

Faculté de Droit et Science politique



Professeur Catherine BARREAU
Faculté de droit et de science politique
UMR CNRS 6262 I.O.D.E.



LA REGULATION DE LA MARCHANDISATION DES DONNEES PERSONNELLES PAR LE DROIT DE LA CONSOMMATION



Lundi 20 mars 2017

Nanterre – Séminaire de recherches

Propos introductifs

2016 : PIB de la France = 2236 milliards \$

2017 : valorisation de GAFA = 2120 milliards \$

A 116 milliards de \$ de la fin de notre droit à
l'autodétermination



« Il n'y a pas de repas gratuit »

(aurait dit Milton Friedman)



Définition du sujet

Régulation : par la réglementation, la jurisprudence, et les modes alternatifs (auto-régulation, corégulation)

Marchandisation : conclusion d'un acte à titre onéreux (avec une contrepartie sous forme de prix ou autre)

Données personnelles : telles que définies dans la LIL ou le RGDP

Droit de la consommation : la partie du droit du marché qui assure la protection des consommateurs



A propos du droit du marché

Deux **piliers** du Droit du marché

La régulation **concurrentielle** de la
marchandisation des données personnelles :
cold case

La régulation **consumériste** de la
marchandisation des données personnelles :
en marche



Le droit de la consommation

Les objets pertinents du droit de la consommation :

- L'information du consommateur : le droit à la loyauté
- La liberté contractuelle du consommateur : nécessité du consentement et droit de se retirer du contrat

La finalité du droit de la consommation : de la protection individuelle du consommateur à l'instrumentalisation collective en vue de la réalisation du **Marché Unique Numérique**



A propos du droit des données personnelles

- ❑ Une **législation duale** : européenne et nationale;
- ❑ Une **législation renouvelée** : Loi Pour une République Numérique et RGPD
- ❑ une **législation finalisée** : droit à la protection contre les fichages, profilages, surveillances illégitimes, discriminations, atteintes à la vie privée;
- ❑ une **législation enclavée** : territorialité de la réglementation/globalisation de la marchandisation;
- ❑ une **législation contestée** : économiquement et sociologiquement.

Repères historiques :

- ❑ **16 juin 1933** : L'Allemagne recense sa population, sur des critères ethniques, en un temps record, à l'aide de tabulatrices électromécaniques IBM.
- ❑ **21 janvier 1977** : l'Allemagne est le premier pays à se doter d'un texte général sur la protection des données personnelles (certains länder avaient adopté une législation sur le sujet dès 1971).
- ❑ **6 janvier 1978** : Loi Informatique et Liberté (Loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés).
- ❑ **28 janvier 1981** : « Convention 108 » du Conseil de l'Europe, pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.
- ❑ **24 octobre 1995** : [directive 1995/46/CE du 24 octobre 1995](#), laquelle s'applique jusqu'à présent.
- ❑ **12 juillet 2002** : [directive n° 2002/58/CE](#) exigeant la notification des viol <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ...>ations de données.
- ❑ **25 janvier 2012** : la commission européenne propose le RGPD.
- ❑ **13 mai 2014** : la CJCE entérine le « droit à l'oubli ».
- ❑ **27 avril 2016** : **Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil 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**; Directive n°2016/680 du Parlement Européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données.
- ❑ **7 octobre 2016** : loi pour une République numérique.
- ❑ **6 mai 2018** : échéance des États membres pour se mettre en conformité de la directive n°2016/680.
- ❑ **25 mai 2018** : échéance des États membres pour se mettre en conformité du règlement n°2016/679 Après cette date, le règlement est directement applicable ([art.99](#))

La régulation de la marchandisation par le droit de la consommation : problématique

Caractères :

- **Récente** : 2000 - 2011 - 2014 - 2015 - 2016
- **Implicite**, *de lege lata*
- **Explicite**, *de lege ferenda avec la proposition de directive COM (2015) 634, final*

Manifestations :

- Coexistence de deux corps de règles
- Complémentarité **et** contrariété


Portée :

- La donnée personnelle devient-elle un **bien** ?



PLAN DE L'INTERVENTION

- 1/ L'acceptation implicite de la marchandisation des données par le droit de la consommation : un droit positif ambivalent
- 2/ La consécration de la patrimonialisation des données dans le cadre de la stratégie pour un Marché Unique Numérique : une évolution incertaine



1/ L'acceptation implicite de la marchandisation des données par le droit de la consommation : un droit positif ambivalent

- De 2000 à 2014, le temps de l'ignorance : la donnée personnelle n'est pas reconnue comme objet contractuel
- De 2014 à 2016, le temps de l'émergence : la reconnaissance de droits conférant un caractère contractuel à la communication des données


1.1 La donnée personnelle, objet contractuel ignoré mais pas contrarié

- Directive sur le commerce électronique (2000) : les ventes de biens en ligne ou services « non rémunérés » (gratuits ?)
- Directive sur les droits des consommateurs (2011) reprise par la Loi Consommation (2014) : la « commande avec obligation de paiement », identification de la contrepartie pécuniaire



1.2 Le discret chemin de la donnée vers la contractualisation

- ❑ De la Commission des clauses abusives à la cour d'appel de Paris
- ❑ Malgré le Conseil d'Etat, le CNN, la doctrine
- ❑ Jusqu'à la Loi pour une République Numérique : de la mort numérique à la portabilité et la récupération des données, l'affadissement du droit extrapatrimonial



2/ La consécration de la patrimonialisation des données dans le cadre de la stratégie pour un Marché Unique Numérique : une évolution incertaine

- ❑ La proposition de directive du 9 décembre 2015, COM (2015) 634, final
- ❑ Dans les contrats de fourniture de contenu numérique
- ❑ La donnée personnelle : contrepartie non-pécuniaire




2.1 Les conditions de la patrimonialisation

- ❑ Données personnelles ou non
- ❑ Demandées par le fournisseur
- ❑ Transmises par le consommateur de façon active
- ❑ Pouvant être récupérées en cas d'inexécution du contrat ou de rupture d'un contrat de long terme



2.2 La portée de la patrimonialisation

- La nécessaire articulation avec la législation relative à la protection des données
 - Le cumul des réglementations sur la base de la complémentarité des dispositions
 - La prévalence de la législation sur la PDP en cas de contrariété des dispositions
- La compatibilité de la proposition avec les propositions de qualification de la donnée personnelle



La contribution de la proposition à l'appréciation de la nature de la donnée

- L'affirmation de la donnée comme objet contractuel
- L'achèvement de l'exclusion du caractère exclusivement extra-patrimonial de la donnée
- La fondamentalisation maintenue du droit à l'autodétermination informationnelle
- L'absence de réification de la donnée
- Le choix implicite d'une nature duale/mixte ?

Conclusion :

- ❑ La proposition de directive : une étape non décisive de l'appréhension juridique de la donnée personnelle
- ❑ Le renouvellement nécessaire des débats autour de la qualification de la donnée
- ❑ La nécessaire articulation avec la politique de concurrence
- ❑ La réaction des GAFA : « *Des pratiques se sont instituées au sein des groupes américains pour échapper en Europe [...] à la loi* » O. Itéanu, Quand le digital défie le droit



QUESTIONS ET REMARQUES



MERCI
POUR
VOTRE
ATTENTION