

# Le droit à la portabilité dans les textes européens : droits distincts ou mécanisme multi-facettes ?

Michèle Ledger<sup>1</sup> et Thomas Tombal<sup>2</sup>

*Several European texts referring to the concept of “portability” have recently been adopted. This contribution analyses whether this is the expression of the same underlying legal mechanism reflected in four distinct areas of law, namely electronic communications law, personal data protection law, consumer law and copyright law. This contribution also questions how these different occurrences of the right to portability will be implemented in practice.*



*Plusieurs textes européens faisant référence au concept de la « portabilité » ont récemment été adoptés. Cette contribution analyse s'il s'agit là de l'expression d'un même mécanisme juridique sous-jacent transparaissant dans quatre matières distinctes du droit, à savoir le droit des communications électroniques, le droit de la protection des données à caractère personnel, le droit de la consommation et le droit d'auteur. Cette contribution questionne également la manière dont ces différentes occurrences du droit à la portabilité seront mises en œuvre en pratique.*

## INTRODUCTION

1. À l'heure où les données sont souvent présentées comme étant le « nouveau pétrole » de l'économie, où la méfiance croît quant à l'utilisation qui est faite de nos données à

caractère personnel<sup>3</sup> par des plateformes telles que Facebook, et où nous visionnons toujours plus de contenus en ligne – au détriment de la télévision –, la question de la « portabilité » de ces données et contenus s'est retrouvée au cœur de nombreux débats.

Plusieurs textes européens faisant référence à ce concept ont récemment été adoptés. Nous tenterons de cerner les contours actuels de cette notion – qui n'est pas neuve puisque la portabilité des numéros de téléphone est consacrée dans la réglementation des communi-

<sup>1</sup> Michèle Ledger est Head of Practice chez Cullen International et chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), de l'Université de Namur.

<sup>2</sup> Thomas Tombal est chercheur et doctorant au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), de l'Université de Namur. Il collabore présentement au projet de recherche interdisciplinaire « FLEXPUB : Une nouvelle génération de services publics flexibles – le cas des données géographiques », financé par le programme BRAIN-be (Belgian Research Action through Interdisciplinary Networks) de BELSPO.

<sup>3</sup> Constitue une donnée à caractère personnel, « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (article 4.1 du R.G.P.D.).

tions électroniques<sup>4</sup> depuis 1998 (I). L'analyse portera principalement sur trois textes récents, à savoir le règlement général sur la protection des données<sup>5</sup> (ci-après « R.G.P.D. ») (II), la directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques<sup>6</sup> (III), et le règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne<sup>7</sup> (V).

Ces textes nous amènent à nous demander si, en réalité, il ne s'agit pas là de l'expression d'un même mécanisme juridique sous-jacent, transparaissant dans quatre matières distinctes du droit<sup>8</sup> (IV et V.A.). Force sera de constater que même si certains contours sont similaires, les textes révèlent des différences significatives et leurs portées respectives seront sans doute fort différentes en pratique.

Enfin, nous nous questionnerons quant à la manière dont les différentes occurrences du droit à la portabilité seront mises en œuvre en pratique, au regard de la présence, ou de

l'absence, de mécanismes destinés à favoriser le contrôle du respect de ces textes.

## I. PORTABILITÉ DES NUMÉROS DE TÉLÉPHONE : LE TOUT PREMIER MOUVEMENT

2. Le concept de portabilité existe depuis longtemps déjà au niveau européen pour les numéros de téléphone. La portabilité a été introduite essentiellement pour faciliter l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché des communications électroniques en permettant aux abonnés de conserver leur numéro de téléphone fixe (ou mobile) s'ils en font la demande, lorsqu'ils changent de fournisseur. Est donc ici consacré un véritable droit pour l'abonné.

Cette introduction s'est faite en deux temps. Ainsi, une directive de 1998<sup>9</sup> recommandait déjà que les autorités nationales encouragent l'introduction « du service » de portabilité pour les numéros de téléphones fixes. Ensuite, en 2002, la portabilité des numéros tant fixes que mobiles fût consacrée dans le droit de l'Union européenne par le biais de la directive « service universel »<sup>10</sup>.

3. Il est intéressant de constater que, dans sa version actuelle, l'article 17 de la directive « service universel », qui sera remplacé par l'article 106 du Code des communications électroniques européen<sup>11</sup>, modalise l'exercice de ce droit via l'intervention des autorités de régula-

<sup>4</sup> Article 30 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.U.E.*, L 108/51, 24 avril 2002.

<sup>5</sup> 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), *J.O.U.E.*, L 119/1, 4 mai 2016.

<sup>6</sup> Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, 20 mai 2019, *J.O.U.E.*, 22 mai 2019, L 136/1.

<sup>7</sup> Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 168/1, 30 juin 2017.

<sup>8</sup> Communications électroniques, protection des données à caractère personnel, droit de la consommation et droit d'auteur.

<sup>9</sup> Directive 98/61 du Parlement européen et du Conseil du 24 septembre 1998 modifiant la directive 97/33/CE pour ce qui concerne la portabilité du numéro et la présélection de l'opérateur, *J.O.C.E.*, L 268/37, 3 octobre 1998.

<sup>10</sup> Article 30 de la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *J.O.U.E.*, L 108/51, 24 avril 2002.

<sup>11</sup> Directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 établissant le

tion nationales compétentes dans le domaine des communications électroniques.

En particulier, les autorités doivent veiller à ce que la tarification entre opérateurs liés à la portabilité soit fonction du coût et qu'aucune redevance ne soit appliquée à l'utilisateur final<sup>12</sup>.

Parmi les modalités envisagées au plan européen dans ce Code, citons ainsi: (i) un délai qui doit être le plus bref possible (qui, en tout état de cause, ne pourra pas dépasser un jour ouvrable); (ii) une procédure de changement et de portage qui devra être pilotée par le nouveau fournisseur avec la possibilité pour les autorités de régulation nationales d'établir des procédures globales pour le secteur; (iii) une indication des conséquences en cas d'échec de la procédure de portage; et (iv) l'obligation pour les autorités de régulation nationales de prendre des mesures pour s'assurer que les utilisateurs finaux soient suffisamment informés et protégés tout au long de la procédure de changement<sup>13</sup>.

Enfin, une dernière disposition de ce Code nous semble très intéressante. Il s'agit de l'obligation pour les opérateurs concernés de collaborer de bonne foi pour assurer le portage des numéros de téléphone<sup>14</sup>.

Les États membres, pour leur part, doivent s'assurer que des sanctions appropriées soient prévues à l'encontre des fournisseurs, notamment l'obligation d'indemniser les utilisateurs finaux en cas de retard<sup>15</sup>.

4. Ce rapide survol montre que le législateur européen s'est assuré que la portabilité des numéros soit assortie de modalités de mise en application précises par le biais des régulateurs nationaux.

## II. LA PORTABILITÉ DANS LE R.G.P.D.

5. L'insertion dans le R.G.P.D. d'un droit à la portabilité des données à caractère personnel est l'une des nouveautés de ce texte<sup>16</sup>. L'incertitude planant autour de ce nouveau droit résulte notamment du fait que le texte de l'article 20 du R.G.P.D. est, somme toute, assez laconique, alors même qu'il semble que les conséquences de l'intégration de ce droit dans le R.G.P.D. seront loin d'être marginales. Toutefois, précisons que le Groupe 29 a adopté des lignes directrices pour clarifier la portée de ce droit à la portabilité<sup>17</sup>, sur lesquelles la présente analyse s'appuiera. Ajoutons que le Comité européen de la protection des données, ayant remplacé le Groupe 29 depuis le 25 mai 2018<sup>18</sup>, a approuvé ces lignes directrices à cette même date<sup>19</sup>.

L'article 20 du R.G.P.D. confère à toute personne identifiée ou identifiable (« personne

Code des communications électroniques européen (refonte), *J.O.U.E.*, L 321/36, 17 décembre 2018.

<sup>12</sup> Article 106.4 du Code des communications électroniques européen.

<sup>13</sup> Article 106.5 du Code des communications électroniques européen.

<sup>14</sup> Article 106.6 du Code des communications électroniques européen.

<sup>15</sup> Articles 106.7 et 106.8 du Code des communications électroniques européen.

<sup>16</sup> Pour une analyse plus détaillée de ce droit, voy. T. TOMBAL, « Les droits de la personne concernée dans le R.G.P.D. », in *Le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D. / GDPR) – Analyse approfondie*, C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (coord.), Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 482-523.

<sup>17</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242, 13 décembre 2016. Cette première version a été révisée: Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017.

<sup>18</sup> Dans la suite de cette contribution, nous continuerons cependant à faire référence aux lignes directrices du Groupe 29, puisque tel était le nom porté par cet organe au moment de la rédaction de celles-ci.

<sup>19</sup> CEPD, Endorsement of WP29 Documents, 25 May 2018, disponible sur [https://edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb\\_fr](https://edpb.europa.eu/news/news/2018/endorsement-gdpr-wp29-guidelines-edpb_fr).

concernée») le droit de recevoir les données à caractère personnel la concernant qu'elle a fournies à un responsable du traitement<sup>20</sup>, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, ainsi que 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<sup>21</sup>.

6. D'une part, le droit à la portabilité permet à la personne concernée de recevoir (une partie des) les données à caractère personnel la concernant qu'elle a fournies à un responsable du traitement, et ce en vue de les stocker pour son propre usage futur, et non dans le but de les transmettre à un autre responsable de traitement<sup>22</sup>.

En cette acception, le droit à la portabilité constitue donc plutôt un complément au droit d'accès<sup>23</sup>, en ce sens qu'il permet à la personne concernée de gérer et de réutiliser elle-même les données à caractère personnel la concernant, puisque celles-ci doivent lui être fournies dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine<sup>24</sup>. Précisons toutefois que les exigences en termes de format ne sont pas identiques pour le droit d'accès<sup>25</sup>.

7. D'autre part, ce droit permet à la personne concernée de transmettre des données à caractè-

rière personnel la concernant d'un responsable de traitement (ci-après le «responsable de traitement originaire») à un autre (ci-après le «responsable de traitement récipiendaire»), et ce sans que le responsable de traitement originaire ne puisse y faire obstacle<sup>26</sup>.

Dans cette seconde acception, le droit à la portabilité va donc un cran plus loin, en ce sens qu'il permet non seulement à la personne concernée de gérer et de réutiliser les données à caractère personnel la concernant, mais également de les transmettre à un nouveau fournisseur de services, actif dans le même secteur économique ou non<sup>27</sup>.

Contrairement à ce que la seule lecture de l'article 20, § 1<sup>er</sup>, du R.G.P.D. pourrait laisser croire, les données en cause ne devront pas nécessairement transiter par la personne concernée<sup>28</sup>. En effet, outre que l'effectivité pratique d'une telle disposition serait quasiment inexistante, puisque ceci exigerait des démarches relativement lourdes de la part de la personne concernée, l'article 20, § 2 et le considérant 68 du R.G.P.D. disposent explicitement que :

«La personne concernée (...) 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*»<sup>29</sup> (nous soulignons).

<sup>20</sup> «La personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement» (article 4.7 du R.G.P.D.).

<sup>21</sup> Article 20.1 du R.G.P.D.

<sup>22</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 5.

<sup>23</sup> Article 15 du R.G.P.D.

<sup>24</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 5.

<sup>25</sup> Sur la question du format, voy. *infra* les points 19 et 20.

<sup>26</sup> Article 20.2 du R.G.P.D.; Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 5.

<sup>27</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, pp. 5-6.

<sup>28</sup> L'article 20.1 du R.G.P.D. parle en effet du droit pour la personne concernée de «transmettre» les données personnelles la concernant à un autre responsable du traitement, ce qui pourrait être lu comme exigeant implicitement que les données soient d'abord fournies à la personne concernée, afin que celle-ci puisse les transmettre elle-même à cet autre responsable de traitement.

<sup>29</sup> Article 20.2 et considérant 68 du R.G.P.D.

C'est notamment dans ce contexte que la recommandation contenue dans le considérant 68, mais non reprise dans l'article 20 du R.G.P.D., invitant les responsables de traitement originaires à fournir les données dans un format qui soit non seulement structuré, couramment utilisé et lisible par machine, mais également «interopérable»<sup>30</sup>, prend tout son sens. Notons à cet égard que Google, Facebook, Microsoft et Twitter contribuent, au côté d'autres acteurs, au «*Data Transfer Project*», né en 2017, dont le but est de créer une plateforme open-source permettant la portabilité directe des données entre les fournisseurs de services participants<sup>31</sup>.

### III. DIRECTIVE SUR LES CONTRATS DE FOURNITURE DE CONTENUS NUMÉRIQUES ET DE SERVICES NUMÉRIQUES

#### 8. Un mécanisme de portabilité des données, qui n'en porte pas explicitement le nom, a

également fait son apparition en droit de la protection des consommateurs. Ainsi, l'article 16, § 4, de la directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques dispose que :

«[Le] professionnel met à la disposition du consommateur, à la demande de ce dernier, tout contenu autre que des données à caractère personnel, qui a été fourni ou créé par le consommateur lors de l'utilisation du contenu numérique ou du service numérique fourni par le professionnel.

Le consommateur a le droit de récupérer ce contenu numérique sans frais, sans que le professionnel y fasse obstacle, dans un délai raisonnable et dans un format couramment utilisé et lisible par machine»<sup>32</sup>.

Bien que le premier alinéa utilise le vocable de «mise à disposition», qui n'évoque pas instantanément un mécanisme de «portabilité» et pourrait impliquer une simple mise à disposition permettant la consultation sans téléchargement ou copie des contenus, le second alinéa vient immédiatement dissiper ce doute, en indiquant que le consommateur peut ainsi «récupérer» ce contenu.

Ce droit est cependant assorti d'exceptions, en ce sens que le professionnel ne devra pas mettre à disposition le contenu lorsque celui-ci :

«a) n'est d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu numérique ou du service numérique fourni par le professionnel;

<sup>30</sup> L'interopérabilité est définie comme étant «la capacité de diverses organisations hétérogènes à interagir en vue d'atteindre des objectifs communs, mutuellement avantageux et convenus, impliquant le partage d'informations et de connaissances entre elles, selon les processus d'entreprise qu'elles prennent en charge, par l'échange de données entre leurs systèmes informatiques (TIC) respectifs» (article 2, 1°, de la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil établissant un programme concernant des solutions d'interopérabilité pour les administrations publiques, les entreprises et les particuliers en Europe (ISA2) – L'interopérabilité comme moyen de moderniser le secteur public, 26 juin 2014, COM/2014/0367 final, disponible sur <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52014PC0367&from=FR>).

<sup>31</sup> Voy. <https://datatransferproject.dev/>. Notons également que Google permet à toute personne titulaire d'un compte Google de télécharger les données que cet opérateur possède à son sujet. Pour ce faire, il suffit pour cette personne de se rendre dans la section «Informations personnelles et confidentialité» de son compte Google, d'ouvrir la sous-section «Définir votre contenu», et de cliquer sur «Télécharger vos données».

<sup>32</sup> Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, 20 mai 2019, *J.O.U.E.*, 22 mai 2019, L 136/1. Ce texte entrera en vigueur 20 jours suite à sa publication au *Journal officiel*, soit dans le courant du mois de juin 2019.

b) n'a trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu numérique ou le service numérique fourni par le professionnel; [ou]

c) a été agrégé avec d'autres données par le professionnel et ne peut être désagrégé, ou ne peut l'être que moyennant des efforts disproportionnés»<sup>33</sup>.

#### IV. PORTABILITÉ DANS LE R.G.P.D. ET DANS LA DIRECTIVE EN DROIT DE LA CONSOMMATION : UN MÉCANISME JURIDIQUE IDENTIQUE ?

9. Dans ses lignes directrices relatives à l'article 20 du R.G.P.D., le Groupe 29 attire l'attention sur la problématique d'un potentiel cumul de droits à la portabilité, et fait notamment explicitement référence aux législations de protection des consommateurs, tant nationales qu'européennes, comme sources de consécration de formes de droit à la portabilité<sup>34</sup>.

Il convient donc de confronter les dispositions du R.G.P.D. et de la directive 2019/770, afin de déterminer si ces instruments consacrent, en réalité, un mécanisme juridique identique, ou si, au contraire, les régimes divergent. Pour ce faire, nous procéderons à une comparaison des objectifs (A), des champs d'application (B), des destinataires des données (C), des formats dans lesquels les données doivent être transmises (D), des conséquences de l'exercice du droit et de la temporalité des demandes (E), et des modalités de coût et de délai de traitement des demandes (F).

#### A. Objectifs

10. Les objectifs ayant justifié l'adoption de l'article 20 du R.G.P.D. ne sont pas apparents dans le texte, mais un embryon d'explication peut être trouvé dans le considérant 68 du R.G.P.D., qui nous indique que ce droit vise à renforcer le contrôle que les personnes concernées exercent sur leurs propres données. Se trouve ainsi traduite la volonté de renforcer le « *data subject empowerment* », à savoir le pouvoir de contrôle qu'a la personne concernée sur « ses » données à caractère personnel<sup>35</sup>. En réalité, cet objectif de « *data subject empowerment* » est traduit en deux sous-objectifs.

11. D'une part, dans une conception stricte de la notion de « *data subject empowerment* », le droit à la portabilité des données de l'article 20 du R.G.P.D. « représente également une opportunité de "rééquilibrer" la relation entre les personnes concernées et les responsables de traitements »<sup>36</sup>, et ce « en affirmant les droits et le contrôle personnels des particuliers sur les données à caractère personnel les concernant »<sup>37</sup>.

Apparaît ici un point commun indéniable avec la directive 2019/770, puisque cet objectif de « *data subject empowerment* » du R.G.P.D. s'inscrit dans la mouvance actuelle plus large du « *consumer empowerment* », qui est l'objectif central du droit de la consommation et qui sous-tend la directive. Ainsi, les documents préparatoires de cette directive indiquent qu'elle a pour objectif de « combler le vide juridique actuel dans l'acquis en matière de protection des consommateurs au niveau de l'Union en ce qui concerne certains aspects

<sup>33</sup> Article 16.3 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>34</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 9.

<sup>35</sup> Ce qui est consacré ici est bien un droit de « contrôle » de la personne concernée sur les données, et non un quelconque droit de « propriété ».

<sup>36</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

<sup>37</sup> *Ibidem*.

contractuels pour lesquels il n'existe pas de règles à ce jour»<sup>38</sup>.

**12.** D'autre part, et dans une conception plus large de la notion de «*data subject empowerment*», le droit à la portabilité de l'article 20 du R.G.P.D. doit permettre à la personne concernée de pouvoir plus facilement changer de fournisseur de service<sup>39</sup>. Dans sa première version de décembre 2016, le Groupe 29 avait même indiqué qu'il s'agissait là de «*l'objectif principal*»<sup>40</sup> de ce nouveau droit, car il devrait faciliter la création de nouveaux services, ce qui s'inscrit parfaitement dans la stratégie du législateur européen de création d'un marché digital unique<sup>41</sup>. Cette indication a cependant été supprimée dans la version révisée d'avril 2017, le Groupe 29 indiquant à présent que le R.G.P.D. vise à réguler les traitements de données à caractère personnel, et non à traiter de questions de droit de la concurrence<sup>42</sup>. La version révisée précise d'ailleurs dorénavant que l'objectif principal de ce droit est de promouvoir le «*data subject empowerment*»<sup>43</sup>.

À nouveau, cet objectif transparait également dans la directive 2019/770. Ainsi, les documents préparatoires précisent que, afin de favoriser la concurrence, il convient d'assurer que les consommateurs puissent aisément

changer de fournisseur de contenu, en réduisant les obstacles juridiques, techniques et pratiques, tels que l'incapacité de récupérer l'ensemble des données que le consommateur a produites ou générées par son utilisation du contenu numérique<sup>44</sup>. En effet, le consommateur pourrait être dissuadé de mettre fin à un contrat portant sur un contenu numérique ou un service numérique s'il ne peut récupérer l'accès au contenu en cause à la suite de cette terminaison<sup>45</sup>.

**13.** Au vu de ce qui précède, il convient de pointer que tant le R.G.P.D. que la directive 2019/770 témoignent de la volonté claire d'éviter que les consommateurs ne soient «*coincés*»<sup>46</sup> par les géants actuels tels que Facebook ou Google, en leur permettant de «*porter*» certaines données<sup>47</sup> vers un nouveau service alternatif en ligne. De fait, en l'absence de tels droits, on pourrait tout à fait imaginer que le consommateur s'abstienne de faire usage d'un tel service alternatif, se résignant, par exemple, à rester «*fidèle*» à Facebook, au vu de l'investissement temporel substantiel que représenterait, pour lui, le fait d'ajouter, sur ce nouveau service, l'ensemble des données déjà fournies sur Facebook.

## B. Champ d'application

**14.** Le champ d'application du droit à la portabilité du R.G.P.D. est limité, d'une part, à certaines catégories de traitements, et d'autre part, à certaines catégories de données à caractère personnel. Ainsi, la personne concernée ne pourra invoquer son droit à la portabilité des données que lorsque le traitement est effectué

<sup>38</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final, p. 3.

<sup>39</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

<sup>40</sup> «*The primary aim*».

<sup>41</sup> Groupe 29, Guidelines on the right to «*data portability*», WP 242, 13 décembre 2016, p. 4.

<sup>42</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 4, note infrapaginale n° 1 : «*L'objectif premier de la portabilité des données est de renforcer le contrôle des particuliers sur les données à caractère personnel les concernant et de veiller à ce qu'ils jouent un rôle actif dans l'écosystème des données.*»

<sup>44</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final, p. 25, considérant 46.

<sup>45</sup> Considérant 70 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>46</sup> «*Lock-in*».

<sup>47</sup> Voy. *infra*, «*B. Champ d'application*».

à l'aide de procédés automatisés, et est fondé sur le consentement de la personne concernée ou sur un contrat<sup>48</sup>. Il n'existe donc pas de « *droit général à la portabilité des données* »<sup>49</sup> dans le R.G.P.D., dès lors que ce droit ne s'applique pas aux traitements nécessaires au respect d'une obligation légale ou à l'exécution d'une mission d'intérêt public<sup>50</sup>.

Par ailleurs, l'article 20 du R.G.P.D. est limité aux données à caractère personnel que les personnes concernées ont « fournies » à un responsable de traitement. C'est principalement sur cette question de ce qu'il convenait d'entendre par des données « fournies » que les lignes directrices du Groupe 29 s'avèrent être un outil précieux pour la définition du champ d'application du droit à la portabilité. Ainsi, le Groupe 29 identifie trois catégories de données et considère que seules les deux premières doivent être considérées comme étant des données « fournies » à un responsable de traitement, et donc soumises au droit à la portabilité<sup>51</sup>.

Il s'agit d'une part des « données activement et sciemment fournies par la personne concernée »<sup>52</sup>. Sont ici notamment visées l'adresse email, le nom d'utilisateur, l'âge ou toute autre information qui serait, par exemple, fournie par le biais du remplissage d'un formulaire d'inscription en ligne à un service, à un réseau social, à un site web, etc.<sup>53</sup>.

D'autre part, tomberont aussi dans le champ d'application du droit à la portabilité, « les

données observées fournies par la personne concernée grâce à l'utilisation du service ou du dispositif [du responsable de traitement] »<sup>54</sup>. Citons, à titre d'exemples, l'historique de recherche d'une personne concernée, l'historique des sites web qu'elle aurait visités, les données de trafic et de localisation générées par l'utilisation d'une application mobile, ou encore le nombre de pas effectués par une personne concernée, qui seraient collectés par une montre connectée<sup>55</sup>. Notons toutefois que l'inclusion, par le Groupe 29, de ces « données observées » dans le champ d'application du droit à la portabilité est critiquée par certains membres de la Commission européenne, qui estiment que ceci pourrait être considéré comme allant au-delà de ce qui a été envisagé par le législateur européen<sup>56</sup>.

En revanche, la troisième catégorie de données identifiées par le Groupe 29, à savoir « les données déduites et les données dérivées [qui] sont créées par le responsable de traitement sur la base des données "fournies par la personne concernée" »<sup>57</sup>, ne devront, selon l'avis du Groupe 29, pas être soumises au droit à la portabilité<sup>58</sup>. Il s'agit des données résultant d'une analyse subséquente réalisée par le responsable de traitement sur la base des données brutes « fournies » (activement ou observées) par la personne concernée<sup>59</sup>. Sont notamment visés les profils utilisateurs créés

<sup>48</sup> Article 20.1, a) et b), du R.G.P.D.

<sup>49</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 10.

<sup>50</sup> Article 20.3 et considérant 68 du R.G.P.D.

<sup>51</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, pp. 11-13.

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>53</sup> *Ibid.*, pp. 11-12.

<sup>54</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 12.

<sup>55</sup> *Ibidem.*

<sup>56</sup> D. MEYER, *European Commission experts uneasy over WP29 data portability interpretation*, 25 avril 2017, disponible sur <https://iapp.org/news/a/european-commission-experts-uneasy-over-wp29-data-portability-interpretation-1/>.

<sup>57</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 12.

<sup>58</sup> *Ibidem.*

<sup>59</sup> *Ibidem.*



par le responsable de traitement ou encore les résultats d'une évaluation de la santé de la personne concernée fondée sur les données de santé que sa montre intelligente a collectées<sup>60</sup>.

Ce sera bien souvent cette troisième catégorie de données qui aura le plus d'intérêt pour les responsables de traitement, dès lors que c'est là qu'il faut trouver la vraie valeur ajoutée de leur service, de sorte qu'un équilibre approprié semble avoir été trouvé entre la préservation des intérêts économiques de ceux-ci et l'objectif de « *data subject empowerment* » qui fonde le droit à la portabilité.

**15.** Le régime de la directive 2019/770 a, quant à lui, vocation à s'appliquer à « tout contenu autre que des données à caractère personnel, qui a été fourni ou créé par le consommateur lors de l'utilisation du contenu numérique ou du service numérique fourni par le professionnel »<sup>61</sup>.

Celle-ci vise donc uniquement les données non personnelles fournies ou créées par le consommateur dans le cadre de l'utilisation du contenu ou du service, exception faite des données non personnelles qui ne sont d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu ou du service, des données qui n'ont trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu ou le service, et des données qui ont été agrégées avec d'autres données par le professionnel et ne peuvent être désagrégées, ou ne peuvent l'être que moyennant des efforts disproportionnés<sup>62</sup>. Ces exceptions sont justifiées par le fait que, dans ces hypothèses, le contenu présente peu d'utilité pratique pour le consommateur, qui a donc un intérêt limité à la portabilité de ces données, notamment eu égard au fait que requérir un tel mécanisme

serait couteux pour le professionnel<sup>63</sup>. À l'instar de ce qui a été fait pour l'article 20 du R.G.P.D., une balance des intérêts a donc été opérée par le législateur.

Le champ d'application de la directive est ainsi complémentaire à celui du R.G.P.D. Ceci ressort d'ailleurs explicitement du texte de la directive, qui indique que le professionnel reste, au demeurant, tenu de respecter les obligations du R.G.P.D.<sup>64</sup>, qui prévaut sur cette directive en cas de conflit de dispositions<sup>65</sup>.

Il semble donc que l'objectif du texte final de cette directive soit d'éviter toute superposition avec le régime de l'article 20 du R.G.P.D.<sup>66</sup>. Cependant, cette distinction entre données personnelles et non personnelles nous semble problématique en pratique. En effet, nous peinons à imaginer des situations dans lesquelles du contenu fourni par le consommateur ne serait pas qualifié de données à caractère personnel. De fait, vu la définition large que donne le R.G.P.D. à cette notion, à savoir « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable »<sup>67</sup>, la très grande majorité (si pas la totalité) des données fournies ou créées par le consommateur pourront être considérées comme étant des données personnelles. Dès lors, le champ d'application de l'article 16.4 de la directive 2019/770 nous paraît fort limité.

<sup>63</sup> Considérant 71 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>64</sup> Article 16.2 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>65</sup> Article 3.8 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>66</sup> Les travaux préparatoires, pour leur part, visaient « tout contenu fourni par [le consommateur] et toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur » (art. 13.2, c) et 16.4, b), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final). Étaient ainsi visées, à l'origine, tant des données personnelles que des données non personnelles.

<sup>67</sup> Article 4.1 du R.G.P.D. Voy. *supra* la note 3.

<sup>60</sup> *Ibidem*.

<sup>61</sup> Article 16.4 de la directive (UE) 2019/770.

<sup>62</sup> Article 16.3 de la directive (UE) 2019/770.

16. Enfin, il convient de souligner que les données personnelles « déduites et les données dérivées [qui] sont créées par le responsable de traitement sur la base des données [personnelles] “fournies par la personne concernée”<sup>68</sup> ne sont donc sujettes à aucune forme de droit à la portabilité, dès lors qu’elles ne sont ni couvertes par l’article 20 du R.G.P.D., ni par l’article 16 de la directive 2019/770.

### C. Destinataire des données

17. Le droit à la portabilité de l’article 20 du R.G.P.D. permet, en théorie, la transmission directe des données entre le responsable de traitement originaire et récipiendaire « lorsque cela est techniquement possible », sans que la personne concernée ne doive, elle-même, recevoir les données en transit, cette dernière devant simplement donner son consentement à l’opération<sup>69</sup>.

Si cela s’avère techniquement faisable, deux voies de transmission des données du responsable de traitement originaire vers le responsable de traitement récipiendaire sont envisageables. Soit il est recouru à un transfert direct de tout ou partie des données portées, soit un outil automatisé permettant l’extraction, par le responsable de traitement récipiendaire, des données pertinentes est mis en place<sup>70</sup>. Le Groupe 29 se montre plutôt favorable à l’utilisation de tels outils automatisés, par exemple une interface de programmation applicative (« API »)<sup>71</sup>, dès lors

qu’ils permettent de mieux cibler les données pertinentes et de minimiser les risques<sup>72</sup>.

Le Groupe 29 mentionne également la piste intéressante de la création de plateformes de données à caractère personnelles gérées par la personne concernée ou, plus vraisemblablement, par un tiers de confiance, sur lesquelles ces données seraient stockées, et à partir desquelles les responsables de traitements pourraient accéder aux et traiter ces données sous le contrôle de la personne concernée, tout en facilitant le transfert de données personnelles d’un responsable de traitement à un autre<sup>73</sup>.

Cette proposition n’a rien d’utopique, puisque des projets pilotes de tels systèmes de gestion d’informations personnelles (« PIMS »)<sup>74</sup>, existent déjà en Europe, tels que « MiData »<sup>75</sup> au Royaume-Uni et « MesInfos / SelfData »<sup>76</sup> en France. Concrètement, les personnes concernées ont recours à des services tiers de confiance, pouvant se présenter sous la forme de sites web, de plateformes, d’applications ou encore de *Clouds* personnels, sur lesquels les responsables de traitements originaires qui ont accepté de participer au projet partagent, avec le consentement de la personne concernée et au titre du droit à la portabilité, les données à caractère personnel de cette dernière qu’ils traitent<sup>77</sup>. Ceci est avantageux tant pour les personnes concernées, qui peuvent ainsi

<sup>68</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 12.

<sup>69</sup> Article 20.2 du R.G.P.D. Voy. *supra* le point 7.

<sup>70</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 19.

<sup>71</sup> « Le terme “interface de programme d’application” (API) désigne les interfaces d’applications ou les services web mis à disposition par les responsables du traitement de sorte que d’autres systèmes ou applications puissent se mettre en relation avec leurs systèmes et travailler avec ceux-ci » (Groupe 29,

Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 18, note infrapaginale n° 27).

<sup>72</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, pp. 19-20.

<sup>73</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 20.

<sup>74</sup> « *Personal information management systems* » en anglais.

<sup>75</sup> Voy. <https://www.midata.coop/>.

<sup>76</sup> Voy. <http://mesinfos.fing.org/selfdata/>.

<sup>77</sup> Voy. <http://mesinfos.fing.org/selfdata/>.

mieux se connaître, prendre de meilleures décisions, ou encore évaluer leurs décisions passées, que pour les responsables de traitements<sup>78</sup>. En effet, en échange du partage des données qu'ils détiennent, ceux-ci peuvent, sur la base du consentement de la personne concernée, accéder aux et traiter les données à caractère personnel de cette personne qui ont été partagées par un autre responsable de traitement participant au projet<sup>79</sup>.

**18.** Le mécanisme de la directive 2019/770, à l'inverse, ne permet pas cette transmission directe<sup>80</sup>, puisqu'elle vise uniquement à consacrer le droit pour le consommateur de récupérer personnellement les données<sup>81</sup>. Celle-ci se rapproche, en ce sens, plutôt du droit d'accès contenu dans le R.G.P.D., qui permet notamment d'obtenir une copie des données personnelles<sup>82</sup>. Dans l'hypothèse où le consommateur désirerait « transférer » les données ainsi récupérées à un autre fournisseur de contenu, le mécanisme de la directive s'avère donc moins efficace que le droit à la portabilité de l'article 20 du R.G.P.D.

#### D. Format de transmission des données

**19.** L'essence du droit à la portabilité du R.G.P.D. étant de permettre à la personne concernée ou à un autre responsable de traitement de réutiliser les données portées, il est indispensable que le format de ces données permette une telle réutilisation<sup>83</sup>. C'est pourquoi l'article 20 du R.G.P.D. énonce que les données doivent être transmises « dans un

format structuré, couramment utilisé, et lisible par machine<sup>84</sup> »<sup>85</sup>. Notons que des données « lisibles par machine » ne seront pas nécessairement « compréhensibles » pour tout qui les consulte, si cette personne ne dispose pas des compétences adéquates. En effet, ces données ne doivent pas être « lisibles par un humain ». Ce qui importe est que ces données puissent être « lues » par un ordinateur pour pouvoir être réutilisées.

Le considérant 68 du R.G.P.D. précise, pour sa part, que le format doit également être « interopérable ». Il convient de ne pas confondre cette notion d'interopérabilité avec la notion de compatibilité, qui n'est, elle, pas exigée dans le cadre du droit à la portabilité, puisque le considérant 68 du R.G.P.D. précise également que ce droit à la portabilité ne devrait pas créer, pour les responsables du traitement, d'obligation d'adopter ou de maintenir des systèmes de traitement qui sont techniquement compatibles<sup>86</sup>.

Au-delà de ces exigences, le R.G.P.D. n'impose pas de recommandations spécifiques quant au format devant être utilisé, ceci étant laissé à

<sup>78</sup> *Ibidem*.

<sup>79</sup> *Ibidem*.

<sup>80</sup> I. GRAEF, *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016, p. 148.

<sup>81</sup> Article 16.4 de la directive 2019/770.

<sup>82</sup> Article 15.3 du R.G.P.D.

<sup>83</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 20.

<sup>84</sup> Un format lisible par machine est un « un format de fichier structuré de telle manière que des applications logicielles puissent facilement identifier, reconnaître et extraire des données spécifiques. (...) Les formats lisibles par machine peuvent être ouverts ou propriétaires; il peut s'agir de normes formelles ou non. Les documents encodés dans un format de fichier qui limite le traitement automatique, en raison du fait que les données ne peuvent pas, ou ne peuvent pas facilement, être extraites de ces documents, ne devraient pas être considérés comme des documents dans des formats lisibles par machine » (considérant 21 de la 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, *J.O.U.E.*, L 175, 27 juin 2013).

<sup>85</sup> Article 20.1 du R.G.P.D.

<sup>86</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 21.

l'appréciation des responsables de traitement, qui doivent néanmoins garder à l'esprit qu'il est souhaitable que le format choisi permette l'interopérabilité<sup>87</sup>. Ce faisant, il sera bon d'éviter de recourir à des formats soumis à des contrats de licence coûteux, et d'envisager, au contraire, des formats ayant un haut degré d'abstraction<sup>88</sup>. Ceci invite à opérer le choix de formats ouverts/libres couramment utilisés (tels que le format XML, JSON ou CSV) aux dépens de formats propriétaires<sup>89</sup>.

**20.** De façon bienvenue, les exigences de format contenues dans le texte final de la directive 2019/770 ont été alignées sur celles prévues dans le R.G.P.D., dès lors que les données doivent être rendues au consommateur «dans un format couramment utilisé et lisible par machine»<sup>90</sup>.

Tel n'était pas le cas dans le texte de la proposition de directive qui requérait, pour sa part, des exigences de format de données moins strictes que le droit à la portabilité de l'article 20 du R.G.P.D., puisque ce texte initial prévoyait que les données devaient être restituées dans un «format de données couramment utilisé»<sup>91</sup>. La proposition de directive se rapprochait, en ce sens, plutôt de l'exigence de format requise pour le droit d'accès du R.G.P.D., en vertu duquel les données doivent être délivrées «sous une forme électronique d'usage courant»<sup>92</sup>.

Or, le format utilisé est déterminant pour faciliter la réutilisation des données. Ainsi, un fichier PDF sera vraisemblablement considéré comme rencontrant la condition de «format

de données couramment utilisé», mais il ne permettra pas au consommateur d'en extraire aisément les données afin de les réutiliser pour un autre service. En effet, la référence à un «format couramment utilisé et lisible par machine» implique, selon nous, que les données à caractère personnel y contenues devraient pouvoir en être extraites techniquement, sans devoir recopier les données en cause dans un nouveau fichier. Nous pensons ainsi que les formats CSV ou JSON satisfont à cette exigence.

Notons enfin qu'il est étonnant que l'exigence d'un «format structuré» ne soit pas mentionnée dans la directive, alors qu'elle figure à l'article 20 du R.G.P.D. L'avenir nous dira si cet oubli, volontaire ou non, aura un impact sur l'efficacité de ce mécanisme.

## **E. Conséquences de l'exercice du droit et temporalité de la demande**

**21.** L'exercice du droit à la portabilité du R.G.P.D. n'implique pas automatiquement l'obligation pour le responsable de traitement d'effacer les données portées<sup>93</sup>. En effet, l'article 20, § 3, du R.G.P.D. précise que l'exercice de ce droit «s'entend sans préjudice de l'article 17»<sup>94</sup>, qui consacre le droit à l'effacement.

Ce faisant, nous sommes d'avis que lorsque l'article 20, § 1<sup>er</sup>, du R.G.P.D. indique que «les personnes concernées ont le droit de recevoir les données», il convient en réalité de comprendre: «les personnes concernées ont le droit de recevoir *une copie des données*» (nous soulignons). Ceci est d'ailleurs implicitement confirmé par le Groupe 29, qui indique que ce droit facilite la capacité des personnes concernées «à déplacer, à copier ou à trans-

<sup>87</sup> *Ibid.*, p. 20.

<sup>88</sup> *Ibid.*, p. 21.

<sup>89</sup> *Ibidem.*

<sup>90</sup> Article 16.4 de la directive 2019/770.

<sup>91</sup> Articles 13.2, c) et 16.4, b), de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, 9 décembre 2015, COM(2015) 634 final.

<sup>92</sup> Article 15.3 du R.G.P.D.

<sup>93</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 8.

<sup>94</sup> Article 20.3 du R.G.P.D.

mettre facilement des données à caractère personnel»<sup>95</sup> (nous soulignons).

De fait, après l'exercice de ce droit à la portabilité, la personne concernée peut continuer à vouloir utiliser et bénéficier des services du responsable de traitement originaire auprès de qui il a introduit la demande de portabilité<sup>96</sup>. Il convient donc de constater que le droit à la portabilité ne sera pas uniquement utilisé pour quitter un service afin d'utiliser un service concurrent, mais également pour commencer à utiliser un autre service en «recyclant» des données personnelles déjà fournies à un premier service, tout en continuant à utiliser ce premier service. Au demeurant, nous sommes d'avis que ce droit à la portabilité sera majoritairement utilisé dans des hypothèses où la personne concernée désirera continuer à utiliser le service du responsable de traitement originaire. Il n'est donc pas exclu qu'une même personne concernée exerce plusieurs fois son droit à la portabilité à l'égard d'un même responsable de traitement. Ce droit à la portabilité ne doit ainsi pas être uniquement envisagé comme un «one-shot».

**22.** À la différence de l'article 20 du R.G.P.D., la directive 2019/770 prévoit, pour sa part, que, lorsque le consommateur résout le contrat, le fournisseur doit s'abstenir d'utiliser les données non personnelles fournies ou créées par le consommateur, à l'exception des données qui ne sont d'aucune utilité en dehors du contexte du contenu ou du service, des données qui n'ont trait qu'à l'activité du consommateur lorsqu'il utilise le contenu ou le service, des données qui ont été agrégées avec d'autres données par le professionnel et ne peuvent être désagrégées, ou ne peuvent l'être

que moyennant des efforts disproportionnés, et des données générées conjointement par le consommateur et d'autres personnes qui continuent à en faire usage<sup>97</sup>.

**23.** Le sort des données détenues par le responsable de traitement originaire / fournisseur de contenu diffère donc dans les deux régimes, puisque l'article 20 du R.G.P.D., pris isolément, n'interdit pas au responsable de traitement originaire de continuer à utiliser les données portées, tandis que, dans la directive, le fournisseur de contenu doit s'abstenir d'utiliser les données à l'avenir.

En réalité, cette divergence de régime s'explique par le fait que la portabilité peut s'exercer à tout moment dans le R.G.P.D., tandis qu'elle n'est envisagée que suite à la résolution du contrat, par le consommateur, dans la directive<sup>98</sup>.

#### **F. Modalités de coût et de délai de traitement de la demande**

**24.** Les modalités de l'exercice du droit à la portabilité de l'article 20 du R.G.P.D. ne sont pas contenues dans cet article, mais dans l'article 12 du R.G.P.D., qui prévoit des règles communes à l'exercice de l'ensemble des droits octroyés à la personne concernée.

Ainsi, l'article 12, § 5, du R.G.P.D. prévoit, qu'en principe, aucun paiement ne peut être demandé à la personne concernée pour prendre toute mesure au titre de l'article 20 du R.G.P.D.

Pendant, si la demande de la personne concernée est manifestement infondée ou excessive – notamment en raison de son caractère répétitif –, ce qu'il incombera au responsable de traitement de démontrer, le respon-

<sup>95</sup> Groupe 29, Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 8.

<sup>97</sup> Article 16.3 de la directive 2019/770.

<sup>98</sup> I. GRAEF, *EU competition law, data protection and online platforms: data as essential facility*, Alphen aan den Rijn, Kluwer, 2016, p. 148.

sable du traitement pourra exiger le paiement de frais raisonnables qui tiennent compte des coûts administratifs supportés pour prendre les mesures demandées<sup>99</sup>.

Cet article 12 dispose également que le responsable de traitement devra répondre à la demande de portabilité « dans les meilleurs délais », et en tout état de cause, dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande<sup>100</sup>.

Au besoin, ce délai peut être prolongé de deux mois, compte tenu de la complexité et du nombre de demandes<sup>101</sup>. En pareil cas, le responsable de traitement devra tout de même informer la personne concernée de cette prolongation et des motifs du report dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande<sup>102</sup>.

Enfin, dans l'hypothèse où le responsable de traitement déciderait de ne pas donner suite à la demande formulée par la personne concernée, il devra informer celle-ci sans tarder, et au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande, des motifs de son inaction et de la possibilité d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle et de former un recours juridictionnel<sup>103</sup>.

**25.** Tout comme l'article 20 du R.G.P.D., la directive 2019/770 consacre également le principe selon lequel le consommateur pourra récupérer gratuitement les données<sup>104</sup>.

Concernant la question du délai, la directive mentionne simplement que les données doivent être restituées « dans un délai raisonnable » suite

à la résolution du contrat<sup>105</sup>. Bien que celle-ci ne fournisse pas d'informations complémentaires quant à l'interprétation à donner de ces termes, nous pensons que le délai d'un mois évoqué dans le R.G.P.D.<sup>106</sup> pourrait être utilisé pour évaluer ce caractère raisonnable.

## G. Conclusion

**26.** En conclusion, il apparaît que les régimes de portabilité de l'article 20 du R.G.P.D. et de la directive 2019/770 consacrent un mécanisme analogue, mais non parfaitement identique. Ceux-ci s'inscrivent en effet dans la même mouvance, dès lors que leurs objectifs sont semblables (A) et que leurs champs d'application sont complémentaires (B). De même, ces régimes sont alignés sur la question du coût de la portabilité et du délai dans lequel il doit être donné suite aux demandes (F), ainsi que sur la question du format dans lequel les données doivent être transmises, même si la directive ne reprend pas l'exigence de « format structuré » contenue dans l'article 20 du R.G.P.D. (D). En revanche, ces régimes divergent quant aux destinataires des données (C), quant aux conséquences de l'exercice du droit et quant à la temporalité des demandes (E).

Au vu de ce qui précède, il apparaît clairement que le législateur européen a souhaité aligner au maximum les deux régimes, afin d'éviter des situations complexes de cumul de portabilités, qui auraient pu mener à des insécurités juridiques. Ce faisant, le législateur a néanmoins créé une possibilité de portabilité plus forte pour les données personnelles que pour les données non personnelles.

<sup>99</sup> Article 12.5 du R.G.P.D.

<sup>100</sup> Article 12.3 du R.G.P.D.

<sup>101</sup> *Ibidem*.

<sup>102</sup> Article 12.3 du R.G.P.D.

<sup>103</sup> Article 12.4 du R.G.P.D.

<sup>104</sup> Article 16.4 de la directive 2019/770.

<sup>105</sup> *Ibidem*.

<sup>106</sup> Articles 12.3 et 12.4 du R.G.P.D.

## V. PORTABILITÉ TRANSFRONTALIÈRE DES SERVICES DE CONTENU EN LIGNE : UN SECOND MOUVEMENT

27. Un autre texte européen récent consacre la notion de portabilité, mais cette fois par rapport aux contenus payants qui sont soit des services de media audiovisuels (c'est-à-dire des services de télévision ou des services audiovisuels à la demande de type Netflix), soit des services qui donnent accès à des œuvres ou objets protégés ou à des transmissions réalisées par des organismes de radiodiffusion (par exemple un abonnement à un service d'un opérateur câble). Ce texte est le règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur<sup>107</sup>, adopté en juin 2017 et qui est en vigueur depuis avril 2018.

### A. Objectif et champ d'application

28. Le règlement consacre l'obligation pour le fournisseur d'un service de contenu en ligne fourni contre rémunération, et qui est portable dans le pays de résidence de l'abonné, de permettre à celui-ci d'avoir accès à son service et de l'utiliser lorsqu'il est présent temporairement dans un autre État membre<sup>108</sup>. Le champ d'application de ce règlement est donc plutôt limité.

Notons que les fournisseurs de services de contenu en ligne fourni sans rémunération (tel que ceux d'un radiodiffuseur public) pourraient décider d'adhérer volontairement à ce mécanisme («opt-in») et ainsi permettre à leurs abonnés d'avoir accès au service de contenu en ligne et de l'utiliser à condition que ce four-

nisseur vérifie l'État membre de résidence de l'abonné conformément au règlement<sup>109</sup>.

Nous le voyons donc, à la différence du premier mouvement, l'objectif de ce second mouvement n'est pas de fournir aux consommateurs une forme de contrôle sur leurs données et une facilité de changement de fournisseur de service («*consumer empowerment*»), mais plutôt d'assurer aux consommateurs la jouissance, sur l'ensemble du territoire de l'Union, des contenus pour lesquels ils ont souscrit à un abonnement.

### B. Modalités pratiques

29. Le mécanisme central du règlement est contenu en son article 5. Il consacre l'obligation pour le fournisseur de vérifier que l'abonné réside dans l'État membre dans lequel il a pris son abonnement. Pour ce faire, il doit procéder à cette vérification à deux moments clés, à savoir lors de la conclusion initiale du contrat, et lors du renouvellement du contrat. Qui plus est, si le fournisseur a des doutes raisonnables quant à la résidence de l'abonné, il peut procéder à une nouvelle vérification.

Afin de guider le travail du fournisseur dans cette opération de vérification, le règlement fournit une liste exhaustive détaillée des moyens de vérification de l'État de résidence. Cependant, le fournisseur ne peut utiliser qu'au maximum deux des moyens de cette liste<sup>110</sup>.

*A contrario*, si l'État de résidence de l'abonné est certain, le fournisseur ne doit pas vérifier si l'abonné est présent ou abonné dans un autre État membre.

Concrètement, le règlement consacre, par le jeu d'une fiction juridique, le principe selon

<sup>107</sup> Règlement (UE) 2017/1128 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne dans le marché intérieur, *J.O.U.E.*, L 168/1, 30 juin 2017.

<sup>108</sup> Article 1<sup>er</sup> du règlement 2017/1128.

<sup>109</sup> Article 6 du règlement 2017/1128. La RTBF a ainsi décidé d'offrir ce service aux utilisateurs de la plateforme «Auvio».

<sup>110</sup> Article 5.1 du règlement 2017/1128.

lequel les actes de reproduction et de communication au public<sup>111</sup>, qui ont lieu lorsque le service est fourni aux abonnés présents temporairement dans un État membre autre que leur État membre de résidence, sont réputés avoir lieu dans l'État membre de résidence des abonnés<sup>112</sup>. Toute clause contractuelle contraire à ce principe de portabilité, tant dans les contrats entre fournisseurs et abonnés qu'entre fournisseurs et titulaires de droits, devrait donc être considérée comme étant inapplicable<sup>113</sup>.

Enfin, le texte mentionne une série d'autres modalités pratiques, parmi lesquelles l'interdiction pour le fournisseur d'imposer des charges supplémentaires à l'abonné pour bénéficier de la portabilité<sup>114</sup>; l'obligation de permettre à l'abonné d'avoir accès au service et de l'utiliser de la même manière que dans son État membre de résidence (même contenu, même nombre d'utilisateurs notamment), sauf pour les exigences de qualité applicables à la prestation du service dans le pays de résidence<sup>115</sup>; et l'interdiction pour le fournisseur de prendre des mesures destinées à réduire la qualité de la prestation du service de contenu en ligne lorsqu'il fournit le service de contenu dans un autre État membre<sup>116</sup>.

### C. Analyse

**30.** L'initiative ainsi mise en place par ce règlement est intéressante à plus d'un titre.

Tout d'abord, le choix de l'instrument, à savoir un règlement, mérite d'être souligné, car

celui-ci ne requière pas d'acte de transposition nationale, étant d'application directe.

Ensuite, bien que détaillé sur certains aspects tels que les moyens de vérification de l'État de résidence de l'abonné, on peut déjà pointer que ce règlement souffre de faiblesses sur certains points, et en particulier sur l'absence de dispositions relatives aux éventuels recours des abonnés contre leurs fournisseurs qui ne respecteraient pas le règlement.

De surcroît, le règlement est à mi-chemin entre un instrument relatif à la propriété intellectuelle et un instrument relatif à la protection des consommateurs. De fait, ce règlement instaure-t-il un nouveau droit pour les consommateurs? Cette question est évidemment centrale pour le propos de cet article. Le règlement ne répond pas à cette question, mais certains éléments tirés du texte semblent indiquer que ceci soit le cas, même si la question reste ouverte. L'élément le plus pertinent qui nous permet de déduire qu'il s'agit d'un instrument touchant à la protection du consommateur provient des définitions de l'article 2. En effet, l'abonné qui bénéficie de la portabilité est défini comme étant :

«Tout *consommateur* qui, en vertu d'un contrat relatif à la fourniture d'un service de contenu en ligne conclu avec un fournisseur, contre rémunération ou sans une telle rémunération, est autorisé à avoir accès audit service et à l'utiliser dans son État membre de résidence»<sup>117</sup> (nous soulignons).

Le consommateur est, quant à lui, défini de manière classique – à l'instar des définitions contenues dans les législations européennes de protection des consommateurs – comme étant :

«Toute personne physique qui, dans les contrats relevant du présent règlement, agit à des fins qui n'entrent pas dans le

<sup>111</sup> Ainsi que de mise à disposition d'œuvres et d'autres objets protégés pertinents, ainsi que les actes d'extraction ou de réutilisation effectués par rapport à des bases de données protégées par des droits *sui generis*.

<sup>112</sup> Article 4 du règlement 2017/1128.

<sup>113</sup> Article 7 du règlement 2017/1128.

<sup>114</sup> Article 3.2 du règlement 2017/1128.

<sup>115</sup> Articles 3.1 et 3.3, al. 1<sup>er</sup>, du règlement 2017/1128.

<sup>116</sup> Article 3.3, al. 2, du règlement 2017/1128.

<sup>117</sup> Article 2.1 du règlement 2017/1128.



cadre de l'activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale de cette personne»<sup>118</sup>.

Ces deux définitions méritent d'être soulignées, car elles sont la première occurrence d'une référence explicite au concept de « consommateur » dans un instrument communautaire relatif à la propriété intellectuelle.

Enfin, le troisième élément intéressant concerne l'absence de dispositions concernant les mesures, procédures et réparations pour assurer le respect du règlement. Ce point est abordé ci-dessous.

## VI. MISE EN APPLICATION

**31.** Il convient à présent de nous questionner quant à la manière dont les différentes occurrences du droit à la portabilité, analysées ci-dessus, seront mises en œuvre en pratique, au regard de la présence, ou de l'absence, de mécanismes destinés à favoriser le contrôle du respect de ces textes.

Pour ce qui est du texte communautaire le plus ancien (portabilité des numéros de téléphone), nous constatons qu'au niveau national, les abonnés bénéficient largement de la portabilité des numéros de téléphone grâce à l'intervention des autorités nationales de réglementation. Ceci permet également une grande visibilité des situations nationales, car ces autorités fournissent des informations précises sur les différentes situations nationales qui sont à leur tour publiées notamment par le BEREC<sup>119</sup>. Ainsi, comme souligné au point I de cette contribution, les États membres doivent

prévoir des sanctions en cas de non-respect des dispositions sur la portabilité des numéros de téléphone.

**32.** Parmi les textes adoptés plus récemment, le R.G.P.D. est sans doute le texte le plus porteur, car ce texte consacre expressément le droit pour les personnes concernées d'introduire un recours auprès de l'autorité de contrôle nationale ou auprès des juridictions nationales, afin de faire respecter leurs droits, et notamment le droit à la portabilité des données<sup>120</sup>. Par ailleurs, et c'est là l'une des forces du texte, le respect du R.G.P.D. peut être assuré par les autorités de contrôle nationales, par le biais d'un pouvoir de sanction leur permettant d'imposer des amendes administratives qui peuvent s'avérer colossales<sup>121</sup>. Ceci étant dit, cet effet dissuasif lié aux potentielles amendes sera fonction de la politique menée par l'autorité de chaque État membre, et des divergences, parfois importantes, pourraient apparaître sur le territoire de l'Union à cet égard.

**33.** Pour ce qui est des deux autres textes, la situation sera sans doute plus problématique pour les consommateurs. Ainsi, la directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques prévoit, à l'instar d'autres textes européens harmonisant le droit des consommateurs, que les États membres doivent veiller à ce qu'il existe des moyens « adéquats et efficaces » pour assurer le respect de la directive, par le biais notamment d'organismes publics, d'organisations de consommateurs et d'organisations professionnelles ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs<sup>122</sup>.

À la différence du Code des communications électroniques européen et du R.G.P.D., le texte

<sup>118</sup> Article 2.2 du règlement 2017/1128.

<sup>119</sup> Voy. consultation publique sur un projet de rapport du BEREC sur la résiliation des contrats et le changement d'opérateurs (6 décembre 2018) [https://berec.europa.eu/eng/news\\_consultations/ongoing\\_public\\_consultations/5280-public-consultation-on-draft-berec-report-on-termination-of-contracts-and-switching-the-providers](https://berec.europa.eu/eng/news_consultations/ongoing_public_consultations/5280-public-consultation-on-draft-berec-report-on-termination-of-contracts-and-switching-the-providers) (consulté le 1<sup>er</sup> janvier 2019).

<sup>120</sup> Articles 77 et 79 du R.G.P.D.

<sup>121</sup> Article 83 du R.G.P.D.

<sup>122</sup> Article 21 de la directive 2019/770.

de la directive ne prévoit pas, en son sein, une quelconque procédure de recours à destination du consommateur en cas de non-respect de son droit à la portabilité prévu à l'article 16. De fait, si le texte établit bien des procédures de recours en cas de défaut de fourniture ou de défaut de conformité du contenu ou du service numérique<sup>123</sup>, celui-ci est muet quant aux possibilités de recours en cas d'absence de « mise à disposition » des données non personnelles du consommateur à l'issue du contrat. Au contraire, le texte laisse le soin à chaque État membre de mettre en place un tel mécanisme. Ceci risque de mener à des situations nationales fort divergentes quant au contrôle de la mise en application concrète et du respect du texte.

**34.** Dans la même veine, l'absence de disposition sur la mise en œuvre du règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu est regrettable et posera sans doute de plus grands problèmes encore, car il n'est pas du tout certain que les voies de recours nationales spécifiquement envisagées afin de faciliter les recours des consommateurs soient d'application.

À cet égard, on peut souligner que la Commission européenne s'est déjà inquiétée du potentiel non-respect de ce règlement. Ainsi, cette dernière a envoyé, en date du 1<sup>er</sup> juin 2018, une lettre<sup>124</sup> à l'attention des « autorités compétentes pour l'application du règlement ». Dans ce document, la Commission européenne s'inquiétait en effet de certaines pratiques contraires au règlement qui pourraient être mises en place par certains fournisseurs de service. Étaient notamment relevées des

pratiques concernant des limites temporelles à la portabilité, des demandes d'information non conformes au règlement, des vérifications fréquentes d'adresses IP pour localiser la présence géographique des abonnés et des restrictions par rapport aux supports permettant la portabilité.

Il est intéressant de constater que la lettre a été envoyée aux autorités nationales désignées dans le règlement du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs<sup>125</sup>. Ce règlement instaure un mécanisme de coopération entre autorités pour assurer une réponse coordonnée en cas de non-respect des règles européennes ayant un aspect transfrontalier. Cependant, ce règlement n'oblige en rien les États membres à désigner des autorités compétentes et il se peut que des ministères fassent partie de la liste des autorités<sup>126</sup>.

Notons, par ailleurs, que la lettre indique également qu'à dater de janvier 2020, la coopération entre autorités nationales chargées de la protection des consommateurs couvrira également la portabilité des contenus audiovisuels et que dès lors, les États membres doivent communiquer à la Commission européenne l'autorité compétente dans ce domaine.

**35.** Compte tenu de ce qui précède, nous sommes assez dubitatifs quant au respect de la mise en application, en pratique, des droits à la portabilité découlant du règlement relatif à la portabilité transfrontière des services

<sup>123</sup> Articles 14 et 15 de la directive 2019/770.

<sup>124</sup> La lettre en anglais est disponible sur le site de la Commission européenne: <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/portability-regulation-letter-sent-competent-national-authorities> (consulté le 7 janvier 2019).

<sup>125</sup> Règlement (UE) 2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs et abrogeant le règlement (CE) n° 2006/2004, J.O.U.E., L 345/1, 27 décembre 2017.

<sup>126</sup> Voy. [https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0123\(03\)&from=EN](https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015XC0123(03)&from=EN).

de contenu en ligne et de la directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques.

## CONCLUSION

**36.** Dans cette contribution, nous avons étudié la notion de portabilité, telle qu'elle transparaît dans quatre matières distinctes du droit<sup>127</sup>. Ceci nous a permis de distinguer deux types de mouvements.

Un premier mouvement est celui initié par la portabilité des numéros, dans la lignée duquel s'inscrivent les régimes de portabilité de l'article 20 du R.G.P.D. et de la directive sur les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques. En effet, ces deux derniers instruments consacrent un mécanisme analogue, bien que non parfaitement identique. Ceux-ci s'inscrivent dans la même mouvance, dès lors que leurs objectifs sont semblables et que leurs champs d'application sont complémentaires. De même, ces régimes sont alignés sur la question du coût de la portabilité et du délai dans lequel il doit être donné suite aux demandes, ainsi que sur la question du format dans lequel les données doivent être transmises, même si la directive ne reprend pas l'exigence de «format structuré» contenue dans l'article 20 du R.G.P.D. En revanche, ces régimes divergent quant aux destinataires des données, quant aux conséquences de l'exercice du droit et quant à la temporalité des demandes. Ainsi, il apparaît clairement que le législateur européen a souhaité aligner au maximum les deux régimes, afin d'éviter des situations complexes de cumul de portabilités, qui auraient pu mener à des insécurités juridiques. Ce faisant, le législateur a néanmoins créé une possibilité de portabilité

plus forte pour les données personnelles que pour les données non personnelles.

Un second mouvement est celui de la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne. À la différence du premier mouvement, l'objectif de ce second mouvement n'est pas de fournir aux consommateurs une forme de contrôle sur leurs données et une facilité de changement de fournisseur de service, mais plutôt d'assurer aux consommateurs la jouissance, sur l'ensemble du territoire de l'Union, des contenus auxquels ils ont souscrits. Il s'agit donc clairement plutôt d'un mouvement de limitation des restrictions géographiques de «consommation» des contenus imposées au nom de la protection de la propriété intellectuelle, que d'un mécanisme visant à «donner du pouvoir»<sup>128</sup> aux consommateurs.

Au vu de ce qui précède, nous pouvons donc constater que les textes étudiés faisant référence à la notion de portabilité révèlent des différences significatives et que leur portée respective est distincte. De fait, s'il semble que les trois premiers instruments (portabilité des numéros, R.G.P.D. et directive sur la fourniture de contenus et de services numériques) consacrent un mécanisme juridique sous-jacent analogue, tel n'est pas le cas du quatrième instrument (portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne).

**37.** Enfin, nous avons souligné dans cette contribution que certains des textes étudiés témoignent d'une absence criante de dispositions concernant les mesures, procédures et réparations visant à assurer le respect des droits de portabilité qu'ils consacrent.

Au rang des bons élèves, nous avons rappelé que l'exercice du droit à la portabilité des numéros est modalisé par l'intervention des autorités de régulation nationales compétentes

<sup>127</sup> Communications électroniques, protection des données à caractère personnel, droit de la consommation et droit d'auteur.

<sup>128</sup> «Consumer empowerment».

**DOCTRINE**

dans le domaine des communications électroniques, et que le R.G.P.D. consacre expressément le droit pour les personnes concernées d'introduire un recours auprès de l'autorité de contrôle nationale ou auprès des juridictions nationales afin de faire respecter leurs droits. Par ailleurs, le respect de ce texte peut être assuré par les autorités de contrôle nationales, disposant d'un pouvoir de sanction leur permettant d'imposer des amendes administratives.

En revanche, ni la directive sur la fourniture de contenus et de services numériques, ni le

règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenu en ligne ne prévoient de mécanismes de recours en cas de refus de « portabilité ». Ceci risque de mener à des situations nationales fort divergentes, et l'effectivité des droits consacrés aux consommateurs dans ces deux derniers textes risque donc d'être entachée, à défaut d'intervention des organisations de protection et des autorités de protection des consommateurs.