



**AVIS DU CONSEIL
NATIONAL DU NUMÉRIQUE SUR**

**LA LIBRE CIRCULATION DES DONNÉES
DANS L'UNION EUROPÉENNE**

AVRIL 2017



AVIS DU CONSEIL SUR LA LIBRE CIRCULATION DES DONNÉES

Pour encourager la libre circulation des données, la Commission européenne a annoncé étudier un certain nombre de pistes, législatives ou non. Parmi celles-ci figure la création d'un droit de propriété sur les données non personnelles. Or la création de valeur se fait lorsque les données sont mises en contexte et croisées afin d'en tirer des informations nouvelles. Il ne s'agit donc pas de consacrer une propriété des données, mais bien au contraire, de penser des régimes d'accès et d'échanges de données pour encourager cette création de valeur. En effet contrairement à l'idée répandue, la propriété ne facilite pas nécessairement les échanges mais peut au contraire les limiter. De manière générale, la libre circulation des données doit s'envisager entre les plateformes et pas uniquement entre les territoires. Ce sont ces nouvelles formes de partage qui sont la condition essentielle au développement d'une économie européenne de la donnée.

2

Dans le cadre de sa stratégie pour le marché unique du numérique, la Commission européenne a annoncé en janvier 2017 la préparation de plusieurs initiatives pour une économie européenne fondée sur les données. Le Règlement général pour la protection des données personnelles (RGPD)¹ a défini le cadre du traitement des données à caractère personnel, la directive sur la réutilisation des informations du secteur public celui des données publiques². La Commission souhaite aujourd'hui traiter de la libre-circulation des données non-personnelles. La Commission annonce vouloir poursuivre plusieurs objectifs : l'harmonisation et la réduction des obligations de localisation des serveurs au sein des États membres, la clarification du cadre légal de la donnée afin de protéger l'investissement et de réduire les insécurités juridiques, ainsi que la promotion du partage de données entre acteurs³.

Le Conseil national du numérique a souhaité réagir à la consultation publique lancée par la Commission sur le sujet. Les réflexions autour de la création d'une cinquième liberté de circulation en Europe — celle des données — n'en sont encore qu'à leurs balbutiements. L'introduction, à ce stade, d'un principe de libre circulation des données pourrait entraîner des conséquences encore mal évaluées compte-tenu des réalités extrêmement diverses recouvertes par le terme de donnée et de la multitude des usages et des marchés que les données pourraient encore faire émerger. Il paraît essentiel de s'interroger davantage sur les actions concrètes à mener pour permettre à l'Europe de bénéficier des retombées économiques et sociales de la révolution des données, plutôt que de consacrer un nouveau principe.

Par ailleurs, le Conseil considère que les barrières à la circulation des données se situent moins au niveau des frontières nationales qu'au niveau des stratégies de lock-in et de rétention de données entre acteurs économiques. C'est donc au moins autant les barrières "trans-plateformes" que "trans-frontalières" à la circulation des données que la Commission doit chercher à lever.

Enfin, le fait de reconnaître un principe de circulation des données au niveau européen pourrait constituer un argument pour le consacrer dans les accords de libre-échange à venir. Cela conduirait à faciliter le transfert de donnée sans contrôle hors de l'Union européenne et cette perspective soulève des enjeux majeurs en termes de compétitivité, de protection des consommateurs et de respect des droits fondamentaux. D'une part, les asymétries importantes qui caractérisent aujourd'hui les flux de données justifient une approche qui vise prioritairement les intérêts des entreprises européennes. D'autre part, l'instauration d'un tel principe pourrait constituer une menace sur la souveraineté des États européens en matière de régulation, de fiscalité, de sécurité et de politiques publiques.

ÉCARTER LA PROPRIÉTÉ DES DONNÉES

Une des pistes mises en débat par la Commission consiste en l'introduction d'un droit de propriété sur les données non personnelles. Il convient tout d'abord de souligner qu'il s'agit là d'une proposition qui — si elle est mise en oeuvre — renverserait le paradigme traditionnel qui gouverne la protection des données. Un principe général de propriété sur les données s'opposerait notamment à l'approche établie par la directive 96/9 du 11 mars 1996 sur les bases de données, qui accorde aux producteurs de celles-ci une double protection : une protection par le droit d'auteur et une protection par un droit *sui generis*. Or, cette protection, qui sert à couvrir un investissement substantiel du producteur de la base de données pour la constitution de celle-ci, n'a pas vocation à s'appliquer aux données elles-mêmes comme a pu le rappeler la Cour de justice de l'Union européenne. En élargissant la propriété aux données personnelles, on risquerait de provoquer un glissement général vers une mise sous propriété de toutes les données et informations brutes.

En outre, il serait très difficile de déterminer les régimes de propriété et leurs bénéficiaires : qui possède une donnée ? Celui qui possède le capteur ? Celui qui possède l'immeuble dans lequel se situe le capteur ? Celui qui fait l'objet de la mesure par le capteur ? **Contrairement à l'objectif affiché de clarification du cadre légal, une telle mesure multiplierait dès lors les risques de contentieux autour des contrats encadrant de tels échanges. L'insécurité juridique pourrait être ainsi considérablement accrue.**

De plus, la frontière entre données personnelles et données non-personnelles est très fine compte tenu des risques réels de réidentification. En effet, les limites de l'anonymisation et de la pseudonymisation ayant été maintes fois démontrées, il n'existe pas, à ce jour, de garanties techniques à l'exclusion des données personnelles d'un tel droit patrimonial. Ce changement de paradigme risque par conséquent de créer un effet domino et de concerner à terme l'ensemble des données. **Or l'introduction d'un système patrimonial pour les données à caractère personnel est une proposition dangereuse à plusieurs titres.** Elle remettrait en cause la nature même de cette protection pour les individus et la collectivité dans une société démocratique, puisque la logique de marchandisation s'oppose à celle d'un droit de la personnalité placé sur le terrain de la dignité humaine.

Enfin, l'idée d'un droit de propriété est invoquée par la Commission dans l'objectif de faciliter le partage de données entre acteurs et donc le partage de la valeur créée grâce à ces données. Il serait pour le moins nécessaire d'étudier plus avant cette proposition afin de démontrer que l'instauration d'un droit de propriété sur les données non personnelles amènerait des bénéfices réels. À l'heure actuelle, les partages de données sont organisés par la voie contractuelle, ce qui peut entraîner des situations de déséquilibre en défaveur des industriels vis-à-vis des fournisseurs de services. Il apparaît toutefois que la consécration d'un droit de propriété sur les données ne permettrait pas nécessairement de lutter contre cette asymétrie. Loin de rééquilibrer les rapports de force, **la patrimonialisation des données pourrait au contraire conduire à l'inscription de clauses de cession obligatoire dans les contrats entre opérateurs et, par voie de conséquence, à un plus grand risque de dépossession.**



FAVORISER L'ACCÈS ET LE PARTAGE DE DONNÉES

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. Par ailleurs, à l'heure de l'intelligence artificielle, la question de l'accès aux données devient cruciale. En effet, les algorithmes d'intelligence artificielle sont développés sous des licences ouvertes : l'ensemble des acteurs du secteur peuvent donc y avoir accès. Cela signifie que le seul avantage comparatif réside dans l'accès aux données servant à entraîner les algorithmes. Il est donc d'autant plus nécessaire de penser des modalités d'ouverture des données entre acteurs pour éviter que le développement de cette technologie clef ne soit réservée qu'à quelques entreprises à même de capter une masse suffisante de données et de les conserver.

Il s'agit donc plutôt de penser les situations dans lesquelles la valeur et la constitution de nouveaux usages supposent un partage de la donnée. Ces modèles sont encore pour partie à inventer. À cet égard, deux types de réflexion doivent être engagés : sur les modalités d'accès aux données par des acteurs tiers d'un côté et sur les manières de mettre en commun des données entre acteurs de l'autre.

LES MODALITÉS D'ACCÈS AUX DONNÉES

- **La création d'un droit à la portabilité des données non personnelles, afin de permettre à tout individu et à toute entreprise de récupérer les données générées par son utilisation d'un service et de les transférer facilement auprès d'un autre prestataire.** De même que la portabilité des données personnelles consacrée par le RGPD, la portabilité de ces données permettrait de favoriser le développement des différents marchés concernés, en encourageant la concurrence entre fournisseurs de services et de solutions. Ce droit pourrait s'inspirer de l'article 48 de la loi pour une République numérique qui consacre un droit à la portabilité élargi à l'ensemble des données.
- **L'identification de situations où les données peuvent être considérées comme des infrastructures,** lorsque le développement de produits et de modèles économiques est conditionné à l'accès à ces données, et qu'il n'est pas possible de les reproduire par des moyens raisonnables. La viabilité des projets industriels de véhicules semi-autonomes ou d'applications de bâtiment intelligent dépend ainsi du partage de données entre les acteurs du secteur automobile ou du secteur de la construction. Des obligations de mise à disposition de base de donnée sous licence non-discriminatoire pourraient ainsi être établies au niveau sectoriel, à l'instar de ce que prévoit le règlement 715/2007 du 20 juin 2007 relatif à la réception des véhicules à moteur au regard des émissions des véhicules particuliers et utilitaires légers et aux informations sur la réparation et l'entretien des véhicules.

- **La révision de la directive 96/9 sur les bases de données dans le sens d'un équilibre plus favorable à la circulation des données et à l'accès aux données de certains publics.** Il semble par exemple urgent de prévoir une exception pour la fouille de textes et de données, afin de permettre aux chercheurs européens de réaliser des copies ou reproductions numériques d'une base de donnée à partir d'une source licite, dans un cadre scientifique à des fins non commerciales. L'Europe et ses Etats membres devront oeuvrer à la diffusion dans le monde académique de ces techniques, porteuses de nombreux potentiels pour la découverte scientifique et le développement de nouvelles connaissances. Plutôt que de créer des formes de propriété nouvelles qui pourraient limiter l'accès aux données scientifiques, il s'agit bien de permettre au monde de la recherche de bénéficier des progrès rendus possibles par l'analyse des mégadonnées. Cela autoriserait les chercheurs à opérer des fouilles automatisées dans l'immensité des documents scientifiques disponibles, notamment dans le cadre de recherches interdisciplinaires qui nécessitent de croiser des bases de données de nature différente.

LES MODALITÉS DE PARTAGE DE DONNÉES

- **L'incitation à la mise en commun volontaire de données, qui peut être essentielle à la réalisation de grands projets européens et au développement de la compétitivité des entreprises européennes.** Les Etats membres pourraient encourager différents acteurs à mettre en commun leurs données sur la base du volontariat, afin de concourir à un programme de recherche, un projet industriel ou à une politique publique, ponctuellement ou durablement. Les données mises en commun pourraient être collectées par un organisme public puis agrégées avant d'être réutilisées ou redistribuées, à l'instar de ce qu'a fait le US Bureau of Transportations en ouvrant les données des compagnies aériennes américaines concernant le trafic aérien. Dès lors, des expérimentations dans des secteurs-clés (santé, développement durable, logement, transport, etc.) pourraient être lancées à différentes échelles, pour évaluer les externalités positives de l'ouverture de ces données tant pour les entreprises impliquées que pour la société dans son ensemble.

[1] Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A32016R0679>

[2] Directive 2013/37/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 modifiant la directive 2003/98/CE concernant la réutilisation des informations du secteur public Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32013L0037>

[3] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions «Créer une économie européenne fondée sur les données» COM/2017/09 final. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=COM%3A2017%3A9%3AFIN>

www.cnnumerique.fr

Conseil national du numérique

Bâtiment Atrium
5 place des Vins-de-France
75573 Paris Cedex 12
info@cnnumerique.fr - @CNNum
01 53 44 21 27

CONTACT PRESSE

Yann Bonnet, Secrétaire Général
presse@cnnumerique.fr
01 53 44 21 27

