



**UNIVERSITÉ
DE GENÈVE**

FACULTÉ DE DROIT
Centre de droit du numérique



**Digital
Law
Center**

www.digitallawcenter.ch

Modes alternatifs de résolution des litiges en matière de données non-personnelles

Rapport complémentaire pour l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle

Centre de Droit du Numérique*
Faculté de droit
Université de Genève

Prof. Jacques de Werra**

I. Introduction

01 Le présent rapport est complémentaire au rapport concernant la création d'un accès non-volontaire aux données non-personnelles par un mécanisme général de licences obligatoires ou de licences FRAND soumis par le soussigné à l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle le 17 août 2020 (« le Rapport »). Le présent rapport vise à présenter l'utilisation de modes alternatifs de résolution des litiges en matière de données non-personnelles et à esquisser ainsi les contours d'une (ou plusieurs) instance(s) de résolution alternative des litiges spécialisée(s) dans les différents types de litiges en lien avec les données non-personnelles en se concentrant sur la situation nationale suisse ou sur la contribution suisse à une solution globale.

A. Délimitations

02 Le présent rapport porte sur le même champ que celui défini dans les délimitations du Rapport. Tel est particulièrement le cas concernant la notion et la définition de données non-personnelles. Tel est aussi le cas concernant la détermination des parties concernées. Le présent rapport porte ainsi sur l'utilisation de modes alternatifs de

* Le Centre de Droit du Numérique / Digital Law Center (DLC) ancré à la Faculté de droit est un centre de compétence et d'expertise visant à appréhender l'impact du numérique sur le droit. Il a été créé dans le cadre de la mise en œuvre de la stratégie numérique de l'Université de Genève (www.unige.ch/numerique).

** Jacques de Werra est professeur à la Faculté de droit (en droit des obligations et en droit de la propriété intellectuelle) et directeur du DLC.

règlement des conflits en matière de données non-personnelles qui sont susceptibles de survenir entre des entreprises privées (B2B). Il se concentre en outre sur le droit interne suisse et donc sur les litiges susceptibles de survenir entre des entreprises basées en Suisse, sans pouvoir traiter de manière systématique le cadre juridique applicable aux modes alternatifs de règlement des conflits (« MARC ») en matière de litiges internationaux (en particulier le droit suisse de l'arbitrage international)¹.

- 03 Le présent rapport vise à déterminer si, dans quelle mesure et selon quelles modalités les litiges susceptibles de survenir en matière de données non-personnelles entre des entreprises suisses peuvent être soumis à des MARC.

B. Structure du rapport

- 04 Le présent rapport est structuré de la manière suivante : il exposera tout d'abord certaines généralités sur les MARC (ci-dessous II.A.). Il traitera ensuite de l'utilisation des MARC en matière de litiges relatifs aux données non-personnelles (ci-dessous II.B.), avant de formuler des conclusions résultant de l'analyse conduite (ci-dessous III).

II. Analyse juridique

A. Généralités sur les MARC

- 05 Les MARC couvrent par principe tous les modes de résolution des conflits qui fonctionnent en dehors des autorités judiciaires étatiques et sont ainsi considérés comme alternatifs à la justice étatique.
- 06 La soumission d'un litige à un ou plusieurs MARC repose généralement sur la volonté des parties confrontées au litige². Les MARC supposent ainsi en principe une volonté des parties de soumettre leur litige à un MARC plutôt que de recourir aux autorités judiciaires étatiques. Cette volonté peut se manifester avant la survenance d'un litige ou après celle-ci. Si cette volonté est exprimée avant la survenance d'un litige, elle l'est souvent dans le cadre d'un contrat prévoyant la soumission au MARC des litiges susceptibles de résulter du contrat concerné.
- 07 Sur le plan pratique, les parties souhaitant soumettre leur litige à un MARC s'appuient souvent sur un cadre institutionnel qui résulte du choix fait par ces parties de soumettre le MARC à une procédure établie par une institution offrant des services de règlement des MARC. Il s'agit alors de procédures dites institutionnelles (p.ex. médiation

¹ Régi par le Chapitre 12 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP, RS 291) ; on notera que le droit suisse de l'arbitrage international a fait l'objet de modifications qui entreront en vigueur au 1^{er} janvier 2021 sous réserve de référendum (cf. Communiqué du Conseil fédéral du 26 août 2020, Arbitrage international: un nouveau droit plus flexible qui renforce l'attrait de la Suisse, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-80184.html>) dont certaines modifications (qui sont également destinées à être mises en œuvre en droit de l'arbitrage interne) seront mentionnées dans le cadre du présent rapport dans la mesure où elles pourraient être pertinentes en matière de litiges concernant les données non-personnelles (cf. texte à note 39 ci-dessous).

² Pour l'arbitrage, cela se manifeste par la conclusion d'une convention d'arbitrage qui « peut porter sur des litiges existants ou futurs résultant d'un rapport de droit déterminé » (art. 357 al. 1 du Code de procédure civile (CPC, RS 272)).

institutionnelle ou arbitrage institutionnel) qui se distinguent ainsi des procédures dites « ad hoc » (soit celles qui ne s'appuient pas sur de telles institutions / règlements). Ces procédures institutionnelles présentent pour les parties l'avantage de bénéficier de procédures préétablies qui guident le déroulement de la procédure de MARC et qui peuvent en outre offrir des services adaptés aux types de litiges concernés. On peut ainsi signaler les services du Centre d'arbitrage et de médiation de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) spécialisés en matière de litiges de propriété intellectuelle³. On peut également mentionner les services qui viennent d'être lancés par l'Institution for IT and Data Dispute Resolution (ITDR) en coopération avec la Swiss Chambers' Arbitration Institution (SCAI)⁴. Ces institutions offrent des clauses contractuelles modèles de résolution des litiges et des règlements de MARC⁵.

- 08 Il convient d'emblée de relever qu'il existe une très grande variété de types de MARC⁶ et que leur classification n'est pas toujours aisée. On peut toutefois distinguer sur le plan général les MARC en fonction du pouvoir décisionnel conféré au tiers intervenant dans le processus de MARC ou de l'absence d'un tel pouvoir. Exprimé différemment, on peut distinguer entre les MARC qui sont amiables et dans lesquelles les parties consentent à la solution à leur litige (soit sans pouvoir décisionnel conféré au tiers) et ceux qui ne le sont pas⁷. Les MARC qui ne confèrent pas de pouvoir décisionnel au tiers, à l'exemple de la médiation, se caractérisent généralement par une plus grande flexibilité et par une absence de réglementation étatique détaillée⁸. Par contraste, les MARC qui confèrent un pouvoir décisionnel au tiers saisi font l'objet de réglementations plus étendues et sont soumis à des conditions plus strictes, dès lors que la soumission d'un litige à un tel mécanisme a pour effet de – largement - soustraire ce litige à la compétence des tribunaux étatiques, ce qui est le cas de l'arbitrage⁹. Lorsque la décision à rendre par le tiers n'a pas une telle portée, les conditions sont plus souples. Tel est généralement le cas des procédures de détermination d'expert (« expert determination ») qui visent souvent à clarifier des questions factuelles / techniques et pas des questions juridiques¹⁰

³ <https://www.wipo.int/amc/fr/index.html>.

⁴ Cf. « ITDR is the Institution for IT and Data Dispute Resolution, based in Zurich [UID 229.270.797]. ITDR provides services for national or international IT and Data Privacy conflict resolution with ties to the Swiss jurisdiction”; http://www.itdr.ch/en_US/services/data-dispute-resolution/”.

⁵ Cf. p.ex. règlements de médiation, d'arbitrage et du Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI (cf. <https://www.wipo.int/amc/fr/index.html>) et les règlements de médiation et d'arbitrage de SCAI (cf. <https://www.swissarbitration.org>); cf. aussi ITDR Recommendations, http://www.itdr.ch/assets/Uploads/Rules/200608_ITDR-Recommendations_FINAL_22-May-2020-inkl-Link.pdf.

⁶ Voir p.ex. Loïc Cadiet/Thomas Clay, Les modes alternatifs de règlement des conflits, 3^{ème} éd., Paris 2019.

⁷ Voir Jean Mirimanoff, Une nouvelle culture: La gestion des conflits, PJA 2009, p. 157 ss, p. 160 (« Le terme amiable traduit l'idée du consentement donné par les parties à la solution, qui est la leur (Einigung) »), <http://mediationgeneve.ch/docs/Details%2018.pdf>.

⁸ La loi fait référence à la médiation, cf. p.ex. art. 213 CPC mais sans en régler toutes les questions (en particulier sans en régler la procédure).

⁹ Cf. art. 353 à 399 CPC ; cf. aussi chapitre 12 de la LDIP.

¹⁰ Cf. <https://www.wipo.int/amc/fr/expert-determination/>.

et dont les parties peuvent juger du caractère obligatoire¹¹ (ce qui n'est pas le cas d'une sentence arbitrale qui s'impose aux parties). Le droit de la procédure civile connaît à ce propos la figure de l'expertise-arbitrage (art. 189 CPC) permettant aux parties de « convenir que des faits contestés soient établis par un expert-arbitre » (art. 189 al. 1 CPC)¹².

- 09 On doit en tout état souligner que toute classification des MARC ne doit pas faire oublier que les MARC sont combinables entre eux¹³. On trouve ainsi fréquemment des mécanismes contractuels de règlement des différends qui combinent différents MARC, et qui prévoient ainsi un mécanisme par palier (« escalation ») comportant par exemple la soumission préalable du litige à une procédure de médiation puis, en cas d'absence de succès de la médiation, à une procédure d'arbitrage¹⁴.
- 10 Les conflits en matière de données non-personnelles peuvent prendre de nombreuses formes qui ne peuvent pas toutes être énumérées ici. On peut mentionner ici des litiges résultant d'un usage non autorisé des données non-personnelles par une entreprise ayant obtenu un accès contractuel aux données concernées au motif que cet usage dépasserait les limites de l'usage contractuellement autorisé. Il s'agit alors d'un litige contractuel en matière de données non-personnelles. Des litiges en matière de données non-personnelles sont aussi susceptibles de se produire en l'absence de contexte contractuel. Tel pourrait être le cas en cas d'accès non-autorisé à des données non-personnelles par un tiers. La soumission d'un tel litige entre le détenteur des données non-personnelles et le tiers concerné à un MARC sera généralement peu fréquente dès lors que le MARC suppose généralement l'accord des parties au litige à soumettre leur litige au MARC. De tels litiges seront ainsi plus généralement soumis aux tribunaux étatiques sous l'angle de la protection des secrets d'affaires ou d'autres normes applicables¹⁵. On peut aussi imaginer que le recours à un MARC puisse survenir avant tout accès ou toute utilisation de données non-personnelles par un tiers, précisément dans le but de déterminer les conditions dans lesquelles un tel accès pourrait être octroyé (notamment sur le plan financier)¹⁶.

¹¹ Cf. p.ex. art. 17 (f) du Règlement de la procédure d'expertise de l'OMPI, <https://www.wipo.int/amc/fr/expert-determination/rules/index.html#17a> (« Sauf convention contraire des parties, la décision d'expert a un effet obligatoire pour les parties »).

¹² Pour un exemple concernant un type spécifique de litiges concernant l'accès à des données non-personnelles, voir ci-dessous B.(2).

¹³ Et aussi avec les voies judiciaires, les parties peuvent ainsi contractuellement prévoir la soumission de litiges futurs à la médiation puis la soumission de ce litige aux tribunaux étatiques.

¹⁴ Ces clauses sont au demeurant susceptibles de poser des questions juridiques parfois complexes, notamment lorsqu'une partie ne respecte pas les étapes contractuellement prévues, et initie notamment une procédure d'arbitrage sans avoir préalablement procédé à la procédure de médiation supposée la précéder.

¹⁵ Il est plus généralement rare que des parties à un litige de propriété intellectuelle (qui n'est pas contractuel) acceptent, une fois le litige éclaté, de soumettre ce dernier à un MARC; de plus, les litiges pénaux ne peuvent pas échapper aux juridictions étatiques.

¹⁶ Voir, pour un exemple concret, B.(2) ci-dessous.

B. Utilisation des MARC en matière de litiges relatifs aux données non-personnelles

(1) Introduction

- 11 En matière de litiges concernant les données non-personnelles, certains des avantages des MARC par rapport aux procédures judiciaires peuvent être particulièrement utiles. Il en va ainsi de la confidentialité qui peut jouer un rôle critique en matière de litiges concernant les données non-personnelles. Les données non-personnelles constituent en effet très fréquemment des secrets d'affaires dont la confidentialité doit ainsi être préservée¹⁷ et à propos desquelles les parties souhaitent souvent résoudre de manière confidentielle les litiges qui surgiraient entre elles à leur propos. L'expertise des tiers saisis (médiateur / arbitre) peut aussi constituer un avantage des MARC par rapport aux autorités étatiques qui ne sont pas toujours spécialisées dans les matières faisant l'objet du litige¹⁸.
- 12 Sur le plan du principe, il n'y a pas d'obstacle juridique à la soumission aux MARC d'un litige en matière de données non-personnelles. Pour ce qui concerne la soumission à un MARC amiable (p.ex. la médiation), une telle soumission ne soulève pas de difficultés juridiques dès lors que le tiers saisi (le médiateur) n'a pas de compétence décisionnelle mais se limite au contraire à assister les parties dans la recherche d'une solution à leur différend. Pour ce qui concerne la soumission de litiges en matière de données non-personnelles à l'arbitrage, celle-ci suppose que de tels litiges soient arbitrables de par leur objet (arbitrabilité objective). En droit interne de l'arbitrage, la condition de l'arbitrabilité objective est que l'arbitrage ait comme objet une « prétention qui relève de la libre disposition des parties » (art. 354 CPC). Selon la jurisprudence, il faut ainsi examiner si les parties peuvent renoncer à la prétention litigieuse ou transiger à son sujet¹⁹. Tel est le cas de prétentions concernant les données non-personnelles qui sont à la libre disposition des parties et auxquelles les parties peuvent renoncer ou sur lesquelles elles peuvent transiger. Dans la mesure où un litige concernerait également des données personnelles (comme cela peut être le cas en cas de données mixtes composées de données personnelles et de données non-personnelles), ceci n'exclurait

¹⁷ Le droit de la procédure civile permet certes de prononcer le huis clos dans certaines circonstances (art. 54 al. 3 CPC). Il n'en reste pas moins que les entreprises préfèrent souvent (particulièrement dans un contexte international) soumettre leurs litiges contractuels pouvant concerner des secrets d'affaires à des MARC (en particulier à l'arbitrage), plutôt qu'à des tribunaux étatiques.

¹⁸ Le Tribunal fédéral des brevets (TFB) peut ainsi être saisi de litiges concernant des données non-personnelles (protégées comme secrets d'affaires) dans la mesure où le TFB « a la compétence de juger d'autres actions civiles qui ont un lien de connexité avec des brevets, en particulier celles qui concernent la titularité ou la cession de brevets » (art. 26 al. 2 de la Loi sur le Tribunal fédéral des brevets, LTFB, RS 173.41), cette compétence du TFB n'excluant pas celle des tribunaux cantonaux.

¹⁹ ATF 144 III 235 c. 2.3.2 (« Ob und inwieweit ein Anspruch im Sinne von Art. 354 ZPO frei verfügbar ist, beurteilt sich nach dem materiellen Recht (BBI 2006 7393 Ziff. 5.25.2 zu Art. 352 E-ZPO). Die Rechtsprechung stellt bei der Beurteilung der objektiven Schiedsfähigkeit allgemein darauf ab, ob die Parteien ohne Weiteres auf den fraglichen Anspruch verzichten oder sich darüber vergleichen können [avec référence à l'ATF 142 III 220 c. 3.5] »).

pas la soumission d'un tel litige à l'arbitrage dès lors que le droit à la protection des données personnelles doit aussi être considéré comme un droit à la libre disposition de son titulaire²⁰. On notera d'ailleurs que l'utilité des systèmes de MARC (en particulier la médiation) est reconnue en matière de litiges concernant les données personnelles²¹.

(2) Soumission aux MARC de litiges spécifiques en matière de données non-personnelles

- 13 Certaines réglementations sectorielles prévoient un mécanisme de MARC en matière de partage de données non-personnelles détenues par une entreprise en faveur d'autres entreprises (B2B data sharing). Ce mécanisme s'applique dans le contexte de demandes administratives concernant la mise sur le marché de certains produits dans le cadre desquelles des données non-personnelles doivent être soumises par les entreprises souhaitant obtenir l'autorisation requise.
- 14 Un droit d'accès non-volontaire aux données précédemment soumises par une ou plusieurs entreprise(s) peut ainsi être créé en matière de substances chimiques²² dans le cadre du processus de notification à l'autorité de notification²³ qui est imposé au

²⁰ Cf. BSK ZPO-Weber-Stecher, 3^{ème} éd., Bâle 2017, Art. 354 N 8 (se référant aux droits de la personnalité) ; il convient de noter qu'en matière d'arbitrage international, l'arbitrabilité objective dépend d'une autre condition, soit de la nature patrimoniale de l'objet du litige (cf. art. 177 al. 1 LDIP: « Toute cause de nature patrimoniale peut faire l'objet d'un arbitrage »).

²¹ C'est ce que proposait le Rapport du groupe d'accompagnement Révision LPD - Esquisse d'acte normatif relative à la révision de la loi sur la protection des données, Office fédéral de la Justice, 29 octobre 2014 (COO.2180.109.7.138327/212.9/2012/00754), <https://www.bj.admin.ch/dam/bj/fr/data/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung/ber-normkonzept-f.pdf.download.pdf/ber-normkonzept-f.pdf>, ch. 4.8.3. (c) p. 34 ("Le groupe d'accompagnement propose ce qui suit pour ce qui est de la mise en place d'une procédure alternative de résolution des litiges: les différentes branches économiques doivent avoir la possibilité de créer ou de désigner, dans le cadre de l'autoréglementation (cf. ch. 4.1.2, let. b), un service chargé des procédures de conciliation ou de médiation relatives à des litiges en matière de protection des données. Si ces tâches étaient confiées à des bureaux d'ombudsman déjà existants, ceux-ci devraient former leur personnel dans le domaine de la protection des données. En l'absence d'une solution de branche, l'autorité de contrôle pourrait désigner un service de médiation ou un bureau d'ombudsman, à l'instar de ce que prévoit la législation sur la radio et la télévision.⁸⁴ La procédure de conciliation serait facultative ») ; voir aussi ch. 4.9.5(d), p. 37 (« Il est prévu de proposer, comme pour le secteur privé, un mode alternatif pour le règlement des litiges ayant trait au traitement de données par des organes fédéraux. La procédure serait confiée à un service de médiation ou d'ombudsman à désigner par l'autorité de contrôle (cf. ch. 4.8.3, let. c) » ; voir les sources citées en notes 40 à 42 ci-dessous et le texte accompagnant ces notes; ces mécanismes n'ont toutefois pas été mis en œuvre dans le cadre de la révision de la loi sur la protection des données qui vient d'aboutir (cf. note 41 ci-dessous).

²² Voir l'Ordonnance sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses (Ordonnance sur les produits chimiques, OChim) du 5 juin 2015 (RS 813.11); en droit européen, voir le Règlement (CE) No 1907/2006 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2006 concernant l'enregistrement, l'évaluation et l'autorisation des substances chimiques, ainsi que les restrictions applicables à ces substances (REACH), instituant une agence européenne des produits chimiques, modifiant la directive 1999/45/CE et abrogeant le règlement (CEE) no 793/93 du Conseil et le règlement (CE) no 1488/94 de la Commission ainsi que la directive 76/769/CEE du Conseil et les directives 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE et 2000/21/CE de la Commission, art. 27 (partage de données existantes dans le cas de substances enregistrées) et art. 30 (partage de données concernant des essais).

²³ <https://www.anmeldestelle.admin.ch/chem/fr/home.html>.

- fabriquant d'une nouvelle substance ou à son représentant exclusif avant sa première mise sur le marché en Suisse à certaines conditions²⁴.
- 15 Ainsi, le régime applicable permet dans certaines circonstances à l'autorité de notification de se fonder sur des données (confidentielles) soumises par un « notifiant » précédent dans le cadre du processus de notification d'une substance faite par un nouveau notifiant. L'autorité peut ainsi renoncer aux données du nouveau notifiant et se fonder sur les données d'un notifiant précédent à certaines conditions²⁵. Un des deux cas dans lesquels il est ainsi possible de se fonder sur les données d'un notifiant précédent est celui dans lequel « le notifiant produit une lettre d'accès d'un notifiant précédent prouvant que celui-ci consent à ce que l'organe de réception des notifications se réfère à ses données »²⁶. Ce régime repose ainsi sur un système consensuel, soit un accord entre le notifiant précédent et le nouveau notifiant qui est concrétisé par la « lettre d'accès » émanant du notifiant précédent confirmant le consentement de ce dernier à ce que l'organe de réception des notifications puisse se référer à ses données » dans le cadre du processus de notification. Ce mécanisme n'institue donc pas un partage non-volontaire de données.
- 16 Un tel mécanisme de partage non-volontaire est par contre institué par cette même source réglementaire en matière de données relatives à des essais sur des vertébrés, dans l'objectif de faire en sorte que « [l]es études comportant des essais sur des vertébrés ne doivent pas être répétées »²⁷.
- 17 Ainsi, « [a]vant d'entreprendre des essais sur des vertébrés aux fins de soumettre une notification, le notifiant doit demander par écrit à l'organe de réception des notifications s'il existe déjà des données provenant de tels essais »²⁸. Si tel est le cas et si ces données sont encore protégées (soit que la période de protection n'est pas échue) et qu'il n'existe pas d'accord volontaire quant à leur utilisation par le ou les notifiant(s) précédent(s), l'ordonnance institue un très intéressant système de MARC concernant le mécanisme d'indemnisation pour la réutilisation non-volontaires des données provenant d'essais sur des vertébrés effectués par des notifiants précédents²⁹.

²⁴ Art. 24 OChim, <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20141117/index.html#a24>.

²⁵ Art. 29 intitulé « Recours aux données de notifiants précédents », al. 1 « [s]i l'organe de réception des notifications constate qu'une nouvelle substance a déjà été notifiée en Suisse, elle transmet au notifiant les noms et adresses des notifiants précédents ».

²⁶ Art. 29 al. 1bis: « L'organe de réception des notifications renonce aux données du notifiant et recourt aux données d'un notifiant précédent:

a. lorsque le notifiant produit une lettre d'accès d'un notifiant précédent prouvant que celui-ci consent à ce que l'organe de réception des notifications se réfère à ses données, ou

b. lorsque la durée de protection des données est expirée », la durée de protection étant de dix ans (art. 30 al. 1 OChim).

²⁷ Art. 31 al. 4 OChim; il est évident que l'objectif de protection d'éviter les essais sur des vertébrés est très spécifique et ne peut donc pas être utilisé comme modèle dans la perspective qui est celle du présent rapport de la thématique de l'accès non-volontaires aux données non-personnelles ; il n'en demeure pas moins que le mécanisme institué dans cette ordonnance est très intéressant en tant que modèle de solution réglementaire.

²⁸ Art. 31 al. 1 OChim.

²⁹ Art. 32 OChim (entré en vigueur le 1^{er} mars 2018), RO 2018 801, <https://www.admin.ch/opc/fr/official-compilation/2018/801.pdf>; ce régime est très proche de celui institué par l'art. 29a (Indemnisation pour l'utilisation commune de données) de l'Ordonnance concernant la mise sur le marché et l'utilisation des

- 18 Ce système de MARC prévoit ainsi que « [I]es notifiants précédents ont droit à une indemnité équitable de la part du nouveau notifiant pour la réutilisation des résultats d'essais précédents sur des vertébrés tant que la durée de protection de ces données n'a pas expiré »³⁰. Il prévoit ensuite la primauté du partage volontaire des données et la fixation contractuelle de l'indemnité due pour la réutilisation des données³¹. A défaut d'accord, les parties en désaccord peuvent « faire appel à un expert-arbitre »³². Il s'agit

produits biocides (Ordonnance sur les produits biocides, OPBi) du 18 mai 2005 (RS 813.12), <https://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20021524/index.html> qui prévoit:

¹ Le demandeur et le propriétaire des données s'efforcent de parvenir à un accord sur l'utilisation des données à employer conformément à l'art. 31, al. 3, let. a, OChim.

² Les parties peuvent faire appel à un expert-arbitre.

³ L'organe de réception des notifications est tenu par cette expertise, à moins que les parties ne forment des objections dans un délai de 30 jours au sens de l'art. 189, al. 3, du Code de procédure civile⁴ ou n'aient exclu d'emblée toute objection.

⁴ Si les parties ne trouvent aucun accord, le demandeur avise l'organe de réception des notifications au plus tôt un mois après la réception de la communication de celui-ci conformément à l'art. 31, al. 3, let. b, OChim. Parallèlement, le demandeur informe le propriétaire des données de la communication.

⁵ L'organe de réception des notifications informe les parties, au plus tôt 60 jours après la réception de la communication du demandeur, qu'il utilisera les données en faveur du demandeur, si celui-ci peut apporter la preuve qu'il:

a. a fait tout son possible pour trouver un accord, et

b. a versé au propriétaire des données une participation aux coûts pour l'élaboration des données ou a signé une reconnaissance de dette sous seing privé.

⁶ Sur demande du propriétaire, l'organe de réception des notifications décide du montant de l'indemnité appropriée. Ce faisant, il tient compte de la reconnaissance de dette ou du paiement déjà effectué par le demandeur.

⁷ Dans sa décision sur le montant de l'indemnité, l'organe de réception des notifications s'assure que l'utilisation commune des données tient compte des principes d'équité, de transparence et de non-discrimination ».

³⁰ Art. 32 al. 1 OChim.

³¹ Art. 32 al. 2 première phrase OChim: « Les notifiants s'efforcent de parvenir à un accord sur l'utilisation commune des données et sur l'indemnisation » ; voir aussi l'Aide à l'interprétation de l'ordonnance sur les produits chimiques (OChim; RS 813.11) du 5 juin 2015 (Etat le 1er mars 2018), Version 8 / 15.08.2018,

[https://www.anmeldestelle.admin.ch/dam/chem/fr/dokumente/interpretationshilfe-](https://www.anmeldestelle.admin.ch/dam/chem/fr/dokumente/interpretationshilfe-chemv.pdf.download.pdf/interpretationshilfe-chemv-fr.pdf)

[chemv.pdf.download.pdf/interpretationshilfe-chemv-fr.pdf](https://www.anmeldestelle.admin.ch/dam/chem/fr/dokumente/interpretationshilfe-chemv.pdf.download.pdf/interpretationshilfe-chemv-fr.pdf), p. 32: « Les arrangements consensuels entre les nouveaux et les notifiants précédents devraient être encouragés, à savoir: en étant en mesure d'obtenir un expert arbitre » (comme le prévoit la version allemande, la possibilité de solliciter un expert-arbitre n'est pas requise (italique ajouté: « Einvernehmliche Regelungen zwischen der neuen und früheren Anmelderinnen sollen gefördert werden, u.a. durch die Möglichkeit, ein Schiedsgutachten einzuholen », <https://www.anmeldestelle.admin.ch/dam/chem/fr/dokumente/interpretationshilfe-chemv.pdf.download.pdf/interpretationshilfe-chemv-fr.pdf>; voir le site : <https://www.anmeldestelle.admin.ch/chem/fr/home/themen/recht-wegleitungen/wegleitungen-interpretationshilfen.html>).

³² Art. 32 al. 2 deuxième phrase OChim ; dans la version allemande, « Sie [Die Anmelderinnen] können ein Schiedsgutachten einholen »; la procédure d'expertise-arbitrage n'y est toutefois pas réglée, celle-ci relevant du choix des parties concernées.

- bien ici d'un cas d'expertise-arbitrage et non d'un arbitrage comme tel³³. Les frais de l'expertise-arbitrage sont en tout état à la charge des parties³⁴.
- 19 Sur cette base, si aucun accord n'est trouvé, les al. 3 et 4 de l'art. 32 OChim prévoient ce qui suit: « 3 Si aucun accord n'est trouvé, le nouveau notifiant peut demander à l'organe de réception des notifications de fixer le montant de l'indemnisation par voie de décision; la demande peut intervenir au plus tôt quatre mois après la réception de la déclaration soumise au sens de l'art. 31, al. 3 [soit la déclaration faite par l'organe de réception communiquant au nouveau notifiant les noms et adresses des notifiants précédents]. Le nouveau notifiant informe les notifiants précédents de sa demande.
4 L'organe de réception des notifications fixe le montant de l'indemnisation par voie de décision au plus tard 60 jours après réception de la demande selon l'al. 3. Si un rapport établi par un expert-arbitre lui est présenté, il est lié par son contenu sauf si les parties présentent dans les 30 jours des objections au sens de l'art. 189, al. 3, du code de procédure civile. S'il n'existe pas de rapport établi par un expert-arbitre, l'organe de réception des notifications tient compte, dans sa décision, en particulier des facteurs suivants: a. les pièces justificatives des dépenses des notifiants précédents consacrées à l'acquisition des résultats des essais; b. la durée de protection restante dont bénéficient les données visées ».
- 20 Ainsi, le mécanisme réglementaire prévoit que l'organe de réception fixe le montant de l'indemnisation par voie de décision après saisine par le nouveau notifiant et après l'écoulement d'un certain délai, ce qui a pour but de favoriser une solution consensuelle entre les parties.
- 21 La décision est rendue par l'organe de réception dans deux hypothèses distinctes selon que les parties ont fait appel ou non à un expert-arbitre. Si tel est le cas et si « un rapport établi par un expert-arbitre lui est présenté, il [l'organe de réception] est lié par son contenu sauf si les parties présentent dans les 30 jours des objections au sens de l'art. 189, al. 3, du code de procédure civile » (art. 32 al. 4 OChim)³⁵.

³³ La terminologie utilisée dans la version en français de l'Aide à l'interprétation de l'ordonnance sur les produits chimiques (note 31), p. 32 n'est ainsi pas optimale dès lors qu'elle se réfère à l'arbitrage (« Les arrangements consensuels entre les nouveaux et les notifiants précédents devraient être encouragés, à savoir: en étant en mesure d'obtenir un expert arbitre. Les coûts d'obtention d'*arbitrage* sont supportés par les parties en conflit (entreprises). Cependant, en l'absence d'accord, l'organe de réception des notifications doit, à la demande du nouveau notifiant décider du montant de l'indemnité. Il est généralement lié à l'*arbitrage* [...] » (italique ajouté).

³⁴ Cf. l'Aide à l'interprétation de l'ordonnance sur les produits chimiques (note 31), p. 32 (« Les coûts d'obtention d'arbitrage sont supportés par les parties en conflit (entreprises) »).

³⁵ L'art. 189 al. 3 du Code de procédure civile (CPC) du 19 décembre 2008 (RS 272) dispose: « Le tribunal est lié par les faits constatés dans le rapport lorsque les conditions suivantes sont réunies:

a. le litige est à la libre disposition des parties;
b. aucun motif de récusation n'était opposable à l'expert-arbitre;
c. le rapport a été établi avec impartialité et n'est entaché d'aucune erreur manifeste »; il n'est pas exclu, même si cela ne résulte pas du texte réglementaire, que les parties acceptent à l'avance le caractère contraignant du rapport d'expert-arbitrage, comme le prévoient d'ailleurs certaines clauses modèles, cf. p.ex. la clause modèle de l'OMPI, https://www.wipo.int/amc/fr/clauses/expert_determination/ pour les « Litiges déjà nés: Convention ad hoc de procédure d'expertise de l'OMPI » qui prévoit:

- 22 A défaut de présentation du rapport établi par l'expert-arbitre, c'est l'organe de réception qui décide de manière autonome en tenant compte notamment du coût effectif d'acquisition des résultats des essais pour les notifiants précédents et de la « durée de protection restante dont bénéficient les données visées » (art. 32 al. 4 OChim).
- 23 Ce mécanisme est digne d'intérêt car il montre de manière concrète et pratique comment un système de MARC, soit en l'occurrence le système de l'expertise-arbitrage, peut être utilisé en l'absence de solution consensuelle et comme il peut être intégré dans un mécanisme de décision étatique. On soulignera que ce mécanisme porte sur un ensemble de données (« dataset ») qui a été préalablement soumis à l'autorité et qui est dès lors bien identifié. Le coût de création de ces données est également connu (en lien avec le coût de la réalisation des essais concernés) et l'objectif du partage des données est en outre bien délimité (soit un processus de validation étatique). Ces éléments facilitent assurément la mise en œuvre d'un partage de ces données et les modalités de ce dernier ainsi que la mission de l'expert-arbitre.
- 24 On relèvera également que le mécanisme de décision peut avoir une nature mixte, selon la volonté des parties qui peut conduire à obliger l'autorité à prendre en compte l'avis d'un expert-arbitre mandaté par les parties, ce qui est une manifestation intéressante d'interactions entre modes privés et publics de résolution de différends en matière de litiges relatifs aux données non-personnelles.

(3) Développement des MARC concernant les autres litiges en matière de données non-personnelles

- 25 Au-delà de ce cas particulier (cf. (2) ci-dessus), d'autres litiges en matière de données non-personnelles sont également susceptibles d'être soumis à des mécanismes de MARC. En effet, le recours à de tels mécanismes n'est pas prohibé et ceux-ci peuvent offrir des avantages par rapport aux tribunaux étatiques particulièrement en raison de la flexibilité des MARC (des systèmes de MARC pouvant être développés selon les besoins du marché et des parties prenantes).
- 26 On doit plus généralement souligner que le recours au MARC est favorisé dans de nombreux domaines du droit et qu'il est aussi promu par différents instruments internationaux³⁶. On peut notamment constater que le droit fédéral institue déjà des mécanismes de médiation dans différents secteurs qui ne se limitent pas à la seule

« Les parties soussignées acceptent par la présente de soumettre à la procédure d'expertise, conformément au Règlement de procédure d'expertise de l'OMPI, la question suivante :
[Brève description du litige]

La décision rendue par l'expert aura [n'aura pas d'] effet obligatoire à l'égard des parties. La langue de la procédure d'expertise sera [préciser la langue] » ; c'est d'ailleurs ce que prévoit l'art. 29a al. 3 OPBI (note 29) : « L'organe de réception des notifications est tenu par cette expertise, à moins que les parties ne forment des objections dans un délai de 30 jours au sens de l'art. 189, al. 3, du Code de procédure civile⁴ ou *n'aient exclu d'emblée toute objection* » (italique ajouté).

³⁶ Cf. p.ex. la Convention des Nations Unies sur les accords de règlement internationaux issus de la médiation qui vient d'entrer en vigueur (le 12 septembre 2020), https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXII-4&chapter=22&clang= fr.

protection des consommateurs³⁷. Tel est en particulier le cas du mécanisme de médiation tout nouvellement créé par la Loi fédérale sur les services financiers du 15 juin 2018 (LSFin, RS 950.1). Ce système a mené à la création de plusieurs organismes de médiation / Ombudsman, p.ex. celui lancé par la Swiss Chambers' Arbitration Institution³⁸. L'art. 74 LSFin dispose ainsi que « [I]es litiges entre le prestataire de services financiers et son client doivent si possible être réglés par un organe de médiation, dans le cadre d'une procédure de médiation ». On peut ainsi constater que la soumission à ce mécanisme de médiation est obligatoire sur le plan du principe, sachant toutefois que « [I]e dépôt d'une demande de médiation auprès d'un organe de médiation n'exclut pas une action civile et n'empêche pas une telle action » (art. 76 al. 1 LSFin). Ce mécanisme énonce des principes généraux concernant la médiation et prévoit ainsi en particulier que « la procédure devant l'organe de médiation doit être non bureaucratique, équitable, rapide, impartiale et peu onéreuse pour le client, voire gratuite » (art. 75 al. 1 LSFin). Ces principes pourraient être applicables en matière de MARC pour les litiges concernant les données non-personnelles.

- 27 Même en l'absence de fondement légal, la soumission aux MARC en matière de données non-personnelles pourrait être prévue dans le cadre de contrats portant sur le partage de données non-personnelles, p.ex. dans des contrats modèles développés à cet effet afin de favoriser un tel partage volontaire de ces données³⁹.
- 28 On doit par ailleurs signaler que le droit suisse de l'arbitrage a fait l'objet de récentes modifications en vertu desquelles il sera possible de prévoir des clauses d'arbitrage dans des actes juridiques unilatéraux ou dans des statuts⁴⁰. Ainsi, le nouvel art. 358 al. 2 CPC prévoit que « [I]es dispositions de la présente partie s'appliquent par analogie aux clauses d'arbitrage prévues dans des actes juridiques unilatéraux ou des statuts » (qui correspond au texte du nouvel art. 178 al. 4 LDIP prévoyant de manière similaire - pour les arbitrages internationaux- que « [I]es dispositions du présent chapitre s'appliquent par analogie à une clause d'arbitrage prévue dans un acte juridique unilatéral ou des statuts »). On pourrait ainsi envisager que des membres d'une association ou d'une autre entité juridique acceptent (dans les statuts de l'entité juridique concernée) la soumission à l'arbitrage (et également à d'autres systèmes de MARC) afin de résoudre les litiges en matière de données non-personnelles qui pourraient surgir entre eux.

³⁷ La protection des consommateurs ayant donné lieu au développement de mécanismes de MARC (en particulier la médiation), cf. p.ex. <https://www.konsum.admin.ch/bfk/fr/home/konsumenteninformationen/ombudsstellen.html>

³⁸ <https://www.swissarbitration.org/Ombuds-FIN> (Ombudsman/mediation for Financial Services).

³⁹ Cf. p.ex. le contrat modèle de partage de données proposé par les autorités de Singapour (soit la Infocomm Media Development Authority), cf. https://www.imda.gov.sg/-/media/Imda/Files/Programme/Data-Collaborative-Programme/Data-Sharing-Agreement_v1.docx?la=en (accessible depuis le site <https://www.imda.gov.sg/programme-listing/data-collaborative-programme>) qui indique en lien avec son art. 17 (concernant le droit applicable et la résolution des litiges) que "[t]he parties may wish to include alternative dispute resolution procedures for resolving disputes"; idéalement, un contrat modèle devrait comporter une clause de MARC rédigée afin que celle-ci puisse être directement utilisée et intégrée par les parties dans leur contrat.

⁴⁰ Cf. Modification du 19 juin 2020 de la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP), FF 2020 5481, <https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2020/5481.pdf>, dont les dispositions devraient entrer en vigueur le 1^{er} janvier 2021 (cf. note 1).

29 Les systèmes de MARC pourraient de surcroît être intégrés dans des mécanismes d'auto-régulation (sectoriels ou transversaux) qui pourraient être mis en place afin de promouvoir le partage volontaire de données non-personnelles entre entreprises et institutions. On relève d'ailleurs que l'auto-régulation se profile comme un mode de réglementation pertinent en matière de droit des données (en particulier en matière de données personnelles), qui peut se matérialiser sous la forme de codes de conduite⁴¹. La nouvelle Loi fédérale sur la protection des données du 25 septembre 2020 (nLPD) introduit ainsi une nouvelle disposition consacrée aux « codes de conduite » à l'art. 11 nLPD dont l'alinéa 1 prévoit que « [I]es associations professionnelles, sectorielles et économiques, lorsqu'elles sont autorisées de par leurs statuts à défendre les intérêts économiques de leurs membres, de même que les organes fédéraux, peuvent soumettre leur code de conduite au PFPDT [Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence] »⁴². Ce dernier « prend position sur les codes de conduite et publie ses prises de position » (al. 2). De tels codes de conduite pourraient ainsi comporter des MARC visant à résoudre les litiges en matière de données personnelles. Les systèmes de MARC qui seraient institués pourraient également faire l'objet d'un mécanisme de certification. La loi actuelle prévoit une telle procédure de certification à son art. 11⁴³. La nLPD reprend cette possibilité à son art. 13 dont l'alinéa 1 dispose ainsi que « [I]es fournisseurs de systèmes ou de logiciels de traitement de données personnelles ainsi que les responsables du traitement et les sous-traitants peuvent soumettre leurs systèmes, leurs produits ou leurs services à une évaluation effectuée par des organismes de certification agréés et indépendants ». On constatera que de tels mécanismes de certification sont utilisés pour les MARC institués en matière de litiges de consommation⁴⁴ et que des systèmes de MARC en ligne (Online Dispute Resolution,

⁴¹ Cf. en droit européen l'art. 40 al. 2 let. k du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD) exposant que « [I]es associations et autres organismes représentant des catégories de responsables du traitement ou de sous-traitants peuvent élaborer des codes de conduite, les modifier ou les proroger, aux fins de préciser les modalités d'application du présent règlement, telles que: [...] k) les procédures extrajudiciaires et autres procédures de règlement des litiges permettant de résoudre les litiges entre les responsables du traitement et les personnes concernées en ce qui concerne le traitement, sans préjudice des droits des personnes concernées au titre des articles 77 et 79 ».

⁴² Voir le texte adopté par les Chambres fédérales, <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2017/20170059/Texte%20pour%20le%20vote%20final%203%20NS%20F.pdf>; l'entrée en vigueur de la nouvelle loi n'est pas encore fixée (elle est soumise au référendum facultatif), mais ne devrait pas intervenir avant 2022 ; sur les codes de conduite, voir Monique Cossali Sauvain/Camille Dubois, Les codes de conduite dans le projet de révision de la loi fédérale sur la protection des données, in: LeGes 29 (2018) 3, https://leges.weblaw.ch/legesissues/2018/3/les-codes-de-conduit_9326375ef2.html#section16583b61-8f28-4d2b-9e8c-f7ce934de524.

⁴³ Art. 11 al. 1 de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992 (RS 2351.1) (« Afin d'améliorer la protection et la sécurité des données, les fournisseurs de systèmes de logiciels et de traitement de données ainsi que les personnes privées ou les organes fédéraux qui traitent des données personnelles peuvent soumettre leurs systèmes, leurs procédures et leur organisation à une évaluation effectuée par des organismes de certification agréés et indépendants »).

⁴⁴ Voir Alexandre Biard, Impact of Directive 2013/11/EU on Consumer ADR Quality: Evidence from France and the UK, *Journal of Consumer Policy* 2019 (42), p. 109 ss, <https://doi.org/10.1007/s10603->

- ODR) sont mis en œuvre pour de tels litiges⁴⁵, ce qui pourrait aussi être précieux en matière de litiges relatifs aux données non-personnelles vu le contexte numérique / en ligne de tels litiges.
- 30 On note également le lancement de services de MARC (spécifiquement d'arbitrage) pour résoudre les litiges en matière de données personnelles⁴⁶ et l'évolution du cadre réglementaire (en particulier en Europe) visant à une reconnaissance plus large de l'importance des MARC en matière de litiges numériques (en particulier en matière de données)⁴⁷.
- 31 De tels systèmes de MARC pourraient aussi être prévus et développés dans le contexte de mécanismes de partage de données non-personnelles, potentiellement dans le cadre d'entités de confiance destinées à gérer les données et le partage de celles-ci (« data

[018-9394-z](https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-018-9394-z); <https://link.springer.com/article/10.1007/s10603-018-9394-z>; la Directive analysée est la Directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) 2006/2004 et la directive 2009/22/CE (directive relative au RELC); voir aussi le rapport de la Commission européenne du 25 septembre 2019 sur l'application de la directive 2013/11/UE du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et du règlement (UE) n° 524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (COM(2019) 425 final), <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2019/FR/COM-2019-425-F1-FR-MAIN-PART-1.PDF>, p. 3 («Un mécanisme de certification et de surveillance spécifique garantit la conformité: les États membres désignent les autorités nationales compétentes qui établissent et tiennent à jour les listes nationales des entités de REL [règlement dont ils ont certifié la conformité aux exigences de qualité de la directive]»). On doit naturellement relever que les litiges de consommateurs (business to consumers, B2C) sont d'une nature différente par rapport aux litiges entre entreprises (B2B) en matière de données non-personnelles qui font l'objet du présent rapport (cf. ci-dessus para. 02). Les modèles de mécanismes de MARC institués pour les litiges de consommateurs restent néanmoins instructifs dans la perspective de leur potentielle reprise pour d'autres types de litiges, dont ceux visés par le présent rapport.

⁴⁵ Voir p.ex. le Règlement (UE) n°524/2013 du Parlement européen et du Conseil relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n°2006/2004 et la directive 2009/22/CE ; voir aussi <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>.

⁴⁶ voir p.ex. les services offerts par la SGOA (Stichting Geschillenoplossing Automatisering, ou foundation for the resolution of ICT disputes), <https://www.sgoa.eu/english/services/privacy-security-department/> (« SGOA has a specialist Privacy & Security Department ('Privacy & Security Kamer'), which is involved in dealing with, resolving and settling disputes and conflicts to do with the protection of personal data and information security. The Privacy & Security Department has been formed due to the introduction of the General Data Protection Regulation (GDPR) and the increasing importance of ICT security»); voir aussi <https://dataarbitration.co.uk/> qui se présente comme « the specialist alternative dispute resolution scheme that deals with disputes between consumers and company's relating to data breaches. Consumers now have greater rights in relation to the use of their personal data, due to the Data Protection Act 2018, which implemented the General Data Protection Regulation (more commonly known as GDPR) and The Privacy and Electronic Communications Regulations (PECR)».

⁴⁷ Cf. Jacques de Werra, Using Arbitration and ADR for Disputes about Personal and Non-Personal Data: What Lessons from Recent Developments in Europe?, *American Review of International Arbitration*, 2019, vol. 30, n° 2, p. 195 ss; <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:134313>; idem, From Intellectual Property (Data-Related) Disputes to Data Disputes: Towards the Creation of a Global Dispute Resolution Ecosystem for Data Disputes in the Digital Era, in: *Resolving IP Disputes*, Graz 2018, p. 87 ss, <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:113027>.

trusts »)⁴⁸. Tel est particulièrement le cas des Dispute Review Boards (DRB)⁴⁹ qui sont des organes de MARC institués avant la survenance de litiges susceptibles d'éclater dans le cadre de projets durables qui sont en mesure de rendre des décisions contraignantes. Les DRB sont fréquemment utilisés dans le cadre de grands projets de construction mais leur utilité est également reconnue pour les litiges concernant les « data trusts »⁵⁰. L'usage de DRB peut s'appuyer sur des règlements et des institutions, ce qui est susceptible d'en améliorer l'efficacité et d'en faciliter l'usage pour les parties prenantes⁵¹.

III. Conclusion

- 32 Les MARC sont susceptibles d'être utilisés pour résoudre les litiges en matière de données non-personnelles. Il n'y a en effet pas d'obstacle de principe à l'utilisation de MARC en cette matière, et ce même pour ce qui concerne l'arbitrage, dès lors que les litiges civils en matière de données non-personnelles sont objectivement arbitrables. Les modalités des MARC sont flexibles et peuvent être déterminées par les parties prenantes. Les MARC peuvent ainsi offrir un complément utile aux voies judiciaires pour régler les différends portant sur des données non-personnelles.
- 33 La soumission de litiges aux MARC pourrait être instituée en introduisant des clauses contractuelles prévoyant les MARC dans les contrats portant sur l'accès et le partage de

⁴⁸ Cf. le rapport Data trusts: legal and governance considerations, avril 2019, <https://theodi.org/wp-content/uploads/2019/04/General-legal-report-on-data-trust.pdf>, p. 40: "As referred to previously, enforcement via litigation in court is an expensive, time-consuming and, by its nature, contentious process. This is traditionally recognised in law and there are mechanisms for a number of alternative dispute resolution methods enshrined in various concepts of law. Due to the assumed nature of a data trust as an organisation which lends itself the characteristics of trustworthiness and openness, a less contentious and more pragmatic version of dispute resolution might be beneficial (although evidently with third party "bad actors" who are unwilling to engage, or flagrant in their breach of the rules, traditional enforcement might be better)".

⁴⁹ Ibid. ("dispute review board: panel of (typically three) neutral persons appointed at the outset before any issues, provide periodic determinations to disputes by interim binding decision (decisions can be challenged by arbitration or litigation)");

⁵⁰ Ibid. ("Option 9, dispute review boards ("DRB"), are ordinarily seen under construction contracts and exist for the length of a particular project. These are put in place by contractual arrangement and governed by the International Chamber of Commerce Board Rules. The model [DRB] however could equally be applicable to disputes arising out of a data trust if similar DRB provisions were to be put into the terms of use for the providing or licensing of data. The DRB model allows three or more independent third parties to be appointed, for example at the outset of creation of the data trust. They can attempt to mediate a solution between the parties but can ultimately make an interim-binding decision on the parties. This is contractually binding on the parties, however it can be disputed through normal arbitration or litigation procedures if the party at fault believes the determination to have been made in error").

⁵¹ Cf. <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/> (exposant que « A Dispute Board ("DB") is a standing body composed of one or three DB Members. Typically set up upon the signature or commencement of performance of a mid- or long-term contract, they are used to help parties avoid or overcome any disagreements or disputes that arise during the implementation of the contract. Although commonly used in construction projects, DBs are also effective in other areas. These areas includes research and development; intellectual property; production sharing and shareholder agreements"); la Chambre de Commerce Internationale dispose d'un règlement dédié en matière de DSB; <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/dispute-boards/rules/>, soit les ICC Dispute Board Rules en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2015 (et ses annexes en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2018).

données non-personnelles (idéalement dans des contrats modèles visant à faciliter le partage volontaire de données non-personnelles entre entreprises). Une telle soumission au MARC pourrait aussi être prévue dans d'autres documents (p.ex. des statuts), notamment dans le contexte de mécanismes d'auto-réglementation et de développement de codes de conduite, de tels codes pouvant prévoir la soumission au MARC de litiges susceptibles de survenir en matière de partage de données non-personnelles. Les systèmes de MARC pourraient en outre être couverts par des mécanismes de certification visant à assurer la qualité des MARC. En fonction du type et des modalités des MARC qui peuvent être librement déterminés (différents MARC pouvant en outre être combinés), la création de nouveaux organismes de gestion des MARC en matière de litiges relatifs aux données non-personnelles pourrait être envisagée pour traiter les litiges internes suisses (soit les litiges opposant des parties ayant leur domicile ou leur siège en Suisse) et, cas échéant, des litiges internationaux portant sur les données non-personnelles. La nature des litiges serait propice au développement de MARC en ligne (ODR) afin de pouvoir résoudre rapidement et à moindre frais les litiges en matière de données non-personnelles.

- 34 Dans ce contexte, la Suisse peut assurément se prévaloir d'une longue tradition et d'une grande expérience en matière de règlement des différends internationaux qui devrait aussi pouvoir être mise à profit en matière de litiges concernant les données non-personnelles et pour d'autres litiges propres à la société numérique et le développement de mode alternatifs numériques (soit en ligne) de règlement des différends. La Suisse pourrait ainsi offrir des services numériques de MARC qui seraient susceptibles de contribuer à des solutions globales afin de résoudre efficacement et globalement les litiges en matière de données non-personnelles.

* * *



Prof. Jacques de Werra

Genève, le 28 septembre 2020

Table des matières

| | | |
|-------------|---|-----------|
| I. | Introduction..... | 1 |
| | A. Délimitations..... | 1 |
| | B. Structure du rapport..... | 2 |
| II. | Analyse juridique..... | 2 |
| | A. Généralités sur les MARC..... | 2 |
| | B. Utilisation des MARC en matière de litiges relatifs aux données non- personnelles..... | 5 |
| | (1) Introduction..... | 5 |
| | (2) Soumission aux MARC de litiges spécifiques en matière de données non-personnelles..... | 6 |
| | (3) Développement des MARC concernant les autres litiges en matière de données non-personnelles..... | 10 |
| III. | Conclusion..... | 14 |