

RAPPORT EXPLICATIF

Date : 29 février 2024

A : L'Institut fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) – M. Anaic Cordoba

De : Juliette Ancelle – id est avocats Sàrl

Concerne : **Contrats Modèles de partage de données techniques**

I. INTRODUCTION

1. L'IPI a confié à id est avocats Sàrl (**id est, nous**) l'élaboration de contrats modèles de transfert et d'échange de données techniques entre acteurs privés (les **Contrats Modèles**). Ce mandat s'inscrit dans le cadre de la mission plus générale octroyée par le Conseil fédéral à l'IPI d'analyser la problématique de l'accès aux données techniques en Suisse et à l'étranger, et de formuler des propositions et solutions afin d'en promouvoir l'échange¹. L'IPI a ainsi été chargé d'examiner l'opportunité d'un éventuel système de licences obligatoires et de rechercher également d'autres solutions permettant l'accès aux données techniques².
2. En règle générale, la notion de données techniques est définie de manière négative en référence aux données à caractère personnel au sens de la législation applicable³. Ainsi, cette notion couvre communément les données à caractère non personnel, soit celles qui ne concernent pas une personne physique identifiée ou identifiable, ainsi que les données personnelles anonymisées. Il peut notamment s'agir de données météorologiques ou environnementales, de données statistiques, de données générées de manière automatique par des machines, comme des capteurs ou des senseurs, ou encore de données générées par des personnes physiques, par exemple des données relatives à une fréquence ou une intensité d'utilisation d'un produit⁴. Accessibles, elles ont la faculté de contribuer à l'innovation technologique et représentent un intérêt économique majeur. Toutefois, ces données, dont la circulation et l'utilisation sont indispensables à l'essor d'une économie des données, sont souvent détenues par des entités privées qui en restreignent l'accès de manière volontaire ou faute de solutions de partage. L'objectif de notre intervention est de proposer une documentation contractuelle standardisée afin de faciliter le partage de ces données techniques, soit les transactions par lesquelles des données techniques détenues par des acteurs du secteur privé sont mises à la disposition d'autres organisations ou entités privées pour leur usage propre.

¹ *Rapport du groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données*, Recommandation n° 20, 17 août 2018 ; *Rapport sur les recommandations du groupe d'experts sur l'avenir du traitement et de la sécurité des données, Prise de connaissance et suite de la procédure*, DETEC, 15 octobre 2019.

² *Rapport sur les recommandations du groupe d'experts*, DETEC, 15 octobre 2019, p. 9.

³ Art. 1 et 3 par. 1 du Règlement européen relatif au libre flux des données à caractère non personnel ; *Communication de la Commission, Lignes directrices relatives au règlement concernant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne* du 29 mai 2019, p. 5.

⁴ *Communication de la Commission* du 29 mai 2019, p. 6 ss ; voir également Gefion Thuermer, Johanna Walker, Elena Simperl, *Data Sharing Toolkit*, p. 16 ; et les exemples pratiques disponibles à l'adresse <<https://eudatasharing.eu/data-sharing-practice-examples>> (dernier accès le 20 mai 2020).

3. Dans un premier temps, la méthodologie appliquée à cette intervention a conduit à l'identification des besoins à couvrir, sur la base des problématiques récurrentes soulevées par la littérature existante et notamment les travaux européens réalisés dans le domaine du partage de données. Une fois ces besoins identifiés, nous avons ensuite cherché à y répondre au moyen d'un cadre contractuel adapté. Notre analyse a été menée indépendamment des questions de qualification ou de titularité juridique des données concernées et des modalités technologiques possibles de partage, qui sortent du cadre de la présente intervention.
4. Ce Rapport présente les thèmes et les besoins récurrents identifiés dans le contexte du partage de données entre acteurs du secteur privé (*infra*, II.), puis le cadre contractuel élaboré sur cette base, sous forme de guide d'utilisateur (*infra*, III.).

Il accompagne la documentation contractuelle élaborée en exécution de notre mandat, soit les différents modèles de contrats, rédigés en versions neutres et commentées afin de faciliter leur utilisation.

II. ANALYSE DES BESOINS

5. Les Contrats Modèles ont pour objectif de répondre aux problématiques principales soulevées par le partage de données techniques sous un angle juridique et pratique, indépendamment des aspects technologiques d'un tel partage et des questions de titularité juridique.
6. À cet égard, les thèmes et les besoins à traiter ont été déterminés sur la base de la littérature existante, dont notamment les divers travaux conduits par l'Union européenne en matière de partage et de portabilité des données⁵. Ces travaux soulignent l'émergence d'une économie de données, la valeur des données en tant qu'actif et l'importance primordiale de leur accessibilité⁶. Le partage de données y est ainsi défini comme le fait de permettre à des tiers un accès spécifiquement autorisé à des ensembles de données afin de générer de la valeur⁷, dans l'optique de promouvoir l'innovation fondée sur les données⁸. Au niveau suisse, le Rapport du groupe d'experts du 17 août 2018 partage cette vision et relève que la question de l'accès aux données et leur propriété représentent « *des défis majeurs pour le domaine B2B* »⁹.
7. Dans le contexte du partage de données entre acteurs privés, certaines problématiques sont débattues de manière récurrente par les différentes études prises en considération, à savoir :
 - le modèle de relation contractuelle ;
 - le type de données partagées ;
 - la qualité des données partagées ; ou encore
 - l'utilisation faite des données partagées par le destinataire.

⁵ Voir les travaux du Support Centre for Data Sharing créé par la Commission européenne, ainsi que notamment : *Document de travail des services de la Commission, Orientations concernant le partage des données du secteur privé dans l'économie européenne des données* du 25 avril 2018 ; *Communication de la Commission « Vers un espace européen commun des données »* du 25 avril 2018 ; *Communication de la Commission* du 29 mai 2019 ; SCDS, *Rapport sur les termes de contrats types recueillis* du 26 juillet 2019 ; SCDS, *Analytical report on EU law applicable to sharing of non-personal data*, 24 janvier 2020.

⁶ Voir la boîte à outils développée par le programme de l'UE Horizon 2020 Data Pitch : Thuermer, Walker, Simperl, *Data Sharing Toolkit*, disponible sous <<https://datapitch.eu/datasharingtoolkit/>> (dernier accès le 14 mai 2020).

⁷ Traduction libre de "Data sharing in this sense means allowing third parties specifically permissioned access to datasets to generate value" (Gefion Thuermer, Johanna Walker, Elena Simperl, *Data Sharing Toolkit*, p. 4).

⁸ Thuermer, Walker, Simperl, *Data Sharing Toolkit*, p. 5).

⁹ *Rapport*, p. 4 ss.

8. À ces éléments s'ajoutent les préoccupations suivantes, qui sont le plus souvent mentionnées comme un frein au partage par les acteurs privés :
 - la perte de contrôle sur les données partagées ;
 - les éventuelles données ou les éventuels intérêts à protéger dans le cadre d'un partage (ex. : compétitivité, secrets d'affaires, etc.) ;
 - la complexité du cadre légal et réglementaire applicable et son respect par le fournisseur des données et le destinataire ;
 - l'absence de bonnes pratiques ; ou encore
 - le coût de la préparation des données en vue du partage.
9. En parallèle, notre analyse a également identifié une multitude de modèles commerciaux potentiels en lien avec le partage de données, influencés par le type de données communiquées et les intérêts des parties en cause. À titre illustratif, le partage peut intervenir par le biais d'espaces de vente en ligne ou de plateformes d'échange agissant comme intermédiaires ou non¹⁰, sur la base de contrats bilatéraux, ou encore sur des modèles proches de l'open data, étant précisé que les études menées au niveau européen ont constaté que les échanges entre entités privées reposaient avant tout sur des contrats bilatéraux ou multipartites¹¹. Sous l'angle technique, les données sont le plus souvent partagées par le biais d'interfaces de programmation applicative, ou *application interface programs (API)*, ainsi que par des plateformes hébergeant ces données¹².
10. Si les questionnements de nature technique doivent vraisemblablement faire l'objet de standards techniques, les problématiques liées au cadre réglementaire et contractuel peuvent être adressées au moyen de modèles contractuels rationalisés.
11. Dans le contexte de l'élaboration de tels modèles, se pose tout d'abord la question de la relation entre les parties à la transaction, qui peut s'inscrire dans la durée ou non, prévoir une contre-prestation monétaire au partage de données, un échange mutuel ou encore intervenir à titre gratuit. Ensuite, les données concernées par un partage ne peuvent être que des données techniques, à l'exclusion de toute donnée personnelle au sens de la réglementation applicable. Ce dernier point, comme celui d'éventuelles exigences en matière de qualité des données, soulève la question de possibles garanties contractuelles qui peuvent être fournies par l'une et l'autre partie, et de leur caractère exécutable. Pour ce qui est de potentielles restrictions à l'utilisation des données, cette thématique comprend d'éventuelles limitations quant au champ d'utilisation des données, mais surtout des interdictions visant à protéger les secrets d'affaires et autres informations confidentielles du fournisseur des données. À nouveau, se pose cependant la question de la manière dont les parties pourront faire appliquer de telles clauses et invoquer les droits qui en découlent, d'éventuelles pénalités contractuelles paraissant d'emblée inadaptées à l'objectif de standardisation recherché par les modèles.
12. En effet, l'appareil contractuel doit s'appliquer aux échanges entre acteurs privés qui n'ont, pour l'heure, pas accès aux données techniques. Il s'adresse donc en premier lieu aux PME et autres entités juridiques privées de taille similaire. En effet, la littérature observe que les acteurs économiques de grande taille disposent de moyens leur permettant d'exploiter leurs données

¹⁰ À titre d'exemple, voir notamment les plateformes Hazy <www.hazy.com> ou Truata <www.truata.com> (dernier accès le 20 mai 2020).

¹¹ Cf. notamment le *Document de travail des services de la Commission* du 25 avril 2018, p. 6.

¹² Sur les aspects techniques du partage de données en général, voir Wout Hofman, Madam Rajagopal, *A Technical Framework for Data Sharing*, *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 9, issue 3, 2014, 45-58.

et d'en tirer parti. La documentation doit donc correspondre aux besoins des utilisateurs cibles et permettre une utilisation aisée et à grande échelle. D'un côté, cette documentation est soumise à des exigences de standardisation et de pragmatisme, qui ne laissent que peu de champ libre à la créativité de ses utilisateurs. De l'autre, elle doit disposer d'un degré de granularité suffisant pour couvrir les besoins et préoccupations de ces intervenants de manière adéquate.

13. Enfin, l'utilisation de la documentation proposée suppose qu'un apprentissage organisationnel ait été implémenté avec succès chez les acteurs concernés et qu'ils disposent des moyens structurels pour permettre la préparation des données au partage et l'utilisation des données dans le but fixé.

III. LES CONTRATS MODÈLES – GUIDE D'UTILISATION

A. Introduction et catégories de contrats

14. La documentation contractuelle a été élaborée à la lumière des besoins et des préoccupations identifiés dans le cadre de notre analyse (*supra* II), qui ont permis d'individualiser les types d'utilisation les plus fréquents. Plus précisément, les documents doivent couvrir les cas de figure suivants :
 - la mise à disposition ponctuelle de données ;
 - l'accès à un flux de données ou la mise à disposition régulière de données s'inscrivant dans la durée; et
 - l'échange de données entre les parties.
15. En sus des cas de mise à disposition les plus fréquents identifiés, un quatrième modèle, portant cette fois sur le recours à une API pour faciliter l'accès technique aux données a été rédigé, visant à compléter les trois premiers modèles pour régir les conditions d'utilisation d'outils techniques développés pour faciliter la mise à disposition de l'accès aux données techniques.
16. Les Contrats s'articulent ainsi en 3 principaux modèles différents rédigés sur la base d'une structure commune, qui se veulent accessibles aussi bien sous l'angle de leur contenu que de leur forme et un modèle de conditions d'utilisation d'API.
17. Les contrats de partage proposés sont bilatéraux et comprennent des accords conclus sur la durée ou de nature ponctuelle. Le partage peut intervenir de manière unilatérale ou bilatérale, par le biais d'un échange.

18. Les Contrats Modèles proposés sont les suivants :
 - un **Contrat de transfert de données techniques** ;
 - un **Contrat d'abonnement pour l'accès à des données techniques** ;
 - un **Contrat d'échange de données techniques**.

19. Afin de faciliter la sélection par l'utilisateur de ces Contrats Modèles, nous pouvons résumer comme suit les cas de figure visés par chaque Contrat Modèle :

- a) **Le Contrat de transfert de données techniques (unilatéral).** Ce modèle vise les cas, moins répandus, de mise à disposition ponctuelle de données ou dans les cas où les parties souhaitent faire un essai portant sur un échantillon de données, dans l'optique de conclure ensuite l'un des deux autres accords. Cet échange peut être gratuit ou payant.
- b) **Le Contrat d'abonnement pour l'accès à des données techniques (unilatéral).** Ce Contrat est destiné à la mise à disposition de données régulière et unilatérale par un fournisseur de données, sur une certaine durée, sans que le fournisseur ait d'intérêt aux résultats du traitement ou à l'utilisation ultérieure des données fournies. Cet accès peut être fourni à titre gratuit ou sous la forme d'un abonnement payant, si le fournisseur des données souhaite monétiser sa prestation. Ce modèle donne la possibilité au fournisseur de se réserver un droit d'audit afin de s'assurer du bon respect de l'accord. Cela vise principalement les cas où le fournisseur de données n'a pas pour objectif d'exploiter lui-même les données qu'il collecte, mais peut identifier un intérêt économique à mettre ces données à disposition de tiers contre rémunération, que ce soit à des fins de recherche ou en vue d'une exploitation commerciale.
- c) **Le Contrat d'échange des données techniques (mutuel).** Ce Contrat est le modèle de partage le plus étendu. Il vise la situation où une synergie est possible entre les parties, qui ont un intérêt mutuel à la mise en commun de leurs données techniques respectives. Dans ce cas de figure, l'accès intervient en principe à titre gratuit et porte sur toutes les mises à jour, ainsi que les données nouvellement collectées par l'une ou l'autre partie. Les parties peuvent également s'octroyer un accès mutuel aux résultats de l'utilisation des données ainsi obtenus, ainsi qu'un droit d'audit réciproque.

B. Éléments formels des Contrats Modèles

- 20. Les modèles proposés sont des actes bilatéraux entre un fournisseur des données et un destinataire, utilisateur des données, à l'exclusion de tout tiers intermédiaire.
- 21. Afin d'assurer une utilisation simple et adaptée à de multiples cas de figure, les Contrats Modèles se présentent sous une forme standardisée et ont tous la même structure, soit :
 - o Une fiche de couverture à remplir par les parties, où celles-ci indiquent, respectivement choisissent :
 - La date, leurs noms et coordonnées
 - Le type de données concernées
 - Le format des données
 - Les modalités techniques de la mise à disposition des données
 - Les éléments financiers
 - Les éventuelles restrictions d'utilisation
 - La durée et la résiliation
 - o Une liste de définitions
 - o Un ensemble de clauses contractuelles
 - o Les signatures des parties
- 22. L'intervention des parties est réduite. Elle concerne principalement la fiche de couverture, qu'elles vont compléter soit par des données factuelles (identité, adresse, modalités

techniques, prix, etc.), soit en choisissant parmi les options qui y sont proposées sous forme de cases à cocher. Dans le corps du contrat, les parties auront également à choisir au sein d'alternatives ne leur laissant pas de marge d'appréciation, mais leur permettant d'adapter l'accord à leur relation spécifique. Des commentaires ont été insérés dans les versions commentées afin de faciliter le processus de sélection de l'option appropriée.

23. Cette articulation reflète la volonté d'adopter un seul et même format qui pourra être implémenté et automatisé pour une utilisation facilitée par les parties, avec des champs à remplir dans la fiche de couverture et la sélection potentiellement automatisée des choix pré-enregistrés au sein des clauses contractuelles. En pratique, les Contrats Modèles pourront ainsi être mis à la disposition des utilisateurs en ligne, dans un format compatible avec des modifications et une signature, exécutées en la forme électronique¹³.

C. Contenu des Contrats Modèles

24. À titre liminaire, nous relevons que ces Contrats Modèles ne prennent pas position sur les questions juridiques liées à la titularité ou à la propriété des données techniques, le but poursuivi étant simplement d'en faciliter la circulation et non de se prononcer sur l'existence ou non d'un éventuel droit de propriété. Le contexte légal et réglementaire ne pouvant toutefois être ignoré, certaines clauses ont été insérées pour tenir compte de l'existence d'éventuels droits de propriété intellectuelle susceptibles de régir (même partiellement) l'utilisation des données mises à disposition (*infra* N 32), ainsi que pour anticiper d'éventuelles problématiques relatives à la réglementation applicable en matière de protection des données personnelles (*infra* N 27 et 37).
25. Outre la fiche de couverture, les 3 Contrats Modèles reposent sur une structure commune, qui se découpe en six parties :
- Dispositions principales : cette section vise à couvrir le cadre général relatif à la mise à disposition et à l'utilisation des données visées par le Contrat, soit notamment le principe de mise à disposition des données, les modalités financières, les restrictions applicables et autres conditions liées au partage. Son contenu diffère de modèle en modèle.
 - Services complémentaires : cette rubrique traite des éventuels services additionnels fournis par les parties, et prévoit la conclusion d'accords séparés cas échéant.
 - Attribution : cette clause couvre la question de l'origine des données et de la communication ou non de l'identité du fournisseur en cas de distribution subséquente par le destinataire.
 - Garanties : cette section comprend les exclusions de garantie des parties relatives au contenu des données, à leur qualité, etc., ainsi que les engagements des parties relatifs au respect de la loi et de la confidentialité.
 - Durée et résiliation : les Contrats Modèles prévoient des modalités de durée et de résiliation volontaire, ou automatique en cas de violation contractuelle, ainsi que les conséquences d'une résiliation.

¹³ Voir l'article 7.2 des Contrats Modèles. Bien que la signature électronique via le programme DocuSign ou PDF ne remplisse pas les conditions de la loi sur la signature électronique (SCSE), le principe de la liberté de la forme s'applique aux Contrats Modèles dans leur contenu actuel, qui ne sont pas soumis à la forme écrite par la loi. Les parties sont donc libres du choix de la forme, étant précisé qu'il est recommandé d'opter pour un mode de conclusion qui démontre de manière suffisante leur intention de se lier contractuellement. Une signature électronique des Contrats Modèles permet de remplir ces fonctions de preuve nécessaires.

- **Divers** : cette section comprend les clauses finales usuelles en matière de forme, modification, interprétation, droit applicable et for notamment. Pour ce qui est de la forme, les parties peuvent recourir à la signature électronique.
26. Sur la base de ce tronc commun, les 3 Contrats Modèles varient en fonction des situations qu'ils visent. Quant au fond, certains choix ont été opérés s'agissant du contenu même de ces Contrats Modèles, qui peuvent être résumés comme suit.
27. **Le type de données partagées.** Les contrats portent exclusivement sur des données techniques, à l'exclusion de toute donnée personnelle au sens de l'art. 3 let. a LPD. Sous cet angle, les données techniques couvrent donc les données qui n'ont jamais concerné une personne identifiée ou identifiable (ex. : données météorologiques), ou les données personnelles qui ont été anonymisées et qui ne peuvent plus être attribuées à une personne en particulier. Les Contrats Modèles ne couvrent pas non plus le transfert de données mixtes, soit les lots de données techniques comprenant également des données personnelles, qui sont également soumises aux règles sur la protection des données. En pratique, il est nécessaire qu'aucun lien ne puisse être établi entre des données et une personne particulière, en dépit des progrès de la technologie et de l'analyse de données. Le fournisseur devra donc disposer de la technologie lui permettant de trier ses données, de les séparer si nécessaire ou de les anonymiser correctement avant tout transfert. Pour pallier ce risque lié à la protection des données, les Contrats prévoient une obligation mutuelle des parties de se conformer aux obligations légales sur le sujet, par le biais des garanties contractuelles (*infra* N 37).
28. **Les modalités techniques du partage.** Le format des données (échantillon de données, données synthétiques, etc.), ainsi que les modalités techniques du partage sont précisés par les parties dans la fiche de couverture. En pratique, il est probable que la mise à disposition des données se fasse au moyen d'une API ou par le biais d'une plateforme, l'utilisation de ces outils étant en principe soumise à un cadre contractuel distinct, sous forme de conditions d'utilisation, qui devront également être acceptées par le destinataire des données.
29. **La contrepartie.** Les parties peuvent choisir entre un partage à titre gratuit ou payant. En cas de mise à disposition payante, il reviendra aux parties de fixer le prix et la fréquence de paiement, en cas de paiements réguliers, notamment dans le cadre du Contrat d'Abonnement. Par défaut, nous avons prévu un paiement à l'avance, permettant au fournisseur de données de ne pas les mettre à disposition tant que le paiement n'est pas intervenu, ou de simplement interrompre l'accès en cas de mensualité ou annuité non versée.
30. **L'absence d'exclusivité.** L'objectif de ces Contrats Modèles étant la facilitation de la circulation des données techniques, il est prévu par défaut que la mise à disposition des données visées se fait sur une base non-exclusive, ce qui signifie que le fournisseur peut continuer à exploiter les données visées pour lui-même et les mettre à disposition de tiers s'il le souhaite.
31. **Les restrictions d'utilisation des données.** Afin de répondre aux préoccupations liées à la perte de contrôle sur les données partagées quant à leur utilisation par le destinataire, la fiche de couverture permet au fournisseur d'interdire l'utilisation commerciale, ainsi que la distribution à des tiers des données ou du résultat de leur traitement. Tant les notions « d'utilisation commerciale » que celle de « distribution » font l'objet de définitions uniformes dans les trois Contrats Modèles, afin de définir un périmètre de restrictions standardisé. Dans ce contexte, nous avons aligné la notion d'utilisation commerciale avec celle retenue dans les licences Creative Commons, qui proposent une définition suffisamment large et reconnue par le public¹⁴. La notion de distribution vise quant à elle les cas de mise à disposition des données à des tiers

¹⁴ Licences accessibles sous <<https://creativecommons.org/>> (dernier accès le 28 mai 2020).

tant dans leur format d'origine que dans un format modifié, dans la mesure où les données d'origine pourraient être reconstituées. En effet, l'objectif est d'éviter que la partie destinataire des données visées en modifie légèrement le format puis les redistribue à des tiers, si le fournisseur souhaite garder le contrôle des destinataires de données. Il convient par ailleurs de noter que la distribution pourrait intervenir sans but commercial, raison pour laquelle cette notion est traitée séparément de celle de l'utilisation commerciale. Par ailleurs, les restrictions d'utilisation peuvent viser les données transmises, mais aussi les résultats obtenus par l'utilisateur sur la base de ces données. En effet, dans certains contextes, il est possible qu'un fournisseur soit disposé à donner l'accès à certaines de ses données techniques afin de favoriser la recherche, tout en souhaitant qu'aucune exploitation commerciale ne soit faite des données transmises et des résultats qui en découlent, ne permettant ainsi qu'un usage interne des données concernées.

32. **Le sort des droits de propriété intellectuelle.** Les Contrats Modèles définissent la notion de droits de propriété intellectuelle et stipulent qu'aucun de ces droits appartenant à une partie n'est transféré de quelque manière que ce soit à l'autre partie. Par ailleurs, sans se prononcer sur l'existence ou non de droits de propriété intellectuelle sur les données concernées, il est tenu compte du fait que certains de ces droits peuvent entrer en ligne de compte, soit notamment un droit d'auteur voire un droit *sui generis* sur les bases de données (*supra*, N 24.). Afin d'éviter que de tels droits empêchent la mise en œuvre du contrat, le fournisseur octroie au destinataire une licence d'utilisation aux fins de permettre l'usage envisagé par le contrat.
33. **La confidentialité.** Parmi les thèmes récurrents en matière de partage de données figurent également des préoccupations liées aux éventuels intérêts ou informations à protéger dans le cadre d'un partage. Ce sujet est traité par le biais d'une clause de confidentialité, qui interdit au destinataire des données d'obtenir par le biais de la mise à disposition de données techniques des informations confidentielles du fournisseur, y compris par le biais de techniques d'ingénierie inversée, et de transmettre à des tiers toute information confidentielle transmise. Cela étant, il appartiendra en premier lieu au fournisseur des données de s'assurer que les données transférées ne contiennent pas d'informations sensibles sur ses affaires (ou de données personnelles).
34. **Le droit d'audit.** Les Contrats Modèles permettant aux parties de sélectionner des restrictions d'usage strictes, la question se pose du respect de ces restrictions et de leur contrôle. Dans un contexte commercial, un outil souvent utilisé est celui des pénalités contractuelles, imposant à la partie qui violerait ses obligations le paiement d'un montant défini à l'avance par les parties. Un tel outil ne nous a toutefois pas semblé adapté dans un contexte de contrats modèles, les conditions de telles pénalités pouvant fortement varier d'un cas particulier à l'autre, et le choix s'est donc porté sur une résiliation automatique en cas de violation (*infra* N 39). Afin de mettre en œuvre une telle résiliation, encore faut-il permettre au fournisseur d'avoir connaissance de la violation, raison pour laquelle une clause d'audit optionnelle a été insérée. Il convient de relever toutefois qu'une telle clause ne se justifierait que dans les cas où les parties ont effectivement prévu des restrictions d'utilisation, le fournisseur ayant alors un intérêt à s'assurer de leur respect.
35. **Les services complémentaires.** Les Contrats modèles n'ont pour vocation de porter que sur la mise à disposition de données techniques. Il n'est toutefois pas exclu que le fournisseur de données, en sus de l'accès aux données, notamment par le biais d'une plateforme, offre également des services complémentaires, qu'il s'agisse de services de support ou maintenance, ou encore de services d'hébergement, etc. Au vu de la multitude de services envisageables et de conditions de fourniture de ces services, ceux-ci ne peuvent être couverts par les Contrats

Modèles, mais s'ils existent, il a paru judicieux de pouvoir y faire référence, en précisant qu'ils font l'objet de conditions contractuelles séparées.

36. **L'attribution.** Selon les cas, le fournisseur de données a un intérêt à voir son nom et l'origine des données fournies mentionnés en cas de diffusion autorisée des données en question. Dans d'autres cas, le fournisseur pourra avoir des réticences à être associé à certaines diffusions, ou du moins souhaiter être consulté avant d'être mentionné comme fournisseur des données visées. Ce point devra être réglé entre les parties, qui devront choisir entre les deux options prévues dans les Contrats Modèles.
37. **Les garanties contractuelles.** Pour pallier les inquiétudes liées à la qualité des données fournies, à leur utilisation par le destinataire ou encore au respect du droit applicable notamment, les participants au partage sont fréquemment encouragés à instaurer différentes garanties contractuelles. Néanmoins, de telles dispositions, bien qu'usuelles dans les contrats classiques, entraînent presque nécessairement une complexité contractuelle qui correspond mal au dessein poursuivi ici. Pour assurer leur effectivité, elles ont souvent pour corollaire des clauses pénales et des droits d'indemnisation, qui sont difficilement conciliables avec des accords standardisés, concernant des transactions simples et parfois uniquement ponctuelles, ou rien ou presque ne peut être négocié. Pour ces raisons, les Contrats Modèles sont conçus comme le seul lien et véhicule de confiance entre les parties, qui ne devraient pas avoir de relations sophistiquées dans ce cadre, au-delà du partage. Les seules garanties contractuelles prévues par les Contrats Modèles se limitent au respect du droit applicable, du Contrat Modèle concerné et de la confidentialité. Dans ce cadre, l'attention du destinataire des données est attirée sur le fait que, bien que les données mises à disposition soient définies comme ne comprenant pas de données personnelles, le fournisseur ne peut exclure qu'en accédant à ces données techniques, le destinataire se trouve en position de traiter des données personnelles, par exemple en les combinant à d'autres données. Dans un tel cas, l'utilisateur s'engage à respecter les éventuelles obligations applicables en matière de protection des données. Au surplus, le fournisseur des données n'offre aucune garantie en matière qualité et rejette toute responsabilité.
38. **Les restrictions et exigences de conformité réglementaires.** Bien qu'il n'existe pas en Suisse de réglementation dédiée au partage de données, certaines obligations ou restrictions peuvent découler de législations spécifiques, par exemple dans le domaine du droit de la concurrence susceptible de restreindre des partages de données ou informations pouvant résulter en des accords sur les prix. Par ailleurs, bien qu'elle ne soit pas directement applicable en Suisse, l'Union Européenne a adopté en 2022 une nouvelle réglementation, applicable depuis le mois de septembre 2023, portant sur le partage de données industrielles, le *Data Act*. Cette législation propose une définition uniforme de la notion de données, reprise dans les modèles pour faciliter la compatibilité européenne, et prévoit également certaines obligations visant un accès facilité aux données industrielles et une meilleure interopérabilité. Des dispositions ont ainsi été intégrées dans les contrats visant à assurer une compatibilité de ces contrats avec la législation européenne, réservant les éventuelles restrictions qui pourraient en découler et intégrant les obligations d'interopérabilité par lesquels un éventuel co-contractant européen serait lié.
39. **La durée et la résiliation.** Bien que le Contrat de transfert de données technique ne vise qu'une mise à disposition ponctuelle de données, les trois Contrats Modèles s'inscrivent dans la durée, l'utilisation des données mises à disposition pouvant avoir lieu sur le long terme. Les parties peuvent ainsi définir la durée de leur relation contractuelle et les éventuels délais de résiliation. Un mécanisme de résiliation automatique est prévu en cas de violation des termes contractuels, et les conséquences en cas de résiliation sont notamment la cessation de l'utilisation des

données fournies. À ce sujet, il est recommandé de compléter le mécanisme contractuel par des moyens techniques qui permettraient notamment une interruption de l'accès aux données, dans la mesure possible selon les modalités de transfert choisies par les parties.

40. **Le for et le droit applicable.** Au cours de l'élaboration des modèles s'est posée la question de la mise en place d'une procédure alternative de règlement des litiges, par le biais d'une médiation préalable ou encore de l'inclusion d'une éventuelle clause compromissoire. Dès lors qu'il n'existe pas, pour l'heure en Suisse, d'organisme spécialisé qui pourrait connaître de tels différends, cette voie n'a pas été suivie. Ce sont donc les autorités judiciaires qui devront être saisies par les parties en cas de litige. Enfin, au vu du contexte dans lequel s'inscrit notre mandat, les Contrats Modèles sont soumis au droit suisse exclusivement. La sélection de ce régime juridique permet notamment aux parties de s'appuyer sur le mécanisme général des articles 97ss CO pour obtenir réparation en cas de violation contractuelle, en s'appuyant sur la présomption de la faute et sur la notion de dommage telle qu'abondamment définie dans la doctrine et la jurisprudence en lien avec ces dispositions légales, qu'il s'agisse du gain manqué ou de la perte éprouvée.

D. Les Conditions d'utilisation d'API

41. A titre liminaire, nous relevons que le format de ces Conditions d'utilisation dévie du format des Contrats modèles afin de tenir compte des pratiques et modalités en vertu desquelles les conditions contractuelles sont usuellement communiquées et acceptées en cas de recours à une API. Pour rappel, une API (*application programming interface* ou interface de programmation d'application) est une interface logicielle qui permet de connecter une plateforme ou un logiciel à une autre plateforme ou logiciel afin d'échanger des données et des fonctionnalités. Il s'agit avant tout d'un outil technique visant à faciliter les échanges de données, et les conditions d'utilisation sont rarement négociées mais plutôt communiquées sous forme de conditions générales à l'utilisateur souhaitant y avoir recours.
42. Le choix a ainsi été fait de rédiger des conditions d'utilisation neutres technologiquement, comprenant des options à choix de ceux souhaitant avoir recours à ces conditions modèles et offrant la possibilité de renvoyer vers une documentation complémentaire portant tant sur les conditions de partage de données que la fourniture de services complémentaires.
43. La terminologie étant alignée avec celle des Contrats Modèles, ces conditions d'Utilisation sont principalement pensées pour s'utiliser en complément de l'un des Contrats modèles, principalement le contrat d'abonnement ou d'échange.
44. La structure de ces conditions d'utilisation peut se résumer comme suit:
45. **Champ d'application et définition de l'API.** Dans la mesure où il s'agit ici de conditions d'utilisation, l'utilisateur de l'API est amené à adhérer aux conditions applicables, qui ne sont pas négociables. Ce format est en effet plus adapté pour faciliter l'accès à des outils qui sont souvent téléchargés ou mis à disposition par des moyens techniques, les conditions d'utilisation pouvant être insérées au moment du téléchargement lors duquel l'utilisateur pourra confirmer les accepter au moyen d'un système "tick-the-box". Dans ce contexte, il est important de prévoir que l'utilisateur qui acceptera lesdites conditions générales le fait également au nom de l'organisation qu'il représente. Par ailleurs, le champ définit également l'interface concernée, soit en se référant à une API désignée ou à celle qui est ou va être téléchargée.
46. **Licence et condition d'utilisation.** Dans la mesure où une API est une solution logicielle, son utilisation nécessite l'octroi d'une licence d'utilisation. Il est usuel que la licence soit large, car l'API vise à faciliter l'interopérabilité entre solutions, et il n'est dès lors pas dans l'intérêt des

parties d'en restreindre trop l'usage temporel, géographique ou en matière de droits d'utilisation. En contrepartie en revanche, il est utile de contrebalancer cette large licence par des restrictions d'utilisation spécifiques, tant en matière d'utilisation de l'API à des fins de piratage ou autres actions similaires que dans son usage pour récolter et exploiter des données techniques. Ici, la référence est faite au contrat dédié à l'usage des Données techniques ou tout autre contrat pertinent. Il est également possible d'imposer des restrictions d'usage techniques en communiquant une documentation technique ou des instructions séparées.

47. **Services annexes.** En complément de l'accès et l'utilisation de l'API, il est possible que le fournisseur de l'API soit amené à fournir des services de maintenance ou de support. Cela étant susceptible de varier de cas en cas, le modèle prévoit des alternatives avec des mentions à une documentation séparée à laquelle le fournisseur de l'API pourra avoir recours. Par défaut, aucun service n'est proposé pour la maintenance de l'API et le support de ses utilisateurs.
48. **Conditions financières.** Une API peut être mise à disposition gratuitement ou contre rémunération. Si des prestataires préfèrent être rémunérés sur les données mises à disposition plutôt que sur la mise à disposition de l'outil facilitant cet accès, l'inverse est également possible, d'autant plus qu'un modèle de licence payante est connu sur le marché. Le modèle prévoit un système d'abonnement, une API visant plus fréquemment un échange régulier de données plutôt que des cas de transfert uniques. A noter qu'en cas de rémunération, l'utilisateur sera sans doute plus susceptible d'attendre des services de support et de maintenance minimaux.
49. **Propriété intellectuelle.** Contrairement aux Contrats Modèles qui portent sur des données au sujet desquels la titularité de droits de propriété intellectuelle n'est pas acquise, il y a peu de doutes quant au fait que le code de l'API est protégé par le droit d'auteur. Il est donc prévu que ces droits restent à celui mettant cette API à disposition. Dans ce cadre, il est fréquent que les API incorporent des portions de code de tiers, raison pour laquelle la clause renvoie aux conditions d'utilisation de tiers susceptibles de s'appliquer, y compris des licences Open Source. Il est ainsi de la responsabilité de celui mettant l'API à disposition de s'assurer qu'il est en droit de le faire en vertu de ces licences de tiers.
50. **Protection des données.** Comme dans le cadre des Contrats Modèle, ce modèle de conditions d'utilisation d'API vise principalement à être utilisé pour permettre l'accès à des données non-personnelles. Cependant, deux contextes doivent être pris en compte dans le cadre desquels des données personnelles sont susceptibles d'être traitées : d'une part si les données auxquelles l'API donne accès comprennent des données personnelles, et d'autre part les données des utilisateurs de l'API peuvent être collectées à des fins d'utilisation de l'outil (nom d'utilisateur, logs, etc.). Un renvoi général est fait à la politique de confidentialité de celui mettant à disposition l'API, qui devra faire l'analyse et procéder à la mise en place de la documentation pertinente.
51. **Garanties et responsabilité.** Dans un contexte de modèle, le régime par défaut prévoit une absence de garanties sur l'outil mais aussi plus généralement sur les Données auxquelles l'API donne accès, et une limitation de responsabilité.
52. **Durée et résiliation.** Le recours à une API s'inscrit en général dans la durée. Les parties peuvent ainsi définir la durée de leur relation contractuelle et les éventuels délais de résiliation lors de la mise à disposition de l'API. Un mécanisme de résiliation automatique est prévu en cas de violation des termes contractuels, et les conséquences en cas de résiliation sont notamment la cessation de l'utilisation de l'API mais aussi de l'utilisation des données fournies. À ce sujet, il est recommandé de compléter le mécanisme contractuel par des moyens techniques qui permettraient notamment une interruption de l'accès à l'API.

53. **For et droit applicable.** Au cours de l'élaboration des modèles s'est posée la question de la mise en place d'une procédure alternative de règlement des litiges, par le biais d'une médiation préalable ou encore de l'inclusion d'une éventuelle clause compromissoire. Dès lors qu'il n'existe pas, pour l'heure en Suisse, d'organisme spécialisé qui pourrait connaître de tels différends, cette voie n'a pas été suivie. Ce sont donc les autorités judiciaires qui devront être saisies par les parties en cas de litige. Enfin, au vu du contexte dans lequel s'inscrit notre mandat, les Contrats Modèles sont soumis au droit suisse exclusivement. La sélection de ce régime juridique permet notamment aux parties de s'appuyer sur le mécanisme général des articles 97ss CO pour obtenir réparation en cas de violation contractuelle, en s'appuyant sur la présomption de la faute et sur la notion de dommage telle qu'abondamment définie dans la doctrine et la jurisprudence en lien avec ces dispositions légales, qu'il s'agisse du gain manqué ou de la perte éprouvée.

E. CONCLUSION

54. Les Contrats Modèles n'ont pas pour vocation de participer aux débats juridiques qui entourent les questions de titularité et de propriété des données. Ils ont été pensés comme des instruments indépendants, destinés à s'appliquer valablement sans égard aux réponses qui seront apportées à ces problématiques. Ces contrats matérialisent une volonté de proposer aux acteurs privés qui n'ont pas les moyens de se doter d'une véritable stratégie en matière de partage de données techniques des outils juridiques simples pour mettre à profit ces actifs. L'utilisation de ces outils suppose néanmoins une sensibilisation et un apprentissage organisationnel au sein des entités concernées. En effet, c'est à elles qu'il appartiendra de préparer les données à partager afin de protéger leurs secrets d'affaires et de respecter le droit applicable d'une part, et de traiter les données reçues afin d'en tirer profit, d'autre part. Enfin, ce sont également les parties qui choisiront la technologie mise en œuvre pour procéder au partage.