



Open Research Data

Limites juridiques et options d'aménagement

Prof. Dr Florent Thouvenin

Dr Stephanie Volz

Avec la collaboration de :
MLaw Deborah De Col, RA et
MLaw Samuel Mätzler, RA

La version originale est la version allemande. Traduction par Architext
Zürich.

Zurich, 16 janvier 2025



Table des matières

A.	Introduction	5
1.	Mission	5
2.	Terminologie	5
B.	Principes de base	6
1.	Droits sur les données	6
1.1.	Pas de propriété de données	6
1.2.	Droit d'auteur	7
1.3.	Le droit <i>sui generis</i> des bases de données dans l'UE	10
1.4.	La reprise directe de résultats de travail (article 5 let. c LCD)	12
1.5.	Protection de secrets de fabrication et d'affaires (<i>know-how</i>)	13
2.	Statut du titulaire du droit	17
3.	Droit de la protection des données	19
C.	Limites pour les <i>ORD</i>	21
1.	Problématique et Approche	21
2.	Limites légales	22
2.1.	Contrôle des exportations	22
2.2.	Droit de la sécurité de l'information	24
2.3.	Droit de la santé	25
2.3.1.	Généralités	25
2.3.2.	Recherche dans le domaine humain	26
2.3.3.	Recherche dans le domaine non humain	28
2.3.4.	D'autres règles	29
2.4.	Génie génétique	30
2.5.	Droit de l'environnement	31
2.6.	Droit de produits chimiques	32
2.7.	Droit des denrées alimentaires	33
2.8.	Droit de l'énergie et de l'énergie nucléaire	33
2.9.	Droit de la protection animale	35
2.10.	Droit des marchés financiers	35
3.	Droit des tiers	36
3.1.	Droits d'auteur	37
3.2.	Brevets	38
3.3.	Droits découlant de la protection du secret par le droit pénal	38
3.4.	Droits découlant de la LCD	39
3.5.	Droits issus de la protection des données	40
4.	Restrictions contractuelles	41
5.	Responsabilité	42



D.	Mise en œuvre juridique des <i>ORD</i>	43
1.	Remarque préliminaire.....	43
2.	Cadre constitutionnel.....	44
2.1.	Droits fondamentaux pertinents pour les <i>ORD</i>	44
2.2.	Restriction des droits fondamentaux	44
3.	Contrats de licence	45
3.1.	Objet.....	45
3.2.	Forme	46
3.3.	Contenu	46
4.	Aspects du droit des cartels	47
5.	Licences pour les <i>ORD</i>	49
5.1.	Conclusion	49
5.2.	Rédaction	50
5.3.	Licenses standard	50
5.3.1.	Open Database License	51
5.3.2.	License Creative Commons.....	52
5.3.3.	Mise en œuvre.....	53



EXECUTIVE SUMMARY

Les droits sur les données créées dans le cadre de l'activité professionnelle des employés d'une institution du domaine des EPF appartiennent à l'institution concernée. Il n'en va différemment que pour les droits d'auteur relatifs à des œuvres littéraires et artistiques représentées dans les données. Ainsi, les institutions peuvent en règle générale déterminer comment et sous quelle forme les données doivent être rendues accessibles en tant qu'*ORD*. Toutefois, les *ORD* sont soumises à certaines limites. Celles-ci peuvent émaner de dispositions légales, de droits de tiers ou de conventions contractuelles.

L'analyse des éventuelles limites légales a montré que notamment – sans prétendre à l'exhaustivité – le droit du contrôle des exportations, le droit de la sécurité d'information, le droit de la santé, le droit du génie génétique, le droit de l'environnement, le droit des produits chimiques, le droit des denrées alimentaires, le droit de l'énergie et de l'énergie nucléaire ainsi que le droit des marchés financiers contiennent des dispositions qui pourraient s'opposer à ce que les données de recherche soient rendues accessibles en tant qu'*ORD*. Au-delà des limites légales, il convient de prendre en compte les droits éventuels de tiers. À cet égard, il s'agit notamment de droits d'auteurs, par exemple au regard d'éléments d'un jeu de données protégés par le droit d'auteur ou de certaines bases de données, ainsi que de droits issus de la protection des secrets de fabrication et d'affaires (article 162 CP et article 6 LCD), de la loi sur la concurrence déloyale (article 5 let. c LCD) et de dispositions du droit de la protection des données.

En outre, des contrats conclus avec d'autres universités ou entreprises peuvent contenir des obligations relatives au traitement des données, notamment des obligations de confidentialité, qui doivent être respectées dans le cadre des *ORD*.

La mise en œuvre d'une stratégie relative aux *ORD* doit se conformer au cadre constitutionnel. Une obligation légale de rendre les données accessibles au public peut impacter et dans certains cas enfreindre la liberté de la science, la garantie de la propriété et la liberté économique. Par ailleurs, les dispositions du droit des cartels peuvent être pertinentes, notamment au regard des obligations d'accès et d'une fixation éventuelle des prix.

En principe, les fournisseurs d'*ORD* sont libres sur le plan juridique lors de la rédaction de contrats de licence permettant à des tiers d'utiliser les données. Dans des accords individuels, ils peuvent imposer aux preneurs de licence des obligations, par exemple le paiement d'une redevance. Mais en règle générale, il sera judicieux d'utiliser des licences standard, notamment la *Creative Commons Zero License (CC0)* ou la *Creative Commons Attribution License (CC-BY)*.



A. INTRODUCTION

1. Mission

Le domaine des EPF compte six institutions indépendantes : l'École polytechnique fédérale Zurich (EPF Zurich), l'École polytechnique fédérale Lausanne (EPFL), l'Institut Paul Scherrer (IPS), le Laboratoire fédéral d'essai des matériaux et de recherche (LFEM), l'Institut fédéral de recherches sur la forêt, la neige et le paysage (FNP) et l'Institut fédéral pour l'aménagement, l'épuration et la protection des eaux (IFAEPE). Les deux écoles (EPF et EPFL) et les quatre instituts de recherche (IPS, LFEM, FNP et IFAEPE) du domaine des EPF sont des institutions indépendantes avec des personnalités juridiques distinctes. Leur activité est régie par le droit fédéral.

En mai 2020, le conseil des EPF a adopté une *Open Research Data Position of the EPF Domain* et fondé un *Open Research Data Program*. Ce programme comprend cinq mesures. La quatrième mesure concerne les fondements juridiques pour les données de recherche ouvertes (*Open Research Data (ORD)*). Dans le cadre de cette mesure, trois objectifs sont poursuivis :

- identification des obstacles juridiques (fédéraux) lors de la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD* par les chercheurs ou les institutions du domaine des EPF ;
- clarification des responsabilités des chercheurs et institutions du domaine des EPF ;
- développement de lignes directrices relatives aux *ORD* qui peuvent être utilisées dans le domaine des EPF comme référence commune.

Fin 2023, le *Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL)* de l'Université Zurich a été mandaté par le FNP afin de conduire des travaux pour la mise en œuvre de la quatrième mesure. Ce rapport examine les questions issues des deux premiers objectifs de la quatrième mesure. Le rapport se limite au droit fédéral suisse ; la seule exception est le droit dit « *sui generis* » pour les bases de données de l'UE. L'examen se concentre sur les données matérielles. Mais comme il n'est pas toujours possible d'établir une séparation claire entre les données personnelles et matérielles, des questions relatives au droit de la protection des données sont également prises en compte. À cet égard, les explications relatives au droit de la protection des données se limitent à la loi suisse sur la protection des données (LPD), les dispositions du Règlement général sur la protection des données (RGPD) de l'UE n'étant pas examinées.

2. Terminologie

Ce rapport repose sur les définitions suivantes :



- **Données de recherche** : il s'agit de toutes les données considérées nécessaires par la communauté scientifique pertinente afin de valider les résultats de recherche. Ces données peuvent (et sont destinées à) être utilisées dans d'autres projets de recherche. Le terme recouvre des données brutes, des données traitées et des métadonnées. Étant donné que l'ordre juridique ne fait pas de distinction générale entre ces types de données, mais uniquement au sein de quelques actes législatifs, seul le terme plus large de données de recherche sera utilisé dans ce rapport.
- **Les principes FAIR** : ce sont des lignes directrices reconnues au niveau international visant à améliorer la facilité de recherche, l'accessibilité, l'interopérabilité et la réutilisation de contenus numériques.
- **Open Research Data (ORD)** : il s'agit de données de recherche qui correspondent aux principes FAIR et qui sont publiquement disponibles, accessibles et réutilisables pendant au moins dix ans. Par principe, le code source n'est pas couvert par ce terme. Il n'en va autrement que lorsque les données de recherche ne peuvent être utilisées sans le code source (spécifique) pour la validation de résultats de recherche ou pour la réutilisation dans d'autres projets de recherche. En outre, il faut noter qu'une séparation claire entre les données de recherche et le code source n'est pas toujours possible. À titre d'exemple, les *weights* (poids) dans les réseaux neuronaux profonds (*Deep Neural Networks*) entraînés peuvent être considérés comme étant du code ou des données.

B. PRINCIPES DE BASE

1. Droits sur les données

1.1. Pas de propriété de données

La question de savoir si, et sous quelles conditions, les données de recherche peuvent être rendues librement accessibles, dépend fondamentalement de la question de savoir si les données « appartiennent à quelqu'un », c'est-à-dire si des droits de propriété sur les données existent. Si la question est posée en ces termes, il peut y être répondu clairement : il n'y a **pas de propriété de données** en droit suisse, ni de données matérielles ni de données personnelles¹. La propriété selon son acception en droit des biens n'existe que pour les choses. Une chose est un objet corporel, délimité,

¹ ROLF H. WEBER/FLORENT THOUVENIN, Dateneigentum und Datenzugangsrechte – Bausteine der Informationsgesellschaft? ZRS 2018, 43 ss., 49 ; ALAIN SCHMID/KIRSTEN JOHANNA SCHMIDT/ZECH HERBERT, Rechte an Daten – zum Stand der Diskussion, sic! 2018, 627 ss., 629 ; STEPHAN WOLF/WOLFGANG WIEGAND, in : Geiser/Wolf (Ed.), Basler Kommentar Zivilgesetzbuch II, art. 457-977 ZGB et art. 1-61 SchIT ZGB, Bâle 2023, avant art. 641 ss. N 19c.



accessible au contrôle humain². Il manque le caractère corporel aux données, puisqu'elles ne sont pas saisissables. À titre d'exemple, un support de données est une chose, mais cela n'est pas le cas des données qui y sont stockées.

Le fait qu'il n'existe pas de « propriété des données » ne signifie pas pour autant que **les données** ne peuvent pas faire l'objet **d'autres droits** qui s'opposeraient à une utilisation ou à une libre mise à disposition de données. De telles restrictions peuvent résulter notamment du droit d'auteur, de la protection de secrets de fabrication et d'affaires, du droit de la protection des données et, dans l'UE, également de la protection dite « *sui generis* » des bases de données³.

En outre, il est possible d'exercer un **contrôle effectif sur les données**. Ce contrôle peut, par exemple, être exercé par le stockage dans des systèmes propriétaires ou par le cryptage. Il est également possible que le contrôle sur les données soit attribué contractuellement à l'une ou à l'autre partie. Dans ces cas on parle parfois de « *data ownership* ». Ce terme peut aider à exprimer le contrôle effectif. Mais il ne doit pas induire en erreur sur le fait que ce « *ownership* » n'est pas une propriété au sens juridique du terme. Néanmoins, ce contrôle effectif est parfois juridiquement protégé, notamment par la protection de secrets industriels et d'affaires (article 162 CP et article 6 LCD)⁴.

1.2. Droit d'auteur

Le droit d'auteur protège les **œuvres littéraires et artistiques** (article 2 al. 1 LDA). Il s'agit, entre autres, de textes, d'œuvres musicales, d'œuvres cinématographiques, d'images, d'œuvres d'architecture, de photographies et d'œuvres à contenu scientifique telles que les dessins, les plans, les cartes ou les ouvrages sculptés ou modelés (article 2 al. 2 LDA). Les **programmes d'ordinateur** sont également considérés comme des œuvres (article 2 al. 3 LDA). Les **données ne constituent pas d'œuvres littéraires et artistiques** et de ce fait elles ne sont pas en tant que telles protégées par le droit d'auteur. En revanche, lorsqu'une **œuvre littéraire et artistique** est stockée sur un support de données et est donc **représentée sous forme de données**, la protection par le droit d'auteur de l'œuvre s'étend aussi à sa représentation sous forme de données. Le droit d'auteur ne protège les œuvres que s'il s'agit de **créations de l'esprit** ayant un **caractère individuel** (article 2 al. 1 LDA). Il existe une exception pour des photographies qui sont également protégées lorsqu'elles sont dépourvues de caractère individuel (article 2 al. 3^{bis} LDA). En outre, **certaines prestations** sont protégées par les droits dits « voisins ». Une telle protection existe pour des prestations par les artistes interprètes (article 33 ss. LDA), tels que les musiciens, les artistes et les chefs d'orchestre, pour les producteurs de phonogrammes ou de

² BSK ZGB II-WOLF/WIEGAND, nbp. 1, avant art. 641 ss. N 5 ss. ; BARBARA GRAHAM-SIEGENTHALER, in : Aebi-Müller/Müller (Ed.), Berner Kommentar, Das Eigentum – Allgemeine Bestimmungen – art. 641-654a ZGB, Bern 2022, Zweiter Abschnitt Sachen und andere Rechtsobjekte N 243.

³ cf. ci-après, B.1.3.

⁴ cf. ci-après, B.1.5.

vidéogrammes (article 36 LDA) et pour les organismes de diffusion (article 37 LDA). Ces droits voisins protègent les prestations, phonogrammes ou émissions contre leur utilisation par des tiers.

La **condition de protection de la création de l'esprit** exprime l'idée que seulement les créations humaines peuvent être une œuvre au sens du droit d'auteur⁵. Les œuvres générées de façon autonome par les ordinateurs ne sont donc pas protégées, alors que les œuvres créées par les êtres humains à l'aide d'un ordinateur comme outil le sont⁶. Les œuvres, générées de façon autonome par des systèmes dits d'intelligence artificielle (IA) générative à partir d'une saisie effectuée par un être humain (appelé « *prompt* »), ne sont donc pas protégées par le droit d'auteur⁷. Il en va autrement si l'IA est utilisée comme outil afin de transposer les décisions créatrices d'un être humain. La distinction entre une création d'œuvres largement autonome par un système d'IA et l'utilisation d'un tel système comme outil nécessite une appréciation au cas par cas. La condition de protection du **caractère individuel** constitue un seuil minimum qualitatif. Seules les œuvres dans lesquelles est exprimé un certain degré de créativité sont protégées par le droit d'auteur. Ainsi les œuvres protégées se distinguent des créations banales et des simples travaux de routine. Le caractère individuel résulte d'une diversité de décisions prises par l'auteur et de combinaisons surprenantes et inhabituelles, lesquelles mènent à conclure qu'il semble exclu qu'un tiers confronté à la même tâche aurait créé une œuvre identique ou essentiellement identique⁸.

Les **programmes d'ordinateur** sont également considérés comme des œuvres (article 2 al. 3 LDA). C'est le code source qui est protégé par le droit d'auteur, à condition qu'il ait un caractère individuel. Selon la doctrine, tel est le cas lorsque le programme est nouveau et qu'il n'est pas banal ni ordinaire⁹. Toutefois, comme pour les œuvres littéraires et artistiques, il conviendrait également de déterminer pour les programmes d'ordinateur s'il semble exclu qu'un tiers confronté à la même tâche aurait créé une œuvre identique ou essentiellement identique. Cependant, lors de l'utilisation, il ne devrait pas y avoir de différences par rapport au test pour savoir si le programme est banal ou ordinaire.

⁵ BGE 130 III 168, E. 4.5 – « Bob Marley » ; MANFRED REHBINDER/LORENZ HAAS/KAI-PETER UHLIG, in : Uhlig/Rehbinder/Haas (Ed.), Orell Füssli Kommentar, URG Urheberrechtsgesetz mit weiteren Erlassen und internationalen Abkommen, Zurich 2022 URG art. 2 N 2 ; WILLI EGLOFF, in : Barrelet/Egloff (Ed.), Das neue Urheberrecht, Kommentar zum Bundesgesetz über das Urheberrecht (URG) und verwandte Schutzrechte, Kommentar, Bern 2020, art. 2 N 8 ; RETO M. HILTY, Urheberrecht, Bern 2020, para. 151.

⁶ HILTY, nbp. 5, para. 152 ; ROLAND VON BÜREN, in : von Büren/David (Ed.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), II/2, Urheberrecht im EDV-Bereich, Bâle 1998, para. 403.

⁷ HILTY, nbp. 5, para. 152, 184 ; NATHALIE TISSOT/DANIEL KRAUS/VINCENT SALVADE, Propriété intellectuelle, Marques, brevets, droit d'auteur, Bern 2019, para. 16.

⁸ BGE 134 III 166, E. 2.3.2 – « Arzneimittel-Kompendium » ; ainsi que : BGE 142 III 387 E. 3.1 – « Fermeture d'une Terrasse » ; BGE 136 III 225, E. 4.2 – « Guide orange ».

⁹ URG Komm.-EGLOFF, nbp. 5, art. 2 N 33 et les références citées ; OFK URG-REHBINDER/HAAS/UHLIG, nbp. 5, art. 2 N 31 ; WILLI EGLOFF, FAIR Works – Eckpunkte eines Urheberrechts für digitale Welt, sic! 2022, 405 ss., 412.



Les **recueils** sont également protégés par le droit d'auteur s'ils remplissent les conditions de protection du droit d'auteur, notamment s'ils ont un caractère individuel, en raison du choix ou de la disposition de leur contenu (article 4 al. 1 LDA). Les **bases de données** sont également considérées comme des recueils. Les bases de données sont protégées si elles ont un caractère individuel, en raison du choix ou de la disposition des données qui y sont contenues¹⁰. Pour les bases de données, il n'est pas simple de remplir cette condition. En règle générale, seules des bases de données structurées sont protégées par le droit d'auteur puisque dans le cas des bases de données non structurées la disposition des données pouvant justifier la protection par le droit d'auteur fait défaut¹¹. Le choix des données à lui seul ne devrait quasiment jamais avoir un caractère individuel pouvant ainsi justifier la protection par le droit d'auteur. Une protection éventuelle des bases de données par le droit d'auteur n'a toujours trait qu'au choix et à la disposition des données, pour ainsi dire à la **structure de la base de données**, et non aux données en tant que telles. Les données individuelles – et même l'ensemble des données – ne sont pas protégées par le droit d'auteur.

Il convient de noter que le droit d'auteur ne protège pas seulement les œuvres entières (par exemple, tout le code source), mais **aussi ses parties** (par exemple, les parties d'un texte, des séquences d'un code source ou les parties d'une base de données), si les parties remplissent à elles seules les conditions de protection, notamment si elles ont un caractère individuel (article 2 al. 4 LDA).

Les titulaires des droits d'auteurs ont le droit exclusif de décider si, quand et de quelle manière l'œuvre sera utilisée (article 10 al. 1 LDA). Une partie de ce droit d'utilisation est ce que l'on appelle le **droit de mise à disposition**, c'est-à-dire le droit, de mettre l'œuvre à disposition, de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit individuellement (article 10 al. 2 let. c LDA). Ce droit comprend la mise à disposition de l'œuvre par Internet. Les œuvres protégées par le droit d'auteur ne doivent donc être mises à disposition en tant qu'**ORD** qu'avec l'accord du titulaire des droits.

L'utilisation d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans le cadre de la recherche est toutefois largement autorisée par le biais de **limites**. L'utilisation d'œuvres pour la recherche personnelle (par exemple, la rédaction d'une thèse) est autorisée par la limite de l'usage privé (article 19 al. 1 let. a LDA)¹². La reproduction d'œuvres pour la recherche au sein d'une organisation peut être qualifiée d'usage en entreprise et est ainsi également autorisée (article 19 al. 1 let. c LDA)¹³. En outre, la LDA contient une limite explicite en faveur de la recherche scientifique permettant de reproduire des œuvres

¹⁰ EGLOFF, nbp. 5, URG 4 N 6 ; HILTY, Urheberrecht, para. 249 ; IVAN CHERPILLOD, in : Müller/Oertli (Ed.), Stämpfli's Handkommentar, Urheberrechtsgesetz (URG), Bundesgesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte. Mit Ausblick auf EU-Recht, deutsches Recht, Staatsverträge und die internationale Rechtsentwicklung, Bern 2012, art. 4 N 4.

¹¹ CJUE GRUR 2009, 572 ; OGer ZH du 1^{er} septembre 1992, in : SMI 1993, 331 ss. ; URG Komm.-EGLOFF, nbp. 5, art. 4 N 6 et les références citées.

¹² BARRELET/EGLOFF, nbp. 5, art. 19 N 11 ; SHK URG-Gasser, nbp. 10, art. 19 N 21.

¹³ BARRELET/EGLOFF, nbp. 5, art. 19 N 20 ; OFK URG-REHBINDER/HAAS/UHLIG, nbp. 5, art. 19 N 31.



à des fins de recherche scientifique, si la reproduction est conditionnée par l'utilisation d'un procédé technique et s'il existe un accès licite aux œuvres à reproduire (article 24d al. 1 LDA). Les citations tirées d'œuvres sont en outre autorisées par la limite de la liberté de citation (article 25 LDA). Si les conditions de l'une de ces limites sont remplies, les œuvres et prestations protégées peuvent aussi, sans l'accord des titulaires des droits d'auteur et des droits voisins, être utilisées dans le cadre de la recherche et notamment être reproduites, c'est-à-dire, par exemple, être stockées sur un serveur. Cependant, ces limites ne permettent pas de mettre des œuvres à disposition en tant qu'*ORD* sur une plateforme.

La **protection** par le droit d'auteur est **limitée dans le temps**. Pour les œuvres littéraires et artistiques, elle prend fin soixante-dix ans après le décès de l'auteur, et pour les programmes d'ordinateur, cette protection expire cinquante ans après. Pour les photographies dépourvues de caractère individuel, la protection prend fin cinquante ans après la confection (article 29 ss. LDA). La protection des prestations d'artistes interprètes prend fin soixante-dix ans après la prestation, la protection de producteurs de phonogrammes ou vidéogrammes après la confection du support. La protection de prestations d'une entreprise de radiodiffusion prend fin cinquante ans après la diffusion de l'émission (article 39 LDA). Après l'expiration de la protection, les œuvres et prestations tombent dans le **domaine public (*public domain*)** et peuvent être utilisées librement, c'est-à-dire qu'elles peuvent, par exemple, être mises à disposition en tant qu'*ORD*.

1.3. Le droit *sui generis* des bases de données dans l'UE

Avec la **Directive 96/9/CE concernant la protection juridique des bases de données** (directive sur les bases de données), la Communauté européenne (CE) de l'époque a créé au milieu des années 1990 une protection spéciale pour les bases de données. Avec la transposition de la directive concernant la protection juridique des bases de données, les États membres de la CE ont créé dans leur droit national une *protection* des bases de données *par le droit d'auteur* ainsi qu'un droit dit « *sui generis* » pour les fabricants des bases de données¹⁴. La création et la durée de la protection par le droit d'auteur des bases de données sont déterminées par le droit d'auteur. Le droit *sui generis* est créé avec l'achèvement de la fabrication et prend fin après quinze ans (article 10 al. 1 directive sur les bases de données).

Le **droit suisse ne connaît pas de droit *sui generis***, seulement une protection des bases de données par le droit d'auteur¹⁵. Par conséquent, en Suisse, les bases de données ne sont pas protégées contre l'extraction et/ou la réutilisation des données qui y sont contenues. Néanmoins, il convient de respecter

¹⁴ art. 7 ss. Directive sur les bases de données ; pour la motivation, voir notamment le considérant 38 de la Directive sur les bases de données.

¹⁵ cf. supra, B.1.2.



le droit *sui generis* des bases de données lors de la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD*, puisque les données sont rendues disponibles au niveau mondial (et donc dans l'UE) et chaque type de mise à disposition publique de données est considérée comme une réutilisation. La mise à disposition de données en tant qu'*ORD* peut donc enfreindre le droit *sui generis* des bases de données – indépendamment du lieu du serveur.

La finalité du droit *sui generis* sur les bases de données est de protéger les investissements des fabricants des bases de données¹⁶. On entend par « base de données » un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants¹⁷, **disposés de manière systématique ou méthodique** et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou d'une autre manière (article 1 al. 2 directive sur les bases de données)¹⁸. La protection ne couvre donc que des bases de données structurées, et non des recueils de données non structurées¹⁹. La condition pour la protection est que le fabricant ait effectué qualitativement et quantitativement un investissement substantiel dans l'obtention, la vérification ou la présentation du contenu d'une base de données. Seuls les moyens mis en œuvre afin de rechercher et de rassembler des éléments sont considérés comme un investissement relatif à la base de données, et non l'investissement dans la création de ces éléments, c'est-à-dire les données en tant que telles²⁰.

Le droit *sui generis* confère à son titulaire le droit d'interdire l'extraction et/ou la réutilisation de la totalité ou d'une partie substantielle, évaluée de façon qualitative ou quantitative, du contenu de celle-ci²¹. Par « **extraction** », on entend le transfert permanent ou temporaire du contenu d'une base de données sur un autre support par quelque moyen ou sous quelque forme que ce soit (article 7 al. 2 let. a directive sur les bases de données). Par « **réutilisation** », on entend toute forme de mise à disposition du public (article 7 al. 2 let. b directive sur les bases de données)²². On peut considérer qu'il s'agit d'une « partie substantielle » lorsque par rapport au contenu total de la base de données une partie quantitativement importante est extraite et/ou réutilisée. Il s'agit d'une partie qualitativement substantielle lorsque

¹⁶ CJUE du 9 octobre 2008, C-304/07 – Directmedia vs. Albert-Ludwigs-Universität, para. 33 ; CJUE du 19 décembre 2013, C-202/12, Innoweb vs. Wegener, para. 36 ss.

¹⁷ CJUE du 29 octobre 2015, C-490/14 – Freistaat Bayern vs. Verlag Esterbauer GmbH, para. 17 et 22.

¹⁸ Selon la CJUE il doit être possible de « localiser tout élément indépendant contenu en son sein », par ex., par un moyen technique, un index, une table des matières etc. ; CJUE du 9 novembre 2004, C-444/2 – Fixtures Marketing vs. OPAP, para. 30.

¹⁹ CJUE du 1^{er} mars 2012, C-604/10, para. 30 et 32 – Football Dataco vs. Yahoo!.

²⁰ CJUE du 9 novembre 2004, C-203/02 – British Horseracing vs. Hill Organization, para. 38 ; CJUE du 9 novembre 2004, C-444/2 – Fixtures Marketing vs. OPAP, para. 39 ss., not. 47 ; FLORENT THOUVENIN, Funktionale Systematisierung von Wettbewerbsrecht (LCD) und Immaterialgüterrecht, Diss. Zurich, Köln/Berlin/München 2007, 392.

²¹ THOUVENIN, nbp. 20, 393.

²² Selon la CJUE les notions « extraction », et « réutilisation » comprennent toutes les utilisations non autorisées, qui portent atteinte à l'investissement de la personne qui a constitué cette base ; CJUE du 9 novembre 2004, C-203/02 – British Horseracing vs. Hill Organization, para. 51 ; Heiko SENDROWSKI, Zum Schutzrecht «sui generis» an Datenbanken, GRUR 2005, 369 ss., 374.

l'investissement effectué pour le ou les élément(s) extrait(s) est important par rapport à l'investissement effectué dans l'intégralité de la base de données²³. L'extraction et la réutilisation de parties non substantielles ne sont pas non plus autorisées si elles sont répétées et systématiques et contraires à une exploitation normale de cette base de données par le fabricant, ou si elles causent un préjudice injustifié aux intérêts de celui-ci (article 7 al. 5 directive sur les bases de données).

Alors que le droit d'auteur protège le choix et la disposition des données dans une base de données, et donc leur structure²⁴, le droit *sui generis* protège le **contenu des bases de données**, c'est-à-dire une majorité de données, en prenant en compte l'extraction d'éléments individuels ou de plusieurs éléments à partir d'une base de données, indépendamment du fait que la structure de la base de données ait également été reprise²⁵. Le fabricant d'une base de données peut ainsi interdire aux tiers d'extraire ou de réutiliser sous quelque forme que ce soit, les données qui y sont contenues à condition qu'il s'agisse de parties quantitativement ou qualitativement substantielles. Certes, le droit *sui generis* confère ainsi des droits exclusifs sur le contenu des bases de données et sur certains volumes de données, mais pas sur les données individuelles contenues dans les bases de données.

1.4. La reprise directe de résultats de travail (article 5 let. c LCD)

La LCD ne prévoit pas seulement la protection de secrets de fabrication et d'affaires, mais également la protection contre la reprise directe de résultats de travail. Selon l'article 5 let. c LCD, agit de façon déloyale la personne qui reprend grâce à des procédés techniques de reproduction et sans sacrifice correspondant le résultat du travail d'un tiers, prêt à être mis sur le marché, et l'exploite comme tel. Cette protection s'étend également à la reprise directe de données et peut donc avoir des effets similaires au droit *sui generis* sur les bases de données²⁶.

Selon la doctrine et la jurisprudence, un **résultat de travail prêt à être mis sur le marché** est constitué par un produit qui peut être exploité de façon commerciale sans intervention supplémentaire²⁷. Ce résultat de travail doit être matérialisé d'une façon ou d'une autre, parce qu'autrement il ne pourrait pas être repris par un procédé de reproduction technique²⁸. Il peut s'agir non seulement de résultats de

²³ CJUE du 5 mars 2009, C-545/07 – Apis-Hristovich vs. Lakorda, para. 56 ss., not. 59, 66 et 74 ; SENDROWSKI, nbp. 22, 375 ; ANDREAS WIEBE, Schutz von Maschinendaten durch das *sui-generis*-Schutzrecht für Datenbanken, GRUR 2017, 338 ss., 343 ss.

²⁴ Considérants 15 et 39 Directive sur les bases de données.

²⁵ Voir aussi considérant 58 Directive sur les bases de données, selon lequel le droit d'auteur protège la structure, et en revanche le droit *sui-generis* le contenu ; CJUE du 5 mars 2009, C-545/07 – Apis-Hristovich vs. Lakorda, para. 55.

²⁶ cf. supra, B.1.3.

²⁷ FLORENT THOUVENIN, art. 5 let. c LCD – reloaded, sic! 2018, 595 ss., 598 ; BGE 131 III 384, 389 – « Suchspider ».

²⁸ BGE 131 III 384, 389 – « Suchspider » ; ähnlich auch ROLF H. WEBER/LENNART CHROBAK, in : Heizmann/Loacker (Ed.), Kommentar zum Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Zurich/St. Gallen 2018, art. 5 let. c N 19.

travail matériels, mais également de résultats de travail immatériels, tels que des enregistrements de son et d'images, des programmes d'ordinateur ou des données qui sont stockées sur un support de données²⁹. Le critère de **procédé de reproduction technique** n'a pas été défini de façon précise ni par le législateur ni par la doctrine et la jurisprudence. Toutefois, des procédés de reproduction numériques, tels que le *web scraping* ou la création de copies numériques de données³⁰, sont à qualifier sans aucun doute de procédés de reproduction techniques. Par « **reprise** », on entend une reproduction consistant à intégrer l'objet du résultat de travail dans le procédé de reproduction³¹, par « **exploitation** », toute application commerciale ou usage professionnel dans le cadre d'une activité économique³². En premier lieu, on entend par là l'utilisation du résultat de travail repris pour la fabrication d'un produit concurrent. Toutefois, selon une partie de la doctrine et la jurisprudence il suffirait que le résultat de travail soit utilisé comme base d'une prestation propre³³.

Le législateur a délibérément formulé de façon ouverte le critère de **sacrifice correspondant**. Il doit permettre de « jauger l'avantage injustifié dont jouit le second concurrent » et de tenir compte de l'amortissement « du sacrifice fait par le premier concurrent pour créer le produit repris »³⁴. Il est communément admis que le sacrifice correspondant doit être déterminé dans le cadre d'une « double comparaison du sacrifice »³⁵.

Certes, il ne peut être répondu à la question de savoir si les conditions de l'article 5 let. c LCD sont remplies qu'au cas par cas. Mais la disposition montre que la reprise de données de tiers peut également enfreindre une disposition de la LCD lorsque ces données ne sont pas tenues secrètes mais sont accessibles au public.

1.5. Protection de secrets de fabrication et d'affaires (*know-how*)

Les secrets de fabrication et d'affaires ne sont certes pas protégés par les droits sur les biens immatériels, mais les secrets sont protégés par une série de normes contre la divulgation et l'utilisation par des tiers. Ces dispositions sanctionnent, si les conditions sont réunies, les **atteintes au contrôle**

²⁹ BGE 131 III 384, 389 ss. – « Suchspider » ; UWG-Komm.-WEBER/CHROBAK, nbp. 28, art. 5 let. c N 15, 18 ; SIMONE BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, in : Jung (Ed.), Stämpflis Handkommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, Bern 2023, art. 5 N 23 ; RETO ARPAGAUS, in : Hilty/Arpagaus (Ed.), Basler Kommentar, Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Bâle 2013, art. 5 N 31, 36.

³⁰ UWG Komm.-WEBER/CHROBAK, nbp. 28, 5 N 43 ; BSK LCD-ARPAGAUS, nbp. 29, 5 N 84 ; ainsi aussi SHK UWG -BRAUCHBAR BIRKHÄUSER, nbp. 29, art. 5 N 33.

³¹ UWG Komm.-WEBER/CHROBAK, nbp. 28, art. 5 let. c N 23 ; ARNAUD NUSSBAUMER, in : Martenet/Pichonnaz (Ed.), Commentaire Romand, Loi contre la concurrence déloyale (LCD), Bâle 2017, art. 5 N 68.

³² UWG Komm.-WEBER/CHROBAK, nbp. 28, art. 5 let. c N 25.

³³ BSK UWG-ARPAGAUS, nbp. 29, art. 5 N 74.

³⁴ Message LCD, FF 1983 1009, 1071.

³⁵ BGE 131 III 384, E. 4.3 – « Suchspider » ; BGE 134 III 166, E. 4.3 – « Arzneimittelkompendium » ; BGE 139 IV 17, E. 1.5 – « Cardsharing » ; BSK UWG-ARPAGAUS, nbp. 29, Art. 5 N 91 ; UWG Komm.-WEBER/CHROBAK, nbp. 28, art. 5 let. c N 47, 53.

effectif sur les données et servent ainsi à sécuriser le contrôle effectif des données sur le plan juridique³⁶. Il s'agit en premier lieu des dispositions des articles 6 LCD et 162 CP.

Selon l'article 6 LCD, agit de façon déloyale (et donc illégale) celui qui exploite ou divulgue des secrets de fabrication ou d'affaires qu'il a surpris ou dont il a eu indûment connaissance d'une autre manière. Par « **secret** », on entend « la connaissance particulière de faits qui ne sont pas publics ni accessibles au public, et pour lesquels le fabricant ou le détenteur du secret a un intérêt légitime à les garder secrets et qu'il souhaite effectivement garder secrets »³⁷. En outre, un tel secret doit avoir un impact potentiel sur le résultat d'affaires de l'entreprise, il doit ainsi être « pertinent pour la fabrication ou les affaires » pour être protégé par l'article 6 LCD³⁸.

Toutefois, **l'article 6 LCD** ne protège pas les secrets d'entreprise en soi, mais ne confère des droits que contre **l'exploitation et la divulgation de secrets**, après que la connaissance de ceux-ci a été surpris ou obtenu indûment d'une autre manière³⁹. Après une telle obtention illicite de connaissances, l'article 6 LCD exige une action supplémentaire qui est objectivement susceptible d'influencer la concurrence⁴⁰. Si ces conditions sont remplies, l'ayant droit peut faire valoir ses droits prévus par la loi afin de faire interdire et faire cesser l'atteinte (article 9 al. 1 let. a et b LCD). Par ailleurs, l'article 23 al. 1 LCD sanctionne pénalement la violation de l'article 6 LCD sur plainte.

Quiconque révèle un secret de fabrication ou un secret commercial qu'il est tenu de garder en vertu d'une obligation légale ou contractuelle, quiconque utilise cette révélation à son profit ou à celui d'un tiers, est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire conformément à **l'article 162 CP**. L'infraction pénale est dans une large mesure identique à celle prévue à l'article 6 LCD, à l'exception de **l'obligation contractuelle ou légale de secret** nécessaire ici⁴¹. En ce qui concerne la terminologie, le terme de secret de fabrication et d'affaires à l'article 6 LCD est identique à celui utilisé à l'article 162 CP⁴².

³⁶ ALFRED FRÜH, Datenzuordnung und Datennutzung, digma 2019, 172 ss., 173.

³⁷ BSK UWG -FRICK, nbp. 29, art. 6 N 12 ; BGer 4A_78/2014 du 23 septembre 2014, E. 11.1 ; OGer ZH UE140269 du 19 mars 2015, E. 2.c.

³⁸ SHK UWG -MABILLARD, nbp. 29, art. 6 N 13 ; BSK UWG-FRICK, nbp. 29, art. 6 N 15, à chaque fois avec les références citées.

³⁹ BSK UWG -FRICK, nbp. 29, art. 6 N 5 ; SHK UWG-MABILLARD, art. 6 N 21.

⁴⁰ SHK UWG -MABILLARD, art. 6 N 21 ; BSK UWG -FRICK, art. 6 N 53, à chaque fois avec les références citées.

⁴¹ MARCEL ALEXANDER NIGGLI/NADINE HAGENSTEIN, in : Niggli/Wiprächtiger (Ed.), Basler Kommentar, Strafgesetzbuch und Jugendstrafgesetzbuch (StGB/JStGB), Bâle 2019, art. 162 N 52 ; SHK UWG -MABILLARD, nbp. 38, art. 6 N 5 et les références citées.

⁴² SHK UWG -MABILLARD, nbp. 38, art. 6 N 8 ; BSK UWG-FRICK, nbp. 29, art. 6 N 13 ; LORENZA FERRARI HOFER/DAVID VASELLA, in : Amstutz/Atamer (Ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Wirtschaftliche Nebenerlasse: FusG, UWG, KKG, PauRG und PrHG, Zurich 2023, art. 6 N 3.



La protection de secrets de fabrication et d'affaires par les articles 6 LCD et 162 CP n'est pas soumise à une durée déterminée, elle peut donc (théoriquement) durer éternellement. Toutefois, **la protection prend fin lorsque l'information n'est plus secrète**⁴³.

La question de savoir si les **données de recherche** sont protégées par l'article 6 LCD et l'article 162 CP, lorsqu'elles sont tenues secrètes, est empreinte d'incertitude. Comme cela a été exposé, la qualification comme secret de fabrication et d'affaires requiert que les faits secrets aient une certaine **valeur économique** voire que les faits secrets puissent avoir un impact sur le résultat de l'entreprise⁴⁴. Dans ce contexte, la doctrine soutient que les informations de valeur scientifique, universitaire ne sont pas des secrets au sens de l'article 6 LCD (et donc au sens de l'article 162 CP), tant qu'elles ne sont pas transférées à une entreprise⁴⁵. D'autres auteurs mentionnent des travaux de recherche et de développement (universitaires ou internes à l'entreprise) comme exemples de secrets de fabrication et d'affaires, mais également sous réserve que ces travaux soient significatifs pour le succès commercial et qu'ils aient donc une certaine pertinence économique⁴⁶. Une valeur économique devrait être aisément établie lorsque les universités génèrent des données de recherche dans le cadre de leurs activités économiques privées (missions de recherche pour des entreprises, réalisation d'expertises, etc.). Selon l'état actuel de la doctrine et la jurisprudence, il reste incertain que les données de recherche, qui ont été générées par les universités dans le cadre de la recherche « normale » et donc en principe non commerciale, aient une valeur économique au sens de l'article 6 LCD et de l'article 162 CP – et qu'elles relèvent donc de la protection de secrets selon ces dispositions.

Selon une interprétation téléologique, il conviendrait de conférer aux **données de recherche la protection de l'article 6 LCD et de l'article 162 CP**. En effet, la finalité de ces dispositions est d'empêcher des pertes économiques dues à la divulgation et l'exploitation non autorisées de secrets. Cet aspect sous-tend également la confidentialité de données de recherche universitaire. Celle-ci est censée permettre le contrôle par l'université ou les chercheurs d'un résultat de travail central et empêcher que des tiers (par exemple des entreprises ou d'autres chercheurs) obtiennent des avantages économiques (ou autres) grâce à l'utilisation des données de recherche. Dans ce contexte, il s'impose de qualifier des données de recherche universitaire de secrets d'affaires.

Par conséquent, des données de recherche peuvent certes être qualifiées de **secrets au sens de l'article 6 LCD et l'article 162 CP**. Toutefois, cela ne signifie pas que la mise à disposition de données

⁴³ SHK UWG-MABILLARD, nbp. 38, art. 6 N 19 ; BSK UWG-FRICK, nbp. 29, art. 6 N 51.

⁴⁴ En ce qui concerne le CP : ANDREAS DONATSCH, in : Orell Füssli Kommentar StGB/JStGB, avec d'autres actes législatifs et commentaire des dispositions pénales de la LCR, LStup, LEI et LAO, Zurich 2022, art. 162 N 3 ; BSK StGB-NIGGLI/HAGENSTEIN, nbp. 41, art. 162 N 9 ; STEPHAN SCHLEGEL, in : Wohlers/Gothenzi/Schlegel (Ed.), Handkommentar, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Bern 2020, art. 162 N 3.

⁴⁵ BSK UWG-FRICK, nbp. 29, art. 6 N 15.

⁴⁶ OFK StGB-DONATSCH, nbp. 44, art. 162 N 3.



de recherche en tant qu'*ORD* remplit les conditions de ces dispositions. **L'article 6 LCD** ne concerne que l'exploitation ou la divulgation de secrets que la personne concernée a surpris ou dont elle a eu indûment connaissance d'une autre manière. Cela n'est généralement pas le cas lorsque les données de recherche sont mises à disposition en tant qu'*ORD* puisque dans le cadre de leurs travaux de recherche, les chercheurs ont accès aux données ou les ont générées eux-mêmes. Il n'en va autrement que si les chercheurs ont obtenu illégalement accès aux données. Cependant, une violation de **l'article 162 CP** est possible. Cela présuppose qu'il existe une **obligation légale ou contractuelle** de garder un secret. La mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD* peut se heurter à des obligations de confidentialité notamment issues de contrats conclus dans le cadre de coopérations de recherche avec des entreprises (ou d'autres institutions de recherche)⁴⁷. De tels contrats sont souvent conclus avant toute coopération proprement dite, par exemple en la forme d'accords de confidentialité (NDA) ou d'accord de transferts de matériel (MTA). Dans la pratique, ces contrats ont une grande importance. Pour les coopérations de recherche avec des entreprises (ou d'autres institutions de recherche) il est primordial que ces dispositions contractuelles soient respectées, y compris, mais pas seulement, les dispositions de confidentialité. Si les données sont divulguées en tant qu'*ORD* en violation d'une obligation contractuelle, il s'agit non seulement d'une violation du contrat, mais également d'une violation de l'article 162 CP et donc d'un fait punissable. Ce délit est, sur plainte, puni d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. C'est le détenteur du secret qui est habilité à déposer plainte⁴⁸.

D'autres éléments constitutifs d'infractions pénales visant à protéger les secrets se trouvent en droit suisse parmi les actes punissables commis à l'encontre des devoirs de fonction et de profession, notamment la violation **du secret de fonction** (article 320 CP). La notion de secret doit être comprise de façon similaire à celles de l'article 6 LCD et de l'article 162 CP. Toutes les informations non généralement connues ou accessibles que le détenteur souhaite protéger contre la divulgation et pour lesquelles le maintien du secret relève d'un intérêt objectif, sont également à considérer comme des secrets conformément à l'article 320 CP⁴⁹. Un secret devient un secret de fonction lorsque le fait à garder secret a été confié au titulaire de la fonction dans sa qualité de fonctionnaire ou qu'il en a eu connaissance en raison de sa fonction officielle⁵⁰. En d'autres termes, il faut un lien de causalité entre la connaissance du secret et la fonction officielle. La question de savoir si des **données de recherche universitaire** remplissent ce critère, ne semble pas avoir été discutée jusque-là dans la doctrine et/ou

⁴⁷ cf. infra, C.4.

⁴⁸ BSK StGB-NIGGLI/HAGENSTEIN, nbp. 41 **Error! Bookmark not defined.**, art. 162 N 56 f. ; OFK StGB-DONATSCH, nbp. 44, art. 162 N 8.

⁴⁹ BSK StGB-OBERHOLZER, nbp. 41, art. 320 N 8 ; OFK StGB-ISENRING, nbp. 44, art. 320 N 3, à chaque fois avec les références citées.

⁵⁰ Casuistique : Dossier de patient de la SUVA (BGE 142 IV 65, E. 5.2) ; toutes les informations relatives à une procédure pénale (BGer 6B_439/2016 du 21 avril 2017, E. 2.2.2) ; Inscriptions au casier judiciaire (BGE 127 IV 122, E. 1).



la jurisprudence. De ce fait, la norme doit être interprétée. La formulation de l'article 320 CP (« confié » et « a eu connaissance ») laisse présumer que seuls les faits secrets déjà existants sont pris en compte, dont le ou la fonctionnaire a eu connaissance dans le cadre de ses fonctions officielles. En revanche, des connaissances ou faits créés ou générés dans le cadre de l'activité officielle ne sont pas inclus. Des données de recherche, générées dans le cadre de travaux de recherche universitaire, ne sont donc pas comprises dans la notion de secret de fonction. Ce résultat est également étayé par une interprétation téléologique de cette disposition qui sert en premier lieu au maintien de secrets pour lesquels il existe un intérêt public (par exemple, la confidentialité de la stratégie de politique extérieure de la Suisse) ou un intérêt individuel (par exemple, une inscription au casier judiciaire), et dont la connaissance a été acquise dans le cadre d'une fonction officielle. Même s'il existe des constellations dans lesquelles il y a des intérêts publics ou privés à garder les données de recherche secrètes, le fait de garder les données de recherche secrètes ne sert pas (en premier lieu) à protéger les intérêts de tiers, mais à protéger les intérêts des chercheurs et des institutions de recherche dans le contrôle des données générées dans le cadre de la recherche et dans leur exploitation scientifique ou économique. Les données de recherche, générées par des institutions de recherche publiques – par exemple, les institutions du domaine des EPF – dans le cadre de leurs recherches sont donc des secrets d'affaires (au sens large) et non des secrets de fonction.

2. Statut du titulaire du droit

Dans la mesure où il existe des droits sur des données, la question se pose de savoir à qui appartiennent ces droits. Les lois relatives aux droits sur des biens immatériels ne règlent que la question de l'acquisition originale et précisent que les droits sur des biens immatériels peuvent être transférés, et donc également acquis de façon dérivée. Toutefois, ces lois (à l'exception de l'article 17 LDA) ne règlent pas la question de savoir à qui reviennent les droits sur les biens immatériels dans la relation entre employeur et salarié. En ce qui concerne la relation de travail dans le secteur privé, cette question est réglée par le droit sur les brevets et les designs à l'article 332 CO ; pour le droit d'auteur, le législateur a délibérément omis de régler cette question (sauf pour les programmes d'ordinateur à l'article 17 LDA). En ce qui concerne la relation entre les chercheurs et les institutions du domaine des EPF, la question est réglée à l'article 36 de la Loi sur les EPF.

L'article 36 al. 1 de la Loi sur les EPF est le suivant : « Tous les droits sur des biens immatériels que des personnes ayant des rapports de travail au sens de l'article 17 créent dans l'exercice de leur activité au service de leur employeur reviennent aux EPF et aux établissements de recherche ; les droits d'auteur ne sont pas concernés par cette disposition. »

Le texte de la loi et les explications dans le message précisent que la disposition s'applique à tous les biens immatériels faisant l'objet d'une réglementation spéciale, notamment aux inventions, aux œuvres littéraires et artistiques, aux designs, aux marques, aux topographies de semi-conducteurs et aux



variétés végétales⁵¹. Ni la loi ni le message ne mentionnent les droits sur les données qui ne sont pas protégées par le droit sur des biens immatériels. Le droit aux secrets d'affaires qui est au premier plan lorsqu'il s'agit de données n'est pas non plus abordé directement. Toutefois, le message clarifie que les institutions du domaine des EPF créent « dans une large mesure un savoir-faire économiquement exploitable » et que l'objectif de la révision de l'article 36 de la Loi sur les EPF est de « réglementer clairement l'ensemble des droits sur les biens immatériels dans le domaine des EPF ».

Comme indiqué, **les données ne sont pas des choses**⁵², mais **des biens immatériels**⁵³. L'article 36 de la Loi sur les EPF prévoit que « **tous les droits sur des biens immatériels** » qui ont été créés par les salariés de ces institutions dans l'exercice de leur activité au service de leur employeur reviennent aux institutions du domaine des EPF à l'exception des droits d'auteur. Aussi dans la note marginale de l'article 36 de la Loi sur les EPF ce n'est pas le terme « **droits sur des biens immatériels** » qui est employé, mais « **biens immatériels** ». La formulation de la disposition parle donc en faveur d'un champ d'application plus vaste, qui englobe tous les biens immatériels et non seulement des droits sur des biens immatériels faisant l'objet d'une réglementation spéciale – et donc également les éventuels droits sur les données.

Une interprétation téléologique de la disposition mène à la même conclusion, d'autant plus que, selon le message, le Conseil fédéral voulait instaurer « **une attribution claire des droits sur l'ensemble des biens immatériels dans le domaine des EPF** ». Le fait que l'employeur obtienne les droits sur les biens créés par ses salariés dans l'exercice de leur activité au service de leur employeur, va tellement de soi en ce qui concerne les choses que la question n'est même pas réglée en droit du travail. Une réglementation légale n'existe que pour les droits sur des biens immatériels – et la question y est toujours résolue par une attribution du droit à l'employeur, à l'exception du droit d'auteur dominé par le principe du créateur. Et même dans le droit d'auteur, la seule réglementation légale, ne s'appliquant qu'aux programmes d'ordinateur, prévoit l'attribution des droits à l'employeur (article 17 LDA). Conformément à l'article 36 al. 2 phrase 1 de la Loi sur les EPF, la même chose s'applique aux institutions du domaine des EPF.

Comme indiqué, les données ne sont protégées que partiellement et qu'indirectement par des droits sur des biens immatériels faisant l'objet d'une réglementation spéciale⁵⁴. Toutefois, elles sont couvertes par la **protection de secrets de fabrication et d'affaires** à l'article 6 LCD et à l'article 162 CP, si elles remplissent les conditions de qualification de secret⁵⁵. La protection de secrets de fabrication et

⁵¹ Message Loi sur les EPF, FF 2002 3465 ss., 3495.

⁵² cf. supra, B.1.1.

⁵³ FLORENT THOUVENIN, Wem gehören meine Daten? Zu Sinn und Nutzen einer Erweiterung des Eigentumsbegriffs, SJZ 113/2017, 21 ss., 25.

⁵⁴ cf. supra, B.1.2.

⁵⁵ cf. supra, B.1.5.



d'affaires transfère également des **droits à des informations secrètes**. Ceux-ci sont à qualifier, comme les droits sur des biens immatériels, comme des droits subjectifs⁵⁶. En *common law*, la protection de *trade secrets* est ainsi comprise comme un droit sur un bien immatériel (*intellectual property right*)⁵⁷. L'accord sur les ADPIC que la Suisse a également signé et ratifié repose également sur cette compréhension⁵⁸. Ainsi il existe des raisons tout à fait valables de qualifier les droits sur des informations secrètes que la protection de secrets de fabrication et d'affaires transfère au détenteur du secret, de droits sur des biens immatériels, d'autant plus qu'il s'agit de droits subjectifs à des biens immatériels. Il n'y a pas lieu de répondre ici à la question de savoir si ces raisons savent convaincre pour le droit suisse. Car les données sont sans doute des biens immatériels au sens de l'article 36 de la Loi sur les EPF. Les droits sur les données sont ainsi couverts par cette disposition et la propriété de ces données est attribuée aux institutions du domaine des EPF.

L'interprétation de l'article 36 de la Loi sur les EPF mène ainsi à la conclusion que les **droits sur les données** que les salariés des institutions du domaine des EPF génèrent dans l'exercice de leur activité au service de leur employeur reviennent à ces institutions.

3. Droit de la protection des données

La Loi sur la protection des données (LPD) régit le traitement des **données personnelles de personnes physiques** (article 2 al. 1 LPD). On entend par « données personnelles » toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (article 5 let. a LPD). La notion de données personnelles a donc un sens très large. La notion de **traitement** est également très large. Il englobe toute opération relative à des données personnelles, quels que soient les moyens et procédés utilisés, notamment la collecte, l'enregistrement, la conservation, l'utilisation, la modification, la communication, l'archivage, l'effacement ou la destruction de données (article 5 let. d LPD). La LPD a donc un champ d'application très large et englobe également beaucoup de données de recherche qui sont mises à disposition en tant qu'*ORD* sur Internet.

Le traitement de **données anonymisées et de données matérielles** (par exemple, des données concernant l'usure d'une turbine d'avion), qui n'ont, dès le départ, aucun lien avec une personne, n'en fait pas partie. L'anonymisation transforme les données personnelles de telle sorte que le lien avec une

⁵⁶ THOUVENIN, nbp. 20, 560 f. ; SHK UWG-Mabillard, nbp. 29, art. 6 N 1 et les références citées.

⁵⁷ OHLY ANSGAR, Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives, in : Werra (Ed.), *La protection des secrets d'affaires / The Protection of Trade Secrets*, Zurich 2013, 32 ; MARCO BRONCKERS/NATHALIE M. MCNELIS, Is the EU obliged to improve the protection of trade secrets? An inquiry into TRIPS, the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights, *EIPR* 2012, 673 ss., 677.

⁵⁸ OHLY ANSGAR, Harmonising the Protection of Trade Secrets: Challenges and Perspectives, in : Werra (Ed.), *La protection des secrets d'affaires / The Protection of Trade Secrets*, Zurich 2013, 33 ; INGO MEITINGER, Die globale Rahmenordnung für den Schutz von Geschäftsgeheimnissen im TRIPS-Abkommen der WTO und ihre Auswirkungen auf die Rechtslage in der Schweiz, *sic!* 2002, 145 ss., 147.



personne déterminée ne peut plus être établi ou seulement au prix d'un effort disproportionné⁵⁹. La question de savoir quand les données personnelles peuvent être considérées comme anonymisées, n'est à ce jour pas suffisamment claire. Il n'est notamment pas clair à partir de quel degré d'abstraction une réidentification apparaît comme une tâche disproportionnée. En outre, la question de savoir dans quelle mesure une anonymisation est même possible d'un point de vue technique est controversée. Les développements dans le domaine de l'IA et du *Big Data* permettent justement de faire des déductions de plus en plus simples à partir d'un ensemble de données prétendument anonymisées afin d'identifier des personnes déterminées ou déterminables.

Les institutions du domaine des EPF, en tant qu'organes fédéraux, ne peuvent traiter des données personnelles que s'il existe pour cela une **base légale**. C'est le cas. Conformément à l'article 36c al. 1 de la Loi sur les EPF, les EPF et les établissements de recherche peuvent traiter des données personnelles, y compris des données sensibles, dans le cadre de projets de recherche, dans la mesure où cela est nécessaire pour le projet concerné. Lors du traitement des données personnelles, les institutions du domaine des EPF doivent assurer le respect des dispositions de la LPD. Cela est indiqué expressément à l'article 36c al. 2 de la Loi sur les EPF, mais cela ressort déjà de la LPD, parce que du point de vue du droit de la protection des données, les institutions du domaine des EPF sont à qualifier comme des organes fédéraux (article 2 al. 1 let. b lu en combinaison avec l'article 5 let. i LPD).

Conformément à l'article 39 LPD, les organes fédéraux sont en droit de traiter des données personnelles **à des fins ne se rapportant pas à des personnes**, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique, si les quatre conditions suivantes sont réunies : (i) les données sont rendues anonymes dès que la finalité du traitement le permet ; (ii) l'organe fédéral ne communique des données sensibles à des personnes privées que sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées ; (iii) le ou la destinataire ne communique les données à des tiers qu'avec le consentement de l'organe fédéral qui les lui a transmises ; et (iv) les résultats du traitement ne sont publiés que sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées. Ces dispositions s'appliquent également à la recherche au sein des institutions du domaine des EPF. L'article 36c al. 1 de la Loi sur les EPF n'est que la base légale, qui est nécessaire *afin que* les institutions puissent traiter des données personnelles dans le cadre de la recherche ; l'article 39 LPD contient des dispositions spécifiques sur la manière dont le traitement doit être effectué.

Les conditions de l'article 39 LPD visent certes la publication de résultats de la recherche dans des publications scientifiques, mais elles s'appliquent aussi à la **publication de données de recherche**. L'exigence de l'anonymisation est indiquée à deux reprises par l'article 39 LPD : lors du traitement de

⁵⁹ BEAT RUDIN, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski (Ed.), Stämpfli Handkommentar, Datenschutzgesetz (DSG), Bern 2021, art. 5 N 13 ; GABOR P. BLECHTA/LUCA DAL MOLIN/KIRSTEN WESIAK-SCHMIDT, in : Blechta/Vasella (Ed.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz (DSG/BGÖ), Bâle 2024, art. 5 N 35.



données sous (i) et lors de la publication de résultats sous (iv). Il est donc clair que (i) les données personnelles doivent être anonymisées dès que possible lors de leur traitement pour la recherche et (ii) qu'elles ne peuvent être publiées que sous une forme anonymisée. **Par conséquent, les données personnelles ne doivent être mises à disposition que sous une forme anonymisée en tant qu'ORD.**

C. LIMITES POUR LES ORD

1. Problématique et Approche

Lors de la mise à disposition de données de recherche en tant qu'ORD, les dispositions du droit (objectif applicable) doivent être respectées et il convient de vérifier si des tiers peuvent faire valoir des droits (subjectifs) (par exemple, droits d'auteur ou droits contractuels) qui s'opposent à la mise à disposition de données de recherche en tant qu'ORD.

Sous le titre « **Limites légales** », il est examiné si le droit fédéral contient des dispositions légales qui s'opposent à la mise à disposition de données de recherche en tant qu'ORD. Pour répondre à cette question formulée de façon très large, il convenait de déterminer lors d'une première étape les lois fédérales susceptibles de contenir des normes qui s'opposent à la mise à disposition de données de recherche par les institutions du domaine des EPF. La sélection des actes législatifs potentiellement pertinents a été définie par le domaine d'application des lois fédérales respectives et le domaine d'activité des institutions du domaine des EPF. La liste des actes législatifs potentiellement pertinents a été vérifiée lors de plusieurs réunions avec des représentants de toutes les institutions du domaine des EPF afin de déterminer leur pertinence et leurs lacunes. Ce faisant, aucun autre domaine d'application n'a été identifié qui devrait également être examiné.

Toutefois, au vu de la **problématique large**, on peut supposer que le droit fédéral contient d'autres dispositions qui s'opposent à la mise à disposition de données de recherche en tant qu'ORD qui n'ont pu être identifiées lors de notre démarche et qui n'ont donc pas été prises en compte dans ce rapport. Les chercheurs et/ou les services juridiques des institutions du domaine des EPF devront donc vérifier, **pour chaque ensemble de données concret, s'il existe des dispositions qui s'opposent à la mise à disposition de données**. En règle générale, il devrait être tout à fait possible d'apprécier cette question concrète parce que les chercheurs et/ou les services juridiques des institutions respectives connaîtront les normes pertinentes pour le domaine de recherche concerné.

Sur la base de la démarche esquissée, les domaines d'application suivants ont été identifiés et examinés : le droit du contrôle des exportations, le droit de la sécurité d'information, le droit de la santé, le droit du génie génétique, le droit de l'environnement, le droit des produits chimiques, le droit des denrées alimentaires, le droit de l'énergie et de l'énergie nucléaire, le droit de la protection animale ainsi que le droit des marchés financiers. Comme indiqué, il convient de supposer qu'il existe d'autres



domaines de réglementation contenant des dispositions qui s'opposent à la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD*. Par conséquent, les explications suivantes **ne doivent pas** être comprises **comme une présentation exhaustive de toutes les limites légales des *ORD***.

Sous le titre « **Droit des tiers** » sont examinés les droits (subjectifs) de tiers et les obligations contractuelles qui peuvent s'opposer à la publication et à la réutilisation de données de recherche en tant qu'*ORD*.

2. Limites légales

2.1. Contrôle des exportations

Des restrictions à l'exportation peuvent s'appliquer aux données de recherche. Selon la loi sur le contrôle des biens (LCB)⁶⁰, les biens ne sont pas que des marchandises physiques mais également des logiciels et des technologies, c'est-à-dire des informations, qui sont nécessaires au développement, à la fabrication ou à l'utilisation d'un bien mais qui ne sont pas accessibles au public et ne servent pas à la recherche scientifique fondamentale (article 3 let. d LCB).

Les institutions de recherche doivent respecter les dispositions⁶¹ de contrôle des exportations. L'exportation de données de recherche peut, dans certains cas, nécessiter une autorisation ou être complètement interdite. La question de savoir si de telles limites s'appliquent est déterminée selon le contenu des données de recherche et le pays de destination. Lorsque les données de recherche sont mises à disposition en tant qu'*ORD*, le contrôle des exportations est particulièrement ardu car le transfert ne peut être physiquement contrôlé aux frontières et, de façon générale, les données peuvent être mises à disposition dans le monde entier.

Si les données de recherche contiennent des informations sur la fabrication de biens sensibles, leur exportation sera toujours soumise à autorisation. Selon l'article 3, let. b LCB, les données sensibles ne sont pas seulement des données issues de la technologie des armements, mais incluent aussi de nombreuses données à première vue inoffensives, dans la mesure où elles peuvent également être utilisées à des fins militaires (biens à double usage). Les biens à double usage ou les paramètres pour leur qualification sont répertoriés à la liste des biens ayant une double finalité d'usage qui sont contenus

⁶⁰ Loi fédérale sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires, des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques, RS 946.202.

⁶¹ En Suisse, de nombreux actes législatifs sont appliqués dans le cadre du contrôle des exportations, notamment la loi sur le contrôle des biens (LCB), l'Ordonnance sur le contrôle des biens, (OCB), Ordonnance sur l'exportation et le courtage de biens destinés à la surveillance d'Internet et des communications mobiles (OSIC), la Loi sur les embargos (Lemb), la Loi fédérale sur le matériel de guerre (LFMG) et les listes de biens applicables. En outre, il existe des conventions internationales : Traité sur le commerce des armes (Arms Trade Treaty [ATT]) ; l'Arrangement de Wassenaar (Wassenaar Arrangement [EWA]) ; Convention sur les armes chimiques (CAC).



dans les annexes 1 et 2 de l'Ordonnance sur le contrôle des biens (OCB)⁶². Il s'agit en principe de biens à double usage, fabriqués à l'origine pour un usage civil, mais qui, en raison de leurs caractéristiques, peuvent également être utilisés à des fins militaires. Exemples : informations dans le domaine des télécommunications, de l'électronique, de la chimie, de la technique navale ou de la technique de cryptage. Une caractéristique essentielle des biens à double usage – par opposition aux biens militaires spécifiques ou au matériel de guerre – est que leur domaine d'application ou leur utilisation finale n'est souvent pas claire. L'annexe 3 de l'OCB dresse la liste de ce qui est nécessaire pour une intervention militaire, par exemple des informations sur la production d'agents chimiques ou biologiques, l'équipement associé ou l'utilisation de substances radioactives.

La LCB s'applique à l'exportation de données de recherche qui ne sont pas encore accessibles au public. Elle ne s'applique pas à l'exportation de données de recherche qui sont déjà généralement connues et accessibles. Les sources d'information sont généralement accessibles lorsqu'elles sont techniquement adaptées et destinées à fournir des informations au public. Pour les données de recherche, cela signifie en particulier que les données déjà publiées ou connues de tous (par exemple, dans une publication scientifique) ne sont pas soumises à des restrictions en matière de contrôle des exportations et peuvent donc être publiées en tant qu'*ORD*.

Les restrictions en matière de contrôle des exportations ne s'appliquent pas aux informations issues de la recherche scientifique fondamentale. Selon l'annexe 1 de l'OCB, la recherche fondamentale consiste en « [...] des travaux expérimentaux ou théoriques visant principalement à obtenir de nouvelles connaissances sur les principes fondamentaux de phénomènes ou de faits, qui ne sont pas orientés en premier lieu vers un objectif ou un but pratique spécifique ».

La manière dont la technologie et les logiciels sont exportés n'a pas d'importance du point de vue de la LCB. Il suffit que les biens parviennent au client à l'étranger afin de mettre en œuvre les conséquences juridiques de la LCB. Les termes d'exportation et de transit recouvrent donc également la transmission non matérielle, par exemple, via des câbles de données. La question de savoir ce qu'il en est lorsque les données ne sont pas exportées mais mises à disposition pour téléchargement sur un serveur situé en Suisse, reste non élucidée. Du moins lorsque l'accès aux données de recherche se fait par le biais de centres de stockage et que les destinataires doivent s'enregistrer avant de télécharger les données, est-il possible de savoir vers quel pays de destination les données de recherche sont acheminées et d'empêcher l'exportation vers certains pays. Toutefois, un abus par contournement de l'enregistrement ne peut pas être exclu. D'un point de vue juridique, la question de savoir quels mécanismes de sécurité et de contrôle sont nécessaires à la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD* par le biais de centres de stockage n'a pas encore été examinée en détail et n'est pas claire.

⁶² Ordonnance sur le contrôle des biens utilisables à des fins civiles et militaires, des biens militaires spécifiques et des biens stratégiques, RS 946.202.1.



Par conséquent, il peut être retenu que les données de recherche destinées à être publiées en tant qu'*ORD* doivent être examinées selon les dispositions en matière de contrôle des exportations afin de déterminer si elles contiennent des informations ou des logiciels soumis à autorisation ou interdits.

L'examen doit être effectué au cas par cas pour les données concrètes. Les données de recherche contenant des informations interdites par la LCB ne peuvent pas être mises à disposition en tant qu'*ORD*. Afin que des données de recherche soumises à autorisation puissent être publiées en tant qu'*ORD*, une autorisation d'exportation doit être obtenue pour tous les pays, si l'on veut que l'accès aux *ORD* soit possible sans restriction depuis tous les pays.

Par conséquent, la publication de données de recherche en tant qu'*ORD* est exclue si ces données peuvent être qualifiées de biens à double usage. La qualification des données de recherche en tant que biens à double usage s'effectue sur la base de la liste des biens à double usage figurant aux annexes 1 et 2 de l'OCB.

2.2. Droit de la sécurité de l'information

Les données de recherche peuvent contenir des informations qui, du point de vue de l'État, sont à considérer comme sensibles. De telles informations peuvent être soumises à la loi sur la sécurité de l'information (LSI), ce qui limite leur utilisation en tant qu'*ORD*.

La LSI vise à garantir la sécurité du traitement des informations relevant de la compétence de la Confédération et la sécurité de ses moyens informatiques (article 1 al. 1 LSI). Elle vise ainsi à protéger différents intérêts publics, tels que la capacité de décision et d'action des autorités et la sécurité intérieure et extérieure de la Suisse (article 1 al. 2 LSI). La LSI oblige entre autres l'administration fédérale qui comprend en outre des unités administratives décentralisées à teneur des dispositions régissant leur organisation⁶³. Les institutions du domaine des EPF sont des unités administratives décentralisées et ainsi concernées par la LSI (cf. annexe 1 : liste des unités administratives de l'administration fédérale, B., VI., chiffre 2.2.5-2.2.10, Ordonnance sur l'organisation du gouvernement et de l'administration).

Selon la LSI, les informations susceptibles de « nuire » aux intérêts publics, si elles sont portées à la connaissance d'une personne non autorisée, sont classifiées « internes » (article 13 al. 1 LSI). Les informations susceptibles de « nuire considérablement » aux intérêts publics, si elles sont portées à la connaissance d'une personne non autorisée, sont classifiées « confidentielles » (article 13 al. 2 LSI). Les informations susceptibles de « nuire gravement » aux intérêts publics, si elles sont portées à la

⁶³ Ainsi le message relatif à Loi fédérale sur la sécurité de l'information du 22 février 2017, FF 2017 2953 ss., 3012. Voir aussi l'art. 2 al. 3 de la Loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration (LOGA), qui le dit expressément.



connaissance d'une personne non autorisée, sont classifiées « secrètes » (article 13 al. 3 LSI). Si des informations ne remplissent pas les critères de l'article 13 de la LSI, elles ne sont pas classifiées et ne sont pas soumises à des dispositions juridiques particulières en Suisse, sauf s'il s'agit de données personnelles ou si des dispositions spécifiques s'appliquent (par exemple, pour les secrets de fonction). Toutefois, si elles sont classifiées, les informations correspondantes ne sont pas librement accessibles. Seules peuvent y accéder les personnes qui offrent toutes les garanties qu'elles les traiteront correctement et qui en ont besoin pour accomplir une tâche légale et, le cas échéant, disposent d'une autorisation d'accès qui leur a été conférée contractuellement (article 14 al. 1 let. a LSI). Cela peut rendre impossible une utilisation en tant qu'*ORD*.

Les exigences sont fixées pour le domaine des EPF et d'autres unités administratives décentralisées dans les dispositions d'exécution de l'Ordonnance sur la sécurité de l'information (OSI). Le principe est de limiter autant que possible la communication et la mise à disposition d'informations classifiées (article 16 al. 1 OSI). Les différentes unités administratives adoptent en outre régulièrement des directives (par exemple, les *Research Data Management Guidelines* des EPF) dans lesquelles elles déterminent leurs propres exigences et concrétisations en matière de sécurité de l'information, adaptées à leur domaine⁶⁴.

Comme par définition les informations classifiées ne peuvent être mises à disposition que d'un cercle restreint de personnes, il est exclu de rendre de telles informations accessibles en tant qu'*ORD*.

2.3. Droit de la santé

2.3.1. Généralités

Les données du secteur de la santé sont fortement réglementées en Suisse. Les données sensibles, souvent liées à des personnes, sont la règle plutôt que l'exception dans ce secteur. Les personnes concernées sont particulièrement vulnérables, notamment lorsqu'on agit sur leur corps pour collecter des données, par exemple à l'occasion de prises de sang. En outre, il existe une asymétrie d'information difficile à résoudre entre les médecins ou les chercheurs et les patient(e)s.

Le personnel médical et ses assistants sont donc soumis au secret professionnel protégé par le droit pénal (article 321 code pénal ; CP) qui leur interdit de révéler un secret professionnel sans l'accord du/de la patient(e). La violation de secrets professionnels dans la recherche sur l'être humain est également punissable (article 321^{bis} CP). Le principe du droit de la santé appelé *informed consent* (consentement éclairé) revêt une grande importance. Comme le système de santé en Suisse relève principalement du ressort des cantons, les soins médicaux classiques sont en premier lieu soumis au

⁶⁴ À titre d'exemple, l'EPF Zurich l'a fait dans sa directive « Sécurité d'information à l'EPF Zurich » du 9 avril 2018.



droit cantonal (par exemple, les lois cantonales sur la santé). Il a donc été renoncé à inclure des explications complémentaires sur les questions juridiques liées aux soins médicaux.

2.3.2. Recherche dans le domaine humain

Dans de nombreux domaines, la recherche est largement tributaire de l'utilisation de données issues du secteur de la santé. Par conséquent, l'article 118b CF a conféré à la Confédération la compétence de légiférer sur la recherche sur l'être humain « dans la mesure où la protection de la dignité humaine et de la personnalité l'exige » (al. 1 phrase 1). Ce faisant, elle veille à sauvegarder la liberté de la recherche et à tenir compte de l'importance de la recherche pour la santé et la société (al. 1 phrase 2).

Sur cette base la Confédération a adopté la **Loi relative à la recherche sur l'être humain (LRH)**. Celle-ci s'applique à toute « la recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain », entre autres lorsque du matériel biologique et des données personnelles liées à la santé sont utilisés (article 2 al. 1 let. d et e LRH). Cette notion de recherche peut non seulement recouvrir toute la recherche médicale⁶⁵, mais également la recherche sur la prévention des accidents ou des blessures sportives ou la recherche en psychologie de la santé, ainsi que la recherche en sciences sociales et humaines portant sur le rapport entre les conditions sociales et des maladies spécifiques ou les impacts sociétaux des maladies⁶⁶. La LRH est également applicable aux essais cliniques avec des produits thérapeutiques (article 53 Loi sur les produits thérapeutiques). L'applicabilité de la LRH est à examiner au cas par cas.

Dans le contexte des *ORD*, les dispositions spécifiques relatives aux données personnelles liées à la santé sont pertinentes. La LRH régit non seulement la collecte des données, par exemple à l'occasion de projets de recherche avec des personnes (sous forme de sondages ou d'observations), mais aussi l'utilisation secondaire, c'est-à-dire la **réutilisation** de telles données. La notion de réutilisation est comprise de manière très large. Toute opération effectuée à des fins de recherche avec du matériel biologique déjà prélevé ou des données déjà collectées est considérée comme une réutilisation de matériel biologique (article 24 Ordonnance relative à la recherche sur l'être humain [ORH])⁶⁷.

⁶⁵ Celle-ci concerne selon BENEDIKT VAN SPYK, in : Rüttsche (Hrsg.), Stämpflis Handkommentar, Humanforschungsgesetz (HFG), Loi fédérale du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain, Bern 2015, Art. 3 N 16 par exemple les causes physiques et psychiques des maladies (recherche fondamentale); le transfert des connaissances fondamentales au domaine clinique (recherche translationnelle); l'origine, l'évolution, le diagnostic, la prophylaxie ainsi que le traitement des maladies (recherche clinique); la fréquence et la répartition des maladies dans la société (recherche épidémiologique).

⁶⁶ SHK HFG-VAN SPYK, nbp. 65, art. 3 N 19.

⁶⁷ L'Ordonnance mentionne explicitement le fait de se procurer, de regrouper ou de collecter, l'enregistrement ou le catalogage, la conservation ou la saisie dans des biobanques ou des banques de données ainsi que le fait de rendre accessibles, de mettre à disposition ou de communiquer du matériel biologique ou des données personnelles liées à la santé.



La LRH fait une distinction entre la réutilisation de matériel biologique et de données génétiques d'une part (article 32 LRH) et les données personnelles non génétiques liées à la santé d'autre part (article 33 LRH). Leur réutilisation est régie par des dispositions différentes selon la catégorie, brièvement décrites ci-après :

Conformément à l'article 32 al. 1 LRH le matériel biologique et les données génétiques peuvent être réutilisés pour *un* projet de recherche sous une forme *non codée* lorsque la personne concernée a donné son consentement éclairé. En revanche, lorsque le matériel et les données sont *codés* (pseudonymisés), c'est-à-dire la relation avec une personne déterminée se fait au moyen d'une clé (cf. article 3 let. h LRH), et ne sont ainsi déterminables que pour les personnes pouvant décoder les informations codées, la réutilisation à *des fins de recherche* n'est permise *de façon générale* que si la personne concernée a donné son consentement éclairé (article 32 al. 2 LRH ; soit « consentement général »). Si du matériel biologique et des données génétiques doivent être *anonymisés* et ensuite réutilisés de manière générale à *des fins de recherche*, la personne concernée doit être informée au préalable et ne doit pas s'être opposée à l'anonymisation (article 32 al. 3 LRH)⁶⁸.

Pour les données non génétiques liées à la santé, les possibilités de réutilisation sont plus larges. Elles peuvent être réutilisées *de manière générale* sous forme *non codée* à *des fins de recherche* si la personne concernée a donné son consentement éclairé (article 33 al. 1 LRH ; consentement général). Lorsque les données sont *codées*, la réutilisation à *des fins de recherche* est *généralement* autorisée, pour autant que la personne concernée ait été informée au préalable et qu'elle ne s'y soit pas opposée. (article 33 al. 2 LRH)⁶⁹.

La réutilisation de données liées à la santé collectées de manière anonyme et anonymisées n'entre pas dans le champ d'application de la LRH et est donc autorisée sans condition⁷⁰. Cependant, cela ne concerne que la réutilisation de données déjà collectées.

Conformément à l'article 34 LRH, le matériel biologique et les données personnelles liées à la santé peuvent être réutilisés à titre exceptionnel à des fins de recherche si (1) l'obtention du consentement ou l'information sur le droit d'opposition est impossible ou pose des difficultés disproportionnées, ou on ne peut raisonnablement l'exiger de la personne concernée ; (2) aucun document n'atteste un refus de la personne concernée ; et (3) l'intérêt de la science prime celui de la personne concernée à décider de la réutilisation de son matériel biologique ou de ses données (article 34 let. a-c LRH).

⁶⁸ Voir pour l'ensemble : SAMUEL MÄTZLER, Datenschutz in der (Human-)Forschung: Grundlagen und Probleme bei der Sekundärnutzung von Personendaten, in : Jusletter du 30 janvier 2023, para. 44.

⁶⁹ Voir pour l'ensemble : MÄTZLER, nbp. 68, para. 45.

⁷⁰ SHK HFG-RUDIN, nbp. 65 **Error! Bookmark not defined.**, art. 33 N 18.



Si le matériel ou les données sont utilisés dans le cadre d'un projet de recherche relevant de la LRH, celui-ci est toujours soumis à autorisation (article 45 al. 1 let. a LRH). Lorsqu'il s'agit d'une réutilisation sur la base de l'article 34 LRH, une autorisation demeure également nécessaire (article 45 al. 1 let. b LRH).

L'autorisation est délivrée par la commission d'éthique cantonale compétente, qui doit vérifier les exigences éthiques, juridiques et scientifiques de la LRH et contrôler en particulier si la protection des personnes concernées est assurée (article 51 al. 1 LRH). La commission d'éthique compétente est celle du canton dans lequel la recherche est réalisée (article 47 al. 1 LRH). Il n'existe pas de commission d'éthique fédérale pour le domaine de la recherche sur l'être humain ; les autorités fédérales doivent également rendre des comptes à une commission d'éthique cantonale.

En vertu de la LPD, les données qui relèvent de la LRH et qui présentent donc un lien avec des personnes ne peuvent pas être rendues accessibles en tant qu'*ORD*. En ce qui concerne la LRH, les dispositions spéciales relatives à la réutilisation encore plus restrictives doivent être respectées. La notion de réutilisation comprend également la conservation ou la saisie dans des biobanques ou des banques de données (article 24 let. c ORH) et le fait de rendre accessibles, de mettre à disposition ou de communiquer du matériel biologique ou des données personnelles liées à la santé (article 24 let. d ORH). Les articles 32-34 LRH doivent donc également être respectés pour de tels actes ; une autorisation de la commission d'éthique n'étant cependant pas nécessaire tant que la réutilisation n'a pas lieu dans le cadre d'un projet de recherche concret (par exemple, en cas de simple stockage dans une base de données).

Les données non liées à des personnes n'entrent pas dans le champ d'application de la LRH et peuvent donc en principe être mises à disposition en tant qu'*ORD*. Il convient de noter que, dans le cas de données génétiques (et de matériel biologique), il existe une **obligation d'information** préalable même pour le **processus d'anonymisation** et que l'anonymisation n'est autorisée que si la personne concernée n'a pas fait usage de son droit d'opposition.

2.3.3. Recherche dans le domaine non humain

La LRH ne s'applique ni à la recherche pratiquée sur du matériel biologique anonymisé (article 2 al. 2 let. b LRH) ni aux données liées à la santé qui ont été collectées anonymement ou qui ont été anonymisées (article 2 al. 2 let. c LRH). Les données correspondantes ne sont en principe pas réglementées en droit suisse. Toutefois, si des données personnelles sont traitées en dehors du champ d'application de la LRH, les dispositions générales en matière de protection des données s'appliquent au traitement des données personnelles⁷¹. Celles-ci autorisent le traitement à des fins ne se rapportant

⁷¹ cf. supra, 0.



pas à des personnes, notamment pour la recherche, sous certaines conditions (article 31 al. 2 let. e LPD pour des personnes privées ; article 39 LPD pour des autorités fédérales), mais pas la mise à disposition de données non anonymisées en tant qu'*ORD*⁷².

Le *soft law* et les normes scientifiques jouent un rôle central tant pour les données personnelles que pour les données anonymisées. De nombreuses revues spécialisées et institutions de financement de la recherche exigent également pour des projets de recherche qui n'entrent pas dans le champ d'application de la LRH, la preuve de l'acceptabilité sur le plan éthique. Ainsi, dans la pratique, il existe aussi certaines dispositions à respecter pour ce type de données. Ces dispositions peuvent également s'étendre à l'utilisation d'*ORD*. Une vérification est généralement réalisée par les commissions d'éthique des institutions de recherche, telle que la commission éthique des EPF Zurich⁷³. Cette vérification n'a toutefois lieu que si aucune vérification (juridiquement contraignante) ne doit être effectuée par la commission d'éthique cantonale.

D'un point de vue juridique, seules les dispositions de la LPD s'appliquent : les données ne peuvent donc être mises à disposition en tant qu'*ORD* que sous forme anonymisée. Il est toutefois possible que les revues spécialisées et les institutions de financement de la recherche aient des exigences plus strictes.

2.3.4. D'autres règles

Il existe d'autres dispositions dans des lois spéciales qui peuvent avoir un impact sur les *ORD*. Des règles spéciales existent par exemple pour l'analyse génétique humaine. L'article 10 de la Loi fédérale sur l'analyse génétique humaine (LAGH)⁷⁴ prévoit, par exemple, que des échantillons et des données génétiques sont à protéger de toute utilisation ou de tout traitement non autorisés au moyen de mesures techniques et organisationnelles appropriées. En revanche, la Loi sur la transplantation autorise la publication de données d'intérêt général qui concernent l'application de la loi (article 57 al. 3 de la Loi sur la transplantation). Toutefois, il est précisé que les personnes concernées ne doivent pas être identifiables. Les Ordonnances disposent ensuite que certaines données personnelles peuvent être communiquées à des tiers à des fins de recherche sous une forme anonymisée, à moins que la personne concernée n'ait consenti à cette communication ou qu'il existe une autorisation de la commission d'éthique compétente selon l'article 45 LRH (cf. L'article 34*m* de l'Ordonnance sur l'attribution d'organes et article 49*h* al. 2 de l'Ordonnance sur la transplantation ; aussi article 76 de l'Ordonnance sur la radioprotection). En revanche, dans le domaine des médicaments, les rapports sur les résultats des essais cliniques doivent également être obligatoirement anonymisés (article 73 al. 1

⁷² cf. supra, 0.

⁷³ Voir <<https://ethz.ch/de/die-eth-zuerich/organisation/gremien-gruppen-kommissionen/ethikkommission.html>> (dernière visite le 27 mai 2024).

⁷⁴ RS 810.12.



de l'Ordonnance sur les médicaments). Dans l'ensemble, au vu de ces exigences strictes, l'utilisation de telles données en tant qu'*ORD* est difficilement envisageable, d'autant plus qu'il est régulièrement fait référence aux exigences (également strictes) de la LRH.

Outre des restrictions, des dispositions légales spéciales peuvent également permettre l'utilisation de certaines données, par exemple en prévoyant un accès aux données. En application de la Loi sur l'enregistrement des maladies oncologiques (LEMO), des données peuvent être mises à disposition, par exemple, à des fins de recherche (article 23 al. 2 LEMO). En ce qui concerne la collecte et la réutilisation, la LEMO renvoie également à la LRH (article 23 al. 4 LEMO). Cela permet certes l'utilisation des données à des fins de recherche, mais pas la mise à disposition en tant qu'*ORD*.

Toutefois, certains actes législatifs prévoient également de manière explicite la mise à disposition en tant qu'*ORD*, par exemple sous la forme d'*Open Government Data* (OGD). L'article 21 al. 4 de la Loi fédérale sur l'assurance-maladie (LAMal) prévoit que l'office fédéral compétent met à disposition des fournisseurs de données, des milieux de la recherche et de la science ainsi que du public, les données nécessaires pour accomplir les tâches que la LAMal leur assigne. De la même manière, il est prévu, à l'occasion de la révision de la Loi sur les épidémies (LEp) de rendre utilisables les données collectées et générées dans le cadre de la LEp⁷⁵. Pour ce faire, il est prévu qu'elles soient mises à disposition du public et à des fins de recherche sous une forme anonymisée (article 59 al. 5 AP-LEp)⁷⁶. Conformément à la stratégie OGD de la Confédération, il faut s'attendre à ce que des réglementations similaires suivent dans d'autres domaines.

2.4. Génie génétique

Le droit sur le génie génétique régit l'utilisation d'animaux, de végétaux et d'autres organismes génétiquement modifiés ainsi que l'utilisation de produits issus de tels organismes (article 3 Loi sur le génie génétique (LGG)). La recherche, le développement, ainsi que la production, lorsqu'ils ont lieu en milieu confiné, sont régis par l'Ordonnance sur l'utilisation confinée (OUC)⁷⁷. Si les recherches et les essais aboutissent à la maturité d'un produit, différentes réglementations sectorielles s'appliquent en fonction du type de produit. S'il s'agit d'organismes qui, en tant que produits, sont destinés à être disséminés dans l'environnement, les règles de l'Ordonnance sur la dissémination dans l'environnement

⁷⁵ DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR (DFI), Révision partielle de la loi sur les épidémies, Rapport explicatif sur l'ouverture de la procédure de consultation du 29 novembre 2023, 33.

⁷⁶ EDI, nbp. 75, 33. La procédure de consultation pour l'avant-projet est terminée, cf. état actuel : https://www.fedlex.admin.ch/de/consultation-procedures/ended/2023#https://fedlex.data.admin.ch/eli/dl/proj/2023/5/cons_1 (consulté la dernière fois le 27 mai 2024).

⁷⁷ Ordonnance sur l'utilisation des organismes en milieu confiné, RS 814.912.

s'appliquent (ODE, par exemple pour les semences)⁷⁸. Les médicaments et les denrées alimentaires sont soumis à la législation sur les produits⁷⁹.

Le domaine du génie génétique comporte de nombreuses réglementations. Toutefois, la réglementation ne concerne que l'utilisation d'organismes génétiquement modifiés, c'est-à-dire les « entités biologiques, cellulaires ou non » (article 5 al. 1 LGG), et pas le traitement de données y afférentes. A priori, il n'existe pas de limites légales qui s'opposent à la publication de données de génie génétique en tant qu'*ORD*.

2.5. Droit de l'environnement

Le droit de l'environnement comprend, outre la Loi sur la protection de l'environnement (LPE)⁸⁰ et les ordonnances y afférentes, une série d'autres actes législatifs, notamment dans les domaines des déchets, des sites contaminés, de la biodiversité, de la biotechnologie, des sols, de l'électrosmog, du climat, du paysage, du bruit, de l'air, des dangers naturels, des forêts et bois ainsi que de l'eau⁸¹.

En raison du grand nombre de personnes directement concernées, le **principe de publicité** est largement appliqué dans le droit de l'environnement⁸². Les réglementations prévoient même parfois que les données doivent être rendues accessibles au public. Conformément à l'article 10d al. 1 LPE chacun peut consulter le rapport et les résultats de l'étude d'impact pour autant qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant n'exige de les garder secrets. Le secret de fabrication et d'affaires reste, selon l'article 10d al. 2 LPE, protégé dans tous les cas. Cette obligation incombe toutefois à l'autorité qui publie l'information. Une fois que l'étude d'impact a été publiée, la LPE ne prévoit aucune restriction quant à la mise à disposition ultérieure des résultats, par exemple en tant qu'*ORD*.

Conformément à l'article 10e al. 1 LPE les autorités renseignent le public de manière objective sur la protection de l'environnement et sur l'état des nuisances qui y portent atteinte. Par « informations sur l'environnement », on entend les informations relatives au domaine d'application de la LPE et de la législation (fédérale ou cantonale) sur la protection de la nature et du paysage, la protection des sites naturels, la protection des eaux, la protection contre les dangers naturels, la sauvegarde des forêts, la chasse, la pêche, le génie génétique et la protection du climat (article 7 al. 8 LPE). Les informations sur

⁷⁸ Ordonnance sur l'utilisation des organismes en milieu confiné, RS 814.911.

⁷⁹ Médicaments : Loi fédérale sur les médicaments et les dispositifs médicaux (Loi sur les produits thérapeutiques, LPTh), RS 812.21 ; Denrées alimentaires : Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels (Loi sur les denrées alimentaires, LDAI), RS 817.0.

⁸⁰ RS 814.01.

⁸¹ <<https://www.bafu.admin.ch/bafu/de/home/themen/recht/geltendes-umweltrecht.html>> (dernière visite le 27 mai 2024).

⁸² THOMAS JUTZI, Unternehmenspublizität, Bern 2017, 48 ; ROLF H. WEBER, Datenschutz v. Öffentlichkeitsprinzip: Erläuterungen zu den Spannungsfeldern am Beispiel des Zürcher Informations- und Datenschutzgesetzes, Zurich 2010, N 173.



l'environnement doivent être publiées si possible sous forme de données numériques ouvertes (article 10e al. 4 LPE).

Conformément à l'article 10 de la Loi sur la géoinformation (LGéo)⁸³, les **géodonnées de base** sont en principe accessibles au public et peuvent être utilisées par chacun à moins que des intérêts publics ou privés prépondérants ne s'y opposent. Les détails figurent dans l'Ordonnance sur la géoinformation (OGéo)⁸⁴. Celle-ci prévoit également certaines restrictions à la publication de géodonnées de base auxquelles elle attribue trois niveaux d'autorisation d'accès de A - C. Les niveaux d'autorisation d'accès aux géodonnées de base sont indiqués dans l'annexe 1 OGéo. En principe, l'accès aux géodonnées de base de niveau A est garanti. Toutefois, exceptionnellement, l'accès peut être limité, différé ou refusé (article 22 al. 2 OGéo), par exemple si la publication risque de compromettre la sûreté intérieure. Aucun accès n'est en principe garanti aux géodonnées de base de niveau B (article 23 al. 1 OGéo). Ce principe connaît des exceptions, si aucun intérêt lié au maintien du secret ne s'oppose à l'accès ou si les intérêts liés au maintien du secret peuvent être sauvegardés par des mesures juridiques, organisationnelles ou techniques (article 23 al. 2 OGéo). Aucun accès n'est garanti aux géodonnées de base de niveau C ; aucune exception n'est prévue (article 24 OGéo). Conformément à l'article 25 OGéo, l'autorisation d'utilisation de géodonnées de base à usage privé ou à des fins commerciales peut être délivrée. L'autorisation pour un usage privé n'autorise toutefois pas les titulaires à rendre accessibles les géodonnées de base en tant qu'*ORD*, d'autant plus que l'autorisation d'utilisation n'est délivrée que pour l'usage privé par une personne déterminée et uniquement contre paiement d'une redevance. Comme l'accès aux géodonnées de base de niveau A est de toute façon accordé (article 22 al. 1 OGéo), il est probable qu'on puisse aussi les rendre accessibles en tant qu'*ORD*, sauf exception au sens de l'article 22 al. 2 OGéo.

En conclusion, il convient de noter que les données de recherche contenant des informations environnementales peuvent en principe être publiées en tant qu'*ORD*, sauf restriction exceptionnelle.

2.6. Droit de produits chimiques

La Loi sur les produits chimiques (LChimG)⁸⁵, l'Ordonnance sur les produits chimiques (OChi)⁸⁶, l'Ordonnance sur les produits biocides (OPBio)⁸⁷ et l'Ordonnance sur les produits phytosanitaires

⁸³ Loi fédérale sur la géoinformation, RS 510.62.

⁸⁴ Ordonnance sur la géoinformation, RS 510.620.

⁸⁵ Loi fédérale sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses, RS 813.1.

⁸⁶ Ordonnance sur la protection contre les substances et les préparations dangereuses, RS 813.11.

⁸⁷ Ordonnance concernant la mise sur le marché et l'utilisation des produits biocides, RS 813.12.



(OPPh)⁸⁸ ne contiennent pas de règles qui s'opposent à la publication de données de recherche dans ce domaine en tant qu'*ORD*.

Toutefois, l'Ordonnance sur les produits phytosanitaires (OPPh) prévoit que les rapports d'essais et d'études bénéficient de la protection des rapports (article 46 PSMV). Cette protection ne s'oppose pas en soi à une mise à disposition en tant qu'*ORD*. Toutefois, en principe, le service d'homologation ne peut pas utiliser les rapports protégés dans l'intérêt d'autres demandeurs d'autorisations de produits phytosanitaires, de phytoprotecteurs ou de synergistes et d'adjuvants (article 46 al. 3 OPPh). La période de protection des rapports est de dix ans (article 46 al. 4 OPPh).

L'OFSP peut également mettre à disposition de tiers des données issues de la banque de données sur le radon à des fins de recherche. Cela est toutefois soumis, entre autres, à la condition que les données ne soient pas transmises à des tiers (article 162 al. 5 let. b Ordonnance sur la radioprotection). Les données correspondantes ne peuvent donc pas être rendues accessibles en tant qu'*ORD*.

2.7. Droit des denrées alimentaires

Les bases légales pour les données du domaine des denrées alimentaires sont en premier lieu la Loi sur les denrées alimentaires (LDAI)⁸⁹ et l'Ordonnance sur l'exécution de la législation sur les denrées alimentaires (OELDAI)⁹⁰. L'article 40 al. 1 LDAI prévoit que la Confédération recueille et étudie les données scientifiques qu'exige l'application de la LDAI. Elle peut effectuer des études elle-même ou avec la collaboration des cantons (article 40 al. 2 LDAI). Si cela est le cas, les résultats des études et de la recherche ne doivent pas être rendus accessibles au public, lorsque ceux-ci permettent d'identifier les fabricants, les distributeurs ou les produits concernés (article 24 al. 4 let. b LDAI). Il est possible que des institutions du domaine des EPF mènent des recherches sur la base de l'article 40 LDAI, ce qui pourrait s'opposer à la publication de données de recherche issues du domaine alimentaire en tant qu'*ORD*. En outre, les fondements juridiques ne contiennent aucune (autre) limite s'opposant à une mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD*.

2.8. Droit de l'énergie et de l'énergie nucléaire

Le droit de l'énergie impose des limites à la publication de données de recherche pour la protection des infrastructures critiques. Les infrastructures critiques sont des processus, des systèmes et des institutions qui sont essentiels au fonctionnement de l'économie ou au bien-être de la population. Pour la Suisse, l'éventail des infrastructures critiques dans le droit de l'énergie comprend l'approvisionnement en gaz naturel, l'approvisionnement en pétrole, l'approvisionnement en électricité, l'approvisionnement

⁸⁸ Ordonnance sur la mise en circulation des produits phytosanitaires, RS 916.161.

⁸⁹ Loi fédérale sur les denrées alimentaires et les objets usuels, RS 817.0.

⁹⁰ RS 817.042.



en eau, le chauffage à distance et industriel, les déchets et les eaux usées⁹¹. L'inventaire des infrastructures critiques (inventaire PIC) définit les bâtiments et les installations qui revêtent une importance stratégique, soit au niveau national, soit au niveau cantonal. Il est classé confidentiel dans son intégralité. Les extraits qui ne contiennent qu'une partie des informations (par exemple, d'un canton ou d'un secteur) sont généralement classés comme confidentiels⁹². Si les données de recherche concernent des informations sur des infrastructures critiques, elles ne peuvent pas être rendues publiques en tant qu'*ORD*.

Dans le domaine de **l'énergie nucléaire**, il existe un intérêt public au maintien du secret à plusieurs égards, par exemple en ce qui concerne l'utilisation d'éléments radioactifs et l'exploitation de centrales nucléaires, afin de garantir la sécurité et la protection contre les actes de sabotage ou les attaques terroristes. L'article 91 al. 1 let. b de la Loi sur l'énergie nucléaire (LEnu)⁹³ punit la révélation d'un secret. Est puni celui qui révèle ou rend accessible à des personnes non autorisées des faits ou des dispositifs tenus secrets et destinés à protéger les installations nucléaires, les matières nucléaires et les déchets radioactifs contre les atteintes de tiers et contre les conséquences de la guerre.

Il n'est pas possible de déterminer de façon abstraite quelles informations sont couvertes par la disposition pénale en cas de violation du secret de l'article 91 al. 1 let. b LENU. Lors de l'utilisation de données de recherche en rapport avec l'énergie nucléaire, il faut donc veiller à ce que celles-ci ne soient rendues accessibles en tant qu'*ORD* que si elles peuvent être rendues accessibles au public conformément à l'article 74 al. 1 LENU et qu'il ne s'agit pas de faits ou de dispositifs tenus secrets et destinés à protéger les installations nucléaires, les matières nucléaires et les déchets radioactifs contre les atteintes de tiers et contre les conséquences de la guerre. Quiconque rend de telles données de recherche accessibles en tant qu'*ORD* est puni en vertu de l'article 91 al. 1 let. b LENU.

L'article 13 de l'Ordonnance sur l'énergie nucléaire (OENU)⁹⁴ comporte un autre obstacle pour les *ORD* en rapport avec les données issues de l'énergie nucléaire. L'article 13 OENU prévoit une obligation d'autorisation afin d'exporter et de faire le courtage de technologies concernant des matières nucléaires. Dans ce contexte, on entend par « technologies » les connaissances spécifiques, généralement non accessibles au public ou ne servant pas à la recherche scientifique fondamentale, sous la forme de données techniques ou d'une assistance technique, qui sont nécessaires au développement, à la production ou à l'utilisation de matières nucléaires. Si des données de recherche contenant de telles informations doivent être rendues accessibles en tant qu'*ORD*, une autorisation est requise.

⁹¹ OFFICE FEDERAL DE LA PROTECTION DE LA POPULATION, Stratégie nationale de protection des infrastructures critiques, Approche globale pour garantir l'approvisionnement en biens et prestations essentiels du 16 juin 2023, FF 2023 1659, 7 ss.

⁹² <<https://www.babs.admin.ch/de/die-kritischen-infrastrukturen>> (dernière visite le 27 mai 2024).

⁹³ RS 732.1.

⁹⁴ RS 732.11.



L'autorisation d'exportation et de courtage est délivrée si les exigences d'autorisation de l'article 7 let. a ss. OENU sont respectées. En particulier, la protection de l'être humain et de l'environnement, et la sûreté et la sécurité nucléaires doivent être garanties et aucun motif de non-prolifération des armes nucléaires soutenu par la Suisse ne doit s'y opposer. Il convient d'examiner au cas par cas quand les technologies relatives aux matières nucléaires respectent les autorisations d'exportation et de courtage. Sans une telle autorisation d'exportation et de courtage, ces données de recherche ne peuvent pas être rendues accessibles en tant qu'*ORD*.

Le droit de l'énergie et de l'énergie nucléaire comporte des limites juridiques qui s'opposent à la publication de certaines données de recherche en tant qu'*ORD*. Dans le droit de l'énergie, les limites concernent les données relatives à l'inventaire des infrastructures critiques qui doivent être traitées de manière secrète ou confidentielle. Dans le domaine de l'énergie nucléaire, il existe des restrictions pour les informations destinées à protéger les installations nucléaires, les matières nucléaires et les déchets radioactifs contre les atteintes de tiers et contre les conséquences de la guerre et pour les données dont l'exportation ou le courtage créerait un danger pour la sécurité nucléaire.

2.9. Droit de la protection animale

En droit de la protection animale il convient de respecter en premier lieu la Loi fédérale sur la protection des animaux (LPA)⁹⁵ et l'Ordonnance sur la protection des animaux (OPAn)⁹⁶, qui régissent la protection des vertébrés (donc des mammifères, des poissons, des oiseaux, des amphibiens et reptiles). Les invertébrés (par exemple des escargots, araignées, vers, etc.) sont exclus du champ d'application. Outre le droit de la protection et du bien-être des animaux, toute une série d'autres domaines juridiques concerne les animaux, par exemple dans l'élevage, le droit vétérinaire, les paiements directs agricoles, la protection des espèces, le droit de la chasse et de la pêche ou le droit des denrées alimentaires.

L'analyse des bases légales applicables dans le droit de la protection animale montre qu'il n'y a pas de limites légales qui s'opposeraient à la publication de données de recherche en tant qu'*ORD*.

2.10. Droit des marchés financiers

Dans le domaine du droit des marchés financiers, il faut notamment veiller au respect du secret bancaire. L'obligation de secret en application de l'article 47 de la Loi sur les banques (LB)⁹⁷ comprend toutes les connaissances issues de la relation commerciale entre la banque et le client, notamment des contrats

⁹⁵ RS 45.

⁹⁶ RS 455.1.

⁹⁷ Loi fédérale sur les banques et les caisses d'épargne, RS 952.0.



bancaires, mais aussi des demandes et des offres pour d'autres opérations bancaires et les relations d'affaires entre banques⁹⁸.

L'obligation de confidentialité s'applique à toutes les personnes travaillant au sein d'une banque ou sur la base d'un contrat pour celle-ci. Une banque ne peut accorder l'accès aux données de ses clients à des personnes travaillant dans le domaine scientifique que s'il existe avec elles une relation de travail ou de mandat (article 47 al. 1 LB). L'anonymisation des données des clients dans une éventuelle publication reste dans tous les cas obligatoire à moins que les clients ne donnent explicitement leur accord à la divulgation⁹⁹. Les données bancaires anonymisées ne sont plus des données personnelles si, selon le cours normal des choses, aucune personne concernée ne peut mettre en œuvre les moyens qui peuvent raisonnablement être utilisés pour la réidentification. Les données bancaires échappent à la protection du secret bancaire lorsqu'elles sont anonymisées¹⁰⁰. Si des données bancaires ont été transmises à des chercheurs sous forme anonymisée, on peut généralement partir du principe que la publication de ces données en tant qu'*ORD* ne viole pas le secret bancaire et est donc licite. Les données soumises au secret bancaire ne peuvent donc être rendues accessibles que sous forme anonyme en tant qu'*ORD*.

En conclusion, il convient de retenir que les données de recherche soumises au secret bancaire ne peuvent pas être rendues accessibles en tant qu'*ORD*. Si les données bancaires des clients sont anonymisées, une publication en tant qu'*ORD* peut avoir lieu.

Les règles relatives aux services financiers¹⁰¹ et aux établissements financiers¹⁰² ne contiennent pas de limites juridiques pour les *ORD*.

3. Droit des tiers

La mise à disposition de données de recherche peut être entravée non seulement par des dispositions légales, mais aussi par les droits des tiers. Au premier plan, il y a les droits d'auteur, les droits découlant de la protection pénale du secret (article 162 CP), les droits issus de la LCD (article 5 let. c et article 6

⁹⁸ BEAT KLEINER/RENATE SCHWOB/CHRISTOPH WINZELER, Kommentar zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen vom 8. November 1934 sowie zu der Verordnung vom 17. Mai 1972 (V) und der Vollziehungsverordnung (VV) vom 30. August 1961 (VV) – mit Hinweisen auf das Bankenrecht der Europäischen Union, auf das Allgemeine Dienstleistungsabkommen (GATS) und mit Erläuterungen zu den Maßnahmen gegen die Geldwäscherei, Zobl/Schwob/Winzeler/Kaufmann/Weber/Kramer (Ed.), Zurich 2015, art. 47 N 8 ss.

⁹⁹ BankG-Komm., KLEINER/SCHWOB/WINZELER, nbp. 98, art. 47 N 335, 360.

¹⁰⁰ CELIAN HIRSCH/ÉMILIE JACOT-GUILLARMOD, Les données bancaires pseudonymisées – Du secret bancaire à la protection des données, SZW 2020, 151 ss., 156.

¹⁰¹ Loi fédérale sur les services financiers (LSFin), RS 950.1.

¹⁰² Loi fédérale sur les établissements financiers (LEFin), RS 954.1.



LCD) et les droits issus du droit de la protection des données. En revanche, les brevets ne peuvent pas être opposés à la mise à disposition de données de recherche.

3.1. Droits d'auteur

Nous considérons qu'en règle générale ni les œuvres littéraires et artistiques ou prestations protégées ni les programmes d'ordinateur ne sont rendus accessibles en tout ou en partie en tant qu'*ORD*. Avant la mise à disposition d'*ORD*, il faut toujours **vérifier si les données contiennent des œuvres ou des parties d'œuvres protégées par le droit d'auteur**¹⁰³. C'est par exemple le cas lorsque des séquences suffisamment longues de code source ou de textes, d'images ou de photographies sont mises à disposition. Dans ce cas, il faut demander aux titulaires de droits d'auteur sur ces œuvres s'ils sont d'accord pour que leurs œuvres soient mises à disposition.

De grandes quantités de données de recherche, mises à disposition en tant qu'*ORD*, devront régulièrement être qualifiées de bases de données au sens du droit d'auteur. S'il s'agit de **bases de données structurées**, elles peuvent être protégées par le droit d'auteur. Avant la mise à disposition de données en tant qu'*ORD*, il faut donc toujours vérifier si les données peuvent être qualifiées de base de données, qui pourrait être protégée par le droit d'auteur. Si tel est le cas, il convient de demander aux titulaires des droits s'ils sont d'accord avec la mise à disposition de la base de données.

Les droits d'auteur appartiennent aux personnes qui ont créé la base de données (article 6 LDA). Dans la mesure où il s'agit de bases de données créées par des employés d'une institution du domaine des EPF, les droits d'auteur sur les bases de données appartiennent à ces employés (article 36 al. 1 de la Loi sur les EPF). Cette règle semble certes dénuée d'un peu de sens, d'autant plus que les droits d'auteur sur le code source sont transférés de plein droit aux institutions du domaine des EPF (article 36 al. 2 de la Loi sur les EPF), mais elle résulte de façon non équivoque des dispositions de l'article 36 al. 1 et al. 2 de la Loi sur les EPF. Les employés peuvent ainsi décider eux-mêmes s'ils veulent rendre accessibles des bases de données en tant qu'*ORD*, dans la mesure où l'institution concernée du domaine des EPF n'a pas adopté de règlement interne qui prescrit un transfert des droits d'auteur sur les bases de données à l'institution ou une mise à disposition de données de recherche (et/ou de bases de données) en tant qu'*ORD*. Si une **base de données a été créée par des tiers, ils doivent être consultés**. Il faut toujours vérifier si les auteurs de la base de données ont cédé leurs droits à d'autres tiers, par exemple à une université, une maison d'édition ou un fournisseur commercial. Si tel est le cas, il faut obtenir leur accord.

¹⁰³ cf. supra, B.1.2.



3.2. Brevets

Les brevets sont délivrés pour des **inventions**, c'est-à-dire pour des **enseignements en vue d'une activité technique**¹⁰⁴. Ils confèrent à son titulaire le droit d'interdire à des tiers d'utiliser l'invention à titre professionnel (article 8 al. 1 LBI). L'utilisation comprend notamment la fabrication, l'entreposage, l'offre et la mise en circulation ainsi que l'importation, l'exportation, le transit et la possession à ces fins (article 8 al. 2 LBI). En ce qui concerne l'utilisation, il convient de distinguer les **brevets de produit et les brevets de procédé**. Par « utilisation », on entend, dans le cas des brevets de produit, la fabrication et la commercialisation de l'invention brevetée. Sont ainsi visés tous les actes (mais seulement ceux-là) concernant le produit protégé par le brevet, qui comprennent, outre la fabrication, l'entreposage, l'offre, la mise en circulation, etc., d'un tel produit. Pour les brevets de procédé, il y a utilisation lorsque le procédé est mis en œuvre, c'est-à-dire lorsque les étapes de procédé prévues dans les revendications du brevet sont réalisées.

Les données de recherche mises à disposition en tant qu'*ORD* peuvent contenir des inventions brevetées. Cela devrait être rarement le cas, mais ne peut être exclu. Cependant, la mise à disposition d'une invention sur Internet ne constitue **pas une utilisation d'une invention** au sens du droit des brevets, car elle ne permet pas de fabriquer un produit ou de mettre en œuvre un procédé. La mise à disposition ne peut donc pas être interdite par le titulaire du brevet.

Il convient également de noter que les brevets ne sont délivrés que si **l'invention est divulguée dans la demande de brevet**. Cela signifie que l'invention doit être exposée, dans la demande de brevet, de façon suffisamment claire et complète pour qu'un homme de métier puisse l'exécuter sur la base du fascicule du brevet et en tenant compte des connaissances générales dans le domaine concerné (article 50 al. 1 LBI)¹⁰⁵. Comme le fascicule de brevet est publié sur le site Internet de l'Office des brevets lors de la délivrance du brevet, l'invention est en tout état de cause accessible au public dès la délivrance du brevet. Si les données de recherche rendues accessibles en tant qu'*ORD* devaient contenir une invention brevetée, elles ne divulgueraient pas d'informations qui ne soient pas déjà accessibles au public.

3.3. Droits découlant de la protection du secret par le droit pénal

Si des données de recherche en tant qu'*ORD* sont rendues accessibles alors que les chercheurs et/ou l'institution des domaines des EPF sont légalement ou contractuellement tenus au secret, il y a violation

¹⁰⁴ MARK SCHWEIZER/HERBERT ZECH, in : Schweizer/Zech (Ed.), Stämpfli Handkommentar, Patentgesetz (PatG), Bundesgesetz über die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954, Bern 2019, Art. 1 N 10; BGer 4A.12/1995 vom 31. Juli 1996, E. 4, in: sic! 1997, 77 ss. : Dans sa décision, le Tribunal fédéral a qualifié une invention technique « d'enseignement pour utiliser méthodiquement des forces naturelles contrôlables pour atteindre directement un résultat causal et perceptible ».

¹⁰⁵ HGer SG, sic! 2009, 875 ss., 879 ss. – « Dichtmasse » ; SHK PatG-SUTTER/HOCHREUTENER, nbp. 104, art. 50 N 3 ss.



de l'article 162 CP. La personne physique qui a rendu les données accessibles peut être, sur plainte du détenteur du secret, punie d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (article 162 CP).

C'est le **détenteur du secret** qui a le droit de porter plainte. Le détenteur du secret sera généralement une autre institution de recherche ou une entreprise qui a mis à disposition d'un chercheur ou d'une institution du domaine des EPF des données de recherche et qui a obligé les chercheurs ou l'institution à respecter le secret. Le détenteur du secret peut non seulement porter plainte, mais aussi demander la cessation de l'infraction et l'octroi de dommages-intérêts. Le droit à réparation découle du droit commun de la responsabilité délictuelle (article 41 CO lu en combinaison avec l'article 162 CP). Le droit de demander la cessation n'a pas été prévu de façon explicite, mais il peut être déduit du droit commun de la responsabilité délictuelle (article 41 ss. CO). En effet, celui-ci ne donne pas seulement droit à demander l'octroi de dommages-intérêts, mais aussi, à juste titre, la cessation de l'infraction¹⁰⁶.

3.4. Droits découlant de la LCD

La LCD s'applique à toutes les actions visant à influencer la concurrence sur un marché (donné). Il s'agit de toutes les actions qui sont **pertinentes pour le marché**, qui sont **orientées vers le marché ou la concurrence** et qui peuvent avoir un effet sur les relations entre concurrents ou sur les relations entre fournisseurs et acheteurs. En revanche, la LCD ne s'applique pas à la recherche scientifique et à la publication de ses résultats, tant que ces activités se déroulent dans un cadre académique¹⁰⁷. La LCD s'applique toutefois aux coopérations avec des entreprises privées et lorsque les résultats de la recherche (par exemple d'une start-up) doivent être exploités sur le marché.

La reprise et la mise à disposition de données de recherche en tant qu'**ORD** peut enfreindre **l'interdiction de la reprise directe (article 5 let. c LCD)** ou être qualifiée de **violation de secrets de fabrication et d'affaires (article 6 LCD)**. Toutefois, ce dernier cas ne se présente que si le contrevenant a surpris ou a eu indûment connaissance d'une autre manière des données¹⁰⁸.

Celui qui, par une violation d'une disposition de la LCD, subit une atteinte dans sa clientèle, son crédit ou sa réputation professionnelle, ses affaires ou ses intérêts économiques en général ou celui qui en est menacé, peut demander la cessation de l'infraction, la suppression des conséquences de la violation et des dommages-intérêts ainsi que la remise du gain (article 9 LCD). Une violation de l'article 5 let. c ou de l'article 6 LCD est en outre punissable ; l'auteur est puni, sur plainte, d'une peine privative de

¹⁰⁶ MARTIN A. KESSLER, in : Widmer Lüchinger/Oser (Ed.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, art. 1-529 CO, Bâle 2020, art. 43 N 4 ; dans ce sens aussi MARTIN ECKERT, Digitale Daten als Wirtschaftsgut: digitale Daten als Sache, SJZ 2016, 245 ss., 272 et URS HESS-ODONI, Die Herrschaftsrechte an Daten, in : Jusletter du 17 mai 2004, Rz. 39.

¹⁰⁷ BGer 6B_188/2013 du 4 juillet 2013, E. 6.3, et les références citées.

¹⁰⁸ cf. supra, B.1.5.



liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire (article 23 LCD). Le *data owner*, c'est-à-dire le **détenteur du contrôle effectif de données**, juridiquement protégé par les articles 5 let. c et 6 LCD, est en droit d'intenter une action en cessation, en suppression et en dommages-intérêts ou en remise du gain et à déposer plainte.

3.5. Droits issus de la protection des données

Le droit de la protection des données ne confère pas aux personnes concernées **un droit de contrôle global** sur les données les concernant, mais certains droits leur permettant de contrôler et de limiter dans une certaine mesure l'utilisation des données. Ces possibilités vont beaucoup plus loin lorsque les données sont traitées par une personne privée, en particulier par une entreprise. Le traitement par les entreprises repose dans certains cas sur le consentement des personnes concernées, qui peut être révoqué à tout moment¹⁰⁹. En outre, les personnes concernées peuvent s'opposer au traitement des données les concernant (article 30 al. 2 let. b LPD). Les deux constellations font que la personne privée peut seulement traiter les données si elle a un intérêt prépondérant au traitement des données (article 31 LPD).

Le traitement de données personnelles par des organes fédéraux repose toujours sur une **base légale**. Le consentement des personnes concernées n'est pas nécessaire pour ce traitement. Cela vaut également pour le traitement des données personnelles dans le cadre de la recherche par les institutions du domaine des EPF. Le fait que les personnes concernées donnent régulièrement leur consentement au traitement de données personnelles pour la recherche ne change rien à cette situation juridique. D'un point de vue éthique (en matière de recherche), on ne peut que se réjouir du fait que **l'obtention du consentement** soit recherchée, qu'elle soit prévue dans de nombreuses normes et qu'elle constitue une pratique établie dans de nombreux domaines, mais cela **n'est pas exigé par le droit de la protection des données**. Ni pour le traitement dans le cadre d'un projet de recherche, ni pour la mise à disposition des données de recherche en tant qu'*ORD* sous forme anonymisée. Le traitement de données personnelles pour la recherche au sein des institutions du domaine des EPF ne reposant pas juridiquement sur un consentement, les personnes concernées ne peuvent pas davantage empêcher valablement le traitement des données les concernant en révoquant leur consentement ou en exerçant un droit d'opposition ou en demandant l'effacement. Les personnes concernées ne disposent donc pas de droits leur permettant d'empêcher la mise à disposition de « données personnelles » les concernant en tant qu'*ORD*.

Comme indiqué plus haut, les données personnelles ne peuvent être **rendues accessibles que sous forme anonymisée en tant qu'*ORD***, en vertu des dispositions générales du droit de la protection des

¹⁰⁹ BSK DSG-BÜHLMANN/REINLE, nbp. 59, art. 6 N 316 ; SHK DSG-BAERISWYL, nbp. 59, art. 6 N 84.



données¹¹⁰. Si cette condition est remplie, la LPD ne s'applique nullement à la mise à disposition des données. Pour cette raison, les personnes concernées ne disposent pas de droits en matière de protection des données qu'elles pourraient faire valoir contre la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD*.

4. Restrictions contractuelles

Les projets de recherche sont souvent réalisés dans le cadre d'une coopération entre plusieurs universités et/ou en collaboration avec des entreprises. Ces coopérations sont généralement régies par des contrats qui contiennent régulièrement des accords sur la confidentialité des résultats de la recherche. Ces **obligations de confidentialité** peuvent entraîner des limites quant aux *ORD*. Ces obligations peuvent notamment être prévues dans des contrats de coopération ou de licence, dans des *Non Disclosure Agreements (NDA)* ou dans des *Material Transfer Agreements (MTA)*. Les limites concernant les *ORD* peuvent également résulter **d'autres accords contractuels** régissant la gestion des données de recherche.

De telles stipulations contractuelles peuvent être en **contradiction avec la stratégie *ORD*** d'une institution du domaine des EPF ou avec sa mise en œuvre concrète dans des lois ou des directives internes. Dans ce cas, la question se pose de savoir si l'accord contractuel est valable. La liberté contractuelle régit l'élaboration du contenu d'un contrat. Des limites peuvent toutefois résulter de l'article 19 al. 2 CO, selon lequel un accord contractuel ne doit pas être contraire aux règles de droit strict, aux mœurs ou à l'ordre public. Le contrat est également nul s'il a pour objet une chose impossible, illicite ou contraire aux mœurs (article 20 al. 2 CO). Sont également illicites les contrats pour lesquels une partie s'engage de façon excessive (article 27 al. 2 CC). Selon leur configuration, les dispositions relatives aux *ORD* peuvent relever du droit strict. Un contrat est **nul** au sens de l'article 19 et 20 CO, si son contenu est contraire à une disposition objective, de droit privé ou public, écrite ou non écrite, du droit strict suisse (fédéral ou cantonal)¹¹¹. Le caractère strict d'une disposition résulte de son interprétation¹¹².

Si un contrat entre les chercheurs et un partenaire contractuel contient un accord qui n'est pas conforme à la stratégie *ORD* de l'université, il convient de procéder à un examen en deux étapes : Dans un premier temps, il convient de vérifier si la norme potentiellement violée par le contrat est une **disposition légale** au sens des articles 19 et 20 CO. Tel est le cas, par exemple, de la loi sur les EPF ; toutefois, elle ne

¹¹⁰ cf. supra, 0.

¹¹¹ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 106, art. 19 et 20 N 15 ; AHMET KUT/CHRISTOPH BAUER, in : Atamer/Furrer (Ed.), Handkommentar zum Schweizer Privatrecht, Obligationenrecht - Allgemeine Bestimmungen - Art. 1-183 OR, Zurich 2023, art. 20 N 13 ; BGer 4A_173/2010 du 22 juin 2010, E. 2.2.

¹¹² BSK CO I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 106, art. 19 et 20 N 20 f. ; CHK OR-KUT/BAUER, nbp. 111, art. 20 N 14 ; BGE 143 III 600, E. 2.8.1.



contient pas de dispositions relatives aux *ORD*. En ce qui concerne les directives internes, il convient de vérifier si elles peuvent être qualifiées de dispositions légales au sens des articles 19 et 20 CO. Dans un deuxième temps, il convient d'examiner si la **disposition** en question relève **du droit strict**. Si tel est le cas, le contrat est nul (article 20 al. 1 CO). Toutefois, selon la doctrine et la pratique dominantes, la nullité n'est pas automatique, mais ne s'applique que « lorsque cette conséquence juridique est expressément prévue par la loi ou découle du sens et du but de la norme violée »¹¹³. En outre, en vertu du principe de la nullité partielle, le champ de la nullité ne s'étend qu'aussi loin que le but protecteur de la norme violée l'exige.

Le but protecteur des dispositions relatives aux *ORD* ne devrait pas, en règle générale, exiger la nullité totale du contrat. Il serait plutôt conforme à la finalité de la disposition concernée que seules les dispositions du contrat qui contreviennent à la disposition pertinente de l'*ORD* soient considérées comme nulles. Les exceptions ne s'appliquent que si l'on peut supposer que l'ensemble du contrat n'aurait pas été conclu sans le contenu illicite¹¹⁴. Cela pourrait être le cas, par exemple, lorsqu'un contrat de coopération prévoit une obligation de confidentialité des données de recherche qui est nulle en raison d'une violation d'une disposition relative aux *ORD*, et que le contractant n'aurait pas conclu le contrat s'il avait su que les données de recherche devaient être rendues accessibles en tant qu'*ORD*.

Les **contrats de licence** peuvent également contenir des limites pour les *ORD*. Outre les obligations de confidentialité, les contrats de licence, par exemple, peuvent contenir certaines restrictions d'utilisation, géographiques ou temporelles, qui s'opposent aux *ORD*. Les stipulations en matière de diffusion et de publication des données, comme l'obligation de publier les données sur une plateforme spécifique, peuvent également entrer en conflit avec les dispositions relatives aux *ORD* des institutions du domaine des EPF.

5. Responsabilité

Si les chercheurs ne respectent pas les limites concernant les *ORD* et qu'il en résulte un dommage pour des tiers, les dispositions générales sur la responsabilité s'appliquent.

Dans les **rapports externes**, c'est-à-dire à l'égard des tiers, les institutions du domaine des EPF sont responsables, sans tenir compte de fautes de leurs employés, pour le dommage causé par leurs employés de façon illicite à des tiers dans l'exercice de leurs fonctions (article 3 al. 1 lu en combinaison avec l'article 19 al. 1 let. a de la Loi sur la responsabilité (LRFC) lu en combinaison avec l'article 5 al. 1

¹¹³ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 106, art. 19 et 20 N 54 et les références citées ; BGE 143 III 600, E. 2.8.1 ; BGE 134 III 438, E. 2.2 ; BGE 123 III 292, E. 2.e.aa.

¹¹⁴ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 106, art. 19 et 20 N 64a ; CHK OR-KUT/BAUER, nbp. 111, art. 20 N 49 ; BGer 4C.156/2006 du 17 août 2006, E. 3.4 ; BGE 143 III 558, E. 4.1.1 ; BGE 124 III 57, E. 3.c et les références citées.



de la Loi sur les EPF). Certains domaines juridiques sont régis par des dispositions particulières (par exemple l'article 30 ss. LGG) qui priment sur la LRFC (article 3 al. 2 LRFC)), mais qui ne devraient guère être pertinentes ici. Parfois les contrats contiennent également des stipulations régissant les conséquences des violations du contrat, par exemple en fixant des pénalités contractuelles.

Dans les **rapports internes**, c'est-à-dire entre les employés et l'institution du domaine des EPF, les directives internes respectives s'appliquent, notamment les dispositions sur la mise à disposition de données de recherche en tant qu'**ORD** ainsi que les dispositions sur l'intégrité scientifique ainsi que les directives sur la procédure à suivre en cas de conduite scientifique inappropriée.

D. MISE EN ŒUVRE JURIDIQUE DES **ORD**

1. Remarque préliminaire

La Constitution contient les normes fondamentales de l'État. Une partie importante est constituée par les droits fondamentaux, qui garantissent aux individus des droits essentiels vis-à-vis de l'État. L'État n'est pas seulement l'État lui-même, mais aussi celui qui assume des tâches étatiques (article 35 al. 2 CF). Les **institutions du domaine des EPF** assument des tâches étatiques et sont **tenues de respecter les droits fondamentaux** dans leurs actions. Il convient de tenir compte de ces dispositions également lors de la mise en œuvre d'**ORD**.

Dès lors qu'il n'existe pas de restrictions légales et que des tiers n'ont pas de droits sur les données de recherche ou renoncent à l'exercice de ces droits, les données de recherche peuvent être rendues librement accessibles en tant qu'**ORD**. D'un point de vue juridique, **l'accès aux ORD peut être totalement libre**, c'est-à-dire sans conclusion d'un contrat de licence et sans acceptation des conditions d'utilisation et donc sans que les utilisateurs soient soumis à des restrictions d'accès et d'utilisation des données.

En règle générale, l'opérateur d'une plateforme **ORD** ne mettra les données de recherche à disposition que sur la base d'un **contrat de licence**, afin de garantir le respect de certaines conditions (par exemple, l'indication de la source ou le respect de normes scientifiques). Ainsi, la prise de position du Conseil des EPF prévoit également que l'utilisation des **ORD** doit se faire sur la base d'une licence¹¹⁵.

¹¹⁵ CONSEIL DES EPF, Open Research Data, Position du domaine des EPF, 5.



2. Cadre constitutionnel

La mise en œuvre d'une stratégie *ORD* peut se faire de différentes manières. Pour une mise en œuvre efficace de l'approche, il peut être nécessaire d'obliger les chercheurs à rendre leurs données de recherche accessibles au public. Une telle obligation peut avoir des implications du point de vue des droits fondamentaux. Les droits fondamentaux tels que la liberté de la science, la garantie de la propriété et la liberté économique peuvent être concernés.

2.1. Droits fondamentaux pertinents pour les *ORD*

Le droit fondamental le plus important en rapport avec les *ORD* est la **liberté de la science** qui protège l'enseignement et la recherche scientifiques (article 20 CF)¹¹⁶. Les chercheurs concernés sont ceux qui se voient imposer un certain traitement des données de recherche par des dispositions relatives aux *ORD*. Face à cela, se trouve la liberté de la science des autres chercheurs et des membres de la communauté scientifique. Ils peuvent avoir besoin d'accéder à des données de recherche de tiers pour leur propre recherche. La question est de savoir si les données de recherche relèvent de la **garantie de la propriété** (article 26 CF). La garantie de la propriété protège tous les droits patrimoniaux de la propriété privée, lesquels comprennent outre les droits matériels, les droits immatériels¹¹⁷. La question de savoir si les données sont également couvertes par la notion de propriété en droit constitutionnel n'est pas encore clarifiée, mais la réponse est plutôt négative¹¹⁸. La **liberté économique** (article 27 CF) d'éventuels partenaires de coopération peut également être impactée. Elle protège la libre activité économique privée, en particulier le libre choix du métier, le libre accès à une activité professionnelle et son libre exercice (article 27 al. 2 CF)¹¹⁹. Au premier plan se trouvent ici les éléments du libre exercice de l'activité entrepreneuriale et de la liberté contractuelle. Une obligation de publication des données de recherche prive les partenaires de coopération de la possibilité de décider eux-mêmes de l'utilisation des données de recherche, par exemple par le biais d'une licence ou d'une vente à but lucratif.

2.2. Restriction des droits fondamentaux

Les droits fondamentaux ne sont pas absolus, mais peuvent faire l'objet de restrictions conformément à l'article 36 CF. La condition est qu'il existe une base légale, que la restriction soit justifiée par un intérêt public et proportionnée au but visé (article 36 CF). Ces dispositions sont à prendre en compte lors de l'élaboration concrète d'une stratégie *ORD*.

¹¹⁶ MAYA HERTIG, in : Waldmann/Besler/Epiney (Ed.), Basler Kommentar, Schweizerische Bundesverfassung (BV), Bâle 2015, art. 20 N 5.

¹¹⁷ BSK BV-VALLENDER/HETTICH, nbp. 116, art. 26 N 19 ; GIOVANNI BIAGGINI, in : Biaggini (Ed.), BV-Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2017, art. 26 N 12.

¹¹⁸ THOUVENIN, SJZ 2017, 21 ss., 21 ; BV Komm.-BIAGGINI, nbp. 117, art. 26 N 12.

¹¹⁹ BV-Komm., BIAGGINI, nbp. 117, art. 27 N 4 ; BSK BV-Uhlmann, nbp. 116, art. 27 N 4 faisant référence à BGE 131 I 333, E. 4 et BGE 137 I 167, E. 3.1.



Il convient de tenir compte de l'exigence d'une **base légale** suffisante ; l'obligation de mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD* devrait idéalement être ancrée dans une loi au sens formel du terme. La question de savoir si un ancrage dans des directives internes est suffisant devrait être examinée au cas par cas et dépend également de la portée de l'obligation. Un équilibre est à trouver entre l'**intérêt public** et l'intérêt des autres chercheurs et du public en général pour les données de recherche.

En ce qui concerne la **proportionnalité**, trois aspects doivent être examinés : l'aptitude, la nécessité et la proportionnalité au sens strict (caractère raisonnable). Les mesures attentatoires aux droits fondamentaux doivent être appropriées pour atteindre l'objectif d'intérêt public¹²⁰. L'atteinte à un droit fondamental doit en outre être nécessaire, c'est-à-dire qu'elle est limitée à ce qui est nécessaire pour remplir les objectifs d'intérêt public. En outre, l'intérêt public doit prévaloir sur les droits fondamentaux des personnes concernées qui s'y opposent, il convient donc d'examiner les intérêts en jeu. Le respect de la proportionnalité est susceptible d'être le point décisif lors de l'introduction d'une stratégie *ORD*. En ce qui concerne l'**aptitude** pour satisfaire à l'intérêt public, il convient de tenir compte d'aspects tels que l'accessibilité et les conditions dans lesquelles l'accès aux données est accordé. Moins les obstacles à l'accès aux données pour d'autres chercheurs sont importants, plus l'intérêt public est satisfait. En ce qui concerne la **nécessité**, il convient d'examiner jusqu'où l'obligation doit aller pour satisfaire à l'intérêt public poursuivi par la réglementation ; il convient de choisir respectivement la mesure la moins intrusive. Cela signifie que les droits fondamentaux des chercheurs et des partenaires de coopération concernés doivent être respectés autant que possible ; en font partie, outre la liberté de la recherche, également la garantie de la propriété et la liberté économique, qui sont impactées par une réglementation qui limite la libre disposition par des droits sur des biens immatériels éventuellement existants pour les données de recherche et par la protection des données de recherche en tant que secrets d'affaires¹²¹. Ces points devraient également être importants pour l'examen de la proportionnalité au sens strict.

3. Contrats de licence

3.1. Objet

Par un **contrat de licence**, le donneur de licence autorise le preneur de licence à utiliser un bien immatériel selon l'étendue convenue¹²². Une rémunération (redevance ou royalties) ne fait pas partie

¹²⁰ BV-Komm., BIAGGINI, nbp. 117, art. 5 N 21 faisant référence à BGE 136 I 29, E. 4.2 ; BSK BV-ÉPINEY, nbp. 116, art. 5 N 70.

¹²¹ cf. supra, B.1.5.

¹²² Reto HILTY, Lizenzvertragsrecht, Bern 2002, 5 ss. ; BSK CO I-AMSTUTZ/MORIN, nbp. 106, introduction avt CO 184 ss. N 238 ; ROLAND VON BÜREN, in : David/von Büren (Ed.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SIWR), I/1, Grundlagen, Bâle 2002, 295.

des éléments objectivement essentiels du contrat, mais elle est régulièrement convenue¹²³. Un contrat de licence permet d'autoriser **l'utilisation de tous les types de biens immatériels**.

Il y a contrat de licence authentique lorsque le bien immatériel dont l'utilisation est concédée sous licence est protégé par un droit sur des biens immatériels (par exemple, un brevet ou un droit d'auteur). Un contrat de licence inauthentique régit l'utilisation d'un bien immatériel qui n'est pas (ou plus) protégé par un droit sur des biens immatériels¹²⁴, notamment l'utilisation du *know-how* (savoir-faire). Il s'agit notamment des informations qui sont protégées en tant que secrets de fabrication et d'affaires par l'article 6 LCD et l'article 162 CP contre l'utilisation non autorisée par des tiers. Il s'agit d'un contrat de licence mixte lorsqu'en plus de l'utilisation de biens immatériels protégés par un droit absolu, l'utilisation du *know-how* (complémentaire) est également autorisée¹²⁵. **Les contrats de licence** portant sur des données doivent généralement être qualifiés de **contrats de licence inauthentiques** ; si les données représentent des œuvres ou des prestations protégées par le droit d'auteur, il s'agit d'un contrat de licence mixte.

3.2. Forme

La conclusion d'un contrat n'est soumise à une exigence de forme que si cela a été prévu par la loi ou convenu par les parties (article 11 al. 1 et article 16 al. 1 CO). Étant donné que le contrat de licence est un contrat non réglementé par la loi (appelé contrat innommé), la loi ne prévoit **aucune exigence de forme**. Si les parties n'en ont pas convenu autrement, un contrat de licence peut donc également être conclu sous forme purement électronique, oralement ou par un comportement implicite¹²⁶.

3.3. Contenu

Le droit des contrats repose sur le principe de la liberté contractuelle. Celle-ci comprend la liberté d'élaboration du contenu des contrats, appelé **liberté de contenu**¹²⁷. Dans le cadre des limites générales de la liberté contractuelle (notamment les articles 19 et 20 CO et l'article 27 CC)¹²⁸ les parties

¹²³ BSK CO I-AMSTUTZ/MORIN, nbp.106, introduction avt CO 184 ss. N 238; EUGEN MARBACH/PATRIK DUCREY/GREGOR WILD, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bern 2017, para. 925 ; MAGDA STREULI-YOUSSEF, in : Streuli-Youssef (Ed.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht (SWIT), V/1, Bâle 2020, 22.

¹²⁴ ROBERT M. STUTZ/STEPHAN BEUTLER/MARC HOTTINGER, in : Stutz/Bleuler/Hottinger (Ed.), Stämpfli Handkommentar, Designgesetz (DesG), Bern 2022, art. 15 N 12 ; CLAIRE HUGUENIN, Obligationenrecht, Allgemeiner und Besonderer Teil, Zurich 2019, para. 3792 ; HILTY, nbp. 122, 15.

¹²⁵ ROLAND FISCHER/LARA DORIGO, in : Weinmann/Münch/Herren (Ed.), Schweizer IP-Handbuch, Intellectual Property – Konzepte, Checklisten und Musterdokumente für die Praxis, Bâle 2021, § 17 Rz. 0.8.

¹²⁶ HILTY, nbp. 122, 275 ; VON BÜREN, nbp. 122, 332 ; SHK DesG-STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER, NBP. 124, art. 15 N 21.

¹²⁷ BSK CO I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 111, art. 19 et 20 N 5 ss. faisant référence à BGE 115 II 237, E. 4.d ; PETER GAUCH/WALTER R. SCHLUEP/JÖRG SCHMID/SUSAN EMMENEGGER, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zurich 2020, Rz 626.

¹²⁸ cf. supra, C.4.



peuvent **librement élaborer des contrats de licence**. Cela s'applique également aux *ORD*. Les institutions du domaine des EPF peuvent ainsi définir librement les conditions des contrats de licence sous lesquels les données de recherche sont mises à disposition en tant qu'*ORD*.

Il est notamment possible d'octroyer la licence gratuitement (appelée « licence gratuite » ou « libre ») ou uniquement contre paiement d'une **redevance**. Les parties sont également libres de fixer les modalités de la redevance de licence. Dans la pratique, il existe de nombreuses variantes pour déterminer et calculer les redevances, telles que les redevances uniques, les paiements forfaitaires lorsque certains objectifs sont atteints constituant des jalons importants, les redevances périodiques, les redevances liées au chiffre d'affaires ou aux bénéfices et les licences à l'unité¹²⁹. Il arrive fréquemment que les parties associent un paiement forfaitaire lors de la conclusion du contrat (appelé « *downpayment* ») à une redevance périodique (par exemple, annuelle ou trimestrielle) en fonction du chiffre d'affaires¹³⁰.

L'étendue des **droits d'utilisation** accordés par la licence peut également être déterminée librement par les parties. L'utilisation peut notamment être limitée dans le temps (par exemple, pour une année seulement) ou dans l'espace (par exemple, uniquement dans un pays donné) ou à des fins spécifiques (par exemple, uniquement à des fins purement scientifiques, à l'exclusion de toute utilisation commerciale).

En outre, il est possible (et souhaitable) de préciser si le preneur de licence est autorisé à octroyer une **sous-licence** à des tiers leur permettant d'utiliser le bien immatériel. La sous-licence ne peut pas couvrir des pouvoirs plus étendus (mais moins étendus) que la licence principale. La question de savoir si le preneur de licence a le droit d'accorder une sous-licence lorsque le contrat de licence ne contient aucune disposition à ce sujet est controversée¹³¹ ; il conviendrait donc de régler la question également explicitement (et a fortiori) lorsque le preneur de licence n'est pas censé avoir le droit d'accorder une sous-licence.

4. Aspects du droit des cartels

Lors de la mise en œuvre des *ORD*, il convient de respecter certaines règles du droit de la concurrence. La Loi sur les cartels s'applique aux entreprises de droit privé et de droit public qui sont des acteurs

¹²⁹ Au sujet des différentes variantes : FISCHER/DORIGO, nbp. 125, § 17 Rz. 6.1 ; VON BÜREN, nbp. 122, 347 ss. ; HILTY, nbp. 122, 486.

¹³⁰ En détail sur le « *downpayment* » FISCHER/DORIGO, nbp. 125, § 17 Rz. 6.3 f.

¹³¹ HILTY, nbp. 122, 758 ff. ; VON BÜREN, nbp. 122, p. 314 ss. ; SHK DesG-STUTZ/BEUTLER/HOTTINGER, NBP. 124, Art. 15 N 15.

économiques. En principe, les personnes privées ne sont pas soumises à la loi sur les cartels¹³². Le droit des cartels ne s'applique donc pas aux chercheurs qui rendent leurs données publiques. En revanche, les opérateurs de plateformes *ORD* devraient être soumis au droit des cartels.

Selon les conditions d'accès, il peut y avoir des problèmes du point de vue des opérateurs de plateformes *ORD* si un opérateur est qualifié d'entreprise ayant un pouvoir de marché relatif ou dominant le marché. Selon l'article 4 al. 2 de la LCart, une entreprise est considérée comme **dominante sur un marché** lorsqu'elle est en mesure de se comporter de manière essentiellement indépendante sur un marché. La part de marché est un facteur essentiel pour déterminer s'il y a position dominante ; sauf circonstances particulières¹³³ - celle-ci devrait être supérieure à 50 %, pour qu'on puisse considérer qu'il y ait une situation de dominance sur le marché¹³⁴. Comme les données de recherche sont collectées et traitées partout dans le monde, il est peu probable qu'une plateforme *ORD* soit qualifiée de dominante. Il est plus probable qu'il existe un pouvoir de marché relatif. Selon l'article 4 al. 2^{bis} LCart, une entreprise est considérée comme ayant un **pouvoir de marché relatif** lorsque d'autres entreprises sont dépendantes d'elle, de telle sorte qu'il n'y a pas d'alternatives suffisantes et raisonnables. Sous cet aspect, il convient également d'examiner si les données de recherche en question peuvent être considérées comme substituables. Les données de recherche qui font, par exemple, partie de l'état de la technique ou de la recherche et qui se trouvent donc aussi dans d'autres sources sont substituables. En ce qui concerne les données de recherche non substituables, il n'y a pas d'alternatives pour les autres chercheurs, raison pour laquelle il devrait y avoir un pouvoir de marché relatif lorsque ces données de recherche sont proposées par une institution de recherche en tant qu'*ORD*.

La détention d'un pouvoir de marché relatif ou d'une position dominante n'est pas illicite en soi, seuls certains **comportements abusifs** le sont (article 7 al. 1 f. LCart). L'article 7 al. 2 let. a LCart. peut être applicable. Si le détenteur d'une installation ou d'une information essentielle (*Essential Facilities*) **refuse l'accès aux tiers**, sans qu'il y ait pour cela des raisons objectives (*Legitimate Business Reasons*), il peut y avoir un refus illicite d'entretenir des relations commerciales. Il y a une installation essentielle chaque fois que l'accès à celle-ci est objectivement nécessaire pour opérer sur un marché en aval¹³⁵. Il

¹³² BERNHARD RUBIN/MATTHIAS COURVOISIER, in : Baker & McKenzie (Ed.), Stämpfli Handkommentar, Kartellgesetz (KG), Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Bern 2007, art. 2 N 9 ; RETO HEIZMANN/MICHAEL MAYER, in : Zäch et al. (Ed.), KG-Kommentar, Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, Zurich 2018, art. 2 N 25.

¹³³ De telles circonstances particulières peuvent exister, par exemple, lorsque certaines données ne peuvent être collectées qu'après d'une institution de recherche et que celle-ci prévoit l'obligation de mettre des données à disposition exclusivement sur sa plateforme.

¹³⁴ JÜRIG BORER, in : Orell Füssli Kommentar, Wettbewerbsrecht I, Schweizerisches Kartellgesetz (KG) mit den Ausführungserlassen sowie einschlägigen Bekanntmachungen und Meldeformularen der WEKO, Zurich 2011, art. 4 N 19 ; SHK KG-ROLAND KÖCHLI/PHILIPPE M. REICH, nbp. 132, art. 4 N 38.

¹³⁵ MARC AMSTUTZ/BLAISE CARRON, in : Amstutz/Reinert (Ed.), Basler Kommentar, Kartellgesetz (KG), Bâle 2021, art. 7 N 181 et 248 ; RAMIN SILVAN GOHARI, Die Essential Facilities-Doktrin, sic! 2019, 533 ss., 535, 539, à chaque fois avec les références citées.



convient d'examiner au cas par cas si une plateforme *ORD* est considérée comme une installation essentielle. Il n'y aurait violation de l'article 7 al. 2 let. a LCart que si l'accès à certaines données de recherche était restreint pour certaines catégories de personnes sans que des raisons objectives puissent être invoquées.

Un comportement abusif pourrait aussi consister en **l'imposition de prix ou de conditions commerciales inéquitables** (article 7 al. 2 let. c LCart), par exemple, si l'accès aux données est soumis à un prix (élevé) ou si l'accès à la plateforme *ORD* est soumis à des conditions particulièrement strictes qui diffèrent sensiblement des conditions applicables aux autres plateformes *ORD*. Il conviendrait de déterminer au cas par cas si ces éléments sont réunis. En ce qui concerne le montant de la redevance, il convient néanmoins de noter qu'une limitation de l'accès pour des raisons économiques par la perception d'une redevance est licite en vertu du droit des cartels, dans la mesure où il s'agit de compenser une charge financière liée à la mise à disposition des données. Il peut notamment s'agir de coûts relatifs au regroupement de jeux de données, à l'anonymisation ou à la création de l'interopérabilité.¹³⁶

5. Licences pour les *ORD*

5.1. Conclusion

La liberté contractuelle comprend également la liberté de conclure ou de ne pas conclure un contrat avec une partie, ce qu'on appelle la **liberté de conclure**¹³⁷.

D'un point de vue juridique, les fournisseurs d'*ORD* ne sont pas obligés de conclure un contrat de licence avec des tiers pour l'utilisation de données de recherche et ils sont en principe libres en cas de demande d'un tiers **de refuser l'octroi d'une licence**. Ils peuvent notamment prévoir de ne pas accorder de licences à certains tiers, par exemple des entreprises qui font de la recherche commerciale ou des universités de certains pays. Certaines restrictions à la liberté de conclure peuvent certes résulter du droit des cartels, les conditions pour une obligation de contracter sont toutefois strictes et ne seront remplies que dans de rares cas¹³⁸.

¹³⁶ ALFRED FRÜH, Datenzugangsrechte, sic! 2018 521 ss., 528 ss.

¹³⁷ BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, nbp. 106, art. 19/20 N 8 faisant référence à BGE 129 III 35, E. 6.1 ; GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/EMMENEGGER, nbp. 127, Rz 721 ss., 1102 ss.

¹³⁸ cf. supra, D.4.



5.2. Rédaction

Les fournisseurs d'*ORD* sont en principe libres de rédiger leurs contrats de licence comme ils l'entendent¹³⁹. La liberté quasi totale au niveau du contenu permet d'aménager les contrats de licence les *ORD* de telle façon qu'ils soient conformes au concept des *ORD* et aux principes FAIR.

D'un point de vue juridique, il est tout à fait possible de faire dépendre l'octroi d'une licence *ORD* du paiement d'une **redevance**. En premier lieu, il s'agit d'une redevance unique qui est à verser lors de l'octroi de la licence et de l'accès aux données. Il est également envisageable d'exiger des entreprises le paiement d'une redevance et d'accorder des licences gratuites aux universités et aux autres institutions de recherche.

Les fournisseurs d'*ORD* peuvent librement déterminer l'**étendue** des **droits d'utilisation** accordés par une licence. Il est notamment envisageable de restreindre l'utilisation à des fins non commerciales. Il est également possible d'imposer des obligations supplémentaires aux preneurs de licence, telles que l'obligation de mettre également à disposition les connaissances acquises à partir des données ou les données générées par l'utilisation des *ORD*.

Les fournisseurs d'*ORD* devraient préciser si les preneurs de licence sont habilités à accorder des **sous-licences**. L'octroi d'une telle autorisation est possible mais semble peu judicieux si le fournisseur d'*ORD* souhaite conserver un certain contrôle sur l'utilisation des données de recherche. Les personnes intéressées par l'utilisation des données peuvent à tout moment obtenir une licence directement auprès du fournisseur d'*ORD*. Cette approche permet au fournisseur d'*ORD* de savoir qui est autorisé à utiliser les données de recherche.

5.3. Licences standard

Les contrats de licence peuvent être librement négociés et aménagés par les parties. S'ils utilisent cette liberté et concluent un contrat contenant des règles spécifiques pour le cas concret, il s'agit d'un **accord individuel**. Cependant, dans de nombreuses constellations, des contrats de licence standard sont utilisés, qui sont entièrement pré-rédigés par une partie et acceptés « *as is* » par l'autre partie. De tels contrats de licence standard sont, par exemple, les licences *Creative Commons*¹⁴⁰ ou les licences développées par l'*Open Knowledge Foundation*¹⁴¹.

¹³⁹ Voir juste avant, D.5.2.

¹⁴⁰ Voir <<https://www.creativecommons.ch>> (dernière visite le 28 juin 2024).

¹⁴¹ Voir <<https://opendatacommons.org/licenses/>> (dernière visite le 28 juin 2024).



5.3.1. Open Database License

L'*Open Knowledge Foundation* a créé **trois licences standard pour les bases de données** : l'*Open Database License (ODbL)*, l'*Open Data Commons Attribution License (ODC-By)* et l'*Open Data Commons Public Domain Dedication and License (PDDL)*¹⁴². Ces licences ne couvrent toutefois que les droits d'auteur et les droits *sui generis* sur les bases de données¹⁴³. Les autres droits, en particulier les éventuels droits découlant du droit de la protection des données ou d'une violation de l'obligation de garder les données secrètes,¹⁴⁴ ne sont pas pris en compte. Dans de nombreux cas, ces licences ne sont donc pas adaptées aux *ORD*.

L'*Open Data Commons Public Domain Dedication and License (PDDL)* autorise l'**utilisation des bases de données et de leurs contenus** de manière globale. Juridiquement parlant, il s'agit d'une combinaison d'une déclaration de renonciation et d'une licence. La *PDDL* comprend aussi bien les droits d'auteur et le droit *sui generis* sur la base de données que les droits sur le contenu de la base de données (article 2.2 *PDDL*). Avec la *PDDL*, le titulaire des droits introduit la base de données et son contenu dans le **domaine public (public domain)** (article 3.1 *PDDL*). Si cela n'est pas possible, parce que certains pays n'autorisent pas l'affectation au domaine public, le titulaire des droits renonce à ses droits d'auteur et au droit *sui generis* (article 3.2 *PDDL*). Si cela n'est pas non plus possible, parce que certains pays n'autorisent pas la renonciation aux droits d'auteur, le titulaire des droits accorde une licence globale à la base de données et à ses contenus (article 3.3 *PDDL*). La *PDDL* n'impose aux preneurs de licence aucune restriction dans l'utilisation de la base de données.

L'*Open Data Commons Attribution License (ODC-By)* autorise l'**utilisation de bases de données** protégées par le droit d'auteur ou par le droit *sui generis* sur les bases de données (article 2.1 f. *ODC-By*). Elle ne concerne toutefois que les droits sur les bases de données, et non les éventuels droits sur les **contenus des bases de données**, en particulier sur d'éventuels droits d'auteur ou droits voisins sur des œuvres ou des prestations contenues dans la base de données ; les droits relatifs à la protection des données ou à la protection de la personnalité ne sont pas non plus inclus dans la licence (article 2.4 *ODC-By*). L'*ODC-By* ne contient qu'une obligation d'**attribution** » (article 4.3 *ODC-By*). L'octroi de **sous-licences** est exclu (article 4.4 phrase 1 *ODC-By*). Au lieu de cela, le donneur de licence offre aux tiers ayant reçu du preneur de licence la base de données (ou des parties de celle-ci) diffusée sous licence, sous une forme modifiée ou non, d'obtenir une *ODbL* (article 4.4 phrase 2 *ODC-By*).

L'*Open Database License (ODbL)* contient en partie les mêmes dispositions que l'*ODC-By*, mais prévoit des restrictions plus importantes. Comme l'*ODC-By*, l'*ODbL* permet l'**utilisation de bases de**

¹⁴² Voir <<https://opendatacommons.org/licenses/>> (dernière visite le 28 juin 2024).

¹⁴³ cf. supra, B.1.2. et B.1.3.

¹⁴⁴ cf. supra, B.3 et B.1.5.



données (article 2.1 f. *ODbL*). Comme l'*ODC-By*, elle ne concerne toutefois que les droits sur les bases de données, et non les éventuels droits sur les contenus des bases de données (article 2.4 *ODbL*). Outre l'obligation d'« **attribution** » (article 4.3 *ODbL*), l'*ODbL* contient également une obligation de « **share alike** » (article 4.4 *ODbL*). En outre, l'*ODbL* prévoit que les bases de données doivent être maintenues ouvertes (« **keep open** ») (article 4.7.a *ODbL*). Les tiers peuvent certes protéger par des conditions d'utilisation ou des mesures techniques l'accès et l'utilisation par des tiers d'une base de données qu'ils sont autorisés à utiliser conformément à l'*ODbL*, mais uniquement s'ils mettent à la disposition du destinataire de la base de données soumise à de telles restrictions également une copie de la base de données sans restrictions, appelée « **parallel distribution** » (article 4.7.b *ODbL*). Comme pour l'*ODC-By*, l'octroi de **sous-licences** est également exclu pour l'*ODbL* (article 4.8 *ODbL*).

5.3.2. Licence *Creative Commons*

Les licences *Creative Commons* sont un outil efficace pour déterminer de façon simple l'étendue des droits accordés aux utilisateurs en ce qui concerne une œuvre protégée par le droit d'auteur. Les licences *Creative Commons* ont acquis une grande reconnaissance et leur utilisation est recommandée par de nombreuses institutions publiques¹⁴⁵. Les titulaires de droits peuvent déterminer la manière dont leur contenu est exploité en choisissant parmi six catégories de licences *Creative Commons*.

La licence dite « **Attribution License** » (**CC BY**) est la plus permissive. Elle offre à chaque utilisateur la liberté de réutiliser les données, à condition de citer les titulaires originaux et d'indiquer si des modifications ont été apportées au contenu original. La licence dite « **Share Alike** » (**CC BY-SA**) exige la mention de la source et l'utilisation d'une œuvre nouvellement créée sur la base d'une œuvre existante sous la même licence. La licence dite « **Non commercial** » (**CC BY-NC**) prévoit les mêmes droits que la licence d'attribution (**CC-BY**), mais exclut toute utilisation à des fins commerciales. La licence dite « **No Derivatives** » (**CC BY-ND**) autorise l'utilisation commerciale, mais interdit toute modification des œuvres dérivées.

La **Creative Commons Zero License (CC0)** est une combinaison d'une déclaration de renonciation et d'une licence. Avec la **CC0**, l'« **Affirmer** » déclare **renoncer complètement** à ses droits d'auteur et droits similaires (article 2 **CC0**). Ces droits sont définis de manière exhaustive dans la **CC0** ; en font partie notamment (mais pas seulement) : droits d'utilisation issus du droit d'auteur, droits moraux de l'auteur, droits issus de la **LCD**, des droits *sui generis* sur les bases de données et droits similaires (article 1 **CC0**). Dans la mesure où cette renonciation n'est pas valable, l'« **Affirmer** » accorde une

¹⁴⁵ Voir par exemple les recommandations de l'infrastructure Open Access pour la recherche en Europe (OpenAIRE), disponible sur <<https://zenodo.org/record/2574619>> (dernière visite le 27 mai 2024), qui recommande l'utilisation des licences Creative Commons CC BY 4.0 lorsque le matériel constitue une œuvre au sens de la LDA, et l'utilisation de la licence CC0 pour les données et les ensembles de données qui ne sont pas structurés comme des bases de données.



licence globale, gratuite et irrévocable concernant l'utilisation de tous les droits (article 3 *CC0*). Les données publiées sous une licence *CC0* peuvent ainsi être utilisées, modifiées et réutilisées librement et sans restriction. La *CC0* est un outil efficace pour créer la sécurité juridique, car elle indique clairement que les **contenus** ainsi désignés **peuvent être utilisés librement**. Elle a en outre l'avantage de résoudre le problème de l'« *Attribution stacking* », c'est-à-dire la nécessité de mentionner un grand nombre de jeux de données réutilisés. L'usage d'une licence *CC0* donne ainsi aux utilisateurs la possibilité de regrouper plusieurs jeux de données sans avoir à se soucier de la mention des différents titulaires de droits.

5.3.3. *Mise en œuvre*

Les contrats de licence sont toujours conclus entre un (ou plusieurs) donneur(s) de licence et un (ou plusieurs) preneur(s) de licence. Le donneur de licence est le titulaire des droits qui peuvent être utilisés par le preneur de licence dans le cadre et sur la base du contrat de licence. Si le preneur de licence ne respecte pas les stipulations du contrat de licence, le donneur de licence peut faire valoir ses droits contractuels vis-à-vis du preneur de licence. Les contrats de licence contiennent parfois des dispositions relatives à la mise en œuvre des droits, par exemple sur l'annulation ou la résiliation en cas de violation du contrat ; si ces questions ne sont pas réglées par les parties, les dispositions générales du droit de la responsabilité contractuelle (article 97 ss. CO et article 192 ss. ainsi que l'article 367 ss. CO par analogie) s'appliquent. Cela vaut pour les contrats de licence individuels comme pour les contrats de licence standard. Comme il est proposé d'utiliser les licences **Creative Commons CC-BY et CC0** pour la mise à disposition de données de recherche en tant qu'*ORD*, seule la mise en œuvre de ces deux licences est brièvement esquissée ici.

La **Licence CC-BY** prévoit une série d'obligations contractuelles du preneur de licence, telles que l'obligation de mentionner le ou les auteur(s) ou l'obligation d'ajouter un avis relatif à la protection par le droit d'auteur (*copyright notice*) à la licence ou à une exclusion de responsabilité (*disclaimer of warranties*) (Sec. 3.a.1.A *CC-BY*). En outre, le preneur ne peut pas offrir l'objet de la licence à des conditions différentes ou supplémentaires (Sec. 2.5.B *CC-BY*). Si une obligation contractuelle n'est pas respectée, par exemple parce que l'auteur n'est pas mentionné, la licence prend fin automatiquement (Sec. 6.a *CC-BY*). Une action en justice pour demander **l'exécution des obligations contractuelles** est donc exclue, car le contrat de licence prend fin avec la violation et l'ancien preneur de licence ne peut plus être poursuivi en exécution du contrat dès lors qu'il est devenu caduc. Une action en **dommages-intérêts** est certes possible (section 6.b *CC-BY*), mais en général il n'y aura pas de dommage.

Contrairement à la licence *CC-BY*, la **licence CC0** ne prévoit pas d'obligations contractuelles pour le preneur de licence. Il ne peut donc pas enfreindre la licence *CC0* et la question de la mise en œuvre des droits contractuels ne se pose pas.



Le **titulaire des droits et le donneur de licence** ont le droit de **faire appliquer** les licences standard *CC-BY* et *CC0*. Le titulaire de droits des *ORD* est, en vertu de l'article 36 de la loi sur les EPF, l'institution du domaine des EPF ; il n'en va autrement que pour les droits d'auteur¹⁴⁶. C'est donc l'institution concernée du domaine des EPF qui a le droit de mettre en œuvre les licences standard. Si les *ORD* contiennent également des œuvres protégées par le droit d'auteur, une licence standard pour l'ensemble des données ne peut être accordée que conjointement par l'institution et les titulaires de droits d'auteur. Les deux (ou plusieurs) donneurs de licence peuvent toutefois agir de manière indépendante contre une violation du contrat et faire valoir leur part d'un éventuel dommage.

¹⁴⁶ cf. supra, B.2.