

” Contenus numériques et récupération des données : un nouvel outil d’ ’empouvoirement’ du consommateur? ”

Charly Berthet, Célia Zolynski, Nicolas Anciaux, Philippe Pucheral

► **To cite this version:**

Charly Berthet, Célia Zolynski, Nicolas Anciaux, Philippe Pucheral. ” Contenus numériques et récupération des données : un nouvel outil d’ ’empouvoirement’ du consommateur? ”. Dalloz IP/IT, Dalloz, 2017, IP IT / 10. hal-01429939

HAL Id: hal-01429939

<https://hal.inria.fr/hal-01429939>

Submitted on 9 Jan 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

“Contenus numériques et récupération des données : un nouvel outil d’empouvoirement’ du consommateur ?”

Charly Berthet¹, Célia Zolynski^{1,2}, Nicolas Anciaux³, Philippe Pucheral^{2,3}

¹Conseil National du Numérique

²Université Versailles Saint Quentin – Paris Saclay

³Inria Saclay Ile-de-France

La stratégie pour un marché unique numérique, adoptée par la Commission européenne le 6 mai 2015, a annoncé une initiative législative sur des règles harmonisées applicables à la fourniture de contenus numériques et à la vente en ligne de biens afin d’appréhender l’évolution des modes de communication de ces nouveaux services. Dans ce contexte, la proposition de directive “*sur certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique*” du 9 décembre 2015 a notamment pour objectif de permettre, en cas de résiliation du contrat, aux consommateurs de pouvoir récupérer les données fournies et produites par suite de l’utilisation d’un contenu numérique. Au regard des réformes issues du règlement général sur la protection des données et de la loi pour une République numérique, tous deux adoptés cette année, il semble que cette proposition de directive consacre un nouveau droit à la portabilité des données (I) dont la portée mérite d’être explicitée (II).

I- La consécration d’un nouveau droit à la portabilité ?

1.— La proposition de directive prévoit la récupération des données dans deux cas : la récupération des données peut soit constituer une sanction à l’inexécution du contrat (article 13) ou la conséquence de la rupture d’un contrat de long terme (article 16).

Le consommateur est en droit de résilier le contrat immédiatement en cas de non-exécution, par le fournisseur, de son obligation (article 11) ou dans le cas où un défaut de conformité du contenu numérique avec le contrat entraverait la fonctionnalité, l’interopérabilité et les autres principales caractéristiques de performance du contenu numérique, telles que l’accessibilité, la continuité et la sécurité (article 12). En cas de résiliation, le fournisseur est tenu de rembourser au consommateur le prix payé et de “prendre toute mesures attendues pour s’abstenir d’utiliser la contrepartie non pécuniaire que le consommateur a apportée en échange du contenu numérique et toutes autres données qu’il a collectées dans le cadre de la fourniture du contenu numérique, y compris tout contenu fourni par le consommateur, à l’exception des contenus générés conjointement par le consommateur et d’autres personnes qui continuent à en faire usage”. Et l’article 13 d’ajouter que “le fournisseur procure au consommateur les moyens techniques lui permettant de récupérer tout contenu fourni par ce dernier et toutes autres données produites ou générées par suite de l’utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur. Le consommateur a le droit de récupérer le contenu gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé”. Une disposition similaire se retrouve dans l’article 16 relatif au droit de résilier les contrats de longue durée.

2.— L’obligation faite aux fournisseurs de contenus numériques de procurer aux consommateurs les moyens techniques de récupérer leurs données doit s’analyser au regard de deux autres textes qui prévoient des dispositions similaires : le règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016 et la loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique. L’un comme l’autre consacrent un droit à la portabilité des contenus, applicable sur tout le territoire de l’Union dès le 25 mai 2018 pour le premier, et en France à compter de l’entrée en vigueur des décrets d’applications pour le second.

Ces textes, qui à l’instar de cette proposition de directive, s’inscrivent dans une logique d’*empouvoirement* des individus¹, visent tous deux à rééquilibrer le rapport de force entre les grands fournisseurs de services et leurs utilisateurs. Il s’agit en particulier de permettre à ces derniers de ne pas se retrouver enfermés dans un écosystème captif sans avoir à abandonner son historique numérique : la perspective de perdre ses données ou de devoir se lancer dans une fastidieuse récupération de celles-ci tend à décourager les consommateurs de changer d’opérateur, quand bien même ils ne seraient plus satisfait du service. La portabilité favorise également la mobilité numérique des entreprises — notamment des TPE et PME — qui utilisent bien souvent des services d’hébergement en *cloud* externe et pourraient ainsi faire migrer plus facilement leurs données vers un autre service. En permettant à l’individu de décider de l’usage qui est fait de ses données, la portabilité participe enfin de son autodétermination informationnelle².

Ainsi l’article 20 du RGPD prévoit-il que “*les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu’elles ont fournies à un responsable du traitement*”. L’article 48 de la loi pour une République numérique introduit quant à lui un article L. 224-42-1 dans le code de la consommation qui prévoit que le consommateur dispose, en toutes circonstances, d’un droit de récupération de l’ensemble de ses données. Ce droit conféré aux individus a une portée plus large que le droit à la récupération consacré par le RGPD dans la mesure où il couvre l’ensemble des données et pas seulement les données à caractère personnel³. Le nouvel article L. 224-42-3 précise ainsi que tout fournisseur d’un service de communication au public en ligne propose au consommateur une fonctionnalité gratuite permettant la récupération de tous les fichiers qu’il a mis en ligne ainsi que de “*toutes les données résultant de l’utilisation du compte d’utilisateur du consommateur et consultables en ligne par celui-ci, à l’exception de celles ayant fait l’objet d’un enrichissement significatif par le fournisseur en cause*”. Il est également prévu que le consommateur puisse récupérer d’autres données associées au compte utilisateur dont le périmètre est précisé par décret⁴. A la différence du RGPD et de cette proposition de directive néanmoins, la récupération des données consacrée par la loi pour une République numérique n’a vocation à s’appliquer qu’à l’égard des fournisseurs de service les plus importants⁵.

La différence la plus nette entre la proposition de directive et les textes susvisés concerne les sources de la récupération. Le RGPD et la loi pour une République numérique consacrent tous deux un *droit à* pour le consommateur — activable à tout moment⁶ —, dont découle l’obligation pour les fournisseurs de service concernés de mettre en œuvre les moyens techniques de la portabilité pour répondre à ces demandes. A l’inverse, la récupération des données s’analyse dans la proposition de directive comme une conséquence de la résiliation unilatérale du contrat par le

¹ Traduction libre de la notion d’*empowement*, voir B. Thieulin, Préface du rapport du Conseil national du numérique *Ambition numérique, pour une politique française et européenne de la transition numérique*, Juin 2015.

² Conseil d’Etat, Étude annuelle sur *Le numérique et les droits fondamentaux*, La documentation française, 2014.

³ Pour une comparaison de ces deux textes, v. N. Martial-Braz, “Les nouveaux droits des individus consacrés par la loi pour une République numérique : quelles innovations ? Quelle articulation avec le règlement européen?”, *Dalloz IP IT* 2016, p. 523.

⁴ Ccons., art. L. 224-42-3 : « 3° D’autres données associées au compte utilisateur du consommateur et répondant aux conditions suivantes : « a) Ces données facilitent le changement de fournisseur de service ou permettent d’accéder à d’autres services ; « b) L’identification des données prend en compte l’importance économique des services concernés, l’intensité de la concurrence entre les fournisseurs, l’utilité pour le consommateur, la fréquence et les enjeux financiers de l’usage de ces services.

⁵ Ccons., art. L. 224-42-4 du code de la consommation : « La présente sous-section ne s’applique pas aux fournisseurs d’un service de communication au public en ligne dont le nombre de comptes d’utilisateurs ayant fait l’objet d’une connexion au cours des six derniers mois est inférieur à un seuil fixé par décret ».

⁶ La loi pour une République numérique prévoit même que le consommateur dispose “en toutes circonstances” de ce droit (Ccons., art. L. 224-42-1).

consommateur, voire comme une sanction à la mauvaise exécution du contrat ou la non-conformité du contenu numérique. Le consommateur acquiert donc le droit de récupérer ses données en même temps que s'ouvre son droit à résilier le contrat. L'entreprise est alors tenue de fournir au consommateur "*les moyens techniques*" de la portabilité, afin que cette récupération puisse s'opérer "*gratuitement, sans inconvénient majeur, dans un délai raisonnable et dans un format de données couramment utilisé*".

La proposition de directive du 9 décembre 2015 diffère également du RGPD et de la loi pour une République numérique dans les formats de cette récupération des données. Le règlement européen reconnaît que la portabilité s'opère "*dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine*". La loi pour une République numérique va encore plus loin en permettant au consommateur de récupérer les données associées à son compte "*dans un standard ouvert, aisément réutilisable et exploitable par un système de traitement automatisé*"⁷. La proposition de directive se contente quant à elle d'observer, dans ses articles 13 et 16, que le consommateur a le droit de récupérer le contenu "*dans un format de données couramment utilisé*", sans mentionner la question de l'ouverture du format ou — c'est plus regrettable — sa lisibilité par une machine (*machine readable*), c'est-à-dire son caractère exploitable par un système de traitement automatisé. Or il s'agit là d'un aspect majeur du droit à la portabilité car de lui dépend en grande partie la capacité du consommateur à utiliser les données qu'il a récupérées dans un autre service, à l'occasion d'un changement de fournisseur.

La proposition de directive étudiée retient enfin qu'en cas de résiliation unilatérale du contrat par le consommateur, "*le fournisseur prend toutes les mesures attendues pour s'abstenir d'utiliser la contrepartie non pécuniaire que le consommateur a apportée en échange du contenu numérique et toutes autres données qu'il a collectées dans le cadre de la fourniture du contenu numérique, y compris tout contenu fourni par le consommateur, à l'exception des contenus générés conjointement par le consommateur et d'autres personnes qui continuent à en faire usage*". Sur ce point, il est intéressant de noter qu'il n'est pas question ici, pour le fournisseur, d'effacer les données mais simplement de s'abstenir de les utiliser. Quant à l'exception, elle permet de prendre en compte les situations dans lesquelles les données d'un consommateur peuvent bénéficier à l'ensemble d'une communauté d'utilisateurs, à l'image des traitements massifs de données de trafic routier proposés par certaines applications.

II- La portée des données concernées par la récupération

1.— La portée des données concernées par la restitution n'est pas sans poser question. Pour la première fois aussi explicitement en effet, cette proposition de directive semble prendre acte de la réalité du troc implicite qui fonde aujourd'hui une grande partie de l'économie numérique : les données personnelles des individus servent bien souvent de contrepartie à des services présentés comme "*gratuits*". La directive s'applique en effet "*à tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire, en échange duquel un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur*". Pourtant, les implications de cette reconnaissance sont déterminantes, comme a pu le démontrer Judith Rochfeld⁸ ; elles laissent entrevoir la consécration d'une patrimonialisation des données en général, et plus particulièrement des données à caractère personnel. Sur ce dernier point pourtant, les débats sont bien connus et

⁷ Ccons., art. L. 224-42-3.

⁸ V. J. Rochfeld, "Le contrat de fourniture de contenus numérique" : la reconnaissance de l'économie spécifique "contenus contre données", [ce numéro](#), pp. ??

conduisent à préférer l'approche personnaliste du droit européen à une approche propriétaire⁹. Certains pourraient dès lors contester la conformité du projet de directive avec le règlement général sur la protection des données d'autant que ce texte uniformise le droit à la portabilité des données à caractère personnel au sein de l'Union européenne. Si le règlement ne prime pas *per se* sur la directive, cette hiérarchie est expressément reconnue par le considérant 22 de la proposition de directive — ce, sans évoquer la nécessité pour la directive de respecter l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne —, sauf à considérer que les “sources” de la récupération des données sont distinctes (v. supra), ce qui permettrait d'admettre une conciliation de ces deux textes.

Une solution consisterait alors à exclure explicitement du champ d'application de la récupération les données à caractère personnel, dans un souci de conformité au RGPD. Si les risques d'une consécration de la patrimonialisation de ces données seraient alors écartés, d'autres difficultés pourraient néanmoins apparaître en pratique : tenus d'une obligation de mettre le consommateur en mesure de récupérer ces données autres que personnelles, les opérateurs seront-ils en mesure de distinguer parmi les différents contenus numériques ceux qui relèvent ou non de cette catégorie aux contours parfois flous ? Comment penser des architectures distinctes pour organiser la restitution respectueuse des conditions encadrant chacune de ces différentes récupérations ? Questions qui font écho à celles soulevées pour la mise en œuvre de la loi pour la République numérique qui trouve à s'appliquer sans préjudice des dispositions du RGPD sur le droit à la portabilité.

2.— Si l'on privilégie le maintien des données personnelles dans le champ de la récupération, il semble alors impérieux de prendre particulièrement garde aux garanties que le texte apporterait au consommateur (ce dont on peut douter en l'état actuel de la proposition de texte qui exclut notamment les plateformes de son champ d'application¹⁰). En outre, il conviendrait de renforcer le droit à la récupération afin qu'il soit un véritable outil d'*empouvoirement* du consommateur de contenus numériques. Le champ de la récupération des données devrait être élargi pour comprendre, outre les contenus et données brutes fournis par celui-ci, les métadonnées associées à ces contenus et données (par exemple durée de conservation, objectif, date et fréquence de la collecte, éventuels transferts de données, consentement de l'individu pour la collecte associée à chacune des données)¹¹. La consécration d'un “droit élargi à la récupération” s'inscrirait alors dans une logique de transparence totale du marché de la donnée en permettant de tracer une cartographie précise de traitements et usages. Elle permettrait également au consommateur d'être pleinement mis en conscience de la nature et de l'ampleur de la contrepartie non monétaire qu'il fournit contre la fourniture de ces contenus numériques, ce qui est loin d'être le cas en l'état actuel des pratiques. Il serait alors en capacité de comparer les différents services fournis (qualité, contrepartie à fournir), ce qui permettrait de faire jouer la concurrence entre les opérateurs du secteur mais également de garantir à l'individu-consommateur son droit à l'autodétermination informationnelle, outil de son libre développement¹². La récupération des données nourrirait ainsi des mécanismes d'apprentissage de la protection de la vie privée, suivant une logique de “Privacy

⁹ En ce sens, J. Rochfeld, “Les géants de l'internet et l'appropriation des données personnelles : plaidoyer contre la reconnaissance de leur ‘propriété’”, in *L'effectivité du droit face à la puissance des géants de l'internet*, dir. M. Behar-Touchais, IRJS éd., 2015, p. 73 - *Adde*, CNNum, Rapport sur la neutralité des plateformes “Réunir les conditions d'un environnement numérique ouvert et soutenable”, mai 2014, p. 37.

¹⁰ En ce sens, v. J. Sénéchal, ..., *présent numéro*.

¹¹ V. sur ce sujet les travaux autour des *bases de données hippocratiques* <http://www.vldb.org/conf/2002/S05P02.pdf>

¹² CNNum, rapport *Ambition numérique* préc., p. 50.

by using”¹³. Elle permettrait également la mise en place de procédures d'audit dédiées à la protection de la vie privée. La charge complémentaire imposée au fournisseur de service par une telle mesure resterait faible dans la mesure où en pratique, ce dernier est déjà tenu d'associer ces métadonnées aux données des individus pour respecter les exigences de la protection des données (en matière de durée de conservation par exemple). Par symétrie, ce droit à la récupération élargie pourrait être complété par la reconnaissance d'une obligation de résultat mise à la charge du fournisseur de service d'effacer ces données et contenus et non pas seulement, comme en l'état actuel du texte, un simple engagement de s'abstenir à utiliser de ces données. L'effacement devrait ici s'entendre, sur le plan technique, comme la destruction de l'image de la donnée ou du contenu sur le serveur, sans nécessairement imposer un nettoyage de l'ensemble des répliques compte tenu de la complexité d'une telle opération. Telle paraît être la condition pour faire produire tous ses effets à la résiliation du contrat de fourniture de contenu numérique consacrée par les articles 13 et 16 du projet de directive du 9 décembre 2015.

¹³ Sur ce principe de “Privacy by using”, v. P. Pucheral, A. Rallet, F. Rochelandet et C. Zolynski, “La Privacy by design : une fausse bonne solution aux problèmes de protection des données personnelles soulevés par l'Open Data et les objets connectés ?”, *Légicom* 2016/56, p. 89, spéc. p. 99.