

La portabilité, un droit à inventer

Emmanuel Netter

Maître de conférences HDR à l'Université d'Avignon

LBNC (EA 3788)

Résumé. Le droit à la portabilité est bien connu dans sa fonction d'aiguillon de la concurrence. Il permet à un utilisateur de quitter un service qui abrite ses données (emails, photographies...) pour une alternative plus séduisante en un minimum de temps et d'efforts. Mais c'est un fait méconnu : l'article 20 du RGPD supporte d'autres interprétations, dont le champ d'application est bien plus vaste. Dans de très nombreuses situations, elles obligent le responsable de traitement à faire profiter les personnes concernées du réservoir d'informations qu'il a constitué, pour qu'elles en fassent tout usage qui leur plaira. Nous insisterons particulièrement sur cet autre visage de la portabilité.

L'heure est à la consommation responsable. Chacun d'entre nous est régulièrement invité à s'interroger sur les conséquences sociales de ses achats, sur l'excès de gras et de sucre de son alimentation ou sur son empreinte carbone. Sur toutes ces questions, pour décider où l'on veut aller, il est utile de savoir d'où l'on part. Mais qui aura le courage de se lancer dans une comptabilité méthodique et fastidieuse des quantités de beurre ou de soda qu'il ingère, des kilomètres qu'il parcourt en train ou en avion, du nombre d'articles textiles fabriqués dans des pays sans protection sociale qu'il achète chaque année ? En réalité, dans de nombreuses situations, il n'est pas nécessaire d'ouvrir un carnet dédié ou de prendre des photographies pour enregistrer chacun de ces actes de consommation. Toutes les informations utiles figurent déjà dans des bases de données tenues par des tiers. Il n'y a plus qu'à se baisser pour s'y servir. C'est l'un des usages possibles du droit à la portabilité : celui dont le potentiel est le plus spectaculaire, mais aussi le plus méconnu.

Rien ou presque n'était nouveau, dans le RGPD, si on laisse de côté l'intensité des sanctions – c'est-à-dire l'essentiel¹. « Presque » : le droit à la portabilité compte au nombre des rares innovations véritables du texte.

Article 20 - Droit à la portabilité des données

1. Les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle (...)

Le terme de « portabilité » est déjà connu d'autres secteurs, comme celui de la téléphonie mobile (où la portabilité du numéro de téléphone, d'un opérateur à l'autre, est déjà pratiquée) ou de la banque (où la portabilité du numéro de compte est une idée régulièrement mise en avant par les

¹ - La plupart des règles que les entreprises et collectivités découvrent avec aujourd'hui avec stupeur datent de la loi informatique et libertés de 1978 ou, si l'on considère l'ordre juridique européen, de la directive 95/46.

associations de consommateurs : celui qui change d'établissement bancaire conserve les mêmes coordonnées bancaires, le compte passant aux mains du nouveau prestataire).

Pris dans son sens le plus courant, le droit à la « portabilité des données » consiste ainsi, de la même manière, à proposer des transferts simples et efficaces dans le domaine des services en ligne : l'utilisateur passe de *Flickr* à *Google Photos*, ou inversement, en quelques clics.

Compris plus largement, le droit à la portabilité va beaucoup plus loin. Le Comité européen à la protection des données (CEPD, anciennement « G29 ») interprète le texte d'une manière particulièrement extensive (lignes directrices du 13/12/16 révisées le 05/04/17), ce qui en fait en droit au potentiel immense (I), dont la mise en œuvre se révélera fort délicate pour les responsables de traitement (II).

I – Pour les utilisateurs : un droit au potentiel immense

Le CEPD reconnaît au droit à la portabilité des finalités multiples (A), et interprète les conditions textuelles avec beaucoup de souplesse (B).

A – La multiplicité des finalités

À la finalité concurrentielle du droit à la portabilité, bien connue (1), s'ajoute la possibilité pour l'individu de récupérer ses données aux fins de les analyser, lui-même ou avec l'aide d'un tiers (2).

1. – La stimulation de la concurrence

L'utilité première que l'on prête au droit à la portabilité, c'est qu'il facilite le passage d'un prestataire de service à un concurrent, en particulier dans le domaine des services en ligne. S'il fallait télécharger puis téléverser un par un chacun de ses emails, chacune de ses photos, chacun des rendez-vous de son agenda électronique pour passer à la concurrence, cela aurait un effet dissuasif certain. Les positions de force seraient consolidées. Les services innovants ou proposés à un meilleur prix seraient empêchés d'émerger par un pur effet d'inertie. La portabilité vient ainsi au secours d'une concurrence « libre et non faussée ».

Relevons toutefois que la portabilité ainsi comprise ne fonctionne que dans une relation tripartite entre la personne concernée, le prestataire A et le prestataire B, concurrents dans un même secteur. Dès lors qu'on considère les services de réseaux sociaux, la portabilité telle qu'elle est ici conçue est tenue en échec : il n'est pas possible de transporter de Facebook vers (feu) Google+, ou de Twitter vers Mastodon, l'ensemble des relations de l'utilisateur avec ses « amis » ou ses « contacts ». L'utilité que l'internaute tire du service dépend d'une communauté d'utilisateurs, qui ne va pas passer à la concurrence toute ensemble, d'un même mouvement. La portabilité ainsi conçue correspond à une démarche purement solitaire : elle est impuissante face aux effets de réseau.

Cette importante réserve mise à part, l'utilité de la portabilité dans son versant « concurrentiel » est évidente. Mais il y a d'autres façons d'envisager ce droit.

2 – L'analyse de ses données par l'individu

Dans la perspective « concurrentielle », le pouvoir conféré aux individus n'est qu'un moyen au service d'une fin plus vaste, qui est la régulation du marché. En revanche, la « portabilité » qui va être décrite à présent est tout entière au service de l'individu : en cela, elle est davantage l'instrument de « souveraineté personnelle » qui faisait l'objet du colloque au cours duquel cette communication a été présentée.

Comme l'écrit le CEPD :

*« le RGPD réglemente les données à caractère personnel et **non la concurrence**. En particulier, l'article 20 **ne limite pas les données portables à celles qui sont nécessaires ou utiles pour le changement de service** (...). Une particularité de la portabilité des données réside dans le fait qu'elle offre aux personnes concernées un moyen aisé de **gérer et de réutiliser elles-mêmes** les données à caractère personnel les concernant (...) **Par exemple, une personne concernée pourrait vouloir extraire sa liste de chansons actuelle (ou un historique des titres écoutés) d'un service de diffusion en flux de musique afin de voir le nombre de fois qu'elle a écouté certaines chansons ou de décider quelle musique elle souhaite acheter ou écouter sur une autre plate-forme. De la même manière, elle pourrait aussi souhaiter extraire la liste de ses contacts de son application de messagerie, par exemple, pour établir une liste de mariage ou obtenir des informations sur des achats effectués en utilisant différentes cartes de fidélité, ou pour évaluer son empreinte carbone** »².*

L'idée est donc ici d'emporter ses données pour les exploiter d'une façon inédite. La personne concernée peut les emporter chez un prestataire B, qui n'est pas concurrent du prestataire A : les données portées depuis une compagnie aérienne sont fournies au traitement algorithmique d'une association de défense de l'environnement, afin qu'elle calcule une empreinte carbone. La personne concernée peut également exploiter les données elle-même (c'est l'exemple de la liste de mariage), éventuellement à l'aide d'outils proposés par une communauté et mis en œuvre par elle (on imagine ainsi un logiciel open-source exploitant des données de carte de fidélité de supermarché pour en extraire les produits trop riches en gras ou en sel).

Ainsi conçue, la portabilité est partout chez elle. Dans la perspective « concurrentielle », il n'aurait eu aucun sens de demander la portabilité des données de fidélité d'un supermarché (cela n'est pas nécessaire pour aller faire ses courses ailleurs) ou d'un employeur (il n'est pas besoin d'un tableur secrété par la badgeuse de l'employeur actuel pour postuler ailleurs). Dans la perspective « self-data », chaque responsable de traitement met potentiellement sa capacité à structurer le réel en données personnelles au service des personnes concernées. « Vous tenez un journal de ce que j'écoute, de ce que je mange, de mes paiements, pour poursuivre vos propres fins ? J'en profite pour récupérer ces informations et en tirer des enseignements sur moi-même ».

Il y a tout de même des conditions pour que ce droit puisse être invoqué, mais elles sont interprétées très largement.

2 - Les caractères gras dans les citations des lignes directrices sont toujours de nous.

B – La souplesse des conditions

Aux termes de l'article 20 du RGPD, le droit à la portabilité ne concerne que les traitements :

- fondés sur 1° un consentement de la personne concernée ou 2° sur la nécessité du traitement pour l'exécution d'un contrat : cela exclut notamment les traitements fondés sur l'intérêt légitime ou sur une obligation légale ;
- effectués à l'aide d'un procédé automatisé, ce qui exclut les traitements « papier ».

En revanche, d'autres parties du texte qui auraient pu avoir également un caractère restrictif sont interprétées de manière très extensive par le CEPD : l'article 20 vise les données « fournies » par la personne (1) et qui « la concernent » (2).

1. – Données « fournies » par la personne

Le terme semble impliquer une démarche volontaire et consciente : les fichiers téléversés sur un service en ligne ou les formulaires complétés par la personne concernée. Mais le CEPD estime que :

Les catégories suivantes peuvent être qualifiées de données «fournies par la personne concernée»: - les données activement et sciemment fournies par la personne concernée (par exemple, adresse postale, nom d'utilisateur, âge, etc.); - les données observées fournies par la personne concernée grâce à l'utilisation du service ou du dispositif. Ces données peuvent inclure, par exemple, l'historique de recherche, les données relatives au trafic et les données de localisation d'une personne. Elles peuvent aussi inclure d'autres données brutes comme le rythme cardiaque enregistré par un dispositif portable.

Là encore, entre deux interprétations possibles, on choisit celle qui, de très loin, donne le plus de pouvoirs aux utilisateurs. Mais « En revanche, les données déduites et les données dérivées sont créées par le responsable du traitement sur la base des données «fournies par la personne concernée », et ne sont donc pas concernées. Il en ira ainsi, par exemple, de la note de solvabilité donnée par une banque à un client ou du modèle de visage calculé à partir de photographies.

2. – Données « concernant » la personne

Doit-on exclure du champ de la portabilité les données qui concernent simultanément plusieurs personnes, l'individu invoquant son droit n'étant que l'une d'entre elles ? Une réponse positive aurait très largement réduit le champ d'application du texte. Mais ce n'est pas l'interprétation retenue par le CEPD.

Dans un tel cas, les responsables du traitement ne devraient pas interpréter de manière trop restrictive l'expression «données à caractère personnel les concernant [relatives à la personne concernée]». À titre d'exemple, les registres des services de téléphonie, de messagerie interpersonnelle ou de VoIP peuvent inclure (dans l'historique du compte de l'abonné) les coordonnées de tiers concernés par des appels entrants et sortants. Même si les registres contiennent dès lors des données à caractère personnel relatives à plusieurs

personnes, les abonnés devraient pouvoir recevoir ceux-ci en réponse à leurs demandes de portabilité des données, étant donné que les registres se rapportent (également) à la personne concernée.

À la grande puissance du droit à la portabilité, ainsi interprété, pour les utilisateurs, répond la difficulté de mise en œuvre pour les responsables de traitement.

II – Pour les responsables de traitement : un droit complexe à mettre en œuvre

Qu'ils soient « exportateurs » ou « importateurs », les responsables de traitement devront être en mesure d'échanger les données de manière efficace, ce qui suppose d'utiliser « un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine » : tout le monde doit parler la même langue. Pour chaque type d'information (données textuelles, audio, images...), la pratique a fait émerger un format libre et consensuel. Les difficultés les plus considérables résident ailleurs. On en rencontrera aussi bien pour exporter (A) que pour importer (B) les données objets de la portabilité³.

A – Pour le responsable de traitement « exportateur »

1 – La délimitation des traitements selon leur fondement

Nous avons vu que seuls les traitements fondés sur le consentement de la personne concernée ou sur la nécessité pour l'exécution du contrat sont concernés par la portabilité. Cela semble au premier abord être une bonne nouvelle pour les responsables de traitement, mais les oblige en réalité à un tri qui peut être pénible. Ainsi, les lignes directrices rappellent que pour les employeurs :

Certains traitements relevant des ressources humaines se fondent plutôt sur la base juridique de l'intérêt légitime, ou sont nécessaires au respect d'obligations juridiques spécifiques dans le domaine de l'emploi. Dans la pratique, le droit à la portabilité des données dans le domaine des ressources humaines concernera incontestablement certaines opérations de traitement (tels que les services de paiement et d'indemnisation ou le recrutement interne), mais dans de nombreuses autres situations, une approche au cas par cas sera nécessaire pour déterminer si toutes les conditions régissant le droit à la portabilité des données sont remplies.

Il est donc indispensable d'intégrer cette problématique très en amont lors d'une démarche de mise en conformité RGPD. Elle doit être partie intégrante de la cartographie des traitements, et les bases de données doivent être séparées ou étiquetées de manière à éviter, lorsque le droit à la portabilité sera invoqué, un traitement manuel exhaustif des demandes, qui serait incroyablement gourmand en ressources pour le responsable de traitement.

3 - Il n'y aura pas lieu à « import » par un second responsable de traitement lorsque l'utilisateur récupérera les informations pour les exploiter par lui-même, localement, fût-ce à l'aide d'outils conçus par des tiers.

2 – La transmission directe

L'article 20, 2 du RGPD dispose : « *Lorsque la personne concernée exerce son droit à la portabilité des données en application du paragraphe 1, elle a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, lorsque cela est techniquement possible* ». Comme le précisent les lignes directrices : « *Si des entraves techniques empêchent la transmission directe, le responsable du traitement doit expliquer celles-ci à la personne concernée, car, dans le cas contraire, sa décision sera considérée comme semblable, dans ses effets, à un refus de donner suite à la demande formulée par la personne concernée* ». Autrement dit, la charge de la preuve qu'un transfert direct est impossible repose sur le responsable de traitement exportateur. Il nous semble que bien peu d'acteurs ont d'ores et déjà pris la mesure de cette obligation, et ont développé les outils nécessaires à un tel transfert automatisé, alors même que cela est souvent « techniquement possible »⁴.

B – Pour le responsable de traitement « importateur »

Nous avons vu précédemment que la présence, au sein des données transmises, d'informations concernant de tierces personnes n'est pas un obstacle de principe à l'exercice de la portabilité. Toutefois, cela obligera le responsable de traitement importateur à des adaptations complexes.

1 – Difficultés liées au fondement de licéité

Comme le rappellent les lignes directrices :

*« La personne concernée qui initie la transmission des données la concernant à un autre responsable du traitement soit donne son consentement au nouveau responsable du traitement aux fins du traitement de ses données, soit conclut un contrat avec ce dernier. Lorsque des données à caractère personnel de tiers sont comprises dans l'ensemble de données, **une autre base juridique doit être définie pour le traitement**. Par exemple, un **intérêt légitime** peut être poursuivi par le responsable du traitement (...) ».*

Le responsable de traitement importateur devra se montrer vigilant à cet égard : on sait que « l'intérêt légitime » doit toujours être mis en balance avec les droits et libertés fondamentaux des tiers (art. 6, f RGPD). Les résultats d'une telle pesée sont parfois difficiles à prévoir, et le risque n'est pas nul que l'analyse de l'opérateur et celle de l'autorité de contrôle divergent en cas d'inspection.

2 – Difficultés liées au principe de minimisation

Les lignes directrices lancent au responsable de traitement importateur un autre défi :

4 - Des géants du numérique ont annoncé s'être regroupés pour développer un outil open-source d'aide à la portabilité (not. Apple, Facebook, Google, Microsoft et Twitter) : V. datatransfertproject.dev. Pour un point de vue critique sur ce projet : L. Chemla, « Un tiers médiaire », article laquadrature.net du 16 octobre 2018.

« Par exemple, dans le cas d'une demande de portabilité des données auprès d'un service de messagerie par laquelle la personne concernée souhaite récupérer des courriers électroniques et les envoyer vers une plate-forme d'archivage sécurisée, le nouveau responsable du traitement ne doit pas traiter les coordonnées des correspondants de la personne concernée. Si ces informations ne sont pas pertinentes au regard de la finalité du nouveau traitement, elles ne doivent pas être conservées ni traitées. (...) ».

L'enjeu ici sera de savoir dans quel mesure ce « tri » peut être automatisé. Une approche réaliste suppose en effet qu'il soit possible de définir, de manière abstraite et pour toutes les importations que les utilisateurs souhaiteront réaliser, des critères universels permettant de séparer ce qui doit être conservé et ce qui doit être détruit. Une fois ces critères identifiés, il faut être en mesure d'élaborer des outils séparant le bon grain de l'ivraie sans intervention humaine, sans quoi l'opération sera trop coûteuse.

**

Une certaine portabilité est déjà là : celle qui permet de passer, en ligne, d'un fournisseur de services de messagerie électronique ou de gestion de photographies à un autre. Ce n'est pas un mince acquis. Mais le plus intéressant et le plus difficile reste à faire : pour tous les traitements de données nécessaires à l'exécution d'un contrat ou fondés sur un consentement spécial, faire de la personne concernée un véritable bénéficiaire secondaire du réservoir d'informations constitué à cette occasion. Ce qu'elle fera des données, seule ou avec l'aide d'un tiers, la regarde, et les seules limites sont celles de l'imagination. C'est l'une des manifestations, et non des moindres, du concept d'autodétermination informationnelle. Les responsables de traitement doivent tenir ces outils prêts à fonctionner, aussi bien comme exportateurs que comme importateurs potentiels. Les efforts nécessaires n'ont pas toujours été déployés, ni sur le plan juridique, ni sur le plan technique. Mais même lorsqu'elle aura développé son plein potentiel, la portabilité du RGPD restera, pour certains, bien insuffisante. On l'a dit : tous les services reposant sur les interactions entre utilisateurs, au premier rang desquels les réseaux sociaux, sont rétifs à la portabilité, actuellement conçue comme un droit purement individuel. Certains imaginent alors conférer à la portabilité un sens inédit, collectif, qui se rapproche du concept d'interopérabilité : l'utilisateur d'un nouveau réseau social open-source pourrait tout à coup publier sur la page Facebook d'un ami, ou répondre à un message Twitter, et recevoir des « j'aime » en retour, sans jamais s'inscrire lui-même à ces services⁵. Peut-être son propre outil est-il payant, plutôt que financé par la publicité ciblée ? Dans un tel modèle, c'en serait terminé des services en silos, qui enferment leurs clients dans une interface, une politique de confidentialité, une base de données dont ils ne pourront plus jamais sortir. Le « graphe social » de l'utilisateur percerait les cloisons, effacerait les frontières. Les communautés humaines relègueraient au second plan les outils par lesquels elles s'animent.

La portabilité du RGPD reste à bâtir. La portabilité du futur reste à inventer.

5 - V. not. L. Maurel, « Contre le pouvoir des plateformes, établir une portabilité sociale des données », article scinfolex.com du 23 décembre 2018, et les réf. citées.