

« OPPOSER INNOVATION ET PROTECTION DES DONNÉES EST UNE POSTURE STÉRILE »

Aucun accord n'a encore été trouvé entre Bruxelles et Washington sur la question de la protection des données personnelles mais l'Union européenne joue la fermeté. Il n'est plus question de laisser la NSA (National Security Agency) piocher dans les données des Européens, pratiques révélées par Edward Snowden. Retour avec **Isabelle Falque-Pierrotin**, présidente de la CNIL (Commission nationale de l'informatique et des libertés) et du G29 (groupe de travail des CNIL européennes auprès de la Commission européenne) sur le dossier de la gestion des données.

Après quatre années de débats, l'Union européenne est parvenue à un accord pour renforcer la protection des données personnelles. Principe de portabilité des données, consécration du droit à l'oubli, mais aussi amendes pouvant atteindre jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires des entreprises en cas d'infraction en sont des points clés. Quel jugement portez-vous sur cet accord ?

Isabelle Falque-Pierrotin : L'accord trouvé par le Parlement européen, le Conseil et la Commission européenne sur la réforme européenne de la protection des données marque l'une des dernières étapes vers l'adoption finale des textes. Le G29, l'organisation qui rassemble l'ensemble des CNIL européennes⁽¹⁾, considère ce consensus comme une décision majeure pour la crédibilité européenne sur la scène internationale.

Par cet accord, l'Europe marque sa détermination à être un acteur majeur du numérique tout en préservant les valeurs humanistes qui sont les nôtres. C'est un signal envoyé à tous les acteurs mondiaux qui veulent venir opérer en Europe. Si toutes les conséquences de cet accord ne peuvent encore être mesurées, deux éléments importants peuvent déjà être soulignés. D'une part, le niveau de protection des données des citoyens et consommateurs européens devra rester au moins équivalent à celui garanti par le règlement pour toute entreprise qui vise des utilisateurs situés dans l'Union européenne. D'autre part, un nouveau droit vient compenser la dissymétrie qui s'était installée



entre individus et grandes entreprises qui collectent des données : le droit à la portabilité permet de récupérer les données communiquées à une plate-forme (réseau social, fournisseur d'accès à Internet, site de streaming) et de les transmettre à une autre plus *privacy friendly*.

En tant que régulateur, nous avons deux ans pour nous préparer à ce nouveau cadre juridique et pour préparer les entreprises privées, publiques et les administrations au changement.

À l'initiative allemande, a été introduit un amendement sur la possibilité pour les entreprises d'utiliser le potentiel du big data en supprimant l'identité de la personne (anonymisation). Pensez-vous que cette disposition permette de respecter un équilibre entre protection et liberté d'innovation ?

¹⁾ Ce groupe de travail, qui rassemble les représentants de chaque autorité indépendante de protection des données nationales, a été institué par l'article 29 de la directive du 24 octobre 1995 sur la protection des données et la libre circulation.

►► I. F.-P. : Avant de revenir sur l'un des principaux enjeux du *big data* en matière de données personnelles, rappelons que le *big data* ne repose pas uniquement sur des données personnelles mais aussi sur des données sans aucun lien avec un individu.

Les promesses liées aux traitements massifs de données dans le cadre du *big data* sont énormes. Le *big data* conduit notamment à des recoupements nombreux de données permettant des profilages toujours plus fins qui peuvent être utilisés dans la santé, l'assurance ou le crédit à la consommation. Par là, des données que l'on peut penser vraiment anonymes peuvent être réidentifiables grâce à des capacités de calculs et de croisements. Réduire, voire éliminer la possibilité de réidentification est donc indispensable et nécessite la définition de méthodologies d'anonymisation robustes. Le G29, comme chacune des autorités de protection, souhaite donc accompagner le développement du *big data* en ce sens et a d'ailleurs défini des principes d'anonymisation dès avril 2014.

A titre d'exemple d'intégration du *big data* dès la conception du produit, la CNIL a travaillé en France avec la société Orange pour mettre en place le dispositif *Flux Vision*. Ce service permet de convertir en temps réel des millions d'informations techniques provenant du réseau mobile en indicateurs statistiques, pour analyser la fréquentation de zones géographiques et les déplacements de population, qui peuvent être utilisés dans le domaine du tourisme, de l'aménagement du territoire ou du trafic routier. L'offre repose sur un procédé d'anonymisation développé en concertation avec la CNIL, qui supprime toute possibilité d'identifier les clients de l'opérateur. Dans le cadre du développement des *smart cities*, ce type dispositif innovant permet de respecter la vie privée des usagers et de répondre aux attentes des collectivités locales souhaitant proposer un service plus adapté.

Les techniques d'anonymisation peuvent donc ouvrir des voies opérationnelles de traitement des données dans le cadre du *big data* et concilier innovation et respect des libertés.

Un juste équilibre entre protection et liberté d'innovation est-il atteint ? Que répondez-vous aux détracteurs des instances de régulation qui estiment que de telles mesures « tuent l'innovation en Europe » ?

I. F.-P. : Considérer que la régulation tue l'innovation est un raisonnement à court terme. De nombreuses affaires de fuites de données personnelles ont éclaté l'an passé : site canadien de rencontre, sites et applications d'entreprises de jouets connectés, comptes d'agents fédéraux, données des salariés d'un groupe mondial de musique. Ces événements contribuent à l'émergence d'une conscience publique sur les enjeux liés à l'usage des données personnelles, notamment en matière de sécurité. La récurrence des scandales pourrait mener à une crise de confiance entre usagers et services (publics ou privés). L'eurobaromètre de juin 2015 démontre une certaine inquiétude des citoyens à cet égard.

Mais l'enjeu va au-delà de la gestion du risque : je suis convaincue que la protection des données est désormais un avantage compétitif et que les entreprises ou organisations peuvent faire valoir leur engagement en matière de protection des données auprès de leurs utilisateurs, clients ou salariés. Les personnes y sont, dans le contexte post Snowden²⁾, beaucoup plus sensibles et certains grands acteurs de l'Internet l'ont bien compris.

Évidemment, le régulateur doit s'adapter et offrir aux entreprises ou aux administrations des outils plus souples de conformité, accompagnant ces usages beaucoup plus intensifs des données. À cet égard, depuis plusieurs années, et le règlement le conforte, certaines autorités européennes (dont la CNIL) misent sur des outils comme les « packs de conformité ». Ceux-ci, mis en place en concertation avec les professionnels (exemple : compteurs d'énergie communicants ou logement social), définissent un cadre juridique clair et évolutif pour un secteur et simplifient les formalités administratives dudit secteur. Dans un cadre de responsabilisation accrue, les audits vie privée rendus obligatoires par le règlement européen constituent également un moyen de régulation. Des services « *privacy friendly* » se développent déjà en Europe ; le moteur de recherche DuckDuckGo qui ne collecte ni cookie ni adresse IP des utilisateurs en est une bonne illustration.

Finalement, le règlement traduit une nouvelle étape dans la protection des données personnelles : loin de constituer une contrainte, celle-ci constitue désormais un investissement pour les acteurs numériques. Ce positionnement

permet de retrouver un équilibre dans lequel émergeront peut-être de nouveaux acteurs, avec à la clef des créations d'emploi.

Dernier point, il importe de rappeler que l'Europe n'est pas la seule à soutenir la régulation. Contrairement aux idées reçues, cette culture est forte aux États-Unis également, le pays des actuels géants de l'Internet. Et nous sommes regardés avec envie, par exemple par la société civile américaine, sur le droit au déréférencement.

Opposer innovation et protection des données est une posture stérile. Non seulement ces principes ne s'opposent pas mais au contraire ils enclenchent un cercle vertueux, un cercle de confiance, clé de voûte d'un numérique durable.

Suite à l'invalidation, par la Cour de Justice de l'Union européenne, de l'accord Safe Harbor³⁾ en octobre 2015, les autorités européennes sont confrontées à une crise profonde. Comment le G29 aborde-t-il cette situation ?

I. F.-P. : Cet arrêt est un véritable coup de tonnerre. Il ne nous a pas surpris car plusieurs prises de position du G29 vont dans ce sens mais il nécessite que chacun prenne ses responsabilités. Face à cette situation, la responsabilité des autorités de

protection des données est très claire. Elles doivent faire respecter la loi, bien sûr de façon réaliste et coordonnée. De concert, les CNIL européennes, au sein du G29, ont

« L'arrêt Safe Harbor est un véritable coup de tonnerre »

décidé d'accorder trois mois aux autorités américaines et européennes pour trouver les voies d'un nouvel accord ; le G29 quant à lui va évaluer la solidité juridique des autres outils de transferts et, au terme de la période de transition, nous prendrons une décision concertée sur les suites à donner au jugement. Compte tenu des enjeux économiques et sociétaux liés aux transferts de données, celle-ci sera historique. ☞

Questions de Carole Ulmer, directrice des études à Confrontations Europe

2) Edward Snowden, ancien employé de la *Central Intelligence Agency* (CIA) et de la *National Security Agency* (NSA), a révélé les détails de plusieurs programmes de surveillance de masse américains et britanniques. Inculpé en 2013 par le gouvernement américain sous les chefs d'accusation d'espionnage, vol et utilisation illégale de biens gouvernementaux, il est actuellement en exil en Russie.

3) Le « *Safe Harbor* » (« sphère de sécurité ») est une décision de la Commission européenne, datant de 2000, qui affirme que le transfert de données personnelles d'Europe vers les États-Unis est possible car ce pays présente des garanties suffisantes pour la protection de la vie privée. Controversé, cet accord a été mis à mal par les révélations d'Edward Snowden de 2013.

QUEL RÔLE POUR LES PLATEFORMES EN LIGNE ?

La Commission européenne a lancé une grande consultation publique en septembre dernier afin d'évaluer le rôle social et économique des plateformes en ligne. Plus de 1 000 réponses émanant d'individus, d'entreprises ou d'associations ont été reçues et sont en cours d'analyse.

Les technologies numériques et l'Internet transforment profondément le monde des affaires et du travail, voire la société européenne dans son ensemble. C'est une véritable révolution technologique et industrielle semblable par son ampleur à celle qui a marqué le début du XX^e siècle avec l'avènement de l'électricité, du téléphone, du moteur à essence et du cinéma.

Au centre de cette révolution, se trouvent les plateformes Internet – moteurs de recherche, marchés électroniques, fournisseurs de contenu, médias sociaux – qui permettent aux internautes d'interagir, d'échanger et de commercer en surfant sur plus d'un milliard de pages Web.

La dynamique de croissance souvent exponentielle de ces plateformes qui tirent leur force de puissants effets réseaux, est un enjeu important pour l'économie européenne : elle détermine l'offre de nouveaux services économiques et sociétaux qui sont autant de relais de croissance pour les citoyens, les entreprises et les collectivités publiques. Des pans entiers des secteurs et des modèles d'entreprises traditionnels que ce soit dans le domaine du transport, de l'hôtellerie ou de l'industrie automobile sont ou seront transformés par la « plateformisation » de l'économie, avec, à la clé, des gains d'efficacité importants.

Déficit de transparence

L'émergence de plateformes qui est ainsi globalement bénéfique pour l'économie européenne, est néanmoins source d'un certain nombre d'interrogations voire de préoccupations. En effet, certaines plateformes bénéficient d'un pouvoir de marché croissant notamment grâce à l'accumulation de données avec le risque d'abus à l'égard de leurs partenaires industriels

ou opérateurs de services. D'autres profitent d'une position particulièrement avantageuse, intervenant à la fois comme fournisseur et comme opérateur de marché. Enfin, un déficit de transparence marque souvent la collecte de données ainsi que les politiques de prix.



plateformes, leur dynamique de développement et les différents modèles d'entreprise sur lesquels elles reposent. La consultation doit permettre de rassembler des avis et des opinions sur le niveau de transparence, l'utilisation des données, la relation entre plateformes et fournisseurs, la responsabilité des plateformes et les moyens de lutter contre les contenus illicites sur Internet ou bien encore les impacts du développement de l'économie collaborative sur l'économie et la réglementation.

La Commission a commencé l'analyse du contenu des plus de 1 000 réponses reçues. Elles émanent d'individus, d'entreprises, de plateformes ou d'associations, originaires de plus de 30 pays européens et non européens. Le grand nombre de réponses illustre l'intérêt que la société civile porte à cette question de la place des plateformes dans l'Europe d'aujourd'hui et de demain.

Les conclusions de cette consultation seront publiées et rejoindront le corpus d'analyses rassemblé par la Commission dans le cadre de l'évaluation approfondie requise par la stratégie « Digital Single Market », qui devrait s'achever dans le courant de l'année 2016. Le cas échéant, des instruments réglementaires pourront être mobilisés afin de

renforcer la contribution positive des plateformes dans une économie digitale européenne ouverte et compétitive.

Eric Peters, chef d'unité adjoint, marché unique numérique, DG CONNECT, Commission européenne

Dans sa communication intitulée « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe »¹⁾, la Commission s'était engagée à évaluer le rôle social et économique des plateformes en ligne, répondant à l'objectif de créer les conditions pour le développement d'infrastructures et de services digitaux performants.

Pour nourrir cette évaluation, une large consultation publique a été lancée en septembre 2015. Cette consultation publique s'est étalée sur 12 semaines sur la base d'un questionnaire de 30 pages comportant plus de 100 questions, traduites dans toutes les langues officielles de l'Union européenne.

Lutte contre les contenus illicites

L'objectif de ce questionnaire est de mieux comprendre le rôle social et économique des

Créer les conditions pour le développement d'infrastructures et de services digitaux

¹⁾ Communication « Digital Single Market » du 6 mai 2015.

VIVE LE MARCHÉ UNIQUE CONNECTÉ ! MAIS PAS À N'IMPORTE QUEL PRIX

Pour le réseau *Trans Europe Experts*⁽¹⁾, le terme de « plateforme » a été défini de façon bien trop restrictive par la Commission européenne. Chaque individu doit être en droit de présider au sort des données qui le concernent.



Vive le marché unique connecté ! La Commission européenne a pour objectif de tirer profit des possibilités offertes par les technologies numériques et se montre convaincue, pour ce faire, qu'il faut briser les barrières nationales en matière de réglementation des télécommunications, de droit d'auteur, de protection des données, de gestion des ondes radio et d'application du droit de la concurrence. Les technologies

numériques ne connaissent en effet aucune frontière. Pour autant, les États membres rencontrent des difficultés à instaurer des législations efficaces à l'échelle nationale, difficultés qui justifieraient l'initiative réglementaire européenne impulsée par la Commission. La stratégie du marché unique qu'elle adopte repose alors sur trois piliers : l'amélioration de l'accès aux biens et services numériques dans toute l'Europe pour les consommateurs et les entreprises ; la mise

en place d'un environnement propice au développement des réseaux et services numériques favorisant l'innovation, tout en préservant les droits fondamentaux des consommateurs ; la maximisation du potentiel de croissance de l'économie numérique européenne.

Dans cette perspective, une consultation publique relative à l'environnement réglementaire concernant les plateformes, les intermédiaires en ligne, les données et l'informatique en nuage ainsi que l'économie collaborative a été organisée, à laquelle a répondu le pôle « Droit de la propriété intellectuelle et du numérique » de l'association *Trans Europe Experts*⁽²⁾. Le pôle s'est particulièrement intéressé à la définition des plateformes en ligne, au régime qui leur est applicable, ainsi qu'aux questions que soulèvent les données et l'informatique en nuage dans les écosystèmes numériques. Il a au préalable relevé la formulation de quelques questions et/ou le choix de certains concepts employés par la Commission qui attestent, de façon discutable, d'orientations d'ores et déjà prises par celle-ci.

Des infrastructures d'intermédiation de l'information

En premier lieu, on peut tomber d'accord sur la nécessité d'encadrer la notion de « plateformes en ligne » : ces acteurs sont devenus omniprésents dans l'environnement numérique, au point qu'il paraît légitime de les soumettre à un certain nombre d'obligations, corrélatives à leurs importants pouvoirs. Mais, comment définir ces plateformes ? La réponse est loin d'être évidente et l'on peut déplorer la lecture éminemment restrictive que semble en proposer la Commission : elle exploite l'idée d'une entreprise génératrice de valeur du fait de son rôle d'intermédiaire dans les échanges entre utili-

sateurs. De fait, elle ne s'intéresse qu'au rôle d'acteur de marché. Or, il est tout aussi important de viser l'objet de l'activité, à savoir une intermédiation d'informations entre différents acteurs opérant en ligne, ce pour assurer la distribution de produits ou de services (ce critère intégrant celui d'un marché multiface).

La définition devrait donc être beaucoup plus ample et également appréhendée par l'objet sur lequel porte l'intermédiation : l'aspect « informationnel » est essentiel et doit être entendu largement. La notion de plateforme devrait ainsi viser toute « infrastructure d'infomédiation ». Cela permettrait de rendre compte non seulement de sa fonction d'intermédiaire, mais également de l'objet sur lequel porte cette intermédiation. Cette définition et la reconnaissance d'un statut des plateformes en ligne seraient-elles posées qu'il faudrait s'interroger sur la pertinence du maintien de la distinction hébergeur/éditeur de la directive 2000/31 : il paraît malaisé d'appréhender la responsabilité de ces plateformes par le prisme de ces statuts s'ils ne leur correspondent pas.

Quant au régime à appliquer aux plateformes en effet, outre une responsabilité quant au contenu informationnel dont elles sont les intermédiaires, il conviendrait de leur imposer une obligation de loyauté. Une telle obligation se doit d'être plurielle et porter à la fois sur l'information à fournir aux utilisateurs – qui doit être loyale, transparente et compréhensible afin d'éclairer ces derniers sur le rôle joué par la plateforme – et sur les liens que celle-ci entretient avec les différents acteurs de l'économie numérique. Elle doit aussi porter sur les finalités des collectes des données générées ou publiées par l'utilisateur de la plateforme. Évidemment, pour assurer l'efficacité d'une telle obligation, des sanctions adéquates devraient être adoptées : celles pécuniaires ne seraient pertinentes que si elles sont proportionnelles à la taille économique des opérateurs sanctionnés ; celles « réputationnelles » devraient être promues, par exemple *via* l'élaboration de guides de bonnes pratiques dont le respect serait évalué par

une agence européenne de notation (voire via une liste noire des plateformes qui se rendraient coupables de pratiques déloyales, liste qui pourrait être relayée par la multitude des internautes). La loyauté deviendrait alors un argument marketing fort, facteur de confiance pour l'utilisateur.

Libre circulation des données à certaines conditions

Du côté des données, si leur circulation est une réalité, ce que ne renie pas le règlement européen adopté en décembre 2015, on peut se montrer réservé sur le fait d'inscrire cette circulation dans une logique mercantile. Or, cette logique semble illustrée par l'absence d'établissement, dans le droit européen, d'un statut de la donnée et par la réification que semble en admettre la Commission. Le régime qui leur est applicable puise beaucoup, par analogie, dans celui de la libre circulation des marchandises. Or, les données ne sont en aucun cas des biens et elles ne doivent pas être appréhendées par le prisme d'un droit de propriété.

On militera donc, à l'inverse, pour l'établissement d'un principe de libre circulation, sous d'importantes réserves : dans le respect de conditions raisonnables, équitables et non-discriminatoires et avec des définitions claires des types de données concernées par la libre circulation et des distinctions nettes entre celles à caractère personnel et les autres (*cf.* le règlement évoqué sur ces points). On insistera tout particulièrement, dans cette circulation, sur l'importance des restrictions relatives à la localisation des données : quand il en va de la sûreté de l'État ou de la protection des personnes, certaines localisations devraient être exigées (plus généralement, il serait opportun d'opérer une distinction en fonction du degré de sensibilité des données en cause, celles médicales par exemple devant être particulièrement protégées). Dans cet esprit, si des atteintes à la protection des données devaient être observées au sein d'un État membre, des limitations strictes à la libre circulation vers cet État devraient, à titre de sanctions, pouvoir être adoptées.

Plus généralement, c'est un droit général des individus à présider au sort de leurs données qui devrait être officiellement reconnu par la Commission (« droit à l'autodétermination informationnelle ») : chacun doit avoir la possibilité de choisir les usages qu'il souhaite autoriser et, notamment, de bénéficier d'un droit à la portabilité de ses données, c'est-à-dire qu'elles lui soient restituées dans un format ouvert et interopérable (sous réserve que le coût lié à cette portabilité ne porte pas une atteinte disproportionnée à la liberté d'entreprendre ; *cf.* le règlement sur ce point). Dans ce même esprit, il paraît souhaitable de promouvoir les différents outils permettant de mettre l'utilisateur en capacité de mieux contrôler ses propres données et de participer à leur processus de valorisation, sur le modèle des *Personal Information Management Systems* (PIMS) ou des *Cloud Computing* personnels.

Enfin, les opérateurs ne devraient pas pouvoir, conventionnellement, exclure leurs obligations et devraient être obligés d'adopter des mesures matérielles permettant de garantir le respect des droits des utilisateurs (« *Legal Design* »), ainsi qu'être incités à de bonnes pratiques (information relative au lieu de conservation des données ; à la durée de conservation ; aux garanties de sécurité existantes ; voir le règlement sur ces points). Le tout devrait s'accompagner de l'instauration d'une véritable action de groupe à l'échelle de l'Union européenne (celle est menée par Max Schrems, un avocat autrichien ayant réuni plus de 25 000 Européens accusant Facebook d'utilisation illégale de leurs données personnelles, a pour l'heure été jugée irrecevable...). 

Judith Rochfeld, Célia Zolynski et
Nathalie Martial-Braz, avec la participation de
Caroline Demangeon (stagiaire de TEE)

1) *Trans Europe Experts* (TEE) est une association créée en 2009 par cinq universitaires français, agrégés des facultés de droit et particulièrement investis en Europe. Elle a pour vocation de constituer un réseau – fédérant de nombreux universitaires français et étrangers, des professionnels du droit, de la politique, de l'économie ainsi que des représentants des mondes social et associatif – ayant pour objet la participation effective de tous à l'élaboration du droit européen. *Cf.* www.transeuropeexperts.eu.

2) Le pôle est dirigé par les professeurs Célia Zolynski, Université de Versailles Saint Quentin-Paris-Saclay, et Nathalie Martial-Braz, Université Paris-Descartes. TEE est coprésidée par Bénédicte Fauvarque-Cosson, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, et Judith Rochfeld, Professeur à l'École de droit de la Sorbonne, Université Panthéon-Sorbonne (Paris 1).