

LA CONSÉCRATION D'UN DROIT À LA PORTABILITÉ DES DONNÉES NON-PERSONNELLES

RÉSUMÉ

Après avoir institué un droit à la portabilité pour les données personnelles avec le règlement général sur la protection des données (RGPD), la Commission européenne a annoncé vouloir lancer une initiative législative en automne 2017 pour consacrer un droit à la portabilité des données non-personnelles, dans le cadre du marché unique numérique.

La création de ce droit doit être soutenue. La portabilité des données non-personnelles a en effet pour objectif de soutenir le développement d'une économie de la donnée européenne innovante, dans le cadre d'un phénomène de plateformes de nos économies. En effet, ce droit offrirait la possibilité à une entreprise de récupérer les données qu'elles ont générées et qui sont stockées et traitées chez un prestataire, pour les transférer - les porter - chez un autre prestataire. Ainsi, il permettrait de lutter contre la persistance des déséquilibres de marché principalement en défaveur des acteurs européens et plus particulièrement des petites et moyennes entreprises (PME), en ce qu'il faciliterait la circulation des données entre les plateformes et pas simplement entre les frontières. L'instauration d'un droit à la portabilité des données permettrait en effet de lutter contre les phénomènes de verrouillage de manière efficace. Il redonnerait aux entreprises une maîtrise sur leurs données, notamment pour développer des services en interne ou au niveau d'un secteur professionnel. La voie contractuelle paraît insuffisante à l'heure actuelle pour atteindre cet objectif, de même que le droit de la concurrence.

Pour être effective, la consécration du principe juridique de portabilité des données non-personnelles doit s'accompagner d'une réflexion approfondie sur les standards d'interopérabilité et les modes d'accès techniques aux données, notamment via des interfaces de programmation (API). Plusieurs contours de ce droit restent par ailleurs à préciser :

- **Le titulaire du droit** : pour que ce droit atteigne ses objectifs, notamment en termes de diffusion de l'innovation, le titulaire de droit doit être défini précisément, notamment en précisant la notion de " co-contractant générateur de la donnée " ;
- **Le fondement juridique du droit à la portabilité** : il semble nécessaire d'éviter que le droit de la portabilité se fonde sur un droit de propriété reconnu au titulaire du droit. En effet l'instauration d'un droit de propriété sur les données non-personnelles irait à l'encontre des objectifs poursuivis, dans la mesure où il complexifierait les transactions et les mécanismes de partage des données ;
- **Les données concernées** : le spectre des données concernées par le droit à la portabilité non-personnelle fait l'objet de discussions et doit être précisé. À cet égard, il peut être utile de s'inspirer des distinctions contenues dans la loi République numérique. L'articulation avec les autres droits à la portabilité devra faire partie de cette réflexion ;
- **Les conditions de mise en oeuvre techniques** : elles déterminent en grande partie la portée réelle du droit. La définition de standards d'interopérabilité et de modalités d'accès techniques doit être précisée ;
- **Le champ d'application** : pour des raisons d'effectivité du droit, et dès lors que le droit de l'Union trouve à s'appliquer au contrat, le droit à la portabilité des données non-personnelles devrait avoir un champ d'application extraterritoriale.

La Commission européenne a annoncé vouloir lancer une initiative législative en automne 2017 pour consacrer un droit à la portabilité des données non-personnelles, dans le cadre du marché unique numérique. Cette initiative a pour objectif, en parallèle d'une autre initiative concernant la levée des obligations de localisation des données au niveau national, de favoriser le développement d'une économie de la donnée innovante en Europe.

La consécration d'un droit à la portabilité des données non personnelles suivrait celle d'un droit à la portabilité des données personnelles, prévu par l'article 20 du règlement général de protection des données (RGPD) et applicable à partir du 25 mai 2018.

UN DROIT À LA PORTABILITÉ DES DONNÉES NON-PERSONNELLES DOIT ÊTRE CONSACRÉ AU NIVEAU EUROPÉEN

2

Conformément à son avis, le Conseil tient à rappeler que la portabilité des données s'inscrit dans un cadre plus large relatif au partage de la valeur dans l'économie numérique. En effet, la valeur liée à l'utilisation des données provient des croisements entre différents jeux de données. La question qui se pose actuellement n'est plus tant celle de la protection de l'investissement pour la constitution de larges bases de données, que celle de l'incitation au croisement de ces bases avec d'autres sources de données. Dans un très grand nombre de cas, les activités de collecte et de qualification sont en effet réalisées de manière ancillaire, pour servir un processus industriel : elles sont un moyen plutôt qu'une fin. Le croisement avec d'autres données est en revanche au service d'une nouvelle finalité : c'est cette phase, parce qu'elle recouvre le véritable potentiel du big data et l'émergence de nouveaux services, qui devrait, selon le Conseil, être promue par de nouvelles incitations.

Favoriser la concurrence entre services numériques et la maîtrise de leurs données par les entreprises

Dans une économie numérique marquée de plus en plus par les phénomènes de plateformes et des écosystèmes d'applications fermés, un droit à la portabilité des données non-personnelles permettra de favoriser la circulation des données entre les plateformes et pas simplement entre les frontières. Il a ainsi deux objectifs : favoriser la concurrence entre services numériques et donner aux entreprises la maîtrise sur leurs données.

- Favoriser la concurrence entre services numériques

Ce droit offrira la possibilité à une entreprise, de récupérer les données brutes qu'elle a générées et qui sont stockées et traitées chez un prestataire, pour les transférer - les porter - chez un autre prestataire ou de les utiliser en interne ou dans le cadre de partenariats commerciaux et industriels. Ce droit concernera les données non-personnelles, c'est-à-dire non identifiantes et à ce titre majoritairement économiques et financières, agricoles ou industrielles¹. En facilitant le changement de prestataire, le droit à la portabilité des données entend favoriser la concurrence entre les services de *cloud*.

- Donner aux entreprises la maîtrise de leurs données

Au-delà de ce premier objectif, le droit à la portabilité pourra également permettre aux entreprises de conserver la maîtrise de leurs données, dans le contexte d'une économie de plateforme, où la valeur est tendanciellement créée et captée par des acteurs extérieurs proposant des services à partir des données de leurs utilisateurs. Un tel droit permettra alors de lutter contre les effets de verrouillage et de fuite de la valeur en rendant possible le développement de services en interne ou au niveau d'un secteur professionnel en s'appuyant sur les données récupérées.

De plus, il semble que la portabilité favoriserait le croisement de données issues de services tiers et donc l'émergence de nouveaux modèles d'affaires, à l'instar des *Personal Information Management Services* (PIMS) pour les données personnelles. C'est dans ce type de croisement que réside aujourd'hui la principale source de valeur dans l'économie numérique. Le secteur du bâtiment intelligent en est un exemple révélateur, dans la mesure où les services associés sont produits à partir de croisements de données : les données de température croisées avec les données de circulation des personnes et les données concernant l'entretien des locaux par exemple.

En luttant contre les silos de données, le droit à la portabilité des données non-personnelles a pour objectif de soutenir le développement d'une industrie européenne de la donnée, notamment au bénéfice des acteurs les plus innovants, à même de remettre en cause les positions acquises.

Les fondements du droit à la portabilité

Le fondement de la portabilité des données consacré par la loi pour une République numérique était basé à la fois sur la maîtrise des données par l'individu mais aussi sur les opportunités concurrentielles. À cet égard la portabilité est un mécanisme qui anticipe les tendances relatives au cloud computing. En ce sens, la portabilité des données se fonde sur une justification similaire à celle de la Directive 91/250/CEE du Conseil, du 14 mai 1991, concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur qui permet la décompilation du logiciel, dérogatoire à la protection du logiciel.

La portabilité des données industrielles

Beaucoup de PME industrielles ont amorcé une transition de leurs modes de production, notamment dans le cadre du programme Industrie du futur. Elles possèdent des machines connectées produisant des données via les capteurs qu'elles comportent. Ces données sont souvent captées et stockées chez un prestataire de services (le constructeur de la machine, un prestataire de cloud...). Or ce sont chez ses prestataires, via l'analyse de données, que se produisent de plus en plus de services, pouvant potentiellement entraîner une situation de fuite de la valeur et de dépendance.

Un droit à la portabilité devra pouvoir permettre à ces PME de récupérer facilement leurs données et de les transférer chez un autre prestataire sans interruption de service. Elle leur permettra également de les utiliser en interne ou avec des acteurs de leur secteur pour développer de nouveaux services innovants.

Enfin, la portabilité des données est généralement associée à de faibles coûts de commutation, et donc à l'affaiblissement des barrières à l'entrée dans le marché numérique. Aussi, elle permettrait, selon le Conseil d'analyse économique, de "prévenir les problèmes de concurrence liés à l'économie numériques"². Ainsi le fondement juridique du droit à la portabilité est concurrentiel. De la même manière que la portabilité des données personnelles, consacrée dans le RGPD, se fonde sur le principe d'autodétermination informationnelle et *in fine* de dignité humaine, le principe de portabilité des données non-personnelles se fonde sur une autre liberté fondamentale : la liberté d'entreprendre et plus particulièrement la libre concurrence.

Les critiques relatives à l'instauration de ce droit doivent être dépassées

L'idée de consacrer un droit à la portabilité fait l'objet de plusieurs critiques, qu'il s'agit de dépasser.

- **La voie contractuelle serait satisfaisante**

Les cas où une entreprise perdrait la capacité de récupérer ses données confiées à un prestataire seraient relativement limités : il semblerait même improbable qu'une entreprise puisse organiser elle-même la perte de contrôle d'un actif aussi essentiel que la donnée. De manière générale, le droit contractuel serait suffisant pour prévoir la possibilité de récupérer ses données. De plus, au cas où le droit contractuel échouerait à atteindre cet objectif, le droit de la concurrence - notamment le droit des pratiques restrictives de concurrence - disposerait des dispositifs adéquats pour répondre aux situations abusives de verrouillage des données.

Cela étant, si pour une grande entreprise, le recours au droit contractuel est un instrument approprié et permet lors de la négociation pré-contractuelle de faire valoir ses droits, **la situation est différente pour les plus petites entreprises, qui peuvent subir le rapport de forces et se voir imposer des clauses contractuelles déséquilibrées**. Ainsi certains acteurs ont témoigné de l'existence de clauses de réversibilité peu claires et déséquilibrées dans les contrats de *cloud computings*³. Ils ont également signalé que la portabilité de leurs données étaient assujetties à des conditions contractuelles changeantes. À cet égard, le risque de non-réversibilité ou de "verrouillage" est considéré comme significatif, en particulier dans la mesure où il est difficile d'évaluer la capacité du prestataire de services à renvoyer les données dans un format utilisable. Ces clauses contractuelles rendent complexe la possibilité de récupérer ses données⁴. Par ailleurs, les procédures peuvent s'avérer coûteuses et longues. La consécration d'un droit à la portabilité des données non-personnelles pourrait en amont favoriser un meilleur équilibre contractuel. En outre, elle permettrait en aval de faciliter l'émergence d'un écosystème autour de la portabilité.

- **Le problème ne serait pas d'ordre juridique**

D'aucuns soulignent qu'il est très souvent déjà possible, pour une entreprise, de récupérer les données non-personnelles qu'elle a fournies à un prestataire de services. Néanmoins, peu d'entreprises s'y risquent, surtout lorsqu'elles ont recours à un prestataire permettant une personnalisation importante du service, par exemple un service de CRM⁵. En effet, récupérer et porter ses données est alors long, compliqué et onéreux. Ainsi, consacrer un nouveau droit ne résoudrait pas le problème et serait condamné à demeurer inefficace.

C'est d'autant plus vrai que les secteurs dans lesquels se sont développés des standards spécifiques encodant les règles d'accès et de portabilité des données sont peu nombreux et ne sont pas encore parvenus à garantir une circulation effective des données. **C'est pourquoi la consécration du principe juridique de portabilité des données non-personnelles doit s'accompagner d'une réflexion approfondie sur les standards d'interopérabilité et les modes d'accès techniques aux données, notamment via des interfaces de programmation (API).**

- **Les dispositifs permettant la portabilité seraient trop onéreux à mettre en place pour les acteurs**

Il est régulièrement avancé, notamment par les contributeurs à la consultation de la Commission sur la libre circulation des données, que les exigences pour la mise en œuvre de la portabilité des données peuvent être techniquement complexes et coûteuses principalement pour des raisons d'architecture de bases de données. D'un point de vue strictement technique, les opérateurs devront développer une fonctionnalité permettant d'interroger leurs bases de données et d'en extraire les informations pertinentes.

Or il semble que pour les petites structures, ce coût sera extrêmement faible : de nombreux outils sont à leur disposition pour leur permettre d'exporter les données simplement. Par ailleurs, une logique de seuils pourrait être instaurée afin de préserver les plus petites entreprises, sur le modèle de ce que l'article 48 de la loi pour une République numérique a prévu concernant la portabilité des données.

Pour les structures plus importantes, le coût dépend en grande partie de l'architecture de la base de données ou des complexités organisationnelles. Ce coût n'est pas nécessairement prohibitif (il ne s'agit pas de construire une nouvelle base, mais de développer des outils d'extraction). Il ne devrait pas non plus être une charge excessive car de nombreuses entreprises auront déjà mis en place la portabilité des données personnelles. Par ailleurs les entreprises recourent déjà à l'export de leurs données pour différentes finalités (notamment les sauvegardes). L'émergence de standards de formats pour l'export des données devrait en outre pouvoir diminuer le coût de l'opération.

LES CONTOURS DU DROIT À LA PORTABILITÉ DOIVENT ENCORE ÊTRE PRÉCISÉS

Si les objectifs et les fondements de ce droit semblent à même de favoriser le développement d'une économie de la donnée européenne innovante et d'un environnement ouvert et favorable à la concurrence, il est toutefois nécessaire que ses contours soient précisés.

Le titulaire du droit

Pour la bonne poursuite des objectifs qui président à la création de ce droit, le titulaire devrait être l'entreprise qui a contracté avec un fournisseur de service numérique afin de mettre en oeuvre un dispositif pour générer de la donnée. Autrement dit, le titulaire du droit à la portabilité est celui qui contracte avec un fournisseur de service numérique qui pourrait alors les extraire pour contracter avec un nouvel opérateur ou l'exploiter dans le cadre de partenariats industriels ou commerciaux.

Le titulaire du droit à la portabilité - un exemple

Dans le cas des données produites par un capteur dans un bâtiment intelligent, le titulaire du droit à la portabilité serait celui qui génère la donnée et ni l'installateur du dispositif, ni le fabricant.

Droit à la portabilité et droit de propriété

Le droit à la portabilité des données non-personnelles doit être clairement distingué d'un droit à la propriété sur la donnée. En aucun cas, il ne semble nécessaire de lier ces deux droits et il est au contraire tout à fait possible de reconnaître un droit à la portabilité, sur le fondement de la liberté d'entreprendre, qui ne s'accompagne pas d'un droit de propriété. La création d'un droit de propriété sur la donnée serait en effet contraire aux objectifs recherchés. En figeant les titulaires de droit et en complexifiant les transactions, elle conduirait à limiter les échanges de données et leur circulation. De plus, elle conduirait *in fine* à un plus grand risque de dépossession des acteurs, du fait de l'inscription potentielle de clauses de cession obligatoires dans les contrats.

Les données concernées

Le droit à la portabilité devrait concerner l'ensemble des données non-personnelles générées par le titulaire du droit. En effet, les entreprises devraient avoir le droit de recevoir les données à caractère non-personnel les concernant qu'elles ont fournies dans le cadre d'une relation contractuelle. À l'image de ce que prévoit le RGPD, ces données pourraient couvrir les données déclarées activement et consciemment par l'entreprise telles que des données fournies pour créer un compte en ligne. Les données générées par l'activité de l'entreprise, lorsqu'elle utilise un service ou un appareil connecté, sont également concernées par ce droit : cela concerne par exemple les données brutes collectées par des compteurs communicants.

Sur le modèle des législations déjà existantes en matière de portabilité, le droit à la portabilité pourrait comporter des limitations pour certaines données. Par exemple, l'article 48 de la loi pour une République numérique exclut du champ d'application de la portabilité les données enrichies significativement et les données portant préjudice aux dispositions protégeant le secret en matière commerciale et industrielle et les droits de la propriété intellectuelle. Par ailleurs, l'exercice du droit à la portabilité des données non-personnelles ne devrait pas porter atteinte aux droits et libertés de tiers. Néanmoins, les métadonnées d'utilisation du service pourraient être incluses dans le droit à la portabilité des données non-personnelles car ces dernières s'avèrent indispensables pour contextualiser une donnée.

L'articulation avec les autres portabilités des données

Plus généralement, il s'agit d'alerter sur les possibles conflits de normes entre les différents droits à la portabilité consacrés ou envisagés par différents textes français et européens⁶. Compte-tenu de la difficile distinction entre les données personnelles et les données non personnelles, il n'est pas exclu que certaines situations relèveront à la fois de la portabilité des données personnelles et de la portabilité des données non-personnelles. Par exemple, l'existence d'un conflit de portabilité des données pourrait intervenir dans le cadre de bases de données hétérogènes (c'est à dire des bases de données comprenant à la fois des données personnelles et des données non-personnelles). Il s'agit donc de penser en amont la méthode de résolution de ces potentiels conflits. À ce titre, les difficultés tenant à la définition des frontières entre données personnelles et données non-personnelles pourraient justifier un alignement des régimes de ces droits à la portabilité.

Harmoniser la portabilité des données avec les législations déjà existantes

Le Conseil encourage la Commission à adopter les approches de la législation existante sur la portabilité des données. Pourraient ainsi être appliqués des principes déjà consacrés : étude d'impact en amont de tout traitement visant à la libre circulation des données ou encore sécurisation et protection des données grâce aux outils préconisés par le privacy by design et le privacy by default tels que le chiffrement. L'harmonisation des droits à la portabilité permettrait également d'éviter aux acteurs économiques d'avoir à mettre en place des architectures distinctes pour organiser la restitution des données. Par ailleurs, l'exercice du droit à la portabilité devrait être proposé grâce à une fonctionnalité gratuite ou à tout le moins au coût de la mise en oeuvre. De la même manière, pour des raisons de clarté juridique, le manquement ou la mauvaise exécution de la portabilité des données non-personnelles devrait être assortie des mêmes sanctions établies dans le cadre du RGPD.

Les modalités techniques de mise en oeuvre

S'inspirer : API et portabilité des données dans la loi pour une République numérique

Sur l'exemple de l'article 48 de la loi pour une République numérique, le Conseil considère que pourrait être imposé aux fournisseurs de prendre toutes les mesures nécessaires pour permettre la récupération des données et fichiers, en termes d'interface de programmation et de transmission des informations nécessaires au changement de fournisseur.

La normalisation des modalités techniques d'accès est essentielle. Les conditions de mise en oeuvre technique du droit à la portabilité conditionneront en grande partie son effectivité. Les données devraient tout d'abord être restituées dans un format structuré, couramment utilisé dans le secteur concerné et lisible par machine. De plus, il est nécessaire de définir des standards techniques clairs d'interopérabilité précis (et non de compatibilité des systèmes), de concert avec les industriels et les associations professionnelles comme le préconise le G29 dans ses guidelines sur la portabilité des données⁷. L'utilisation d'interfaces de programmation (API), permettant de transférer directement les données d'un opérateur à un autre et d'interroger automatiquement de vastes bases de données semble être une des solutions à privilégier, de même que la constitution d'ontologies de données partagées.

Le champ d'application du droit à la portabilité

Pour garantir l'effectivité du droit à la portabilité des données non-personnelles, il s'agirait de réfléchir à son champ d'application. Dès lors que le droit de l'Union trouve à s'appliquer au contrat, le Conseil considère que ce droit devrait avoir un champ d'application extraterritoriale c'est à dire que la portabilité des données non-personnelles devrait s'appliquer à tous les traitements, qu'ils aient lieu ou non dans l'Union.

[1] Exemples de données non personnelles cités par la Commission (Mid-Term review of the Digital Single Market (DSM) – <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/content/mid-term-review-digital-single-market-dsm-good-moment-take-stock>) :

- des registres d'impôts tels que des factures, des documents comptables ou des documents portant sur l'enregistrement de la société ;
- des données agricoles permettant d'aider à surveiller et à optimiser l'utilisation de pesticides, de nutriments et d'eau ou à partir de capteurs communiquant les données qu'ils enregistrent, telles que les conditions de température ou de vent ;
- des données sur l'utilisation et les besoins de maintenance de l'industrie du futur dont les robots industriels.

[2] Les notes du Conseil d'analyse économique, n° 26, octobre 2015, Nicolas Colina, Augustin Landierb, Pierre Mohnenc et Anne Perrottd : <http://www.cae-eco.fr/IMG/pdf/cae-note026.pdf>

[3] COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT on the free flow of data and emerging issues of the European data economy - Accompanying the document Communication Building a European data economy (COM(2017) : 9 final) : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/staff-working-document-free-flow-data-and-emerging-issues-european-data-economy>, page 47 "Anecdotal evidence suggest that clauses on data portability are often left out of contracts, and that smaller business actors can experience difficulties in getting their data back e.g. upon termination of the contract." Comments made by participants at the EC workshop on Building the European Data Economy on 21 September 2016; findings published at: http://ec.europa.eu/newsroomitem-detail.cfm?item_id=34617/just/ and on the public consultation : <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/summary-report-public-consultation-building-european-data-economy>

[4] Autorité de contrôle prudentiel, The risks associated with cloud computing : https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/analyses-syntheses/201307-The-risks-associated-with-cloud-computing.pdf

[5] Customer relationship management, ou gestion de la relation client.

[6] Parmi lesquels :

- le droit à la portabilité des données personnelles pour toutes personnes les ayant fournies à un responsable de traitement, droit introduit par l'article 20 du règlement général pour la protection des données,
- le droit à la portabilité pour le consommateur de l'ensemble des données associées au compte utilisateur du consommateur d'un service de communication au public en ligne et uniquement applicable aux fournisseurs des services les plus importants - consacré par l'article 48 de la loi pour une République numérique ou encore,
- le droit à la récupération des contenus numériques en cas de résiliation d'un contrat de fourniture de contenus numériques contenu aux articles 13 et 16 de la proposition de directive du parlement européen et du conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique.

[7] ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY - Guidelines on the right to data portability ; https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ld_portabilite_eng.pdf