

Executive summary

Rapport sur l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé

1. Contexte

Le 30 octobre 2019, le Conseil fédéral a chargé l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) de rédiger un rapport sur l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé. Ce mandat fait suite à une recommandation qui figure dans le rapport final du groupe d'experts « Avenir de traitement et de la sécurité des données »¹.

2. Les données non personnelles

Contrairement à la notion de données à caractère personnel, la législation suisse ne prévoit pas de définition des « données non personnelles »². Les données à caractère personnel sont définies comme « toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable »³. Par opposition, les données non personnelles se définissent comme « toutes les données qui ne sont pas des données à caractère personnel ». Cette distinction entre données à caractère personnel et données non personnelles est centrale. Dans le premier cas, leur traitement est soumis aux dispositions strictes de la loi fédérale sur la protection des données, alors que dans le deuxième, ces règles ne s'appliquent pas.

Ainsi, les données météorologiques⁴, topographiques⁵, ou produites par des machines (des machines-outils sur des chaînes de production industrielle) constituent des données non personnelles. Les informations qui figurent obligatoirement sur l'étiquetage des denrées alimentaires⁶ ou l'inventaire des curiosités touristiques d'une ville ou d'une région représentent également des données non personnelles⁷. Théoriquement, les données personnelles anonymisées et agrégées constituent également des données non personnelles. Une prudence particulière est toutefois de mise en ce qui concerne ces données, car les progrès technologiques ou le recoupement avec d'autres données non personnelles supplémentaires permettent parfois de réidentifier une personne.

3. Contenu du rapport

3.1. Conclusions économiques : bonne performance de l'économie des données

L'économie des données dans son ensemble contribue de manière significative à la performance économique de la Suisse. La prestation globale de la Suisse dans le domaine est relativement bonne en comparaison avec les autres pays européens. En 2018, environ 182 000 personnes étaient employées dans le domaine de l'économie des données en Suisse. Par rapport à l'emploi total, ce nombre de spécialistes des données correspond à une part de 4,4 %, ce qui est nettement supérieur à la moyenne de l'UE. La croissance du nombre de salariés a également été plus dynamique en Suisse (10 %) que dans l'UE (8 %).

Les produits et services basés sur « l'analyse et l'évaluation de données brutes » ont généré un volume d'environ 3,6 milliards de francs en Suisse en 2018. Par rapport à l'année précédente, le « marché des données » a connu une croissance d'environ 8 %. L'économie des données a contribué à hauteur de 14,1 milliards de francs environ, soit environ 3 % de la valeur ajoutée totale en 2018. La croissance par rapport à l'année précédente a été de près de 20 %.

¹ Disponible sous : www.news.admin.ch/news/message/attachments/55754.pdf

² La législation européenne ou d'autres États européens n'offrent pas non plus de définition positive.

³ Art. 3 let. a. de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1)

⁴ cf. par exemple le concept de « Data Warehouse » de l'Office fédéral de météorologie et de climatologie MétéoSuisse, disponible à l'adresse suivante : www.meteosuisse.admin.ch > Systèmes de mesure et de prévention > Gestion des données (état au 1.03.2021).

⁵ cf. par exemple les géodonnées mises gratuitement à disposition par l'Office fédéral de topographie swisstopo, à l'adresse suivante : <https://shop.swisstopo.admin.ch/> > Géodonnées gratuites (état au 1.03.2021).

⁶ cf. par exemple les travaux de <https://food.opendata.ch/> ou de www.foodrepo.org (état au 1.03.2021).

⁷ cf. par exemple les données mises à disposition par l'office du tourisme de Zürich, à l'adresse suivante : <https://zt.zuerich.com/de/open-data> (état au 1.03.2021).

Les marchés des données non personnelles brutes sont eux aussi sur le point de se développer dans notre pays. Ainsi, une entreprise sur quatre génère des données non personnelles et une entreprise sur cinq les commercialise. L'importance de ces données ira croissant à l'avenir.

Ces marchés ne semblent donc pas présenter de défaillance manifeste et importante dans les situations « B2B ». Les défis pour exploiter le plein potentiel économique et social des données non personnelles varient fortement selon le secteur examiné. Par conséquent, une solution unique ne serait pas adaptée aux différentes spécificités du marché des données non personnelles.

Recommandation : continuer à observer l'évolution de l'économie des données en Suisse. Mettre à jour l'étude « Analysis of the Data Market » et la soumettre au Conseil fédéral d'ici fin décembre 2025.

3.2. Conclusions juridiques : un cadre juridique suffisant

Il n'existe pas de droit de propriété sur les données personnelles ou non personnelles en Suisse. La Suisse ne connaît pas non plus de droit *sui generis* sur les bases de données, comme prévu par la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données. Cependant, l'analyse de la situation juridique montre que la loi actuelle contient un certain nombre de normes qui permettent l'attribution de données non personnelles et donnent au détenteur des données non personnelles un contrôle étendu sur « ses » données.

Au premier plan se trouve la protection du secret de fabrication ou commercial (art. 162 du Code pénal suisse [CP, RS 311] et art. 5 et 6 de Loi fédérale contre la concurrence déloyale [LCD, RS 241]). Dans le droit actuel, les détenteurs de données non personnelles disposent ainsi d'une protection juridique très étendue.

Dans la perspective actuelle et sur la base des résultats des expertises commandées, il n'est pas nécessaire d'introduire un droit de propriété pour les données non personnelles. D'une part, les marchés actuels de la production, de l'utilisation et du commerce de données non personnelles fonctionnent sans droit de propriété des données. D'autre part, il ne semble pas nécessaire de fournir des incitations supplémentaires pour la collecte et l'analyse de données non personnelles, ces activités étant en progression constante ces dernières années. Finalement, il est peu probable que l'introduction d'un droit de propriété sur ce type de données réduise les coûts de transaction et favorise ainsi l'accès aux données. Il en va de même pour la création d'un droit *sui generis* pour les bases de données.

Recommandation : renoncer à introduire un droit de propriété sur les données non personnelles ou un droit *sui generis* sur les bases de données.

3.3. Licence obligatoire et licence FRAND : des solutions horizontales pour l'accès aux données non personnelles ?

Un mécanisme général (horizontal) de licence obligatoire qui permettrait de donner accès aux données non personnelles dans le secteur privé est théoriquement faisable. Il pourrait notamment être conçu de manière à respecter le droit international, en particulier l'Accord sur Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC). Cependant, l'analyse montre qu'un tel système généralisé ne serait pas souhaitable en raison des difficultés liées à sa mise en œuvre et des risques qu'il créerait pour les intérêts du détenteur des données non personnelles. Par contre, un système de licences obligatoires applicable ponctuellement dans certains secteurs (par exemple, construction automobile, aviation, énergie) pourrait être adéquat. D'ailleurs, le droit de la concurrence permet d'ores et déjà d'imposer une licence obligatoire dans des cas spécifiques.

Les licences FRAND ont été développées pour assurer à tous l'accès à une technologie protégée (par un brevet) devenue une norme reconnue par une autorité étatique ou un organisme de normalisation. On parle dans ce cas de « brevet essentiel ». Or les données non personnelles peuvent difficilement être assimilées à une technologie devenue une norme reconnue. La faisabilité d'un mécanisme général de licences FRAND pour l'accès aux données non personnelles apparaît douteuse. Cela en raison des différences qui existent entre la situation des brevets essentiels à une norme pour laquelle les licences FRAND se sont développées et celle de l'accès aux données non personnelles. Ainsi, il n'existe d'ailleurs aucune autorité de certification pour des données non personnelles qui représenteraient une norme. Il ne semble donc pas possible de transposer le modèle FRAND afin de créer un accès général

aux données non personnelles entre entreprises. Dès lors, cette approche ne paraît pas désirable vu les obstacles auxquels elle se heurte.

Recommandation : renoncer à introduire un système horizontal de licences obligatoires ou de licences FRAND pour l'accès aux données non personnelles.

3.4. Données ouvertes, données partagées et espaces communs de données

Les concepts de données ouvertes (*open data*), de données partagées (*shared data*) et en particulier d'« espaces communs de données »⁸ représentent des approches prometteuses pour faciliter l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé. Elles sont basées sur le principe d'une participation volontaire et reflètent une conception libérale de l'économie qui garantit la plus grande autonomie possible.

Les « espaces communs de données » font l'objet d'une étude de l'OFCOM et de la DDIP attendue pour la fin de l'année. L'étude indiquera les domaines dans lesquels une intervention de l'État serait nécessaire. Le rapport recommande d'attendre les conclusions de cette étude avant de prendre des mesures dans ce domaine.

Recommandation : attendre les conclusions du rapport de l'OFCOM et de la DDIP sur les « espaces communs de données » avant de prendre des mesures dans ce domaine.

3.5. Mesures de soutien complémentaires

Dans le cadre de la rédaction de ce rapport, l'IPI a mandaté des spécialistes afin d'élaborer une première série de contrats modèles qui visent à faciliter l'accès aux données non personnelles. Ainsi, un contrat de transfert de données, un contrat d'abonnement pour l'accès aux données et un contrat d'échange de données sont disponibles gratuitement sur le site de l'IPI⁹. Des versions commentées et un rapport explicatif pour l'ensemble des contrats modèles sont également à disposition en français, allemand et anglais.

L'IPI recommande au Conseil fédéral de promouvoir des mesures de soutien complémentaires afin d'améliorer la sécurité juridique et de diminuer les coûts de transaction. Ces instruments peuvent prendre la forme de contrats modèles, de documents de synthèse sur la situation juridique qui entoure les données, de listes de contrôle ou de guides pour l'établissement de contrats ou de bonnes pratiques par secteur, etc. Dans ce cadre, l'IPI met à disposition des PME suisses des contrats modèles qui visent à encourager la coopération dans ce domaine et l'échange de données non personnelles.

Recommandation : promouvoir des mesures de soutien complémentaires afin d'améliorer l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé. L'IPI est disposé à se charger de coordonner de telles mesures.

⁸ Il s'agit de centres de données créés et gérés par les Européens et dans lesquels les acteurs publics et privés peuvent piocher et intégrer des données. Ainsi, les données personnelles et non personnelles, y compris les données commerciales sensibles, sont sécurisées et les entreprises peuvent avoir facilement accès à une quantité presque infinie de données industrielles de haute qualité.

⁹ Voir à l'adresse : www.ipi.ch > Propriété intellectuelle > PI et société > Traitement et sécurité des données (état au 1.03.2021).