire ne pourra pas faire valoir les moyens de défense classiques, en particulier un droit de rétention contractuel (art. 82 CO), réel (art. 895 CC) ou personnel¹²⁸. Ces moyens sont en effet inapplicables dans le contexte des biens numériques car le droit de rétention porte uniquement sur des choses réalisables par nature (art. 896 al. 1 CO)¹²⁹, ce qui paraît douteux à l'égard de biens numériques, et ne peut pas porter sur l'obligation du mandant de payer les honoraires du mandataire¹³⁰.

b) Épuisement du droit d'auteur de mise en circulation

L'utilisateur pourrait plaider un « droit au transfert » de son bien numérique acquis en raison du principe d'épuisement du droit d'auteur. Selon ce principe, l'acquéreur d'un exemplaire d'une œuvre peut en effet l'aliéner ou le remettre en circulation puisque le droit de mise en circulation de l'auteur est

épuisé¹³¹. L'influence de ce principe doit être toutefois relativisée.

L'épuisement est limité aux cas de *ventes* d'exemplaires numériques, et n'est ainsi pas applicable aux *licences* qui portent sur un droit d'usage sans aliéner d'exemplaire ni aux *cessions* qui confèrent une libre disposition des droits relatifs au bien numérique¹³².

L'épuisement peut être par ailleurs entravé par des *restrictions contractuelles*, telles que des mesures techniques de protection (DRM). Celles-ci sont souvent imposées par les prestataires via des conditions générales d'utilisation et sont protégées en tant que telles puisqu'il est interdit de les contourner (art. 39a al. 1 LDA). Ces restrictions contractuelles peuvent ainsi empêcher l'acquéreur du bien de le transférer à des tiers et évincent ainsi le principe d'épuisement. Elles seront toutefois valables uniquement entre l'aliénaire et l'acquéreur du bien (effet *inter partes*)¹³³ et pourront être tenues pour

gestion sur une certaine durée d'un projet informatique pour le compte d'un client), cf. JACCARD/ROBERT, 99. Le contrat d'entreprise constitue également un des principaux contrats de services (p.ex. lorsqu'un prestataire développe un logiciel individualisé en fonction des besoins spécifiques du client), cf. TF du 26 août 2008, 4A.265/2008, consid. 2.1.2.

¹²² BROQUET (n. 120), N 7.

¹²³ BROQUET (n. 120), N 2 et N 18-19.

¹²⁴ BROQUET (n. 120), N 17, soulignant que la renonciation du mandant à son droit d'obtenir reddition de comptes du mandataire est nulle parce que contraire aux mœurs (art. 20 CO). Cf. W. FELLMANN, Berner Kommentar VI/2/4, Berne 1992, CO 400 N 58; F. WERRO, Commentaire romand CO I, 2^e éd., Bâle 2012, CO 400 N 6.

¹²⁵ FELLMANN (n. 124), CO 400 N 78 ss.

¹²⁶ BROQUET (n. 120), N 12; FELLMANN (n. 124), CO 400 N 78 ss.

¹²⁷ On peut distinguer ici entre les frais liés à la restitution elle-même qui sont dispositifs (p.ex. frais de timbre, prix du support USB, disque dur) et la rémunération du service qui est impérative (p.ex. aller chercher les classeurs fédéraux à la cave, extraire des données, rendre les données lisibles sur d'autres systèmes).

¹²⁸ BROQUET (n. 120), N 33; ATF 122 IV 322, consid. 3c et les références citées, JdT 1998 IV 109.

¹²⁹ ATF 122 IV 322, consid. 3c, JdT 1998 IV 109. BROQUET (n. 120), N 34; E. NEUENSCHWANDER, Cloud Computing eine aktuelle Betrachtung, Jusletter 1 juin 2015, N 27; W. STRAUB, Cloud Verträge — Regelungsbedarf und Vorgehensweise, PJA 2014, 922.

¹³⁰ En raison de l'absence de rapport d'échange au sens de l'art. 82 CO entre l'obligation (accessoire) du mandataire de redditions de comptes et de restitution et l'obligation (principale) du mandant de paiement des honoraires du mandataire). ATF 122 IV 322, JdT 1998 IV 109; TF du 15 octobre 2007, 5A.367/2007; TERCIER/FAVRE (n. 48), N 5169.

¹³¹ E. PHILIPPIN, Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 12 N 8.

¹³² Cf. I.3.a) : à l'égard de bien numérique, on parlera de *vente* en cas de mise à disposition définitive du bien, en particulier de licence perpétuelle contre un paiement forfaitaire unique, c. Cf. PHILIPPIN (n. 131), LDA 12 N 13, qui relève que l'épuisement est délicat à admettre dans l'environnement numérique car l'œuvre ne peut pas être transférée à un tiers sans une nouvelle reproduction (qui n'est pas concernée par l'épuisement du droit de mise en circulation). La reproduction au sens de l'art. 10 al. 2 lit. a LDA se substitue alors économiquement à la distribution au sens de l'art. 10 al. 2 lit. b LDA pour autant qu'il s'agisse d'une mise à disposition définitive (*download-to-own*), qu'aucun l'exemplaire « supplémentaire » de l'œuvre ne soit mis en circulation dans l'opération et que l'acquéreur initial de la copie matérielle ou immatérielle le rend inutilisable en le désinstallant de son ordinateur au moment de la revente.

¹³³ L'épuisement se trouve en effet dans le chapitre sur les « relations entre l'auteur et le propriétaire d'un exemplaire de l'œuvre ». Dans le même sens : TC Zug sic! 2012, 99, consid. 5.1, « Gebrauchtsoftware » : « Vertragliche Veräußerungsbeschränkungen sind nur inter partes wirksam » ; H. BÖTTSCHE, Die

nulles, lorsqu'elles seront prévues dans des conditions générales, en raison des règles sur l'intégration et la validité des conditions générales d'utilisation¹³⁴.

L'épuisement est limité aux *œuvres du droit d'auteur*. Les *données brutes* et/ou *personnelles* sont quant à elles régies par la liberté contractuelle permettant au transférant d'imposer toutes sortes de restrictions contractuelles, telles que des DRM ou des licences sans droit à des sous-licences. Ces restrictions contractuelles pourront être toutefois tenues pour nulles en raison des règles sur l'intégration et la validité. En cas de *superposition de régimes juridiques* commandant une solution différente (p.ex. le bien numérique contenant à la fois des œuvres du droit d'auteur, des données personnelles et des données brutes), il faut opérer un tri entre les différentes parties du bien et appliquer les différents fondements légaux à chaque élément du bien pris séparément. Si les parties du bien numérique sont indissociables au point de rendre le tri impossible, il faudra appliquer le régime légal prévalant¹³⁵.

c) Droit à la portabilité des données

La question du transfert des biens numériques se pose également sous l'angle d'un droit à leur portabilité, soit la possibilité pour un utilisateur de transférer ses données numériques d'un pres-

urheberrechtliche Erschöpfung und ihre Bedeutung im digitalen Umfeld, 195 ss. Contra : PHILIPPIN (n. 130), LDA 12 N 13 ; P. GILLIÉRON, La gestion numérique des droits (DRM) dans les législations nationales, sic! 2004, 281 ss, pour qui l'épuisement est de nature impérative et ne peut pas en être entravé par des mesures techniques de protection (art. 39a al. 4 LDA) car le législateur a exercé une pesée des intérêts lors de l'adoption de l'art. 12 LDA, dont les particuliers ne peuvent s'affranchir par convention sous peine de nullité (art. 20 CO) et de vider l'épuisement de son sens.

¹³⁴ Supra I.3.c)bb) et c.

¹³⁵ Supra I.2.f).

tataire à un autre¹³⁶. En *droit européen*, un droit à la portabilité a été consacré à l'art. 20 du nouveau Règlement 2016/679 qui prévoit l'obligation de tout prestataire qualifié de « responsable de traitement » de garantir une portabilité des données¹³⁷. Les opérateurs devront ainsi développer une fonctionnalité permettant d'interroger leurs bases de données et d'en extraire les informations pertinentes. Pour les petites structures, le coût paraît maîtrisable puisqu'il existe de nombreux outils permettant d'exporter les données simplement. Pour les structures plus importantes, le coût peut être plus important en cas d'architecture de base de données complexes, puisqu'il suppose de développer des outils d'extraction. Le but devrait ainsi garantir le droit à l'auto-détermination informationnelle et de donner aux utilisateurs un moyen effectif de transférer leurs données d'un prestataire à un autre. Il s'agit en réalité d'une prolongation du droit d'accès¹³⁸.

En *droit suisse*, la question de portabilité a été évoquée dans le Rapport du Conseil fédéral relatif au cadre juridique pour les médias sociaux¹³⁹ mais les lois topiques sont formulées de façon *technologiquement neutre* et devraient le rester avec la révision de la LPD et de la LDA. On peut ainsi douter que le droit suisse adopte prochainement un droit général à la portabilité des données. La seule exception est l'industrie des *télécommunications*, qui a réglementé la portabilité des numéros de téléphone : la LTC a ancré le principe de portabilité des numéros, soit l'obligation pour les

¹³⁶ DE WERRA (n. 41), 194.

¹³⁷ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 38.

¹³⁸ Supra I.3.b).

¹³⁹ Rapport du Conseil fédéral en réponse au Postulat Amherd 11.3912 du 29 septembre 2011. Cadre juridique pour les médias sociaux, 9 octobre 2013, ch. 9, 83, exposant la dépendance de l'utilisateur envers le fournisseur de services en ligne et discute d'un « droit au transfert des données » numériques d'un utilisateur d'une plateforme en ligne à une autre. Cité par DE WERRA (2), 194.

fournisseurs de services de télécommunication de permettre à leurs clients de garder leur numéro d'appel lorsque ceux-ci veulent changer de fournisseur. La ComCom a ensuite réglé les modalités du principe, notamment avec une obligation de prévoir des accords d'interconnexion entre fournisseurs et les modalités techniques et administratives d'acheminement des numéros¹⁴⁰.

Il faut toutefois relever que le champ d'application de ces réglementations est limité à des domaines particuliers : le Règlement est strictement *limité aux données personnelles*, soit aux données fournies directement par l'utilisateur de façon active (p.ex. les données relatives au classement de contenu : playlists et favoris) ou passive (p.ex. l'historique de navigation), à l'exclusion des données enrichies par le prestataire, et ce même si elles sont associées au compte utilisateur (p.ex. les données de scoring de clients) et des données brutes ou du droit d'auteur. La LTC est quant à elle strictement limitée à l'industriel des télécommunications. Le succès d'un droit à la portabilité dépend par ailleurs de *l'interopérabilité* des formats utilisés par les prestataires, laquelle n'est souvent pas réglementée¹⁴¹.

d) Abus de position dominante

Le refus de certains prestataires de transférer les biens numériques, notamment au motif que cela engendrerait d'importants frais de migration ou que le bien a été cédé contractuellement, peut constituer un abus de position

¹⁴⁰ Annexe 1 de l'Ordonnance de la ComCom (Prescriptions techniques et administratives concernant la portabilité des numéros entre fournisseurs de services de télécommunication).

¹⁴¹ Elle est en partie réglementée dans l'industrie des télécommunications grâce à l'Annexe 1 de l'Ordonnance de la ComCom (n. 140). Elle ne l'est toutefois pas dans le Règlement 2016/679. WEBER/CHROBAK (n. 2), N 37.

dominante (art. 7 LCart)¹⁴². On songe en particulier à la *dépendance relative*, soit la dépendance économique d'un partenaire (p.ex. une PME) vis-à-vis d'un autre partenaire sur le marché¹⁴³. La LCart s'applique lorsqu'une relation de dépendance économique s'est créée et s'est entretenue d'entente avec l'entreprise dominante qui exploite abusivement cet état de dépendance économique. Ainsi, le client qui a contracté avec un prestataire peut se trouver dans un rapport de dépendance et pourrait plaider qu'il y a abus de position dominante, en particulier s'il a contracté un service d'hébergement ou de traitement de ses données et que le prestataire refuse de restituer les données dans un format utilisable par d'autres prestataires ou au prix d'efforts disproportionnés¹⁴⁴.

On songe également à l'abus de *position dominante* «classique». Les données représentent une matière première (*Rohstoff*) pour de nombreux services. Une entreprise peut conserver sa position dominante sur un marché grâce à des informations difficiles à dupliquer (*essential facility doctrine*)¹⁴⁵ ou grâce

aux effets de réseau (*network effect*)¹⁴⁶. L'accès à ces données représente une condition essentielle pour être présent sur un marché spécifique. Ainsi, la capacité de certains prestataires de contrôler et d'analyser une quantité importante de données crée un avantage concurrentiel (*network effect*) et un risque d'abus de position dominante¹⁴⁷. Dans l'analyse *ex post* d'un éventuel abus de position dominante, il s'agira de définir le marché pertinent et cas échéant de combiner différents marchés qui entretiennent des rapports étroits entre eux (p.ex. les marchés de l'information et de la publicité peuvent être combinés). Dans l'analyse *ex ante*, il faudra être attentif à certaines fusions et acquisitions d'acteurs du marché qui pourraient conduire à une réelle concentration au sens de la LCart¹⁴⁸. Comme l'indique WEBER, il suffit de songer à la transaction entre Facebook et WhatsApp ou, encore en Suisse, à la création d'une entité commune Swisscom, SRG et Ringier pour développer des activités publicitaires¹⁴⁹.

la position dominante peut résulter de ce que l'entreprise dispose de droits exclusifs sur une installation, une infrastructure ou un équipement indispensable et qu'il n'existe pas de substitut réel ni potentiel. ».

¹⁴⁶ L'effet de réseaux signifie qu'une plateforme peut conserver sa position dominante en raison d'une forte concentration de données (exemple: plus il y a d'artistes plus les consommateurs voudront s'abonner à la plateforme et plus il y aura d'abonnés plus les artistes auront intérêt à être présents sur la plateforme). Cf. Rapport du 16 février 2016 sur l'économie numérique de l'Association française de l'Étude de la Concurrence, 77; V. MARTENET/A. HEINEMANN, Droit de la concurrence, Quid iuris?, Zurich 2012, 104.

¹⁴⁷ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 36.

¹⁴⁸ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 41.

¹⁴⁹ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 42, explique qu'en raison des nombreuses données personnelles dont dispose Swisscom et des possibilités de faire de la publicité ciblée, cette transaction pose des questions sous l'angle de la protection des données. La ComCom a autorisé à la mise en place d'une société de commercialisation commune de Ringier, la SRG SSR et Swisscom, considérant que ce projet ne porte

pas atteinte à une concurrence efficace. Cf. communiqué de presse de la ComCom du 16 décembre 2015.

On relèvera enfin que l'étendue d'utilisation des données personnelles augmente ou réduit les possibilités de concurrence et d'innovation car l'accès aux données personnelles est décisif pour la fourniture et l'optimisation de services numériques¹⁵⁰. Des niveaux différents de protection peuvent ainsi renforcer les entreprises parasites entre les prestataires et conduire à un «*market for privacy*»¹⁵¹. À l'échelon international, il faudra rechercher une action coordonnée et viser des standards uniformisés de protection des données pour garantir des conditions comparables pour tous les acteurs du marché.

2. Récupération des données en cas de faillite du prestataire

Lorsqu'un prestataire (ou ses sous-traitants) à qui des données ont été confiées tombe en faillite, le client sera confronté aux difficultés de l'exécution forcée. Même si les parties ont prévu certains mécanismes préventifs à la faillite (p.ex. obligation du prestataire d'annoncer ses chiffres, audit du prestataire par le client, fin du contrat en cas de faillite du prestataire)¹⁵², le droit de l'exécution

pas atteinte à une concurrence efficace. Cf. communiqué de presse de la ComCom du 16 décembre 2015.

¹⁵⁰ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 43.

¹⁵¹ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 43.

¹⁵² Les aménagements contractuels sont par ailleurs limités par le caractère impératif du droit de l'exécution forcée, notamment la constitution de la masse active de la faillite (tous les biens appartenant au débiteur lors de la déclaration de faillite sont intégrés dans la masse active; un cocontractant du failli ne peut se prévaloir d'une clause résolutoire avec effet rétroactif pour rechercher dans la masse active de la faillite des actifs dont il n'est plus propriétaire) et l'égalité de traitement entre créanciers (les parties ne peuvent accompagner la fin du contrat en accordant au cocontractant une prétention supplémentaire dans la masse en faillite car les créanciers doivent tous supporter sur un pied d'égalité le dommage résultant de la faillite

¹⁴² WEBER/CHROBAK (n. 2), N 33.

¹⁴³ E. CLERC/P. KËLLEZI, Commentaire romand, Droit de la concurrence, 2^e éd., Bâle 2013, LCart 4 II N 275.

¹⁴⁴ WEBER/CHROBAK (n. 2), N 37, parlent d'un effet de *lock-in*; DE WERRA (n. 41), 196.

¹⁴⁵ En droit européen, cf. la décision de la Commission du 24 mars 2004 (affaire COMP/C-3/37.792 Microsoft), JOUE, 6 février 2007, L 32/23. La Commission a estimé abusif le refus de Microsoft de divulguer les informations permettant l'interopérabilité entre Windows et des logiciels concurrents, considérant que «*les informations refusées sont indispensables aux concurrents présents sur ce marché*» et «*qu'il n'existe pas d'alternative réelle ou potentielle à la divulgation des informations proposées*». Elle a condamné Microsoft à payer une amende record de plus de 497 millions d'euros et à divulguer les informations nécessaires pour assurer une interopérabilité complète entre Windows et les logiciels de ses concurrents. En droit suisse, cf. ATF 139 II 316, consid. 6.1: «*Conformément à la théorie de l'essential facility: désormais consacrée aussi en droit suisse,*

forcée pose *plusieurs difficultés* juridiques exposées ci-dessous¹⁵³.

a) Récupération des données par le client

La *récupération des données* est une autre question délicate à laquelle le client est confronté en cas de faillite du prestataire. Dès l'avis de saisie, le prestataire (failli) a l'interdiction de disposer de ses biens qui tombent dans la masse en faillite (art. 197 al. 1 LP). La masse en faillite inclut tous les actifs du failli cessibles ayant une valeur patrimoniale¹⁵⁴. Les biens numériques, soit en particulier les droits d'auteur¹⁵⁵, les données personnelles et les données brutes¹⁵⁶, tomberont généralement dans cette masse en faillite dans la mesure où le prestataire en a la maîtrise de fait et sera présumé propriétaire ou ayant droit¹⁵⁷.

Pour éviter ceci, le client pourrait tenter l'*action en revendication*, en alléguant un droit sur les données s'opposant à la saisie (art. 242 LP)¹⁵⁸. À l'égard de bien tangible dont le client est propriétaire (p.ex. le support matériel incorporant le bien, le disque dur d'un ordinateur, une clé USB, le serveur d'un prestataire de services), l'action en revendication est admise, en tant qu'il s'agit d'un objet corporel¹⁵⁹. À l'égard d'un bien numérique, la question est plus délicate car il s'agit de bien intangible. Selon une partie de la doctrine, l'action en revendication s'applique uniquement aux biens corporels et est ainsi exclue pour les biens numériques¹⁶⁰. Le Conseil fédéral a confirmé cette approche, dans le cadre d'une réponse à une question parlementaire (2014), soit que « *le droit civil ne confère pas actuellement de droit de propriété sur les données informatiques et qu'il n'est dès lors pas possible d'invoquer l'art. 242 LP pour revendiquer la propriété de données lors d'une faillite* ». Il n'a en outre pas estimé nécessaire d'instaurer une règle particulière dans la LP, au motif que le transfert de données d'un détenteur initial à un tiers peut se produire non seulement en cas de faillite mais également en cas de vente de société ou de succession, renvoyant à la révision de la LPD qui étudie la question de « *propriété* » des données¹⁶¹. Le Conseil fédéral a tou-

tefois décidé de donner suite à une initiative parlementaire proposant de reconnaître un droit de propriété sur les données personnelles¹⁶². À l'étranger, les solutions varient. Aux États-Unis, le client est toujours le propriétaire des données et la faillite prévoit une protection spécifique aux données clients. Au Luxembourg, le législateur a récemment ancré une revendication sur les données en cas de faillite, pour autant que le prestataire détienne les données légalement pour le compte d'un tiers (et qui n'est donc pas le titulaire légal), qu'il puisse séparer les données du client des autres clients (art. 567 al. 2 Code du commerce), que les données soient dissociables des autres données clients et que le demandeur en supporte les coûts.

Selon nous, l'approche consistant à exclure le bien numérique de l'action en revendication est erronée. Il convient en effet d'y inclure (au moins) les données personnelles et droit d'auteur en tant que droit subjectif absolu. Ceux-ci doivent être traités comme des droits de propriété (civile) couverts par l'action en revendication (art. 242 LP)¹⁶³. Ce

du débiteur). S. MARCHAND, Précis de droit des poursuites, 2^e éd., Zurich 2013, 190-191.

¹⁵³ Le droit applicable de l'exécution forcée se détermine selon le siège du prestataire mais pose également des difficultés, en particulier lorsque le prestataire sous-traite l'hébergement des données à des filiales ou des sous-traitants à l'étranger (p.ex. le failli est une société suisse faisant partie d'un groupe dont les données sont hébergées aux USA, domicile de la société mère.) Cette question ne sera toutefois pas approfondie davantage, faute de place. Cf. NEUENSCHWANDER [n. 129], 130 ss).

¹⁵⁴ MARCHAND (n. 152), 130 ss.

¹⁵⁵ J. DE WERRA, Commentaire romand, Propriété intellectuelle, Bâle 2013, LDA 16 N 7. Pour les droits d'auteur, l'œuvre doit avoir déjà été divulguée par l'auteur (art. 18 LDA et art. 92 al. 4 LP). ATF 68 III 65 ; P. CORNAZ, L'exécution forcée des droits de propriété intellectuelle, Lausanne 2002.

¹⁵⁶ CHÊNEVERT (n. 29), 1 ss : les données personnelles ont une valeur appréciable. cf. Etude de Syncapse, Value of a Facebook Fan 2013 ; Cf. AUF DER MAUR/BÜRGI LOCATELLI (n. 36), 853 ss : les noms de domaine peuvent faire l'objet d'une exécution forcée.

¹⁵⁷ Selon le critère de la titularité la plus vraisemblable, utilisé dans les procédures de revendication dans la saisie (art. 107-108 LP), également applicable à la faillite. MARCHAND (n. 152), 135.

¹⁵⁸ MARCHAND (n. 152), 104 : La revendication est la procédure permettant à un tiers de faire valoir ses droits sur une chose saisie (art. 106 ss LP), soit en particulier les droits réels (propriété ou droit réel limité), la titularité d'une créance ou d'un droit immatériel, ou les droits personnels annotés.

¹⁵⁹ La pratique recommande de faire reconnaître comme la propriété du client les supports de données se trouvant chez le prestataire mais appartenant au client, afin que la masse en faillite reconnaisse ses biens comme ceux du client, NEUENSCHWANDER (n. 129), N 23.

¹⁶⁰ M. RUSSENBERGER, Basler Kommentar SchKG II, 2^e éd., Bâle 2010, SchKG 242 N 10.

¹⁶¹ Question parlementaire 14.1064 « Faut-il compléter le droit des faillites en matière de données informatiques ? » déposée le 16

septembre 2014 par Jean Christophe Schwaab, ainsi que la réponse du CF: <www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaef?AffairId=20141064>. Cf. NEUENSCHWANDER (n. 129), N 24.

¹⁶² Initiative parlementaire 14.434, « Protégér l'identité numérique des citoyens » déposée le 20 juin 2014 par Derder Fathi, <www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vis ta/geschaef?AffairId=20140434>.

¹⁶³ DE WERRA (n. 155), LDA 18 N 8 ; P.-R. GILLIÉRON, Commentaire romand, Poursuite et faillite, Bâle 2005, LP 242 N 11. Cf. ATF 112 III 115, JdT 1988 II 152, consid. 3.b) dans lequel une différence claire est faite entre un droit au brevet et créance : « *ce critère de rattachement [pour le séquestre d'une créance] ne convient qu'aux rapports juridiques bilatéraux et ne peut par conséquent pas être transposé dans le droit des brevets où il s'agit d'un droit absolu, opposable à tous et qui ne tend pas à l'exécution de prestations.* » Cf. toutefois KGER GR, BLSch 2011, 26, consid. 4.2.b.cc : « *Die aus dem Urheberrecht fließenden, der Zwangsvollstreckung unterliegenden Nutzungsbefugnisse stellen kein Eigentum dar und weder das SchKG noch das URG stellt sie für die Be-*

traitement est justifié par la différence de nature entre un droit subjectif absolu et une simple créance. Une créance, en tant que droit du créancier d'exiger une prestation de son débiteur, est un droit par définition personnel et relatif. Elle se dirige contre une personne déterminée et n'est valable qu'entre les parties. Le droit subjectif absolu est quant à lui un droit attaché à un bien qui est absolu et déploie des effets *erga omnes*¹⁶⁴. Ainsi, les modalités de réclamation dans la faillite varieront suivant le type de biens : il faut distinguer entre les biens faisant l'objet d'un droit de propriété (civile) et/ou d'un droit subjectif absolu (droit d'auteur, données personnelles) que le client peut revendiquer par le biais de l'action en revendication (art. 242 LP) et les autres (données brutes) faisant l'objet d'un droit *inter partes* que le client devra revendiquer selon les règles sur la production des créances. En tant que créances matérielles visant une prestation de services, ces données sont converties en créance pécuniaire pour un montant correspondant à la valeur de la prestation (art. 211 al. 1 LP).

En résumé :

- les droits d'auteur et données personnelles, sur lesquels le client est resté titulaire (parce qu'il n'a concédé qu'une licence au prestataire, non une cession) et que la masse a inscrits (erronément) à l'inventaire (art. 221 LP) peuvent être réclamés par le client par le biais de l'action en revendication (art. 242 LP). En revanche, les droits d'auteur et données personnelles que le client a cédés au prestataire tombent dans la masse en faillite et le client ne pourra plus les récupérer.

lange der Zwangsvollstreckung dem Eigentum gleich. ».

¹⁶⁴ A. PEYROT, Le trust de common law et l'exécution forcée en Suisse Genève 2011, 98.

- Les données brutes, sur lesquelles le client a perdu la maîtrise de fait en raison d'un contrat d'hébergement avec un prestataire, tombent dans la masse en faillite et le client ne pourra plus les réclamer en tant que telles mais uniquement en produisant sa créance dans la masse en faillite. En tant que créances matérielles visant une prestation de services, ses données sont converties en créance pécuniaire pour un montant correspondant à la valeur de la prestation (art. 211 al. 1 LP) puis réalisées (art. 252 ss LP) ou éventuellement exécutées (restituées) par l'administration de la faillite (art. 211 al. 2 LP). L'administration décidera en opportunité, selon les intérêts de la masse, de réaliser ou au contraire de restituer au client des données hébergées sur un serveur¹⁶⁵. Le client n'a ainsi aucune garantie de récupérer ses données.

Comme solutions *de lege lata*, les utilisateurs devraient s'assurer de prévoir, dans leurs rapports contractuels avec les prestataires : (i) la titularité (sans pouvoir exclure le risque que les données numériques ne soient pas couvertes par l'action en revendication respectivement soumises aux règles sur la production de créances), (ii) l'hébergement dans une juridiction reconnaissant des droits en cas de faillite (p.ex. Luxembourg), (iii) la séparation (logique ou physique) de leurs données des autres clients, (iv) le transfert et le dépôt des

¹⁶⁵ CORNAZ (n. 155), 166, rappelle qu'il s'agit d'une décision en opportunité selon les intérêts de la masse. NEUENSCHWANDER (n. 129), N 26, explique que, selon une prise de position du préposé cantonal zurichois, l'administration de la faillite doit réaliser les données clients à la condition de procéder à une pesée des intérêts, en particulier à la lumière des rapports contractuels entre le client et le failli : plus le rapport de confiance est important, plus le transfert (réalisation) des données est limité.

données en cas d'insolvabilité du prestataire chez un dépositaire (escrow agent) et (v) une anonymisation ou pseudonymisation complète des données.

Comme solutions *de lege ferenda*, on indiquera que la question de « propriété » doit se régler de façon complète, sans se limiter aux données personnelles car les biens numériques contiennent aussi des données brutes et des droits d'auteur. On proposera donc soit (i) de réviser la LP en étendant l'action en revendication aux données informatiques des tiers dans la faillite du prestataire, soit (ii) de reconnaître une titularité sur les données (à la fois les droits d'auteur, les données personnelles et les données brutes).

- b) Sort du contrat de licence après la faillite et risque pour le preneur de licence

En cas d'insolvabilité ou faillite d'une partie à un contrat de licence, le contrat de licence continue d'être exécuté par l'administration de la faillite ou peut être adjudgé à un tiers qui en poursuit l'exécution (art. 211 LP)¹⁶⁶. Ainsi, la licence portant sur les œuvres, les données personnelles et/ou les données brutes générées par l'utilisateur du service (donneur de licence) peut être adjudgée à un tiers reprenant si lui ou le prestataire (preneur de licence) tombe en faillite. Une difficulté tient à l'éventuelle *dépendance du cocontractant par rapport au contrat de licence*. Le donneur de licence peut résilier le contrat (en tant que la faillite du preneur de licence devient un juste motif de résiliation)¹⁶⁷. Or, cette situation fragiliserait la position du preneur et des éventuels sous-

¹⁶⁶ Cf. ROUVINEZ (n. 57), N 1154, qui considère que l'on ne saurait accepter qu'un tiers reprenne les obligations du preneur de licence en faillite en raison du caractère personnel des droits de la personnalité (*intuitu personae*).

¹⁶⁷ ROUVINEZ (n. 57), N 1154; CORNAZ (n. 155), 165-166.

preneurs de licence. Le preneur au sous-contrat est dépendant du contrat principal qui peut être résilié par le donneur de licence. Puisque le preneur de licence au contrat principal ne peut plus faire usage du droit cédé en vertu du contrat principal, il se trouve dans l'impossibilité (subjective) d'exécuter le contrat de sous-licence. Le preneur au sous-contrat peut, en l'absence de droit de résiliation conventionnel, agir contre son cocontractant selon les art. 102 ss CO¹⁶⁸. En raison de cette situation de dépendance, les tribunaux suisses et étrangers semblent désormais protéger les preneurs et sous-preneurs de licences de biens intellectuels, reconnaissant ainsi leur dépendance envers leurs donneurs/titulaires des droits concernés. Comme le relève Werra, en Suisse le TF a jugé qu'il fallait «prendre en compte les intérêts d'un tiers au contrat (soit le client de l'agence de publicité) dans l'appréciation de l'existence de justes motifs de résiliation du contrat-cadre conclu entre les illustrateurs et l'agence de publicité»¹⁶⁹. En Allemagne, la Cour fédérale (BGH) a par ailleurs reconnu à un sous-preneur de licence «le droit de continuer à utiliser les biens intellectuels qui faisaient l'objet de la sous-licence (des logiciels et des œuvres musicales) en dépit de la résiliation du contrat de licence principale liant le donneur de licence principale et le preneur de licence (et donneur de sous-licence)»¹⁷⁰.

3. Conclusion de la deuxième partie

Cette partie a analysé les conditions de transfert forcé des biens numériques. Actuellement, les utilisateurs et les prestataires font face à certaines incertitudes juridiques (quels droits et moyens

de droit existent en fin de contrat ou en cas de faillite). Les solutions juridiques existent pourtant.

La question de récupération des données à la fin du contrat est déjà prévue par l'*obligation de restitution*, laquelle permet à l'utilisateur de récupérer ses données et obtenir ainsi leur migration dans un format lisible et sans coûts supplémentaires. L'*épuiement* a une faible influence sur la portabilité des biens en raison de son application limitée aux œuvres du droit d'auteur et des éventuelles restrictions contractuelles des prestataires, et le *droit à la portabilité* des données n'est pas consacré en tant que tel dans les lois nationales. La portabilité ainsi que l'*interopérabilité* des données pourraient être toutefois réclamées par un utilisateur dans certaines circonstances en cas d'abus de position dominante, soit en particulier en cas de dépendance relative (notamment lorsque le prestataire refuse de restituer les données dans un format utilisable par d'autres prestataires ou au prix d'efforts disproportionnés) ou l'abus de position dominante «classique» (notamment lorsque l'accès à des données représente une condition essentielle pour être présent sur un marché spécifique).

La question du *sort des données dans la faillite* suppose de bien distinguer les droits d'auteur et données personnelles que le client peut réclamer par le biais de l'action en revendication (art. 242 LP) (sous réserve d'une cession des droits), des données brutes que le client pourra uniquement réclamer selon les règles sur la production de créance. Plusieurs *aménagements contractuels* sont alors possibles et permettront à l'utilisateur de récupérer ses données. La question du *sort du contrat de licence* suppose certains *tempéraments au droit des contrats* afin d'éviter que les preneurs et sous-preneurs de licence se trouvent dans l'impossibilité (subjective) d'exécuter le contrat de sous-licence en raison d'une éventuelle

résiliation du donneur de licence. Les tribunaux semblent reconnaître au sous-preneur de licence un droit de continuer à utiliser les biens nonobstant la résiliation.

Résumé

La première partie a montré que, parmi les différents concepts de propriété et régimes légaux applicables, le droit des contrats apparaît comme le système prévalant. Pour tenir compte de la nature spéciale du bien numérique, il faudra toutefois prévoir des ajustements au droit des contrats. Pour assurer la cohérence entre les régimes légaux applicables au bien numérique, il faudra par ailleurs procéder à un tri au sein du bien numérique et appliquer les différents fondements légaux à chaque élément du bien pris séparément. La commercialisation du bien numérique fait essentiellement l'objet de deux types d'accords : la licence et la cession, cette dernière équivalant à une vente en cas de transfert définitif du bien. Cette commercialisation fait toutefois l'objet de limites au transfert, en particulier celles découlant de l'incessibilité du droit moral et du droit à l'autodétermination informationnelle, et des règles d'interprétation contractuelles usuelles et spécifiques (théorie de la finalité). En cas de violation du contrat ou de consentement vicié, le lésé pourra invoquer soit les règles sur l'inexécution soit faire constater la nullité du contrat. En cas de nullité ou de résolution, il faudra appliquer les règles sur les prestations irréversibles et déployer des effets ex nunc. Enfin, la titularité sur le bien numérique dépend largement du régime légal applicable qui prévoit des conditions de transfert différentes.

La deuxième partie a analysé les conditions de transfert forcé des biens numériques. La récupération des données à la fin du contrat est déjà prévue par l'obligation de restitution, laquelle permet à l'utilisateur d'obtenir la migration

¹⁶⁸ TERCIER / FAVRE (n. 48), N 8008.

¹⁶⁹ DE WERRA (n. 41), 194, citant TF, sic ! 2013, 603, consid. 5.5.

¹⁷⁰ DE WERRA (n. 41), 194, citant BGH, GRUR 2009, 946, «Reifen Progressiv».

des données dans un format lisible et sans coûts supplémentaires. L'épuisement a une faible influence sur la portabilité des biens en raison de son application limitée aux œuvres du droit d'auteur et des éventuelles restrictions contractuelles des prestataires. La portabilité et l'interopérabilité des données pourraient être toutefois réclamées dans certaines circonstances en cas d'abus de position dominante du prestataire. La question du sort des données dans la faillite suppose de bien distinguer entre les droits d'auteur et données personnelles que le client peut réclamer par le biais de l'action en revendication et les données brutes que le client pourra réclamer selon les règles sur la production de créance. Afin de permettre à l'utilisateur de récupérer ses données en cas de faillite du prestataire, il est recommandé de prévoir certains aménagements contractuels. Afin de tempérer la dépendance des sous-preneurs de licence par rapport au contrat de licence principal, il paraît par ailleurs nécessaire de prévoir certains ajustements au droit des contrats et de reconnaître au sous-preneur de licence un droit de continuer à utiliser les biens nonobstant la résiliation.

Zusammenfassung

Der erste Teil zeigt die, im Zusammenhang mit der auf das digitale Gut Eigentumsbegriffen und anwendbaren gesetzlichen Regelungen, vorrangigen Regeln des Vertragsrechts auf. Um der beson-

deren Natur des digitalen Guts Rechnung zu tragen, muss das Vertragsrecht jedoch angepasst werden. Zur Sicherstellung der Kohärenz der gesetzlichen Regelungen muss das betreffende digitale Gut zudem aufgeteilt und müssen die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen auf jedes Element separat angewendet werden. Die Vermarktung des digitalen Guts ist im Wesentlichen Gegenstand zweier Arten von Verträgen: die Lizenzierung und die Abtretung. Im Falle einer bleibenden Übergang der Güter kommt die Vermarktung einem Verkauf gleich. Der Vermarktung sind jedoch Grenzen gesetzt. Dies insbesondere durch die Unverzichtbarkeit der Urheberpersönlichkeitsrechte und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie durch die allgemeinen und speziellen Vertragsauslegungsregeln (bei Letzteren beispielsweise die Zweckübertragungstheorie). Bei Vertragsverletzung oder bei mangelhafter Einwilligung kann sich der Geschädigte entweder auf die allgemeinen Bestimmungen über die Folgen der Nichterfüllung berufen oder die Nichtigkeit des Vertrags feststellen lassen. Bei Nichtigkeit oder Auflösung ist keine Rückabwicklung möglich und die Regeln über Leistungen entfalten eine Ex-nunc-Wirkung. Schliesslich hängt die Inhaberschaft des digitalen Guts weitgehend von der anwendbaren gesetzlichen Regelung ab, welche unterschiedliche Übertragungsvoraussetzungen vorsehen.

Der zweite Teil analysiert die Zwangsübertragung digitaler Güter. Die Rückforderung von Daten nach Beendi-

gung des Vertragsverhältnisses ist bereits durch die Rückerstattungspflicht vorgesehen, gemäss welcher der Benutzer ein Anrecht auf Migration der Daten ohne Kosten und in eine lesbare Form hat. Der Erschöpfungsgrundsatz hat nur eine beschränkte Wirkung auf die Übertragbarkeit von Gütern. Dies aufgrund seiner beschränkten Anwendbarkeit auf urheberrechtlich geschützte Werke sowie aufgrund möglicher vertraglicher Einschränkungen der Dienstanbieter. Die Portabilität und Interoperabilität der Daten kann auch unter Berufung auf den Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung des Dienstanbieters eingefordert werden. Das Schicksal der Daten im Falle eines Konkurses setzt eine klare Unterscheidung voraus: zwischen einerseits den Urheberrechten sowie personenbezogenen Daten, welche der Kunde durch eine Aussonderungsklage, und andererseits den Rohdaten, welche der Kunde über eine Forderungsanmeldung einfordern kann. Um dem Benutzer im Falle eines Konkurses des Dienstanbieters die Rückforderung seiner Daten zu ermöglichen, wird empfohlen, entsprechende vertragliche Vorkehrungen zu treffen. Um die Abhängigkeit der Unterlizenznehmer in Bezug auf den Hauptlizenzvertrag zu mildern, erscheint es weiterhin notwendig, das Vertragsrecht anzupassen und den Unterlizenznehmern ein Recht auf Weiterbenutzung der Güter, in Unabhängigkeit von der Hauptvertragsauflösung, zuzusprechen.