

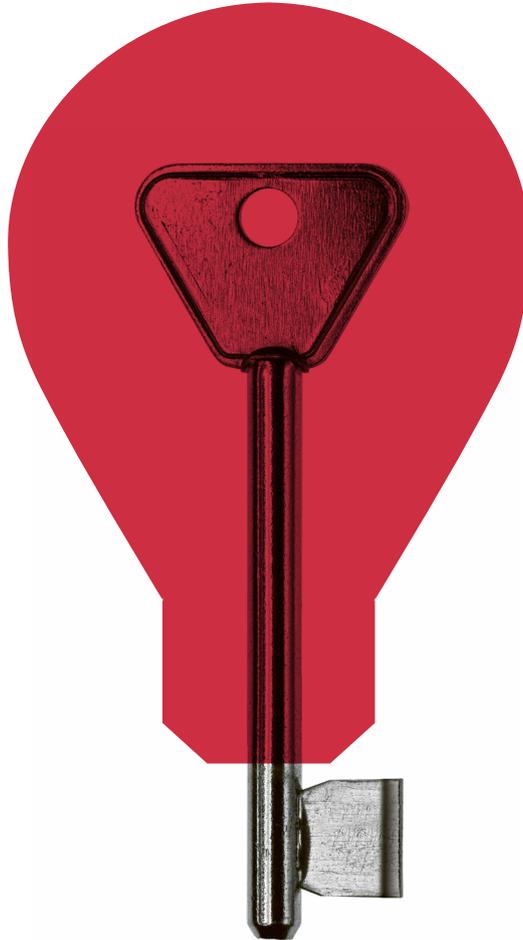
# N

Monthly  
Newsletter  
October 2021

---

Intellectual Property  
ICT

**Schellenberg  
Wittmer**



# Données et bases de données: Cadre juridique et pertinence pour le marché

Lorenza Ferrari Hofer, Peter Georg Picht, Roland Mathys, David Mamane

## Key Take-aways

- 1.** Des droits de propriété ne peuvent pas être acquis sur des données non personnelles. Des droits d'utilisation exclusifs peuvent être créés par le biais de la propriété intellectuelle et de contrats.
- 2.** L'accès aux données peut être fondé sur la propriété intellectuelle, la protection des données ou le droit des cartels; il n'est pas illimité ni gratuit. Les données numériques ne sont pas réglementées.
- 3.** Tout traitement de données personnelles est régi par la législation sur la protection des données. Une responsabilité stricte s'applique à toute personne qui contrôle ou traite des données personnelles.

## 1 Introduction

Les **données et les bases de données** ont un rôle essentiel dans la vie économique. D'un point de vue juridique, il s'agit de sécuriser les droits sur cette "matière première", d'identifier et d'utiliser des droits de propriété et d'exclusivité sur ces données, et en même temps de reconnaître où se situent les limites.

Les données peuvent être liées à des personnes, ou être de nature non personnelle et avoir une valeur économique uniquement pour leur contenu. Une combinaison des deux catégories est fréquente.

Les **transactions concernant des données**, entre autres l'accès ou le traitement de celles-ci, leur utilisation sur des plateformes numériques ou leur transfert transfrontalier, doivent être traitées spécifiquement. Avec le développement des technologies numériques, du big data et de l'intelligence artificielle, la nécessité d'un cadre juridique pour l'utilisation commerciale des données est essentielle.

---

**En droit suisse,  
aucune propriété  
ne peut être acquise  
sur les données.**

---

## 2 Propriété des données

En droit suisse, **aucune propriété au sens strict** ne peut être acquise **sur des données**. En principe, toute personne ayant légitimement accès aux données peut les utiliser. Aucune base légale n'est requise. Afin de répondre aux défis du traitement des données dans une société numérique, le droit suisse prévoit néanmoins la possibilité d'acquiescer des droits de propriété de fait sur les données ou d'exercer un certain contrôle sur celles-ci.

En droit suisse, les **données personnelles** sont régies par la législation sur la protection des données qui accorde aux personnes concernées des droits d'accès et d'utilisation.

Les **données non personnelles** (y compris les données générées par des machines) sont régies par des normes conférant à leurs détenteurs une position qui se rapproche d'un droit de propriété. En premier lieu, la protection du secret de fabrication et du secret commercial et la protection contre l'exploitation d'une prestation d'autrui selon l'art. 162 CP ainsi que selon les articles 5 et 6 LCD peuvent être applicables. En outre, d'autres dispositions de droit pénal (à savoir la sous-traction de données selon l'art. 143 CP et l'accès indu à un système informatique selon l'art. 143bis CP) peuvent également trouver application. En vertu du droit actuel, les propriétaires de données non personnelles bénéficient donc d'une protection juridique étendue.

Des droits exclusifs d'utilisation sur des données non personnelles ressortent aussi des normes régissant la propriété intellectuelle, en particulier en tant qu'œuvre protégée par le droit d'auteur. La discussion juridique est particulièrement controversée autour des données générées par l'intelligence artificielle ou les méthodes mathématiques qui jouent un rôle important dans la résolution de problèmes techniques et qui sont aujourd'hui fréquemment non brevetables.

L'**introduction d'un droit de propriété** sur les données non personnelles a été discutée depuis un certain temps. Suite au rapport du "groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données" du 17 août 2018, le Conseil fédéral s'est prononcé contre une propriété des données. Le Conseil fédéral semble également hésitant quant à l'introduction d'un droit "sui generis" pour les bases de données tel qu'il existe dans le droit de l'UE (Directive n° 96/9 concernant la protection juridique des bases de données).

## 3 Accès aux données

Même sans droit de propriété, le **contrôle factuel** des données peut conférer un degré élevé d'exclusivité et de protection. Cela soulève la question de savoir si, quand et comment la loi devrait accorder des droits d'accès obligatoires. De tels droits d'accès peuvent notamment résulter de normes sur la propriété intellectuelle (par exemple, la limitation du droit d'auteur pour la recherche basée sur l'utilisation de big data, art. 24d LDA), du droit de la concurrence (cf. arrêt *Terminals/ Dynamic Currency Conversion* du Tribunal administratif fédéral; B-831/2011) ou du droit de la protection des données (par exemple, le droit d'accès d'une personne concernée ou le droit à la portabilité).

L'application de plus en plus fréquente du droit de la concurrence en matière de données requiert que les entreprises qui contrôlent les données, surtout si elles sont en position de force sur le marché, vérifient la conformité de leur politique de partage de données et leurs contrats. L'UE établit actuellement une législation spécifique avec des règlements sur les marchés numériques, les services numériques et la gouvernance des données ("D-Package"), potentiellement suivie par une législation plus complète en matière de données. Le D-Package contient notamment des normes **accordant ou garantissant l'accès aux données** (par exemple, l'accès des annonceurs, des éditeurs et des entreprises utilisatrices aux données d'un contrôleur d'accès, cf. art. 6 (1)(g)-(i) du règlement sur les marchés numériques; l'accès aux données à des fins de recherche, cf. art. 31 du règlement sur les services numériques; l'interdiction des accords d'exclusivité, art. 4 du règlement sur la gouvernance des données).

Il est toutefois important de noter que le droit d'accès aux données ne garantit **pas un accès illimité ni gratuit**. Au contraire, l'accès est souvent octroyé à certaines conditions en fonction du contexte, comme le versement d'une rémunération, la limitation à certains types de participants du marché, ou des restrictions dans l'utilisation des données. Il n'est donc guère surprenant que le concept de conditions d'accès "FRAND" (*fair, reasonable, non-discriminatory*), développé principalement dans le cadre de l'octroi de licences de brevets essentiels, soit transposé à la question de l'ac-

cès aux données (cf. par ex. l'art. 6(1)(j) du règlement sur les marchés numériques relatif à l'accès FRAND aux données de recherche pour les fournisseurs de moteurs de recherche en ligne). Dans une perspective plus large, les conditions d'accès aux données (selon FRAND ou autre) ne sont qu'un élément d'une gouvernance des données qui est en développement. Le D-Package conceptualise, entre autres, les notions d'organisation altruiste en matière de données et les intermédiaires de données comme composantes d'un régime de gouvernance qui vaut également en Suisse.

---

## Le contrôle factuel peut engendrer des exclusivités et une protection.

---

### 4 Utilisation des données et contrats sur les données

L'évolution rapide des marchés des données et un cadre juridique en pleine évolution créent un environnement économique complexe. Ainsi, une structuration appropriée des transactions portant sur les données par des moyens contractuels est primordiale.

Un statut juridique similaire à la propriété des données non personnelles peut être modelé au moyen de **contrats**. Des obligations contractuelles appropriées restent, par exemple, essentielles pour protéger le savoir-faire et préserver la valeur du portefeuille de données.

Des structures complexes en matière de fabrication et de chaîne d'approvisionnement, notamment pour les produits alimentaires, pharmaceutiques et médicaux, nécessitent un système performant d'acquisition de données. En outre, la collecte et l'analyse des données par les technologies numériques se trouvent de plus en plus à la base des offres de services et des modèles commerciaux. L'établissement de contrats de données entre les fournisseurs de données, les récepteurs de données et les utilisateurs de données doivent faire l'objet d'une attention particulière.

En droit suisse, les dispositions générales régissant les contrats s'appliquent à la cession des données et des bases de données et à l'octroi de licence sur celles-ci. Aucune forme écrite n'est requise et les parties peuvent décider librement du contenu du contrat et du droit applicable. La souplesse des règles en matière d'arbitrage fait du règlement alternatif des litiges en Suisse une option intéressante pour les transactions de données.

La rédaction de contrats de données est un exercice difficile. Le contenu peut varier considérablement.

### 5 Protection des données

Si les données permettent d'identifier des individus ou des personnes morales, le traitement de ces données n'est autorisé que s'il est conforme aux principes de la législation sur la protection des données. L'élargissement considérable de l'accès aux informations et de leur utilisation automatique entraîne une remise en cause des principes fondamentaux de la protection de la sphère privée.

La législation sur la protection des données repose sur un certain nombre de principes fixant des **limites** au traitement des données à caractère personnel: le principe de finalité exige que les données personnelles ne soient traitées que pour le but indiqué, découlant des circonstances ou prévu par la loi. Si les données personnelles sont utilisées pour l'exploration des données et l'analyse des big data, la finalité du traitement est rarement évidente ou communiquée.

Chaque traitement de données personnelles, et en particulier sa finalité, doit être rendu transparent pour la personne concernée. Dans l'analyse de données de masse, ce principe ne peut souvent pas être respecté pour des raisons pratiques. Par ailleurs, le traitement des données personnelles doit être proportionnel par rapport à la finalité envisagée, à savoir notamment qu'il ne convient pas de collecter et traiter plus de données que nécessaire. Dans un contexte de big data, c'est souvent l'inverse qui se produit dans la mesure où de grandes quantités de données sont collectées et conservées pour des activités futures et encore inconnues. Enfin, les algorithmes liés aux données sont souvent basés sur l'identification de corrélations plutôt que sur la causalité. Cela peut conduire à des résultats erronés et donc contrevenir au principe d'exactitude des données.

---

## La protection des données fixe des limites au traitement des données personnelles.

---

Les transferts transfrontaliers de données sont inhérents aux transactions dans l'économie des données. L'anonymisation et l'agrégation des données peuvent apporter une aide. Cependant, certaines données personnelles sont difficiles à anonymiser (par exemple, les données de santé), et les données rendues anonymes peuvent souvent être réidentifiables.

La **responsabilité** des organismes privés et publics qui contrôlent ou traitent des données personnelles relative au fait d'adopter une documentation appropriée et de respecter leurs obligations légales reste déterminante. Des atteintes à la sphère privée peuvent entraîner des dommages et intérêts, des poursuites pénales et de lourdes amendes.

## 6 Cybersécurité

La numérisation des données a entraîné de grands défis en termes de sécurité des données et nécessite la mise en œuvre de mesures strictes pour prévenir le piratage, le phishing, l'usurpation d'identité et d'autres cybercrimes contre les données personnelles, mais aussi non personnelles. L'augmentation massive des incidents ou pertes de données fait que les données constituent un bien économique mais également un risque pour ceux qui les détiennent.

Bien que les cybercrimes constituent des infractions pénales ou administratives en Suisse, la responsabilité juridique est une préoccupation majeure pour toute personne traitant des données. Les personnes et les entités touchées par un incident de données peuvent se tourner vers le fournisseur d'un produit défectueux et les tiers qui subissent des dommages

en conséquence peuvent tenir l'organisation concernée pour responsable pour le non-respect des normes de sécurité. La rédaction de clauses d'utilisation et de responsabilité appropriées est donc nécessaire dans tout contrat portant sur des données.

## 7 Conclusions

Aujourd'hui, une gestion et gouvernance appropriée des données sont des éléments stratégiques pour chaque entreprise, ce d'autant plus dans un contexte international. La transformation numérique a entraîné de nouvelles possibilités de transactions de données, pour lesquelles les risques juridiques doivent être pris en considération. Une analyse profonde des questions légales relatives au droit des données est donc nécessaire.



**Grégoire Tribolet**  
Associé Genève  
gregoire.tribolet@swlegal.ch



**Roland Mathys**  
Associé Zurich  
roland.mathys@swlegal.ch



**David Mamane**  
Associé Zurich  
david.mamane@swlegal.ch



**Dr. Lorenza Ferrari Hofer**  
Associée Zurich  
lorenza.ferrarihofer@swlegal.ch

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer SA ou l'une des personnes mentionnées ci-dessus répondra volontiers à vos questions.

Schellenberg Wittmer SA est votre cabinet d'avocats d'affaires de référence en Suisse avec plus de 150 juristes à Zurich et Genève ainsi qu'un bureau à Singapour. Nous répondons à tous vos besoins juridiques – transactions, conseil, contentieux.



**Schellenberg Wittmer SA**  
Avocats

**Zurich**  
Löwenstrasse 19  
Case postale 2201  
8021 Zurich / Suisse  
T +41 44 215 5252  
www.swlegal.ch

**Genève**  
15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
1211 Genève 1 / Suisse  
T +41 22 707 8000  
www.swlegal.ch

**Singapour**  
Schellenberg Wittmer Pte Ltd  
6 Battery Road, #37-02  
Singapour 049909  
T +65 6580 2240  
www.swlegal.sg