



## DONNÉES

# Consécration d'une 5ème liberté du marché unique

Le nouveau règlement du 14 novembre 2018 lève les contraintes nationales de localisation et consacre un droit à la portabilité des données. L'Europe mise ainsi sur la libre circulation des données pour favoriser la croissance de son PIB.

Le Parlement européen et le Conseil ont adopté le 14 novembre 2018 un nouveau Règlement (UE) 2018/1807 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne. Publié au Journal officiel de l'Union européenne le 28 novembre 2018, il est entré en vigueur (article 9) le 28ème jour suivant sa publication au Journal officiel, soit le 26 décembre 2018, et s'appliquera à compter du 30 mai 2019. Ce règlement est destiné à instaurer une libre circulation des données. Il s'inscrit dans un projet plus global de création d'une « économie européenne innovante fondée sur les données », tendant à renforcer la compétitivité des entreprises de l'Union. L'objectif affiché de la Commission est double : créer un cadre juridique et politique clair et adapté en favorisant la libre circulation des données et en tentant de supprimer l'insécurité juridique née de l'utilisation des nouvelles technologies (l'internet des objets, systèmes connectés autonomes...). Ainsi, la valeur des données sera augmentée, et par conséquent, le PIB européen. Les eurodéputés misent sur une croissance de plus de 4 % en 2019 grâce à l'instauration de cette nouvelle réglementation.

L'on connaissait déjà, et presque sur le bout des doigts le RGPD – Règlement

général sur la protection des données à caractère personnel, Règlement (UE) 2016/679, ce dernier vient donc d'être complété par le Règlement (UE) 2018/1807 fixant le principe de la libre circulation des données à caractère non personnel.

Le cadre juridique issu du RGPD et dont l'objectif est de veiller au respect de la vie privée et à la protection des données à caractère personnel n'est pas remis en cause par le Règlement (UE) 2018/1807. Ces deux textes établissent un ensemble cohérent de règles relatives à la libre circulation des différents types de données.

Le Règlement (UE) 2018/1807 repose sur plusieurs constats :

- l'un reposant sur la nécessité d'adopter le droit aux réalités économiques numériques, et
- l'autre de lutter contre les entraves à la mobilité des données et au marché intérieur nées des exigences des Etats membres en matière de localisation des données (stockage ou traitement), et contre la dépendance de certains acteurs privés vis-à-vis de leurs fournisseurs d'infrastructures, fabricants lesquels collaborent à la collecte, l'accessibilité et l'utilisation des données.

L'Union européenne a depuis quelques années pris la mesure de la nécessité

de rattraper son retard dans l'économie numérique par rapport aux Etats-Unis notamment, et s'engage ainsi à protéger les investisseurs qui constituent de larges bases de données, mais également à les inciter à procéder au croisement de ces données afin d'en valoriser l'utilisation.

En effet, le considérant n°1 de ce nouveau règlement rappelle : « *La transformation numérique de l'économie s'accélère. Les technologies de l'information et des communications ne constituent plus un secteur d'activité parmi d'autres, mais la base de tous les systèmes économiques innovants et des sociétés modernes. Les données électroniques sont au centre de ces systèmes et peuvent générer une grande valeur lorsqu'elles sont analysées ou combinées à des services ou des produits.* »

En outre, un manque de concurrence entre les acteurs du cloud dans l'Union européenne a naturellement favorisé le lien de dépendance des entreprises, institutions, universités envers ces fournisseurs, bridant leur potentiel d'innovation. Enfin, force a été de constater que les législations nationales divergentes entraînaient des distorsions de concurrence.

Le potentiel représenté par une exploitation optimale des données est considérable et concerne tous les domaines : santé, environnement,

sécurité alimentaire, climat, utilisation des ressources énergétiques, villes intelligentes. L'Union européenne n'a plus d'autre choix, pour rester une puissance mondiale, que de s'emparer de « la révolution des données » et de se donner un cadre juridique fort et adapté aux échanges de données de quelque nature qu'elles soient, et ce, afin de faciliter leur mobilité.

Il est donc apparu indispensable de mettre en place des conditions de concurrence égales au sein de l'Union européenne, par l'adoption d'un corpus de règles uniformes applicables dans tous les Etats membres.

Le Règlement (UE) 2018/1807 fixe le principe de libre circulation des données à caractère non personnel et érige trois types de règles concernant la localisation des données, la disponibilité des données pour les autorités compétentes (article 5 du Règlement) et le portage des données pour les utilisateurs professionnels.

Il a pour objet de lever les contraintes nationales de localisation (1) et de consacrer un droit à la portabilité des données (2), points qui nous semblent cruciaux pour favoriser la croissance de l'économie sur les données voulue par l'Union européenne.

Une cinquième liberté du marché unique de l'Union européenne est ainsi consacrée, venant compléter celles inscrites dans les traités européens, à savoir liberté de circulation des biens, des travailleurs, des services et des capitaux.

Ce règlement a vocation à s'appliquer aux personnes physiques ou morales qui fournissent des services de traitement de données à caractère non personnel aux utilisateurs résidant ou ayant un établissement dans l'Union, en ce, y compris à celles qui fournissent des services dans l'Union sans y avoir d'établissement (article 1), et ce, quel que soit le système informatique utilisé (SaaS, IaaS, PaaS...).

Quant aux données à caractère non personnel concernées par ledit règlement, soit toutes celles qui ne sont pas expressément visées

par le Règlement (UE) 2016/679 en son article 4 point 1, elles sont de nature très diverse, et peuvent émaner de processus de production industrielle, concerner des données à caractère personnel anonymisées, des données sur l'agriculture, l'état des sols, les performances énergétiques de bâtiments, ou encore météorologiques...

## L'instauration de règles uniformes quant à la localisation des données

Comme évoqué en préambule, certaines législations nationales, régionales voire locales exigent que les données soient localisées sur une zone géographique ou un territoire précis (notamment s'agissant des données détenues par les prestataires de services financiers, et des informations produites par les secteurs publics). Il est même parfois imposé que les moyens utilisés bénéficient de certifications ou agréments de certains Etats membres (données protégées par le secret professionnel). Ces spécificités régionales constituent nécessairement des entraves à la libre circulation des services de traitement des données, et créent une insécurité juridique à laquelle l'Union européenne souhaite mettre fin.

Le considérant 4 du Règlement (UE) 2018/1807 précise : « *Le présent règlement ne limite en rien la liberté des entreprises de conclure des contrats en précisant où les données doivent être localisées. Le présent règlement vise simplement à sauvegarder cette liberté en permettant de convenir d'une localisation située en tout lieu de l'Union européenne.* »

Le cadre ainsi élaboré se veut souple afin de prendre en compte l'évolution des besoins des utilisateurs, des fournisseurs de services et des autorités nationales.

L'article 4 du Règlement pose donc le principe de libre circulation des données au sein de l'Union européenne en prohibant toute exigence de localisation des données, sauf motif de sécurité nationale qui relève de la souveraineté de chaque Etat.

Ainsi, une localisation des données plus rationnelle, grâce à un usage optimisé

des ressources informatiques, pourrait permettre de réduire la consommation énergétique et les émissions de carbone de près de 30 % sur le territoire de l'Union. Les petites entreprises réalisant ainsi une économie considérable à ce titre seront, on le souhaite, tentées d'investir et de développer leur pôle R&D.

L'article 4 impose également que tout Etat membre qui souhaiterait intégrer dans son ordre juridique national une disposition introduisant une exigence de localisation devra être immédiatement soumise à la Commission européenne, laquelle se réserve le cas échéant la possibilité de prendre des recommandations de modifier voire d'abroger certaines dispositions.

Les Etats membres disposent d'un délai, expirant le 30 mai 2021, pour mettre leur législation en conformité avec la présente règle.

Enfin, dans un souci de transparence et de facilité de l'accès au droit, chaque Etat membre doit mettre en ligne par l'intermédiaire « *d'un point d'information unique* » toutes les règles spécifiques applicables en son sein en matière de localisation des données. Cette liste doit en outre être adressée à la Commission qui compilera l'ensemble des exigences de localisation applicables dans chaque Etat membre.

Ces listes devront naturellement être régulièrement mises à jour.

Il y a tout lieu de se réjouir de cette obligation qui permettra de rendre aisé l'accès aux différentes réglementations qui peut parfois relever du parcours du combattant.

## Le droit à la portabilité des données

Alors que le RGPD a consacré pour les personnes physiques le droit à la portabilité des données à caractère personnel traitées, intégré notamment dans notre droit positif par l'article 48 de la Loi pour une République numérique, les acteurs professionnels pour leur part ont jusqu'à présent été négligents. Cependant, ces acteurs génèrent des données, parfois massives, de par leur activité professionnelle, industrielle, agricole ou commerciale, et ne bénéficient légalement pas d'une telle prérogative.

Or, les données ainsi générées par le professionnel sont le plus souvent stockées et traitées par un prestataire, qui prend souvent soin de verrouiller leur accès par des clauses contractuelles de réversibilité parfois abusives, leur donnant ainsi un avantage concurrentiel indéniable. Le professionnel est ainsi contraint de poursuivre la relation contractuelle, et se trouve privé, de fait, de la possibilité d'y mettre un terme.

Désormais, le Règlement 2018/1807 poursuit l'objectif de redonner à ces entreprises toute la maîtrise sur leurs données, et celui de les libérer de cette dépendance vis-à-vis de leurs prestataires.

Il était vain de penser que la technique contractuelle ou le droit de la concurrence étaient des outils efficaces pour mettre fin à cette domination des prestataires sur les entreprises génératrices de données tous secteurs confondus.

Toutefois, le règlement ne peut qu'apparaître déceptif sur cette question. En effet, il prévoit en son article 6 : « *La Commission encourage et facilite l'élaboration de codes de conduite par autorégulation au niveau de l'Union (ci-après dénommés « codes de conduites »), afin de contribuer à une économie des données compétitive, fondée sur les principes de transparence et d'interopérabilité [...] ».*

Il se contente donc d'inviter les parties intéressées à participer à l'élaboration de ces codes, en leur préconisant de prendre en compte : les bonnes pratiques facilitant le changement de fournisseurs et le portage des données, le recours à des formats standards, les exigences minimales d'information quant aux contraintes techniques, aux délais et aux frais en cas d'usage de ce droit, la mise en place de certification permettant de comparer les produits et services concurrents.

Il nous semble que les eurodéputés auraient pu être un peu plus audacieux dans la consécration de ce droit à la portabilité des données à caractère non personnel, et fixer de manière impérative certains standards ou exigences, quant aux aspects pratiques

de l'exécution de ce droit, aux critères d'interopérabilité, aux modes / coûts et délais d'accès, et également prévoir d'ores et déjà sanctions en cas de non-respect de ce droit.

Il est également à noter que la Commission fixe, cette fois, un délai non impératif aux fournisseurs de services d'avoir à rédiger les codes de conduite au plus tard le 29 novembre 2019, avec prise d'effet au plus tard le 29 mai 2020.

Les contours du droit à la portabilité doivent donc être précisés quant au titulaire de ce droit, à son articulation avec le droit à la portabilité consacré par le RGPD, quant aux données concernées, et ses modalités de mise en œuvre. Tout reste donc à faire, nous semble-t-il. Reste à espérer que la Commission veille à l'équilibre des rapports de force en présence...

### **Stéphane BAÏKOFF**

*Avocate au sein du département Technologies de l'information, Données & Transformation numérique, Innovation, Propriété intellectuelle SIMON Associés.*