

Le big data : questions de propriété intellectuelle

Benoît Michaux¹

This contribution deals with two questions concerning Intellectual Property in relation to big data. The first question focuses on the patentability of technological tools used for managing and processing data in the context of big data. The second question looks into the exception of text and data mining to facilitate research in the context of big data. NB – The issues regarding the ownership of data are covered in another contribution in this review.



La présente contribution porte sur deux questions concernant la propriété intellectuelle relative au big data. La première question se concentre sur la brevetabilité des outils technologiques utilisés pour la gestion et le traitement des données dans le contexte du big data. La deuxième question analyse l'exception de fouille de textes et de données pour faciliter la recherche dans le contexte du big data. NB – Les questions relatives à la propriété des données sont examinées dans une autre contribution dans cette revue.

I. INTRODUCTION

1. Le big data est la notion communément utilisée pour désigner l'activité consistant à croiser, analyser et extraire des données contenues dans des ensembles d'une ampleur considérable.

Dans le contexte de la propriété intellectuelle, le big data désigne la *création de valeur*² à partir de ces vastes quantités de données.

Sur le plan conceptuel, on aperçoit sans trop de peine que la propriété intellectuelle se sent appelée à remplir son rôle d'incitant à cet égard, en attribuant aux créateurs de valeur une certaine exclusivité, pour les récompenser de leurs apports.

2. Le mécanisme de récompense généralement dévolu à la propriété intellectuelle est envisageable de différentes manières, et à l'égard de plusieurs objets.

La récompense peut ainsi porter sur les outils technologiques servant à créer la valeur informationnelle. Sur ce terrain, la voie de la protection par les brevets doit sans aucun doute retenir l'attention. Ce sera la première question que nous traiterons.

La récompense peut aussi porter sur les données qui résultent des activités de collecte, d'analyse et de traitement. Une autre contribution approfondit cette question essentielle dans la présente *revue*³. Nous y renvoyons le lecteur.

¹ Chargé de cours à l'Université de Namur. Avocat au barreau de Bruxelles. Benoit.michaux@unamur.be.

² Cette expression est utilisée par l'Office européen des brevets (OEB) dans les études qui sont citées ci-après.

³ C. STARKER, «From data property to data rights: Legal thoughts on basic principles of the European data



Par ailleurs, la propriété intellectuelle revêt également parfois une dimension négative à l'égard du big data, dans la mesure où elle peut constituer un obstacle à la liberté de collecter, d'analyser et de traiter les données. Il s'agit de la question de la « fouille de textes et de données », et des obstacles liés au droit d'auteur ainsi qu'au droit *sui generis* attaché aux bases de données. Ce sera la deuxième question que nous développerons.

II. BIG DATA ET BREVETS

3. L'Office européen des brevets (OEB) a récemment porté une attention particulière aux inventions élaborées dans ce domaine – domaine qu'elle a appelé le domaine de la « 4^e révolution industrielle ».

Il s'agit là de désigner un ensemble d'inventions essentiellement liées aux objets connectés, qui recouvrent divers types d'activités ou d'outils, à savoir la gestion et le traitement de données, l'intelligence artificielle, le « cloud computing » et l'interconnexion sans fil⁴.

4. Concrètement, les outils technologiques susceptibles de contribuer à cette création de valeur⁵ poursuivent notamment les objectifs suivants : aménager des capacités suffisantes pour permettre la collecte et l'agrégation des données, par exemple via des capteurs ou des objets connectés ; organiser des ressources

adéquates pour stocker et traiter des données en masse ; assurer l'analyse et l'interprétation des données en masse, en recourant à l'intelligence artificielle, dans un langage accessible tant à l'homme qu'à la machine⁶.

En 2016, plus de 650 demandes de brevets ont été déposées à l'OEB dans le domaine de l'analyse de données, principalement pour des inventions portant sur des systèmes de diagnostic relatifs à de larges ensembles de données⁷. Quant au domaine de l'intelligence artificielle, il a donné lieu à une centaine de demandes cette année-là⁸. Mais son éclosion étant plus tardive, il est attendu qu'il génère une augmentation très nette dans l'avenir immédiat.

Pour prendre la pleine mesure du phénomène, il suffit d'évoquer l'exemple du secteur de la santé intelligente et des soins personnalisés. La médecine personnalisée prend en considération les particularités de l'individu concerné, sur le plan des différences de gènes, des environnements et des habitudes de vie. En comparant les combinaisons des médicaments réputés efficaces pour certains profils génomiques déterminés, il devient possible d'effectuer une analyse prédictive pour évaluer le risque qu'un individu développe une maladie déterminée, et pour recommander le traitement le plus approprié. Les bracelets intelligents et les applications pour smartphones fournissent une aide déterminante en ce sens⁹.

5. Il est certain que dans ce domaine, vu la nature numérique de l'environnement, les inventions mises en œuvre par ordinateur sont omniprésentes. Or les inventions de ce type posent précisément des questions délicates sur le terrain de la brevetabilité.

economy in the age of big data», dans le présent numéro de cette revue.

⁴ Y. MÉNIÈRE et I. RUDYK, « Global Perspectives and Challenges of the Intellectual Property System », in *Intellectual Property and Digital Trade in the Age of Artificial Intelligence and big data*, X. SEUBA et al. (eds), Genève-Strasbourg, 2018, 31, accessible à l'adresse : https://www.ictsd.org/sites/default/files/research/ceipi-ictsd_issue_5_final_0.pdf.

⁵ Cfr l'étude de l'OEB consacrée à la quatrième révolution industrielle (ci-après « Le rapport OEB 2017 ») ; accessible via le lien suivant : <https://www.epo.org/news-issues/news/2017/20171211.html> ; dernièrement consulté le 28 septembre 2018.

⁶ Rapport OEB 2017, 18-19.

⁷ Rapport OEB 2017, 29.

⁸ Rapport OEB 2017, 31.

⁹ Rapport OEB 2017, 74.



Comme on le sait, l'article 52 de la Convention sur le brevet européen (CBE)¹⁰ exclut en effet la brevetabilité d'un certain nombre d'objets – alors que ceux-ci sont particulièrement pertinents dans le domaine du big data – à savoir, notamment: les programmes d'ordinateur, les méthodes mathématiques (ce qui inclut le calcul), les méthodes pour l'exercice d'activités intellectuelles, et la présentation d'informations.

Toutefois, le texte légal précise que ces objets ne sont exclus que lorsqu'ils sont présentés «en tant que tels» dans le cadre du dépôt de la demande de brevet. Toute la question est dès lors de savoir dans quels cas la demande de brevet se limite à un de ces objets «en tant que tel», et dans quels cas cette demande dépasse l'objet en question «en tant que tel».

L'exercice évoqué à l'instant est pour ainsi dire incontournable dans le domaine des inventions relatives au big data. Celles-ci portent en effet sur un traitement de données dans un environnement numérique, et dans cette mesure, elles recourent nécessairement à des programmes d'ordinateur, des méthodes de calcul, et des présentations de données.

6. Encore faut-il s'entendre sur la portée de l'exclusion de brevetabilité prévue par la CBE.

L'OEB a adopté des lignes de conduite pour clarifier sa position à cet égard¹¹.

L'office n'est pas radicalement hostile à la délivrance de brevets en faveur d'inventions mises en œuvre par ordinateur. Mais il requiert, dans ce but, un effet technique qui va au-delà des simples effets physiques de l'exécution du

programme d'ordinateur, ce qu'il désigne par l'expression «effet technique supplémentaire».

Ainsi, il peut être question d'un effet technique supplémentaire – c'est-à-dire d'un effet qui va au-delà des simples effets physiques – lorsque l'exécution du programme a un impact sur l'organisation de la mémoire, ou lorsqu'un élément particulier est intégré dans un dispositif mécanique¹².

7. L'effet technique supplémentaire n'est pas la seule exigence pour la prise en considération de l'invention mise en œuvre par ordinateur dans le contexte de la délivrance du brevet. Il est également requis que l'activité inventive se fonde exclusivement sur les caractéristiques techniques de l'invention candidate au brevet.

En d'autres termes, il est requis que l'objet de l'invention contribue au caractère technique. Ainsi, dans le cas d'une méthode de calcul (non brevetable «en tant que telle»), l'objet de l'invention peut contribuer au caractère technique lorsque la méthode de calcul en cause poursuit une application technique dans un domaine technique, c'est-à-dire résout un problème technique dans un domaine technique. Ce domaine technique peut être de nature diverse: traitement d'images, traitement de données vocales, analyse médicale, maintenance prédictive.

En outre, comme l'OEB l'a souligné à propos des inventions dans le domaine de l'intelligence artificielle, la méthode doit proposer une solution technique qui soit spécifique; par contraste, elle ne peut se limiter à une solution générique qui consisterait, par exemple, à contrôler un système technique¹³.

¹⁰ Convention sur le brevet européen du 5 octobre 1973, accessible notamment à l'adresse suivante: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/html/epc/2016/f/ma1.html>.

¹¹ Guidelines for Examination in the European Patent Office, accessible à l'adresse: <https://www.epo.org/law-practice/legal-texts/guidelines.html>.

¹² Rapport OEB 2017, 21.

¹³ OEB, Patenting Artificial Intelligence, Munich, 30 mai 2018, présentation de K. LIEVENS, slide 11. <https://www.epo.org/learning-events/events/conferences/2018/ai2018.html>.



8. Il n'est pas toujours aisé de manier les principes évoqués ci-avant. Quelques exemples concrets permettent de mieux en cerner la réalité, en particulier dans le domaine d'inventions susceptibles d'être liées au big data.

Prenons l'exemple d'une montre-bracelet intelligente – c'est-à-dire un objet connecté – pourvue d'un capteur sensoriel, et destinée à détecter un dysfonctionnement du système cardio-vasculaire (des irrégularités dans les battements de cœur), et à diagnostiquer ou à prédire le développement d'une maladie. En confrontant les données recueillies auprès du porteur de la montre avec des données de référence et des grilles d'interprétation, la montre est en mesure de générer certaines informations médicales.

Cet objet est susceptible de recourir à plusieurs éléments qui sont exclus de la brevetabilité lorsqu'ils sont considérés «en tant que tels». Ces éléments correspondent, par exemple, à un programme d'ordinateur, une méthode de calcul et une méthode de présentation des données.

Pour pouvoir pénétrer dans la zone de brevetabilité, il est nécessaire de pouvoir vérifier la présence d'aspects techniques pertinents liés à l'invention.

À cet égard, un premier niveau d'analyse révèle que l'invention se rapporte à un domaine technique et à une application technique. La méthode de calcul correspond à celle exécutée par des réseaux neuronaux. Le domaine technique est l'analyse médicale. L'application technique est l'usage des réseaux neuronaux dans un appareil de surveillance vasculaire pour identifier des battements de cœurs irréguliers¹⁴.

¹⁴ Cet exemple a été utilisé dans le cadre de la conférence OEB, Patenting Artificial Intelligence, Munich, 30 mai 2018 (cf *supra*); voy. la présentation de K. LIEVENS, slide 13.

Un deuxième niveau d'analyse pourrait permettre de révéler davantage la pertinence des aspects techniques. À ce niveau-ci, il s'agit de prendre en considération les solutions techniques spécifiques qui seraient liées, par exemple, à un traitement d'images et qui contribuerait de manière inventive à résoudre un problème technique.

9. Un autre exemple pourrait fournir encore davantage d'éclairage concernant le caractère technique requis. Il a également été utilisé – comme le premier – dans le cadre d'une conférence que l'OEB a consacrée à l'intelligence artificielle, et il se situe aussi dans le domaine de la santé.

Il s'agit cette fois d'une méthode visant à classer des maladies de la peau à l'aide d'images – c'est-à-dire des données visuelles – suffisamment abondantes pour parvenir à des conclusions probantes. La méthode recourt à l'intelligence artificielle. Elle a pour but d'apprendre à un réseau neuronal convolutif à effectuer un classement des maladies en utilisant un procédé de reconnaissance des images. Les images utilisées dans ce but font l'objet d'un traitement visuel préalable sous forme de rotations et d'insertion d'espaces de couleurs avec pour objectif d'assurer le rendu précis des variations de couleurs de la peau.

À première vue, la méthode envisagée semble exclue du domaine de la brevetabilité dès lors qu'elle correspond en substance à une méthode de calcul et à une méthode de présentation des données.

Un examen plus approfondi laisse toutefois entrevoir la possibilité de la délivrance d'un brevet. Pour cela, il faut que la méthode réponde suffisamment aux exigences liées au caractère technique de l'invention. En l'occurrence, la méthode est destinée à une application technique, à savoir l'analyse médicale. En outre, elle est susceptible de proposer une



solution technique spécifique à un problème technique. Ainsi, comme l'évoque l'OEB, dans le but d'assurer l'apprentissage de la classification des images, la méthode pourrait impliquer une fonction particulière dans le fonctionnement des réseaux neuronaux profonds, par exemple une fonction de désactivation aléatoire des nœuds des réseaux.

10. Une fois franchi le double obstacle lié à l'exigence technique, il reste bien entendu à examiner si l'objet proposé à la brevetabilité est réellement le fruit d'une activité inventive, ce qui implique une confrontation à l'art antérieur.

Encore une fois, cet examen d'inventivité est appelé à prendre en considération les éléments qui se situent au niveau de la contribution au caractère technique.

11. La rédaction des revendications doit être conçue en fonction de ce qui précède. Il en découle nécessairement des conséquences sur la détermination du périmètre de l'exclusivité.

En effet, le périmètre d'exclusivité est tributaire de la manière dont est formulée la revendication sur le plan technique. Plus la revendication est précise quant à la manière dont l'activité inventive contribue au caractère technique de l'objet (or, un grand degré de précision peut être opportun¹⁵), plus l'étendue de la revendication s'en trouve limitée.

12. Au terme de ce rapide survol de l'approche de l'OEB, il est permis d'observer que si, certes, l'OEB adopte une attitude constructive vis-à-vis de ces inventions très particulières, il n'en reste pas moins que la délivrance d'un brevet reste délicate et que l'étendue de l'exclusivité reste relative.

¹⁵ Un grand degré de précision peut se révéler opportun dans le but de franchir le double obstacle lié au caractère technique et de démontrer une réelle activité inventive au regard de l'art antérieur.

III. BIG DATA ET DROIT D'AUTEUR : LA FOUILLE DE TEXTES ET DE DONNÉES

13. Sous un angle totalement différent de celui qui a été adopté pour la question des brevets, la propriété intellectuelle doit être considérée en ce qu'elle pourrait constituer un frein au traitement et à l'analyse du big data, spécialement dans le contexte de la recherche.

Le droit d'auteur et le droit *sui generis* liés aux bases de données, en particulier, pourraient avoir des effets inhibants à cet égard.

14. Sur ce terrain, la question a été rencontrée dans le cadre du processus d'adoption de la directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique.

À l'heure où sont écrites ces lignes¹⁶, le processus n'a pas encore été finalisé, mais les textes en discussion et la solution qu'ils préconisent sont suffisamment mûrs pour donner lieu à des commentaires.

Deux textes sont à prendre en considération à cet égard : le texte de la proposition, adopté par la Commission le 14 septembre 2016¹⁷, et la version amendée de ce texte, telle qu'adoptée par le Parlement européen le 12 septembre 2018¹⁸.

15. Dans le cadre du droit d'auteur et du droit *sui generis*, la solution élaborée par la proposition de directive correspond à une exception destinée à permettre la fouille de textes et de données (en anglais, « text and data mining »).

Une des particularités principales de cette exception tient au fait qu'elle revêt un carac-

¹⁶ La dernière mise à jour date du 1^{er} octobre 2018.

¹⁷ Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, art. 2(2), 14 septembre 2016, COM (2016) 593 final.

¹⁸ Cette version est disponible à l'adresse suivante : <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0337+0+DOC+XML+V0//FR&language=FR>.



tère obligatoire, ce qui signifie que les États membres auront le devoir de la transposer. Des commentaires intéressants y ont été consacrés dans une étude effectuée pour le compte de la commission juridique du Parlement européen¹⁹, qui doivent retenir l'attention.

16. Il convient de tracer les lignes de force de la problématique avant d'aborder la solution proposée.

Sur le plan sémantique, d'abord, il s'impose de clarifier la notion. Aux termes des textes proposés, la notion de fouille de textes et de données désigne « toute technique d'analyse automatisée visant à analyser des textes et des données sous forme numérique afin d'en dégager des informations telles que des constantes, des tendances et des corrélations »²⁰. Elle porte sur de très vastes ensembles de données numérisées et elle implique l'utilisation d'outils informatiques performants et variés.

La fouille de textes et de données peut requérir, notamment, d'effectuer une copie d'une grande quantité des contenus concernés, car il s'agit, entre autres, de procéder à une conversion de ces contenus dans un format numérique approprié afin d'en permettre la lecture et le traitement par les outils informatiques. Par ailleurs, cette fouille aboutit également à l'extraction de contenus.

Or, les contenus ainsi traités sont susceptibles de faire l'objet d'une protection par le droit

d'auteur, ou par un droit *sui generis*, en particulier, celui qui est lié aux bases de données. Il en résulte que, dans ces cas, la copie et l'extraction des contenus peuvent se heurter à des droits exclusifs appartenant aux titulaires de droits sur les contenus en question. Une telle conséquence serait particulièrement néfaste dans le domaine de la recherche scientifique.

17. Bien entendu, au regard de la problématique ainsi tracée, la fouille de textes et de données ne soulève des problèmes que si le contenu fouillé donne prise au droit d'auteur ou à un droit *sui generis*.

Tel ne sera pas toujours le cas. Il se peut, par exemple, que le texte ou les données soient dépourvus d'originalité, ou qu'ils appartiennent au domaine public²¹.

Il se peut, par ailleurs, que même quand le contenu est protégé, l'acte de copie ou d'extraction ne se situe pas dans le périmètre d'exclusivité couvert par la protection. Ainsi, en irait-il de la copie d'une séquence limitée de mots qui ne reprendrait pas ce qui serait constitutif d'originalité dans l'œuvre source²². Il faut, à ce propos, constamment garder à l'esprit que le droit d'auteur ne protège pas les données comme telles, mais uniquement l'expression particulière de ces données, à savoir leur expression originale. Dans le droit fil de ce constat, il convient d'observer – et l'observation est loin d'être anodine – que le résultat final de la recherche échappera bien souvent au droit exclusif de l'auteur, en ce qu'il se limitera à une donnée en tant que telle.

Mais, à l'inverse, quand le texte ou les données sources est protégé par un droit d'auteur, et lorsque la fouille entraîne une reproduction qui implique leur originalité, cette fouille porte atteinte au droit d'auteur, quand bien même

¹⁹ C. GEIGER, G. FROSIO et A. BULAYENKO, « The exception for text and data mining (TDM) in the proposed directive on Copyright in the Digital Single Market – Legal aspects », *In-depth analysis for the Juri Committee of the European Parliament*, février 2018, accessible à l'adresse : <http://www.europarl.europa.eu/supporting-analyses>; cette étude est désignée ci-après comme le « Rapport Geiger ».

²⁰ Proposition de directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique, art. 2(2), 14 septembre 2016, COM (2016) 593 final.

²¹ Rapport Geiger, p. 6.

²² Rapport Geiger, p. 6.



la reproduction qu'elle entraîne ne serait que limitée et temporaire. Le droit exclusif de reproduction appartenant à l'auteur de l'œuvre source inclut en effet le droit d'interdire la copie partielle et limitée dans le temps.

Bien plus, il se peut que les activités de fouille portent également atteinte au droit de communication au public appartenant à l'auteur. Tel serait le cas lorsque le chercheur stocke la totalité du contenu protégeable dont il aura extrait la donnée d'intérêt et qu'il met ce contenu à la disposition de tiers pour permettre à ceux-ci de vérifier la fiabilité de l'information.

18. Dans le contexte qui précède, il devenait assurément nécessaire de s'assurer que les chercheurs disposent d'une liberté suffisante pour les besoins de leurs activités.

Certes, il existe dans la directive en vigueur sur le droit d'auteur, à savoir la directive 2001/29²³, des exceptions qui, *a priori*, paraissent pertinentes par rapport à la fouille de textes et de données dans le contexte envisagé. Encore s'agit-il toutefois de s'assurer que ces exceptions sont suffisantes pour préserver avec toute la certitude voulue la liberté indispensable au profit des chercheurs.

19. Plusieurs exceptions déjà existantes sont à examiner à cet égard.

En premier lieu, il y a l'exception en faveur des copies temporaires prévues à l'article 5 (1) de la directive 2001/29. Les conditions liées à cette exception sont cependant particulièrement exigeantes, et, en outre, elles sont cumulatives. Surtout, il est loin d'être assuré qu'elles soient toutes remplies dans le cas de la fouille de textes et de données. En particulier, des questions surgissent à propos de la condition

selon laquelle la copie effectuée dans le cadre de la fouille doit être «transitoire»; il en va de même à propos de la condition selon laquelle la fouille doit être dépourvue de «signification économique indépendante». En définitive, il est fort incertain que la fouille bénéficie de cette exception²⁴.

Ensuite, il y a l'exception en faveur de la recherche. Ici aussi des questions surgissent. Voire des objections. Il y a d'abord que la fouille de textes et de données pourrait ne pas être considérée comme se limitant nécessairement à poursuivre l'objectif d'*illustrer* une recherche. Or seul un tel objectif est susceptible de légitimer la copie libre²⁵. Il y a ensuite que la fouille pourrait s'inscrire dans un projet de recherche qui poursuivrait un but commercial, même indirect, ce qui est proscrit dans le cadre de l'exception légale²⁶.

En troisième lieu, il y a l'exception en faveur de la copie privée. Ici, à nouveau, des objections pourraient être opposées. Il y a d'abord que la fouille pourrait être le fait d'une collectivité de chercheurs voire d'un centre de recherche, alors que l'exception légale ne vise que la copie effectuée par une seule personne – une personne physique – pour ses seuls besoins (son usage privé). Il y a ensuite que lorsque la fouille est, par exemple, le fait d'un centre de recherche, elle pourrait être considérée, dans certains cas, comme une activité dans un but commercial, à tout le moins indirect²⁷.

20. D'autres exceptions sont à envisager dans le domaine du droit *sui generis* attaché aux bases de données. Cependant ici aussi, il y a indéniablement de sérieuses incertitudes.

²³ Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

²⁴ Rapport Geiger, p. 10.

²⁵ Ou plutôt la libre «reproduction».

²⁶ Directive 2001/29, article 3 (a); Rapport Geiger, p. 10.

²⁷ Directive 2001/29, article 5, 2 (b); Rapport Geiger, p. 11.



Ainsi, il y a d'abord l'exception en faveur de l'usage *normal* de la base de données. Mais il est loin d'être acquis que la fouille de textes et de données soit considérée comme un tel usage – c'est-à-dire un usage *normal*, *a fortiori* dans tous les États membres²⁸.

Il y a encore l'exception prévue en faveur de l'utilisateur légitime pour permettre des extractions et des réutilisations de parties non substantielles du contenu de la base de données²⁹. Cette exception ne s'applique pas, par définition, lorsque la technique utilisée pour la fouille nécessite une extraction ou une réutilisation de la totalité du contenu de la base. Dans les autres cas, l'exception paraît *a priori* généreuse, car elle est susceptible de tolérer des actes d'extraction ou de reproduction même quand ceux-ci sont répétés ou systématiques. Toutefois, il y a des limites, ici aussi. Ainsi, les actes, même s'ils sont initialement limités à des parties non substantielles, ne peuvent avoir pour objet ou effet, à terme, de reconstituer la totalité du contenu de la base initiale³⁰. En outre, de manière plus générale, ces actes ne peuvent pas non plus porter une atteinte injustifiée aux intérêts légitimes du titulaire du droit *sui generis*³¹. À cela s'ajoute que cette exception peut être écartée dans le cadre de contrats entre le titulaire et l'utilisateur légitime.

21. Comme le résume le Rapport Geiger, au final il est tout sauf assuré que la fouille de textes et de données puisse, avec suffisamment de certitude, bénéficier des exceptions existantes dans le cadre des directives en vigueur.

Cela justifie donc l'adoption d'une réglementation spécifique au niveau de l'Union européenne. En outre, cette réglementation spécifique devrait, pour être réellement efficace, être contraignante, c'est-à-dire prévaloir sur toute tentative d'écartement par les titulaires de droit, que ce soit sous forme de dispositions contractuelles ou d'utilisation de mesures techniques de protection³².

22. Des initiatives avaient déjà été prises dans certains États membres visant à faciliter la libre fouille de textes et de données. Mais ces initiatives ne faisaient que traduire une diversité – peu souhaitable pour l'harmonisation – dans les approches.

Ainsi, au Royaume-Uni, la loi adoptée en 2014, se limite à envisager des exceptions par rapport au droit d'auteur, et non par rapport au droit *sui generis*³³.

En France, la loi nouvelle³⁴ ne permet la fouille, à titre d'exception, que si celle-ci ne poursuit pas de but commercial et si elle est uniquement dédiée à la recherche publique³⁵. En outre, elle ne permet la fouille que si celle-ci porte sur une source associée à des écrits scientifiques, et à condition que la source soit publiée de manière licite.

En Allemagne, la modification³⁶ n'inclut pas ces dernières restrictions³⁷.

La situation dans l'Union européenne est donc cacophonique, ce qui est de nature à justifier l'adoption d'un système harmonisé au niveau communautaire.

23. La solution actuellement préconisée par les instances de l'Union semble, *a priori*,

²⁸ Rapport Geiger, p. 11.

²⁹ Directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil, du 11 mars 1996, concernant la protection juridique des bases de données, article 8 (1).

³⁰ C.J.E.U., C-203/02, point 73.

³¹ Directive 1996/9/CE, article 7 (5).

³² Rapport Geiger, p. 13.

³³ Rapport Geiger, p. 15.

³⁴ Loi du 7 octobre 2016 pour la République numérique.

³⁵ Rapport Geiger, p. 7.

³⁶ Loi du 30 juin 2017, citée dans le Rapport Geiger.

³⁷ Rapport Geiger, p. 17.



rencontrer un certain nombre des préoccupations exprimées ci-avant.

Elle prévoit une exception nouvelle, spécifique, destinée à permettre la fouille de textes et de données. Celle-ci est caractérisée à la fois par des conditions strictes et par des effets potentiels dont la portée a manifestement été conçue de manière assez large.

24. Sur le plan de la rigueur des conditions, il faut observer que l'exception bénéficie seulement à des organismes de recherche³⁸ – ainsi que, dans le texte du Parlement européen, aux établissements d'enseignement et aux institutions de gestion du patrimoine culturel³⁹ – et qu'elle ne permet la fouille que dans la mesure où celle-ci a pour seul objectif de poursuivre une recherche.

En outre, il est requis que les organismes de recherche aient un accès *licite* au texte et aux données sources qui font l'objet de la fouille.

Il faut souligner la rigueur de l'exception par rapport aux bénéficiaires. Celle-ci ne profite pas à des personnes physiques, quand bien même ces personnes seraient des chercheurs. Elle ne profite pas non plus à des journalistes, ni à titre individuel ni à titre collectif – via des organismes⁴⁰.

25. Sur le plan de l'étendue de la portée de l'exception, il faut relever que celle-ci permet la fouille aussi bien lorsque la recherche qu'elle poursuit est pratiquée dans un but commercial que lorsque cette recherche est pratiquée dans un but non commercial.

Pour autant, la recherche ne peut être pratiquée par des entités qui seraient contrôlées par des entreprises privées. Le bénéfice de l'ex-

ception reste en effet réservé aux organismes de recherche définis comme des entités qui opèrent sans but lucratif ou dans le cadre d'une mission d'intérêt public⁴¹. Il est toutefois admis que les organismes de recherche conservent le bénéfice de l'exception dans l'hypothèse où elles s'engagent dans un partenariat privé-public⁴².

Par ailleurs, la version amendée du Parlement européen vise à permettre aux États membres de favoriser la libre fouille de textes et de documents également dans le secteur privé. Il prévoit ce qui suit à ce propos : « Pour promouvoir l'innovation dans le secteur privé également, les États membres devraient pouvoir prévoir une exception allant au-delà de l'exception obligatoire, à condition que l'utilisation des œuvres et autres objets protégés qui seraient ainsi visés n'ait pas été expressément réservée par les titulaires des droits sur ces œuvres et autres objets protégés, notamment par des procédés de lecture par machine »⁴³.

26. Comme déjà observé – et l'observation est de taille – l'exception revêt un caractère contraignant.

En conséquence, les titulaires de droit ne peuvent l'écartier, au moyen de dispositions contractuelles⁴⁴.

Qu'en est-il de la possibilité, pour les ayants droit, de verrouiller leurs textes ou données, via des outils techniques de verrouillage, en dépit du caractère juridiquement contraignant de l'exception de fouille? Le texte de la Commission autorise le recours à des mesures de ce type pour veiller à la sécurité et à l'intégrité des

³⁸ Texte de la Commission, articles 2 (1), 3 et considérant (10).

³⁹ Texte du Parlement européen, articles 2 (1), 3 et considérant (10).

⁴⁰ Rapport Geiger, p. 21.

⁴¹ Texte de la Commission, article 2 (1); Rapport Geiger, p. 20.

⁴² Texte de la Commission, considérant (10). *Cf* Rapport Geiger, p. 21.

⁴³ Texte du Parlement européen, article 3*bis* et considérant (13*bis*).

⁴⁴ Texte de la Commission, article 3 (2).



réseaux et des bases de données. Mais cette latitude ne s'étend pas au-delà de ce qui est nécessaire dans ce but⁴⁵.

Par ailleurs, l'exception de fouille ne porte pas atteinte⁴⁶ à la possibilité pour les ayants droit de recourir à des mesures techniques de protection des œuvres et des objets protégés par un droit voisin, ni à la protection juridique que la directive 2001/29 octroie à ces mesures⁴⁷. Certes, les ayants droit ont l'obligation de fournir aux utilisateurs les moyens de tirer un bénéfice réel et effectif des exceptions qui leur sont accordées, y compris l'exception de fouille. Pour autant, les bénéficiaires de l'exception de fouille sont tributaires des ayants droit à cet égard, et ils ne peuvent pas eux-mêmes contourner les mesures techniques au motif que celles-ci les priveraient du bénéfice de l'exception⁴⁸.

27. La nouvelle exception en faveur de la libre fouille de textes et de données est généralement plutôt bien accueillie dans les milieux intéressés. Pour autant, certaines critiques ponctuelles se font insistantes. Il est notamment reproché au texte de ne pas ouvrir l'exception à certains bénéficiaires qui le mériteraient tels que les chercheurs individuels. Il lui est également reproché de ne pas prévoir davantage de liberté au niveau de la communication de fichiers de recherche dans le but de permettre aux tiers d'effectuer des vérifications concernant la fiabilité des informations.

IV. RÉFLEXIONS FINALES

28. L'examen des deux questions traitées dans la présente contribution révèle que, sur ces aspects-là, les autorités n'accusent pas de retard excessif dans la prise de responsabilité qui leur incombe pour adapter le cadre normatif à l'émergence des technologies liées aux big data.

S'agissant de la brevetabilité des outils utilisés dans ce contexte, il est toutefois encore trop tôt pour se prononcer sur les effets – positifs ou négatifs – générés par la politique développée par les autorités d'enregistrement, en particulier l'OEB.

Quant à la question de la libre fouille de textes et de données, elle a fait resurgir, pour la énième fois, la question de savoir si le cadre légal du droit d'auteur ne devait pas s'administrer une plus grande dose de flexibilité sous la forme d'une exception générale et ouverte, adaptable aux évolutions technologiques⁴⁹. Cependant, la spécificité des commentaires qui accompagnent l'adoption de l'exception particulière dans le domaine de la fouille de textes et de données pourrait démontrer, au contraire, que chaque situation technologique justifie des règles *ad hoc*, suffisamment détaillées et transparentes pour tous.

⁴⁵ Texte de la Commission, article 3 (3); Rapport Geiger, p. 19.

⁴⁶ Texte de la Commission, article 6.

⁴⁷ Article 6 de la directive 2001/29.

⁴⁸ Rapport Geiger, p. 23.

⁴⁹ Cfr Rapport Geiger, 15-16, p. 24.

