

Rendre à César ce qui lui appartient : l'utile hypothèse d'un droit moral des données

Tom Lebrun*

RÉSUMÉ	417
INTRODUCTION	419
1. LA NUMÉRISATION DE NOS VIES ET SES DÉRIVES ...	423
1.1 Les limites du droit positif face à la numérisation de nos existences	423
1.2 Les dérives de l'utilisation de nos avatars collectés à travers le monde.	430
2. L'ÉMERGENCE D'UN DROIT DE LA PERSONNALITÉ ADAPTÉ AU CONTEXTE NUMÉRIQUE CONTEMPORAIN, OU LA PERSPECTIVE D'UN DROIT MORAL FONDÉ SUR LA COMPILATION	435
2.1 Les données du profil d'utilisateur comme œuvre de compilation	436

© Tom Lebrun, 2021.

* Tom Lebrun est juriste et doctorant en culture numérique à l'Université Laval, où il travaille sur les questions de génération de textes par apprentissage machine. Chargé de cours en droit et intelligence artificielle à l'Université Laval, il publie régulièrement sur les thématiques du droit d'auteur, de la culture numérique et des nouvelles technologies. Ses recherches sont financées par le Fonds de recherche du Québec – Société et culture (FRQSC).

[Note : cet article a été soumis à une évaluation à double anonymat.]

2.2	La piste d'un droit moral du profil d'utilisateur	442
3.	LA PERTINENCE DE LA DOUBLE COMPOSANTE ATTRIBUTION/INTÉGRITÉ DU DROIT MORAL POUR LE RÉGIME DU PROFIL D'UTILISATEUR	448
3.1	Le droit à l'attribution et son corollaire, le droit à l'anonymat	448
3.2	Le droit à l'intégrité du profil d'utilisateur	451
	CONCLUSION	455

RÉSUMÉ

Je propose d'explorer dans cet article en quoi l'hypothèse d'un droit moral des données créées par l'internaute peut contribuer à l'actuelle réflexion sur la régulation des données massives et de l'intelligence artificielle. C'est donc d'un article prospectif qu'il s'agit ici, puisque je cherche à proposer une solution pertinente au défaut d'agentivité de l'internaute quant aux manifestations de sa vie en ligne, défaut dont les nombreuses conséquences négatives ont été largement présentées ces dernières années (manipulations électorales, bulles de filtre, campagnes de persécution, ciblage économique, voire poursuites judiciaires mal fondées). En tant que composante extrapatrimoniale du droit d'auteur, le droit moral se scinde en différentes branches, que la loi canadienne sur le droit d'auteur synthétise en deux points principaux : un droit d'attribution (ou d'anonymisation) et un droit à l'intégrité de l'œuvre. Applicable aux données grâce au régime de la compilation, ce duo offre des perspectives non négligeables pour enrichir le débat sur la régulation des données et de l'intelligence artificielle.

INTRODUCTION

L'intelligence artificielle (ci-après « IA ») est une technologie structurellement conservatrice. Fondée sur l'utilisation de données appartenant au passé, elle vise essentiellement – par le biais de l'apprentissage machine, solution privilégiée lorsqu'on parle aujourd'hui d'« IA »¹ – à prédire des comportements futurs², devenant en quelques années le principal instrument d'un capitalisme de la surveillance chaque jour plus prédateur³. Cette nature conservatrice est désormais largement documentée par la recherche⁴, laquelle démontre fréquemment les limites de cet ensemble de technologies dès lors qu'on l'utilise en dehors des secteurs eux-mêmes structurellement calculables, comme les jeux d'échecs et les jeux vidéo, le *trading* haute

-
1. On pourrait même affirmer que l'IA contemporaine se fonde sur des médianes et non sur des moyennes : probabiliste de nature, elle exclut tout ce qui sort des marges, et particulièrement les personnes opprimées, dont les données ne sont pas colligées pour différentes raisons (absence de présence sur les réseaux sociaux, pas de téléphone ou de carte de crédit, etc.).
 2. Ce n'est pas sa seule utilisation, mais sans doute l'une des plus importantes. Voir à ce sujet Graham LAWTON, « AI Can Predict your Future Behaviour with Powerful New Simulations », *NewScientist*, 2 octobre 2019, en ligne : <<https://www.newscientist.com/article/mg24332500-800-ai-can-predict-your-future-behaviour-with-powerful-new-simulations/>> (page consultée le 2 novembre 2020).
 3. C'est l'enjeu du livre suivant : Shoshana ZUBOFF, *The Age of Surveillance Capitalism, the Fight for a Human Future at the New Frontier of Power*, Public Affairs, 2019.
 4. Je ne citerai pas les nombreux ouvrages sur la question, mais j'en nommerai seulement quelques-uns utiles à la réflexion de cet article. Voir notamment Safiya NOBLE, *Algorithms of Oppression*, NYU Press, 2018 ; Virginia EUBANKS, *Automating Inequality. How High-Tech Tools Profile, Police and Punish the Poor*, Picador, 2019 ; Catherine D'IGNAZIO et Lauren F. KLEIN, *Data Feminism*, The MIT Press, 2020.

fréquence, l'analyse d'images informatiques ou la logistique⁵. En dépit de la connaissance de cette limite, la « datafication » du monde, pour reprendre le concept de Viktor Mayer-Schonberger et Kenneth Cukier⁶, s'invite dans tous les aspects de la société, promouvant ainsi le vieux rêve pythagoricien d'une gouvernance par les nombres⁷. L'une des conséquences les plus socialement transformatrices de ce phénomène est sans doute cette gouvernementalité algorithmique décrite par Antoinette Rouvroy et Thomas Berns⁸, qui signe la fin de l'idée même de projet politique⁹, avec les enjeux de déstabilisation de la démocratie que l'on suppose¹⁰. Face à cette évolution sans doute trop rapide¹¹, la crainte de voir un pouvoir qui semble désormais bel et bien s'exercer non plus par l'être humain, mais par la technique, comme le craignait le sociologue allemand Gunther Anders¹², est souvent mise en avant

5. Voir sur cette question le fabuleux ouvrage de Pablo JENSEN, *Pourquoi la société ne se laisse pas mettre en équation*, Seuil, 2018. Il faut en effet faire la distinction entre les domaines structurellement calculables et les domaines non calculables. Un exemple intéressant de domaine non calculable est la température extérieure. Tout le monde a pourtant déjà utilisé un thermomètre ou une application indiquant la température extérieure : cela ne veut pas pour autant dire que le ressenti de la température est le même pour tous, celui-ci changeant d'ailleurs en fonction de l'état de santé, de l'âge, du sexe, etc.
6. Viktor MAYER-SCHÖNBERGER et Kenneth CUKIER, *Big Data: A Revolution that Will Transform How we Live, Work, and Think*, Houghton Mifflin Harcourt, 2013.
7. Voir l'ouvrage d'Alain SUPPIOT, *La Gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2011-2014)*, Fayard, 2015.
8. Antoinette ROUVROY et Thomas BERNs, « Gouvernementalité algorithmique et perspectives d'émancipation. Le disparate comme condition d'individuation par la relation ? », (2013) 177-1 *Réseaux* 163, en ligne : <<https://www-cairn-info.acces.bibl.ulaval.ca/revue-reseaux-2013-1-page-163.htm#no2>> (page consultée le 2 novembre 2020).
9. Shoshana Zuboff fait d'ailleurs le même constat qu'Antoinette Rouvroy et Thomas Berns sur ce point lorsqu'elle théorise ce risque absolu du capitalisme de la surveillance dans son chapitre 11, « The Right to the Future Tense ». Voir S. ZUBOFF, préc., note 3, p. 328 et s.
10. Je ne parle pas ici des déstabilisations démocratiques actuellement causées par les algorithmes (comme les manipulations d'élections dans l'affaire Cambridge Analytica), mais bien de la fin du projet démocratique en tant que tel au profit d'un régime représentatif qui ne ferait que « gérer » les affaires courantes, sans projet politique et sans vision du monde. Je m'inscris en cela dans la réflexion souvent posée, notamment par Antoinette Rouvroy.
11. Joseph Schumpeter, théoricien de la fameuse « destruction créatrice » souvent invoquée par les entreprises de la Silicon Valley, a toujours indiqué que les transformations économiques du libéralisme devaient se faire sur des décennies, voire davantage.
12. Christophe David fait ainsi référence à la réflexion de Gunther Anders concernant le passage d'une sociologie de l'homme à une sociologie des choses, évolution causée par ce qu'il appelle la « technocratie » et qui entraîne la fameuse « obsolescence de l'homme », d'ailleurs titre de l'un de ses plus fameux ouvrages. Voir Christophe DAVID, « Gunther Anders et la question de l'autonomie de la technique », (2006)

dans le discours médiatique¹³. Discours également problématique, puisqu'il tend, à tort, à faire oublier que la technique est toujours un outil, un *pharmakon*¹⁴ dont l'être humain est finalement toujours responsable. Si nombre de chercheurs s'évertuent justement depuis quelques années à replacer la responsabilité humaine au centre du débat sur l'usage de ces systèmes algorithmiques¹⁵ et à contrer les stratégies de dissimulation du fonctionnement de ces technologies¹⁶, les solutions proposées pour y parvenir sont pour l'heure encore loin de faire l'unanimité. En ce sens, les pistes politiques envisagées en réaction à l'utilisation « disruptive » de l'intelligence artificielle dans toutes les sphères de la société – autant d'illustrations de la stratégie du choc théorisée par Naomi Klein¹⁷ – s'orientent le plus souvent vers des régulations sectorielles¹⁸. Résolument en faveur de telles régulations, j'aimerais contribuer ici à l'enrichissement de cette perspective en me tournant vers le droit d'auteur, tirant parti du

32-1 *Écologie & politique* 179, en ligne : <<https://www-cairn-info.acces.bibl.ulaval.ca/revue-ecologie-et-politique1-2006-1-page-179.htm>> (page consultée le 2 novembre 2020).

13. Je me réfère ici à beaucoup de titres des ouvrages précités, notamment à la note 4. Pour utiles qu'ils soient, ces titres se concentrent malheureusement davantage sur les systèmes que sur leurs utilisateurs. Ils parlent de technique, non de responsabilité.
14. Je reprends bien sûr ici le terme du regretté Bernard Stiegler, emprunté à Derrida, qui l'a lui-même emprunté à Platon. Voir Xavier DE LA PORTE, « Internet n'est pas neutre, Internet est un pharmakon », *France Culture*, 14 janvier 2014, en ligne : <<https://www.franceculture.fr/emissions/ce-qui-nous-arrive-sur-la-toile/internet-nest-pas-neutre-internet-est-un-pharmakon>> (page consultée le 2 novembre 2020).
15. Je pense en particulier à Joanna Bryson et à Virginia Dignum.
16. Je n'entends même pas par-là le phénomène de « boîte noire » (*black box*) de ces systèmes algorithmiques, qui tient essentiellement au nombre élevé de couches de neurones artificiels dans un système d'apprentissage profond (*deep learning*) : tellement de couches de neurones, tellement de connexions, qu'il devient impossible de comprendre exactement pourquoi le réseau propose tel résultat plutôt que tel autre. Mais ce n'est pas ce que j'entends par là : je parle bien des stratégies établies de dissimulation, de mise au secret du fonctionnement de ces objets technologiques. Ces stratégies sont loin d'être nouvelles et trouvent selon le philosophe des techniques Gilbert Simondon leur origine dans les objectifs économiques qui conditionnent ces « outils ». Voir Gilbert SIMONDON, *Du mode d'existence des objets techniques*, Aubier, [1958] 2012.
17. Naomi KLEIN, *La Stratégie du choc : la montée d'un capitalisme du désastre*, Actes Sud, 2013. Voir également Vincent GAUTRAIS, « The Normative Ecology of Disruptive Technology », dans Derek MCKEE, Finn MAKELA et Teresa SCASSA, *Law and the «Sharing Economy»: Regulating Online Market Platforms*, Presses Universitaires d'Ottawa, 2018, p. 115.
18. Le caractère tripartite de cette technologie (données, algorithmes, traitement/corrélations) permet de caractériser une régulation potentielle sur chacun de ces termes, comme l'a récemment démontré Yannick Meneceur : voir Yannick MENECEUR, *L'intelligence artificielle en procès : plaidoyer pour une réglementation internationale et européenne*, Bruylant, 2020.

caractère logiciel qui sera vraisemblablement reconnu aux systèmes algorithmiques populairement qualifiés d'IA¹⁹. Dans cette perspective, la double composante du droit d'auteur (soit patrimoniale et extra-patrimoniale) a, me semble-t-il, fait l'objet d'un intérêt pour le moins déséquilibré. Je vais donc tenter ici de combler en partie ce manque, en examinant l'hypothèse d'un droit du profil d'utilisateur – notre avatar numérique²⁰ – fondé sur les données qu'il produit. Bien que je sois tout à fait conscient de la possibilité de réguler ces questions par les dispositions relatives au droit à l'image que l'on retrouve aux articles 35 et 36 du *Code civil du Québec*, c'est par le biais d'un droit moral sur le profil d'utilisateur que j'aimerais aborder cette question. Comme je vais l'explorer, les droits d'attribution et d'intégrité qui découlent du droit moral me paraissent relever d'un certain intérêt pour un droit qui reste encore à construire²¹. Pour ce faire, je ne pourrai me passer d'une assez longue exposition des différents problèmes, tant juridiques que sociétaux, causés par l'utilisation de nos profils d'utilisateurs par les plateformes numériques.

Je procèderai donc à cet exposé conséquent des enjeux dans une première partie, démontrant comment la collecte des données relatives à l'expérience humaine est corrélée avec une absence totale d'agentivité – autrement dit, de capacité d'agir – de l'utilisateur (et donc du citoyen) sur l'utilisation de son expérience. Je documenterai ensuite certaines des séquelles les plus néfastes de cette absence d'agentivité avant de mentionner certaines des solutions juridiques les plus pertinentes, mais parcellaires quant à cette problématique. Dans une deuxième partie, j'explorerai la piste d'une reconnaissance du profil d'utilisateur sous le régime de la compilation en droit d'auteur au sens de la jurisprudence canadienne actuelle, notamment eu égard aux critères établis par l'arrêt *CCH canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*²². J'expliquerai ensuite comment la reconnaissance du profil d'utilisateur comme compilation pourrait pertinemment

19. Voir les conclusions des travaux menés en 2019 par le groupe d'experts de haut niveau sur l'intelligence artificielle, lesquels recommandent de gérer l'IA comme une question logicielle, donc traitée par le droit d'auteur, en ligne : <<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/ethics-guidelines-trustworthy-ai>> (page consultée le 2 novembre 2020).

20. Il serait plus juste de parler de « nos » avatars numériques, car chaque plateforme a sa copie de notre profil d'utilisateur, qu'elle monétise.

21. En témoignent les souhaits constants de modernisation des lois, comme le projet de loi 64 au Québec, les critiques de la section 230 du *Decency Communication Act* aux États-Unis ou les critiques du Règlement général des données personnelles dans l'Union européenne.

22. *CCH Canadienne Ltée c. Barreau du Haut-Canada*, [2004] 1 R.C.S. 339 (ci-après « CCH »).

entraîner l'application d'un droit moral indépendant des droits patrimoniaux, possibilité qui permettrait d'évacuer le risque communément dénoncé de monétisation des données. Enfin, je verrai, dans une troisième et dernière partie, comment le droit à l'attribution ou à l'anonymat, d'une part, et le droit à l'intégrité, d'autre part, pourraient constituer des solutions efficaces, tant pour contrer le phénomène des bulles de filtre en ligne – et la manipulation citoyenne qui en dépend, – que pour empêcher les conséquences émergentes des hypertrucages et de leur utilisation médiatique.

1. LA NUMÉRISATION DE NOS VIES ET SES DÉRIVES

La numérisation du monde permet aujourd'hui à des compagnies, des gouvernements et des institutions de capter des copies informatiques de nos vies, ce qui entraîne des conséquences majeures tant pour les individus que pour nos modèles de société et nos régimes politiques.

1.1 Les limites du droit positif face à la numérisation de nos existences

Le manque d'agentivité de l'utilisateur sur les données qu'il produit participe en partie aux problèmes sociétaux contemporains liés à l'utilisation d'IA. Mais de quoi parle-t-on lorsqu'on parle de données ? Une donnée est la représentation d'une information dans un programme. En ce sens, le terme « donnée » pose un premier problème par son côté générique, trop peu défini. Par conséquent, la donnée peut être autant la donnée personnelle (envisagée par le droit), qui identifie un individu et son état de santé par exemple, qu'une donnée de consommation d'huile d'un moteur. Ce caractère générique du terme, combiné à son caractère informatique, apporte une supposée objectivité à leur charge informationnelle, comme le rappellent Antoinette Rouvroy et Thomas Berns :

[...] l'évolution même des capacités technologiques renforce cette sorte d'objectivité de la donnée qui échappe à toute subjectivité : nos logiciels sont désormais capables de reconnaître les émotions, d'en faire de la donnée, de traduire les mouvements d'un visage, les colorations d'une peau en donnée statistique, par exemple pour mesurer l'attractivité d'un produit [...] À ce titre, à la fois on ne répugne pas à les abandonner, dès lors qu'elles ne font pas sens (tant qu'elles ne sont pas corrélées, du moins), elles sont bien moins intrusives qu'une carte de

fidélité, et elles semblent ne pas mentir, c'est-à-dire pouvoir être considérées comme parfaitement objectives ! Cette inoffensivité et cette objectivité sont l'une et l'autre dues à une sorte d'évitement de la subjectivité.²³

Cet appareil de l'objectivité a largement contribué au dénoncé « fétichisme »²⁴ des données personnelles en droit positif, qui autorise une entreprise à capter les émotions d'un visage sans relever pour autant du régime de protection des données personnelles, tant que ces émotions réifiées « n'identifient pas » l'individu avec un nom. L'absurdité de ce constat n'est que la partie visible d'un iceberg sur lequel Pierre-Luc Déziel a notamment travaillé²⁵, pointant trois types de limites à la protection de la vie privée à l'ère de l'intelligence artificielle, qu'il n'est pas inutile de rappeler ici. Ces limites sont d'ailleurs reprises de façon différente par divers auteurs²⁶. Elles relèvent de trois ordres : ontologique, structurel et opérationnel.

La limite ontologique tient à l'utilisation par les plateformes numériques d'entités qui n'existent pas selon le régime juridique positif, autrement dit, qui excèdent le cadre actuel de protection des données personnelles. Il s'agit essentiellement des catégories créées par les entreprises numériques pour qualifier les individus, ce que l'on nomme les « profils d'utilisateurs » (de *User Profile Information* ou *UPI*). On retrouvera cette notion tout au long du présent article, puisque c'est au travers d'elle que je souhaite réfléchir à une protection par le droit d'auteur de la personnalité en ligne. En principe, un profil d'utilisateur est composé de différentes appartenances à des groupes ou catégories, lesquels peuvent être en pratique extrêmement précis. Il peut par exemple s'agir du fait de posséder une console de jeu vidéo, de préférer les jeux vidéo de rôle, voire d'être un *hardcore gamer*, etc. En pratique, l'information collectée (soit l'intérêt marqué

23. A. ROUVROY et T. BERNS, préc., note 8, par. 6.

24. Antoinette ROUVROY, « *Homo juridicus* est-il soluble dans les données ? », dans Elise DEGRAVE, Cécile DE TERWANGNE, Séverine DUSOLLIER et Robert QUECK, *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Larcier, 2018, p. 417, à la p. 429.

25. Pierre-Luc DÉZIEL, « Les limites du droit à la vie privée à l'ère de l'intelligence artificielle : groupes algorithmiques, contrôle individuel et cycle de traitement de l'information », (2018) 30-3 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 827.

26. Sandra WACHTER et Brent MITTELSTADT, « A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI », (2019) 2019-2 *Columbia Business Law Review* 130 ; Monique MANN et Tobias MATZNER, « Challenging Algorithmic Profiling: The Limits of Data Protection and Anti-Discrimination in Responding to Emergent Discrimination », (2019) 6-2 *Big Data & Society* 11.

de l'individu pour les jeux vidéo) est ensuite appliquée à son « score » psychologique²⁷, par exemple à chacun des cinq traits de personnalité (*Big Five*) théorisés par Lewis Goldberg²⁸, modèle psychologique très utilisé par les sciences comportementales contemporaines. Un individu jouant à un jeu multijoueur aurait ainsi logiquement un « score » d'extraversion et d'agréabilité plus élevé qu'un autre qui préférerait des jeux plus individuels. Bien sûr, l'information collectée ne se limite pas aux goûts en matière de jeux : en la matière, la maximisation de la collecte d'informations (*likes* sur Facebook, requêtes Google, types de photos partagées sur Instagram, fréquence et contenu des *tweets*, lieux fréquentés dans lesquels l'individu se connecte au réseau Wi-Fi, positionnement GPS, etc.) constitue une forme de garantie sur le comportement de l'individu concerné. Ces profils d'utilisateurs font l'objet d'un intérêt soutenu de la part de l'industrie²⁹ et, tant qu'ils sont anonymisés, ne relèvent pas du cadre de la loi et peuvent faire l'objet de transactions financières – c'est d'ailleurs toute leur raison d'être. C'est au travers de tels profils que la campagne présidentielle américaine s'est construite ; des informations comme un intérêt pour les combats d'*Ultimate Fighting Championship*, des émissions télévisées comme *Star Trek* ou encore des habitudes de consommation ont permis d'identifier des individus comme étant républicains ou démocrates³⁰, et surtout, de déterminer leur potentiel de « conversion » vers un camp particulier. C'est dans ce cadre que des profils d'utilisateurs ont permis à Cambridge Analytica de cibler utilement certains électeurs américains lors des élections de 2016³¹. La limite structurelle, quant à elle, tient au principe de finalité qui régit la

27. Voir l'article suivant : Wu YOUYOU, Michal KOSINSK et David STILLWELL, « Computer-Based Personality Judgments are More Accurate than those Made by Humans », (2015) 112-4 *Proceedings of the National Academy of Sciences* 1036, en ligne : <www.pnas.org/content/pnas/112/4/1036.full.pdf> (page consultée le 2 novembre 2020).
28. Lewis R. GOLDBERG, « An Alternative "Description of Personality": The Big-Five Factor Structure », (1990) 59-6 *Journal of Personality and Social Psychology* 1216.
29. Voir les titres de nombreux dépôts de brevets sur ce sujet, notamment : Bikash AGARWAL, brevet « Enhanced User Profile Information Display on Terminating Handset », n° US20200280630A1, Washington, DC: U.S. Patent and Trademark Office, 2020 ; Jun WANG, Arungundram C. MAHENDRAN et Vidya NARANAYAN, brevet « User Profile, Policy, and PMIP Key Distribution in a Wireless Communication Network », n° US10171998B2, Washington, DC: U.S. Patent and Trademark Office, 2019 ; Bernt LERVIK, Christopher MITCHELL, Harald LIAVAAG et Kevin BELLINGER, brevet « User Profile Aggregation and Inference Generation », n° US20190068747A1, Washington, DC: U.S. Patent and Trademark Office, 2019.
30. Voir les infographies créées par le New York University Online Political Transparency Projet au lien suivant, en ligne : <<https://adobservatory.org/nationalData/presidential>> (page consultée le 2 novembre 2020).
31. Pour une explication fascinante des types de profils d'utilisateurs mis en place par Cambridge Analytica, voir le lien suivant, en ligne : <<https://towardsdatascience.com/>>

conception du droit des données personnelles, au Canada comme dans l'Union européenne. Ce principe, qui postule « le caractère adéquat, pertinent et non excessif des informations collectées par rapport à l'objet du traitement et exige qu'elles soient uniquement utilisées à des fins compatibles avec la finalité initiale »³², est résolument inadéquat dans un monde où l'IA procède à l'extraction inductive d'informations à partir de données massives et où l'on cherche donc, à l'inverse, à maximiser la collecte d'informations dont on trouvera plus tard l'utilité³³. Enfin, la limite opérationnelle tient au fait qu'il est en pratique très difficile d'exercer un contrôle sur les modalités de circulation de nos renseignements personnels. En effet, les principales compagnies qui traitent nos informations le font de façon volontairement cachée, Google (qui est loin d'être seul dans ce cas) ayant ainsi mis en place une véritable stratégie de dissimulation de sa collecte de données³⁴. Si les algorithmes sont opaques³⁵, il ne faut pas non plus oublier qu'il est parfois stratégique pour les entreprises qui les utilisent de flouter le plus possible les tenants et aboutissants de leur utilisation. En résumé, le droit positif en matière de vie privée et de données personnelles ne permet pas de réguler proprement les enjeux liés aux données massives et à l'intelligence artificielle. Et c'est là que le droit d'auteur a peut-être un rôle à jouer, principalement en ce qui a trait la première limite ontologique. Pourquoi ?

Peut-être en raison, justement, de la numérisation chaque jour plus invasive de nos existences³⁶. Dans le monde dans lequel nous vivons, l'argument des années 2000 selon lequel les données collectées en ligne ne sont que les « miettes »³⁷ de notre activité est en effet caduc : le projet des plateformes numériques est ni plus ni moins, c'est désormais clair, de disposer de copies numériques les plus complètes et précises possible de nos existences au travers de ces

cience.com/weapons-of-micro-destruction-how-our-likes-hijacked-democracy-c9ab6fed3d02?gi=87abc4070c75> (page consultée le 2 novembre 2020).

32. Rosario DUASO CALÈS, « Principe de finalité, protection des renseignements personnels et secteur public : étude sur la gouvernance des structures en réseau », thèse de doctorat, Université de Montréal et Université Paris II Panthéon-Assas, 2011, p. iii.
33. Les algorithmes d'apprentissage machine permettent en effet de produire des hypothèses à partir des données traitées. Voir A. ROUVROY et T. BERNS, préc., note 8, par. 31.
34. Voir Steven LEVY, *In the Plex: How Google Thinks, Works and Shapes Our Lives*, Simon & Schuster, 2011, p. 69.
35. *Supra*, note 16.
36. Ce phénomène va évidemment s'accroître avec le développement de l'Internet des objets.
37. Le terme a été beaucoup utilisé à une certaine époque pour désigner les données collectées, notamment par Google. Voir S. ZUBOFF, préc., note 3, p. 90.

profils d'utilisateurs décrits précédemment. Ces copies de notre identité analogique sont chaque jour produites et raffinées par les outils que nous utilisons, sans que nous connaissions la mesure de ce profilage ni que nous ayons la capacité de le contrôler. Elles relèvent de ce que l'on désigne usuellement par l'anglicisme *digital labor*³⁸, concept qui fait l'objet de recherches contemporaines majeures et dont l'application fut longtemps présentée comme une mine d'or qui transformerait le modèle économique occidental³⁹. Le concept, ici encore, est compliqué par la charge sémantique qu'il porte, puisqu'il qualifie l'activité en ligne de « travail », présupposant, au moins dans l'imaginaire, que ce dernier devrait conséquemment être rémunéré⁴⁰. Mais aussi problématique qu'il soit, le concept de *digital labor* désigne bien l'ensemble des informations captées sur nos vies en raison de notre activité toujours davantage numérisée. Les données et inférences que l'on en tire ne se limitent plus aux seuls clics, aux préférences de recherche ou au temps passé à observer telle ou telle photographie en ligne : l'objectif est désormais de « datifier » jusqu'à nos pensées⁴¹, nos sentiments⁴², nos émotions⁴³, la totalité de notre

-
38. Antonio CASILI, « *Digital Labor* : travail, technologies et conflictualités », dans Dominique CARDON et Antonio CASILI, *Qu'est-ce que le Digital Labor ?*, Éditions de l'INA, 14 : « Par *digital labor*, nous désignons les activités numériques quotidiennes des usagers des plateformes sociales, d'objets connectés ou d'applications mobiles. Néanmoins, chaque post, chaque photo, chaque saisie et même chaque connexion à ces dispositifs remplit les conditions évoquées dans la définition : produire de la valeur (appropriée par les propriétaires des grandes entreprises technologiques), encadrer la participation (par la mise en place d'obligations et contraintes contractuelles à la contribution et à la coopération contenues dans les conditions générales d'usage), mesurer (moyennant des indicateurs de popularité, réputation, statut, etc.) ».
39. C'est la thèse de Yochai BENKLER, *La Richesse des réseaux : marchés et libertés à l'heure du partage social*, Presses universitaires de Lyon, 2009.
40. Est-ce par le droit du travail qu'il faut aborder cette question ? Cela relèverait, encore une fois, d'une monétisation de la donnée et de la relation aux plateformes. Je traite de cette question plus loin dans l'article.
41. Pensons aux algorithmes capables de détecter le niveau de confiance qu'inspire un visage, Meghan Markle étant ainsi jugée comme inspirant davantage confiance que la reine Elizabeth par le système. Ryan MORRISON, « Meghan Markle looks "more trustworthy" than the Queen », *Daily Mail*, 22 septembre 2020, en ligne : <<https://www.dailymail.co.uk/sciencetech/article-8761211/Meghan-Markle-looks-trustworthy-Queen-face-scanning-algorithm-reveals.html>> (page consultée le 2 novembre 2020). Pour la recherche initiale sur laquelle est basée cette analyse, voir Lou SAFRA, Coralie CHEVALLIER, Julie GRÈZES et Nicolas BAUMARD, « Tracking Historical Changes in Trustworthiness Using Machine Learning Analyses of Facial Cues in Paintings », (2020) 11 *Nature Communications* 7.
42. Voir Nick KEPPLER, « This Company Wants to Help Your Boss Monitor Your Brainwaves at Work », *Vice*, 21 septembre 2020, en ligne : <https://www.vice.com/en_us/article/qj4qd7/this-company-wants-to-help-your-boss-monitor-your-brainwaves-at-work> (page consultée le 2 novembre 2020).
43. C'est tout le champ de recherche de l'informatique émotionnelle qui est visé ici.

environnement, intérieur du domicile compris⁴⁴. Bien évidemment, l'objectif de la collecte de ces données et inférences est de permettre tant à des entreprises qu'à des institutions ou à des gouvernements de surveiller nos faits et gestes et, conséquemment, de prédire nos achats, nos convictions, nos allégeances politiques et nos votes pour mieux les diriger⁴⁵. Pensons également aux enjeux découlant des hypertrucages (*deepfakes*), qui permettent de mettre en scène un

44. C'est d'ailleurs l'objectif affiché du dernier projet en date de Facebook, nommé « Aria », de même que le dernier drone de surveillance domestique Ring d'Amazon. Voir la page officielle de la compagnie, « Announcing Project Aria: A Research Project on the Future of Wearable AR », *Facebook*, 16 septembre 2020, en ligne : <<https://about.fb.com/news/2020/09/announcing-project-aria-a-research-project-on-the-future-of-wearable-ar/>> (page consultée le 2 novembre 2020) ; Dave GERSHGORN, « Facebook's Project Aria Is Google Maps – For Your Entire Life », *OneZero*, 18 septembre 2020, en ligne : <<https://onezero.medium.com/facebooks-project-aria-is-google-maps-for-your-entire-life-1511a88f6249>> (page consultée le 2 novembre 2020). Concernant Amazon, la situation est d'autant plus problématique que les accords entre Amazon et certains départements de police sont désormais connus. Voir Lisa EADICICCO, « Ring's New Tiny Drone Can Autonomously Fly Around your Home and Send Alerts if it Detects Intruders, Fire, or Emergencies While you're Away », *Business Insider*, 24 septembre 2020, en ligne : <<https://www.businessinsider.com/ring-announces-always-home-cam-tiny-drone-fly-around-house-2020-9>> (page consultée le 2 novembre 2020).

45. A. ROUVROY, préc., note 24, à la p. 432 :

Il ne s'agit plus tant d'imputer certains actes effectués, certaines œuvres, à leur auteur, mais bien plutôt d'identifier, sans ambition de vérité, mais d'une manière suffisamment fiable pour que le jeu en vaille la chandelle, les propensions individuelles à adopter dans l'avenir tel ou tel comportement. C'est-à-dire qu'il s'agit, dans un certain nombre de cas, de détecter dans l'actuel de pures potentialités et d'agir « par avance » comme si celles-ci étaient « réalisées » ou « actualisées » : on exclura par avance du bénéfice d'une assurance un fraudeur potentiel, on refusera par avance un prêt à une personne profilée comme à risque de non-remboursement de crédit, on neutralisera par avance un terroriste potentiel, on orientera par avance un jeune enfant vers telle ou telle formation littéraire ou scientifique en fonction de son profil, on enverra de la publicité personnalisée avant que les « cibles » aient eu l'occasion de former et de formuler leurs désirs [...]

Mireille HILDEBRANDT et Bert-Jaap KOOPS, « The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era », (2010) 73-3 *The Modern Law Review* 435 :

[this kind of system] deprives users not only of the means to reflect on the choices their environment makes for them, but may proactively impact the choices that users make. For example, if I am contemplating becoming vegetarian, profiling software may infer this from my online behaviour. It may for instance infer that there is an 89 per cent chance that I will stop eating meat within the coming month and sell this information to a retailer or industry that has an interest in me remaining a carnivore. Whoever bought this information may send me free samples of the type of meat I am inferred to prefer, and may for instance place « advertorials » on websites that I visit, containing scientific evidence of specific health benefits of the consumption of beef.

Voir également Elinor CARMI, « Rhythmedia: A Study of Facebook Immune System », (2020) 37-5 *Theory, Culture & Society* 119.

individu sans son consentement, comme les récentes vidéos de discours hypertruqués de Barack Obama, de Vladimir Poutine ou de Kim Jong-un le démontrent⁴⁶ : il est désormais possible de faire un avatar numérique de n'importe qui et de l'utiliser de n'importe quelle façon, que ce soit à des fins pornographiques, d'amusement ou de promotion politique. Sur cet aspect, l'agentivité de l'utilisateur, donc du citoyen et de l'être humain concerné, est réduite à peau de chagrin, pour ne pas dire quasi nulle⁴⁷. On l'a vu, les règles relatives à la protection des données personnelles ne suffisent pas, ce que n'aident évidemment pas les conditions d'utilisation des plateformes numériques, complexifiées à dessein et sujettes à changements impromptus⁴⁸.

L'enjeu est donc loin d'être limité au domaine numérique et à ce que ce terme présuppose comme cadre dans la réflexion contemporaine : quand bien même cet avatar de mon existence en ligne ne constitue qu'une copie boîteuse, forcément limitée de mon individualité, son utilisation est lourde de conséquences d'un point de vue sociétal, supprimant *de facto* mon autonomie et ma capacité à l'autodétermination – autrement dit, ma liberté⁴⁹.

46. Josh K. ELLIOTT, « Too real? Deepfake Putin, Kim Jong Un ads pulled from U.S. debate », *Global News*, 3 septembre 2020, en ligne : <<https://globalnews.ca/news/7368533/deepfake-vladimir-putin-kim-jong-un-ads/>> (page consultée le 2 novembre 2020).

47. On aura compris que j'exclus de la réflexion les règles relatives à la diffamation, qui pourraient s'appliquer dans certains de ces cas, au travers du droit à la réputation protégé par la *Charte des droits et libertés de la personne*. Voir notamment *Prud'homme c. Prud'homme*, [2002] 4 R.C.S. 663, par. 34.

48. En moyenne, le Code d'Hammourabi et la Constitution américaine sont moins longs que la majorité des licences des plateformes numériques que nous utilisons au quotidien. Pour accéder à une comparaison visuelle de la longueur de ces licences, voir Nicholas LEPAN, « Visualizing the Length of the Fine Print, for 14 popular apps », *Visual Capitalist*, 18 avril 2020, en ligne : <<https://www.visualcapitalist.com/terms-of-service-visualizing-the-length-of-internet-agreements/>> (page consultée le 2 novembre 2020). Pour un travail de recherche sur la manière dont le droit des marques pourrait permettre d'investiguer la manière dont les données sont traitées et ainsi favoriser la transparence en matière d'intelligence artificielle, voir Amanda LEVENDOWSKI, « Trademark as Surveillance Transparency », (2021) 36 *Berkeley Technical Law Journal* (à venir).

49. A. ROUVROY, préc., note 24, à la p. 433 :
Dans un tel contexte, comment encore présupposer, fût-ce à titre de fiction fonctionnelle, l'autonomie d'un sujet alors que le sujet se trouve ici exposé à des profilages de toute nature qui le saisissent « en temps réel » non pas en tant que personne, mais en tant qu'agrégat de propensions, dont une bonne partie est inconnue de la personne elle-même, ou agrégat de pulsions avant toute transformation de ces pulsions en désir conscient ?

1.2 Les dérives de l'utilisation de nos avatars collectés à travers le monde

Qu'elle provienne de gouvernements, d'institutions ou de compagnies privées, la collecte de données sur les êtres humains n'a pas attendu d'être aussi conséquente qu'elle ne l'est aujourd'hui pour entraîner des utilisations inconsidérées, quand elles ne sont pas abusives ou même franchement illégales⁵⁰. Sans même parler du rôle joué par Facebook dans le génocide contre le peuple Rohingya au Myanmar⁵¹, pensons aux récentes manifestations en Angleterre dues à l'uniformisation nationale des notes par des algorithmes au désavantage des élèves de zones en difficulté⁵², à l'utilisation massive de logiciels de reconnaissance faciale par les forces de l'ordre aux États-Unis⁵³ – menant à des arrestations erronées de personnes racisées⁵⁴ en dépit de la connaissance de l'inefficacité de tels systèmes⁵⁵ –, ou encore aux manipulations électorales par le biais des réseaux sociaux aux États-Unis, en Espagne, en Inde, au Brésil, en Ukraine, en Bolivie, en Équateur, au Honduras et en Azerbaïdjan⁵⁶.

-
50. On peut par exemple noter le caractère illégal d'utilisation de logiciels de reconnaissance faciale par la police, issu de la décision de la Cour d'appel de Londres du 11 août dernier, en ligne : <<https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2020/08/R-Bridges-v-CC-South-Wales-ors-Judgment.pdf>> (page consultée le 2 novembre 2020).
51. Voir Alexandra STEVENSON, « Facebook Admits It Was Used to Incite Violence in Myanmar », *The New York Times*, 6 novembre 2018, en ligne : <<https://www.nytimes.com/2018/11/06/technology/myanmar-facebook.html>> (page consultée le 2 novembre 2020). Concernant l'actuelle tentative d'obstruction à l'enquête relative au génocide par la Cour internationale de Justice, voir Matthew SMITH, « Facebook Wanted to Be a Force for Good in Myanmar. Now It Is Rejecting a Request to Help With a Genocide Investigation », *Time*, 18 août 2020, en ligne : <<https://time.com/5880118/myanmar-rohingya-genocide-facebook-gambia/>> (page consultée le 2 novembre 2020).
52. Louise AMOOR, « Why “Ditch the Algorithm” is the Future of Political Protest », *The Guardian*, 19 août 2020, en ligne : <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2020/aug/19/ditch-the-algorithm-generation-students-a-levels-politics>> (page consultée le 2 novembre 2020).
53. Kevin RECTOR et Richard WINTON, « Despite Past Denials, LAPD has Used Facial Recognition Software 30,000 Times in Last Decade, Records Show », *Los Angeles Times*, 21 septembre 2020, en ligne : <https://www.latimes.com/california/story/2020-09-21/lapd-controversial-facial-recognition-software?mc_cid=1b5477a65b&mc_eid=f7c089fbd7> (page consultée le 2 novembre 2020).
54. Kashmir HILL, « Wrongfully Accused by an Algorithm », *The New York Times*, 24 juin 2020, en ligne : <<https://www.nytimes.com/2020/06/24/technology/facial-recognition-arrest.html>> (page consultée le 2 novembre 2020).
55. Oskar Josef GSTREIN, Anno BUNNIK et Andrej ZWITTER, « Ethical, Legal and Social Challenges of Predictive Policing », (2019) 3-3 *Católica Law Review* 77.
56. Un scientifique des données récemment licencié par Facebook a ainsi décrit dans un mémo interne les manipulations politiques des pays cités. Voir Craig SILVERMAN, Ryan MAC et Pranav DIXIT, « “I Have Blood on My Hands”: A Whistleblower

Si les dommages liés à l'utilisation par systèmes algorithmiques de données collectées sur les citoyens sont un phénomène global, force est toutefois de constater que les personnes en difficulté économique, les personnes racisées et les minorités sont souvent les victimes désignées de ces phénomènes, la collecte sauvage de données dans de nombreux pays d'Afrique apparaissant désormais comme un prolongement des logiques colonialistes, cette fois sous forme algorithmique⁵⁷.

Il est donc désormais acquis que nous sommes la matière première dont est extraite la valeur que revendent les plateformes aux plus offrants⁵⁸. Face au problème moral structurel de cette situation, qui relègue l'être humain au rang de moyen et non plus de fin⁵⁹, le droit n'est pas adapté. De la même manière que le droit du travail a dû s'adapter aux nouvelles conditions d'exploitation du temps humain pour assurer une société démocratique et humaine – en autorisant, puis en interdisant le travail des enfants, en limitant le nombre maximum d'heures travaillées d'affilée pour les salariés ou en imposant un salaire minimum et un temps de repos hebdomadaire⁶⁰ –, le droit doit donc désormais intervenir dans la question de la production d'informations qui ne sont pas forcément sensibles ou déjà protégées,

Says Facebook Ignored Global Political Manipulation », *BuzzFeed News*, 14 septembre 2020, en ligne : <<https://www.buzzfeednews.com/article/craigsilverman/facebook-ignore-political-manipulation-whistleblower-memo>> (page consultée le 2 novembre 2020). Sur cette question épineuse, voir également les travaux sur l'astroturfing, notamment les travaux de Sophie BOULAY, *Usurpation de l'identité citoyenne dans l'espace public. Astroturfing, communication et démocratie*, Presses de l'Université du Québec, 2015 ; voir également les travaux du Computational Propaganda Research Project à Oxford.

57. Voir notamment les travaux d'Abeba Birhane sur le sujet. Abeba BIRHANE, « Algorithmic Colonization of Africa », (2020) 16-2 *Scripted* 391 :
Algorithmic colonialism, driven by profit maximization at any cost, assumes that the human soul, behaviour, and action is raw material free for the taking. Knowledge, authority, and power to sort, categorize, and order human activity rests with the technologist, for which we are merely data producing "human natural resources".
58. Il ne s'agit pas uniquement d'annonceurs, on l'aura compris, mais aussi de groupes politiques, de *hackers*, lesquels peuvent être payés par des gouvernements étrangers pour déstabiliser une région ou un secteur, voire une entreprise.
59. En violation du fameux impératif catégorique kantien.
60. Le travail a ainsi longtemps été assimilé à une simple « chose » et, conséquemment, régi par le droit des biens. Alain Supiot a notamment travaillé sur la question ; voir Alain SUPIOT, *Critique du droit du travail*, PUF, 1994, p. 47 :
Pour le codificateur de 1804, il n'y avait [...] pas de lacune du Code civil en matière de relation de travail puisque cette relation se trouvait soumise aux principes applicables aux contrats en général, et au louage des choses en particulier. Il n'est pas inutile de rappeler que de telles lois demeurent d'ailleurs contingentes de la conception sociale établie dans un pays donné. De telles lois « sociales » sont loin d'être parfaitement répandues à travers le monde.

mais qui relèvent pourtant de notre intimité et qui permettent, par des inférences, l'extraction d'informations cruciales sur nos vies⁶¹. La conscience d'une nécessaire législation fait l'objet d'un consensus sur le plan politique⁶², mais les moyens d'y parvenir ne font pas, quant à eux, l'unanimité. Parmi ces derniers, l'interdiction pure et simple de l'utilisation de données par certains acteurs est proposée⁶³, de même qu'un prolongement des lois anti-discrimination aux cas de discrimination par association⁶⁴, ou encore la monétisation des données

61. Voir Sandra WACHTER, « Affinity Profiling and Discrimination by Association in Online Behavioural Advertising », (2020) 35-2 *Berkeley Technology Law Journal* 30 :

By claiming not to collect or infer sensitive data, but rather to only assume an affinity or interests, companies might not need to adhere to the higher protection afforded to sensitive data processing in the GDPR (Art 9). The lack of comprehensive non-discrimination law in Europe further erodes the protection available to data subjects against affinity profiling. The law applies to a limited number of protected grounds and contexts. The applicability of direct discrimination to affinity profiling leaves much to be desired. If courts and regulators do not view affinity profiling as using protected attributes or accepted proxies, people possessing these attributes may not be able to raise direct discrimination claims. Even if affinity profiling is seen as directly using protected traits, the argument that inferring an affinity for a protected group is completely different than inferring protected attributes about a user is problematic and might render the regulation inapplicable. Even if these hurdles are overcome, the claimant might not want to openly acknowledge that they possess a particular trait (e.g. sexual orientation, religion) when bringing a claim. And finally, people who are subjected to discriminatory ads based on an inaccurate classification or grouping may not receive any protection, as they do not possess the discriminated protected trait (e.g. men that are shown discriminatory ads intended for women).

62. L'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI), dans son *Document de synthèse révisé sur les politiques en matière de propriété intellectuelle et l'intelligence artificielle* (ci-après « Document de synthèse de l'OMPI ») du 21 mai 2020, s'interroge ainsi au 34^e point :

La question générale qui se pose aux fins du présent exercice est celle de savoir si la politique en matière de propriété intellectuelle doit aller plus loin que le système classique et créer de nouveaux droits sur les données, compte tenu de l'importance qu'elles ont prise en tant que composantes essentielles de l'intelligence artificielle. Parmi les raisons qui pourraient justifier ces nouvelles mesures figureraient la volonté d'encourager la mise au point de classes de données nouvelles et utiles, d'attribuer une valeur juste aux divers acteurs de la chaîne de valeur, notamment les personnes concernées par les données, ainsi que les producteurs et utilisateurs de données, et de garantir une concurrence loyale sur le marché, en s'opposant à tout acte ou comportement jugé contraire à la concurrence loyale.

63. C'est ce que propose Shoshana Zuboff, et ce que certains politiques promeuvent. Voir ainsi « Les assureurs ne pourront utiliser les données issues de capteurs de santé », *Data News*, 23 septembre 2020, en ligne : <https://datanews.levif.be/ict/actualite/les-assureurs-ne-pourront-utiliser-les-donnees-issues-de-capteurs-de-sante/article-news-1336167.html?cookie_check=1600976964> (page consultée le 2 novembre 2020).

64. S. WACHTER, préc., note 61.

et leur vente éventuelle, ce dernier type de proposition ayant fait l'objet d'assez larges critiques de la part de la littérature juridique⁶⁵. Certains traits communs émergent pourtant. On peut ainsi noter que la notion de consentement sert davantage de leurre et de protection pour les entreprises qui mettent en place les licences que de vecteur de protection des utilisateurs⁶⁶. Il faut aussi constater que le seul critère d'identification de l'individu doit être abandonné en matière de régime de protection des données personnelles⁶⁷, quitte à intégrer dans le champ de la loi⁶⁸ les inférences issues des données collectées. De même, la possibilité de refuser de faire l'objet d'un traitement de ses données (personnelles ainsi que les inférences mentionnées) devrait être explicitement mise en œuvre⁶⁹.

Qui plus est, des dispositifs de protection du profil numérique existent déjà, notamment au sein de l'Union européenne par le biais du *Règlement général sur la protection des données* (ci-après « RGPD »)⁷⁰, mais ceux-ci ne permettent pas, à mon sens, de protéger véritablement la copie numérique de notre personnalité. Le RGPD se fonde, en effet, sur la notion de « profilage », définie à l'article 4.4 comme :

[...] toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel consistant à utiliser ces données à caractère

-
65. Stacy-Ann LEVY, « Paying for Privacy and the Personal Data Economy », (2017) 117-6 *Columbia Law Review* 1369 ; Pamela SAMUELSON, « Privacy as Intellectual Property », (2000) 52-5 *Stanford Law Review* 1125 ; Elettra BIETTI, « Locked-in Data Production: User Dignity and Capture in the Platform Economy », octobre 2019, en ligne : <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3469819> ; Séverine DUSOLLIER, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005, p. 316-323, cité par Mélanie DULONG DE ROSNAY, *Les Golems du numérique, Droit d'auteur et Lex electronica*, Presses des Mines, 2016, p. 172. À l'inverse, pour un point de vue qui défend l'idée d'une monétisation de la donnée, voir Jeffrey RITTER et Anna MAYER, « Regulating Data as Property: A New Construct for Moving Forward », (2018) 16 *Duke Law & Technology Review* 220.
66. Voir les notes d'audition de Vincent Gautrais en commission parlementaire sur le projet de loi modernisant des dispositions législatives en matière de protection des renseignements personnels (projet de loi n° 64), 23 septembre 2020, en ligne : <<https://www.gautrais.com/blogue/2020/09/23/auditions-publiques-sur-le-projet-de-loi-64/>> (page consultée le 2 novembre 2020).
67. C'est d'ailleurs la première recommandation du rapport Pierre-Luc DÉZIEL, Karim BENYEKHLEF et Eve GAUMOND, *Repenser la protection des renseignements personnels à la lumière des défis soulevés par l'IA*, Document de réponse aux questions posées par la Commission d'accès à l'information du Québec dans le cadre de la consultation sur l'intelligence artificielle, 2020.
68. *Ibid.*, Proposition numéro 2.
69. *Ibid.*, Proposition numéro 12.
70. *Règlement 2016/679 de l'Union européenne*, dit « Règlement général sur la protection des données (RGPD) ».

personnel pour évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.

On voit comme cette définition se veut large et englobante. Cependant, la rédaction de cette disposition du RGPD est problématique en ce qu'elle base la notion de profilage – c'est quasiment toujours le cas – uniquement sur le traitement de données à caractère personnel. *A contrario*, tout traitement d'inférences tirées des interactions de l'utilisateur ne serait pas caractérisé comme relevant du « profilage » au sens de l'article 4.4 du RGPD. Surtout, ce type de régime ne permet pas d'envisager les œuvres qui découleront de l'utilisation de nos données pour la monétisation de nos personnalités. Car là se situe un des enjeux majeurs des années à venir : la vente ou la diffusion de produits culturels ou médiatiques basés sur la personnalité, qu'il s'agisse d'un proche décédé avec qui l'on souhaiterait continuer à communiquer ou d'une célébrité que l'on aimerait avoir près de nous⁷¹. De tels « produits culturels » seraient-ils protégés uniquement par le droit d'auteur ? La question se posera sans doute bientôt. De la même manière, les dispositions relatives à la protection du droit à l'image, soit les articles 35 et 36 du *Code civil du Québec*, peinent à répondre aux potentielles utilisations « créatives » des profils d'utilisateurs, notamment lorsqu'ils seraient issus de personnalités ayant volontairement cédé leur droit à l'image à des fins pécuniaires.

Comment, donc, parvenir à protéger cet ensemble nébuleux que constitue notre personnalité en ligne ? Si la perspective d'un élargissement des catégories déjà en cours – notamment la notion de profilage – est vraisemblablement la manière la plus simple d'y parvenir, le droit d'auteur n'est pas sans atouts pour venir enrichir la discussion et fait l'objet d'un sérieux intérêt, tant de la part des chercheurs que des institutions ou du législateur. C'est sur ce point

71. Les parents de Joaquin Oliver, tué le 14 février 2018, ont ainsi créé en 2020 une vidéo de leur fils qui promeut le vote. La vidéo et le sens du projet sont disponibles en ligne : <<http://unfinishedvotes.com/>> (page consultée le 2 novembre 2020). C'est également le projet derrière l'application *Replika*. Voir John FINN, « Replika App: AI Friend, or Real Life Black Mirror Episode », *ScreenRant*, 29 janvier 2020, en ligne : <<https://screenrant.com/replika-app-ai-friend/>> (page consultée le 2 novembre 2020).

que j'aimerais désormais me pencher : une question à l'intersection étrange entre le droit des données et le droit d'auteur.

2. L'ÉMERGENCE D'UN DROIT DE LA PERSONNALITÉ ADAPTÉ AU CONTEXTE NUMÉRIQUE CONTEMPORAIN, OU LA PERSPECTIVE D'UN DROIT MORAL FONDÉ SUR LA COMPILATION

Ceux qu'on a coutume de nommer les « droits de la personnalité » sont en réalité un ensemble (*patchwork*) de différentes notions, usuellement assimilées aux droits fondamentaux de l'individu et pourtant distinctes du régime de personnalité juridique. Il arrive ainsi que l'on assimile tout simplement les droits de la personnalité au droit à la vie privée⁷², quand bien même les « droits de la personnalité », régis par l'article 3 du *Code civil du Québec*, ne se confondent pas tout à fait avec cette notion. En effet, comme le fait remarquer Michèle Rocca, « au-delà de la vie privée, c'est la personnalité même de l'individu qui est protégée : le droit au respect de la vie privée n'est que l'un des multiples aspects des droits que chaque être humain a sur sa propre personne »⁷³. Ces droits de la personnalité n'ont pas « de classification rigide tant [leurs] facettes sont multiples et évolutives »⁷⁴ ; selon Jacques Ghestin, ils se révéleraient davantage « à l'occasion d'événements ressentis par les intéressés comme des atteintes à leur être propre [lorsque l'individu a le sentiment qu']on lui a pris quelque chose qui lui appartient, ou mieux, qui est un peu de lui »⁷⁵. C'est donc dans ce cadre que j'aimerais maintenant réfléchir à l'hypothèse d'un régime juridique du profil d'utilisateur, notamment dans sa dimension extrapatrimoniale, connue sous le nom de « droit moral ». Pamela Samuelson, professeure à Berkeley, a déjà validé l'intérêt de cette hypothèse :

A moral rights-like approach might be worth considering as to personal data. As with the moral right of authors, the granting of a moral right to individuals in their personal data might protect personality based interests that individuals have in their own data. The admixture of personal and economic

72. David KORZENIK, « La protection des droits de la personnalité aux États-Unis et en Grande-Bretagne : aspects de droit comparé », (2009) 2-43 *Legicom* 4.

73. Michèle ROCCA, « Droit privé et exposition d'archives : questions relatives aux droits de la personnalité et à la propriété littéraire et artistique », (1993) 160-161 *La Gazette des archives* 54.

74. *Ibid.*

75. Jacques GHESTIN, *Traité de droit civil, Les personnes*, t. 4, 4^e éd., L.G.D.J., 1989, p. 244, cité par M. ROCCA, préc., note 73, p. 54.

interests could be reflected in the right. The integrity and divulgation interests may be the closest analogous moral rights that might be adaptable to protect personal data. An individual has an integrity interest in the accuracy and other qualitative aspects of personal data, even when the data are in the hands of third parties. An individual also has an interest in deciding what information to divulge, to whom and under what circumstances.⁷⁶

Un droit moral des données – autrement dit, un droit qui ne serait pas caractérisé par l'existence d'une nécessaire infraction, qui serait incessible et rattaché à la personne de l'utilisateur – serait-il donc envisageable ? Je ne préjugerai pas ici de la perspective d'un droit *sui generis* inspiré de cette possibilité, quand bien même l'un des objets de cet article est d'inspirer ce type de réflexion. À la place, je vais maintenant faire état du chemin nécessaire pour une telle reconnaissance, afin de voir si le cadre juridique préexistant du droit d'auteur ne permettrait pas déjà de formuler cette hypothèse. Pour cela, un profil d'utilisateur doit d'abord être qualifié comme une œuvre au sens de la loi, ce qui ne va pas sans soulever un certain nombre de questions.

2.1 Les données du profil d'utilisateur comme œuvre de compilation

Le présupposé principal et problématique de la reconnaissance du profil d'utilisateur comme relevant du droit d'auteur est donc l'assimilation de ce profil à une œuvre du point de vue de la *Loi sur le droit d'auteur* (ci-après « LDA »)⁷⁷. Problématique, et pourtant, si

76. P. SAMUELSON, préc., note 65, 1148.

77. Le droit moral pourrait également s'arrimer au droit à l'image. On le sait, le droit à l'image ne fait pas l'objet de la même interprétation partout dans le monde : cependant, des traits communs permettent d'envisager une régulation uniforme de part et d'autre de l'Atlantique. En France, certains éléments de doctrine tendraient ainsi à le faire représenter plus largement comme la perception extérieure d'éléments de vie privée, ce qui pourrait en ce sens englober les inférences tirées des données collectées. Aux États-Unis, le droit à l'image comme composante de la vie privée prohibe les appropriations « du nom ou de l'image d'une personne à des fins commerciales », laissant présager un régime qui pourrait s'appliquer aux données de l'utilisateur et aux inférences qui en sont tirées. Je n'explorerai pas plus cette question, qui pourra faire l'objet d'autres recherches à l'avenir, me contentant d'en esquisser la piste. Voir Emmanuel DERIEUX, « Droits de la personnalité et protection des données personnelles face aux médias et à leurs usages », (2009) 2-43 *Victoires éditions* 126. Voir également D. KORZENIK, préc., note 72, 53.

un programme informatique (donc un algorithme) est assimilé à une œuvre littéraire par le droit, et en tant que tel régi par la LDA, n'est-il pas logique que ses composantes – les données et leurs inférences – soient également considérées selon ce même régime ? C'est la question à laquelle j'essayerai désormais de répondre.

La première résistance, instinctive sans doute, à la reconnaissance d'une protection par le droit d'auteur du profil d'utilisateur de l'internaute tient encore à la sémantique utilisée par la Loi. La LDA protège les « œuvres », terme qui ne fait l'objet d'aucune véritable définition, puisque la loi comme la jurisprudence se refusent à faire une interprétation esthétique du terme⁷⁸. Par conséquent, au sens actuel de la LDA et de la jurisprudence, est considéré comme une œuvre ce qui est simplement déterminé par la Loi. La Cour fédérale, dans l'arrêt *Fly by Nite Music Co. c. Record Warehouse Ltd.*, mentionne ainsi que⁷⁹ :

[...] le mot “œuvre” employé dans la *Loi sur le droit d'auteur* englobe toute chose au sujet de laquelle la Loi déclare qu'il y aura droit d'auteur, que cette chose soit une production artistique ou un produit de manufacture ou de technologie.

Au paragraphe 62 de l'arrêt *Théberge*⁸⁰, le juge Binnie indique également qu'une œuvre est simplement le « produit de la création que l'on préserve contre la copie »⁸¹, ce qui est assez éclairant quant au caractère ouvert de la notion. Le terme anglais, moins polysémique, de « *work* » fait également preuve de cette ouverture, et rappelle d'ailleurs opportunément l'idée de *digital labor* mentionnée plus tôt.

Pour caractériser cette idée de « travail » que constituent nos profils numériques, une catégorie juridique protégée par le droit d'auteur pourrait y correspondre, dans le concept juridique de compilation. C'est l'article 2 LDA qui définit les compilations comme des « œuvres [ou travaux donc] résultant du choix ou de l'arrangement de tout ou partie d'œuvres littéraires, dramatiques, musicales ou

78. Normand TAMARO, *Loi sur le droit d'auteur; texte annoté*, 9^e éd., Carswell, 2012, p. 101 : « Sauf en ce qui concerne les œuvres artistiques dues aux artisans, les tribunaux ne cherchent pas à découvrir le caractère artistique ou esthétique d'une œuvre ».

79. *Fly by Nite Music Co. c. Record Warehouse Ltd.*, [1975] C.F. 386 (1^{re} inst.).

80. *Théberge c. Galerie d'Art du Petit Champlain inc.*, [2002] 2 R.C.S. 336, 2002 CSC 34 (ci-après « *Théberge* »).

81. N. TAMARO, préc., note 78, p. 74.

artistiques ou de données ». La question est donc de savoir si les données et leurs inférences constitutives d'un profil d'utilisateur peuvent se qualifier comme compilations au sens de la LDA. Si seules la jurisprudence ou la Loi peuvent apporter une réelle réponse à cette interrogation, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (ci-après « OMPI ») s'interroge déjà activement sur cette possibilité⁸², sujet également abordé dans l'*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce* (ci-après « Accord sur les ADPIC »)⁸³. J'aimerais prolonger cette réflexion ici, en l'intégrant au contexte spécifique du droit canadien.

La question de la fixation sur support ne posant pas particulièrement de problèmes⁸⁴, je m'intéresserai donc sans plus attendre

82. Voir Document de synthèse de l'OMPI, préc., note 62, art. 33 :

Le choix ou la disposition des données peut également constituer une création intellectuelle et être protégé à ce titre, et certains ressorts juridiques sont dotés d'un droit *sui generis* sur les bases de données afin de protéger les investissements qu'elles nécessitent. En revanche, la protection par le droit d'auteur n'est pas étendue aux données contenues dans la base à proprement parler, même si la compilation de données constitue une création intellectuelle susceptible d'être protégée par le droit d'auteur.

L'idée d'une codification juridique des données par le droit d'auteur n'est d'ailleurs pas inédite dans la littérature juridique. Mélanie Dulong de Rosnay, notamment, a soutenu dans son livre *Les Golems du numérique* (appuyé en cela par Lawrence Lessig, qui en signe la préface) une idée relativement proche. Voir M. DULONG DE ROSNAY, préc., note 65, p. 172 :

[...] dans une perspective fonctionnelle associant les œuvres et informations soumises au droit de la propriété littéraire et artistique et à la vie privée, il faut intégrer les données personnelles et le droit à l'image aux côtés du droit moral. La catégorie de droits intellectuels est retenue, mais elle se situe à l'intérieur de celle des droits personnels. Ainsi, elle englobe le droit d'auteur et le droit des données personnelles, et insiste sur la nature personnelle de ces droits : ils sont rattachés à la volonté du titulaire qui exprime sa personnalité, ses choix, en définissant ce qu'il autorise et réserve par contrat ou par métadonnée d'un langage d'expression des droits. De plus, ils se retrouvent dans les mêmes objets, les ressources immatérielles étant à la fois des œuvres et des données qui peuvent comprendre des données personnelles et l'image des personnes représentées dans ces œuvres, ainsi que les métadonnées produites par des tiers.

83. Carlos MARIA CORREA, « Data in Legal Limbo: Ownership, Sovereignty, or a Digital Public Goods Regime? », dans Jacques de Werra (dir.), *Propriété intellectuelle à l'ère du Big Data et de la Blockchain*, Schulthess, 2020 :

[...] the *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS Agreement) suggests that data (as contained in compilations) may be subject to copyright protection. Article 10(2) [compilations of data] provides that: "[...] Such protection, which shall not extend to the data or material itself, shall be without prejudice to any copyright subsisting in the data or material itself." It is unclear, however, what kind of "copyright subsisting in the data" the drafters of the agreement were thinking of.

84. Toute donnée est en effet par défaut « fixée » sur un support.

à la question du caractère original du profil d'utilisateur entendu comme compilation⁸⁵.

Comme l'explique Benoît Clermont dans son article « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création »⁸⁶ en faisant référence à l'arrêt *Bonnette c. Dominion Blueline Inc.*⁸⁷, c'est une approche holistique de la compilation qu'il faut adopter plutôt que d'évaluer chacun de ses éléments. C'est cet ensemble, le rappelle la jurisprudence, qui doit être frappé du sceau de l'originalité :

Puisque la compilation peut être composée d'éléments qui ne sont pas, eux-mêmes, protégés par la Loi (la définition de la compilation prévoit que cette dernière peut être composée de « données » qui ne sont pas protégées par droit d'auteur) le caractère original d'une compilation doit résider dans la sélection et l'arrangement de ses différentes composantes, et non dans l'originalité de chacun des éléments qui la composent.⁸⁸

L'arrêt *Bonnette* se fonde évidemment, en ce qui concerne la question de l'originalité, sur l'arrêt *CCH*⁸⁹. C'est donc à la lumière de cette décision majeure de la Cour suprême que je vais tenter d'évaluer si un profil d'utilisateur, dans son sens le plus global d'« ensemble des activités réalisées en ligne », peut être considéré comme une compilation originale, autrement dit, comme une œuvre faisant la preuve du talent et du jugement de son auteur. Pour cela, il me faut me tourner vers le texte de la décision lui-même, particulièrement son paragraphe 16, sans doute le paragraphe clé de l'arrêt, puisqu'il explique par la voix de la juge en chef McLachlin comment doivent être compris les critères de talent et de jugement précités :

85. Selon l'article 5 LDA, quatre critères seront nécessaires à l'application du droit d'auteur, soit un critère d'existence (1) et de nationalité de l'auteur (2), un critère d'existence de l'œuvre – en l'occurrence la compilation (3) – et un critère d'originalité (4). Je me concentre sur les deux derniers critères dans cet article, les deux premiers ne posant pas particulièrement de problèmes.

86. Voir également C. MARIA CORREA, préc., note 83, p. 7 à 9 sur ce point, pour une analyse aux conclusions similaires tant sur le plan du droit de l'Union européenne que du droit des États-Unis et du droit Canadien.

87. *Bonnette c. Dominion Blueline Inc.*, 2005 QCCA 342, EYB 2005-88514, demande d'autorisation d'appel rejetée, C.S.C., 2005-11-17, n° 30970 (ci-après « *Bonnette* »).

88. Benoît CLERMONT, « Les compilations et la *Loi sur le droit d'auteur* : leur protection et leur création », (2006) 18-2 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 219.

89. *CCH*, préc., note 22.

J'entends par talent le recours aux connaissances personnelles, à une aptitude acquise ou à une compétence issue de l'expérience pour produire l'œuvre. J'entends par jugement la faculté de discernement ou la capacité de se faire une opinion ou de procéder à une évaluation en comparant différentes options possibles pour produire l'œuvre. Cet exercice du talent et du jugement implique nécessairement un effort intellectuel. L'exercice du talent et du jugement que requiert la production de l'œuvre ne doit pas être négligeable au point de pouvoir être assimilé à une entreprise purement mécanique.

Au vu de ce double éclairage jurisprudentiel, peut-on affirmer qu'un profil d'utilisateur formé de données et d'inférences est une compilation, à ce titre protégée par la *Loi sur le droit d'auteur* ? Il me semble que oui, ce que tend à confirmer la décision de la Cour suprême *Robertson c. Thomson Corp.*, selon laquelle⁹⁰ :

Une compilation consiste dans la présentation, sous une forme différente, d'éléments existants. Celui qui l'effectue n'a aucun droit d'auteur sur les composantes individuelles. Cependant, il peut détenir un droit d'auteur sur la forme que prend la compilation.

Comme la compilation, le profil d'utilisateur constitue un arrangement particulier d'informations compilées. Comme la compilation, un profil est composé par le recours de l'utilisateur à ses connaissances personnelles, à ses aptitudes intellectuelles et à ses éventuelles compétences issues de l'expérience : ces éléments sont même la base de son activité en ligne, de ses recherches et de ses interactions. Comme la compilation, enfin, le profil est également issu de la faculté de discernement et de la capacité de se faire une opinion de l'utilisateur, ce dernier point constituant même l'essence du profil d'utilisateur – la garantie de sa monétisation par les compagnies numériques.

Bien sûr, on pourrait contre-argumenter que le profil d'utilisateur est une construction qui se raffine au fil des interactions de l'utilisateur et qui n'est dès lors jamais terminée, mais la jurisprudence n'exige justement pas d'une compilation qu'elle soit terminée pour être

90. *Robertson c. Thomson Corp.*, 2006 CSC 43, par. 36.

protégée⁹¹. De même, on pourrait arguer que l'effort intellectuel requis pour la production d'un profil d'utilisateur est presque inexistant, mais la juge en chef Beverley McLachlin a bien précisé dans *CCH* que l'effort intellectuel requis pour la production d'une compilation n'a pas à atteindre un quelconque degré : il doit simplement exister⁹². Enfin, et il s'agira de mon dernier point sur cette question, un profil d'utilisateur n'est pas non plus produit par une entreprise purement mécanique, sauf dans les cas de faux profils créés par intelligence artificielle⁹³, cas spécifiques qui se verraient, logiquement et de façon tout à fait souhaitable, refuser le statut de compilations protégées par le droit d'auteur⁹⁴.

Il reste cependant une difficulté à surmonter posée par l'arrêt *Geophysical Service Incorporated c. Encana Corporation*⁹⁵, selon lequel la compilation n'est pas une œuvre lorsque le choix ou l'arrangement est dicté par des pratiques acceptées et courantes du domaine⁹⁶. De fait, la collecte d'informations d'un profil d'utilisateur est sans aucun doute possible une pratique désormais courante des acteurs du numérique, mais j'oserais dire que ce n'est pas cela qui est visé ici : les choix et arrangements relèvent des pratiques individuelles – du talent et du jugement personnels, donc – des utilisateurs, et non des acteurs du numérique. En ce qui les concerne, ces entreprises n'ont donc d'influence que sur le cadre de cette compilation. Il en va du profil d'utilisateur comme du fabricant de toile et du peintre : si les acteurs du numérique créent la toile et la vendent, c'est l'utilisateur qui peint dessus. En ce sens, il me semble que la difficulté posée par la décision *Geophysical* est écartée.

Il semblerait donc possible d'envisager de réguler les profils d'utilisateurs composés de données personnelles et de leurs inférences

91. Voir *National Film Board c. Bier*, (1970) 63 C.P.R. 164 (CA Ex.), par. 174 et 175, cités par N. TAMARO, préc., note 78, p. 78 ; *France Animation, s.a. c. Robinson*, 2011 QCCA 1361, 2011 CarswellQue 7652, EYB 2011-193354.

92. C'est même la raison qui fonde l'abandon de la doctrine du « sweat of the brow ». Voir *CCH*, préc., note 22, par. 24.

93. Voir Taylor HATMAKER, « Chinese Propaganda Network on Facebook Used AI-Generated Faces », *TechCrunch*, 22 septembre 2020, en ligne : <https://techcrunch.com/2020/09/22/facebook-gans-takes-down-networks-of-fake-accounts-originating-in-china-and-the-philippines/?mc_cid=1b5477a65b&mc_eid=f7c089fbd7&guccounter=1> (page consultée le 2 novembre 2020).

94. En accord avec l'exigence de l'article 5 LDA quant à l'existence d'un auteur et à sa nationalité.

95. *Geophysical Service Incorporated c. Encana Corporation*, 2016 ABQB 230.

96. *Ibid.*, par. 100-101.

par le biais de la compilation⁹⁷. C'est d'autant plus envisageable que les plateformes numériques, aidées par les différentes dispositions nationales⁹⁸, soutiennent de longue date qu'elles ne produisent aucun contenu et ne peuvent donc être tenues responsables ni des propos ni des comportements en ligne. À défaut d'être produit par les plateformes numériques, c'est donc que ce contenu en ligne doit être créé par les utilisateurs : ce ne serait que justice de leur rendre cette « propriété » particulière. Complémentaire du droit à la vie privée, un tel régime aurait donc pour effet d'attribuer un droit d'auteur au profil d'utilisateur, dès lors composé de la double dimension patrimoniale et extrapatrimoniale. Comme je vais maintenant l'expliquer, c'est à cette deuxième dimension exclusivement que je souhaite m'intéresser⁹⁹.

2.2 La piste d'un droit moral du profil d'utilisateur

L'intérêt principal de la reconnaissance d'un régime juridique du profil d'utilisateur comme compilation est de nous permettre d'avoir notre mot à dire quant à l'utilisation des données que nous créons quotidiennement et aux inférences qui en découlent¹⁰⁰. Si notre seul consentement ne peut suffire à protéger les utilisations

97. L'adéquation de la reconnaissance du profil d'utilisateur comme compilation au regard de la jurisprudence *CCH* ne doit pas non plus faire oublier que des jurisprudences étrangères, notamment la jurisprudence française, ont longtemps cherché à protéger la marque de la personnalité de l'auteur. C'est ainsi que se décline la conception franco-belge de l'originalité, selon laquelle « l'originalité est une notion subjective exigeant l'empreinte de la personnalité de l'auteur ». Voir Maxence RIVOIRE et E. Richard GOLD, « Propriété intellectuelle, Cour suprême du Canada et droit civil », (2015) 60-3 *Revue de droit de McGill* 399. Voir également Marie ROUXEL, *Le refus de reconnaître le statut d'auteur à l'intelligence artificielle et ses conséquences*, mémoire de maîtrise, Université Laval et Université Paris-Saclay, 2019, p. 29-30.

98. Je pense à la règle du bon samaritain, issue de la section 230 du *Decency Communication Act* aux États-Unis, à la Directive 2000/31/CE de l'Union européenne sur la responsabilité limitée des hébergeurs et évidemment aux articles 22, 27, 32 et 37 de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information* au Québec.

99. *Supra*, note 65. Comme mentionné précédemment, un statut pécuniaire des données doit être exclu de la réflexion, sinon pour des raisons morales, au moins pour des raisons juridiques. Comme me l'a fait également très pertinemment remarquer Pierre-Luc Déziel lors d'une discussion, les personnes en situation économique précaire ne bénéficieraient pas de la même protection que les autres. Les différences entre les milieux économiques appuieraient les exploitations numériques, prolongeant les inégalités déjà connues, notamment chez les personnes racisées.

100. Un droit moral des données ferait partie de ce droit aux inférences raisonnables (*right to reasonable inferences*) théorisé par S. WACHTER et B. MITTELSTADT, préc., note 26.

néfastes de nos profils d'utilisateurs¹⁰¹ – on imagine volontiers des licences d'utilisation forçant à y renoncer¹⁰² –, c'est à mon sens avantagement par le droit moral que possède l'utilisateur sur son profil numérique, son avatar, qu'une protection de la vie numérique pourrait advenir. En effet, l'un des principaux avantages du droit moral est d'autoriser les injonctions de faire cesser le dommage, contrairement aux règlements usuels du droit des contrats qui a cours en matière de données¹⁰³. Ce n'est cependant, comme je le verrai, pas le seul intérêt de cette perspective. Qu'est-ce donc que le droit moral, ce droit qui, comme l'a fait remarquer Pierre-Emmanuel Moysse, a encore à révéler ses pouvoirs au Canada¹⁰⁴ ?

La première chose à mentionner est sans doute que la double composante patrimoniale et extrapatrimoniale du droit d'auteur fait, en droit canadien, l'objet d'une séparation rigide, notamment décrite par Ysolde Gendreau¹⁰⁵. Cette séparation, qui mène selon l'auteure

101. Karim BENYKHELEF, « LIA et nos principes de justice fondamentale », *Options politiques*, 15 février 2018, en ligne : <<https://policyoptions.irpp.org/fr/magazines/february-2018/lia-et-nos-principes-de-justice-fondamentale/>> (page consultée le 2 novembre 2020) :
- À [la question de l'accès aux données et du partage des données détenues par les autorités publiques] s'ajoute celle de la protection des données personnelles dans un monde soumis à une logique algorithmique. À cet égard, les cadres législatifs actuels au Québec et au Canada sont complètement dépassés. Une réflexion majeure s'avère nécessaire. Que vaut en effet le consentement dans un écosystème (Internet, Internet des objets) qui offre des services gratuits en échange d'une collecte de données personnelles et d'un profilage algorithmique de la personne ?
102. A. ROUVROY, préc., note 24, à la p. 430 :
- Les promesses de contrôle individuel accru des individus sur « leurs » données ne proposent un contrôle que de façade : si l'on peut imaginer que l'individu ait la capacité de consentir ou de ne pas consentir à la collecte de « ses » données (ce qui, garanti par le droit, n'est déjà pas évident en pratique), les architectures de choix (opt-outs plutôt qu'opt-ins, par exemple) mises en place par les plateformes, la personnalisation des interactions, etc. font en sorte que le consentement par défaut soit, en pratique, la norme.
103. Samuelson le mentionne également comme l'un des intérêts du droit moral pour les données personnelles dans son article. P. SAMUELSON, préc., note 65, 1149 :
- A moral right-like approach would overcome a second important limitation of a purely contractual approach which generally aims to compensate the non-breaching party through an award of damages, not by granting injunctive relief. A person who has licensed a particular use of her personal data, but not another use, would almost certainly want injunctive relief upon learning that her licensee is using the data for more than the authorized purpose. A property right in her personal data could provide grounds for injunctive remedy.
104. Pierre-Emmanuel MOYSSE, « Le droit moral au Canada : facteur d'idées », (2013) 25-1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 145.
105. Ysolde GENDREAU, « Moral Rights », dans G. F. Henderson (dir.), *Copyright and Confidential Information Law of Canada*, 1994, p. 171, cité par N. TAMARO, préc., note 78, p. 68.

« au quasi-dédoublé de la disposition sur les recours en cas de violation des droits moraux »¹⁰⁶, pour critiquée qu'elle soit par ailleurs, est en réalité extrêmement adéquate pour l'établissement d'un régime juridique du profil d'utilisateur composé uniquement d'une dimension extrapatrimoniale : le texte épouse de façon presque prémonitoire une telle possibilité. Quoi qu'il en soit de cet aspect et de la réserve sur ce point que l'on pourrait tout à fait admettre – selon que l'on souhaite promouvoir la thèse moniste ou dualiste¹⁰⁷ –, le droit moral s'entend généralement comme l'ensemble des droits de la personnalité d'un auteur qui se maintiennent même après la cession de l'œuvre. Sa création est souvent attribuée au droit français, à tort selon Normand Tamaro, alors qu'il en existait des manifestations dans la jurisprudence anglaise dès 1769, comme en témoigne l'arrêt *Millar c. Taylor* de la Cour d'appel de Londres¹⁰⁸. J'aimerais citer un passage très fort de cet arrêt, car le sens que Lord Aston y donne à la notion de propriété me semble particulièrement utile à notre réflexion :

That a man may have property in his body, life, fame, labours, and the like; and, in short, in any thing that can be called his. That it is incompatible with the peace and happiness of mankind, to violate or disturb, by force or fraud, his possession, use or disposal of those rights; as well as it is against the principles of reason, justice and truth.¹⁰⁹

On le voit, l'idée de propriété dont il est question ici n'est pas celle d'un bien dont on peut à proprement parler se « défaire » (au sens du démembré des droits de propriété) : bien au contraire, elle vise ce qui m'est le plus intime, soit le fait d'être maître de mon propre corps, de ma propre vie et, potentiellement, comme je le crois par extension, de ma propre personnalité. On retrouve là une distinction bien connue des historiens du droit antique entre possession et propriété¹¹⁰. C'est également ce qu'affirme Normand Tamaro quand

106. Traduction de Normand Tamaro, *ibid.*

107. Mira T. SUNDARA RAJAN, *Moral Rights. Principles, Practice and New Technology*, Oxford University Press, 2011, p. 130 et s.

108. *Millar c. Taylor*, (1769) 98 E.R. 201 (C.A.) ; N. TAMARO, préc., note 78, p. 62 : « En fait, avant même que le droit moral de l'auteur ne soit judiciairement reconnu en droit français, la Cour d'appel anglaise, en 1769, l'avait énoncé pour des questions n'ayant jamais été remises en cause depuis. [...] Selon [l'arrêt *Millar c. Taylor*], les personnes disposent notamment de droits de propriété ("property") relativement à leur réputation. »

109. *Millar c. Taylor*, *ibid.*, par. 220, cité par N. TAMARO, *ibid.*, p. 63.

110. Sur cette question passionnante, voir le cours du Collège de France de Dario MANTOVANI, « Usages juridiques du passé, dans la pensée des juristes romains », épisode 1, *France Culture*, en ligne : <<https://www.franceculture.fr>>

il exprime « le caractère particulier du type de propriété en cause [en matière de droit moral] : une propriété dont la dépossession ou l'abandon est difficilement concevable en pratique »¹¹¹, précisément parce qu'il relève de la personnalité et des choix intimes de l'auteur. Cette conception est extrêmement claire dans l'arrêt de la Cour suprême *Desputeaux c. Éditions Chouette inc.*, où, comme le cite toujours Normand Tamaro, par son œuvre, « l'auteur communique sa pensée, ses émotions de sorte que l'œuvre fait partie de la personnalité de l'auteur et lui demeure attachée toute sa vie »¹¹². On voit, il me semble, comment cette idée d'un « travail » assimilé à la personnalité d'un individu pourrait nous être utile quant à la réflexion sur le régime juridique des données à l'heure de l'intelligence artificielle.

Habituellement, le droit moral permet donc à l'auteur de prohiber les atteintes envers l'œuvre qui pourraient conséquemment heurter sa renommée. Comme le fait remarquer Laurent Carrière, le droit moral tend ainsi « à la protection de l'auteur plutôt qu'à celle du titulaire du droit d'auteur »¹¹³. Mais penchons-nous quelque peu sur le texte même de la loi. Au Canada, le droit moral de l'auteur existe formellement depuis 1931, à la suite de l'adhésion du pays à la *Convention de Berne* de 1886. Il est régleménté aux articles 14.1(1) et suivants LDA :

14.1 (1) L'auteur d'une œuvre a le droit, sous réserve de l'article 28.2, à l'intégrité de l'œuvre et, à l'égard de tout acte mentionné à l'article 3, le droit, compte tenu des usages raisonnables, d'en revendiquer, même sous pseudonyme, la création, ainsi que le droit à l'anonymat.

(2) Les droits moraux sont incessibles ; ils sont toutefois susceptibles de renonciation, en tout ou en partie.

(3) La cession du droit d'auteur n'emporte pas renonciation automatique aux droits moraux.

fr/emissions/series/usages-juridiques-du-passe-dans-la-pensee-des-juristes-romains-0> (page consultée le 2 novembre 2020).

111. N. TAMARO, préc., note 78, p. 63.

112. *Desputeaux c. Éditions Chouette (1987) inc.*, 2003 CSC 17, cité par N. TAMARO, *ibid.*, p. 67.

113. Voir Laurent CARRIÈRE, « Droit d'auteur et droit moral : quelques réflexions préliminaires », *Robic*, 1991, p. 7, en ligne : <<https://www.robic.ca/wp-content/uploads/2017/05/119-LC.pdf>> (page consultée le 2 novembre 2020) : « [...] cette protection s'attache à la personne de l'auteur dont l'œuvre est, philosophiquement, considérée comme une expression de sa personnalité, sinon même comme une extension de sa personne. »

(4) La renonciation au bénéfice du titulaire du droit d'auteur ou du détenteur d'une licence peut, à moins d'une stipulation contraire, être invoquée par quiconque est autorisé par l'un ou l'autre à utiliser l'œuvre.

En cet ensemble, presque tout le droit moral est envisagé, lequel peut se résumer en deux points : un droit de paternité sur l'œuvre et un droit d'intégrité de l'œuvre. C'est sur ces deux points que je souhaiterais me concentrer dans le reste de cet article, prenant pour acquis que je ne pourrai pas examiner ici toutes les questions afférentes au droit moral, tels le droit de divulgation ou le droit de retrait, qui relèvent au Canada du droit patrimonial de l'auteur. Qu'on me permette toutefois de dire un mot rapide sur la durée du droit moral, d'une part, et sur la possibilité d'y renoncer, d'autre part.

La durée du droit moral, quant à elle, est en principe assimilée au versant patrimonial du droit d'auteur sur l'œuvre. Si les droits moraux sur un profil d'utilisateur peuvent ainsi logiquement s'éteindre au Canada cinquante ans après le décès de l'individu concerné, la question continuera à se poser pour des personnalités si célèbres que de nouvelles œuvres seront créées bien des années après leur décès. Cette situation, *a priori* farfelue, n'est déjà plus une hypothèse, puisqu'on fait déjà revivre certains acteurs dans des films contemporains – ainsi d'un prochain film mettant James Dean en scène 64 ans après sa mort¹¹⁴, ou des derniers épisodes de *Star Wars* faisant revivre certains de ses principaux acteurs¹¹⁵. Ces phénomènes, à l'intersection du droit à l'image et du droit d'auteur, interrogent de façon inédite la question du nécessaire caractère perpétuel du droit moral. Ils démontrent à mon avis la nécessité d'une séparation au sein du droit d'auteur entre d'une part les droits économiques, dont la durée devrait selon beaucoup être réduite, et d'autre part les droits moraux, dont l'existence gagnerait peut-être à être prolongée.

Concernant la possibilité d'un renoncement au droit moral, il est clair que les plateformes numériques n'hésiteraient pas à

114. Jake COYLE, « Rights to Dean's Likeness were Acquired by the Filmmakers and the Production Company Magic City Films through CMG Worldwide », *The Seattle Times*, 6 novembre 2019, en ligne : <<https://www.seattletimes.com/entertainment/movies/a-cgi-james-dean-is-cast-in-new-film-sparking-an-outcry/>> (page consultée le 2 novembre 2020).

115. Voir « Performance Anxiety. If AI Made Actors Immortal », *The Economist*, 5 juillet 2018, en ligne : <<https://www.economist.com/the-world-if/2018/07/05/performance-anxiety>> (page consultée le 2 novembre 2020).

contractualiser sous forme de licences ces renoncements prévus par la Loi. Ils y ont tout intérêt. Cependant, même en dépit de telles dispositions contractuelles¹¹⁶, l'appréciation actuelle de la possibilité de renonciation aux droits moraux envisagée à l'article 14.1(2) LDA est, il est important de le noter, ouverte à la possibilité de dérogations, « compte tenu des droits fondamentaux de la personne »¹¹⁷. On peut ainsi envisager assez sereinement que les tribunaux refuseraient dans certaines circonstances de donner une portée trop étendue à la renonciation aux droits moraux. Ainsi, la possibilité d'une renonciation aux droits moraux n'a pas de portée absolue en droit canadien, notamment en l'absence de contrepartie¹¹⁸ : elle est, on peut l'affirmer, d'appréciation restrictive. On peut ainsi supposer qu'un internaute qui aurait « renoncé » explicitement aux droits moraux sur son profil d'utilisateur en raison de l'acceptation d'une licence d'utilisation d'une plateforme comme Facebook pourrait toutefois refuser l'utilisation par la compagnie de son avatar si cette dernière décide de poursuivre ses expérimentations en réalité virtuelle, par exemple. *A fortiori*, on pourrait envisager qu'une célébrité, dont l'avatar est recréé par hypertrucage, puisse invoquer ses droits moraux pour empêcher la diffusion de vidéos la mettant en scène¹¹⁹. De la même manière, les descendants d'une personnalité célèbre pourraient ainsi protéger la mémoire de la personne concernée, en prohibant par le biais de la transmission aux héritiers des droits moraux sur l'œuvre une utilisation de la « personnalité » d'un individu à des fins contraires à l'honneur ou à la réputation de cette dernière fondée sur l'article 14.2(2) LDA. À l'heure de la toute-puissance du contrat, un tel régime rééquilibrerait minimalement la balance du pouvoir entre l'individu et la plateforme, autorisant le juge à protéger la vie « numérique » de l'individu¹²⁰.

116. La renonciation peut être expresse ou tacite, mais elle doit toutefois être éclairée comme l'a conclu la Cour suprême dans *R. c. Ross*, [1989] 1 R.C.S. 3.

117. N. TAMARO, préc., note 78, p. 478.

118. *Auchinachie c. Vogel*, 2007 CarswellOnt 866 (Ont. S.C.J.).

119. Ce qui serait d'ailleurs en accord avec avec la directive 2019/790 de l'Union européenne sur le droit d'auteur et les droits voisins. Cette directive est en effet une exception au principe de limitation de la responsabilité des hébergeurs, tel qu'il a été consacré par la directive 2000/31/CE de l'Union. En ce sens, la directive UE 2019/790 sur le droit d'auteur et les droits voisins, modifiant les directives 96/9/CE et 2001/29/CE, permet de régir les diffusions par les plateformes de contenu protégé par le droit d'auteur, exigeant de ces dernières qu'elles bénéficient d'une autorisation d'en faire la diffusion.

120. L'un des autres avantages de la reconnaissance du profil d'utilisateur comme compilation est de permettre d'appliquer le droit moral sur le profil en dépit des cessions actuelles des profils d'utilisateurs aux entreprises tierces. Selon l'article 14.1(3) LDA, la cession n'entraîne pas la renonciation automatique aux droits moraux. Voir également la réflexion de Mélanie Dulong de Rosnay, sur un aspect similaire, concernant la primauté du droit moral sur l'autorisation de

3. LA PERTINENCE DE LA DOUBLE COMPOSANTE ATTRIBUTION/INTÉGRITÉ DU DROIT MORAL POUR LE RÉGIME DU PROFIL D'UTILISATEUR

Si donc la perspective d'une reconnaissance des données par le droit d'auteur n'est pas sans intérêt pour inspirer la doctrine comme la réglementation à venir, il me faut maintenant me pencher sur les composantes du droit moral canadien qui pourraient le plus utilement servir cet aspect. Explorons donc la double dimension de ce droit extrapatrimonial à travers les notions de droit à l'attribution et de droit à l'intégrité.

3.1 Le droit à l'attribution et son corollaire, le droit à l'anonymat

Si l'on ne peut exclure la possibilité pour un individu de souhaiter se voir justement attribuer un profil d'utilisateur, c'est davantage au droit à l'anonymat tel que régi par l'article 14.1(1) LDA que je souhaite m'intéresser ici. En effet, revendiquer son droit à l'anonymat quant à son profil d'utilisateur, ce n'est pas tant demander la suppression de son profil Facebook – pour donner un exemple trivial – qu'avoir la possibilité d'exiger que son ou ses profils sur un réseau social ou une plateforme ne puissent pas faire l'objet d'un ciblage. Et donc, c'est retirer aux grandes entreprises du numérique la manne financière que constitue le fait de pouvoir vendre des prédictions quant à nos centres d'intérêt, nos intentions de vote et nos comportements quotidiens. Ce droit moral d'anonymisation du profil est donc potentiellement très puissant en ce qui concerne le ciblage dont nous faisons quotidiennement les frais, et dont j'ai exposé en amont les conséquences sociales et politiques délétères. Ainsi envisagé, le droit à l'anonymisation de son profil d'utilisateur ne mènerait à rien de moins qu'à la fin de la « bulle de filtre », jugée comme responsable d'une grande partie des maux contemporains et de la polarisation politique accentuée par les plateformes numériques¹²¹, sans pour autant empêcher la vente de publicité en ligne¹²².

modification des licences *Creative Commons*. M. DULONG DE ROSNAY, préc., note 65, p. 203.

121. Eli PARISER, *The Filter Bubble: How the New Personalized Web is Changing What we Read and How we Think*, The Penguin Press, 2011.

122. Ce serait sans doute le risque qu'invoqueraient les plateformes, mais la publicité en ligne existait bien avant le ciblage : elle était tout simplement moins précise.

Il faut pourtant rappeler un risque, à mon sens non caractérisé, comme on le verra : celui selon lequel le droit moral, rappelle Pierre-Emmanuel Moysse, doit être apprécié compte tenu des « usages raisonnables » mentionnés à l'article 14.1(1) LDA. Ces usages raisonnables tendent à présenter le droit d'attribution comme « subalterne à des règles de pratique sectorielles »¹²³ :

La volonté de l'auteur cédera [...] devant des ordres de normalisation dont il n'a guère le contrôle. Dès lors que l'on s'affranchit de citer le nom de l'auteur dans un contexte donné, l'infraction initiale peut, de par sa répétition et son acceptation, devenir usage raisonnable. On voit le danger : l'éviction de l'auteur partout où la célérité des échanges, commerciaux ou informationnels, invite à s'économiser la peine de citer l'auteur.¹²⁴

Ce risque doit cependant être tempéré, selon Laurent Carrière :

Doit-on par ailleurs assimiler les pratiques d'une industrie donnée ou les us et coutumes prévalant dans certains milieux avec ces « usages raisonnables » auxquels fait référence la Loi ? Sans doute non, car le Législateur « ne parlant pas pour rien dire », il convient de différencier l'usage ou les usages avec les « usages raisonnables ».¹²⁵

Peu probable, donc, que les pratiques en ligne des plateformes soient considérées comme relevant de ces « usages raisonnables » mentionnés par la loi. Le droit à l'attribution ou à l'anonymat nous force également à imaginer une protection qui ne serait pas uniquement l'apanage de l'individu ou de ses ayants droit, mais aussi à envisager son utilisation par des institutions ou des groupes dédiés. Comme je l'ai mentionné plus haut, tout individu n'a pas la capacité de contrôler l'utilisation qui est faite de son profil numérique. De la même manière qu'il est nécessaire de passer par des institutions dédiées, comme la Commission d'accès à l'information (ci-après « CAI »), pour la protection de la vie privée en ligne, il serait primordial, le cas échéant, d'envisager de confier à de mêmes institutions un rôle de contrôle global de l'utilisation des profils d'utilisateurs captés par les plateformes¹²⁶. Cette possibilité est d'ailleurs expressément prévue par la *Convention de Berne*, à l'article 6*bis*, alinéa 2 :

123. Moysse cite ici David VAVER, *Intellectual Property Law*, 2^e éd., Toronto Irwin Law, 2011, p. 206-207. Voir P.-E. MOYSSE, préc., note 104, 149.

124. *Ibid.*

125. L. CARRIÈRE, préc., note 113, p. 15 (PDF).

126. Ysolde Gendreau a déjà réfléchi à la possibilité d'un exercice collectif du droit moral, certes en rappelant le cas de l'héritage des droits d'auteur en droit

Les droits reconnus à l'auteur [...] sont, après sa mort, maintenus au moins jusqu'à l'extinction des droits patrimoniaux et exercés par les personnes *ou institutions* auxquelles la législation nationale du pays où la protection est réclamée donne qualité.¹²⁷

En ce sens, la possibilité d'exercice du droit moral sur le profil d'utilisateur pourrait tout à fait relever d'une institution qui lui serait dédiée pour peu qu'une disposition mette en œuvre cet aspect de la convention, ce qui permettrait d'ajouter une protection supplémentaire à la seule exigence de consentement, utilisée aujourd'hui à tort et à travers par les plateformes du numérique. Bien qu'envisagée par la *Convention de Berne*, cette disposition n'a toutefois jamais fait, à ma connaissance, l'objet d'une transposition véritable, que ce soit en droit canadien ou ailleurs à l'étranger¹²⁸. Non monétisés, mais dotés d'un droit moral, les profils d'utilisateurs pourraient ainsi être collectés et mis à la disposition de la communauté comme bien commun¹²⁹, ouvrant du même coup une ressource phénoménale et gratuite pour les petites et moyennes entreprises qui ne peuvent entrer en compétition avec les mastodontes de la Silicon Valley. Le jeu de la libre concurrence y gagnerait sans doute¹³⁰. Mais quoi qu'il

français. Elle rappelle cependant la difficulté que connaissent certaines entités, comme la Société des Gens de Lettres, lorsqu'elles souhaitent défendre les droits moraux d'un auteur décédé. Voir Ysolde GENDREAU, « Rejuvenating Moral Rights Through Immemorial Claims », (2005) 19-1 *Intellectual Property Journal* 238.

127. Nos italiques.

128. Ysolde Gendreau mentionne cependant que cette perspective a été envisagée en droit australien. Voir Y. GENDREAU, préc., note 126, 236 :

Slowly, the possibility that there could be collective or communal moral rights has made its way into the public consciousness to the extent that the Government of Australia, following a report on Australian indigenous culture and intellectual property rights, has announced that amendments to the *Copyright Act 1968* on this basis would be prepared.

129. Pierre TRUDEL, « La valeur de nos données de santé », *Le Devoir*, 25 août 2020, en ligne : <<https://www.ledevoir.com/opinion/chroniques/584714/la-valeur-de-nos-donnees-de-sante>> (page consultée le 2 novembre 2020) : « [Nos] lois fondées sur le consentement individuel ignorent le fait que les données produites par les personnes, les objets ou les mouvements dans les espaces connectés ont les caractéristiques d'une ressource collective. » Voir également sur ce point C. MARIA CORREA, préc., note 83, aux p. 15-16.

130. Les profils d'utilisateurs viendraient ainsi enrichir la communauté plutôt que quelques-uns. Cela rejoindrait ce que Georges Azzaria a analysait déjà au sujet des logiciels libres en 2003. Voir Georges AZZARIA, « Les logiciels libres à l'assaut du droit d'auteur », (2003) 16-2 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 410 : « [Les logiciels libres doivent] [...] plutôt faire en sorte que chaque modification soit accessible à tous de la même façon et que personne, au nom de ces modifications, ne s'approprie le logiciel. »

en soit de cette question, c'est surtout au travers du droit à l'intégrité de l'œuvre qu'un droit moral pourrait s'appliquer de façon pertinente aux profils d'utilisateurs.

3.2 Le droit à l'intégrité du profil d'utilisateur

Concernant cette question du droit à l'intégrité de l'œuvre, je ne m'appesantirai pas sur les motifs reconnus de violation du droit moral, qui sont nombreux et généralement reconnus comme étant très subjectifs. Je me contenterai de rappeler la deuxième portion de l'article 28.2(1) LDA, habituellement qualifiée de droit d'aval, pour pointer sa pertinence si elle était appliquée au droit moral d'un profil d'utilisateur. Pour mémoire, l'article 28.2(1) LDA est rédigé comme suit :

Il n'y a violation du droit à l'intégrité que si l'œuvre ou la prestation, selon le cas, est, d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation de l'auteur ou de l'artiste-interprète, déformée, mutilée ou autrement modifiée, *ou utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution*.¹³¹

Cette reconnaissance de la violation de l'intégrité de l'œuvre, et donc du droit moral, lorsque l'œuvre est « d'une manière préjudiciable à l'honneur ou à la réputation [...] utilisée en liaison avec un produit, une cause, un service ou une institution » désigne très justement, à ce qu'il me semble, les utilisations problématiques actuelles des profils d'utilisateurs. On pourrait appliquer ce raisonnement aux ciblage politiques dans le cadre de campagnes électorales (*une cause*), à l'utilisation de profils pour la vente de produits ou de services particuliers (*un produit ; un service*) ou à la gestion administrative des profils par le gouvernement ou d'autres entités relevant du droit public (*une institution*). Envisagées comme telles, les utilisations de profils d'utilisateurs pourraient être interdites au motif de leur seule association à ces causes, produits, services ou institutions, précisément parce qu'elles entendent modifier les profils concernés en les associant à des types d'achats, de votes ou d'opinions qui ne relèvent pas de choix propres aux utilisateurs, mais de ceux des entités diverses auxquelles ces plateformes sont vendues aux enchères. C'est en ce sens que l'atteinte à l'honneur ou la réputation est caractérisée : non dans son sens téléologique, mais dans son sens premier de *modification*, une modification heurte le droit à l'autodétermination de tout citoyen qui

131. Nos italiques.

utilise un service numérique monnayant son profil d'utilisateur. S'il s'avérait concluant, un tel raisonnement pourrait permettre de court-circuiter le marché des comportements futurs dénoncé par Shoshana Zuboff dans son ouvrage *L'Âge du capitalisme de la surveillance*¹³².

Concernant l'autre aspect de l'article 28.2(1) LDA, relevant de l'atteinte à l'intégrité non reliée au droit d'aval, il faut tout de suite noter que ce sont uniquement les faits matériels qui sont visés : les déformations, mutilations ou déformations de l'œuvre. Ainsi, quand bien même un effort interprétatif pourrait permettre de voir dans la destruction d'un profil d'utilisateur une violation du droit moral à l'intégrité de l'œuvre¹³³, cette possibilité, il faut le noter, est absente de la Loi. Logiquement, seule une destruction de l'original porterait donc atteinte à l'intégrité, qui ne serait pas caractérisée dans le cas de destructions de copies¹³⁴. Dans le cas d'une destruction de l'original cependant, effacer une compilation de données reviendrait-il à faire mourir une seconde fois l'individu concerné ? Sans doute que non, mais la question reste ouverte, en philosophie, sinon en droit.

Plus pressante, peut-être, est toutefois la question de l'exigence d'une atteinte à l'honneur ou à la réputation pour protéger le droit moral de l'œuvre déformée, mutilée ou autrement modifiée. Je laisserai encore ici de côté les réflexions quant au droit à l'image. Dans les vidéos hypertruquées citées précédemment, les utilisations d'avatars de chefs d'État comme des marionnettes pourraient à mon sens facilement constituer des atteintes à la réputation, le statut de personnalité politique garantissant en quelque sorte l'importance de la réputation sans tache de l'individu concerné¹³⁵. Mais qu'en est-il de la continuation de combats sociaux par les avatars de personnes décédées, comme dans le cas de la vidéo du jeune Joaquin Oliver dont l'image, la voix et la personnalité sont utilisées par ses parents pour

132. S. ZUBOFF, préc., note 3.

133. P.-E. MOYSE, préc., note 104, 152.

134. Sunny HANDA, *Copyright law in Canada*, Butterworths, 2002, p. 132, cité par P.-E. MOYSE, *ibid.*, p. 154 :
[...] the right of integrity, to remain consistent with the utilitarian philosophy, should properly prevent the destruction of original work by others. Preventing the destruction of copies is not required since the person wishing to destroy the copy will not wish to disseminate it further even without the law, the dissemination of copies will not be affected by a law preventing the destruction of copies.

135. Particulièrement dans la vidéo de Jordan Peele, où l'hypertrucage personnifiant Barack Obama qualifie Donald Trump, déjà à ce moment président des États-Unis, de « total and complete dipshit ». Voir *supra*, note 41.

promouvoir le vote après son décès¹³⁶ ? Qu'en sera-t-il, demain, des solutions commerciales qui vendront des avatars de célébrités comme compagnons numériques et qui seront détournées¹³⁷ ? Le problème, on le voit, est loin d'être simple, d'autant que, comme le mentionne la Cour suprême dans l'arrêt *Théberge*, « [l']artiste ou l'auteur [et conséquemment, ajouterais-je, ses ayants droit] ne doit pas devenir juge de sa propre cause en ces matières »¹³⁸.

Avant la réforme de 1988 et bien avant l'arrêt *Théberge*, la jurisprudence – à travers un seul arrêt, il est vrai¹³⁹ – considérait, selon certains commentateurs¹⁴⁰, l'évaluation de l'atteinte à l'intégrité comme relevant en grande partie du ressenti de l'auteur de l'œuvre concernée, limitant d'autant l'exigence d'une preuve « objective » d'atteinte à l'honneur ou à la réputation. Et c'est bien là sans doute le problème : que constitue en fait une atteinte à l'honneur ou à la réputation ? Les termes ont beau être posés par la loi, les notions d'honneur et de réputation sont bien sûr éminemment sociales : une personne assidue dans une communauté religieuse n'en aura pas la même appréciation qu'un athée. Ces notions relèvent de l'appartenance à un groupe, s'évaluent en termes de gain ou de perte de capital symbolique¹⁴¹ et sont donc, par essence, relatives au temps et au lieu dans lesquels elles doivent s'évaluer. C'est pourtant ce qu'exige aujourd'hui la jurisprudence, comme on en a encore récemment eu la preuve dans le jugement de la Cour fédérale *Thomson c. Afterlife Network Inc.*¹⁴². Citant une précédente décision *Collett c. Northland Art Company Canada Inc.*¹⁴³, elle aussi de la Cour fédérale, le jugement rappelle ainsi que doivent être prouvés, d'une part, un élément subjectif (qui doit être établi par l'auteur) et, d'autre part, un élément objectif¹⁴⁴ (qui doit cette fois être établi par l'opinion publique ou des

136. *Supra*, note 71. Certains artistes, comme Robin Williams, ont d'ailleurs prévu ce genre de dérives. Voir Eriq GARDNER, « Robin Williams Restricted Exploitation of His Image for 25 Years After Death », *The Hollywood Reporter*, 30 mars 2015, en ligne : <https://www.hollywoodreporter.com/thr-esq/robin-williams-restricted-exploitation-his-785292?fbclid=IwAR2DB4mW8RpzjbQf_ymoeCGnF8pEuZDST2Pr4o9qYaedAwTIEdyLkmRzzM> (page consultée le 2 novembre 2020).

137. Voir la réflexion sur Replika, *supra*, note 71.

138. *Théberge*, préc., note 80, par. 78.

139. C'est bel et bien quasiment ainsi que le juge O'Brien avait évalué l'atteinte à l'intégrité de l'œuvre dans l'affaire bien connue *Snow c. The Eaton Centre Ltd.*, [1982] 70 C.P.R. (2d) 105 (Ont. H.C.J.).

140. P.-E. MOYSE, préc., note 104, 157.

141. Pour reprendre la notion bourdieusienne bien connue des sociologues.

142. *Thomson c. Afterlife Network Inc.*, 2019 CF 545.

143. *Collett c. Northland Art Company Canada Inc.*, 2018 CF 269.

144. À noter que cette exigence d'un élément « objectif » de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation remonte à l'arrêt *Prise de Parole*, toujours de la Cour fédérale,

experts) pour déterminer si, justement, l'honneur ou la réputation de l'auteur a subi un préjudice.

Face à cette solidification de la jurisprudence, on peut regretter l'absence de saisine de la Cour suprême sur cette question. Une difficulté est en effet maintenue, à mon sens, quant à l'évaluation de ce fameux caractère objectif de l'atteinte à l'honneur ou à la réputation. Alors que d'un côté la Cour fédérale refusait ainsi, dans la décision *Thomson c. Afterlife*, de se caractériser – sans doute à raison, mais là n'est pas le problème – comme opinion publique¹⁴⁵, elle n'hésitait pas à citer en même temps l'arrêt *Bauer Hockey Corp. c. Easton Sports Canada Inc.* sur les dommages-intérêts punitifs, accordés sans qu'une preuve soit nécessaire « lorsque la mauvaise conduite du défendeur est si malveillante, opprimante et abusive qu'elle choque le sens de la dignité du juge »¹⁴⁶. Selon la jurisprudence, la dignité est donc un concept davantage privilégié que l'honneur ou la réputation, mais sa caractérisation requiert forcément une mauvaise conduite du défendeur. En ce qui concerne les cas d'utilisations de profils d'utilisateurs contraires aux convictions de leurs titulaires, on voit d'instinct en quoi cette exigence est éminemment problématique, d'autant que ces cas ne donneraient droit qu'à des dommages-intérêts punitifs, contrairement au droit moral qui permet d'obtenir une injonction en vue de faire cesser le dommage.

En somme, l'état actuel de la jurisprudence est peu développé quant à l'appréciation de ce qui constitue « l'intégrité » d'une œuvre. Face aux évolutions technologiques, il se peut que la jurisprudence, si ce n'est la loi, soit pourtant prochainement forcée de prendre position sur cette question. À l'heure actuelle, les tentatives d'harmonisation du droit d'auteur tendent malheureusement à privilégier la seule vision économique¹⁴⁷ : un retour sur quelques points d'intérêt du droit moral, si ce n'est pour constituer un régime, au moins pour en

de 1995. Voir *Prise de Parole Inc. c. Guérin Éditeur ltée*, [1995] 66 C.P.R. (3d) 257 (C.F.P.I.), conf. par (1996) 73 C.P.R. (3d) 557 (C.A.F.).

145. *Thomson c. Afterlife*, préc., note 142, par. 47.

146. *Ibid.*, par. 75.

147. Voir la réflexion de Céline Castets-Renard. Voir Céline CASTETS-RENARD, « La construction du marché unique numérique et le droit d'auteur : quelle stratégie pour l'Union européenne ? », (2016) 28-1 *Les Cahiers de propriété intellectuelle* 153 : « Dans ce contexte d'harmonisation, on voit très clairement que la logique de marché intérieur pousse dans le sens d'un droit économique et pragmatique, au détriment du droit personnaliste. Même en France, le droit d'auteur tend à évoluer et être pris dans une approche marchande, de plus en plus déglagée de l'empreinte d'un droit moral. »

inspirer la réflexion en droit à l'image ou en droit à la vie privée, pourrait pourtant s'avérer pertinent.

CONCLUSION

Le droit d'auteur est établi en grande partie sur une recherche de l'équilibre entre, d'une part, la motivation du créateur et, d'autre part, l'intérêt du public à profiter des fruits de ce dernier. La logique qui sous-tend cette poursuite est bien sûr éminemment politique, puisqu'il s'agit de construire un projet de société équilibré et épanouissant pour les différents membres qui la composent. Avec le développement du numérique dans toutes les sphères de nos existences, nous pouvons aujourd'hui voir rien de moins que des copies de nos existences se créer sous forme d'amas de données que le droit peine à régler efficacement. Ce défaut n'est pas seulement dommageable pour chaque individu pris isolément : il est lourd de conséquences pour nos démocraties et, dans une moindre mesure, pour la liberté du commerce et de l'industrie. Dans un tel contexte, réfléchir à un droit moral des données n'est certainement pas la seule voie à suivre, mais permet d'enrichir le débat et de contribuer, même minimalement, à la promotion d'une utilisation des technologies respectueuse des droits, à défaut d'être toujours humaniste.