



Eidgenössisches Institut für Geistiges Eigentum
Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle
Istituto Federale della Proprietà Intellettuale
Swiss Federal Institute of Intellectual Property

Stauffacherstrasse 65/59g
CH-3003 Bern
T +41 31 377 77 77
info@ipi.ch | www.ige.ch

Accès aux données non personnelles dans le secteur privé

du 1.3.2021

Table des matières

| | | |
|----------|---|-----------|
| 1 | Introduction | 4 |
| 1.1 | Mandat | 4 |
| 1.2 | Importance de l'accès aux données non personnelles | 4 |
| 1.3 | Structure et méthodologie du rapport | 5 |
| 2 | Définition et délimitation du mandat | 6 |
| 2.1 | Données non personnelles | 6 |
| 2.2 | Caractère confidentiel (non accessible) des données considérées | 6 |
| 2.3 | Analyse centrée sur les situations « B2B » | 6 |
| 2.4 | Droit d'accès volontaire ou obligatoire | 7 |
| 2.5 | Distinction entre droit d'accès, libre circulation et portabilité des données non personnelles | 8 |
| 2.6 | Contexte européen | 8 |
| 3 | Aspects économiques de l'utilisation des données et du commerce des données | 9 |
| 3.1 | Le rôle des données dans l'économie | 9 |
| 3.2 | La contribution de l'économie des données à l'économie suisse | 10 |
| 3.2.1 | Professionnels des données | 10 |
| 3.2.2 | Entreprises orientées données | 11 |
| 3.2.3 | Volume du marché des données en Suisse | 12 |
| 3.2.4 | Importance de l'ensemble de l'économie des données | 12 |
| 3.3 | Quelques caractéristiques des données sur le plan de la théorie économique | 13 |
| 3.3.1 | Caractère accessoire des données | 13 |
| 3.3.2 | Ubiquité des données et restriction d'accès | 13 |
| 3.3.3 | Besoins en infrastructures | 13 |
| 3.3.4 | Effets collatéraux positifs | 14 |
| 3.4 | Analyse économique des marchés des données non personnelles | 14 |
| 3.4.1 | Causes possibles de la défaillance des marchés | 14 |
| 3.4.2 | Solutions potentielles pour pallier la défaillance des marchés des données | 16 |
| 3.5 | Enquête sur le marché suisse des données non personnelles | 18 |
| 3.5.1 | Observations | 18 |
| 3.5.2 | Conclusions de l'enquête auprès des entreprises | 19 |
| 3.6 | Conclusions intermédiaires de l'analyse économique | 19 |
| 4 | Attribution de données non personnelles : propriété, possession, contrôle et utilisation de données non personnelles | 20 |
| 4.1 | Définition des données non personnelles | 20 |
| 4.2 | Cadre juridique actuel | 21 |
| 4.2.1 | Absence de propriété sur les données non personnelles et les bases de données | 21 |
| 4.2.2 | Possession et contrôle sur les données non personnelles | 21 |
| 4.3 | Introduction d'un droit de propriété sur les données non personnelles | 21 |
| 4.4 | Introduction d'un droit sui generis sur les bases de données | 22 |
| 5 | Accès obligatoire aux données non personnelles | 22 |
| 5.1 | Licences obligatoires | 22 |
| 5.1.1 | Définition | 22 |
| 5.1.2 | Compatibilité avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) | 23 |
| 5.1.3 | Licence obligatoire pour des bases de données non personnelles | 23 |
| 5.1.4 | Conclusion | 24 |
| 5.2 | Licences FRAND | 24 |
| 5.3 | Droit de la concurrence | 25 |

| | | |
|----------|--|-----------|
| 5.4 | Conclusions concernant l'accès obligatoire | 25 |
| 6 | Accès volontaire aux données — <i>Open Data & Shared Data</i> | 25 |
| 6.1 | Données ouvertes (Open Data) | 25 |
| 6.1.1 | Définition des données ouvertes | 25 |
| 6.1.2 | Publication de données ouvertes | 26 |
| 6.1.3 | Création de valeur à partir de données ouvertes | 26 |
| 6.1.4 | Open Data comme mécanisme d'échange de données dans le secteur privé | 26 |
| 6.2 | Données partagées (Shared Data) et création de valeur | 27 |
| 6.3 | Potentiel des données ouvertes et partagées dans le secteur privé | 27 |
| 6.4 | Conclusions concernant l'Open Data et le Shared Data | 29 |
| 6.5 | Mesures de soutien complémentaires | 29 |
| 7 | Conclusions | 29 |
| 8 | Recommandations de l'IPI | 31 |

1 Introduction

1.1 Mandat

En réponse à la motion Rechsteiner du 26 septembre 2013¹, le Département fédéral des finances a institué le 27 août 2015 le groupe d'experts « Avenir du traitement et de la sécurité des données ». Son mandat consistait à examiner différentes questions liées à l'évolution technologique, économique et politique du traitement des données, aux conséquences de cette évolution pour la société et l'économie suisses et à la viabilité du cadre légal.

Le 17 août 2018, le groupe d'experts, présidé par l'ancienne conseillère nationale Brigitta Gadiet, rendait son rapport final² et formulait 51 recommandations d'action. Le Conseil fédéral a ensuite chargé le Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC) d'examiner les recommandations et de présenter les travaux de suivi correspondants³.

Dans son analyse⁴, le DETEC a constaté que la majorité des recommandations contenues dans le rapport étaient déjà mises en œuvre au sein de l'administration fédérale ou en passe de l'être. Le 30 octobre 2019, le Conseil fédéral a décidé de mesures supplémentaires concernant trois recommandations. S'agissant de la question de l'accès aux données non personnelles des entreprises et organisations privées, il a chargé l'Institut Fédéral de la Propriété Intellectuelle (IPI) d'analyser la situation qui prévaut en Suisse et à l'étranger et, le cas échéant, de formuler des propositions afin d'éliminer les éventuels obstacles⁵.

1.2 Importance de l'accès aux données non personnelles

Le mandat confié à l'IPI s'inscrit dans le contexte de la numérisation de la société et de l'économie. Aujourd'hui, les données jouent un rôle central dans la vie quotidienne et dans les nouveaux modèles d'affaires. Elles ouvrent de nouveaux champs de recherche et sont déterminantes pour le déploiement de l'intelligence artificielle. Si l'utilisation des données ne constitue pas en soi un phénomène nouveau, le volume des données générées et traitées ainsi que les usages qui en sont faits représentent un changement de paradigme.

Le groupe d'experts « Avenir du traitement et de la sécurité des données » estime cependant que les données non personnelles ne sont pas encore assez exploitées. La sous-exploitation des données non personnelles résulte principalement, selon lui, d'un refus des organisations privées, détentrices de grandes quantités de données, de les partager.

La Commission européenne constatait également que malgré son potentiel économique, le partage de données entre les entreprises n'a pas encore pris un essor suffisant. Cela est dû à un manque d'incitations économiques (notamment la crainte de perdre un avantage concurrentiel) et à un manque de confiance entre les opérateurs économiques dans le fait que les données soient utilisées conformément aux accords contractuels. Il existe également des déséquilibres dans le pouvoir de négociation et la crainte d'un détournement des données par des tiers. Finalement, il demeure un manque de clarté juridique pour les entreprises sur ce que chacun peut faire ou non avec les données (par exemple pour les données co-crées, en particulier les données générées par l'Internet des objets)⁶.

Trois initiatives⁷ actuelles illustrent l'importance des données non personnelles pour le développement de processus, de produits et de services innovants.

¹ Motion 13.3841 « Commission d'experts pour l'avenir du traitement et de la sécurité des données ».

² Le rapport peut être consulté à l'adresse suivante : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/55754.pdf>.

³ Le communiqué de presse du 10.9.2018 du Conseil fédéral peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Documentation > Communiqués.

⁴ Rapport du 15.10.2019 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 » peut être consulté sur le site de l'OFCOM à l'adresse suivante : www.bakom.admin.ch > Numérisation et internet > Numérisation > Politique des données.

⁵ Le communiqué de presse du 30.10.2019 du Conseil fédéral peut être consulté à l'adresse suivante : www.admin.ch > Documentation > Communiqués.

⁶ Communication de la Commission du 19 février 2020, Une stratégie européenne pour les données, COM(2020) 66 final.

⁷ Cf. également l'exemple dans le domaine de l'agriculture au point³.

Mobilité multimodale

Afin de faciliter la mobilité, les différents moyens de transport (transports publics, véhicules partagés, taxis, etc.) doivent pouvoir être combinés plus simplement. Pour être en mesure de proposer des offres adéquates, les entreprises ont besoin d'un accès sûr et aussi simple que possible aux données non personnelles des différents prestataires de services et de mobilité. Afin de favoriser le développement de telles offres, le Conseil fédéral a chargé le DETEC de mettre en place, au sens d'un service public, une « infrastructure nationale de données mobilitaires » (NaDIM, de son acronyme allemand) qui permette l'échange de données non personnelles concernant la mobilité (horaires, disponibilités, localisation, tarifs, etc.)⁸. À l'avenir, il sera ainsi possible de composer et d'acheter en un seul clic, sur Internet ou via une application mobile, des offres sur mesure qui incluent plusieurs moyens de transport différents. Les offres de transport disponibles pourront ainsi être utilisées et exploitées de manière plus ciblée et le système global des transports deviendra plus efficient et plus durable.

Tourisme

Les touristes souhaitent avoir une vue d'ensemble des offres touristiques disponibles dans une région, sans devoir rechercher ces informations sur les différents sites locaux et régionaux des prestataires de ces services (hôteliers, restaurateurs, lieux culturels et de divertissement, curiosités touristiques, acteurs de la mobilité, etc.). Ils utilisent donc de plus en plus les plateformes mondiales telles que Google, Booking.com, AirBnB, TripAdvisor, etc. qui proposent ces informations de manière groupée (« *one stop shop* »). Afin d'améliorer la visibilité de leurs offres pour un large public, les organisations touristiques locales et régionales coopèrent. Leur but est de rendre leurs données non personnelles (horaires, prix, prestations) et éléments de contenu facilement accessibles pour que les plateformes de plus grande envergure les reprennent et les rendent disponibles sur leurs sites.

Retards de trains

La Commission européenne estime que la notification en temps réel des retards de trains dans l'UE pourrait permettre d'économiser 27 millions d'heures de travail par an, ce qui équivaldrait à 740 millions d'euros en coûts de main-d'œuvre⁹.

1.3 Structure et méthodologie du rapport

Pour la réalisation de ce rapport, l'IPI a opté pour une approche tant économique que juridique.

C'est pourquoi, une fois défini l'objet du rapport au point 2, l'analyse débute par des considérations économiques. Après un rappel des raisons pour lesquelles certains marchés s'avèrent défaillants, le rapport examine si ces défaillances s'appliquent aux marchés des données en Suisse. Les observations tirées d'une étude sur l'économie des données en Suisse et d'un sondage réalisé auprès d'un échantillon représentatif d'entreprises suisses concernant leur utilisation des données non personnelles complètent l'analyse théorique.

Une fois les fondements économiques posés, le rapport aborde l'examen du cadre juridique actuel pour les données non personnelles et de potentielles modifications législatives. L'étude se poursuit par la description du fonctionnement des licences obligatoires et des licences FRAND et l'évaluation de la pertinence de telles solutions en matière d'accès aux données non personnelles. Le rapport présente ensuite les fondements d'une approche basée sur les données ouvertes et les données partagées, en particulier sur les « espaces communs de données ».

Ce rapport se base sur des analyses réalisées par des experts externes. Ces contributions peuvent être consultées sur le site Internet de l'IPI¹⁰. Pour la partie économique du rapport, l'entreprise Polynomics AG a mené une enquête sur les marchés des données non personnelles auprès d'un échantillon représentatif d'entreprises suisses¹¹. L'entreprise IDC a fourni un rapport sur l'économie des données en Suisse¹². Ce dernier constitue le pendant, pour la Suisse, d'une étude effectuée auprès des vingt-huit États membres de l'UE¹³.

⁸ Office fédéral des transports, Mobilité multimodale, peut être consulté à l'adresse : www.bav.admin.ch > A à Z > Mobilité multimodale (état au 1.3.2021).

⁹ Fiche d'information de la Commission européenne du 19.2.2020, La stratégie européenne pour les données, p. 1, peut être consultée à l'adresse : https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/fs_20_283 (état au 1.3.2021).

¹⁰ Les expertises sont disponibles à l'adresse : www.ige.ch > Propriété intellectuelle > PI et société > Traitement et sécurité des données.

¹¹ POLYNOMICS AG, *Märkte für Sachdaten in der Schweiz*, Olten, 2020, ci-après POLYNOMICS.

¹² IDC, *Analysis of the Data Market: 2017–2018, 2025 for Switzerland and other EU28 Member States*, Milan, 2020, ci-après IDC CH.

¹³ L'étude et les cartes interactives qui en sont tirées peuvent être consultées à l'adresse suivante : <https://datalandscape.eu/>.

Sur le plan juridique, un rapport de l'Université de Zurich examine le cadre juridique des données non personnelles¹⁴. Une expertise de l'Université de Genève porte sur l'accès obligatoire aux données non personnelles (système de licences obligatoires notamment)¹⁵. Une présentation sur les modes d'accès volontaires (données ouvertes et données partagées) complète l'analyse¹⁶.

Enfin, une étude d'avocats expérimentés a rédigé des modèles de contrats afin de faciliter et de sécuriser l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé¹⁷.

2 Définition et délimitation du mandat

2.1 Données non personnelles

Contrairement à la notion de données à caractère personnel, la législation suisse ne prévoit pas de définition des « données non personnelles ».

L'art. 3, let. a, de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, RS 235.1) définit les données personnelles comme « *toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable* ». Les données non personnelles se définissent, par opposition à cette notion, comme « *toutes les données qui ne sont pas des données à caractère personnel* ». Cette distinction entre données personnelles et non personnelles s'avère centrale. Seul le traitement des données personnelles est soumis aux dispositions strictes de la LPD, alors que ces dernières ne s'appliquent pas au traitement des données non personnelles.

Les données météorologiques¹⁸, topographiques¹⁹, 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 alimentaires²⁰ ou un inventaire des curiosités touristiques d'une ville ou d'une région représentent également des données non personnelles²¹.

Théoriquement, des données personnelles anonymisées et agrégées constituent également des données non personnelles. Ainsi, les données récoltées concernant le comportement d'un grand nombre d'acheteurs sur une plateforme de commerce en ligne peuvent être compilées pour produire des données statistiques sur les comportements d'achat des consommateurs. La prudence est toutefois de mise en ce qui concerne les données personnelles anonymisées et agrégées, comme cela est présenté plus en détail au point 4.

2.2 Caractère confidentiel (non accessible) des données considérées

Le présent rapport porte sur les données non personnelles détenues par des organisations privées qui les maintiennent confidentielles. C'est-à-dire qu'elles ne sont pas accessibles librement par des tiers. Comme examiné au point 4, elles peuvent, dans ce cas, être protégées comme secrets d'affaires. La présente analyse ne concerne pas les données non personnelles librement accessibles pour tous.

2.3 Analyse centrée sur les situations « B2B »

Lorsqu'il est question d'accès aux données, il est courant de distinguer différentes constellations selon les entités impliquées et les intérêts en présence :

¹⁴ THOUVENIN Florent et FRÜH Alfred, Zuordnung von Sachdaten Eigentum, Besitz und Nutzung bei nicht-personenbezogenen Daten, Zürich, 2020, ci-après THOUVENIN/FRÜH.

¹⁵ DE WERRA Jacques, Création d'un accès non-volontaire aux données non personnelles par un mécanisme général de licences obligatoires ou de licences FRAND, Genève, 2020, ci-après DE WERRA.

¹⁶ GOLLIEZ André, Zugang zu Sachdaten im privaten Sektor als Open und Shared Data, Zürich, 2020.

¹⁷ Établis par l'étude id est avocats Sàrl, Lausanne, 2020.

¹⁸ Cf. p. ex. le concept de « *Data Warehouse* » de l'Office fédéral de météorologie et de climatologie MétéoSuisse, disponible à l'adresse suivante : <https://www.meteosuisse.admin.ch> > Systèmes de mesure et de prévention > Gestion des données (état au 1.3.2021).

¹⁹ Cf. p. ex. 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 1.3.2021).

²⁰ Cf. par ex. les travaux de <https://food.opendata.ch/> ou de <https://www.foodrepo.org/ch?locale=fr> (état au 1.3.2021).

²¹ Cf. p. ex. les données mises à disposition par l'office du tourisme de Zurich, à l'adresse suivante : <https://zt.zuerich.com/de/open-data> (état au 1.3.2021).

- « G2B » pour « *Gouvernement to Business* » : décrit la situation dans laquelle le gouvernement donne accès à des données aux entreprises ou aux particuliers. Cette mise à disposition est généralement gratuite ou tend à le devenir. C'est dans cette configuration que se déploie l'*Open Government Data*²².
- « B2G » pour « *Business to Government* » : décrit la situation dans laquelle les entreprises mettent à disposition de l'État, au sens large, certaines de leurs données afin de lui permettre d'assurer certaines fonctions et tâches ou d'améliorer la manière de les exécuter dans un intérêt public. Cette mise à disposition peut donner lieu à rémunération.
- « B2B » pour « *Business to Business* » : décrit la situation dans laquelle un accès aux données est réalisé entre deux entreprises, qu'elles se trouvent dans un rapport de concurrence, de relation contractuelle (fournisseur, acheteur ou sous-traitant par exemple) ou sans lien préalable particulier.
- « P2B » pour « *Platform to Business* » : décrit la situation dans laquelle les « plateformes », des entreprises numériques qui détiennent de très grandes quantités de données, fournissent un accès aux données à d'autres entreprises. La situation « P2B » se distingue de la situation « B2B » de par l'asymétrie des positions entre la plateforme et les autres acteurs qui recourent à ses services. Les « plateformes » les plus connues sont Google, Amazon, Facebook, AirBnB, TripAdvisor, etc.

Le présent rapport ne porte que sur les situations « B2B », à savoir des situations qui impliquent deux ou plusieurs organisations privées, qui peuvent être de tailles différentes, mais sans que l'une d'entre elles ne dispose d'une position dominante par rapport à l'autre.

Ce rapport ne concerne pas la politique d'*Open Government Data* mise en œuvre par la Confédération ni les initiatives prises par divers offices dans ce domaine²³. Il n'examine pas non plus la question de l'*Open access* dans le domaine scientifique et académique²⁴ et ne traite pas non plus de la configuration de « *Platform to Business* ».

- Particularité des situations « B2B »

La question de l'accès aux données d'un tiers, qu'il soit un concurrent ou non, est particulièrement complexe. En effet, dans ce domaine, de nombreuses données sont protégées par le secret des affaires, et une transparence accrue irait à l'encontre du principe de confidentialité. Toutefois, indépendamment des prescriptions concernant le maintien du secret, l'accès aux données peut être nécessaire, ne serait-ce que pour envisager une entrée sur le marché ou pour pouvoir intervenir sur un marché en amont ou en aval. Le marché de l'automobile livre un bon exemple à cet égard. S'il ne peut obtenir certaines données de la part du fabricant, un garagiste ne pourra pas effectuer la réparation voulue. Une telle situation affecterait également le propriétaire du véhicule, car il ne pourrait pas choisir librement son garagiste.

2.4 Droit d'accès volontaire ou obligatoire

- Accès volontaire

L'accès volontaire aux données non personnelles détenues par un tiers prend généralement la forme d'un contrat entre deux ou plusieurs acteurs économiques. Ces contrats peuvent être de différentes natures (par exemple, un contrat de transfert de données non personnelles, un contrat d'abonnement pour l'accès à des données non personnelles ou un contrat d'échange de données non personnelles). Ces accords sont fréquents, car ils permettent au concédant de générer des revenus grâce à des données non personnelles dont il n'a pas l'utilité ou qu'il a déjà exploitées. Il peut également, comme dans le cas du contrat d'échange de données non personnelles, obtenir un éventail de données plus large.

L'accès volontaire à des données non personnelles peut également intervenir dans le cadre d'une politique privée de données ouvertes (*Open Data*) ou de données partagées (*Shared Data*). Ces notions sont définies plus loin (voir point 6).

²² Secrétariat Open Government Data (OGD) sur le site de l'Office fédéral de la statistique, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/services/ogd.html>, et le portail opendata.swiss, <https://opendata.swiss/fr/> (état au 1.3.2021). Voir également la page Open Government Data de l'OCDE, <https://www.oecd.org/fr/numerique/gouvernement-numerique/open-government-data.htm> (état au 1.3.2021).

²³ Portail opendata.swiss, <https://opendata.swiss/fr/app/> (état au 1.3.2021).

²⁴ Cf. les politiques du Fonds national suisse de la recherche scientifique en la matière : www.snf.ch/ >Page d'accueil > Le FNS > Points de vue > Open Access to Publications et www.snf.ch/ >Page d'accueil > Le FNS > Points de vue > Open Research Data (état au 1.3.2021).

- Accès obligatoire

L'accès obligatoire prend la forme d'une licence obligatoire ou d'une licence FRAND²⁵. Le cas échéant, le législateur devrait déterminer s'il est nécessaire d'adopter une réglementation horizontale sur les licences obligatoires comme moyen d'accès aux données non personnelles ou s'il est préférable d'adopter une approche sectorielle. Il devrait également déterminer précisément les conditions auxquelles une licence obligatoire pourrait être obtenue.

Le présent rapport examine les systèmes d'accès volontaire et obligatoire aux données non personnelles détenues par les entreprises privées.

2.5 Distinction entre droit d'accès, libre circulation et portabilité des données non personnelles

Les mécanismes d'accès aux données non personnelles doivent être distingués des principes de libre circulation et de portabilité des données non personnelles. Ces derniers ne sont pas analysés dans le présent rapport.

La libre circulation des données non personnelles signifie une circulation sans restriction des données à travers les frontières et les systèmes informatiques. Ce principe supprime les restrictions injustifiées imposées par les autorités publiques en matière de localisation des données²⁶, ce qui renforce la sécurité juridique et la confiance. Dans l'UE, elle est un élément clé du marché unique numérique. Elle est considérée comme le facteur le plus important pour que l'économie des données puisse libérer son potentiel et doubler sa valeur pour atteindre 4 % du PIB en 2020²⁷. Le concept de libre circulation des données n'a pas de sens dans une vision purement nationale. Il s'avère en revanche crucial pour la place économique suisse, car il permet d'éviter les risques d'exclusion du marché unique numérique.

La portabilité des données non personnelles désigne la possibilité de transmettre les données en question d'une base de données à une autre, d'un maître de fichier à un autre. La question du format numérique et de l'interopérabilité des différents formats se révèle ici déterminante.

La portabilité des données non personnelles fait l'objet d'une autre recommandation du rapport final du groupe d'experts. Elle n'est pas abordée dans ce rapport, bien qu'il existe un lien évident entre les thématiques de l'accès aux données non personnelles et leur portabilité.

2.6 Contexte européen

L'économie numérique est l'une des priorités de la Commission européenne, dont l'objectif est de créer un marché unique numérique²⁸. Cette stratégie est à l'origine d'une trentaine de législations européennes, d'une quarantaine d'initiatives politiques et de nombreuses autres mesures complémentaires²⁹. Une revue complète de ces éléments dépasserait le cadre du présent rapport. En revanche, il est possible de mettre en évidence une évolution marquante de la stratégie européenne en ce qui concerne la question de l'accès aux données non personnelles. Ainsi, en janvier 2017, dans sa communication intitulée « Créer une économie européenne fondée sur les données »³⁰, la Commission européenne a proposé d'envisager l'introduction d'un système de licence obligatoire, comme mécanisme d'accès aux données non personnelles. Elle considérait celles-ci comme une alternative à l'introduction d'une propriété des données, qui ne faisait pas l'unanimité parmi les milieux consultés.

En 2020, dans sa communication « Une stratégie européenne des données »³¹, la Commission ne fait plus mention des licences obligatoires ou des licences FRAND. La vision présentée est celle de la création d'espaces

²⁵ Acronyme de « *Fair, Reasonable And Non Discriminatory* »; cf. point 5.

²⁶ Un État membre de l'UE ne peut plus soumettre l'autorisation de proposer des produits et services sur son territoire au fait que les données non personnelles ainsi générées sont stockées sur son territoire.

²⁷ COMMISSION EUROPÉENNE, peut être consulté à l'adresse suivante: https://ec.europa.eu/info/index_en > Strategy > Shaping Europe's digital future > Politiques > Free flow of non-personal data.

²⁸ Communication de la Commission du 6 mai 2015, Stratégie pour un marché unique numérique en Europe, COM(2015) 192 final.

²⁹ COMMISSION EUROPÉENNE, peut être consulté à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/index_en > Strategy > Shaping Europe's digital future > Politiques > Shaping the digital Single Market; https://ec.europa.eu/info/index_en > Strategy > Shaping Europe's digital futur; <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en>; <https://eufordigital.eu/> > EU Digital Single Market; ou encore DETEC, DFAE, DFF ET DEFR, La Suisse et le Marché unique numérique de l'Union européenne (état au 14.6.2019), https://www.eda.admin.ch/dam/mission-eu-brussels/fr/documents/190724_DSM_CH_FR.pdf.

³⁰ Communication de la Commission du 10 janvier 2017, Créer une économie européenne fondée sur les données, COM(2017) 9 final.

³¹ Communication de la Commission du 19 février 2020, Une stratégie européenne des données, COM(2020) 66 final.

communs de données dans des secteurs économiques prioritaires³². Il en ressort que le recours à des licences obligatoires et à des licences FRAND pour créer des droits d'accès aux données non personnelles ne semble plus constituer une option sérieuse et généralisable pour la Commission.

Ce rapport examine en détail, d'une part, la question de savoir si de tels mécanismes sont réalisables et souhaitables, et d'autre part, leur compatibilité avec le droit international (voir ci-après point 5).

3 Aspects économiques de l'utilisation des données et du commerce des données

3.1 Le rôle des données dans l'économie

Les données non personnelles sont généralement associées à une économie moderne, axée sur les services. L'idée que l'agriculture, en particulier, se révèle l'un des principaux générateurs et utilisateurs de données non personnelles peut donc paraître surprenante à première vue. Pourtant, la numérisation gagne également du terrain dans les exploitations agricoles (« *smart farming* » ; « agriculture intelligente »). Une exploitation agricole génère d'importants volumes de données dont il peut être tiré profit tout au long de la chaîne de valeur ajoutée. Des capteurs, placés dans le tas de fumier, les champs, la grange, les machines agricoles, etc., peuvent collecter et évaluer ces données. Associées à d'autres données qui proviennent de tiers (p. ex. des données météorologiques ou des données relatives à l'utilisation d'engrais sur des terrains comparables), elles apportent des gains d'efficacité importants pour les exploitants. Des effets collatéraux bénéfiques profitent également à d'autres secteurs, tels que les producteurs d'énergie, le secteur financier, la mobilité, etc.

Les données sont considérées comme la matière première du 21^e siècle³³. Il n'est donc guère surprenant que les données générées par l'agriculture intéressent des acteurs très divers. Au-delà des agriculteurs eux-mêmes, les modèles commerciaux axés sur les données issues de l'agriculture séduisent également d'autres acteurs comme les producteurs de machines agricoles, les fabricants d'aliments pour animaux et de semences, les entreprises de travaux agricoles et les agences gouvernementales. Des groupes tels qu'IBM ou SAP proposent par exemple au secteur agricole des solutions logicielles, services de *cloud computing* compris³⁴. En outre, les négociants en produits agricoles opérant au niveau mondial suivent les volumes de récolte prévus afin d'adapter en temps utile leur logistique. Enfin, ces informations revêtent une valeur considérable dans le secteur financier dans la perspective d'une mobilisation des capitaux requis. Les nouvelles données issues de l'agriculture concernent également l'État, car elles lui permettent de fonder ses décisions en matière de politique agricole sur une base empirique aussi actuelle que possible.

Dans le domaine agricole, on dispose donc déjà de nombreuses données non personnelles et le volume d'échange s'avère également conséquent. Or, la conjonction (inédite) de tant d'intérêts soulève de nombreuses questions. Comment ce marché fonctionne-t-il ? Quelles sont les caractéristiques économiques des données non personnelles ? Dans quelles conditions les entreprises rendent-elles leurs données non personnelles accessibles, et quand préfèrent-elles en limiter l'accès ? Quand parle-t-on d'une position dominante dans ce contexte ? Quels sont les autres facteurs qui favorisent une défaillance du marché ? Comment est-il possible de les contrer sans trop intervenir étant donné que les ingérences étatiques peuvent avoir des conséquences indésirables ?

³² Appendice de la Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Une stratégie européenne des données », COM(2020) 66 final, p. 32ss.

³³ Il n'y a pas si longtemps, le pétrole était considéré comme la matière première la plus importante au monde. Par exemple, juste avant le début des années 2010, les quatre compagnies pétrolières Exxon Mobil, Petro-China, Gazprom et Petrobras, dont le modèle économique repose sur l'extraction et la vente de cette matière première, figuraient en tête de la liste des 500 entreprises les plus valorisées en termes de capitalisation boursière établie par le Financial Times. En l'espace de dix ans, un impressionnant chamboulement a cependant eu lieu. "GAFAM", "FAANG" ou d'autres acronymes dominant désormais l'actualité économique et sont utilisés pour décrire les plus grandes (et les plus dominantes) entreprises des secteurs de l'Internet et des technologies. À la fin des années 2010, se sont désormais ces entreprises américaines de "big tech" qui figurent parmi les sociétés en bourse les plus valorisées du monde. Il est incontestable que la collecte, l'analyse de données et l'exploitation des résultats de ces activités constituent un pilier central du modèle économique de ces entreprises.

³⁴ Cf. p. ex. KALMAR Rolf, *Wie schafft man Datensouveränität in der Landwirtschaft?*, Kaiserslautern, 2020, peut être consulté à l'adresse suivante°: <https://blog.iese.fraunhofer.de/wie-schafft-man-datensouveraenitaet-in-der-landwirtschaft/> (état au 18.9.2020) ou RÄHM Jan, WELCHERING Peter, *Digitalisierung der Landwirtschaft – Daten säen, Daten ernten*, Köln, 2019, [peut être consulté à l'adresse suivante°: https://www.deutschlandfunk.de/digitalisierung-der-landwirtschaft-daten-saen-daten-ernten.740.de.html?dram:article_id=462957](https://www.deutschlandfunk.de/digitalisierung-der-landwirtschaft-daten-saen-daten-ernten.740.de.html?dram:article_id=462957) (état au 18.9.2020).

Le point [3.2](#), ci-après, examine l'importance économique de l'« économie des données » en Suisse en reproduisant une étude menée par l'UE³⁵. L'économie des données englobe tous les biens et services qui sont fournis ou produits à partir de données. L'analyse porte plus précisément sur le nombre d'employés et d'entreprises, le volume des transactions réalisées avec des modèles commerciaux qui reposent sur des données et l'impact de l'économie des données dans son ensemble.

Les marchés de biens et services qui reposent sur des données existent depuis longtemps. Il convient cependant de les distinguer des marchés d'échanges de données brutes. Ces dernières étant typiquement des biens immatériels, leur commercialisation peut, à l'instar de celle d'autres biens immatériels, présenter certaines spécificités. Les points [3.3](#) et [3.4](#) ci-dessous proposent donc des réflexions générales sur le fonctionnement des marchés de données non personnelles. Des défaillances de marché sont-elles à prévoir ? Quelles pourraient en être les conséquences ? Et avec quels instruments de politique économique serait-il possible d'y remédier le cas échéant ?

Complétant ces considérations théoriques, le point [3.5](#) contient la synthèse des résultats d'une enquête menée à large échelle auprès d'entreprises suisses concernant leur gestion des données non personnelles.

Les statistiques et réflexions présentées ci-après sont tirées de plusieurs études commandées par l'IPI en vue de la rédaction du présent rapport. La société de conseil IDC a par exemple compilé les données du « European Data Market Monitoring Tool »³⁶, établi pour l'UE, afin d'établir un rapport³⁷ (ci-après « rapport pour la Suisse ») et une carte interactive pour la Suisse³⁸. L'IPI a en outre mandaté la société de recherche et de conseil Polynomics AG pour qu'elle réalise une analyse économique concise des marchés de données non personnelles en Suisse³⁹. L'élément central de cette analyse se fonde sur une enquête représentative relative à l'utilisation de données non personnelles conduite auprès d'entreprises suisses, s'inspirant d'un sondage similaire réalisé dans l'UE.

3.2 La contribution de l'économie des données à l'économie suisse

Le « rapport pour la Suisse »⁴⁰, tout comme le « European Data Market Monitoring Tool », fournit un aperçu de l'importance économique de tous les secteurs dont les modèles commerciaux reposent sur des données. Ces rapports font ressortir clairement que ce pan de l'économie est en forte croissance. Cette tendance est commune aux pays qui sont de plus en plus tributaires des services pour leur création de richesse. En comparaison avec les pays membres de l'UE, la Suisse s'en tire relativement bien, sur l'ensemble des indicateurs. Le cadre juridique actuel en matière de données non personnelles ne semble donc pas nuire à la bonne performance de l'économie suisse. Les auteurs se sont intéressés plus particulièrement à l'importance des professionnels qui utilisent des données et aux entreprises qui gagnent de l'argent grâce à la valorisation de données et des services dans ce domaine afin de mesurer et représenter le succès de ce secteur économique.

3.2.1 Professionnels des données

L'économie des données employait quelque 182 000 personnes en 2018, dans notre pays. Elle définit les professionnels des données comme des personnes, dont l'activité principale, ou du moins une partie non négligeable de celle-ci, consiste à collecter, stocker, gérer, analyser, interpréter et illustrer des données. Ils doivent savoir manier des données structurées et non structurées et sont en mesure de travailler avec de gros volumes de données et être familiarisés avec les technologies actuelles de bases de données.

Ces professionnels représentent 4,4 % de l'ensemble des actifs en Suisse; cette part est nettement supérieure au pourcentage moyen mesuré pour l'UE. Le graphique 1 permet de constater que la Suisse se classe dans les trois premiers pays d'Europe en ce qui concerne la part des professionnels des données à l'emploi total. Cela est corrélé à la composition des secteurs économiques du pays. D'une part, les secteurs économiques dont une partie des employés travaillent de façon intensive avec des données⁴¹ sont plus nombreux dans notre pays que

³⁵ IDC, The European Data Market Monitoring Tool Report, Update of the European Data Market Study Smart 2016/0063, Milan, 2019, ci-après IDC EU.

³⁶ IDC EU; cf. la carte interactive qui l'accompagne, qui peut être consultée à l'adresse suivante : <https://datalandscape.eu> > Data Monitoring Tool (état au 1.3.2021).

³⁷ IDC CH.

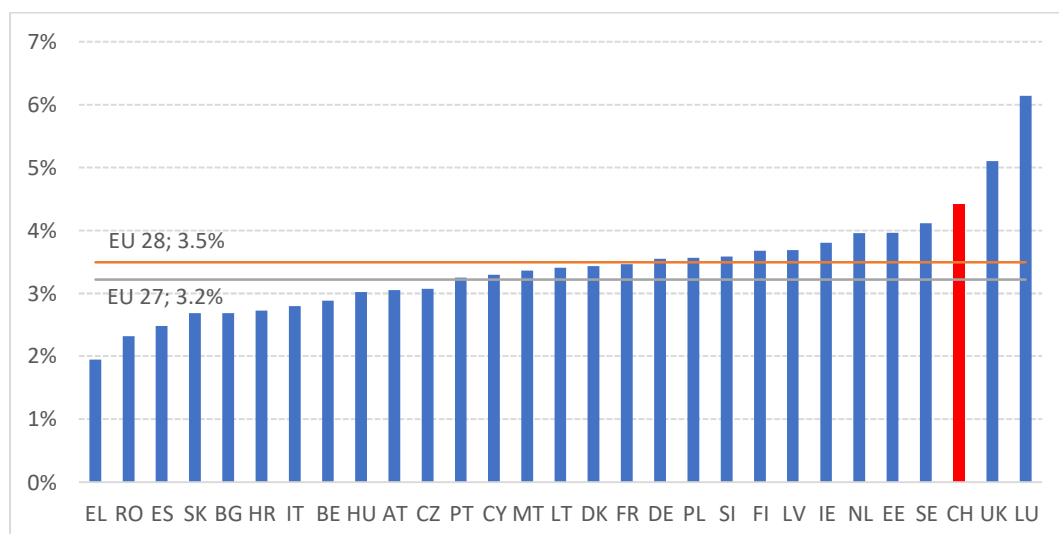
³⁸ Les expertises sont disponibles à l'adresse : www.ige.ch > Propriété intellectuelle > PI et société > Traitement et sécurité des données.

³⁹ POLYNOMICS AG, Märkte für Sachdaten in der Schweiz, Olten, 2020.

⁴⁰ IDC CH.

⁴¹ Il s'agit des secteurs regroupés sous les sections ci-après de la Nomenclature générale des activités économiques (NOGA) de l'OFS : section G (commerce, réparation d'automobiles et de motocycles), section J (information et communication), section K (activités financières et d'assurance) et section M (activités spéciales, scientifiques et techniques). Voir à ce propos la

dans ceux de l'UE. D'autre part, en Suisse, ces secteurs emploient davantage de professionnels des données que des branches comparables dans les États de l'UE. Les auteurs de l'étude en concluent que la Suisse est mieux armée que la plupart des pays de l'UE pour exploiter le marché croissant des données.



Graphique 1 : part des professionnels des données à l'emploi total, 2018; source : IDC 2020

De même, l'augmentation du nombre d'employés est plus dynamique en Suisse que dans l'UE. Alors qu'elle était de presque 10 % dans notre pays par rapport à l'année précédente, elle atteignait un peu plus de 8 % dans les États de l'UE.

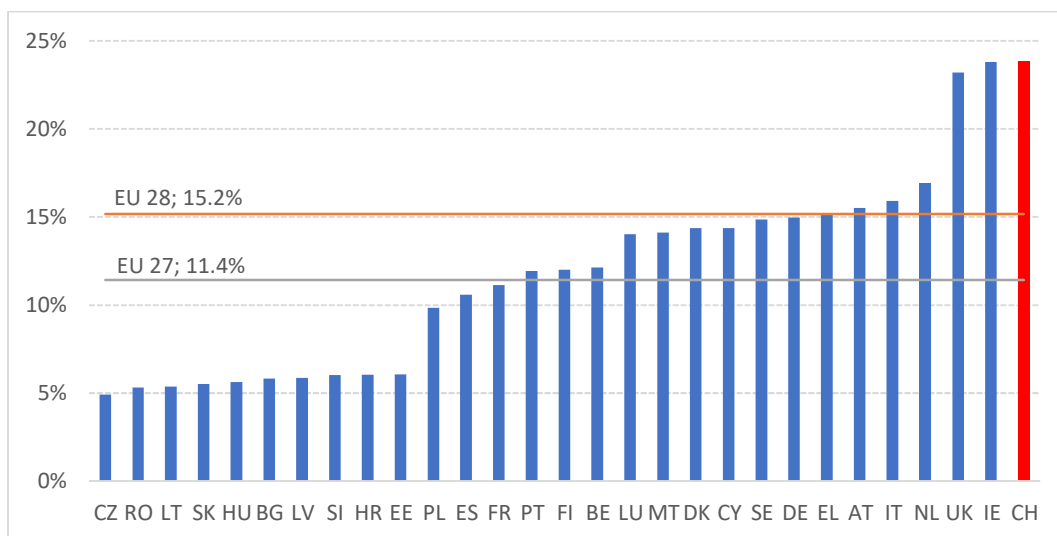
3.2.2 Entreprises orientées données

Le nombre d'entreprises suisses considérées comme « entreprise orientée données » dans l'étude s'élevait à quelque 17 000 en 2018. Il s'agit notamment de sociétés dont l'activité principale est la mise à disposition de produits, de services et de technologies numériques basés sur des données⁴². Elles sont principalement actives dans le secteur de l'information et de la communication, d'une part, et des services et celui des activités spécialisées, scientifiques et techniques, de l'autre. Les entreprises orientées données représentent quelque 25 % de toutes les entreprises en Suisse⁴³. Ce pourcentage non négligeable, comparable à celui de l'Irlande ou de la Grande-Bretagne (graphique 2), se situe au-dessus de la moyenne établie pour l'UE.

Nomenclature générale des activités économiques (NOGA)^o: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/nomenclatures/noga.html>.

⁴² Dans l'étude, la notion de marché des données ne couvre pas un éventuel marché pour l'acquisition ou la vente de données brutes. Cela permet d'assurer la comparabilité avec des publications antérieures qui traitent de la taille du marché des données dans le cadre de l'étude sur le marché européen des données. La définition initiale de marché des données excluait les données brutes, car, à l'époque, la commercialisation de telles données n'était pas mesurable et le marché n'était pas assez significatif. Cette approche a été maintenue pour l'étude suisse afin de garantir une comparabilité avec les études de la Commission européenne.

⁴³ Voici les divisions NOGA prises en considération : 58 (édition), 62 (programmation, conseil et autres activités informatiques), 63 (services d'information), 70 (activités des sièges sociaux; conseil de gestion), 72 (recherche-développement scientifique), 73 (publicité et études de marché) et 74 (autres activités spécialisées, scientifiques et techniques). Voir à ce propos la Nomenclature générale des activités économiques (NOGA)^o: <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/statistiques/industrie-services/nomenclatures/noga.html>.

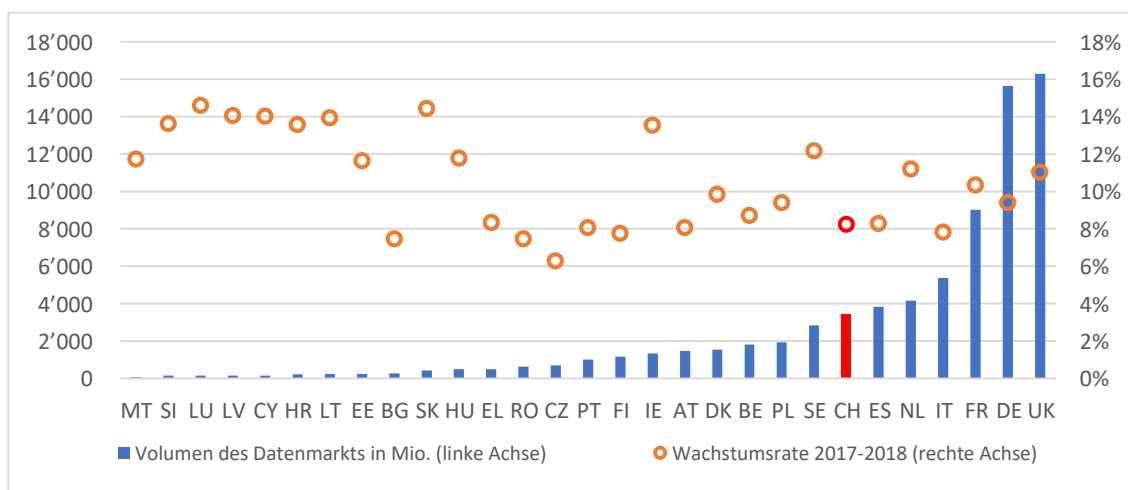


Graphique 2 : part des entreprises orientées données par rapport au nombre total d'entreprises dans certains secteurs économiques des sections NOGA « Information et communication » et « Activités spécialisées, scientifiques et techniques », 2018; source : IDC 2020

Pour les années 2017 et 2018, la Suisse enregistre une croissance inférieure à la croissance moyenne constatée dans les États membres de l'UE pour le nombre d'entreprises orientées données (environ 3°% pour la Suisse, contre près de 4°% dans l'UE). Cela peut être interprété comme des signes de saturation du marché puisque la part des entreprises à forte intensité de données et la part de l'emploi à forte intensité de données en Suisse figurent parmi les plus élevées des pays considérés.

3.2.3 Volume du marché des données en Suisse

La valeur générée par les produits et les services axés sur l'analyse et l'évaluation de données brutes s'élevait à quelque 3,6 milliards d'euros en Suisse en 2018. Il s'agit d'une valeur agrégée de la demande de produits et de services numériques à base de données sur le « marché des données » sans les retombées économiques indirectes. Le « marché des données » en Suisse a progressé d'environ 8 % entre 2017 et 2018 (cf. graphique 3). Cette croissance se révèle inférieure à la croissance moyenne des États membres de l'UE (10 %) sur la même période. Une fois de plus, on peut supposer que de nombreux pays de l'UE sont en phase de rattrapage.



Graphique 3 : volume et croissance du « marché des données », 2018; source : IDC 2020; volume du marché des données en mia. (axe de gauche) et taux de croissance 2017-2018 (axe de droite).

3.2.4 Importance de l'ensemble de l'économie des données

Les activités des entreprises orientées données et de leurs employés ont diverses retombées indirectes sur l'ensemble de l'économie nationale. Une augmentation de la demande pour des ordinateurs performants ou pour des

formations complémentaires sur mesure, sans oublier les effets d'innovation dans le domaine des données, en constituent des exemples.

L'« économie des données » tient compte de tels effets. Elle s'efforce de mesurer l'incidence de l'utilisation de données sur l'économie dans son ensemble. Une fois ces effets pris en compte, la contribution de l'économie des données en Suisse à la création de valeur en 2018 se chiffre à 14,1 milliards d'euros, soit quelque 3 % du PIB⁴⁴. Par rapport à 2017, la croissance enregistrée dans ce secteur avoisine les 20 %. En comparaison, la croissance économique globale en Suisse était de 3 % environ en 2018 par rapport à 2017⁴⁵.

3.3 Quelques caractéristiques des données sur le plan de la théorie économique

Les données sont des biens immatériels. Ces biens présentent des caractéristiques qui peuvent déboucher, dans certaines situations, sur une incitation insuffisante à investir dans leur production. C'est ce qui les distingue de biens matériels comme un tracteur ou une vache. Les données affichent également des caractéristiques singulières par rapport aux autres biens immatériels. Il est utile de présenter rapidement ces caractéristiques sur le plan économique, avant de s'intéresser au fonctionnement du marché des données. Lorsque cela est pertinent, une comparaison avec d'autres biens immatériels est proposée⁴⁶.

3.3.1 Caractère accessoire des données

Souvent, les données ne constituent pas le produit principal d'une activité économique (ou sociale), mais un produit accessoire. Peuvent être mentionnées à titre d'exemple, les données générées par l'exploitation même d'un appareil (un téléphone connecté ou une montre connectée), d'une usine (par les employés et par les machines) ou celles générées par toute transaction (paiement en ligne). Dans ces cas, des données sont générées sans investissements coûteux, alors que pour d'autres biens immatériels comme les innovations ou les inventions, les coûts liés à la recherche et au développement sont considérables. Ainsi, en ce qui concerne la seule production des données, celles-ci se distinguent, dans de nombreux cas, des autres biens immatériels.

3.3.2 Ubiquité des données et restriction d'accès

Les données sont des biens non rivaux, c'est-à-dire que plusieurs parties peuvent les traiter et les analyser simultanément. L'utilisation des données par une personne n'entrave nullement leur utilisation ou leur accès par d'autres personnes et ne compromet aucunement leur qualité. Internet permet en outre de diffuser les données à moindre coût.

Ces caractéristiques des données sont communes à tous les autres biens immatériels, tels qu'une invention ou une œuvre au sens du droit d'auteur. Dès lors que la propriété sur ces biens ne peut pas être exercée physiquement, le risque de resquille est important, sitôt que le bien immatériel est rendu public. Ce genre de comportement est observé par exemple dans le domaine des inventions (« *reverse engineering* »). S'il n'est pas possible de maintenir une invention secrète, des tiers peuvent aisément la copier. La protection par un brevet, qui confère à son titulaire le droit d'interdire à des tiers d'utiliser son invention pendant une certaine période, est la solution à ce problème. Cette protection crée l'incitation nécessaire à investir dans la recherche et le développement.

Pour les données, les choses se présentent différemment. Les entreprises ne disposent pas d'un titre de protection de leurs données. Elles peuvent cependant utiliser des moyens technologiques comme le chiffrement pour maintenir leurs données secrètes et empêcher l'utilisation non autorisée par des tiers. Il s'agit d'une autre différence entre les données, d'une part, et d'autres biens immatériels comme les inventions, de l'autre.

3.3.3 Besoins en infrastructures

La collecte, l'analyse et la gestion de données nécessitent des infrastructures comme des archives de données, des centres de calcul, des capacités de stockage, des logiciels idoines. Investir dans ces dernières entraîne des

⁴⁴ Cela équivaut quasiment à la performance économique de l'agriculture et de l'industrie agroalimentaire réunies, OFS, qui peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.bfs.admin.ch> > Trouver des statistiques > Economie nationale > Comptes nationaux > Compte de production.

⁴⁵ OFS, qui peut être consulté à l'adresse suivante : <http://www.bfs.admin.ch> > Trouver des statistiques > Economie nationale > Comptes nationaux > Produit intérieur brut.

⁴⁶ Les caractéristiques économiques des données et les implications pour le secteur de la mobilité ont été étudiées en détail sur mandat de l'Office fédéral des transports et de swisstopo. Cf. ECOPLAN, Daten als Infrastruktur für multimodale Mobilitätsdienstleistungen, 2019, Berne, peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.bav.admin.ch> > A à Z > Mobilité multimodale.

coûts fixes importants. En revanche, une fois ces investissements réalisés, le coût marginal de tout stockage ou de toute analyse de données supplémentaires est négligeable⁴⁷. Dans le domaine de la collecte des données, la possibilité, pour une entreprise dotée de l'infrastructure requise, de recueillir et d'analyser à moindres frais un large éventail de données connexes constitue un avantage. Ces différentes données peuvent même parfois se compléter, ce qui accroît leur valeur⁴⁸. Dans la pratique, des effets de réseaux peuvent contribuer à la démultiplication de ces avantages. Des plateformes telles qu'Uber, AirBnB ou Amazon ont d'autant plus de valeur pour les utilisateurs que le nombre de participants est élevé⁴⁹. Pour l'exploitant, le volume de données s'accroît. Cela lui donne les moyens d'avoir recours à des programmes d'intelligence artificielle ou à des applications d'apprentissage automatique plus performants, ce qui est susceptible d'attirer davantage d'utilisateurs.

3.3.4 Effets collatéraux positifs

En relation avec les données, il est souvent question de l'impact de leur utilisation sur des tiers ou sur la société⁵⁰. Reprenons l'exemple de l'agriculture intelligente. Les analyses de données peuvent par exemple conduire à une utilisation plus ciblée d'engrais et de fertilisants, ce qui profite en premier lieu à l'exploitation agricole concernée, car cela lui permet de réaliser des économies. Mais une utilisation réduite d'engrais et de fertilisants peut aussi contribuer à réduire la pollution des nappes phréatiques, un effet dont bénéficierait la société dans son ensemble.

3.4 Analyse économique des marchés des données non personnelles

3.4.1 Causes possibles de la défaillance des marchés

Dans certaines circonstances, les caractéristiques des données décrites au point 3.2 sont susceptibles de conduire à un dysfonctionnement des mécanismes de l'offre et de la demande qui débouche sur une défaillance du marché et une allocation inefficace des ressources. Dans ce qui suit, le rapport examine les causes potentielles et évalue si un tel dysfonctionnement s'applique ou non au marché des données⁵¹.

(i) Absence d'incitations à produire et structurer des données

Comme mentionné ci-dessus, lorsque le producteur n'a pas les moyens d'exclure les tiers de l'utilisation de son bien, les incitations à investir dans la création de biens immatériels font défaut. Il s'ensuit parfois une pénurie de ces biens⁵². Cela n'est pas le cas en ce qui concerne la production des données. Deux raisons permettent de l'expliquer. D'une part, aucune incitation spécifique n'est nécessaire pour la génération de données, lorsqu'elles constituent un produit dérivé de l'activité économique des entreprises. D'autre part, les données peuvent être protégées numériquement contre les fraudeurs⁵³. Il est dès lors possible d'exclure des tiers de l'accès à ses propres données.

⁴⁷ Dans ce contexte, on parle d'économies d'échelle (*economies of scale*) : plus le volume des données est important, plus les coûts moyens par stockage ou analyse de données diminuent.

⁴⁸ Il s'agit d'économies d'envergure (*economies of scope*). Ce sont des économies réalisées lorsqu'une seule entreprise produit moins cher plusieurs biens que deux firmes séparées produisant chacun de ces biens.

⁴⁹ Le rapport ECOPLAN indique à ce sujet: «*Online-Plattformen, und damit auch Mobilitäts-Apps, weisen Merkmale auf, die zu Monopolsituationen führen können (Netzwerkeffekte, zunehmende Skaleneffekte, Verbundeffekte). Monopolsituationen rechtfertigen einen Staatseingriff. Offen zugängliche Daten bzw. eine öffentliche Dateninfrastruktur bauen Markteintrittshürden ab und wirken damit Monopolsituationen entgegen.*», p. 29.

⁵⁰ On parle d'effets collatéraux lorsque des activités de tiers ont des conséquences pour des personnes ou des entreprises extérieures. Ces effets peuvent être négatifs comme dans le cas de la pollution de l'environnement ou positifs comme dans celui d'une vaccination. Les patients qui choisissent de se faire vacciner sont protégés. Lorsqu'un nombre suffisant de personnes s'est fait vacciner, la probabilité que d'autres contractent une certaine maladie diminue. La vaccination de certains procure donc un avantage aux personnes non vaccinées.

⁵¹ Les raisons des défaillances du marché liées aux données non personnelles dans le secteur de la mobilité ont été examinées en détail sur mandat de l'Office fédéral des transports et de swisstopo. Cf. ECOPLAN, Daten als Infrastruktur für multimodale Mobilitätsdienstleistungen, 2019, Berne.

⁵² Dans le domaine des inventions, la délivrance de brevets constitue la solution afin de résoudre le problème du manque d'incitations à investir dans des produits innovants, etc.

⁵³ Lorsqu'une entreprise dispose de la maîtrise des données grâce à la mise en place de mesures techniques, elle peut compenser les coûts engagés pour la collecte ou l'analyse des données en vendant les résultats correspondants. De plus, les résultats finaux tels qu'une optimisation de produits, des études ou des services ne permettent généralement pas de remonter aux données utilisées. Cela permet aux sociétés de données de protéger encore plus facilement leurs données contre tout accès non autorisé. Contrairement aux biens immatériels « classiques », les données non personnelles ne présentent donc pas les caractéristiques de ce qu'on appelle les « biens publics ».

Sur les marchés des données non personnelles, il est donc peu probable qu'un manque d'incitations à produire des données soit à l'origine d'une défaillance. Le fait que la quantité de données générées dans le monde a énormément augmenté et continuera probablement à augmenter en est une indication⁵⁴. Cela témoigne également d'une offre insuffisante de données. La question est plutôt de savoir si la collecte, le traitement, le partage et l'exploitation des données disponibles sont effectués de manière optimale ou du moins adéquate pour les besoins de l'économie nationale. Dans ce cadre, il semble qu'aussi longtemps que les entreprises peuvent conserver le contrôle sur les données non personnelles qu'elles ont collectées et structurées, il ne devrait pas y avoir de manque d'incitations.

(ii) Pouvoir de marché

Certaines « entreprises intégrées », qui amassent d'importantes quantités de données, peuvent, à partir d'une certaine taille, profiter d'économies d'échelle et d'envergure et d'effets de réseaux. Cela favorise l'émergence d'une position dominante, qui est susceptible d'entraver l'utilisation optimale des données.

En principe, les entreprises sont incitées à partager les données qu'elles collectent avec leurs partenaires et parfois même avec leurs concurrents dans le domaine de l'analyse des données (moyennant une redevance). *A priori*, il n'y a pas davantage à conserver l'exclusivité sur toutes les données. Les entreprises évitent cependant de les partager dès lors qu'elles craignent que des tiers, à qui l'accès serait accordé, ne créent des substituts à leurs propres produits⁵⁵. Dans un tel cas, l'amortissement des investissements dans la production et le traitement des données serait compromis. Ce faisant, les entreprises protègent non seulement leurs investissements, mais peuvent aussi utiliser leur exclusivité sur les données pour verrouiller d'autres marchés et obtenir une position dominante. Ces comportements stratégiques constituent pour de potentiels utilisateurs de données qui ne disposent pas des moyens comparables de collecter des données, des obstacles élevés à l'entrée sur le marché. Il faut alors évaluer si le comportement adopté par l'entreprise vise à légitimement maximiser ses profits ou si ce comportement constitue un abus de position dominante.

Dans certains cas, les données peuvent être considérées comme une sorte d'infrastructure indispensable à certains modèles commerciaux⁵⁶. Dans un tel cas, en présence de circonstances spécifiques et sur la base de considérations qui relèvent de la politique de concurrence, l'État pourrait ainsi octroyer l'accès aux données à d'autres acteurs privés. Ce concept repose sur l'hypothèse que les données sont des « °données essentielles° » et fait référence à la doctrine des installations essentielles (*essential facility doctrine*). Cette doctrine⁵⁷ affirme que certaines installations sont indispensables au développement de la concurrence, de sorte que leurs propriétaires doivent, sous certaines conditions, en accorder l'accès à tous à un prix raisonnable⁵⁸.

(iii) Externalités positives

La reprise de l'exemple des nappes phréatiques mentionné ci-dessus permet d'illustrer une autre des causes qui peuvent conduire à une défaillance du marché. L'amélioration de la qualité des eaux souterraines est un objectif social souhaitable pour tous. L'accès aux données sur l'utilisation optimale des engrais, échangées entre les exploitations agricoles, pourrait contribuer à l'atteinte de cet objectif.

⁵⁴ Cf. International Data Corporation (IDC), *Data Age 2025: The Evolution of Data to Life-Critical*, 2017, Framingham, p. 7.

⁵⁵ Les données sont par exemple utilisées pour optimiser les applications d'intelligence artificielle destinées à assurer un avantage concurrentiel aux entreprises.

⁵⁶ Selon le secteur économique considéré, les données peuvent avoir les caractéristiques économiques typiques d'un bien d'infrastructure et être considérées comme une ressource d'infrastructure. Dans ce cas, les données font partie de l'équipement de base d'une société. De plus, même les infrastructures classiques telles que les routes, les chemins de fer ou les lignes électriques utilisent des capteurs ou d'autres systèmes informatiques qui produisent des données. Ces données sont souvent nécessaires pour l'exploitation et la maintenance de l'infrastructure. Dans ce cas, on peut faire valoir que les données doivent être considérées comme faisant partie de l'infrastructure globale. Voir ECOPLAN, *Daten als Infrastruktur für multimodale Mobilitätsdienstleistungen*, 2019.

⁵⁷ Selon la littérature, les conditions suivantes doivent être réunies pour que des données soient considérées comme essentielles°: 1. L'entreprise dominante contrôle l'accès aux données et en refuse l'accès aux tiers; 2. La concurrence n'est pas possible sans accès aux données; 3. Les tiers ne sont pas en mesure de reproduire les données ou de créer eux-mêmes une base de données comparable; 4. L'entreprise dominante doit en principe avoir la possibilité de partager les données; 5. Les entreprises plus petites qui demandent l'accès aux données doivent démontrer que l'entreprise accusée d'être en position dominante occupe effectivement une telle position sur le marché pertinent. cf. POLYNOMICS, p. 21.

⁵⁸ Les autorités de réglementation peuvent p. ex. déterminer quand un réseau de transport doit être mis à la disposition d'un producteur d'électricité concurrent. cf. OCDE, *The Essential Facilities Concept*, OECD Publishing, Paris, 2016, p. 7 ou OCDE, *Data-Driven Innovation°: Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, Paris, 2015, pp. 177 à 197.

Dans les considérations individuelles, cependant, les éventuels effets macroéconomiques de l'utilisation des données jouent un rôle secondaire. En d'autres termes, sans incitations additionnelles, personne ne sera prêt à investir des ressources supplémentaires (pour le transfert de ces données ou la modification du format par exemple) dans la diffusion de telles données pour l'intérêt collectif.

L'ampleur d'une défaillance du marché de ce type dépend grandement de la situation dans chaque secteur et peut fortement varier. En outre, les éventuelles externalités peuvent être difficiles à mesurer quantitativement et les avantages peuvent être vagues ou faibles⁵⁹.

(iv) Asymétrie d'information

Des informations incomplètes chez certains acteurs du marché sont elles aussi susceptibles d'entraver le bon fonctionnement des marchés. C'est le cas par exemple lorsque les parties qui pourraient bénéficier d'un meilleur accès aux données n'ont pas connaissance des données disponibles. De plus, l'incertitude quant à la qualité des données ou aux droits d'en disposer peut aussi enrayer les mécanismes du marché. L'acquisition des informations nécessaires lors de la commercialisation des données peut en outre s'avérer relativement complexe et impliquer des coûts de transaction élevés⁶⁰.

3.4.2 Solutions potentielles pour pallier la défaillance des marchés des données

Comme nous l'avons vu, divers facteurs sont susceptibles de perturber le bon fonctionnement des marchés des données non personnelles. Les causes d'une défaillance diffèrent également d'un secteur économique ou d'un marché à un autre. Sous ce point, le rapport examine les options possibles pour corriger les éventuelles défaillances du marché des données non personnelles.

(i) Législation sur la concurrence

Le droit des cartels permet à la Commission de la concurrence (COMCO) et aux tribunaux civils d'intervenir à l'encontre d'une entreprise reconnue comme dominante sur le marché et qui abuse de cette position. Ces autorités peuvent non seulement infliger une sanction pécuniaire à l'entreprise concernée, mais aussi octroyer, à des tiers, un accès non discriminatoire aux données détenues par cette entreprise qui auront été qualifiées de « °données essentielles° »⁶¹. L'instrument des licences obligatoires est envisagé dans ce contexte afin de garantir l'accès aux données non personnelles.

Ces mesures sont appropriées pour répondre aux besoins des tiers. En effet, si les données leur sont fournies dans un format standardisé, les coûts d'investissement pour les entreprises qui obtiennent, sur la base de licences obligatoires, l'accès aux données d'autres entreprises sont minimales.

L'obligation de donner accès à des données peut cependant avoir des conséquences négatives pour les fournisseurs de données. Certains types de données contiennent parfois des informations sur les processus internes de l'entreprise qui relèvent du secret des affaires. Il est également probable que le traitement des données dans le format requis par la licence obligatoire implique des efforts considérables et coûteux à la charge du fournisseur des données.

L'inconvénient le plus important concerne cependant l'affaiblissement de l'incitation à récolter et à traiter des données non personnelles. Si la politique en matière de concurrence désavantage les entreprises qui fournissent des efforts pour la collecte des données, il n'est pas exclu qu'au final, la quantité de données échangées finisse par baisser dans l'ensemble. Dans ce cas, une intervention étatique s'avérerait contre-productive. La mise en œuvre concrète d'un tel système d'accès doit donc également tenir compte des intérêts légitimes des fournisseurs de données, en ce qui concerne l'amortissement des investissements consentis dans la collecte, le stockage et le traitement des données. Par conséquent, un éventuel accès aux données ne saurait être gratuit. Il conviendrait ainsi de spécifier des conditions d'accès équitables, raisonnables et non discriminatoires pour les deux parties en termes de redevances de licence, de modalités de paiement, de portée, de degré d'agrégation des données, etc.

⁵⁹ OCDE, Data-Driven Innovation°: Big Data for Growth and Well-Being, OECD Publishing, Paris, 2015. p. 186.

⁶⁰ De tels coûts sont p. ex. causés par la recherche de données appropriées et l'évaluation de la qualité de celles-ci. Des coûts de transaction supplémentaires pourraient être encourus en raison de l'absence de normes de qualité. Les données n'étant pas des produits standardisés, les parties contractantes sont obligées d'établir des contrats détaillés, forcément coûteux.

⁶¹ Cela se présente davantage dans le cadre des situations « P2B » et plus rarement dans les relations « B2B », qui constituent le focus du présent rapport.

Ce type d'intervention repose généralement sur une évaluation *ex post* de la situation, par le biais de l'examen d'un cas antérieur (mais éventuellement persistant) de position dominante sur le marché. La COMCO dispose également d'instruments qui visent à réduire d'emblée les obstacles potentiels à la concurrence. Il s'agit notamment des «°Communications°». Dans le cadre de la « Communication automobile », par exemple, la COMCO déclare qu'elle considère les accords entre les constructeurs automobiles et les membres d'un réseau de distribution qui empêchaient les acteurs indépendants du marché d'avoir accès aux informations techniques constituaient une restriction grave de la concurrence. En d'autres mots, la COMCO suggère aux constructeurs automobiles, avant l'ouverture d'une éventuelle procédure, de partager avec les distributeurs et les réparateurs indépendants, les informations essentielles pour la réparation et l'entretien des véhicules. Il conviendrait dès lors d'examiner de plus près dans quelle mesure l'instrument de ces communications pourrait également s'avérer utile en relation avec les questions que pose l'accès aux données.

La COMCO peut également recourir à des « observations du marché », afin d'identifier un éventuel besoin d'action à un stade précoce⁶². Sur la base de leurs conclusions, la COMCO peut alors formuler des recommandations afin de garantir et promouvoir la concurrence. L'objectif prioritaire de cet instrument est de développer et d'approfondir les connaissances de certains marchés et de créer les bases pour de nouvelles mesures législatives. Cette approche de la COMCO permet d'assurer une analyse fondée et un suivi permanent en particulier de questions transversales comme l'accès aux données non personnelles. En revanche, étendre les pouvoirs judiciaires de la COMCO, en passant par un long processus de révision législative, n'est pas une priorité dans ce contexte. Il faudrait plutôt envisager un renforcement des ressources humaines et financières, car l'expérience montre que l'observation des marchés est relativement coûteuse et nécessite parfois l'aide de sociétés de conseil externes⁶³.

(ii) Intervention sectorielle

Au-delà des instruments spécifiques du droit des cartels, on peut aussi se demander si une réglementation sectorielle de l'accès aux données non personnelles est utile. Les autorités de régulation sectorielles telles que la Commission fédérale de l'électricité ou la Commission fédérale de la communication sont habilitées à analyser et évaluer en continu les acteurs du marché et leurs modèles d'entreprise. Selon la Commission européenne, un droit d'accès aux données ne devrait être accordé que de manière sectorielle, en cas de défaillance du marché avérée (ou prévisible) dans le secteur concerné. Il faut encore qu'il soit impossible de remédier à cette défaillance par le seul droit de la concurrence et l'intervention doit prendre en considération les intérêts légitimes du titulaire des données⁶⁴.

Au sein de l'UE, certaines législations sectorielles sur l'accès aux données sont déjà mises en place dans ce sens. Elles visent à pallier une défaillance du marché en question⁶⁵. Dans le secteur de l'énergie, par exemple, l'accent est mis principalement sur les réglementations relatives aux compteurs intelligents d'électricité⁶⁶ et de gaz⁶⁷. En Suisse, des réglementations similaires sont déjà en vigueur. Par exemple, les exploitants de réseaux électriques sont tenus de fournir aux fournisseurs en énergie, aux consommateurs finaux, etc. les données et informations de comptage de façon uniforme et non discriminatoire⁶⁸. En présence d'un intérêt public, tel que la prévention de la pollution des eaux, la solution la plus efficace serait de réglementer sur une base sectorielle un éventuel échange de données.

Un autre type d'intervention sectorielle consiste, pour l'autorité compétente dans ce domaine, à fournir l'infrastructure technique nécessaire à l'échange de données entre les différents acteurs du marché. Par exemple, dans le domaine de la mobilité, l'« infrastructure nationale de données mobilitaires » (NaDIM) va être mise en place pour l'échange de données non personnelles sur la mobilité (horaires, disponibilité, localisation, tarifs, etc.)⁶⁹.

⁶² Cf. POLYNOMICS AG, p. 27ss. ; Des études similaires sont menées depuis un certain temps par les autorités de concurrence britanniques et néerlandaises sous la forme d'« études de marché » (*Market studies*).

⁶³ Le secrétariat de la COMCO emploie environ 70 personnes et les autorités britannique (CMA) et néerlandaise (ACM) de la concurrence respectivement plus de 730 et environ 560.

⁶⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au comité économique et social européen et au comité des régions°: Une stratégie européenne pour les données, COM(2020) 66 final, p. 16.

⁶⁵ Ibid. p. 4.

⁶⁶ Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil, du 20 juin 2019, concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, L 172/56.

⁶⁷ Directive (CE) 2009/73/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 concernant des règles communes pour le marché intérieur du gaz naturel et abrogeant la directive 2003/55/CE, OJ L 211.

⁶⁸ Cf. art. 8, al. 3, de l'ordonnance du 14 mars 2008 sur l'approvisionnement en électricité (OApEI ; RS 734.71).

⁶⁹ Cf. ECOPLAN, Daten als Infrastruktur für multimodale Mobilitätsdienstleistungen, 2019, Berne, peut être consulté à l'adresse suivante: <http://www.bav.admin.ch> > A à Z > Mobilité multimodale.

(iii) Mesures de soutien complémentaires

Des mesures de soutien complémentaires, comme des modèles de contrats, des listes de contrôles, des documents de synthèse quant au cadre juridique, des guides pour l'établissement de bonnes pratiques, etc. s'avèrent également utiles. Ces mesures ont pour effet d'accroître l'information de tous les acteurs et d'encourager la transparence. Elles renforcent la sécurité juridique et permettent de diminuer les coûts de transaction. Ces prestations pourraient être fournies par des institutions publiques, privées ou sous la forme de « °partenariats public-privé° », qui bénéficient d'un vaste soutien et sont légitimés à agir. De telles mesures pourraient promouvoir la valorisation de données non personnelles.

3.5 Enquête sur le marché suisse des données non personnelles

Afin de mieux comprendre la manière dont les entreprises suisses gèrent la question des données non personnelles, les principaux résultats d'une enquête menée auprès de 700 entreprises suisses sont présentés ci-dessous⁷⁰. Cette enquête, réalisée par *gfs.bern* et dépouillée par Polynomics, est calquée sur une enquête correspondante menée au sein de l'UE⁷¹, ce qui permet une comparaison avec le principal partenaire commercial de la Suisse⁷².

3.5.1 Observations

(i) Production et commercialisation de données non personnelles

Une entreprise interrogée sur quatre génère des données non personnelles. Près d'une entreprise sur cinq affirme les commercialiser. Presque une entreprise sur six déclare qu'elle utilise des données non personnelles pour produire des dérivés de données. Une modeste proportion d'entreprises suisses participe donc déjà aux marchés du commerce de données non personnelles. La plupart d'entre elles partent du principe que l'importance de ces données ira croissant à l'avenir. Pour motiver cette appréciation, elles mettent en avant que les données non personnelles font de plus en plus partie intégrante des modèles commerciaux et servent, entre autres, à optimiser les processus d'affaires internes.

(ii) Demande de données non personnelles

Parmi les entreprises qui ont participé à l'enquête, trois sur dix déclarent qu'il existe une demande de données non personnelles de leur part. Il s'agit en premier lieu de données accessibles au public, puis de données des autorités, des offices ou autres institutions publiques et enfin de données non personnelles d'autres entreprises. 11 % des entreprises qui ont répondu à l'enquête ont déclaré avoir essayé d'acquérir des données qui appartiennent à une autre entreprise. Ce chiffre est beaucoup plus élevé dans l'UE (33 %). Sur ces 11 %, environ un tiers a évoqué des difficultés à obtenir des données d'autres entreprises, ce qui correspond à peu près aux chiffres constatés au sein de l'UE. Le prix élevé des redevances de licences, suivi de conditions contractuelles défavorables, de procédures longues, d'une incertitude juridique et d'obstacles techniques sont mentionnés comme causes principales à la difficulté d'obtention des données.

Parmi les entreprises qui ne font pas état d'une demande en données non personnelles, la raison la plus fréquemment citée est qu'elles ne connaissent pas de fournisseurs potentiels (41 %), suivie du fait que les données ne font pas partie intégrante de leur modèle commercial (22 %). L'absence de demande en données non personnelles est aussi attribuable aux inquiétudes concernant la sécurité des données ou des systèmes informatiques (19 %). Ces trois motifs ont également été les plus fréquemment évoqués dans l'enquête de l'UE, mais dans plus de la moitié des cas, les entreprises dans l'UE ont indiqué que les données ne font pas partie de leur modèle commercial. Un cinquième des entreprises de l'UE ont déclaré que les données n'étaient pas disponibles sur le marché.

⁷⁰ L'échantillonnage aléatoire de l'enquête en ligne a été réalisé à partir des adresses d'entreprises commandées auprès du registre des entreprises et des établissements (REE; cf. <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home/registres/registre-entreprises/registre-entreprises-etablissements.html>) dans 14 secteurs préalablement définis. Pour la sélection de ces derniers, l'accent a été mis sur ceux qui pouvaient être plus fortement touchés par le sujet des données non personnelles. Ici aussi, l'enquête de l'UE a servi de point de repère. L'échantillon qui en résulte peut être considéré comme tout à fait représentatif en termes de taille des entreprises et de régions linguistiques.

⁷¹ COMMISSION EUROPÉENNE, SME Panel Consultation on B2B Data-Sharing Principles and Guidance - Report on the Results (texte), Bruxelles, 2019.

⁷² Le questionnaire de l'UE peut être consulté à l'adresse https://www.brusselsnetwork.be/wp-content/uploads/2018/12/b2b-data-sharing_sme-panel-consultation-v2-.pdf.

(iii) Besoins de soutien et de réglementation

Les réponses à la question d'une nécessité ou non d'une action législative pour maîtriser les défis liés à la gestion des données non personnelles s'équilibrent⁷³. En effet, la grande majorité des entreprises considèrent comme importants à très importants les quatre principes proposés par l'UE pour garantir une concurrence loyale dans la gestion des données non personnelles, qui sont^o: *la garantie de transparence, la reconnaissance de la valeur ajoutée commune, la reconnaissance des intérêts commerciaux respectifs et la garantie d'une concurrence non faussée*.⁷⁴ Seules 10 % des entreprises pensent que ces principes ne couvrent pas tous les aspects importants.

La pertinence des mesures potentielles de droit public ou privé susceptibles d'encourager la concurrence sur les marchés des données non personnelles a été évaluée sur le modèle de l'enquête de l'UE. Selon les entreprises sondées, les trois champs d'action les plus opportuns sont *l'établissement de lignes directrices visant à garantir la sécurité des données lors d'échanges avec des tiers, l'amélioration de la traçabilité des données partagées et la préparation d'un document de référence sur le droit applicable au partage de données*. Elles sont moins convaincues par les interventions réglementaires sur le marché, telles que les licences obligatoires. Les quelques entreprises qui se sont exprimées sur d'éventuelles autres mesures ne pensent généralement pas que de nouvelles réglementations soient nécessaires, mais sont favorables à un soutien sous forme de conseils, de recommandations et de normes techniques. Celles qui perçoivent un besoin de réglementation supplémentaire l'identifient le plus souvent par rapport à la sécurité des données systémiques.

3.5.2 Conclusions de l'enquête auprès des entreprises

En résumé, dans l'économie des données en Suisse, l'achat de données brutes revêt encore une importance plutôt mineure dans la plupart des secteurs. Les entreprises ne s'intéressent pas en premier lieu aux données brutes, mais plutôt aux connaissances qui en sont tirées (*insights*, dérivés de données). Les résultats de l'enquête suggèrent toutefois que la commercialisation des données non personnelles est assez vive en Suisse, même si elle semble pouvoir encore être développée en comparaison avec ce qui se passe dans l'UE. Aucune défaillance du marché ne peut donc être constatée. Il ne ressort par conséquent aucun besoin important de légiférer sur la base des réponses fournies par les entreprises. Elles n'expriment en tous cas pas la nécessité d'instaurer des mesures supplémentaires très interventionnistes telles les licences obligatoires.

Les résultats indiquent néanmoins dans quels domaines il existe, du point de vue des entreprises, des signaux qui indiqueraient des défaillances du marché. Ainsi l'absence de connaissances sur les partenaires commerciaux potentiels, le manque de transparence ou des problèmes de sécurité semblent compliquer la commercialisation et en limitent le volume. Les entreprises helvétiques considèrent dès lors que les mesures de soutien complémentaires mises en place par l'UE sont pertinentes. Leur objectif est d'améliorer, grâce à d'éventuels intermédiaires, le niveau d'information des acteurs du marché et d'accroître la transparence. Les mesures de soutien de l'UE visent en outre à réduire au minimum les coûts de transaction grâce à des contrats types, par exemple. Ce seraient notamment les PME qui profiteraient de ces mesures. Ces dernières disposent, d'une part, de moyens limités, mais doivent faire face, d'autre part, à des coûts élevés liés à la recherche et à l'évaluation de données appropriées.

3.6 Conclusions intermédiaires de l'analyse économique

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. Les marchés des données non personnelles brutes sont eux aussi sur le point de se

⁷³ 26 % d'entre elles estiment que la base juridique actuelle concernant la gestion des données non personnelles est suffisante, contre 30 % qui pensent le contraire. 44 % des entreprises interrogées ne peuvent pas répondre à cette question.

⁷⁴ Dans le cadre de ses travaux sur les marchés des données non personnelles, l'UE a élaboré quatre principes qui visent à garantir une concurrence loyale dans la gestion des données non personnelles : (a) Transparence : Les dispositions contractuelles correspondantes devraient préciser de manière transparente et compréhensible (i) les personnes ou établissements qui auront accès aux données générées par le produit ou le service, la nature de ces données et le niveau de détail, et (ii) les fins auxquelles ces données seront utilisées. (b) Reconnaissance de la valeur ajoutée commune : Les accords contractuels correspondants devraient reconnaître que lorsque l'utilisation d'un produit ou d'un service génère des données accessoires, plusieurs parties ont contribué à la génération des données. (c) Reconnaissance des intérêts commerciaux^o : Les dispositions contractuelles correspondantes devraient tenir compte de la nécessité de protéger à la fois les intérêts commerciaux et la confidentialité du titulaire et des utilisateurs des données. d) Garantie d'une concurrence non faussée^o : Les accords contractuels ne doivent pas viser à fausser la concurrence et, en particulier, ne pas chercher à enfermer les entreprises dans une relation commerciale avec un seul fournisseur (*lock-in*), par exemple sur la base de formats de données ou similaires, dont l'utilisation par d'autres implique des coûts supplémentaires.

développer dans notre pays. Ces marchés ne semblent donc pas présenter de défaillance manifeste et importante. Les défis pour exploiter le plein potentiel économique et social des données non personnelles varient fortement d'un secteur à un autre. Par conséquent, une solution unique adaptée à toutes les différentes spécificités du marché des données non personnelles n'existe probablement pas.

L'État et le secteur privé disposent de plusieurs options d'intervention pour répondre aux défis respectifs présentés par les divers marchés de données. Comme toujours dans le cas d'une intervention de l'État, des effets négatifs ne peuvent être exclus. Par exemple, l'instauration d'un droit d'accès obligatoire aux données peut s'accompagner d'un manque d'incitation à investir dans la collecte et le traitement de données. Il convient dès lors d'apporter une réponse proportionnée à la situation et de veiller à ce que les coûts ne dépassent pas les bénéfices de l'intervention. En conséquence, les entreprises interrogées pour ce rapport indiquent préférer des mesures de soutien complémentaires plutôt que la mise en place de mesures législatives majeures. Ces mesures de soutien servent à accroître la transparence et la sécurité juridique et à réduire les coûts de transaction. La situation en Suisse doit continuer d'être suivie et analysée et, en particulier, il faut surveiller la manière d'agir des pays qui disposent de marchés des données sensiblement plus importants.

4 Attribution de données non personnelles : propriété, possession, contrôle et utilisation de données non personnelles

4.1 Définition des données non personnelles

Comme mentionné au point 2, la législation suisse ne prévoit pas de définition expresse des « données non personnelles ». Les données non personnelles se définissent ainsi, par opposition à la définition des données personnelles contenue dans la LPD, comme « toutes les données qui ne sont pas des données à caractère personnel ».

Il en va de même au niveau de l'UE. À l'art. 3 1) du Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne⁷⁵, la Commission européenne définit les données non personnelles par opposition à la définition des données à caractère personnel⁷⁶.

Malgré l'absence de définition positive des données non personnelles, la distinction entre données personnelles et non personnelles est déterminante. Dans le premier cas, leur traitement est soumis aux dispositions strictes de la LPD⁷⁷, alors que dans le second, les règles de la LPD ne s'appliquent pas au traitement de ces données.

Théoriquement, des données personnelles anonymisées et agrégées constituent également des données non personnelles. Cependant, avec les progrès de l'intelligence artificielle et de l'analyse des grands volumes de données (big data), des données anonymisées, agrégées ou qui, de prime abord, ne constituaient pas des données personnelles, permettent d'identifier et/ou de caractériser une personne. Il faut alors, postérieurement, les reconsidérer comme des données personnelles et se conformer aux prescriptions de la LPD.

Il en découle qu'il n'est pas toujours possible d'apprécier de manière abstraite et définitive s'il s'agit de données non personnelles. Suivant le traitement qu'il est prévu de faire des données, celles-ci peuvent passer d'une catégorie à l'autre. Il convient donc de toujours examiner, en détail, dans le cas concret, si des données demeurent non personnelles dans le cadre de l'utilisation envisagée. De même, la situation doit être réévaluée régulièrement, afin de vérifier que, par exemple, l'apport de nouvelles données dans la base de données ne permet pas la réidentification d'une personne.

⁷⁵ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1807>.

⁷⁶ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32018R1807>.

⁷⁷ THOUVENIN / FRÜEH, p. 9.

4.2 Cadre juridique actuel

4.2.1 Absence de propriété sur les données non personnelles et les bases de données

L'ordre juridique suisse ne connaît pas de propriété des données non personnelles en tant que telle⁷⁸. Toute personne qui détient des données non personnelles ou qui peut y accéder peut également les utiliser. Une base juridique n'est pas nécessaire pour cela⁷⁹. Il n'existe qu'une seule limite à l'utilisation et à l'accès à ces données[°] : les droits de tiers sur ces données. En effet, comme cela est abordé sous le point suivant, bien qu'il n'existe pas de propriété pour les données non personnelles, il est possible d'obtenir certains droits et d'exercer un certain contrôle sur ces données.

La Suisse ne connaît pas non plus de droit *sui generis* sur les bases de données, comme prévu au sein de l'UE, par la Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données⁸⁰.

4.2.2 Possession et contrôle sur les données non personnelles

L'analyse de la situation juridique⁸¹ montre que la loi actuelle contient un certain nombre de normes qui confèrent aux détenteurs de données non personnelles (également de bases de données) une position juridique qui se rapproche beaucoup de la propriété sur ces données.

Au premier plan se trouve la protection du secret de fabrication ou commercial (art. 162 Code pénal suisse [CP] [RS 311] et les art. 5 et 6 de la loi fédérale contre la concurrence déloyale [LCD] [RS 241]). En outre, diverses dispositions du droit pénal (notamment l'art. 143 du CP [soustraction de données] et l'art. 143*bis* du CP [accès indu à un système informatique]) peuvent être appliquées. Dans le droit actuel, les détenteurs de données non personnelles disposent ainsi d'une protection juridique très étendue, même si les dispositions légales ne se présentent pas comme une structure cohérente, localisée dans un seul texte législatif, mais plutôt comme un patchwork.

Des positions juridiques similaires à la propriété des données non personnelles peuvent également être créées par des accords contractuels. Toutefois, ces derniers ne sont applicables qu'entre les parties au contrat et non contre les tiers⁸².

4.3 Introduction d'un droit de propriété sur les données non personnelles

L'introduction d'un droit de propriété sur les données en général est discutée depuis un certain temps. Ainsi, après trois ans de travail, la Commission d'experts « Avenir du traitement des données et de la sécurité des données » s'est prononcée contre l'introduction d'un droit de propriété sur les données personnelles⁸³ et le Conseil fédéral partage également cette appréciation⁸⁴. L'absence actuelle de propriété sur les données n'a pas d'effet négatif sur l'investissement et l'innovation. Par ailleurs, il ne peut pas être exclu qu'un tel droit puisse faire obstacle au développement économique et provoque en réalité une incertitude juridique quant à la portée d'une telle propriété.

L'idée d'introduire un droit de propriété sur les données non personnelles en particulier, doit être rejetée pour les mêmes motifs. Comme cela est établi au point 3, aucune défaillance des marchés des données en Suisse ne peut être constatée. Or, seule une défaillance du marché aurait pu justifier une intervention législative.

De plus, l'analyse de la situation juridique a montré que la loi contient un certain nombre de dispositions légales qui permettent l'attribution de données non personnelles et donnent aux titulaires des données non personnelles un contrôle étendu sur « leurs » données. Bien que le droit actuel se caractérise par l'existence et le chevauchement de divers instruments de protection, ces instruments, ensemble, confèrent aux titulaires de données non personnelles une position juridique très proche d'un droit de propriété.

Il faut également admettre que la création d'un droit de propriété qui porte sur un objet dont les contours sont aussi flexibles et peu clairs que des données non personnelles paraît très compliquée. Comme on l'a vu ci-dessus,

⁷⁸ THOUVENIN / FRÜEH, p. 35 et les références citées en note de bas de page 167.

⁷⁹ THOUVENIN / FRÜEH, p. 9.

⁸⁰ JO L 77 du 27.3.96, p. 20.

⁸¹ THOUVENIN / FRÜEH, p. 12-19.

⁸² THOUVENIN / FRÜEH, p. 32.

⁸³ EFD, Datenbearbeitung und Datensicherheit, 107 ss.

⁸⁴ RAPPORT DU CONSEIL FÉDÉRAL, « Bases juridiques pour la distributed ledger technology et la blockchain en Suisse », p. 47; disponible à l'adresse suivante : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/55151.pdf>.

le caractère non personnel de données ne peut pas être déterminé de manière abstraite. L'analyse devrait être faite de cas en cas, en fonction de l'ensemble des circonstances. Ainsi, une même donnée pourrait être qualifiée de donnée non personnelle ou de donnée personnelle suivant le contexte. Dans ce cas, le droit de propriété pourrait exister de manière intermittente. Une telle « propriété » manquerait de substance et ne pourrait pas être établie de manière convaincante⁸⁵.

Finalement, compte tenu de la présence transversale de la propriété dans l'ordre juridique, la propriété des données non personnelles affecterait une multitude d'autres normes et pourrait créer de nouveaux problèmes pratiques et dilemmes dogmatiques. Au-delà des nombreuses questions de droit civil, l'introduction d'une telle propriété bouleverserait notamment le droit constitutionnel (garantie de la propriété), le droit pénal (délits contre la propriété), le droit administratif (l'expropriation), la procédure civile (la question de la compétence des autorités) ainsi que le droit de la poursuite pour dettes et de la faillite (par exemple en ce qui concerne les revendications de tiers et la masse en faillite). Une telle modification de l'ordre juridique entraînerait des travaux législatifs de grande ampleur et d'une haute complexité. Compte tenu de ce qui précède, rien ne justifie, à l'heure actuelle, d'introduire une telle institution dans notre ordre juridique⁸⁶.

4.4 Introduction d'un droit *sui generis* sur les bases de données

Les mêmes remarques que pour la création d'un droit de propriété sur les données non personnelles sont en grande partie applicables à l'introduction, en Suisse, d'un droit *sui generis* sur les bases de données. Ainsi, d'une part, il ne semble pas y avoir de défaillance du marché en matière de production de données non personnelles ou de bases de données, et, d'autre part, les bases de données disposent déjà d'une protection juridique étendue par le biais de diverses dispositions légales⁸⁷. Pour finir, l'utilité et l'efficacité de la protection *sui generis* des bases de données de l'UE sont, selon l'analyse de la Commission européenne elle-même, douteuses⁸⁸. Pour ces raisons, l'introduction d'un droit *sui generis* en droit suisse ne se justifie pas⁸⁹.

5 Accès obligatoire aux données non personnelles

5.1 Licences obligatoires

5.1.1 Définition

La licence obligatoire est une institution juridique qui existe déjà en droit de la propriété intellectuelle et en droit de la concurrence. Une licence obligatoire est l'effet d'une décision d'un organe administratif ou plus souvent d'une autorité judiciaire, qui autorise les tiers à utiliser un bien immatériel protégé, sans le consentement de son titulaire. Une telle décision n'est prise qu'au terme d'une procédure préétablie. La décision peut être limitée dans le temps ou par d'autres critères. La licence obligatoire est octroyée à des tiers moyennant le paiement d'une redevance raisonnable. La licence obligatoire peut en outre être retirée par le juge qui doit en particulier veiller à la « *protection adéquate des intérêts légitimes* » de l'ayant droit (art. 40e, al. 6, loi sur les brevets d'invention [LBI], RS 232.14).

La décision d'octroi d'une licence obligatoire est motivée par un intérêt public, par exemple de santé publique, d'écologie, de fonctionnement économique ou encore technique. Une licence obligatoire suspend, pour un certain temps, le droit du titulaire d'interdire à des tiers d'utiliser son bien immatériel à titre professionnel. Il s'agit donc d'une atteinte à sa propriété (art. 26 de la Constitution fédérale [Cst.]) et à sa liberté économique (art. 27 Cst.). Une licence obligatoire ne peut être octroyée que lorsque les efforts entrepris par le requérant afin d'obtenir une licence contractuelle à des conditions commerciales acceptables n'ont pas abouti dans un délai raisonnable (art. 37ss LBI).

⁸⁵ THOUVENIN / FRÜEH H, p. 62.

⁸⁶ THOUVENIN / FRÜEH, p. 62; *infra* Recommandation 8.1, p. 31.

⁸⁷ THOUVENIN / FRÜEH, p. 57-59.

⁸⁸ COMMISSION EUROPÉENNE, « *Evaluation of Directive 96/9/EC on the legal protection of databases* », Bruxelles, 2018, <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-and-executive-summary-evaluation-directive-969ec-legal-protection>.

⁸⁹ THOUVENIN / FRÜEH, p. 62; *infra* Recommandation 8.1, p. 31.

5.1.2 Compatibilité avec l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC)

L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC, RS 0.632.20) a été adopté en même temps que l'Accord qui institue l'Organisation mondiale du commerce. Il introduit pour la première fois des règles relatives à la propriété intellectuelle dans le système commercial multilatéral⁹⁰. La Suisse l'a ratifié en 1995. L'ADPIC prévoit expressément que les États membres ont le droit d'établir, dans leur droit national, des mécanismes de licences obligatoires en matière de droit des brevets (art. 31 et 31 *bis* ADPIC), mais l'exclut au contraire en ce qui concerne le droit des marques (art. 21 ADPIC). En matière de secrets d'affaires (qui constituerait la protection d'un jeu de données non personnelles), l'ADPIC ne prévoit ni autorisation ni interdiction des licences obligatoires. Il semble que ce silence dans l'ADPIC pourrait être interprété comme la possibilité de prévoir de tels mécanismes dans le droit national⁹¹. Une telle licence obligatoire sur des données non personnelles protégées par le secret des affaires pourrait également se justifier sous l'angle des principes généraux de l'ADPIC⁹². Une licence obligatoire sur les données non personnelles pourrait aussi se fonder sur le droit de la concurrence (art. 40 ADPIC), qu'il convient ainsi d'examiner. Il en résulte ainsi que le droit international de la propriété intellectuelle ne semble pas exclure le principe de l'octroi de licences obligatoires sur des données non personnelles.

5.1.3 Licence obligatoire pour des bases de données non personnelles

Bien qu'il n'y ait pas de propriété sur les données non personnelles, il est néanmoins possible d'exercer un contrôle factuel et de jouir d'une position de quasi-propriété sur « ses » données (voir point 4). À ce titre, le titulaire d'un jeu de données non personnelles est dans une situation comparable à celle du titulaire d'un secret d'affaires. L'absence d'une propriété en tant que telle ne constitue cependant pas un obstacle à la mise en œuvre d'une licence obligatoire sur ces données non personnelles⁹³.

Cependant, la nature des données non personnelles fait que plusieurs éléments d'une potentielle licence obligatoire présenteraient des spécificités propres à rendre le mécanisme significativement plus complexe :

- En raison de leur caractère confidentiel et de l'absence de propriété à proprement parler, une licence obligatoire sur des données non personnelles comporte un risque accru pour la partie qui est contrainte d'octroyer l'accès. En effet, une licence obligatoire ne menace pas l'existence et la validité d'un brevet d'invention. Il en va autrement pour des données non personnelles confidentielles. Les éléments qui confèrent au titulaire un contrôle et un avantage sont directement mis en jeu : la perte du contrôle de fait des données et leur confidentialité⁹⁴.
- À l'inverse d'un brevet d'invention, qui est un droit immatériel bien défini et statique, un jeu de données non personnelles peut s'avérer plus complexe à définir. Surtout, il aura fréquemment un caractère dynamique, car la base de données est alimentée en permanence ou, à tout le moins, régulièrement. Le nombre de sources des données peut également varier en nombre ou en qualité. Les données les plus anciennes perdent également de leur intérêt et de leur valeur avec le temps⁹⁵.
- Dans la pratique, une base de données peut contenir des données non personnelles qui proviennent de plusieurs titulaires. Il peut arriver que la titularité de ces données ne soit pas clairement établie ou demeure contestée. Dans ce cas, il faudrait que les conditions d'octroi de la licence obligatoire en tiennent compte et garantissent le respect des droits de tous les titulaires. Cela comprend notamment une rémunération adéquate en fonction de différents critères, comme le volume, la qualité et la complémentarité des données qu'ils ont apportées à la base de données⁹⁶.
- En plus des conditions auxquelles la licence obligatoire serait octroyée (notamment en ce qui concerne la rémunération), il faudrait régler la répartition de la responsabilité en cas de dommage découlant de l'exploitation des données. Ce dommage pourrait résulter de l'inexactitude ou d'autres défauts des données, mais

⁹⁰ Propriété intellectuelle^o: protection et respect des droits, https://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/agrm7_f.html.

⁹¹ DE WERRA, p. 36, § 86.

⁹² Art. 7 et 8 ADPIC.

⁹³ DE WERRA, p. 24, § 55.

⁹⁴ DE WERRA, p. 25-26, § 61-63.

⁹⁵ DE WERRA, p. 26, § 64.

⁹⁶ DE WERRA, p. 27, § 65.

cela ne constitue de loin pas la seule source possible. Les règles en la matière seraient, selon toute vraisemblance, difficiles à établir et à mettre en œuvre⁹⁷.

- Les licences obligatoires sont généralement limitées dans le temps à ce qui est nécessaire afin d'atteindre leur but (par exemple d'approvisionner un marché). Or, une fois l'accès aux données non personnelles octroyé, il sera probablement impossible de mettre fin à leur exploitation, celles-ci peuvent, en effet, facilement être répliquées, agrégées ou combinées avec d'autres données non personnelles. Les données auxquelles il a été donné accès ne pourront plus être isolées. Cette réalité doit alors être reflétée par d'autres éléments de la licence obligatoire. Ceux-ci peuvent porter notamment sur la rémunération (plus élevée) ou d'autres obligations faites au bénéficiaire de la licence obligatoire (comme octroyer à son tour un accès à ses données non personnelles aux titulaires des données non personnelles visées par la licence obligatoire)⁹⁸.
- Une décision d'octroi d'une licence obligatoire rendue par une autorité suisse ne pourrait et ne devrait avoir d'effets que sur le territoire suisse. Or, il serait très difficile de s'assurer que les données auxquelles il est octroyé accès ne soient pas utilisées sur d'autres territoires. Par ailleurs, il est peu aisé de déterminer si une licence obligatoire ne devrait porter que sur des données non personnelles produites ou récoltées en Suisse, pour autant que celles-ci puissent être isolées, ou si elle pourrait porter également sur des données produites ou récoltées à l'étranger. Finalement, il faudrait déterminer si le lieu de stockage des données (en Suisse ou à l'étranger) limite ou non la possibilité d'accorder une licence obligatoire⁹⁹.
- Toute licence obligatoire suppose une « rémunération adéquate » du titulaire du bien visé par la licence obligatoire. Or, cette opération d'évaluation de la « rémunération adéquate » s'avère encore plus complexe lorsqu'il s'agit d'un jeu de données non personnelles. En effet, en plus de diverses circonstances comme le secteur économique considéré, la position de chacun des acteurs sur le marché, le type de données en jeu (données de fournisseurs, de concurrents ou de clients), le format de celles-ci, etc. influent sur la valeur ajoutée tirée des données en question. Cette rémunération devra prendre en compte certes, le volume de données, mais également la qualité de celles-ci, ce qui est particulièrement délicat à évaluer¹⁰⁰.

5.1.4 Conclusion

Compte tenu des éléments qui précèdent, l'octroi d'une licence obligatoire sur des données non personnelles s'avère bien plus complexe à mettre en œuvre qu'une licence obligatoire sur une invention brevetée. De plus, l'analyse menée ne met pas en évidence de défaillance du marché et indique que le cadre juridique est jugé suffisant. L'introduction d'un tel mécanisme menace d'affaiblir l'incitation à récolter et à traiter des données non personnelles et crée une insécurité juridique. Pour toutes ces raisons, il ne se semble pas justifié d'introduire un tel instrument.

5.2 Licences FRAND

Le rapport « Avenir du traitement et de la sécurité des données » mentionne également les licences FRAND comme un outil potentiellement intéressant en ce qui concerne l'accès aux données non personnelles¹⁰¹. « FRAND » constitue l'acronyme anglais de *Fair, Reasonable and Non-Discriminatory*. Cela désigne les licences qui sont accordées sans discrimination à tous les intéressés, à des tarifs raisonnables et qui sont accompagnées d'obligations contractuelles jugées acceptables. Ce concept a émergé en lien avec les brevets dits « essentiels à une norme »¹⁰². Ces brevets portent sur des technologies qui s'imposent sur un marché comme la norme (reconnue par une autorité étatique ou un organisme de normalisation), par exemple de performance, de sécurité ou d'interopérabilité. L'ensemble des acteurs du marché sont alors contraints de respecter cette norme et ainsi d'utiliser la technologie protégée par un brevet. Cette situation confère une position de force au titulaire du brevet en question, qui pourrait être tenté d'abuser de sa position avantageuse dans les négociations, afin d'obtenir des revenus particulièrement élevés ou d'imposer d'autres obligations contractuelles excessives.

⁹⁷ DE WERRA, p. 27, § 66.

⁹⁸ DE WERRA, p. 28, § 67.

⁹⁹ DE WERRA, p. 28, § 68.

¹⁰⁰ DE WERRA, p. 28-29, § 68.

¹⁰¹ Rapport du groupe d'experts concernant le traitement et la sécurité des données, Berne, 2018, p. 107.

¹⁰² DE WERRA, p. 30, § 69.

L'analyse conduite sur la possibilité de développer un système de licence FRAND afin de gérer l'accès aux données non personnelles dans le secteur privé parvient à la conclusion que, contrairement aux premières appréciations du groupe d'experts, ce modèle n'est pas du tout adapté à l'objectif poursuivi¹⁰³. En effet, en plus de rencontrer les mêmes écueils que le système de licence obligatoire (cf. point 5.1.2, ci-dessus.), ce mode de fonctionnement ne peut pas être transposé de manière satisfaisante à la question de l'accès aux données non personnelles. Contrairement à ce qui prévaut dans le domaine technique, il n'existe pas d'autorité de certification pour des données non personnelles qui représenteraient une norme. Le caractère dynamique et évolutif des jeux de données rend le concept de « données essentielles » également assez incertain.

5.3 Droit de la concurrence

Comme mentionné au point 3.4.2, sur la base du droit actuel de la concurrence, il est possible d'imposer une licence obligatoire. Toutefois, le droit de la concurrence ne crée pas un droit général d'accès aux données non personnelles du secteur privé. Ses dispositions visent uniquement à protéger contre les restrictions de concurrence dommageables¹⁰⁴ et ne peuvent donc être invoquées et appliquées qu'en de telles circonstances.

5.4 Conclusions concernant l'accès obligatoire

Il découle de ce qui précède que les licences obligatoires et les licences FRAND, qu'elles trouvent leur fondement dans le droit de la propriété intellectuelle ou le droit de la concurrence, ne constituent pas des mesures opportunes afin de faciliter l'accès aux données non personnelles. Tout au plus, elles pourraient présenter une utilité dans un secteur ou marché particulier.

6 Accès volontaire aux données — *Open Data & Shared Data*

6.1 Données ouvertes (*Open Data*)

6.1.1 Définition des données ouvertes

Il n'existe pas de définition légale des données ouvertes ou de l'*Open Data*. La stratégie en matière de libre accès aux données publiques en Suisse pour les années 2019 à 2023¹⁰⁵ propose la définition suivante : « les données qui peuvent être utilisées, éditées, analysées et transmises librement, sans restrictions légales, financières ou techniques particulières. Du point de vue légal, les données doivent pouvoir être utilisées et traitées gratuitement. Du point de vue technique, il faut qu'elles puissent être traitées par ordinateur. La publication des données en libre accès doit respecter les dispositions en matière de protection des données, de sécurité de l'information, de droit d'auteur et de secret professionnel ». Les données ouvertes sont des données de tout type¹⁰⁶. Les données qui comportent des références personnelles ou d'autres caractéristiques légalement protégées sont en principe exclues de cette définition. Généralement, elles sont soumises à certaines conditions d'utilisation : par exemple que la source soit mentionnée (« *By attribution* ») — ce qui permet de vérifier l'origine des données ouvertes — ou que les données continuent d'être partagées dans les mêmes conditions (« *Share alike* »)¹⁰⁷.

¹⁰³ DE WERRA, p. 30 à 33, § 69-78.

¹⁰⁴ En droit suisse, l'art. 7 de la loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (loi sur les cartels, LCart, RS 251) dispose que « *les pratiques d'entreprises ayant une position dominante sont réputées illicites lorsque celles-ci abusent de leur position et entravent ainsi l'accès d'autres entreprises à la concurrence ou son exercice, ou désavantagent les partenaires commerciaux* » (al. 1) et qu'est en particulier réputé illicite « *le refus d'entretenir des relations commerciales (p. ex. refus de livrer ou d'acheter des marchandises)* » (al. 2, let. a). Les accords en matière de concurrence sont également des restrictions de concurrence dommageables. L'art. 4, al. 1 LCart indique « *par accords en matière de concurrence, on entend les conventions avec ou sans force obligatoire ainsi que les pratiques concertées d'entreprises occupant des échelons du marché identiques ou différents, dans la mesure où elles visent ou entraînent une restriction à la concurrence* ».

¹⁰⁵ FF 2019 855; cette stratégie peut être consultée à l'adresse suivante : www.fedlex.admin.ch > Feuille fédérale > Éditions de la FF 2019 > Janvier > 2 > FF 2019 855.

¹⁰⁶ L'annexe technique de la charte des données ouvertes du G8 contient une liste d'ensembles de données de grande valeur qui proviennent de 14 domaines du secteur public, elle peut être consultée à l'adresse suivante : <https://www.gov.uk/> Home > Government > Government efficiency, transparency and accountability > Open Data Charter.

¹⁰⁷ Les licences ouvertes correspondantes peuvent être consultées à l'adresse suivante : <https://creativecommons.org/> > What We Do > About CC Licenses.

Le concept est apparu dans le domaine scientifique à la fin des années 1950, afin de faciliter l'échange et l'utilisation des données scientifiques¹⁰⁸. L'*Open Data* a pris son essor dans la seconde moitié des années 90 avec la publication de données non personnelles détenues par la ville de San Francisco¹⁰⁹. Ce développement s'est accéléré à partir de 2009 avec l'adoption d'une politique de données ouvertes par l'administration américaine¹¹⁰. Malgré des exemples enthousiasmants, la publication de données ouvertes par des entreprises privées demeure limitée.

6.1.2 Publication de données ouvertes

Les données ouvertes sont généralement rendues accessibles par le biais de portails de données ouvertes. Il s'agit fréquemment de catalogues de données qui contiennent les informations les plus importantes (métadonnées) sur les ensembles de données ouvertes (nom, source, éditeur, brève description du contenu, licences d'utilisation, etc.). Ceux-ci permettent d'accéder à ces données par un lien de téléchargement, une interface de programmation d'application (API de son acronyme anglais) ou des interfaces comparables. Les portails *Open Data* existent à tous les niveaux : local, régional, national¹¹¹ et transnational¹¹² ainsi que dans des domaines spécifiques. Les portails de données ouvertes qui publient également des données qui proviennent du secteur privé sont encore peu répandus et ne jouent à ce jour qu'un rôle marginal dans l'utilisation des données ouvertes.

6.1.3 Création de valeur à partir de données ouvertes

Le fait que les données constituent une source essentielle d'innovation et de création de valeur au 21^e siècle est largement incontesté. Dès 2013, McKinsey a publié une étude sur les données ouvertes qui estimait leur potentiel économique à environ 5000 milliards de dollars dans le monde¹¹³. En 2015, l'OCDE a publié un rapport complet sur ce sujet¹¹⁴, recommandant à ses pays membres de promouvoir l'accessibilité et l'utilisation des données du secteur public. Cependant, peu de recherches empiriques ont été menées sur la valeur créée par les données ouvertes. Nous nous contentons donc ici d'une référence à des ensembles de données ouvertes dont la contribution à l'innovation et à la création de valeur est incontestée : les données du système mondial de localisation (GPS), Wikidata et les données des sociétés de transport londoniennes (*Transport for London*)¹¹⁵. Ce dernier exemple a été étudié en détail par le cabinet de conseil Deloitte et sa valeur économique annuelle est estimée à 130 millions de livres sterling¹¹⁶.

6.1.4 *Open Data* comme mécanisme d'échange de données dans le secteur privé

Comme indiqué¹¹⁷, le concept de données ouvertes trouve son origine dans les sciences naturelles et dans l'administration publique. L'adaptation de ce concept par les producteurs de données du secteur privé a été jusqu'à présent très limitée et se heurte souvent à un scepticisme fondamental. La protection des données, les droits d'auteur et les secrets commerciaux sont les arguments les plus importants qui, du point de vue des entreprises privées, s'opposent directement à la publication de leurs propres données. En outre, à une époque où les données sont qualifiées de pétrole du 21^e siècle, les entrepreneurs se montrent peu enclins à publier leurs données gratuitement.

Malgré cela, de plus en plus d'entreprises, voire des industries entières, reconnaissent l'intérêt de la publication de données ouvertes. Parmi les raisons qui amènent une entreprise à publier des données ouvertes, il y a notamment : les exigences réglementaires (données commerciales d'une société cotée en bourse) et la réputation

¹⁰⁸ KEITH G. JEFFERY, *Open Data – The Time has Come*, <https://blogs.ch.cam.ac.uk/pmr/2006/09/12/open-data-the-time-has-come/>.

¹⁰⁹ DataSF, <https://data.sfgov.org/about> (état au 1.3.2021).

¹¹⁰ Obama White House, qui peut être consulté à l'adresse suivante : <https://obamawhitehouse.archives.gov/> > Open Government Initiative (état au 1.3.2021).

¹¹¹ Ainsi le portail des États-Unis, Data.Gov, *The home of the U.S. Government's open data*, <https://www.data.gov/> et le portail suisse, *Opendata.swiss*, <https://opendata.swiss/de/>.

¹¹² Ainsi le portail de l'UE, *EU Open Data Portal*, <https://data.europa.eu/euodp/en/data/>.

¹¹³ MCKINSEY GLOBAL INSTITUTE, *Open Data°: Unlocking innovation and performance with liquid information*, Londres, 2013, qui peut être consulté à l'adresse suivante°: <https://www.mckinsey.com/business-functions/mckinsey-digital/our-insights/open-data-unlocking-innovation-and-performance-with-liquid-information>.

¹¹⁴ OECD, *Data-Driven Innovation : Big Data for Growth and Well-Being*, OECD Publishing, 2015, Paris, qui peut être consulté à l'adresse suivante°: <https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.html>.

¹¹⁵ *Open data users*, <https://tfl.gov.uk/info-for/open-data-users/>.

¹¹⁶ DELOITTE, *Assessing the value of TfL's open data and digital partnerships*, 2017, Londres, p. 3; qui peut être consulté à l'adresse suivante°: <http://content.tfl.gov.uk/deloitte-report-tfl-open-data.pdf>.

¹¹⁷ Cf. point 6.1.1 ci-dessus.

(données sur les émissions de CO2 ou la durabilité sociale), la communication (données sur les produits alimentaires pour les clients), la visibilité (données et contenu sur les points d'intérêt touristique, données liées à la mobilité) ou encore l'externalisation des tâches opérationnelles (les horaires des entreprises de transport). La publication de données dans le secteur privé a déjà cours. En revanche, ces données ne sont souvent pas proposées sous une forme lisible par une machine avec une licence ouverte correspondante ni en tant qu'ensemble de données. Les données sont plus souvent intégrées dans des publications (rapport annuel, rapport de durabilité, etc.) ou mentionnées sur le site Internet ou ailleurs. Les informations sur les aliments, par exemple, se trouvent sur l'emballage des produits concernés.

L'exemple de *Transport for London* (TfL)¹¹⁸ dans le secteur de la mobilité illustre le potentiel de l'*Open Data* dans le secteur privé. TfL a publié quatre-vingt types différents de données non personnelles (les horaires, le réseau global, les lignes de transport en commun, les infrastructures des stations [escaliers, escalators, toilettes, etc.], les travaux et les incidents, la qualité de l'air, la congestion du trafic sur route, etc.). Avec cette publication de données, TfL a « externalisé » toutes les tâches liées à l'information des passagers à des sociétés externes, ce qui génère des économies de plusieurs millions de livres sterling par an. Parmi les autres chiffres clés, citons plus de 500 nouveaux emplois créés par les entreprises qui utilisent les données du TfL et le chiffre d'affaires annuel de 12 à 15 millions de GBP réalisé par ces entreprises. L'entreprise a ainsi réussi à créer un écosystème ouvert, basé sur les données, qui profite aux passagers, aux entreprises utilisatrices de données, à la ville de Londres et à TfL elle-même.

6.2 Données partagées (*Shared Data*) et création de valeur

Contrairement à *Open Data*, le terme « *Shared Data* » est moins bien défini. Dans le présent rapport, l'expression « données partagées » désigne les données qu'un acteur privé (producteur de données) rend accessibles à une autre organisation du secteur privé (utilisateur de données) sous certaines conditions pour une utilisation à ses propres fins. Le contrat d'accès peut porter sur l'objectif, la durée et la compensation financière du producteur de données, et inclure des dispositions relatives à l'utilisation des données.

La création de valeur à partir de données partagées a notamment fait l'objet d'une étude exhaustive, commandée par la Commission européenne, sur le partage des données entre les entreprises en Europe¹¹⁹. Les résultats de cette étude ont servi à l'élaboration de la stratégie européenne en matière de données¹²⁰. Selon cette étude, la création de valeur résulte du développement de nouveaux produits et services par les utilisateurs de données et de la monétisation des données de la part des producteurs de données. En outre, d'autres formes de création de valeur par le partage des données peuvent être envisagées, comme l'augmentation de l'efficacité des processus internes ou l'optimisation des chaînes d'approvisionnement.

6.3 Potentiel des données ouvertes et partagées dans le secteur privé

Les services basés sur les données nécessitent l'utilisation de données au-delà de leur objectif initial. Pour que l'utilisation des données soit fiable et conforme au principe fondamental de l'autodétermination numérique, il faut que les producteurs, les utilisateurs de données et les autres personnes concernées se comprennent. Pour ce faire, ils doivent coopérer sur la base d'un cadre juridique clair et d'infrastructures techniques et organisationnelles communes pour la fourniture, l'échange et l'obtention de données. La coopération, régie sur le plan juridique, organisationnel et technique, entre les producteurs de données, les utilisateurs de données et les personnes concernées est appelée « espaces communs de données »¹²¹.

¹¹⁸ D'autres exemples sont présentés dans le rapport GOLLIEZ, p. 16ss.

¹¹⁹ Commission européenne, *Study on data sharing between companies in Europe*, 2018 Luxembourg; l'étude peut être consultée à l'adresse suivante : <https://op.europa.eu/en/home>.

¹²⁰ Document de travail des services de la Commission du 25 avril 2018, Orientations concernant le partage des données du secteur privé dans l'économie européenne des données, SWD(2018) 125 final.

¹²¹ C'est tout l'objet du rapport à venir du DETEC (OFCOM) et du DFAE (DDIP) sur le soutien à l'autodétermination numérique et aux espaces des données fiables.

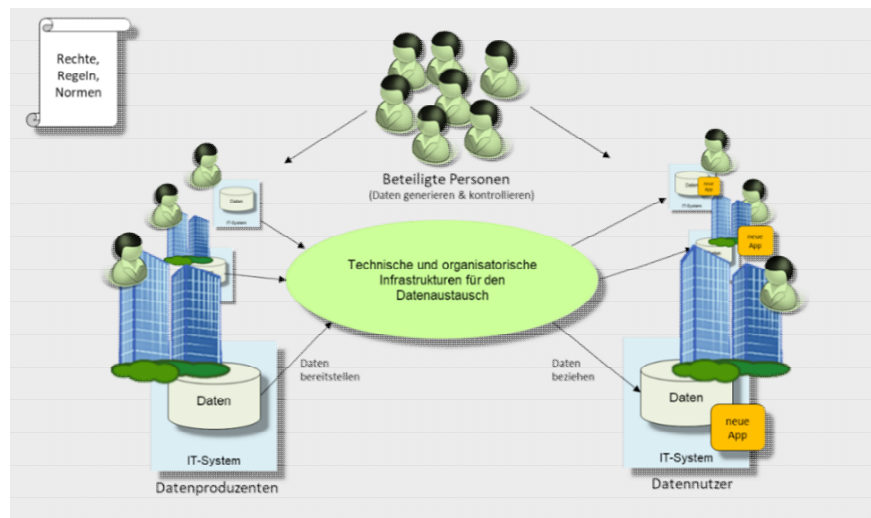


Image 4 : Espace de données, Zetamind AG, André Golliez, 2020

Les espaces communs de données peuvent être établis aux niveaux régional, national et international. Ils peuvent encadrer l'utilisation des données dans un secteur économique particulier ou au-delà des frontières d'un seul secteur. Les producteurs et les utilisateurs de données, ainsi que les autres parties prenantes déterminent les secteurs dans lesquels les espaces communs de données sont institués, ainsi que les règles et les normes qui s'y appliquent¹²². La stratégie de l'UE en matière de données prévoit la création d'un espace européen unique des données¹²³. Dans ce cadre, l'UE vise à créer neuf espaces européens de données dans des secteurs stratégiques et des domaines d'intérêt public¹²⁴. Concrètement, il s'agit de centres de données créés et gérés par les Européens et dans lesquels les acteurs publics et privés pourraient piocher et intégrer des données. Ainsi, les données personnelles et non personnelles, y compris les données commerciales, seraient sécurisées et les entreprises pourraient avoir facilement accès à une quantité presque infinie de données industrielles de haute qualité.

Comme exposé ci-dessus (point 3), la plupart des données sont créées dans le cadre de processus techniques où elles servent un objectif primaire spécifique. Dans ce contexte, la valeur des données correspond aux coûts de leur production (capture, génération, collecte), de leur stockage, de leur gestion, de leur archivage et de leur suppression. Cependant, une fois les données disponibles, il existe de nombreuses autres utilisations génératrices de valeur qui vont au-delà de leur utilisation primaire (utilisation secondaire). Or, les revenus qui résultent de cette utilisation secondaire peuvent dépasser de loin les coûts de production des données.

Pour le producteur ou le détenteur de données, il n'est pas toujours évident d'imaginer comment réutiliser ses données ni d'évaluer la valeur potentielle que des tiers pourraient générer à partir des données qu'il détient. Dans ce cadre, les espaces de données semblent être plus indiqués que le marché de vente et d'achat de données au sens classique du terme.

Dans le cadre de la stratégie actualisée « Suisse numérique », le Conseil fédéral considère les espaces de données comme une priorité. Il précise que la Suisse devrait promouvoir l'accès à des espaces de données fiables pour les particuliers, les entreprises et le secteur public. À cette fin, l'Office fédéral de la communication (OFCOM) et la Direction du droit international public (DDIP), en collaboration avec d'autres acteurs, établiront d'ici fin 2021 un rapport qui indiquera les domaines où une intervention de l'État est nécessaire¹²⁵.

¹²² Voir, par exemple, dans le domaine de la mobilité intelligente, le principe du « libre accès conditionnel aux données », tel qu'exposé dans le rapport « Mise à disposition et échanges de données pour la conduite automatisée dans le trafic routier » du DETEC, du 7 décembre 2018, p. 10 (disponible à l'adresse suivante : <https://www.astra.admin.ch/astra/fr/home.html> > Thèmes > Mobilité intelligente > Etudes et rapports). Selon ces principes, les données seront librement accessibles et chaque acteur peut les utiliser à sa guise. Toutefois s'il se sert des données pour exploiter un modèle d'affaires, il sera tenu de mettre lui-aussi des données à disposition sur la plateforme.

¹²³ Communication de la Commission du 19 février 2020, Une stratégie européenne pour les données, COM (2020) 66 final.

¹²⁴ Il s'agit des espaces de données sectorielles suivants : espace de données relatives à l'industrie, au pacte vert, à la mobilité, à la santé, de données financières, relatives à l'énergie, à l'agriculture, aux administrations publiques et aux compétences; p.27-28.

¹²⁵ Nouvelles priorités pour la Suisse numérique, https://www.efd.admin.ch/efd/fr/home/das-efd/nsb-news_list.msg-id-80379.html.

6.4 Conclusions concernant l'Open Data et le Shared Data

Les concepts de données ouvertes (*Open Data*) et de données partagées (*Shared Data*) sont fondamentalement basés sur le principe du volontariat et reflètent une conception libérale de l'économie ainsi que de la culture suisse, garantissant la plus grande autonomie possible des acteurs privés. Ils constituent des approches prioritaires et prometteuses pour le partage volontaire des données non personnelles dans le secteur privé¹²⁶. Dans ce contexte, une attention particulière devrait être accordée à l'évolution de l'environnement européen concernant la mise en place d'espaces communs de données. L'objectif devrait être de rendre les espaces de données suisses techniquement et juridiquement interopérables avec leurs homologues européens, assurant ainsi un accès aux espaces de données européens aux acteurs privés suisses.

6.5 Mesures de soutien complémentaires

Comme l'ont démontré les chapitres précédents, les marchés des données non personnelles et l'économie des données en Suisse ne semblent pas présenter de défaillance manifeste et significative. Ils fonctionnent relativement bien et possèdent un potentiel d'amélioration et de croissance. De même, les chapitres précédents ont établi qu'aucune des interventions législatives examinées ne s'avère recommandable. Des travaux se poursuivant au sujet des espaces communs de données, il conviendrait d'exploiter dans un premier temps le potentiel d'amélioration de l'accès aux données non personnelles mentionné ci-dessus par d'autres mesures de soutien complémentaires. C'est également à cette conclusion que parvient la Commission européenne dans sa stratégie. Comme l'indiquent les résultats de l'enquête menée auprès des entreprises helvétiques, celles-ci considèrent d'ailleurs que les mesures de soutien complémentaires mises en place par l'UE sont pertinentes et préférables à des interventions législatives.

De telles mesures peuvent notamment inclure la mise à disposition de modèles de contrats, de listes de contrôle, de documents de synthèse quant au cadre juridique ou encore de guides pour l'établissement de bonnes pratiques. Ces mesures visent à améliorer l'information des milieux concernés et à encourager la transparence. Elles permettent également de renforcer la sécurité juridique et de diminuer les coûts de transaction. Les PME seront les principales bénéficiaires de ces mesures. Ces dernières disposent de moyens limités et doivent faire face à des coûts élevés liés à la recherche et à l'évaluation de données appropriées.

Dans le cadre de la préparation de ce rapport, l'IPI a chargé des spécialistes d'élaborer une première série de contrats modèles qui visent à faciliter l'accès aux données non personnelles. 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'IPI¹²⁷. Des versions commentées et un rapport explicatif pour l'ensemble des contrats modèles sont également à disposition.

Dans l'attente de la mise en œuvre d'espaces communs de données, l'IPI continuera d'œuvrer avec le secteur privé et les autres offices concernés afin de faire connaître les modèles de contrats existants et d'en proposer d'autres, en fonction des besoins constatés. L'IPI mettra également à disposition des listes de contrôle et des documents de synthèse quant au cadre juridique applicable en ce qui concerne les transactions avec des données non personnelles. L'IPI évaluera également, en partenariat avec le secteur privé et les autres offices concernés si d'autres mesures de soutien s'avèrent pertinentes.

7 Conclusions

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. Les marchés des données non personnelles brutes sont eux aussi sur le point de se développer dans notre pays. Ces marchés ne semblent pas présenter de défaillance manifeste et significative dans les situations « B2B ». Les défis pour exploiter le plein potentiel économique et social des données non personnelles varient fortement selon le secteur examiné. Il n'existe donc pas de solution unique adaptée aux différentes spécificités du marché des données non personnelles. De plus, les entreprises indiquent préférer des mesures de soutien complémentaires plutôt que le lancement de grandes initiatives législatives.

L'ordre juridique suisse ne connaît ni de propriété des données non personnelles en tant que telle, ni de droit *sui generis* sur les bases de données. En revanche, la loi actuelle contient un certain nombre de normes qui confèrent

¹²⁶ *Infra* Recommandation 8.2, p. 31.

¹²⁷ Les expertises sont disponibles à l'adresse : www.ige.ch > Propriété intellectuelle > PI et société > Traitement et sécurité des données.

aux détenteurs de données non personnelles (également de bases de données) une position juridique qui se rapproche de la propriété sur ces données. Par ailleurs, le rapport risques-bénéfices de l'introduction d'un droit de propriété sur les données non personnelles n'est pas favorable à une telle solution.

L'adoption d'une solution unique et horizontale de licences obligatoires ou de licences FRAND qui permette aux acteurs du secteur privé d'accéder aux données non personnelles détenues par des tiers ne constitue pas non plus une approche souhaitable, notamment en raison de la complexité de la mise en œuvre d'un tel système. L'introduction d'un tel système pourrait éventuellement être envisagée pour des secteurs spécifiques. La licence obligatoire en droit de la concurrence ne constitue pas non plus une solution adaptée dans le contexte « B2B ».

Les formes d'accès volontaire aux données non personnelles que sont les données ouvertes, les données partagées et les espaces communs de données recèlent un potentiel de développement. Il convient d'attendre les conclusions du rapport de l'OFCOM et de la DDIP, chargés d'identifier les conditions techniques, juridiques, économiques et sociales favorables à la création et au soutien d'espaces de données fiables. Sur cette base, il appartiendra aux autorités compétentes de chaque secteur de procéder à une évaluation du cadre légal et des outils d'amélioration de l'accès aux données non personnelles dans leur domaine. Dans l'intervalle, des mesures de soutien complémentaires permettraient d'améliorer l'accès aux données non personnelles. L'IPI, en collaboration avec le secteur privé et d'autres offices compétents, poursuit ses efforts dans le domaine.

8 Recommandations de l'IPI

En ce qui concerne l'économie des données :

- **L'IPI recommande** de renouveler l'étude « *Analysis of the Data Market* » et de la soumettre à nouveau au Conseil fédéral d'ici fin décembre 2025. Cette nouvelle étude permettra d'apprécier l'évolution de l'économie des données en Suisse et de comparer à nouveau la situation nationale avec celle des pays européens. L'IPI se chargera de renouveler cette étude.

En ce qui concerne le cadre juridique des données non personnelles :

- **L'IPI recommande de ne pas introduire de droit de propriété sur les données non personnelles.** L'analyse menée ne met pas en évidence de défaillance du marché. Le cadre juridique est jugé suffisant. L'introduction d'un tel droit pourrait par ailleurs porter préjudice à la sécurité juridique et constituer une entrave au commerce.
- **L'IPI recommande de ne pas introduire de droit *sui generis* sur les bases de données.** L'analyse menée ne montre aucune défaillance du marché dans ce domaine. Le cadre juridique est jugé suffisant. L'introduction d'un tel droit pourrait par ailleurs porter préjudice à la sécurité juridique et constituer une entrave au commerce.

En ce qui concerne l'introduction de systèmes horizontaux de licence obligatoire ou de licence FRAND pour l'accès aux données non personnelles :

- **L'IPI recommande de ne pas instaurer de système horizontal de licence obligatoire ou de licence FRAND pour l'accès aux données non personnelles.** L'analyse menée ne met pas en évidence de défaillance du marché. Le cadre juridique est jugé suffisant. Bien que compatible avec l'ADPIC, l'adoption et la mise en œuvre d'un système horizontal de licence obligatoire ou de licence FRAND pour l'accès aux données non personnelles présenteraient un niveau de complexité particulièrement élevé. La capacité de tels systèmes à atteindre leur but n'est, en outre, pas démontré. Par ailleurs, en choisissant cette voie, la Suisse ferait cavalier seul en Europe.

En ce qui concerne les mesures de soutien complémentaires :

- **L'IPI recommande des mesures de soutien complémentaires afin d'augmenter la sécurité juridique et de diminuer les coûts des transactions.** Ces mesures de soutien peuvent prendre la forme de contrats modèles, de listes de contrôle, de documents de synthèse au sujet du cadre juridique des données non personnelles, de l'encouragement au développement de bonnes pratiques par les branches économiques, etc. Dans ce cadre, l'IPI met déjà à disposition des PME suisses des contrats modèles qui visent à encourager la coopération dans ce domaine et l'échange de données non personnelles. L'IPI se chargera de poursuivre les travaux dans ce domaine avec les autres offices concernés et le secteur privé.

En ce qui concerne l'*Open Data* et le *Shared Data* :

Dans ce domaine, il convient d'attendre les conclusions du rapport de l'OFCOM et de la DDIP, identifiant les domaines où une intervention de l'État pourrait s'avérer nécessaire en matière d'« espaces communs de données » avant de prendre des mesures.