



Assemblée générale

Distr. générale
12 mai 2020
Français
Original : anglais

**Commission des Nations Unies
pour le droit commercial international**
Cinquante-troisième session
New York, 6-17 juillet 2020

Questions juridiques liées à l'économie numérique : transactions de données

Table des matières

	<i>Page</i>
I. Contexte	2
II. Qu'est-ce que les données et les transactions de données ?	2
III. Acteurs	4
IV. Régimes juridiques	4
A. Droits et obligations des parties à des transactions de données	4
B. Les données en tant que bien	7
C. Réflexions à l'intention de la Commission	13
V. Évaluation préliminaire des textes pertinents de la CNUDCI	13
A. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises	13



I. Contexte

1. Comme indiqué dans le document A/CN.9/1012, le volume de données créées chaque année devrait augmenter pour passer de quelque 16 000 milliards de gigaoctets à 163 000 milliards de gigaoctets en 2025¹. Dans son *Rapport sur l'économie numérique 2019*, la Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED) décrit une « économie des données » engendrée par l'importance des données en tant que moteur du développement économique et intégrant un « marché des données » destiné à l'échange d'une gamme de services liés aux données. En 2020, dans la seule Union européenne (UE), la valeur de l'économie des données (c'est-à-dire l'impact du marché des données sur l'ensemble de l'économie) est estimée à 477 milliards d'euros².

2. Dans l'économie des données, les transactions de données ont lieu le long d'une « chaîne de valeur des données », qui produit de « l'intelligence numérique », laquelle peut servir à éclairer la prise de décisions et à mettre au point de nouveaux produits³. Le long de cette chaîne, différents types de données font l'objet de transactions à différentes étapes. Alors que les données brutes situées à l'une des extrémités de la chaîne sont, à elles seules, peu propices à la création de la valeur, les « données dérivées » (c'est-à-dire les données issues du traitement des données brutes) et les « données agrégées » (c'est-à-dire les jeux de données compilées à partir de différentes sources de données) créées le long de la chaîne ont quant à elles un fort potentiel.

3. Les chaînes de valeur de données existent non seulement au niveau national, mais également au niveau international. Les flux de données transfrontières sont particulièrement importants pour le commerce et le développement internationaux. Comme le fait observer la CNUCED, « [l]a portée mondiale des plateformes numériques mondiales et le fait qu'elles soient fondées sur les données font naître des flux internationaux massifs de données entre des utilisateurs et des plateformes situés dans des pays différents⁴ ».

4. Au vu de l'importance des données pour le commerce international, il est nécessaire d'évaluer la manière dont les lois existantes en matière commerciale s'appliquent aux transactions de données et à d'autres usages commerciaux des données. Le présent document n'aborde pas, entre autres, les lois sur la protection de la vie privée et des données (sujets qui soulèvent des questions sensibles de politique publique)⁵, ni le droit de la propriété intellectuelle.

II. Qu'est-ce que les données et les transactions de données ?

5. Selon la définition largement reconnue formulée par l'Organisation internationale de normalisation (ISO), une « donnée » est une « représentation réinterprétable d'une information sous une forme conventionnelle convenant à la communication, à l'interprétation ou au traitement⁶ ». C'est sur une conception similaire des données – comme représentant des informations – que repose la notion de « message de données » dans les textes de la CNUDCI sur le commerce électronique, ce terme étant défini comme « l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des

¹ Organisation mondiale du commerce, *Rapport sur le commerce mondial 2018 : L'avenir du commerce mondial* (Genève 2018), p. 30.

² Outil de surveillance du marché européen des données, disponible (en anglais) à l'adresse <http://datalandscape.eu/european-data-market-monitoring-tool-2018>.

³ CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2019 – Création et captation de valeur : incidences pour les pays en développement* (Genève, 2019), p. 29.

⁴ Ibid., p. 100.

⁵ À sa cinquante et unième session, la Commission a décidé que les travaux exploratoires du Secrétariat devraient « éviter les questions liées à la protection de la vie privée et des données ». Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-treizième session, Supplément n° 17 (A/73/17)*, par. 253 b).

⁶ ISO, *Technologies de l'information – Vocabulaire*, norme ISO/CEI 2382:2015 (disponible en anglais seulement).

moyens analogues⁷ ». D'après la définition de l'ISO, les données ne doivent pas nécessairement se présenter sous forme électronique ou lisible par machine, bien que ce type de données offrent un plus grand potentiel de valeur dans l'économie numérique⁸.

6. Dans le cadre d'un projet conjoint (voir également par. 15 ci-après), l'American Law Institute (ALI) et l'Institut européen du droit (ELI) examinent actuellement les règles juridiques applicables aux transactions de données, en vue de mettre au point des principes relatifs à l'économie numérique (ci-après les « principes ALI/ELI »)⁹. Dans le texte actuel du projet de principes ALI/ELI, une « transaction de données » est définie comme une « transaction relative au contrôle ou au traitement des données, ou à tous droits ayant trait aux données¹⁰ », le « contrôle » étant défini comme la capacité d'accéder aux données et de déterminer les objectifs et les moyens de leur traitement (en ayant ou non le droit de le faire), et le « traitement » comme la réalisation d'opérations telles que l'enregistrement, l'organisation, la structuration, le stockage, l'adaptation ou la modification, la récupération, la transmission, l'alignement ou la compilation, la restriction, l'effacement ou la destruction des données.

7. Le texte actuel du projet de principes ALI/ELI prévoit des dispositions spécifiques pour les transactions de données suivantes :

- a) Le transfert de données ;
- b) La fourniture ou l'autorisation de l'accès à des données ou à une source de données ;
- c) La mise en commun de données sur une plateforme en ligne ;
- d) La fourniture de services de traitement de données ; et
- e) La fourniture de services visant à faciliter les transactions de données (notamment via une plateforme en ligne).

8. Afin d'éclaircir certaines questions relatives aux transactions de données, le Ministère japonais de l'économie, du commerce et de l'industrie (METI) a publié en 2018 des directives contractuelles relatives à l'utilisation de l'intelligence artificielle et des données, dont une section est consacrée aux données (ci-après les « Directives du METI relatives aux données »)¹¹, afin de « promouvoir une négociation et une exécution raisonnables des contrats, de réduire les coûts de transaction et de diffuser les contrats portant sur des données ». Contrairement aux principes ALI/ELI, les Directives du METI relatives aux données traitent la création de données comme une transaction de données distincte.

9. Comme le fait remarquer la CNUCED, les différents types de données qui font l'objet de transactions dans l'économie des données peuvent être classés selon une série de critères distincts, notamment : données personnelles ou non personnelles ; données privées ou publiques ; données répondant à des objectifs commerciaux ou administratifs ; données utilisées par des entreprises, y compris les données professionnelles, des ressources humaines, les données techniques ou commerciales ; données structurées ou non structurées ; données immédiates ou historiques ; données

⁷ Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique, art. 2 a) ; et Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, art. 4 c). Dans la Loi type de la CNUDCI sur les documents transférables électroniques, le terme « document électronique » est utilisé.

⁸ Dans la norme ISO/CEI 2382, une note relative à la définition du terme « donnée » indique qu'une donnée « peut être traitée par des personnes ou des moyens automatisés ».

⁹ Pour de plus amples informations sur ce projet conjoint, voir www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects-feasibility-studies-and-other-activities/current-projects/data-economy/.

¹⁰ Le projet de principes ALI/ELI revêt actuellement la forme d'un premier projet de texte à l'intention du Conseil de l'ALI, en date du 8 décembre 2019, dont dispose le Secrétariat.

¹¹ Ministère japonais de l'économie, du commerce et de l'industrie, *Contract Guidelines on Utilization of AI and Data: Data Section* (Directives contractuelles sur l'utilisation de l'intelligence artificielle et des données : section sur les données) (juin 2018), traduction anglaise disponible à l'adresse www.meti.go.jp/press/2019/04/20190404001/20190404001-1.pdf.

volontaires, observées et extrapolées¹² ; données sensibles ou non sensibles ; données d'entreprise à entreprise, d'entreprise à consommateur, de gouvernement à consommateur ou de consommateur à consommateur¹³. Ces critères montrent que les données et les transactions de données peuvent concerner un large éventail de parties prenantes et relever de lois très diverses.

III. Acteurs

10. La chaîne de valeur des données fait intervenir non seulement une série d'étapes distinctes pour le contrôle et le traitement des données, mais aussi un éventail d'acteurs distincts. Ces différents acteurs, qui peuvent être définis selon la fonction qu'ils remplissent le long de la chaîne de données, comprennent :

- a) Le créateur des données (c'est-à-dire la personne qui crée les données, y compris au moyen d'une machine ou d'un capteur, ainsi qu'à partir d'autres données) ;
- b) Le sujet des données (c'est-à-dire la personne à laquelle se rapportent les données) ;
- c) Le fournisseur des données (c'est-à-dire la personne qui fournit les données, par exemple une personne qui fournit des données mises en commun sur une plateforme en ligne) ;
- d) Le destinataire des données (c'est-à-dire la personne qui reçoit les données, par exemple une personne qui accède à des données mises en commun sur une plateforme en ligne) ;
- e) La personne qui traite les données (indépendamment de la question de savoir si elle crée ou reçoit les données) ; et
- f) L'opérateur de plateforme de données (c'est-à-dire la personne qui héberge les données sur une plateforme en ligne).

IV. Régimes juridiques

11. La présente section aborde deux aspects des transactions de données, telles que définies plus haut (voir par. 6), à savoir : a) les droits et obligations des parties aux transactions de données, et b) les données en tant que bien.

A. Droits et obligations des parties à des transactions de données

1. Droit des contrats

12. Les transactions de données étant contractuelles, la principale branche du droit dont elles relèvent est le droit des contrats. Pour faciliter la compréhension des types de droits et obligations contractuels en jeu, on peut classer les transactions de données en trois catégories, selon le type de contrat considéré :

- a) *Contrat de fourniture de données* : ce type de contrat porte sur les transactions dans lesquelles le fournisseur des données fournit les données ou l'accès

¹² Selon une publication du Forum économique mondial, les « données volontaires » (c'est-à-dire les données créées et expressément échangées par les individus, comme les profils sur les réseaux sociaux), les « données observées » (c'est-à-dire les données obtenues par l'enregistrement des actions des individus, comme les données de localisation résultant de l'utilisation de téléphones mobiles) et les « données extrapolées » (c'est-à-dire les données concernant les individus qui reposent sur l'analyse des informations volontaires ou observées, comme les cotes de crédit) sont trois catégories de données personnelles. Voir *Rethinking Personal Data: A New Lens for Strengthening Trust* (Repenser les données personnelles : une nouvelle optique pour le renforcement de la confiance), en anglais seulement (Genève, 2014), p. 16 et 17.

¹³ CNUCED, *Rapport sur l'économie numérique 2019*, p. 31. Plusieurs de ces critères concernent principalement les données personnelles (c'est-à-dire les données liées à un individu identifié ou identifiable).

aux données au destinataire des données, et définit généralement les droits d'utilisation du destinataire et d'autres conditions de la fourniture des données. Le contrat peut prévoir que le fournisseur des données abandonne le contrôle des données, auquel cas la transaction peut être assimilée à une « cession » de données. À l'inverse, il peut prévoir que le fournisseur des données conserve ses droits d'utilisation.

b) *Contrat de création de données* : ce type de contrat établit des droits d'utilisation entre les parties concernant des données nouvellement créées (par exemple, des données brutes produites par des capteurs et les données qui en sont dérivées par traitement, analyse, édition et intégration)¹⁴. Les parties peuvent également convenir d'une garantie relative aux contenus et à la création continue des données, de la répartition des profits et des dépenses, et des questions relatives à la gestion des données et à la sécurité¹⁵.

c) *Contrat de service lié à des données* : ce type de contrat porte sur la fourniture de services de traitement des données, l'une des parties étant tenue de traiter les données fournies par l'autre partie et de lui permettre d'accéder aux données traitées. Les services qui peuvent en faire l'objet incluent les services de capture de données, les services d'informatique en nuage¹⁶, l'analyse de données et les services de transmission électronique. Ce type de contrat a également trait à la fourniture par un intermédiaire de services visant à faciliter les transactions de données (notamment via une plateforme en ligne).

13. Selon un rapport établi par le Support Centre for Data Sharing (initiative financée par la Commission européenne), les clauses contractuelles types utilisées par les parties prenantes du secteur incluent généralement des dispositions relatives i) à la teneur ou à la nature des données (par exemple, données personnelles, informations du secteur public, informations confidentielles), ii) à des questions commerciales ou liées à l'activité (par exemple, rémunération, durée du contrat, licenciement motivé), iii) aux droits de contrôle, de « propriété » et d'utilisation (par exemple, contrôle exclusif, droits de propriété intellectuelle, restrictions), iv) au contexte juridique global (par exemple, droit applicable, règlement des litiges) et v) au service fournissant les données (par exemple, disponibilité, temps de réponse)¹⁷.

14. Si, conformément au principe de l'autonomie des parties, le droit des contrats donne généralement force de loi aux clauses d'un contrat, il comprend également certaines règles et certains principes qui visent à maintenir dans les relations commerciales le niveau d'équité que chaque système juridique considère comme souhaitable. Dans le contexte des transactions de données, il semble exister une incertitude non seulement entre les parties au sujet des droits et obligations à inscrire dans leur contrat, mais aussi chez les avocats et les juges quant à l'application des règles et principes existants du droit des contrats. Par exemple, les règles du droit des contrats relatives à l'exécution suffisante et aux obligations implicites, telles que celles en rapport avec le mode de fourniture et la qualité des données, pourraient nécessiter la prise en compte de la nature et de l'objet du contrat (c'est-à-dire de la transaction de données) et de la pratique commerciale établie (entre les participants au marché des données), démarche qui elle-même demande de comprendre la nouvelle économie des données.

15. L'incertitude susmentionnée a motivé ces dernières années plusieurs initiatives, dont la publication des Directives du METI relatives aux données, l'établissement d'un code de conduite sur le partage de données agricoles par convention entre membres du secteur agricole dans l'UE, et l'élaboration des principes ALI/ELI (qui devrait s'achever en 2021). Comme indiqué sur la page Web du projet conjoint ALI/ELI :

¹⁴ Directives du METI relatives aux données, p. 5.

¹⁵ Ibid., p. 42.

¹⁶ Le Secrétariat a récemment publié un *Aide-mémoire sur les principales questions liées aux contrats d'informatique en nuage*, que l'on trouve à l'adresse https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/media-documents/uncitral/en/19-09103_eng.pdf.

¹⁷ *Rapport du Centre de soutien pour le partage de données sur les termes de contrats types recueillis* (juillet 2019), p. 8 et 9.

Aux États-Unis comme en Europe, l'économie des données commence à être une source de préoccupation pour les parties prenantes, par exemple pour les consommateurs, les secteurs qui dépendent des données et les start-up, en raison de l'incertitude liée aux règles et doctrines juridiques applicables. Les inquiétudes vont d'une incertitude manifeste de la loi, qui risque de freiner l'innovation et la croissance, à une perte de contrôle des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire, et à des problèmes majeurs liés à la protection et aux droits fondamentaux des consommateurs. De manière plus fondamentale, il existe déjà une incertitude concernant la question de savoir quels droits les parties « possèdent » et peuvent s'échanger ; par exemple, qui « possède » les données créées par une activité comme la conduite d'une voiture connectée, quels sont les attributs de ces données et les droits y afférents, et qui pourrait avoir à indemniser qui pour l'exploitation du potentiel économique de ces données. Cette incertitude va à l'encontre de la prévisibilité nécessaire aux transactions de données et a mis les législateurs et les tribunaux aux prises avec les problèmes en jeu.

2. Droit de la vente de marchandises

16. Dans nombre de pays, le droit des contrats est complété par une législation concernant spécifiquement la vente de marchandises. Dans certains de ces pays, la notion de « marchandise » renvoie uniquement à des objets corporels, tandis que dans d'autres régimes, elle revêt une portée plus large. Par ailleurs, le terme « vente » suppose généralement le transfert de droits de propriété (voir ci-après)¹⁸.

17. Dans de nombreux pays de *common law*, la législation applicable à la vente de marchandises est fondée sur la loi britannique de 1893 relative à la vente de marchandises (aujourd'hui abrogée). Les tribunaux de certains de ces pays ont estimé que la législation ne s'appliquait pas aux logiciels ni, à plus forte raison, aux données¹⁹. Si la réforme législative menée dans des pays comme la Nouvelle-Zélande a étendu la portée de la législation aux logiciels, il semble peu probable que celle-ci soit appliquée aux données en général²⁰. Aux États-Unis d'Amérique, le Code de commerce uniforme ne traite pas expressément des transactions portant sur des logiciels, mais certains tribunaux ont choisi de l'appliquer à ce type de transactions²¹. Il convient de signaler que les législateurs étatiques se sont vu proposer la loi uniforme sur les transactions informatiques²² comme règlement type pour réglementer les transactions portant sur des produits informatiques, tels que les logiciels et les bases de données en ligne ; toutefois, cette loi n'a pas été largement adoptée.

18. S'agissant des pays de droit romain, en Allemagne, par exemple, conformément à l'article 453 du Code civil, les dispositions relatives à la vente de marchandises

¹⁸ Voir la « définition communément admise » formulée par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, abordée au paragraphe 28 ci-après.

¹⁹ Au Royaume-Uni, en ce qui concerne la loi de 1979 sur la vente de marchandises, voir Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *St. Albans City et District Council c. International Computers Limited*, affaire n° QBENF 94/1521/C, jugement, 26 juillet 1996, *All England Law Reports*, vol. 1996, n° 4 ; Cour d'appel d'Angleterre et du Pays de Galles, *Computer Associates UK Limited c. Software Incubator Limited*, affaire n° A3/2016/3823, jugement, 19 mars 2018, *Lloyd's Law Reports* 2018, vol. 2018, n° 1, [2018] EWCA Civ 518. En Australie, en ce qui concerne la loi de 1923 sur la vente de marchandises de l'État de Nouvelle-Galles du Sud, voir Cour suprême de la Nouvelle-Galles du Sud, *Gammasonics Institute for Medical Research Pty. Ltd. c. Comrad Medical Systems Pty. Ltd.*, affaire n° 2009/14136, jugement, 9 avril 2010, *New South Wales Law Reports*, vol. 77, p. 479, [2010] NSWSC 267.

²⁰ Voir l'article 3 de la loi de 2003 portant modification de la loi sur la vente de marchandises, modification dont il est aujourd'hui tenu compte à l'article 119-1 de la loi de 2017 sur le droit des contrats et le droit commercial.

²¹ Voir, par exemple, Tribunal civil de la ville de New York, *Communications Groups, Inc. c. Warner Communications, Inc.*, jugement, 28 mars 1988, *New York Miscellaneous Reports, Third Series*, vol. 138, p. 80.

²² National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, loi uniforme sur les transactions informatiques (2002), disponible à l'adresse www.uniformlaws.org/viewdocument/committee-archive-52?CommunityKey=92b2978d-585f-4ab6-b8a1-53860fbb43b5&tab=librarydocuments.

s'appliquent également aux droits et à d'autres objets, ce qui pourrait englober les données. En France, selon l'article 1582 du Code civil, la vente concerne la livraison d'une « chose », ce qui n'inclut pas les données. En Chine, en vertu de l'article 132 de la loi sur les contrats, les dispositions relatives au contrat de vente s'appliquent à tout objet dont le vendeur est propriétaire ou dont il a le droit de disposer. Au Japon, conformément à l'article 555 du Code civil, le contrat de vente implique le transfert de certains droits réels, à savoir ceux qui permettent de retirer des intérêts et des avantages de la propriété de l'objet de la vente. En Chine et au Japon, il y a lieu de penser que les dispositions existantes relatives à la vente de marchandises pourraient s'appliquer aux données, à condition que des droits similaires à la propriété soient reconnus dans le cas des données (voir ci-après pour un examen de la question des droits de propriété sur les données).

3. Autres régimes

19. En 2018, l'UE a adopté un règlement-cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel²³. Ce règlement prévoit, entre autres, l'élaboration de codes de conduite sectoriels relatifs à la portabilité des données, en met à cet égard l'accent sur les fournisseurs de services d'informatique en nuage, le but étant d'éviter les pratiques menant à une dépendance à l'égard des fournisseurs et d'encourager la concurrence sur le marché des données. Bien que non contraignants, ces codes de conduite ont pour effet d'imposer des obligations supplémentaires aux fournisseurs de services de données, par exemple des obligations d'information et l'obligation de faciliter les démarches des utilisateurs qui souhaitent changer de fournisseur de services²⁴.

B. Les données en tant que bien

20. Les différents acteurs qui interviennent le long de la chaîne des données ne seront pas toujours dans une relation contractuelle les uns avec les autres. En conséquence, il existe des limites au principe selon lequel un acteur peut se prévaloir du droit des contrats pour protéger ses intérêts sur des données lorsque celles-ci sont utilisées par un tiers (comme le veut, par exemple, la doctrine de la relativité des contrats dans les pays de *common law*).

21. La présente section analyse les régimes juridiques applicables aux données en tant que bien, à savoir : i) le droit des biens et ii) d'autres régimes, dont le droit pénal.

1. Droit des biens

22. Actuellement, il semble que la plupart des systèmes juridiques ne considèrent pas les données comme un objet de droits de propriété (droits réels). Par exemple, elles ne sont pas considérées comme telles dans les codes civils de l'Argentine²⁵, de l'Espagne²⁶, de la Fédération de Russie²⁷, de la France²⁸ ou du Japon²⁹.

23. En Allemagne, plusieurs tribunaux ont estimé que les données n'étaient pas une « chose » au sens de l'article 90 du Code civil, et qu'elles ne faisaient donc pas l'objet des droits de propriété classiques, qui sont réservés aux objets physiques³⁰. Toutefois, la suppression de données sauvegardées sur un disque dur a été considérée comme une violation de la « propriété » (« Eigentum ») sur le disque dur, dans le contexte

²³ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne.

²⁴ Voir SWIPO, « Le groupe multipartite présente des codes de conduite visant à favoriser dans toute l'Europe la concurrence et la portabilité des données pour les clients des services d'informatique en nuage », communiqué de presse, Helsinki, 26 novembre 2019, disponible (en anglais) à l'adresse www.swipo.eu/media/SWIPO_press_release.pdf.

²⁵ Articles 15 et 16.

²⁶ Article 544.

²⁷ Articles 85 et 206.

²⁸ Article 128.

²⁹ Article 348.

³⁰ Voir, par exemple, Tribunal régional de Constance, affaire n° 1 S 292/95, jugement, 10 mai 1996 ; et Haute Cour régionale de Dresde, affaire n° 4 W 961/12, jugement, 5 septembre 2012.

d'une demande de dommages-intérêts introduite en vertu de l'article 823 du Code civil³¹.

24. En Chine, l'article 127 des Dispositions générales du Code civil dispose que les données peuvent être protégées par la loi, mais ne les reconnaît pas expressément comme un objet de droits de propriété, en indiquant seulement que « [d]ans les cas où des lois prévoient la protection des données (...) ces lois s'appliquent ». Dans un jugement rendu en 2018, un tribunal de première instance de Hangzhou a reconnu des droits et des intérêts sur des produits de mégadonnées revendiqués par un opérateur réseau dans l'optique du droit de la concurrence, afin de protéger l'investissement de l'opérateur dans ces produits. Toutefois, en l'absence de toute législation traitant des droits sur les produits de données, le tribunal a refusé de reconnaître la propriété sur les produits en question, en avançant que la propriété était un droit absolu, dont l'octroi aux opérateurs réseau imposerait les obligations correspondantes à une majorité indéfinie de la population³². Ce jugement a été confirmé en 2019 par la Haute Cour populaire de Zhejiang, qui a décrit les droits et intérêts sur les produits de données comme des « droits et intérêts de propriété concurrentiels »³³.

25. En Angleterre, où « la loi est réticente à traiter l'information en soi comme un bien », la Cour d'appel a récemment confirmé, dans l'affaire *Your Response Ltd. c. Datateam Business Media Ltd.*, que les données contenues dans une base de données électronique ne constituaient pas un bien corporel aux fins de la *common law* anglaise et que, par conséquent : a) les données ne pouvaient faire l'objet d'un droit de rétention (c'est-à-dire le droit d'un dépositaire de refuser de restituer un bien) ; et b) la rétention de données ne pouvait motiver un droit d'action pour détournement (c'est-à-dire pour utilisation abusive du bien d'autrui)³⁴. Toutefois, la Cour a concédé qu'il existait des arguments de poids en faveur de la reconnaissance, comme nouvelle catégorie de biens, d'objets incorporels tels que les contenus numérisés, mais a ajouté que cette évolution du droit nécessiterait « l'intervention du Parlement »³⁵.

26. Les juridictions australiennes ont adopté une approche similaire³⁶. En revanche, leurs homologues néo-zélandaises se sont montrées plus enclines à étendre au domaine numérique, sans intervention législative, les catégories de biens au sens de la *common law*. Par exemple, dans l'affaire *Henderson c. Walker*, la Haute Cour a admis que les fichiers numériques du demandeur étaient susceptibles de possession et que, par conséquent, l'utilisation de ces fichiers sans l'accord du demandeur pouvait donner lieu à un droit d'action pour détournement³⁷. Elle a ajouté que ce principe s'appliquait à tous les « biens numériques », qu'elle a définis comme englobant « toutes les formes d'informations stockées sous forme numérique sur un dispositif électronique, par exemple les courriers électroniques, les fichiers numériques, les séquences filmées numériques et les programmes informatiques » (on notera que les éléments de cette liste ne correspondent pas aux types de biens numériques visés dans l'additif 3)³⁸. Il est difficile de savoir si le jugement rendu dans cette affaire fait autorité, de sorte que toutes les données, indépendamment de la manière dont elles sont structurées, seraient protégées par un droit d'action pour détournement.

³¹ Haute Cour régionale de Karlsruhe, affaire n° 3 U 15/95, jugement, 7 novembre 1995 ; voir également Haute Cour régionale d'Oldenbourg, affaire n° 2 U 98/11, jugement, 24 novembre 2011.

³² Tribunal des transports ferroviaires de Hangzhou, *Taobao (China) Software Co., Ltd. c. Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd.*, Zhe 8601 Min Chu n° 4034, jugement, 16 août 2018.

³³ Haute Cour populaire de Zhejiang, *Anhui Meijing Information Technology Co., Ltd. c. Taobao (China) Software Co., Ltd.*, Zhe Min Shen n° 1209, jugement, 2 juillet 2019.

³⁴ *Your Response c. Datateam Business Media*, affaire n° B2/2013/1812, jugement, 14 mars 2014, *Official Law Reports: Queen's Bench Division*, vol. 2015, p. 41, [2014] EWCA Civ 281.

³⁵ *Ibid.*, par. 27.

³⁶ Voir Cour suprême de Nouvelle-Galles du Sud, *Hoath c. Connect Internet Services*, affaire n° 1599/02, jugements, 22 mars 2006, *Australian Law Reports*, vol. 229, p. 566 [2006] NSWSC 158.

³⁷ *Henderson c. Walker*, affaire n° CIV-2014-409-45, jugement, 3 septembre 2019, [2019] NZHC 2184.

³⁸ *Ibid.*, par. 263.

Toutefois, dans un jugement ultérieur, la Haute Cour a indiqué que son premier jugement rendait ce droit valable pour les « informations purement numériques »³⁹.

27. Aux États-Unis d'Amérique, il a été admis dans certains États que le droit d'action pour détournement s'étendait aux objets incorporels⁴⁰. Par exemple, dans l'affaire *Thyroff c. Nationwide Mutual Insurance Co.*, la Cour d'appel de l'État de New York a estimé que, selon la loi de cet État, le droit d'action pour détournement s'étendait aux « documents électroniques qui étaient stockés sur un ordinateur et indiscernables de documents imprimés » et, en l'espèce, aux informations clients et aux informations personnelles stockées dans le système informatique d'un représentant auquel un intermédiaire avait accès à partir d'un ordinateur autorisé⁴¹. Elle a néanmoins appelé l'attention sur le fait qu'elle ne s'était pas posé la question de savoir « si, de la multitude d'autres formes d'informations virtuelles, toutes devraient être protégées par le délit »⁴².

28. Dans l'Union européenne, des commentateurs juridiques ont considéré que la Cour de Justice, dans l'affaire *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*, avait ouvert la voie à un débat sur la propriété des objets incorporels⁴³. Dans cette affaire, la Cour a estimé que la distribution commerciale de logiciels au moyen du téléchargement en ligne pouvait constituer une vente aux fins de la directive 2009/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur. Pour parvenir à cette conclusion, elle a noté que, selon une définition communément admise, une « vente » était une convention par laquelle « une personne cède, moyennant le paiement d'un prix, à une autre personne ses droits de propriété sur un bien corporel ou incorporel lui appartenant », et que, par conséquent, « l'opération commerciale donnant lieu (...) à un épuisement du droit de distribution relatif à une copie d'un programme d'ordinateur implique que le droit de propriété sur cette copie a été transféré »⁴⁴. L'applicabilité de cette décision à d'autres produits numériques et dans d'autres branches du droit de l'UE reste à examiner.

29. Le traitement des données en tant que bien soulève une série de questions de droit et de politique publique. La Haute Cour néo-zélandaise a examiné certaines de ces questions de politique publique dans l'affaire *Henderson c. Walker*, en envisageant d'étendre le droit d'action pour détournement à « toutes les formes d'informations stockées sous forme numérique sur un dispositif électronique », qu'elle a désignées par le terme « biens numériques » :

Il existe également de très bonnes raisons de politique générale d'étendre le délit de détournement aux biens numériques. Actuellement le droit (civil) offre une protection lorsque le bien corporel contenant les biens numériques fait l'objet d'un détournement ; que les informations enregistrées sur le bien numérique sont obtenues par abus de confiance ou atteinte à la vie privée ; ou que le bien numérique fait l'objet d'un contrat, d'un droit d'auteur ou d'un brevet. Toutefois, il serait possible d'acquérir des biens numériques dans des circonstances où ces protections ne s'appliquent pas, par exemple dans le cas où un pirate informatique supprimerait à distance des serveurs d'une entreprise un programme non confidentiel, mais précieux.

³⁹ *Ruscoe c. Cryptopia Limited (en liquidation)*, affaire n° CIV-2019-409-000544, jugement, 8 avril 2020, [2020] NZHC 728, par. 91.

⁴⁰ *Kremen c. Cohen*, affaire n° 01-15899, jugement, 25 juillet 2003, *Federal Reporter, Third Series*, vol. 337, p. 1024, [2003] USCA9 49.

⁴¹ *Thyroff c. Nationwide Mutual Insurance Co.*, jugement, 22 mars 2007, *New York Reports, Third Series*, vol. 8, p. 292 et 293.

⁴² *Ibid.*, p. 293.

⁴³ Affaire n° C-128/11, jugement, 3 juillet 2012.

⁴⁴ *Ibid.*, par. 42.

Les biens numériques peuvent avoir une immense valeur commerciale dans le monde moderne, de sorte qu'il existe une importante raison économique de veiller à ce qu'ils soient suffisamment protégés par la loi.

(...)

Avec du recul, il paraît évident que les biens numériques devraient bénéficier de la protection offerte par le droit des biens. Ils possèdent toutes les caractéristiques des biens et les difficultés conceptuelles semblent venir avant tout des origines historiques de notre droit des biens corporels. Il existe une différence réelle entre les biens numériques et les informations qui y sont enregistrées. Ces supports d'information permanents peuvent déjà faire l'objet d'un détournement lorsqu'ils revêtent une forme physique, et il serait arbitraire de faire dépendre la loi de la forme du support, alors même que les supports numériques sont devenus omniprésents dans la vie moderne.

30. Cependant, la Cour a reconnu l'existence d'avis opposés :

Ceux qui s'opposent à l'extension s'inquiètent des modalités d'application du concept de possession à des biens incorporels... Les opposants avancent que la *common law* ne confère de contrôle absolu sur rien qui ait une valeur économique, car même les biens corporels ne font pas l'objet d'une protection contre les intrusions éphémères, comme les intrusions visuelles, et c'est le concept de possession qui impose des restrictions dans le cas des biens corporels.

Les opposants mettent aussi en avant que la *common law* a pris soin de définir des catégories de détournement (prise de possession physique, détention et refus de restitution, utilisation abusive et transfert à un tiers) qui se fondent sur la nature physique des biens. De leur point de vue, le détournement étant un délit de responsabilité stricte, il pourrait se révéler préjudiciable de l'étendre à un domaine qui est source d'incertitude.

31. Certaines questions de politique publique ont été étudiées dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE). Par exemple, la Commission syndicale consultative auprès de l'OCDE a publié une analyse des questions clefs et des recommandations concernant la croissance continue de l'économie numérique. Elle examine la gouvernance des données et signale qu'il importe de créer des régimes de gouvernance et des règles juridiques de meilleure qualité en matière de données. À cette fin, elle recommande d'établir « des normes relatives à la propriété des données, y compris le droit d'accès, de traitement et de suppression, et à la tarification des données »⁴⁵. Le secrétariat de l'OCDE a également publié un rapport sur les questions clefs dans l'optique de la transformation numérique au sein du G20, dans lequel il note que la question de la propriété des données est l'un des défis à relever pour encourager l'investissement dans les données et l'échange de données. Dans le même temps, il indique que l'octroi de droits de propriété sur les données présente des difficultés supplémentaires, compte tenu de la diversité des parties prenantes et de l'éventail des droits qu'elles pourraient chercher à faire protéger, par exemple « la capacité d'accéder à des données, de créer, de modifier et d'empaqueter des données, d'en retirer un avantage, de les vendre ou de les supprimer, mais également le droit d'attribuer ces privilèges d'accès à d'autres »⁴⁶.

32. Par ailleurs, dans une communication de 2018 sur la mise en place d'un espace commun des données dans l'UE, la Commission européenne a indiqué, au sujet du partage de données entre entreprises, que les parties prenantes « ne sont (...) pas favorables à un nouveau type de droit de "propriété des données" », car « l'élément essentiel dans le partage entre entreprises n'est pas tant la propriété que la manière

⁴⁵ Commission syndicale consultative, *Digitalization and the Digital Economy: Trade Union Key Messages* (Numérisation et économie numérique : les messages clefs de la Commission syndicale, en anglais seulement), février 2017, p. 5.

⁴⁶ OCDE, *Key Issues for Digital Transformation in the G20* (Questions clefs dans l'optique de la transformation numérique dans le G20, en anglais seulement), rapport présenté à une conférence conjointe de la Présidence allemande du G20 et de l'OCDE, Berlin, 12 janvier 2017, p. 65 et 66.

dont l'accès est organisé »⁴⁷. La plupart des commentateurs juridiques semblent partager ce constat, tout au moins pour ce qui est des données non structurées. À cet égard, la nature « non concurrentielle » des données (en ce sens que, du fait qu'il est facile de les reproduire, leur utilisation par une personne n'en restreint pas l'utilisation par une autre) est souvent mise en avant comme une raison pour laquelle elles ne devraient pas faire l'objet de droits de propriété, de même que la difficulté de déterminer précisément quelles données pourraient en faire l'objet. D'aucuns avancent également qu'il serait inutile de se contenter de caractériser les données comme un « bien » sans se pencher au préalable sur le contexte législatif pour lequel cette caractérisation est requise⁴⁸, et sur les incidences qui pourraient en découler dans d'autres contextes.

2. Autres régimes

33. Certains régimes juridiques offrent des « couches » de protection supplémentaires pour certains types de données ou de représentations de données. Ainsi, dans de nombreux pays, la loi prévoit des droits tels que le droit d'auteur, des droits portant sur les bases de données⁴⁹, des droits relatifs aux données personnelles et des droits (ou les obligations correspondantes) en rapport avec le secret des affaires et les informations confidentielles. Le secrétariat de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) examine actuellement les incidences de l'économie des données sur les régimes existants de propriété intellectuelle⁵⁰. Il convient de noter que les questions relatives à la protection de la vie privée et des données ont été expressément exclues du mandat confié au Secrétariat.

34. Certains pays ont mis en place une législation visant à octroyer des droits sur les données détenues par un tiers pour le cas où celui-ci deviendrait insolvable. Ainsi, le Luxembourg a modifié en 2013 son Code de commerce, afin de permettre la récupération des données fournies à un prestataire de services d'informatique en nuage frappé d'insolvabilité⁵¹. D'autres pays ont adopté une législation qui établit des droits d'accès aux données détenues par un tiers pour le cas où celui-ci décéderait ou serait frappé d'incapacité⁵².

35. Certains pays octroient une protection supplémentaire dans le cadre du droit pénal. En Allemagne, par exemple, l'article 303a du Code pénal érige en infraction la manipulation (notamment la suppression) de données sur lesquelles s'exercent des droits de tiers. Pour déterminer si un droit de tiers existe, la Cour d'appel de Nuremberg a affirmé que le pouvoir de disposer des données revenait en principe à la personne qui était à l'origine de leur enregistrement⁵³. En France, la Cour de cassation a établi, dans un jugement rendu en 2015, que le téléchargement de données depuis un site Web non public en vue de leur sauvegarde sur des supports personnels et de leur distribution à des tiers pouvait constituer un vol⁵⁴. Par ailleurs, en Nouvelle-Zélande, la Cour suprême a conclu, dans un jugement rendu en 2015, qu'une séquence filmée numérique était un « bien » au sens de la loi sur les infractions pénales de 1967,

⁴⁷ Document COM(2018) 232 final, p. 11.

⁴⁸ Cour suprême néo-zélandaise, *Dixon c. The Queen*, affaire n° SC 82/2014, jugement, 20 octobre 2015, *New Zealand Law Reports*, vol. 2016, n° 1, p. 678, [2015] NZSC 147.

⁴⁹ Voir, par exemple, la [Directive 96/9/EC](#) du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 1996 relative à la protection juridique des bases de données.

⁵⁰ Voir, OMPI, « La propriété intellectuelle à l'heure de la transition numérique », *Magazine de l'OMPI*, n° 5/2019 (octobre 2019).

⁵¹ Luxembourg, loi du 9 juillet 2013 portant modification de l'article 567 du Code de commerce, *Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg*, vol. 2577, n° 124 (18 juillet 2013), p. 2578.

⁵² Voir, par exemple, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, loi uniforme révisée de 2015 sur l'accès des fiduciaires aux biens numériques, accompagnée d'une note liminaire et de commentaires, qui a été adoptée par presque tous les États des États-Unis, disponible à l'adresse www.uniformlaws.org/viewdocument/final-act-with-comments-40?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecd22&tab=librarydocuments. Voir également Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada, *Loi uniforme sur l'accès des fiduciaires aux biens numériques (2016)*, disponible à l'adresse www.ulcc.ca/images/stories/2016_pdf_en/2016ulcc0006.pdf.

⁵³ Haute Cour régionale de Nuremberg, affaire n° Ws 445/12, jugement, 23 janvier 2013.

⁵⁴ Cour de cassation, chambre criminelle, pourvoi n° 4-81336, jugement, 20 mai 2015, *Bulletin Criminel 2015*, n° 119.

et que, par conséquent, l'obtention d'une séquence filmée numérique à partir d'un système de vidéosurveillance pouvait constituer l'infraction d'accès à un système informatique à des fins malhonnêtes prévue à l'article 249 de ladite loi⁵⁵.

36. Dans certains régimes juridiques, la protection des données peut en outre être assurée par la limitation de l'accès ou de la localisation. Dans un contexte international, la loi peut restreindre la circulation des données pour remplir des objectifs réglementaires autres que la protection de la vie privée, comme l'accès à certaines informations à des fins d'audit⁵⁶. Il peut également s'agir de répondre à des préoccupations liées à la sécurité nationale ou de favoriser le développement des capacités internes dans les secteurs axés sur le numérique⁵⁷. Les flux internationaux de données et la localisation des données sont des sujets actuellement débattus dans d'autres instances internationales, notamment entre les membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dans le cadre de l'initiative faisant suite à la Déclaration conjointe sur le commerce électronique.

37. Globalement, ces autres régimes n'offrent, semble-t-il, qu'une couverture parcellaire aux acteurs qui souhaitent protéger leurs intérêts sur des données. La propriété intellectuelle et les régimes analogues, en particulier, ne fournissent de protection que pour certains types de données ou certains processus liés aux données, tandis que d'autres ne s'appliquent que dans certaines circonstances (par exemple, en cas d'insolvabilité) ou à certains comportements (par exemple, le transfert international de données en violation des exigences de localisation). En outre, les parties à des opérations commerciales ne seraient généralement pas directement en mesure de chercher à obtenir réparation par l'intermédiaire du système de justice pénale.

38. Pour renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des transactions de données sans étendre les notions existantes du droit des biens, une solution pourrait consister à reconnaître dans la loi un « volet » de droits *sui generis* sur les données qui soient opposables aux tiers. Par exemple, dans le cadre du projet de principes ALI/ELI, il est envisagé d'établir deux types de droits qui pourraient être exercés contre une autre personne en l'absence de relation contractuelle directe, à savoir :

a) Le *leapfrogging* (terme anglais pouvant se traduire par « saut d'étape »), en vertu duquel un fournisseur de données peut exiger d'un destinataire de données situé en aval qu'il se conforme à des conditions d'utilisation malgré l'absence de relation contractuelle entre eux, à condition i) que le destinataire intermédiaire ait transmis les données au destinataire situé en aval conformément à des clauses contractuelles convenues avec le fournisseur de données, ii) que ces clauses contractuelles prévoient l'obligation pour le destinataire intermédiaire d'imposer les conditions d'utilisation au destinataire situé en aval, et iii) que le destinataire situé en aval n'ait pas respecté les conditions⁵⁸; et

b) Des droits relatifs aux données cocrées, en vertu desquels une personne qui a pris part à la création de données dispose sur celles-ci de certains droits analogues à la propriété vis-à-vis d'une personne qui les traite, y compris des droits concernant i) l'accès aux données et l'extraction ou la portabilité des données, ii) le renoncement au contrôle et/ou au traitement des données, iii) la correction des données, et iv) la part économique⁵⁹. Ces droits présentent une certaine analogie avec

⁵⁵ *Dixon c. The Queen*.

⁵⁶ Francesca Casalini et Javier López González, « Trade and Cross-Border Data Flows » (Commerce et flux internationaux de données), Documents de travail de l'OCDE sur la politique commerciale, n° 220 (Paris, 23 janvier 2019), p. 5 (en anglais seulement). Pour en savoir plus sur les premiers régimes normatifs internationaux visant à répondre à l'automatisation du traitement des données, voir OCDE, Recommandation du Conseil concernant les Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel (1980), document C(80)58/FINAL ; et Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, conclue sous les auspices du Conseil de l'Europe, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1496, n° 25702.

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ Principes ALI/ELI, troisième avant-projet (15 octobre 2019), document dont dispose le Secrétariat.

⁵⁹ Principes ALI/ELI, premier projet de texte à l'intention du Conseil de l'ALI, principes 17 à 22.

les droits relatifs aux données personnelles prévus par les lois sur la protection de la vie privée.

39. Les principes ALI/ELI prévoient également d'imposer aux acteurs, en ce qui concerne le traitement des données en aval, plusieurs obligations qui n'auraient généralement pas de fondement contractuel. Par exemple, un fournisseur de données est tenu de prendre des mesures raisonnables et appropriées (y compris des mesures techniques de protection) pour veiller à ce que le destinataire, ainsi que toute partie à laquelle il pourrait transmettre les données, se conforment à toutes les obligations et restrictions auxquelles le fournisseur de données a dû lui-même se conformer dans l'intérêt d'un tiers protégé⁶⁰.

C. Réflexions à l'intention de la Commission

40. Comme le Secrétariat l'a indiqué dans sa note sur les questions juridiques liées à l'économie numérique (A/CN.9/1012, par. 25), les droits et obligations des parties aux transactions de données, malgré leur fondement contractuel, font l'objet d'une incertitude. C'est pourquoi le plan de travail proposé dans cette note prévoit notamment que le Secrétariat effectue des travaux préparatoires en vue d'élaborer un texte législatif sur les droits et obligations des parties aux transactions de données à des fins commerciales.

41. La création de nouveaux droits portant sur les données en tant que bien soulève d'importantes questions de politique publique, en introduisant un nouveau régime juridique pour les données exigeant que l'on examine de près les intérêts des acteurs impliqués et les incidences sociales, économiques et juridiques plus larges. La Commission ayant souligné qu'il importait de « proposer des solutions pour remédier aux obstacles juridiques et tenir compte de considérations d'ordre public »⁶¹, il n'est pas proposé d'entreprendre de travaux préparatoires sur ce type de droits à ce stade, mais de poursuivre les travaux exploratoires sur le sujet.

V. Évaluation préliminaire des textes pertinents de la CNUDCI

A. Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises

1. « Vente » de « marchandises »

42. Un débat animé a lieu depuis une vingtaine d'années au sujet de l'applicabilité de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (CVIM) aux logiciels. La CVIM s'applique aux « contrats de vente de marchandises » (art. 1-1), et le débat porte sur deux questions : la première est de savoir si les logiciels peuvent être caractérisés comme des « marchandises » (terme non défini dans la CVIM) ; la seconde, de savoir si le transfert de logiciels en vertu d'un contrat peut être caractérisé comme un « contrat de vente ».

43. Au sujet de la première question, le Secrétariat a fait observer en 2001 que la CVIM « semble incorporer une interprétation assez conservatrice du terme "marchandises", dans la mesure où l'on considère à la fois dans la doctrine et dans la jurisprudence qu'il recouvre essentiellement les biens meubles corporels »⁶². De ce point de vue, un disque ou autre support physique intégrant un code informatique est une « marchandise », mais le code informatique dont il est fait l'acquisition (par exemple, en le téléchargeant en ligne) n'en est pas une en soi.

44. S'agissant de la seconde question, le Secrétariat a déjà fait remarquer que, même si le terme « contrat de vente » n'est pas défini dans la CVIM, il est possible d'en déterminer le sens en se référant au contexte, en particulier aux droits et obligations

⁶⁰ Principes ALI/ELI, troisième avant-projet, principe 27.

⁶¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-quatorzième session, Supplément n° 17 (A/74/17)*, par. 210.

⁶² *A/CN.9/WG.IV/WP.91*, par. 21.

des parties au contrat de vente prévus par la Convention. Ainsi, le contrat de vente suppose la livraison de marchandises et le transfert de propriété, ce en quoi il se distingue du contrat de licence⁶³. Étant donné que la fourniture d'un logiciel repose sur la copie de données (le code informatique) et non sur leur « transfert », cette opération peut seulement être caractérisée comme un contrat de licence et non comme une « vente ». À l'inverse, dans une décision rendue en 2015, un tribunal de district néerlandais a considéré le contrat de licence d'un logiciel comme une « vente » aux fins de la CVIM, dans la mesure où l'utilisation du logiciel n'était pas limitée dans le temps et où il avait été transféré en échange d'un paiement unique et non du versement de mensualités⁶⁴.

45. Si l'on s'intéresse non plus aux logiciels, mais aux transactions de données, une difficulté supplémentaire réside dans le fait que, comme indiqué plus haut (par. 22), la plupart des systèmes juridiques ne semblent pas considérer les données comme un « bien ». Néanmoins, la décision rendue par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.*⁶⁵, qui s'inscrivait dans un contexte législatif différent, pourrait permettre d'assimiler certaines transactions de données, en particulier les contrats de fourniture de données, à des contrats de vente. Dans le cas des contrats de service liés à des données, il se pose également la question de savoir si la fourniture du service constitue la « part prépondérante » du contrat, car alors, l'exclusion prévue à l'article 3-2 de la CVIM s'applique.

2. Opportunité de l'application des dispositions de fond de la CVIM aux transactions de données

46. Même si la CVIM devait s'appliquer aux transactions de données, il convient de se demander si ses dispositions permettraient de répondre convenablement aux besoins des parties. Selon un commentaire, l'application des dispositions de fond de la CVIM aux transactions de données ne poserait pas de nouvelles difficultés majeures, car la plupart des problèmes ont déjà été débattus et portés devant les juridictions dans le contexte des transactions portant sur des logiciels. À l'inverse, d'autres commentaires mettent en garde contre l'application de la CVIM à de nouveaux domaines, qui pourraient présenter une réalité commerciale différente de la « vente internationale de marchandises ». Si ces commentaires ont été formulés au sujet des logiciels, ils sont peut-être plus pertinents encore pour ce qui est du nouveau domaine que constituent les transactions de données.

47. Une analyse des dispositions de fond de la CVIM montre que les dispositions abordées dans les paragraphes ci-après, qui ont trait aux droits et obligations des parties, ne seraient peut-être pas appropriées pour répondre aux besoins des parties aux transactions de données.

Articles 38 et 39 – Délai d'examen des marchandises

48. Aux termes de l'article 38, l'acheteur doit examiner les marchandises ou les faire examiner dans un délai aussi bref que possible eu égard aux circonstances. Dans le cas des transactions de données, il est très probable que l'acheteur ne puisse examiner les données transférées que de manière superficielle et n'ait pas les moyens de vérifier si elles sont exactes et complètes. Il semble donc que le délai dont dispose l'acheteur, conformément à l'article 39, pour dénoncer au vendeur un défaut de conformité des marchandises (à savoir un délai raisonnable et au plus de deux ans) ne soit pas raisonnable dans le contexte des transactions de données.

Articles 41 et 42 – Conformité des marchandises

49. L'application aux transactions de données des articles 41 et 42, qui traitent de la conformité des marchandises, soulève quelques questions. L'utilisation des données fournies pourrait être restreinte en vertu du Règlement général de l'UE relatif

⁶³ Ibid., par. 27 et 28.

⁶⁴ Tribunal de district des Pays-Bas centraux, *Corporate Web Solutions c. une société néerlandaise et Vendorlink B.V.*, affaire n° C/16/364668, jugement, 25 mars 2015.

⁶⁵ Affaire n° C-128/11, jugement, 3 juillet 2012.

à la protection des données⁶⁶. En ce qui concerne les droits des tiers, il est nécessaire de tenir compte des questions relatives à la propriété des données. En outre, les transactions de données pourraient être perturbées si des personnes qui ont consenti à l'utilisation de leurs données personnelles venaient à révoquer par la suite leur consentement.

Articles 45 et 74 à 77 – Dommages-intérêts

50. Le calcul des dommages-intérêts pourrait se révéler difficile dans le cas des transactions de données. Par exemple, la question de la causalité et du montant des dommages-intérêts, lorsque les données ont été spécialement acquises aux fins de la commercialisation d'un produit et que celle-ci n'a pu se dérouler convenablement en raison de la non-conformité des données, pourrait être difficile à traiter.

Article 46 – Exécution, marchandises de remplacement et réparation

51. Si les marchandises ne sont pas conformes au contrat, l'article 46 autorise l'acheteur à exiger la livraison de « marchandises de remplacement » dans certaines circonstances. À cet égard, il convient de noter que le droit à l'exécution en nature n'est pas garanti et est limité par la règle générale énoncée à l'article 28, qui prévoit qu'un tribunal n'est tenu d'ordonner l'exécution en nature que s'il le ferait en vertu de son propre droit pour des contrats semblables. Néanmoins, dans le contexte des transactions de données, il est peu probable que l'acheteur puisse exiger la livraison de « marchandises de remplacement », cette exigence pouvant même se révéler entièrement inapplicable. Dans le cas d'un support de données endommagé, ce qui pourrait être considéré comme un défaut d'emballage conformément à l'article 35-2 d), selon la mesure dans laquelle l'utilisation des données est limitée, la réparation ou le remplacement du support pourraient être exigés.

Article 52 – Livraison anticipée, quantité excédentaire

52. En vertu de l'article 52, si le vendeur livre les marchandises avant la date fixée ou livre une quantité supérieure à celle prévue au contrat, l'acheteur peut refuser de prendre livraison de la totalité des marchandises ou de la quantité excédentaire. Dans les transactions de données pour lesquelles les données sont fournies en ligne (par exemple, par courrier électronique), l'acheteur pourrait ne pas être en mesure de refuser de prendre livraison, notamment en ce qui concerne la partie excédentaire des données.

Article 55 – Contrats à prix non fixé

53. Si la vente est valablement conclue sans que le prix des marchandises vendues ait été fixé dans le contrat expressément ou implicitement ou par une disposition permettant de le déterminer, la règle supplétive énoncée à l'article 55 renvoie au prix habituellement pratiqué au moment de la conclusion du contrat, pour les mêmes marchandises vendues dans des circonstances comparables. L'application de cette règle supplétive aux transactions de données pourrait poser problème, car « le prix habituellement pratiqué » serait difficile à déterminer dans ce contexte.

Article 66 – Perte des marchandises

54. L'article 66 traite du transfert des risques de perte ou de détérioration des marchandises. L'acheteur reste dans l'obligation de payer le prix si la perte des marchandises intervient après que les risques lui ont été transférés, à moins que la perte ne soit due à un fait du vendeur. Certains estiment que les dispositions relatives au transfert des risques (articles 66 à 70) peuvent généralement s'appliquer aux données et que leur caractère facultatif permet aux parties de les adapter à leurs besoins. Dans les transactions de données, la notion de « perte » pourrait se rapporter à la sécurité des données, mais se révèle assez difficile à interpréter. Même dans le cas d'une « cession » de données, il peut être mis en avant que le vendeur attendra

⁶⁶ Règlement (EU) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

que l'acheteur ait pris livraison et payé le prix pour effacer une copie des données transférées. Dans le cas d'une licence de données, le vendeur conservera une copie des données transférées, qui ne seront donc jamais perdues.

Articles 85 et 86 – Conservation des marchandises

55. Les articles 85 et 86 prévoient l'obligation pour les deux parties de conserver les marchandises dans certaines circonstances. Si la notion de « conservation des marchandises » se comprend dans le contexte des biens corporels, elle semble inapplicable aux données. En pratique, la qualité des données n'est pas susceptible d'évoluer après un certain temps, de sorte que la nécessité de les conserver n'existe pas.

Article 88 – Vente des marchandises

56. Selon l'article 88, la partie qui doit assurer la conservation des marchandises peut les vendre par tous moyens appropriés si l'autre partie a apporté un retard déraisonnable à prendre possession des marchandises ou à les reprendre ou à payer le prix ou les frais de leur conservation, sous réserve de notifier à cette autre partie, dans des conditions raisonnables, son intention de vendre. Cette disposition semble inadaptée aux transactions de données, car le contrat pourrait expressément limiter la capacité du vendeur à transférer les données à un tiers, en raison de considérations liées à la protection de la vie privée ou des données.

3. Résumé

57. Même si la CVIM devait s'appliquer aux transactions de données, l'incertitude existant sur la manière dont ses dispositions de fond s'appliqueraient montre qu'elle ne serait pas un régime international approprié concernant les droits et obligations des parties à ce type de transactions. Néanmoins, elle pourrait servir de modèle pour l'élaboration d'une solution législative harmonisée en la matière.
