

Éditorial

Par Marie-Laure DENIS

Conseiller d'État, présidente de la CNIL

L'économie mondiale a connu depuis trois décennies un bouleversement majeur de son organisation. Si les années 1980 ont vu les débuts d'une ouverture des marchés, ce sont deux événements majeurs du début des années 1990 qui ont radicalement modifié les pratiques économiques et industrielles, dans la foulée immédiate de la chute du monde soviétique.

D'une part, en 1993, sont actées la pérennisation de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) et la création, à partir de 1995, de l'Organisation mondiale du commerce, qui est chargée d'organiser un commerce international sans barrières majeures. Dans ce nouvel accord, la France s'est longuement battue (avec succès) pour préserver « l'exception culturelle et audiovisuelle ». Mais, concernant le numérique, le principe de la libre prestation de services informatiques entre membres de l'OMC s'impose.

D'autre part, la même année, le CERN (Centre européen pour la recherche nucléaire), qui accueille le chercheur britannique Tim Berners-Lee, inventeur du "World Wide Web", décide de verser le logiciel Web inventé par ce dernier dans le domaine public, permettant par cette décision une réutilisation libre de ses principales briques : adresses URL, protocole de transfert fondé sur les liens hypertextes (HTTP) et langage de mise en forme des contenus HTML.

La combinaison de ces deux initiatives, portées et soutenues activement tant par les États-Unis que par l'Union européenne, va permettre l'éclosion de nouveaux acteurs du numérique lors d'une première vague d'innovation à la fin des années 1990 (les "dotcoms"), suivie d'un reflux puis d'une dynamique constante à partir de la fin des années 2000. Cette période voit naître les entreprises qui aujourd'hui sont les plus capitalisées du monde : Amazon (fondée en 1994), Google (en 1998) et Facebook (en 2004), tandis que des entreprises de la première génération de l'informatique continuent de se développer (Apple et Microsoft, toutes deux créées en 1976). Au cours de la même période, certains acteurs historiques de l'informatique, comme IBM ou les opérateurs télécoms, voient leurs positions relatives diminuer dans le paysage de l'innovation technologique.

Plus récemment, cette vague d'innovation numérique touche l'ensemble des secteurs traditionnels en y imposant le modèle dit "winner takes all", permis à la fois par la technologie du Web (et, à partir de 2007, des applications mobiles) et par l'ouverture des marchés, notamment occidentaux. Dans le tourisme, l'industrie, la musique et même, *in fine*, dans l'audiovisuel pourtant protégé par des accords commerciaux, des acteurs globaux s'imposent *via* le numérique. Malgré la diversité des secteurs concernés, l'ingrédient commun de ces succès est souvent la force d'un modèle de services unique pour le monde entier, mais hautement personnalisé à l'échelle de chaque utilisateur.

En effet, alors que l'industrialisation des XIX^e et XX^e siècles conduisait à une uniformisation des produits, l'avènement du numérique résout en partie cet apparent paradoxe entre uniformité et personnalisation, grâce à l'exploitation des données générées par les utilisateurs eux-mêmes ; ces données offrant une information fine et automatique sur les goûts et les préférences de chacun. S'il est alors particulièrement aisé de personnaliser un service complètement dématérialisé, comme le sont un réseau social ou un service de *streaming* de musique, ce phénomène touche aussi largement d'autres secteurs d'activité comme l'automobile, la santé et même l'aéronautique ou la chimie.

Dans ce contexte foisonnant, il est probable que la décennie 2020 soit marquée par le retour de la régulation concernant le numérique, comme le montrent en Europe (mais aussi des initiatives équivalentes aux États-Unis) les législations DSA (Digital Services Act), DMA (Digital Markets Act), "Data Act", "Data Governance Act" et, bien évidemment, la première d'entre elles, le RGPD (Règlement général sur la protection des données).

En effet, que représente la protection des données dans l'ensemble de la dynamique d'innovation numérique des dernières décennies ?

Les fondements de la protection des données personnelles datent de la première vague de développement de l'informatique, dans les années 1970. À la suite d'un intense débat public dans la plupart des pays occidentaux, la France, comme ses homologues européens, se dote en 1978 d'un cadre de protection des données personnelles tiré du droit à la protection de la vie privée, droit fondamental réaffirmé dans la Convention européenne des droits de l'homme de 1950. Ce cadre repose sur des principes simples, qui se sont révélés particulièrement robustes par rapport aux évolutions de la technologie, comme l'a souligné le Conseil d'État dans son étude annuelle sur le numérique et les droits fondamentaux en 2015 : la finalité du traitement des données, sa proportionnalité, sa sécurité et l'existence de droits directs pour les personnes concernées, notamment le droit d'accès et le droit de suppression.

Ce cadre a toutefois d'abord été pensé en référence à des systèmes informatiques bien identifiés, situés dans des centres de données fixes et créés spécifiquement pour la mise en place du traitement de données projeté. La CNIL, dans sa mission originelle et toujours intense de contrôle des traitements de données personnelles mis en place par l'État, continue d'ailleurs d'appliquer cette grille de lecture à de nombreux systèmes qui lui sont soumis pour avis.

Néanmoins, il est clair que le développement de l'informatique distribuée, notamment *via* l'informatique en nuage, le recours à des services en ligne plutôt qu'à des serveurs physiques ou encore les usages massifs en mobilité, représente des défis majeurs en matière de déclinaison des principes de la protection des données au niveau de l'informatique moderne.

Parmi ces défis, trois dimensions illustrent particulièrement la tension entre les impératifs de protection des données et le fonctionnement de l'économie globalisée, dans laquelle nos sociétés évoluent.

Premièrement, il est très difficile de prendre la pleine mesure de l'état des technologies et de leur évolution. Ce problème concerne tout à la fois les pouvoirs publics, les régulateurs et la société civile dans son rôle de veille : l'effort annuel de R&D des GAFAM représente 117 milliards de dollars d'investissement⁽¹⁾ répartis sur des dizaines de lignes technologiques différentes, quand le budget annuel de l'Inria, le principal centre de recherche français sur le numérique, représente environ 250 millions d'euros. Cette asymétrie de moyens, qui n'est pas propre au numérique, rend toutefois difficile le dialogue technico-juridique avec les acteurs principaux du numérique : les produits et les services sont souvent conçus dans des services d'ingénierie eux-mêmes mondialisés, dont les principaux centres de conception sont situés hors d'Europe et sont dirigés par des personnes qui ne sont généralement pas familières des exigences juridiques européennes. Le RGPD a introduit le principe du "privacy by design" pour favoriser la prise en compte de la protection des données dès la conception des produits ou des services. Mais l'application de ce texte reste lié à la mise sur le marché européen du produit ou du service visé et s'applique donc imparfaitement à des travaux situés très en amont de cette mise sur le marché et le plus souvent réalisés hors d'Europe.

Deuxièmement, l'informatique évolue de plus en plus vers un modèle de fourniture de services à distance dans lequel les serveurs sont partagés, virtualisés et répartis dans plusieurs centres de données. Ce modèle est à la fois plus simple à opérer pour les clients comme pour les fournisseurs et plus efficace en termes de coût, mais il engendre d'importants flux de données entre les utilisateurs et les serveurs du fournisseur et de ses sous-traitants. Or, le RGPD, comme la Directive qui l'a précédé, fixe le principe d'une protection des données personnelles, y compris en cas de transfert des données hors de l'Union européenne. En l'absence de législation comparable dans de nombreux pays, notamment les États-Unis d'Amérique, la question des transferts vers ces pays s'est posée dès la fin des années 1990 : en la matière, l'adoption d'un premier cadre de transfert, le "Safe Harbor", a été finalement annulée par la Cour de justice de l'Union européenne, comme l'a été son successeur, le "Privacy Shield" (arrêts Schrems et Schrems 2). Si l'Europe a toujours été très favorable à l'ouverture des marchés et au développement du commerce international, il est important de relever qu'elle a également toujours revendiqué une prééminence de la protection des libertés fondamentales (dont la protection des données personnelles) sur les objectifs commerciaux ; une prééminence par ailleurs prévue par les accords de l'OMC.

Enfin, la troisième tension majeure, liée à la précédente, réside dans les conflits de législations applicables aux services numériques : dans un monde où tout service est conçu de manière uniforme pour toute la planète, il est particulièrement difficile pour les entreprises qui les opèrent de se conformer à de multiples législations, parfois contradictoires. Cette difficulté, au cœur de l'arrêt Schrems 2, s'exprime au sein de l'Union européenne au travers d'interprétations parfois divergentes entre les autorités nationales. Le RGPD a visé à harmoniser les pratiques, mais le « mécanisme de cohérence » instauré par ce texte pour faciliter le dialogue entre les autorités, connaît une mise en œuvre progressive et soulève encore des questions. En particulier, il reste difficile pour des autorités nationales d'accéder en pratique à des infrastructures de traitement de données qui ne sont pas situées sur leur territoire.

Les nouveaux textes législatifs de la Commission européenne (DSA, DMA, DGA, "Data Act", "AI Act") poursuivent également l'objectif de consolider un cadre réglementaire harmonisé en Europe et d'en faire un standard de niveau mondial à l'instar du RGPD. Mais les impacts sur les acteurs européens et non européens restent à déterminer.

En conclusion, les trois tensions développées ci-dessus pour le cas de la protection des données personnelles et observées depuis quelques dizaines d'années illustrent également les difficultés qui pourront se poser pour la protection des données à d'autres titres, comme le secret industriel ou le droit d'auteur (droit *sui generis*), même si, à ce niveau, d'autres problématiques entrent en jeu comme la capacité des acteurs industriels à mettre en commun certaines données dans un environnement de confiance. Pour autant, les décisions récentes de la CJUE comme les projets législatifs de la Commission européenne ouvrent la voie à une application stricte et directe des législations européennes à tous les services opérant sur le marché continental, ce qui implique des évolutions des pratiques des acteurs globalisés pour mieux prendre en compte les spécificités du cadre juridique européen.

⁽¹⁾ https://en.wikipedia.org/wiki/List_of_companies_by_research_and_development_spending