
Travail de fin d'études: "La monétisation des données à caractère personnel, entre réalité économique et législation actuelle"

Auteur : Winand, Geneviève

Promoteur(s) : Vanbrabant, Bernard

Faculté : Faculté de Droit, de Science Politique et de Criminologie

Diplôme : Master en droit, à finalité spécialisée en gestion

Année académique : 2019-2020

URI/URL : <http://hdl.handle.net/2268.2/10012>

Avertissement à l'attention des usagers :

Tous les documents placés en accès ouvert sur le site le site MatheO sont protégés par le droit d'auteur. Conformément aux principes énoncés par la "Budapest Open Access Initiative"(BOAI, 2002), l'utilisateur du site peut lire, télécharger, copier, transmettre, imprimer, chercher ou faire un lien vers le texte intégral de ces documents, les disséquer pour les indexer, s'en servir de données pour un logiciel, ou s'en servir à toute autre fin légale (ou prévue par la réglementation relative au droit d'auteur). Toute utilisation du document à des fins commerciales est strictement interdite.

Par ailleurs, l'utilisateur s'engage à respecter les droits moraux de l'auteur, principalement le droit à l'intégrité de l'oeuvre et le droit de paternité et ce dans toute utilisation que l'utilisateur entreprend. Ainsi, à titre d'exemple, lorsqu'il reproduira un document par extrait ou dans son intégralité, l'utilisateur citera de manière complète les sources telles que mentionnées ci-dessus. Toute utilisation non explicitement autorisée ci-avant (telle que par exemple, la modification du document ou son résumé) nécessite l'autorisation préalable et expresse des auteurs ou de leurs ayants droit.

La monétisation des données à caractère personnel, entre réalité économique et législation actuelle

Geneviève WINAND

Jury

Promoteur :

Bernard VANBRABANT, chargé de cours

Année académique 2019-2020

Lecteurs :

Michel HERMANS, chargé de cours

Fanny COTON, partenaire chez Lexing

Mémoire présenté en vue de l'obtention du
diplôme de Master en droit, à finalité
spécialisée en gestion

Note de synthèse

Les données à caractère personnel représentent le nouvel or noir du XXI^e siècle. Nombreuses sont les entreprises qui luttent pour en collecter en abondance à l'aide de diverses méthodes – carte de fidélité, formulaire, profil de réseau social, etc. Ces informations leur sont très utiles puisqu'elles servent principalement à réaliser de la publicité ciblée, c'est-à-dire du marketing visant les personnes qui ont déjà un intérêt pour le produit. Nous ne cherchons pas à nier cette réalité économique mais plutôt à l'appréhender. L'exploitation des données à caractère personnel est-elle légale ? Afin de répondre à cette question, nous analyserons ces données sous le prisme du droit des biens. En effet, pour pouvoir être l'objet d'un commerce, une donnée doit être juridiquement considérée comme un « bien ». Ensuite, nous détaillerons les différentes possibilités d'exploitation des données personnelles et plus particulièrement la méthode utilisée par Facebook. Dans un troisième temps, nous exposerons le récent cadre juridique imposé dans l'Union européenne. En effet, le législateur européen a tenu à réglementer cette nouvelle activité sans toutefois l'interdire. Enfin, nous observerons l'impact concret de ces différentes règles dans la réalité par l'analyse des conditions générales d'utilisation de Facebook.

Abstract

Personal data are the new black gold of the 21st century. Many companies are struggling to collect quantities of personal data through a variety of methods - loyalty cards, forms, social network profiles, etc. This information is very useful to them since it is mainly used for targeted advertising, i.e. marketing to people who already have an interest in the product. We are not seeking to deny this economic reality but rather understand it. Is the use of personal data legal? In order to answer this question, we will analyse these data through the prism of property law. Indeed, in order to be the object of trade, a data must be legally considered as a "good". Next, we will detail the various possibilities which are available to exploit personal data and more specifically the method used by Facebook. Thirdly, we will outline the recent legal framework imposed in the European Union. Indeed, the European legislator has insisted on regulating this new activity, without however prohibiting it. Finally, we will observe the concrete impact of these different rules in practice, through an analysis of Facebook's general terms and conditions of use.

Mes remerciements s'adressent en premier lieu aux membres du jury, à Monsieur Vanbrabant, promoteur de ce travail de fin d'études pour ses conseils avisés, à Monsieur Hermans, pour ses idées liées à l'aspect gestion de ce travail, ainsi qu'à Madame Coton qui a aimablement accepté son rôle de lectrice.

Je tiens également à remercier chaleureusement ma maman et mon beau-père pour leur soutien tout au long de mon parcours académique, mes petits frères, Christophe et Frédéric, ainsi que mes grands-parents pour leurs relectures minutieuses de ce travail.

Qu'il me soit enfin permis de remercier Odile, Louise, Yannick et tous mes amis sans qui ces cinq dernières années n'auraient pas été aussi riches, ainsi que mon compagnon, Alexandre.

Table des matières

| | |
|--|------------|
| Note de synthèse | i |
| Abstract | iii |
| Table des matières | vii |
| Abréviations et acronymes | xi |
| Introduction | 1 |
| Chapitre 1.- Positionnement de la question de recherche | 3 |
| Section 1.- Définition des données à caractère personnel et de leur caractère évolutif | 3 |
| Section 2.- Règles locales pour plusieurs types spécifiques de données | 5 |
| Section 3.- Protection des données personnelles aux Etats-Unis | 6 |
| Section 4.- Données personnelles et la notion de bien | 7 |
| Chapitre 2.- La réalité économique | 13 |
| Section 1.- Exploitation des données à caractère personnel | 13 |
| I.- Exploitation par les individus | 13 |
| II.- Exploitation par les entreprises | 15 |
| A.- Les collecteurs | 15 |
| B.- Les courtiers en données | 19 |
| C.- Les entreprises utilisant les données pour améliorer leur activité | 20 |
| Section 2.- L'exploitation des données en pratique : le cas Facebook | 22 |
| I.- Contexte | 23 |
| II.- Définition d'un modèle économique | 23 |
| III.- Economie de plateforme | 25 |

| | |
|--|-------------|
| IV.- Le modèle d'entreprise de Facebook ----- | 27 - |
| Section 3.- Conclusion ----- | 34 - |
| Chapitre 3.- Le cadre juridique----- | 37 - |
| Section 1.- Les limites juridiques à l'exploitation des données à caractère personnel - | 37 - |
| I.- Un droit fondamental ----- | 38 - |
| II.- Perspective historique : la première directive ----- | 39 - |
| III.- Le règlement général sur la protection des données à caractère personnel ----- | 41 - |
| A.- Esprit du texte----- | 41 - |
| B.- Les prérogatives de la personne physique et plus spécifiquement, le droit à la portabilité des données ----- | 41 - |
| C.- Des contrats sur les données ? ----- | 43 - |
| IV.- Conclusion ----- | 46 - |
| Section 2.- Le nouveau modèle d'entreprises validé par l'Union européenne : « données contre services »----- | 47 - |
| I.- La directive 2019/770/UE sur les contrats de fournitures de contenus numériques - | 48 - |
| A.- Ratio legis ----- | 48 - |
| B.- Champ d'application ----- | 49 - |
| C.- Définitions ----- | 49 - |
| II.- Corrélation entre la directive contenu numérique et le RGPD ----- | 51 - |
| III.- Identification du fondement qui rend l'exploitation des données à caractère personnel licite ----- | 52 - |
| A.- La nécessité au contrat ----- | 52 - |
| B.- La balance des intérêts ----- | 52 - |
| C.- Le consentement ----- | 54 - |
| IV.- Transposition de la directive ----- | 55 - |

| | |
|--|-------------|
| Section 3.- Conclusion----- | 55 - |
| Chapitre 4.- L'impact du cadre juridique sur Facebook----- | 59 - |
| Section 1.- Application du RGPD à Facebook ----- | 59 - |
| I.- Le champ d'application matériel----- | 59 - |
| II.- Le champ d'application personnel ----- | 60 - |
| III.- Le champ d'application territorial ----- | 61 - |
| IV.- Conclusion ----- | 62 - |
| Section 1.- Facebook respecte-t-il le RGPD ?----- | 63 - |
| Conclusion ----- | 67 - |
| Bibliographie ----- | 1 |
| Doctrine ----- | 1 |
| I.- Monographie----- | 1 |
| II.- Chapitres d'ouvrages ----- | 2 |
| III.- Articles de revue ----- | 3 |
| IV.- Notes d'arrêt ----- | 4 |
| V.- Articles de colloque et rapports ----- | 5 |
| VI.- Communications, rapports, avis et recommandations européens ----- | 5 |
| VII.- Thèses ----- | 6 |
| VIII.- Pages Internet ----- | 6 |
| Législation ----- | 8 |
| I.- Règlements internationaux ----- | 8 |
| II.- Règlements européennes ----- | 8 |
| III.- Règlements belges ----- | 8 |
| Jurisprudence ----- | 8 |
| I.- Jurisprudence européenne----- | 8 |
| II.- Jurisprudence belge ----- | 9 |

| | |
|---|----------|
| III.- Jurisprudence française ----- | 9 |
| Annexes ----- | I |
| Annexe I. Extraits de l'étude intitulée « Digital 2020 Global Overview Report » réalisée par <i>We are social et Hootsuite</i> ----- | I |
| Annexe II. Exposition « I agree » de l'artiste Dima YAROVINSKY ----- | IV |
| Annexe III. Evolution des utilisateurs actifs mensuels de 2010 à aujourd'hui ----- | V |
| Annexe IV. Evolution du chiffre d'affaire de Facebook de 2010 à aujourd'hui----- | VI |
| Annexe V. Extrait des comptes consolidés de Facebook ----- | VII |
| Annexe VI. Extraits de l'étude intitulée « Digital 2020 Global Overview Report » réalisée par <i>We are social et Hootsuite</i> ----- | VIII |

Abréviations et acronymes

| | |
|----------|--|
| J.O.C.E. | Journal officiel de la Communauté européenne |
| J.O.U.E. | Journal officiel de l'Union européenne |
| RABG | Rechtspraak Antwerpen Brussel Gent |
| RDT civ. | Revue trimestrielle de droit civil |
| R.D.T.I. | Revue du droit des technologies de l'information |
| RGPD | Règlement général sur la protection des données |

Introduction

Selon l'étude réalisée chaque année par la société *We are social* en collaboration avec la plateforme *Hootsuite*, 49% de la population mondiale est un utilisateur actif des réseaux sociaux. Cependant, cette moyenne est largement biaisée par le continent africain où seulement 34% des habitants sont considérés comme des internautes alors qu'en Europe de l'Ouest, 92% de la population est reliée à Internet. Dans notre pays, deux personnes sur trois sont actives sur les réseaux sociaux, parmi lesquels Facebook est, toujours selon l'enquête, le plus populaire¹. Ces chiffres montrent l'importance, voire le besoin de ces plateformes dans nos vies. Cette nécessité a été mise en évidence lors des mesures de confinement auxquelles nous avons été confrontés à l'occasion de la crise sanitaire liée au Covid-19.

Sur ces réseaux, nous partageons toutes et tous des informations relatives à notre vie privée. Rien que pour s'inscrire, il nous est demandé d'indiquer notre nom, prénom, âge ainsi que de télécharger une photo. Mais les données que nous révélons ne se limitent pas au profil d'utilisateur. Chaque partage de publication, mention « j'aime », commentaire ou même message privé constituent des informations quant à nos préférences et nos styles de vie. Ces renseignements sont précieux pour de nombreuses sociétés dont le marketing repose sur la publicité ciblée. Malheureusement, ces données sont également utilisées afin, entre autres, de manipuler les foules. Selon Christopher Wylie, ancien employé de Cambridge Analytica et lanceur d'alerte, « Sans Cambridge Analytica, le Brexit n'aurait pas eu lieu »². Grâce aux bases de données de cette société, les électeurs indécis ont pu être ciblés et leurs réseaux sociaux noyés de fausses informations et de mini-spots qui ont influencé leur opinion politique³.

¹ *We are social* et *Hootsuite*, « Digital 2020 Global Overview Report », disponible sur www.wearesocial.com, janvier 2020 – Voy. Annexe I.

² C. LAMFALUSSY, « "Sans Cambridge Analytica, le Brexit n'aurait pas eu lieu" : comment les réseaux sociaux influencent les comportements », disponible sur www.lalibre.be, 01 février 2020.

³ Nous renvoyons à notre analyse plus approfondie de ce scandale au chapitre 1, section 1, II.-, C.

Il ne faut pas insister plus longtemps pour comprendre l'importance des données à caractère personnel dans l'économie du numérique, autrement appelée la troisième révolution industrielle. C'est pourquoi elles constituent l'objet central de notre travail de fin d'étude.

Tout d'abord, le (Chapitre 1) positionnera la question de recherche qui est de savoir si les données à caractère personnel peuvent, ou non, être caractérisées comme un bien selon la typologie du droit des biens. Nous y fixerons le cadre d'analyse de notre travail et y définirons les concepts nécessaires à sa compréhension.

Le (Chapitre 2) abordera la réalité économique en matière de monétisation des données à caractère personnel. La (Section 1) examinera de façon théorique les différentes exploitations réalisées par les individus eux-mêmes et par les entreprises. La (Section 2) se concentrera sur l'exploitation, en pratique, des données personnelles en analysant le modèle économique de Facebook.

Ensuite le (Chapitre 3) délimitera en droit positif le cadre juridique en matière de protection des données à caractère personnel. L'étude sera concentrée sur le règlement général sur la protection des données⁴ (ci-après : « RGPD ») – (Section 1). La dernière directive en matière de contenu numérique⁵ sera également examinée puisqu'elle apporte énormément dans le domaine de la monétisation des données à caractère personnel en reconnaissant le modèle « données contre service », archétype très présent dans l'économie numérique – (Section 2).

Dans le (Chapitre 4), nous observerons l'impact réel du cadre juridique en pratique en répondant à la question de savoir si Facebook s'acquitte de ses obligations légales.

Enfin, nous conclurons en répondant à la question juridique de recherche. Les données à caractère personnel sont-elles des biens et pourquoi ? De la sorte, peuvent-elles faire l'objet de commerce ?

⁴ 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, *J.O.U.E.*, L 119, 4 mai 2016, p. 1 (ci-après : RGPD).

⁵ Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019 (ci-après : directive contenu numérique).

Chapitre 1.- Positionnement de la question de recherche

Section 1.- Définition des données à caractère personnel et de leur caractère évolutif

Dans l'Union européenne, le RGPD définit les données à caractère personnel en son article 4 comme étant « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable ». Il précise juste après qu' « une personne physique identifiable est une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »⁶.

De cette définition, nous pouvons en retenir deux composants clés⁷. D'une part, le règlement ne protège que les données à caractère personnel des personnes physiques. Parmi les différents motifs de cette législation, le considérant 27 précise que la protection ne concerne pas les données des personnes décédées. D'autre part, un lien entre la personne concernée et le renseignement est nécessaire pour qu'il obtienne l'attribut de « personnel ». Cependant, ce lien peut être minime. Comme le fait remarquer Karen Rosier, « le RGPD opère une modification par rapport à la directive 95/46/CE⁸ en intégrant l'idée qu'il n'est pas nécessaire qu'on puisse connaître l'identité de la personne pour qu'il soit question de donnée à caractère personnel : peut suffire la circonstance que cette personne est 'individualisée' »⁹. En effet, il est possible de distinguer une personne parmi une masse sans pour autant connaître son identité au sens strict. Le recours au cookie, fichier texte stocké sur le disque dur de l'internaute par le site Web qu'il consulte, permet de collecter les informations renseignées par l'utilisateur afin d'afficher,

⁶ Article 4, *Ibid.*

⁷ K. ROSIER, « La notion de "donnée à caractère personnel" a-t-elle encore un sens dans la protection des données de communications électroniques ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 699 à 714.

⁸ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L281, 23 novembre 1995, abrogée par le RGPD (ci-après : la directive 95/46/CE).

⁹ K. ROSIER, « La notion de "donnée à caractère personnel" a-t-elle encore un sens dans la protection des données de communications électroniques ? », *op. cit.*, p. 704.

par la suite, de la publicité ciblée. Prenons un exemple : vous planifiez un voyage en Afrique et visitez de nombreux sites Internet concernant des safaris. Vous serez surpris de découvrir, quelques semaines plus tard, à droite de votre écran, une publicité pour un safari en Afrique alors que vous lisez un article en ligne sur l'actualité belge ! Cela n'est évidemment pas une coïncidence mais la reconnaissance, par un cookie, de votre précédente activité. Ainsi, cette technologie aide à l'individualisation de la personne concernée¹⁰. D'ailleurs, le groupe 29, prédécesseur du Comité européen de la protection des données personnelles, avait qualifié le cookie de donnée personnelle dans un avis de 2008¹¹. Auparavant, il avait également précisé que l'adresse IP est une donnée au sens de la précédente directive 95/46/CE puisqu'elle permet l'identification de l'utilisateur d'Internet¹². Le législateur européen a été encore plus loin avec le RGPD en protégeant, notamment, les données issues de la géolocalisation.

Il est également important de noter le caractère évolutif de la nature personnelle ou non d'une donnée. Grâce au développement des technologies, le croisement des différentes bases de données est relativement simple. Ainsi, une donnée qui dans une base α n'est pas à caractère personnel puisqu'elle n'identifie aucun individu, peut, après le croisement avec d'autres données – personnelles ou non – permettre de réidentifier la personne concernée¹³. D'ailleurs, le considérant 26 du RGPD revient sur cette possibilité de requalification de donnée pseudonymisée en donnée à caractère personnel par le recours, entre autres, à la technique du *big data*. Elle désigne « la pratique qui consiste à combiner d'énormes volumes d'informations provenant de différentes sources et à les analyser en utilisant des algorithmes plus complexes pour mieux étayer les décisions. Les données massives dépendent non seulement de la capacité accrue de la technologie à supporter la collecte et le stockage de grandes quantités de données, mais également de sa capacité à analyser, comprendre et exploiter pleinement la valeur de ces données (en particulier, grâce à des applications d'analyse) »¹⁴. Au final, seule une donnée anonymisée *ab initio* ne rentre pas dans le champ d'acceptation des données personnelles¹⁵.

¹⁰ *Ibid.*, p. 704.

¹¹ Groupe de travail « Article 29 », sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche, avis 1/2008, WP 148, 4 avril 2008, p. 9.

¹² Groupe de travail « Article 29 » sur le concept de données à caractère personnel », avis 4/2007, WP 136, 20 juin 2007, p. 18.

¹³ M. KNOCKAERT et T. TOMBAL, « Quels droits sur les données ? », in *Actualités en droit du numérique*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2019, pp. 53 à 96, spéc. n°7.

¹⁴ CEPD, avis 7/2015, 19 novembre 2015.

¹⁵ A. ANCIAUX, J. FARCHY et C. MÉADEL, « L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable », *Revue d'économie industrielle*, décembre 2017, n° 2, p. 9 à 41.

Les données personnelles peuvent être classifiées en trois catégories : les données soumises, observées et inférées¹⁶. Les premières sont directement fournies par l'utilisateur lors, par exemple, de l'inscription sur un site de rencontre. Les secondes résultent de l'enregistrement des actions de l'individu par l'intermédiaire, entre autres, de cookies. Les dernières sont créées par le biais de traitements en recoupant les données avec des informations provenant de l'entreprise – responsable du traitement – d'autres utilisateurs ou encore des données de l'administration publique.

Section 2.- Règles locales pour plusieurs types spécifiques de données

Bien que le règlement s'applique de façon homogène dans l'ensemble du territoire de l'Union européenne, les Etats membres sont autorisés à prendre des mesures spécifiques lorsque cela est explicitement autorisé, notamment en ce qui concerne « le traitement de données à caractère personnel nécessaire au respect d'une obligation légale, à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement »¹⁷. Notons à ce sujet que le traitement de données à caractère personnel nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public, comme notamment la lutte contre la propagation du coronavirus, ne peut être fondée que sur un texte de loi. Or, ainsi que le fait brillamment remarquer le professeur Thirion, lorsque le gouvernement a ordonné la collecte des coordonnées des clients de l'Horeca en juillet 2020, cela a été fait par le biais d'un arrêté ministériel. Cette obligation est donc illégale car contraire au RGPD¹⁸.

Le législateur européen laisse également une marge de manœuvre aux Etats membres pour la détermination de règles relatives à certaines catégories de données à caractère personnel qualifiées de données sensibles. L'article 9, premier paragraphe, énumère ces données particulières. Parmi celles-ci, nous retrouvons les informations sur l'origine ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses, ou encore les données concernant la santé ou la vie sexuelle. Le quatrième paragraphe précise que « les Etats membres peuvent maintenir ou

¹⁶ FORUM ÉCONOMIQUE MONDIAL, EN COLLABORATION AVEC BAIN & COMPANY, *Personal Data : The Emergence of a New Asset Class*, Suisse, 2011, p. 7.

¹⁷ Voir le considérant 10 du RGPD.

¹⁸ N. THIRION, « Lutte contre le coronavirus : 'Notre Etat de droit brûle et nous regardons ailleurs' », disponible sur www.lalibre.be, 27 juillet 2020.

introduire des conditions supplémentaires, y compris des limitations, en ce qui concerne le traitement des données génétiques, des données biométriques ou des données concernant la santé »¹⁹. Le législateur belge a saisi cette opportunité par la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel²⁰.

Vu la particularité de la législation relative aux données sensibles ou aux données détenues par les autorités publiques, nous n'allons pas les étudier dans le cadre de ce travail de fin d'étude.

Section 3.- Protection des données personnelles aux Etats-Unis

En ce qui concerne les mesures prises de l'autre côté de l'océan Atlantique, la *Federal Trade Commission* se charge de fournir des réglementations mais elles sont uniquement sectorielles²¹. La protection des données des utilisateurs américains repose sur le concept d'autorégulation des marchés. Les internautes sont supposés lire les politiques de confidentialité afin de donner un consentement en toute autonomie²². Mais en réalité, ces documents sont bien trop longs et trop compliqués pour une personne lambda²³. Cette réalité a été extrêmement bien illustrée par un étudiant en art, Dima Yarovinsky²⁴, lors de son projet intitulé « *I agree* ». Il a imprimé les conditions d'utilisation des plateformes comme Google, Facebook, Instagram et autres sur des feuilles A4, taille 12. Il explique qu'en moyenne, une personne est capable de lire 200 mots par minute. Puisque les conditions d'utilisation comptent en moyenne 11.972 mots, il faudrait une heure pour lire l'entièreté.

¹⁹ Article 9 du RGPD.

²⁰ Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018 (ci-après : loi du 30 juillet 2018).

²¹ G. CECERE et M. MANANT, « Vie privée, valeur des données personnelles et régulation », *Enjeux numériques*, juin 2018, vol. 2, p. 14 à 19.

²² *Ibid.*

²³ A.M. McDONALD et L.F. CRANOR, « The cost of reading privacy policies », *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, vol. 4, n° 3, p. 540 à 565.

²⁴ D. Yarivinsky, « artist visualizes the lengthy terms of services of large corporations like facebook and Instagram », disponible sur www.designboom.com, 07 mai 2018 – Voy. le projet à l'Annexe II.

Malgré les nombreuses études qui prouvent ces défaillances de marché, le législateur américain reste sur sa position afin de stimuler la « concurrence sur la vie privée »²⁵. Aucune législation américaine n'atteint le degré de protection offert par le RGPD²⁶.

Dans le cadre de ce travail de fin d'étude, nous allons nous limiter à l'étude de la législation européenne.

Section 4.- Données personnelles et la notion de bien

Les données à caractère personnel sont considérées comme le nouvel or noir du XXI^e siècle. Elles font l'objet d'un commerce permanent dans l'économie du numérique. Du géant Facebook à la petite PME liégeoise, énormément d'entreprises feraient faillite si l'échange de données personnelles devenait prohibé. D'ailleurs, un des deux objectifs du règlement général sur la protection des données est la libre circulation de celles-ci. Le législateur européen a pris conscience de leur importance et de la nécessité d'un cadre assurant une sécurité juridique pour les firmes et un sentiment de confiance pour les internautes²⁷. Ce n'est qu'avec des contours clairs et précis que l'économie numérique européenne pourra se développer, se renforcer et avoir une position forte sur le marché mondial.

Il ne fait aucun doute que le législateur n'a jamais voulu interdire l'exploitation et la circulation des données. Dans l'exposé des motifs, le législateur déclare d'ailleurs « pour que le marché intérieur fonctionne correctement, il est nécessaire que la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'Union ne soit *ni limitée ni interdite pour des motifs liés à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel* »²⁸. Cette interdiction a été indiquée en toute lettre en l'article 3 de la loi du 30 juillet 2018.

²⁵ G. CECERE et M. MANANT, « Vie privée, valeur des données personnelles et régulation », *op. cit.*

²⁶ A. ANCIAUX, J. FARCHY et C. MÉADEL, « L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable », *Revue d'économie industrielle*, décembre 2017, n° 2, pp. 9 à 41, spéc. p. 18.

²⁷ Voir le considérant 7 du RGPD.

²⁸ Considérant 13 du RGPD, nous soulignons.

D'ailleurs, comme nous le verrons au chapitre trois, le législateur a été encore plus loin en reconnaissant le modèle économique « prestation contre données » dans sa nouvelle directive de mai 2019²⁹. Il est toutefois bien précisé que les données ne peuvent être considérées comme des marchandises³⁰.

Se pose alors la question suivante : est-ce qu'une donnée peut être considérée comme un bien ?

Dans un premier temps, qu'inclut la notion de bien ? Les spécialistes ne s'accordent pas sur une définition de ce dernier. Le professeur Vanbrabant en relève quatre conceptions doctrinales dans son ouvrage consacré à la propriété intellectuelle³¹.

La première conception est celle du Code civil de Napoléon³². Les biens peuvent être « des choses corporelles ou des droits »³³. Selon feu René Bützler, avocat à la Cour de cassation « un bien est chaque chose qui existe dans la nature, à l'exception de l'Homme, et tout droit qui peut être approprié »³⁴. Dans la même philosophie, feu le professeur Hansenne défend qu'un bien est « une valeur économique, donc patrimoniale »³⁵. Il dénombre deux sortes de valeurs économiques. Premièrement, les choses, c'est-à-dire « les valeurs matérielles, qui tombent sous le sens »³⁶ et secondement, les droits.

Cette définition du bien est-elle applicable aux données personnelles ? Il semble tout d'abord admis qu'un nom, une publication sur Instagram ou encore un changement de situation amoureuse sur Facebook ne constituent pas des choses tangibles. En effet, est corporel une chose qui est susceptible de tomber sous nos sens³⁷ : le toucher, l'odorat, la vue, l'ouïe et le goût. Ensuite, les droits à caractère patrimonial sont subdivisés en trois catégories : les droits réels, les droits personnels et les droits intellectuels³⁸. Le droit réel le plus fréquent est le droit

²⁹ Directive contenu numérique.

³⁰ Voir le considérant 24 de la directive contenu numérique.

³¹ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, Collection Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2016.

³² C'est-à-dire avant la grande réforme instaurant un livre 3 « les biens » dans le Code civil – en vigueur au 1^{er} septembre 2021.

³³ *Ibid.*, p. 424.

³⁴ Traduction libre de R. BÜTZLER et N. HEIJERICK, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2^e éd. Bruxelles, die Keure, 1990, p. 84.

³⁵ J. HANSENNE, *Les biens*, Collection scientifique de la faculté de droit de l'Université de Liège, 1996, p. 11.

³⁶ *Ibid.*

³⁷ R. DEKKERS, E. DIRIX et G. BAETEMAN, *Handboek burgerlijk recht, deel II, Zakenrecht – Zekerheden – Verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005, p. 9.

³⁸ A. WYLLEMAN, *Goederenrecht*, Gandaius, Brugge, Die Keure, 2017, p. 1.

de propriété. Suite à une colossale controverse sur la nécessité – ou non – d’accorder un droit de propriété sur les données à caractère personnel³⁹, le législateur européen a tranché dans la négative. Le RGPD ne concède aucun droit de propriété sur celles-ci mais les perçoit plutôt comme un droit de la personnalité, subdivision des droits extrapatrimoniaux et non patrimoniaux. Ainsi, nous en concluons que les données à caractère personnel ne sont pas des droits patrimoniaux.

La deuxième vision du bien est qu’il constitue toujours un droit⁴⁰. Ainsi, selon le professeur Van Neste « la classification des biens en choses et droits est trompeuse. Les biens ne sont que des droits patrimoniaux »⁴¹. Selon le professeur Lecocq, « le bien est toujours un droit (et donc, à strictement parler incorporel), à caractère économique, patrimonial, qu’il s’agisse d’un droit réel, d’un droit de créance ou encore d’une prérogative patrimoniale de droit intellectuel »⁴². Comme nous venons de l’exposer brièvement, les données à caractère personnel ne sont pas considérées comme des droits patrimoniaux et de la sorte échappent à cette conception du bien.

A l’opposé de cette dernière conception, une autre théorie définit le bien comme « la valeur, objet éventuel de droit, présente dans les choses, corporelles comme incorporelles »⁴³. Le bien n’est donc jamais un droit⁴⁴. Le professeur Mousseron débute sa réflexion autour de la notion de valeur. Celle-ci « peut être un élément matériel (un terrain, une machine, ...) ou un élément immatériel (un savoir-faire, une œuvre de l’esprit, un signe, ...) »⁴⁵. Elle se transformera en bien dès lors que le législateur permettra à son maître de se la réserver et de la

³⁹ A titre d’exemple, quelques auteurs en faveur : P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, Paris, Stock, 2014 ; A. BENSOUSSAN, « Propriété des données et protection des fichiers », *Gazette du Palais*, vol. 23, n°296, p. 2 ; A. FLÜCKIGER, « L’autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l’ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *Pratique juridique actuelle*, 2013, vol. 22, n° 6, p. 837 à 864 ; P. MOURON, « Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles », *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n°46-47, 2018, p. 90 à 96.

Quelques auteurs en défaveur : A. ANCIAUX, J. FARCHY et C. MÉADEL, « L’instauration de droits de propriété sur les données personnelles », *op. cit.* ; J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l’appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », in *Les droits intellectuels entre autres droits : Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 245 à 296.

⁴⁰ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, *op. cit.*, p. 427.

⁴¹ Traduction libre de R. DERINE, F. VAN NESTE et H. VANDENBERGHE, *Zakenrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1984.

⁴² E. JADOUL et P. LECOCQ, « Biens et propriété : évolutions contemporaines », in *Questions pratiques de (co)propriété, de possession et de voisinage*, Limal, Anthemis, 2018, p. 7 à 61.

⁴³ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, *op. cit.*, p. 431.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 90.

commercialiser⁴⁶. Pour ce faire, le législateur peut attribuer un droit privatif comme le droit de propriété, mais il peut aussi définir un comportement qui aurait *ispo facto* le même résultat que la première méthode. Le professeur Péliissier reprend cette théorie dans sa thèse : « [l]e meuble incorporel est l'appréhension par le Droit de la *valeur immatérielle antérieurement perçue par l'économie* »⁴⁷. C'est donc « la valeur qui est au cœur de la notion de bien »⁴⁸.

Cette conception pourrait très bien convenir aux données à caractère personnel. Il reste cependant un obstacle : quelle est leur valeur ? Comme le relève si bien feu le professeur Grzegorzczik : pour manier une telle définition, il faut au préalable déterminer ce que l'on entend par la notion de valeur⁴⁹.

La dernière conception est défendue par le professeur Zenati. Dans son article « L'immatériel et les choses »⁵⁰, il trace le parcours que la chose accomplit pour se métamorphoser en bien. Avec une perspective historique, il reprend la première illustration du droit : la vengeance. Celle-ci « consiste dans une évaluation de l'offense pour mesurer sa juste rétribution »⁵¹. Ainsi, « le droit a toujours connu la valeur, dès sa manifestation la plus primitive »⁵². La valeur doit satisfaire à deux conditions afin d'être envisagée comme un bien. La première est l'utilité de l'appropriation. Celle-ci résulte des caractéristiques inhérentes de la chose ainsi que de sa rareté. Notons que le professeur Libchaber estime la notion d'utilité excessive. Il suffirait que la chose soit un « objet de désir »⁵³ pour qu'elle acquière une valeur⁵⁴. La seconde est la possibilité d'appropriation. Il n'est ici pas question de droit de propriété. Selon Zenati et Revêt, cette appropriation n'est conditionnée à aucun dispositif légal⁵⁵.

⁴⁶ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, Collection Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 90.

⁴⁷ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 8, Paris, Dalloz, 2001, n°242.

⁴⁸ Y. EMERICH, « Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law », *Les Cahiers de droit*, juin 2018, vol. 59, n° 2, p. 389 à 423, spéc. p. 403.

⁴⁹ C. GRZEGORCZIK, « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Les biens et les choses*, Archives philosophie et droit, 1979, n° 24, p. 259 à 272.

⁵⁰ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, 1999, vol. 43, p. 79 à 95.

⁵¹ *Ibid*, p. 89.

⁵² *Ibid*.

⁵³ R. LIBCHABER, « Biens », *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2002.

⁵⁴ *Ibid*.

⁵⁵ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, *op. cit.*, p. 436.

L'appropriation « renvoie à la faculté de contrôler un bien »⁵⁶ ou à la « possibilité de sa réservation, sous quelque forme que ce soit »⁵⁷.

Pour nommer cette dernière théorie, Zenati et Revêt définissent le bien comme « toute chose qu'il est possible et utile de s'approprier »⁵⁸.

A cette définition de bien, le professeur Libchaber ajoute l'exigence de commercialité : « une chose ne devient effectivement un bien que lorsqu'elle est l'objet d'une circulation licite entre les individus »⁵⁹.

Cette quatrième conception a été reprise par le législateur belge. Ainsi, en l'article 3.41 du livre 3 « Les biens » du Code civil en vigueur au premier septembre 2021, il est stipulé que « les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux »⁶⁰. Cette définition évolutive de la notion de bien présente l'avantage d'appréhender des réalités multiples telles que les choses corporelles, les choses incorporelles – droits réels ou personnels, ou encore les droits patrimoniaux sur les créations de l'esprit – mais aussi de nouvelles formes de choses incorporelles, produits de nos sociétés contemporaines – clientèle, fonds de commerce, logiciel, etc.

Cette quatrième conception du bien ne serait-elle pas celle qui s'adapte le mieux aux données à caractère personnel ? C'est à cette question que nous nous efforcerons de répondre à l'occasion de ce travail.

⁵⁶ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », in *Les droits intellectuels entre autres droits : Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 245 à 296, spéc. p. 251.

⁵⁷ P. LECOCQ, *Manuel de droit des biens - Tome 1, Biens et propriété*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 13.

⁵⁸ *Ibid*, p. 435.

⁵⁹ R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*

⁶⁰ Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

Chapitre 2.- La réalité économique

Dans le cadre de ce chapitre, nous analyserons la réalité économique de l'exploitation des données à caractère personnel (Section 1). Ensuite, nous étudierons l'entreprise Facebook (Section 2).

Section 1.- Exploitation des données à caractère personnel

Malgré ses 173 considérants et ses 99 articles, le RGPD ne contient aucun propos relatif à la vente ou à l'exploitation de ses données par la personne concernée⁶¹. Comme précisé précédemment, le législateur européen, par le biais du RGPD, a voulu créer un cadre juridique afin d'assurer la libre circulation des données, dans le respect de la protection des personnes physiques. En effet, il est bien conscient de la réalité économique sous-jacente : les données font l'objet d'un commerce.

Tout utilisateur se posera les questions suivantes : qui exploite mes données ? Quel est le procédé ? Le commerce des données peut se réaliser par le biais de deux intermédiaires différents. Nous aborderons dans les lignes suivantes l'exploitation, par les individus, de leurs propres données personnelles (*I.-*). Ensuite nous envisagerons les différentes possibilités, pour les entreprises, de commercialiser les données auxquelles elles ont accès (*II.-*).

I.- Exploitation par les individus

Tout d'abord, les individus eux-mêmes réalisent des opérations contractuelles sur leurs données. Prenons l'exemple du Google Agenda. Cette application permet d'encoder toutes ses

⁶¹ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 659 à 683.

activités, des évènements répétitifs ou lointains – ce qui serait très difficile avec un agenda papier. Il permet aussi de croiser un agenda avec un autre, celui de son compagnon ou de ses enfants, afin de pouvoir organiser des moments en famille de façon très simple. Le plus gros avantage de ce planificateur : il ne faut rien payer ! Mais cette gratuité n'est qu'illusoire. En effet, en échange de ce service numérique, Google se sert des informations encodées. Il les relie à d'autres données, comme celles provenant de recherches sur son navigateur et est ainsi capable d'établir un profil complet de la personne utilisatrice de l'agenda. Ce profil fera alors partie d'un agrégat présentant des caractéristiques identiques. Tout ceci dans le but, entre autres, de vendre des espaces publicitaires à des entreprises qui veulent cibler un profil de niche. Ainsi, sans réellement en être conscient, l'individu exploite lui-même ses données car il les échange contre des services ou contenus gratuits. C'est ce modèle économique que le législateur européen a essayé de règlementer au travers de sa toute récente directive contenu numérique⁶².

Sur ce marché de troc, les données peuvent être considérées comme une contrepartie mais non comme une monnaie. D'un point de vue macroéconomique, ce qui fait de la monnaie un intermédiaire dans les échanges est son caractère d'étalon de valeur. En plus de faciliter les échanges marchands, la monnaie est une mesure de grandeurs économiques⁶³. Les données, elles, ne constituent pas, selon le professeur Rallet, cet « équivalent général dans les échanges en raison qu'il n'est pas possible de les réduire à une substance commune du fait de leurs différences intrinsèques »⁶⁴. Afin de comprendre ce qu'il a voulu mettre en évidence, prenons un exemple monétaire antagoniste : l'or est considéré comme une monnaie car c'est une valeur refuge disponible en quantité limitée et désirée, qui peut de ce fait être échangée contre n'importe quel objet ou service. Par contre, le terme « données » renvoie à différentes notions. En effet, une donnée brute n'est pas égale à une donnée traitée. Ainsi, elles ne constituent pas une monnaie car en fonction de ce qui se cache derrière le concept, elles seront échangées ou non contre l'objet ou le service.

⁶² Voir Chapitre 3.

⁶³ M. DELAPLACE, « Chapitre 3. Les fonctions et formes actuelles de la monnaie », in *Monnaie et financement de l'économie*, Paris, Dunod, 2017, p.33 à 50.

⁶⁴ A. RALLET, « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios », disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr>, octobre 2018.

II.- Exploitation par les entreprises

Deuxièmement, les données sont exploitées par les entreprises. Nous en repérons trois catégories : les collecteurs de données à caractère personnel, les courtiers en données⁶⁵ et les entreprises utilisant les données pour améliorer leur activité

Cependant, avant d'aller plus loin, nous souhaitons apporter une précision sur la confusion liée au concept générique de « donnée ». Ainsi que l'explique le professeur Rallet : « les données se métamorphosent dans le cours de leur marchandisation »⁶⁶. L'information transmise par l'individu est une donnée brute. Elle est ensuite agrégée avant de constituer des profils. Dès lors, lorsqu'il est question de données au stade du courtier en données, nous désignons les données agrégées et non plus les données brutes comme lors de la collecte par une société. Enfin, en ce qui concerne le troisième type d'entreprises, celles dont les données constituent le cœur de leurs activités, le terme désigne les profils d'utilisateurs constitués.

A.- Les collecteurs

Les firmes faisant partie de la première catégorie ne se dénombrent plus. Evidemment, nous pensons tous en premier lieu aux réseaux sociaux qui ont bâti leur empire sur la collecte de données, en particulier celles à caractère personnel. Ils ne manquent aucune occasion d'inciter l'utilisateur à se dévoiler avec pour objectif ultime d'être capable de prévoir leurs désirs les plus intimes⁶⁷.

Facebook, par exemple, décuple les formulaires en encourageant l'internaute à y répondre, sous le prétexte de retrouver le plus d'amis possibles⁶⁸. Ainsi, sur un profil complet, on retrouve l'identité de la personne, un curriculum vitæ, la situation amoureuse, des photos, les événements auxquels elle participe, etc. Grâce aux smartphones, il est maintenant très facile

⁶⁵ Voir notamment l'entreprise Acxiom, Experian ou Epsilon.

⁶⁶ A. RALLET, « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios », *op. cit.*

⁶⁷ E. WEIL, « L'exploitation et la protection des données à caractère personnel des utilisateurs sur les réseaux sociaux », in *Droit et réseaux sociaux*, Collection LEJEP, Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études judiciaires et politiques, 2015.

⁶⁸ *Ibid.*

de géolocaliser la personne concernée⁶⁹. Facebook pourrait donc très bien s'assurer si l'individu est bien à la marche pour le climat comme il l'avait annoncé sur son profil. Cela permet une vérification en profondeur des intérêts des membres du réseau social.

De plus, Facebook a imposé l'installation de son application Messenger dès lors qu'une personne souhaite envoyer un message privé depuis son téléphone. Sous le prétexte d'améliorer l'expérience du consommateur, la société en ligne récolte la localisation des personnes, qui est activée par défaut⁷⁰.

Facebook peut ainsi connecter les données fournies par l'utilisateur lors de son activité sur la plateforme mais aussi en dehors, grâce notamment aux cookies⁷¹.

Ainsi que l'expose Elodie Weil⁷², Facebook ne se contente pas de récolter les données de ses utilisateurs sur sa plateforme. Il épie les moindres faits et gestes sur le net de tous les internautes (membres et non-membres) par le biais des modules sociaux. Ce sont les boutons « j'aime », « commenter » ou « partager » situés sur des sites tiers. Ils permettent notamment au lecteur d'un article de le partager avec ses amis sur la plateforme. Vous vous direz donc « si je ne clique pas dessus, je suis hors de danger ». Ce serait trop beau. Le simple fait d'ouvrir une page web intégrant ces modules sociaux déclenche systématiquement l'installation de cookies⁷³. Ainsi, Facebook détient une base de données avec des informations sur des personnes qui n'ont absolument consenti à rien du tout. Ce profilage a été condamné par le tribunal de première instance (chambre néerlandophone) de Bruxelles en 2018⁷⁴. Il aurait violé par trois fois les réglementations en matière de protection des données à caractère personnel⁷⁵. Premièrement, en ce qui concerne la base légitime du traitement⁷⁶ : Facebook n'a pas recueilli valablement le consentement des individus (inscrits ou non) et ne peut avancer aucun autre

⁶⁹ N. BERTELS, « Hoofdstuk II. Sociale netwerksites als advertentienetwerk: uitdagingen en mogelijkheden voor het verkrijgen van geïnformeerde toestemming », in *Sociale media anno 2015*, Mortsel, Intersentia, 2015, p. 41 à 63.

⁷⁰ L. PROVOST, « Facebook Messenger : l'obligation de télécharger la nouvelle application ne passe pas auprès des utilisateurs », disponible sur www.huffingtonpost.fr, 28 avril 2014.

⁷¹ N. BERTELS, « Hoofdstuk II. Sociale netwerksites als advertentienetwerk: uitdagingen en mogelijkheden voor het verkrijgen van geïnformeerde toestemming », *op. cit.*

⁷² Ancienne doctorante en droit public à l'université de Cergy-Pontoise.

⁷³ E. WEIL, « L'exploitation et la protection des données à caractère personnel des utilisateurs sur les réseaux sociaux », *op. cit.*

⁷⁴ Civ. néerl. Bruxelles (24^e ch.), 16 février 2018, *RABG*, 2019, liv. 9, p. 695.

⁷⁵ A. MICHEL, « Le traçage comportemental des internautes sur les réseaux sociaux : l'affaire des « cookies Facebook », véritable saga... », note sous Civ. néerl. Bruxelles (24^e ch.), 16 février 2018, *R.D.T.I.*, 2019, (somm.).

⁷⁶ Nous analyserons plus loin les différents fondement d'un traitement autorisé par le RGPD.

fondement pour le traitement de leurs données. Ensuite, les informations concernant cette collecte et ledit traitement ne sont pas suffisamment claires, précises et accessibles⁷⁷. Enfin, dans le cas où l'utilisateur a activé le mécanisme *d'opt-out* concernant les publicités ciblées et a ainsi exprimé clairement qu'il ne souhaitait pas en être l'objet, Facebook a été accusé de manquer de transparence et de tromper ses internautes car il continuait de tracker leur navigation.

Cependant, nous devons nuancer ce jugement. En effet, la Cour d'appel de Bruxelles a été saisie et a posé plusieurs questions à la Cour de Justice de l'Union européenne⁷⁸. A ce jour, aucune décision n'a été rendue.

Une dernière façon qu'utilise Facebook pour épier les activités des internautes se déroule à travers son service *Facebook Connect*, permettant aux membres du réseau social de se connecter sur des applications tierces en utilisant leur compte Facebook. Ce service évite l'encodage de toutes les informations sur ces nouvelles applications. Le réseau social joue ainsi sur l'expérience utilisateur en permettant la création de comptes en quelques secondes seulement. Les sites Web ont, en échange, accès aux informations du profil de l'internaute⁷⁹. Ce dispositif est considéré comme gagnant-gagnant par les entreprises. En effet, Facebook a l'opportunité de connaître les activités de ses membres en dehors de sa plateforme et les sociétés tierces ont accès à bien plus d'informations que si l'utilisateur avait créé son identification sur leur site propre. Prenons l'exemple de la plateforme de distribution musicale mondialement connue : Spotify. Lorsqu'un nouvel utilisateur décide de se connecter grâce à son compte Facebook, la société a accès aux artistes « aimés », aux événements musicaux auxquels la personne a assisté, etc. ce qui lui permet de deviner au mieux le style de musique appréciée par l'utilisateur afin de lui faire des propositions de morceaux les plus pertinentes. Facebook quant à lui, peut connaître à chaque instant la musique écoutée par le membre et ainsi préciser son profil.

⁷⁷ Contrairement à ce que prescrit l'article 12, (1) RGPD.

⁷⁸ Autorité de protection des données, « La Cour d'appel de Bruxelles réfère l'affaire Facebook à la Cour de justice de l'Union européenne », disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be>, 8 mai 2019.

⁷⁹ M. MICULAN et C. URBAN, "Formal analysis of Facebook Connect Single Sign-On authentication protocol" disponible sur <http://citeseerx.ist.psu.edu>, *s.d.* , consulté le 14 avril 2020 ; S. EGELMAN, « My profil is my password, verify me!: the privacy/convenience tradeoff of facebook connect », disponible sur <https://dl.acm.org/>, avril 2013.

Cependant, très récemment, Mark Zuckerberg a créé un nouvel outil « Off-Facebook Activity »⁸⁰ permettant de consulter les données des sites tiers auxquelles Facebook a accès afin que les utilisateurs puissent les « déconnecter ». La plateforme précise que les données collectées ne sont pas supprimées mais dissociées du compte de l'utilisateur⁸¹.

Les réseaux sociaux ne sont pas les seuls à collecter nos données. Les supermarchés, par l'intermédiaire de la carte de fidélité à scanner, traquent nos produits préférés afin de nous attirer chez eux avec des promotions ciblées. Les applications de jeu récupèrent aussi énormément de données et pas seulement celles que l'utilisateur fournit ou la géolocalisation. Grâce à ce divertissement, les concepteurs peuvent analyser le comportement du joueur : sa patience, son goût du risque, son obstination ou découragement face à un obstacle, etc⁸².

La collecte de données ne peut être considérée comme un marché au sens strict. En effet, « il y a marché dès lors que des acheteurs et des vendeurs se rencontrent pour échanger un produit au moyen d'un prix, le prix étant l'expression monétaire de la valeur (d'échange) du produit »⁸³. Or, la société ne reconnaissant aucun droit de propriété sur les données à caractère personnel, les personnes concernées ne peuvent juridiquement transférer leurs données à un acheteur⁸⁴. Ainsi, l'individu ne peut être considéré comme vendeur.

En outre, l'absence de prix empêche la qualification de marché. En effet, la valeur des données dépend de leurs métamorphoses successives⁸⁵ mais il est impossible, pour le consommateur, de prédire le véritable potentiel futur de ses données personnelles.

Dès lors qu'il n'y a ni vendeur, ni prix, il est abusif de parler de marché de données⁸⁶. Dans le cadre de ce travail, nous allons cependant reprendre les termes employés par le professeur Rallet et désigner ce phénomène comme un « marché primaire »⁸⁷.

⁸⁰ X, « Facebook vise plus de transparence et permet d'effacer les données collectées sur des sites tiers », disponible sur www.lalibre.be, 28 janvier 2020.

⁸¹ X, « La meilleure personne pour contrôler vos données, c'est vous », disponible sur www.facebook.com, *s.d.*, consulté le 20 avril 2020.

⁸² C. COUMAU, « Qui exploite nos données personnelles », disponible sur <https://www.caminteresse.fr>, 27 juillet 2018.

⁸³ A. RALLET, « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios », *op. cit.*

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.*

B.- Les courtiers en données

Une fois les données collectées, elles sont souvent revendues à des courtiers en données, des *data brokers*, qui sont des agrégateurs⁸⁸. L'objet de leur entreprise est de disposer d'un maximum de données à caractère personnel, provenant de diverses sources afin de les agréger et de créer des profils types de consommateurs. Ces bases de données créées sont alors revendables auprès du troisième type d'entreprises, celles qui ont besoin des données pour améliorer leurs ventes ou prestations de services.

Les sources des données personnelles récoltées sont très diverses. Elles peuvent à l'origine être des données des autorités publiques : le recensement de la ville, les fichiers de permis de conduire, ou les affaires judiciaires publiées. Les courtiers en données collaborent aussi avec les réseaux sociaux afin d'obtenir les données que ces derniers ont en leur possession⁸⁹. En effet, les données qui sont à la disposition de LinkedIn ne sont pas toujours connues de Facebook et vice-versa. En outre, beaucoup de collecteurs de données ne sont pas aussi puissants et capitalisés que ces réseaux sociaux, par exemple les éditeurs de jeux sur smartphone. Ceux-ci collectent les données pour l'amélioration de leurs propres services. Ils réussissent à offrir l'accès gratuit à l'application en revendant toutes les informations précieusement collectées. C'est là « le principe de base de l'économie du numérique [...] : tirer un revenu indirect du service offert en cédant des données faute de pouvoir le monétiser directement »⁹⁰.

Nous tenons à insister sur le fait que les courtiers en données ne collectent pas eux-mêmes les informations. Ils se contentent de les acheter, les agréger et les revendre. Ainsi, il s'agit d'un véritable marché, contrairement à ce qui se passe entre les collecteurs et les personnes concernées car il y a acheteurs – les courtiers en données – vendeurs – les collecteurs – et prix. Le professeur Rallet le qualifie de « marché secondaire »⁹¹.

⁸⁸ V. LEFRÈRE, « Quel est le coût des applications gratuites ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2018, vol. 2018/2, n° 23, p. 94 à 104.

⁸⁹ I. MANOKHA, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé : le capital de plateforme, la surveillance et les données comme nouvelle « marchandise fictive » », *Cultures & Conflits*, septembre 2018, vol. 2018/1, n° 109, p. 35 à 59.

⁹⁰ A. RALLET, « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios », *op. cit.*

⁹¹ *Ibid.*

Ce qui fait l'objet de l'échange n'est pas la donnée brute comme sur le marché primaire, mais la donnée déjà métamorphosée c'est-à-dire qu'elle a été collectée et agrégée⁹². Les éditeurs de jeux sur smartphone ne revendent pas la persévérance d'un individu face à l'obstacle mais le groupe de joueurs présentant cette caractéristique. Ainsi, les courtiers en données ont la possibilité de réaliser des statistiques, créer des profils on ne peut plus détaillés, pour ensuite les revendre.

C.-Les entreprises utilisant les données pour améliorer leur activité

La majorité de ces firmes sont des annonceurs publicitaires. Le marketing se réalise d'une manière directe ou indirecte. La première des méthodes se déroule par le biais de boîtes aux lettres, de téléphones, de boîtes mail tandis que la seconde consiste à recourir aux médias – et plus spécifiquement aujourd'hui, aux cookies⁹³. Le but des annonceurs dans le cas du marketing direct est d'obtenir des listes d'adresses qualifiées, « c'est-à-dire dotées d'informations permettant d'identifier si les individus concernés sont des acheteurs potentiels de leurs produits »⁹⁴. Ce « marché de la location d'adresse » existait déjà dans les années soixante et a connu une évolution exponentielle cette dernière décennie grâce aux *data brokers*. Ceux-ci ne cèdent pas les fichiers de profils composés⁹⁵ mais « les commercialisent sous la forme de fichiers de prospection, de segments marketing décrivant des modes de vie et des habitudes de consommation de manière générale, de l'enrichissement de bases d'individus existantes »⁹⁶ et la liste n'est pas exhaustive.

Ainsi, grâce à l'accès, entre autres, aux segments de marketing pertinents pour leur marché cible, les entreprises peuvent toucher directement via des mails ou des prospectus dans les boîtes aux lettres les personnes les plus susceptibles d'acheter leur produit.

Le marketing indirect, quant à lui, concerne le « marché de la publicité en ligne »⁹⁷. Celui-ci est possible grâce au système de cookies analysé *supra* et à l'implication de régie

⁹² *Ibid.*

⁹³ T. BEAUVISAGE et K. MELLET, « Datasets : activation et marketisation des données personnelles », à Roubaix, octobre 2016, p. 9.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ A. RALLET, « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios », *op. cit.*

⁹⁶ T. BEAUVISAGE et K. MELLET, « Datasets : activation et marketisation des données personnelles », *op. cit.*

⁹⁷ *Ibid.*

publicitaire externe. Cette dernière va jouer le rôle de plateforme intermédiaire entre le vendeur d'espace publicitaire, la société souhaitant réaliser de la réclame et l'individu ciblé.

Expliquons le fonctionnement du marketing indirect au travers d'une illustration.

Après vous être fait convaincre par votre ami de l'utilité d'une montre connectée, vous souhaitez en acquérir une et vous vous renseignez auprès de différents sites web. Sans faire plus attention, vous acceptez les cookies en pestant un peu sur cette bannière qui vous empêche d'accéder à l'information souhaitée. En faisant cela, vous autorisez les différents sites consultés à vous tracer. Ainsi, ils analysent votre intérêt soudain envers les objets de l'Internet. Ils envoient ces cookies à la régie publicitaire à laquelle ils sont liés. La Fnac, par exemple, a acheté à la régie différents espaces publicitaires en spécifiant qu'elle voulait cibler les personnes intéressées par les nouveaux objets connectés. Enfin, le Soir a vendu un certain nombre d'espaces publicitaires à la régie.

La régie va alors être capable de vous distinguer parmi tous les autres internautes lors de connexions ultérieures à Internet. Ensuite, lorsque vous souhaitez lire un article situé sur le site du Soir, elle affichera immédiatement une publicité de la Fnac à propos d'une nouvelle montre qui sera susceptible d'attirer votre attention. Si par contre votre compagnon se connecte en même temps sur le même site, il sera confronté à d'autres réclames en fonction de ses intérêts personnels.

Ce marché de la publicité en ligne est en pleine évolution et se transforme aujourd'hui en publicité programmatique. Par le biais de plateforme automatisée – *ad exchanges* – les demandeurs d'espace et les offreurs se rencontrent et une enchère en temps réel se déroule⁹⁸.

Que ce soit par le biais du marketing direct ou indirect, les entreprises peuvent aujourd'hui, grâce aux données à caractère personnel collectées et agrégées, cibler beaucoup plus facilement les individus les plus susceptibles d'acheter leur produit. Leur publicité est donc bien plus rentable, leur budget marketing peut diminuer alors que leurs ventes augmentent. Cela est donc gagnant-gagnant pour les firmes.

A côté de cette utilisation pour créer de la publicité ciblée, l'exploitation des données est parfois l'objet statutaire de la société. Revenons-en à Cambridge Analytica.

⁹⁸ B. BATHELOT, « Ad exchange », disponible sur <https://www.definitions-marketing.com>, 9 septembre 2015.

L'entreprise est fondée en 2013 avec le slogan « *data drives all we do* ». Ce qu'il faut traduire par « les données déterminent tout ce que nous faisons »⁹⁹. Cambridge Analytica a, depuis le scandale de 2018, fait faillite. Avant, elle vendait différents produits parmi lesquels un service de visualisation des centres d'intérêt du public étudié ou des outils d'analyse de l'efficacité de la publicité en ligne. Son objectif principal était clair : « changer le comportement grâce aux données »¹⁰⁰. C'est ce que la société a fait en aidant le groupe politique *Leave.EU* lors du Brexit ou le parti de Donald Trump lors de l'élection présidentielle américaine de 2016. Les personnes répondant à un simple quizz psychologique sur Facebook voyaient leurs données ainsi que celles de leurs centaines d'amis siphonnées par la compagnie¹⁰¹. Celle-ci pouvait ainsi déduire le profil psychologique de tous ces internautes ainsi que leurs opinions politiques¹⁰². Cambridge Analytica rassemblait alors des sous-groupes d'électeurs au profil similaire. Elle a ensuite vendu ses services à des politiciens en inondant de propagande les réseaux sociaux de ces catégories d'électeurs. Notamment, « les femmes actives préoccupées par la garde d'enfants – que Donald Trump a visées avec des spots de campagne montrant des enfants heureux »¹⁰³. Ces spots ont permis de faire culbuter leur vote respectivement vers le camp conservateur de Trump ou vers le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne. Suite à cette pratique, Cambridge Analytica a été incriminée par la *Federal Trade Commission*.

Cambridge Analytica est un exemple type d'une firme dont l'utilisation des données à caractère personnel constitue le cœur de son chiffre d'affaire.

Section 2.- L'exploitation des données en pratique : le cas Facebook

Après quelques mots sur la création de Facebook et sur son fonctionnement (*I.-*), nous étudierons la théorie des modèles économiques (*II.-*) et de l'économie de plateforme (*III.-*). Nous finirons par l'analyse du *business model* de Facebook (*IV.-*).

⁹⁹ W. AUDUREAU, « Ce qu'il faut savoir que Cambridge Analytica, la société au cœur du scandale Facebook », disponible sur www.lemonde.fr, 22 mars 2018.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ I. MANOKHA, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé », *op. cit.*

¹⁰² M. UNTERSINGER et W. AUDUREAU, « Quelle a été l'importance réelle de Cambridge Analytica dans la campagne de Trump », disponible sur www.lemonde.fr, 21 mars 2018.

¹⁰³ *Ibid.*

I.- Contexte

Facebook a été créé en 2004 aux Etats-Unis par Mark Zuckerberg et quatre de ses amis, tous étudiants à Harvard à l'époque. Le site n'a été ouvert au public qu'en 2006 et compte aujourd'hui plus de 2,7 milliards d'utilisateurs actifs mensuels¹⁰⁴. Facebook est devenu le réseau social le plus populaire de la planète.

Un réseau social est une catégorie de média social. Le terme social se réfère au besoin instinctif de l'être humain d'être en contact avec d'autres humains, de faire partie de groupes. Le terme média renvoie aux instruments mis en place pour connecter les êtres humains entre eux.

Facebook permet de rester en contact avec ses amis, de partager des photos, de renseigner sur son activité ainsi que de donner son opinion sur des événements. Ce qui rend Facebook unique est la page d'accueil et le profil de chaque membre. Facebook a également mis au point un certain nombre de fonctionnalités de base avec lesquelles les utilisateurs peuvent interagir : le mur, qui permet à des amis de laisser un message public sur la page de profil de l'utilisateur ou le statut qui permet à l'utilisateur de partager ses pensées avec l'ensemble de sa communauté d'amis.

Alors que la plateforme prône qu'elle restera toujours gratuite, son chiffre d'affaire de l'année 2019 s'élève à environ 70 milliards de dollars¹⁰⁵. Comment expliquer la génération d'autant de bénéfices alors qu'aucun euro n'est versé pour s'inscrire sur le site ?

C'est à cette question que nous allons répondre via l'étude de son modèle économique.

II.- Définition d'un modèle économique

Définir le concept de modèle économique, plus connu sous son appellation anglaise *business model*, est un exercice difficile en raison de ses dimensions dynamiques telles que la création de valeur, la compétitivité et le changement¹⁰⁶. Rappa le définit simplement comme

¹⁰⁴ T. COEFFÉ, « Chiffres Facebook – 2020 », disponible sur www.blogdumoderateur.com, 27 mai 2020 ; Voy. Annexe III. pour l'évolution des utilisateurs actifs mensuels, trimestre par trimestre, de 2010 à aujourd'hui.

¹⁰⁵ *Ibid* ; Voy. Annexe IV. pour l'évolution de son chiffre d'affaire de 2010 à aujourd'hui.

¹⁰⁶ J. ARLOTTO, J.-M. SAHUT et F. TEULON, « Le concept de Business Model au travers de la littérature », *Gestion* 2000, 2011, vol. 28, n° 4, p. 33 à 47.

« la méthode par laquelle une compagnie fait affaire de manière à survivre, c'est-à-dire à générer des revenus »¹⁰⁷. Magretta a une opinion similaire et le voit comme « l'histoire qui explique comment l'entreprise fonctionne »¹⁰⁸. Quant à Linder et à Cantrell, ils définissent le modèle d'entreprise comme « la logique de base de l'organisation pour créer de la valeur »¹⁰⁹.

Cependant, les spécialistes dans ce domaine sont Alexander Osterwalder et Yves Pigneur. Ils ont créé la célèbre matrice de modèle économique, expliquée dans « Business Model Generation », leur célèbre « guide pour visionnaires, révolutionnaires et challengers »¹¹⁰.

Ces gestionnaires définissent le *business model* comme « les principes selon lesquels une organisation crée, délivre et capture de la valeur »¹¹¹. Le canevas est composé de neuf blocs couvrant les quatre dimensions d'une entreprise – clients, offre, infrastructure et visibilité financière – et reprenant ainsi l'ensemble des points qu'elle doit prendre en considération pour améliorer au mieux son chiffre d'affaire.

Une entreprise doit déterminer sa clientèle – premier bloc – en cherchant des solutions à leurs problèmes – deuxième bloc. Ces solutions sont des propositions de valeur qui sont apportées aux clients grâce aux différents canaux de communication, de distribution et de vente – troisième bloc. Via ceux-ci, l'organisation met en place et entretient des relations avec chaque segment de clientèle – quatrième bloc – et en cas de succès d'une proposition de valeur, il y a création de revenus – cinquième bloc. Afin de produire les solutions, l'entreprise doit se munir de ressources clés – sixième bloc – et accomplir des activités clés – septième bloc. Certaines de celles-ci sont externalisées grâce à des partenaires clés – huitième bloc. Il faut enfin tenir compte des coûts de cette structure – neuvième bloc.

¹⁰⁷ Traduction libre de M. RAPPÀ, « Business Models on the web », *Managing the digital enterprise*, 2004.

¹⁰⁸ Traduction libre de J. MAGRETTA, « Why business model matter », *Harvard Business Review*, May 2002.

¹⁰⁹ Traduction libre de J. LINDER et S. CANTRELL, « Changing Business Models: Surveying the Landscape », Accenture 2000-2001.

¹¹⁰ A. OSTERWALDER et Y. PIGNEUR, *Business model generation: a handbook for visionaries, game changers, and challengers*, Hoboken, NJ, Wiley, 2010.

¹¹¹ *Ibid*, p.14.

Le canevas du modèle économique

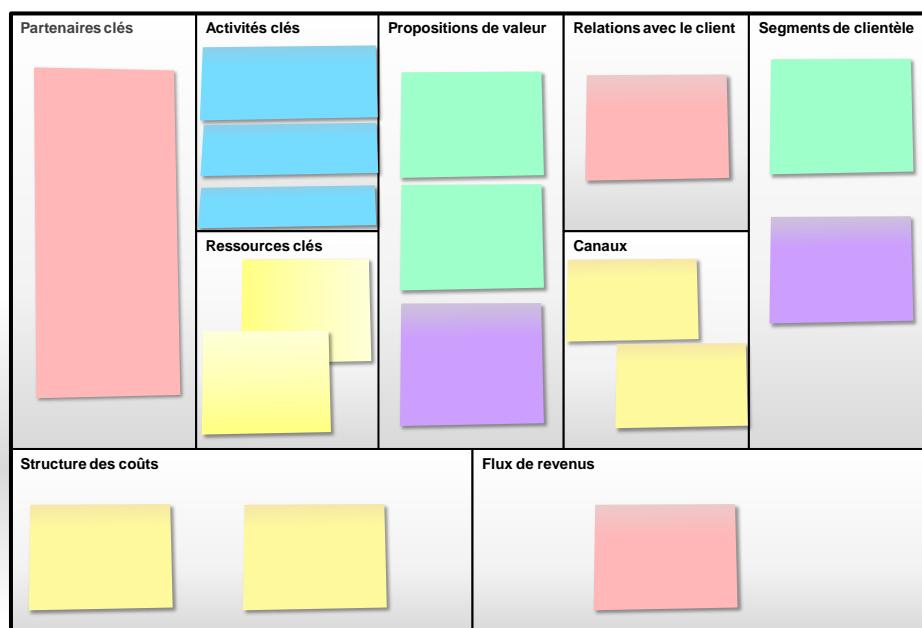


Figure 1. Canevas inspiré de Osterwalder et Pigneur¹¹².

Ce cadre théorique doit cependant être complété par d'autres composantes propres au numérique et aux médias sociaux. Un important point que les réseaux sociaux doivent prendre en compte dans leur modèle d'entreprise est l'aspect réglementaire. La loi leur impose beaucoup de restrictions qui peuvent engendrer, entre autres, des coûts supplémentaires.

III.- Economie de plateforme

Facebook, en tant que réseau social, est avant tout une plateforme. En effet, la plateforme est une infrastructure numérique qui met « en relation les producteurs, les consommateurs, les prestataires de service, les publicitaires et autres groupes dans un écosystème interactif en permettant l'échange de produits, services ou informations »¹¹³. Ces quinze dernières années, les plateformes numériques se sont développées et multipliées au point que le professeur d'Oxford, Ivan Manokha, parle de « capitalisme de plateforme ». Il vise « les plateformes du numérique qui opèrent en tant que moyens de production à part entière »¹¹⁴.

¹¹² *Ibid.* Nous vous renvoyons au point IV.- pour l'application de ce canevas à l'entreprise Facebook.

¹¹³ I. MANOKHA, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé », *op. cit.*, p. 46.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 44.

Nous pouvons citer à titre d'exemple Facebook, mais aussi Uber, Airbnb ou encore Pinterest. L'importance de ces outils est démontrée par leur valorisation boursière, leur présence géographique et enfin leur nombre d'utilisateurs. Ainsi que mentionné précédemment, la communauté de Facebook se compte en milliards d'internautes.

Il est intéressant de distinguer deux sortes de plateformes : d'une part, celles qui sont des moyens de production à part entière. Elles génèrent leurs revenus avec pour seul et unique intrant les données. D'autre part, les plateformes qui associent les données avec d'autres intrants tels que les machines, le capital humain, pour créer de la valeur¹¹⁵. Uber, par exemple, fait partie de cette seconde catégorie. En effet, en plus des données, un moyen de locomotion est nécessaire pour avoir une proposition de valeur. A l'opposé, Facebook est un moyen de production à part entière. La seule matière première nécessaire pour engendrer un intérêt est les données de ses membres. Nous ne nous intéresserons donc qu'à la première catégorie. Ces plateformes génèrent la majorité de leur revenu par la publicité ciblée. Facebook l'illustre très bien : sur les 17.737 millions de dollars de bénéfices du premier trimestre 2020, 17.440 millions de dollars sont issus de la publicité ciblée, soit plus de 98%¹¹⁶.

Quel est le processus ? Les plateformes collectent les données de leurs adhérents et leur appliquent différents algorithmes pour fabriquer à partir de ces intrants des produits vendus aux marketeurs. Le but est de déterminer des groupes d'internautes sur la base de différents critères comme leurs hobbies, leurs centres d'intérêts, leurs genres, leurs âges, etc¹¹⁷. C'est la raison pour laquelle Facebook a mis au point autant de stratagèmes de collecte de données à caractère personnel sur ses membres. Ainsi que nous l'avons analysé dans la section 1 de ce chapitre, Facebook ne se contente pas des données fournies lors de l'inscription. Il n'a de cesse d'obtenir à tout moment davantage d'informations grâce notamment aux cookies, aux modules sociaux, etc. L'objectif est de créer des profils toujours plus précis pour pouvoir cibler les individus avec de la publicité toujours plus personnalisée.

Ce processus d'accumulation du capital n'est possible que grâce à l'accès de manière presque illimitée au pétrole du vingt-et-unième siècle : les données. Peut-on les considérer comme une marchandise ? Non, puisqu'elles ne sont pas produites avec une finalité de vente.

¹¹⁵ *Ibid*, p. 48.

¹¹⁶ Voir les comptes consolidés de la société Facebook, disponible sur <https://investor.fb.com>, 29 avril 2020 – Voy. Annexe V.

¹¹⁷ I. MANOKHA, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé », *op. cit*, p. 48.

En effet, la plupart sont produites dans l'inconscient même de la personne concernée¹¹⁸. Cependant, elles sont « objectifiées dans le capitalisme »¹¹⁹ et peuvent donc être considérées comme des « marchandises fictives » au sens de Polanyi¹²⁰.

IV.- Le modèle d'entreprise de Facebook

Au point II. nous définissons la matrice du modèle d'entreprise de Osterwalder et Pigneur permettant de reprendre l'ensemble des points d'attention pour la bonne gestion d'une entreprise. Afin d'illustrer ce canevas, nous l'avons appliqué à l'entreprise Facebook¹²¹.

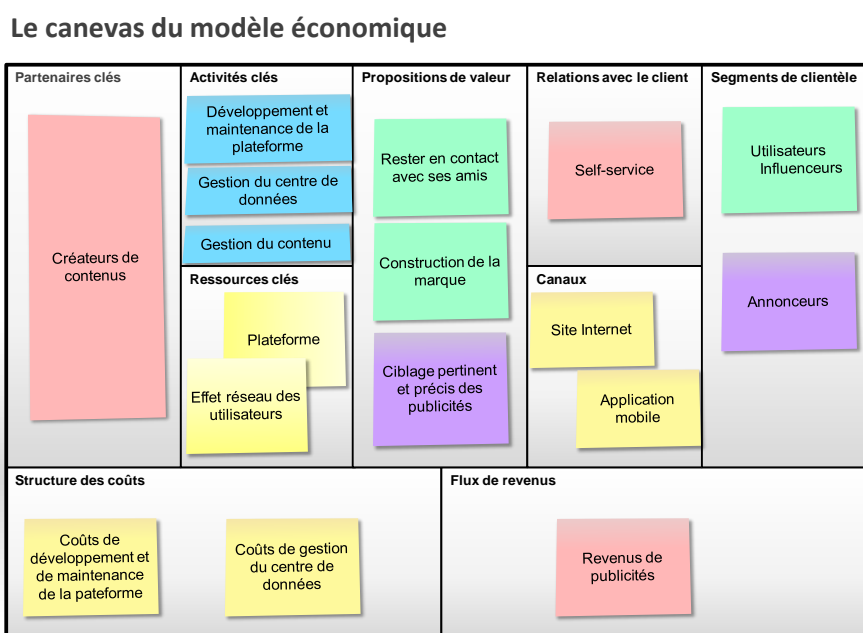


Figure 2. Matrice du modèle d'entreprise de Facebook

Pour plus de compréhension, nous avons détaillé ci-dessous chacun des blocs de ce modèle économique.

¹¹⁸ H. ISAAC, « La donnée, une marchandise comme les autres ? », *Enjeux numériques*, Annales des Mines, juin 2018, vol. 2, p. 20 à 24.

¹¹⁹ I. MANOKHA, « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé », *op. cit.*

¹²⁰ K. POLANYI, *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983.

¹²¹ Ces analyses sont inspirées des analyses de : S.K. GUPTA, « Facebook business model : How does Facebook make money? », disponible sur www.bstrategyhub.com, *s.d.*, consulté le 11 août 2020 ; D. OAKLEY, « What is the Facebook business model », disponible sur www.denis-oakley.com, 13 septembre 2018 ; M. UENLUE, « Business model canvas Facebook : how to become a giant », disponible sur www.innovationtactics.com, *s.d.*, consulté le 11 août 2020.

Facebook comporte deux segments de clientèles : les utilisateurs et les annonceurs. Au sein de la première catégorie, il est utile de distinguer les ‘influenceurs’ c’est-à-dire « un individu qui par son statut, sa position ou son exposition médiatique peut influencer les comportements de consommation dans un univers donné »¹²².

Le réseau social apporte une valeur différente à chaque segment de clientèle. Les utilisateurs voient en Facebook un moyen de rester en contact avec des personnes qu’ils ne fréquentent pas quotidiennement. De façon plus spécifique, les influenceurs utilisent Facebook pour construire leur marque, se faire connaître. Enfin, la proposition de valeur pour les annonceurs, ainsi que nous l’étudierons *infra*, consiste en la mise à disposition d’espace publicitaire ciblé.

Le réseau social a mis en place deux canaux différents : le site Internet et l’application mobile.

La relation client créée par Facebook est considérée comme du « self-service » c’est-à-dire que le réseau ne s’occupe pas personnellement de ses clients. Il a mis en place tous les moyens nécessaires afin que les utilisateurs et les annonceurs puissent utiliser la plateforme à leur meilleure convenance.

Le flux de revenus créés par Facebook provient du prix payé par les annonceurs pour placer une publicité sur la plateforme.

Le réseau social fonctionne grâce à deux ressources clés. La première est la plateforme, c’est-à-dire l’endroit où les personnes interagissent. Cette plateforme est d’ailleurs très fréquemment mise à jour. Ensuite, la seconde est l’effet réseau des utilisateurs – nous expliquerons ce concept *infra*.

Les activités clés du réseau sont le développement et la maintenance de la plateforme, la gestion du centre de données à caractère personnel et la gestion du contenu disponible sur le réseau.

Les partenaires clés de Facebook sont les créateurs de contenu. Cette catégorie générique rassemble autant les utilisateurs qui postent des informations sur leurs vies privées, que les développeurs, les influenceurs, les annonceurs, etc.

¹²² B. BATHELOT, “Influenceur”, disponible sur [www. https://www.definitions-marketing.com](https://www.definitions-marketing.com), 1^{er} juin 2020.

Finalement, Facebook fait face à deux types de coûts. Tout d'abord, le coût du développement et de la maintenance de la plateforme ; ensuite, celui de la gestion du centre de données à caractère personnel.

Cette brève analyse du *business model canvas* de la société, permet de comprendre comment Facebook engendre un chiffre d'affaires s'élevant à plusieurs millions de dollars alors que les internautes ne payent aucun droit pour y avoir accès. En réalité, ce modèle d'entreprise est inspiré de deux *business model* types : les modèles économiques dits de longue traîne et de plateformes multifaces. Ceux-ci sont explicités par les économistes Osterwalder et Pigneur et permettent de mieux comprendre la manière dont Facebook génère des flux financiers.

Les marchés multifaces « mettent en contact deux groupes au moins de clients distincts mais interdépendants »¹²³. La valeur est créée par la rencontre. Sans la plateforme, les groupes auraient beaucoup plus de difficultés d'entrer en contact, cela leur serait même probablement impossible.

Ainsi que susmentionné, Facebook possède deux segments clients principaux : les internautes avides de rester en contact avec leurs amis d'une part et d'autre part, les entreprises ayant un besoin accru de visibilité.

D'un côté, en s'inscrivant sur le réseau social, l'individu fournit énormément d'informations quant à sa vie privée. Ensuite, chaque « j'aime », chaque message, chaque commentaire ou partage est un élément important pour le média. Ainsi, petit à petit, il constitue des profils de plus en plus complets sur chacun de ses membres et forme une gigantesque base de données rassemblant les internautes selon leurs différentes caractéristiques. De l'autre côté, l'entreprise désireuse de se faire connaître va alors payer Facebook pour propager une publicité à l'ensemble des individus comprenant les caractéristiques de son marché cible. Celle-ci augmente ainsi drastiquement la rentabilité de ses campagnes publicitaires, disposant une visibilité accrue pour un même budget marketing.

Le dilemme de toute plateforme multiface est d'attirer et de servir ses deux clientèles car il n'y a création de valeur que si les tous les groupes s'y retrouvent simultanément¹²⁴. Dans le cas de Facebook, il paraît clair que les entreprises sont présentes sur la plateforme à cause de

¹²³ A. OSTERWALDER et Y. PIGNEUR, *Business model generation*, op. cit, p. 78.

¹²⁴ *Ibid.*

la présence de leur marché cible. S'il n'y avait pas d'internautes, le réseau n'aurait aucune valeur pour les marketeurs. Mais alors, comment attirer des membres dans sa communauté ? Quelle est la proposition de valeur de Facebook pour les adhérents à son réseau ?

Dans la pyramide de Maslow, le besoin d'appartenance est le troisième des besoins fondamentaux de l'être humain¹²⁵. L'Homme est social et n'est pas fait pour vivre dans la jungle. Pour s'épanouir, il doit se sentir appartenir à un groupe. Le réseau social est un outil parmi d'autres qui donne la sensation d'avoir un cercle d'amis important, de faire partie d'une communauté. Grâce à ce moyen, on peut facilement rester en contact avec d'anciens collègues qui ont déménagé ou avec un cousin germain expatrié au Canada. Le réseau, grâce au fil d'actualité personnalisé, révèle les événements, les activités qui se passent dans la vie de ces amis perdus de vue et permet d'interagir avec quiconque faisant partie de notre communauté Facebook. Il remplit dès lors ce besoin d'appartenance et c'est en ce sens que la plateforme numérique crée de la valeur pour les utilisateurs lambda.

En tant que plateforme numérique, Facebook est un bien à effets de réseaux. D'un point de vue économique, il y a effet de réseau « dès lors que la valeur d'un bien dépend directement du nombre d'utilisateurs du bien en question »¹²⁶. Ainsi, la valeur du réseau social dépend directement de son nombre d'utilisateurs. En effet, rien ne sert d'être inscrit sur le site si vous êtes le seul de vos amis puisque vous ne sauriez entrer en contact avec personne. Par contre, plus élevé est le nombre d'inscriptions, plus élevé est le nombre de personnes avec qui vous pouvez entrer en relation et donc plus indispensable vous paraîtra Facebook. En résumé, à chaque nouvelle adhésion, la fonction d'utilité de chaque utilisateur augmentera. L'addition de nouveaux membres génère une externalité positive autant sur les membres actuels que futurs¹²⁷. Nous pouvons donc en déduire que la fonction utilité du réseau social suit une courbe exponentielle croissante.

Reste une question : comment attirer les premiers internautes et démarrer cet effet exponentiel ? Le secret est de ne pas faire payer l'inscription et l'utilisation de la plateforme numérique. Attention tout de même, la gratuité des services en ligne a pour contrepartie la

¹²⁵ P. LIÉBERT, « Le besoin d'appartenance », in *Quand la relation parentale est rompue*, Enfances, Paris, Dunod, 2015, p. 29 à 44.

¹²⁶ X. WAUTHY, « La gratuité c'est -le vol- payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », in A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE (dirs.), *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 51 à 81.

¹²⁷ *Ibid*, p. 64.

collecte et l'exploitation des données. De plus, tout comme l'explique très clairement le professeur Wauthy, pour avoir accès à cette communauté en ligne, une connexion Internet est nécessaire, ainsi qu'un appareil technologique, un écran, etc. Facebook n'est donc pas complètement gratuit car il existe des dépenses indirectes pour y accéder¹²⁸.

Dans le cadre de marchés à multiples versants, l'effet de réseau susmentionné est croisé c'est-à-dire que « l'utilité d'un agent économique qui appartient à un groupe donné ne dépend pas seulement du nombre de membres de ce groupe mais aussi du nombre d'agents appartenant à un autre groupe »¹²⁹. Et c'est ici que réside la proposition de valeur pour les entreprises, second client de Facebook. Il leur fournit via sa plateforme, des annonces publicitaires extrêmement ciblées. Plus le marché cible de la société sera présent sur Facebook, plus l'entreprise verra sa fonction d'utilité croître et plus elle dépensera afin de s'y assurer une visibilité importante.

Facebook prétend que grâce à une publicité sur le site, un marketeur peut atteindre jusqu'à six millions et demi de Belges, ce qui représente 66% des plus de treize ans. En 2019, les entreprises ont augmenté leur budget de publicité sur les réseaux sociaux de 18% par rapport à l'année précédente et 67,4 milliards de dollars ont été dépensés en publicités seulement sur Facebook¹³⁰.

Ce second segment de clientèle de la plateforme numérique est un marché de niche. Il est composé d'un nombre incalculable de petites et moyennes entreprises ainsi que de multinationales ayant toutes un besoin spécifique différent puisqu'elles ciblent toutes un marché un tantinet distinct. Facebook applique alors un second modèle économique type : celui de la longue traîne.

En anglais *long tail*, ce concept a été théorisé par Chris Anderson en 2004. Ce modèle est présent dans l'industrie des médias, lorsque les produits offerts sont numériques – ce qui est ici le cas de la publicité ciblée. Son principe est simple : « vendre moins de plus »¹³¹. Il remet en cause la loi de Pareto selon laquelle « quatre-vingt pour cent du chiffre d'affaire provient de

¹²⁸ *Ibid*, p. 64.

¹²⁹ A. ANCIAUX, J. FARCHY et C. MÉADEL, « L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 13.

¹³⁰ *We are social et Hootsuite*, « Digital 2020 Global Overview Report », disponible sur www.wearesocial.com, janvier 2020 – Voy. Annexe VI.

¹³¹ *Ibid*, p. 67.

la vente de vingt pour cent de marchandises »¹³². Anderson démontre que « la vente en quantité limitée d'un grand nombre de produits de niche »¹³³ peut être aussi bénéfique que la vente en grande quantité d'un petit nombre de produits phares.

Les entreprises désireuses d'accroître leur visibilité vont créer des spots publicitaires, du contenu sponsorisé que Facebook va alors diffuser en quantité limitée sur les fils d'actualité des utilisateurs susceptibles d'être intéressés par le produit de la marque. La réussite du réseau social repose sur son gigantesque marché de niche composé d'entreprises achetant très peu d'espace publicitaire.

Cependant, le principe des 80/20 ne peut être remis en cause au profit du *business model* de la longue traîne que lorsque trois facteurs sont réunis¹³⁴. Ce qui est en théorie le cas dans le secteur des médias. Le premier des éléments est la démocratisation des outils de production. La baisse des coûts des instruments de création de contenu a ouvert cette possibilité aux amateurs, ce qui a augmenté considérablement le nombre de produits sur le marché, ce qui a allongé la traîne. Deuxièmement, la démocratisation de la distribution grâce à Internet a largement augmenté la diffusion du contenu numérique et a donné ainsi un meilleur accès aux niches. Le troisième élément est la baisse des coûts de recherche pour mettre en relation l'offre et la demande. Grâce aux moteurs de recherche, le consommateur peut facilement avoir connaissance de tous les produits de niche existants et correspondants davantage que l'article « vedette » à son besoin spécifique.

Avant de clôturer cette brève analyse du *business model* de Facebook, il reste une question : combien un internaute rapporte-t-il à Facebook ?

Suite à l'effet de réseaux croisés tel que développé *supra*, la valeur des internautes dépend du nombre de personnes présentes sur la plateforme. En effet, plus il y a de membres dans la communauté, plus le service de publicités ciblées sera attractif pour les entreprises autres que Facebook et plus chaque membre sera valorisé.

Le revenu moyen par utilisateur est une mesure essentielle qui permet de connaître la valeur de chaque utilisateur pour le réseau social. Il se calcule en divisant le revenu total dans

¹³² A. DE SAEGER et A.-C. CADIAT, *Chris Anderson et la longue traîne : Le business model du web.*, 2015.

¹³³ *Ibid.*, p. 68.

¹³⁴ *Ibid.*

une zone géographique donnée au cours d'un trimestre donné par la moyenne du nombre d'utilisateurs actifs mensuels dans cette zone géographique au début et à la fin du trimestre¹³⁵.

Il est important d'observer que le revenu moyen par utilisateur inclut toutes les sources de revenus, y compris ceux d'Instagram et de WhatsApp ; des applications très populaires détenues par le groupe Facebook. Alors que pour définir le nombre d'utilisateurs actifs mensuels, il n'est fait référence qu'à ceux de l'application Facebook et Messenger. Cela a pour conséquence que « la capacité de monétisation de Facebook pourrait également être due en partie à l'augmentation des revenus provenant d'autres plateformes telles que WhatsApp et Instagram »¹³⁶.

Dans le rapport annuel déposé auprès de la *Securities and Exchange Commission*, c'est-à-dire l'autorité américaine des services et marchés financiers, Facebook définit l'utilisateur actif mensuel comme l'individu enregistré qui a visité le site Internet ou s'est connecté sur l'application Messenger au cours des 30 derniers jours à compter de la date de mesure¹³⁷.

Le revenu moyen par utilisateur annuel mondial en 2019, qui est obtenu par la somme des revenus moyens trimestriels par utilisateur de cette année, était de 29,25 dollars américains, soit une augmentation de 17% par rapport à 2018¹³⁸.

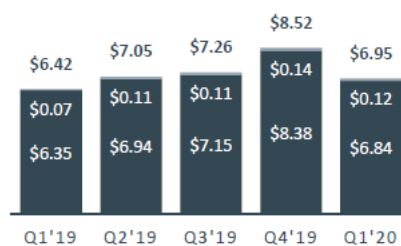


Figure 3. Revenu moyen par utilisateur

Cependant, si l'on observe ce chiffre de plus près, nous remarquons qu'il diffère fortement en fonction de la zone géographique de référence.

¹³⁵ Voir le dernier rapport annuel de Facebook déposé auprès de la *Securities and Exchange Commission*, disponible sur <https://investor.fb.com/financials/?section=secfilings>.

¹³⁶ Traduction libre de G. CUOFANO, « ARPU : this is how much you're worth to Facebook », disponible sur <https://fourweekmba.com>, s.d., consulté le 07 juin 2020.

¹³⁷ Voir le dernier rapport annuel de Facebook déposé auprès de la *Securities and Exchange Commission*, disponible sur <https://investor.fb.com/financials/?section=secfilings>.

¹³⁸ Voir les comptes consolidés de la société Facebook, disponible sur <https://investor.fb.com>, 29 avril 2020.

Les recettes et le revenu moyen par habitant dans des régions comme soit les États-Unis et le Canada¹³⁹, soit l'Europe sont relativement plus élevés, principalement en raison de la taille et de la maturité des marchés de la publicité en ligne. Par exemple, le revenu moyen par utilisateur en 2019 dans la région des États-Unis et du Canada était plus de onze fois plus élevé que dans la région Asie-Pacifique. En effet, un américain vaut 139,35 dollars américains alors qu'un Asiatique vaut 12,63 dollars américains¹⁴⁰.

Facebook Average Revenue per User (ARPU)



Figure 4. Revenu moyen par utilisateur

Selon les chiffres les plus récents, Facebook a monétisé un Européen à 10,64 dollars américains au premier trimestre 2020 alors qu'un Américain lui a rapporté 34,18 dollars américains.

Section 3.- Conclusion

Comme nous l'avons observé dans l'introduction, les données à caractère personnel font l'objet d'opérations contractuelles. Ceci à deux niveaux : d'abord par les individus eux-mêmes

¹³⁹ Ces deux pays sont repris en un groupe dans les analyses de Facebook.

¹⁴⁰ Voir les comptes consolidés de la société Facebook, disponible sur <https://investor.fb.com>, 29 avril 2020.

qui échangent leurs données à caractère personnel, souvent inconsciemment, contre un service ; ensuite, par les entreprises qui réalisent un véritable commerce de données. Il en existe trois sortes : celles qui collectent cet or noir numérique, celles qui les agrègent pour les vendre et enfin celles qui en ont besoin pour leur marketing ou leur activité principale. Ces fonctions peuvent être regroupées dans une seule entreprise comme c'est le cas pour Facebook, organisme qui collecte, agrège et utilise les données pour réaliser une publicité ciblée efficace.

Afin de mieux comprendre cette exploitation des données en pratique, nous avons analysé le cas de l'entreprise Facebook et son *business model*. Celui-ci s'intègre dans le cadre de l'économie de plateforme dont nous avons également touché un mot. Le modèle d'entreprise de Facebook repose sur deux modèles types : celui de l'économie de plateforme d'une part et celui de la longue traîne théorisé par Chris Anderson d'autre part. Nous avons observé que le chiffre d'affaire du réseau social est essentiellement constitué de revenus publicitaires réalisés grâce à sa gigantesque et unique base de données à caractère personnel.

Dans le chapitre suivant, nous répondrons à la question de la légalité de cette exploitation des données à caractère personnel. Le droit pose-t-il certaines limites ? De quel ordre sont-elles ?

Chapitre 3.- Le cadre juridique

Dans le chapitre précédent, nous traitons de l'utilisation des données à caractère personnel à des fins publicitaires dans le cadre de l'analyse du modèle économique de Facebook. Que dit le droit à ce propos ? Quelles sont les limites juridiques à l'exploitation des données à caractère personnel ?

Dans un premier temps, nous analyserons les obstacles dressés par le législateur européen à l'encontre du commerce des données à caractère personnel (Section 1). Ensuite, nous envisagerons la nouvelle directive européenne validant le modèle économique « données contre service » (Section 2).

Section 1.- Les limites juridiques à l'exploitation des données à caractère personnel

Déjà au vingtième siècle, la protection des données à caractère personnel était considérée comme un droit fondamental des Européens. Nous analyserons brièvement les différents textes consacrant ce droit ainsi que leur influence sur l'exploitation des données à caractère personnel (*I.-*). Afin de garantir une perspective historique, nous nous pencherons sur la directive 95/46/CE dans le but de déterminer si elle constituait – ou non – une entrave à la commercialisation du nouvel or noir (*II.-*). Enfin, nous examinerons la protection octroyée par le règlement général sur la protection des données en gardant en tête ce même objectif (*III.-*).

I.- Un droit fondamental

La protection de la vie privée a été consacrée comme un droit fondamental par la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴¹. Comme mentionné dans l'introduction, les données à caractère personnel sont des mines d'informations relatives à la personne physique, son mode de vie, son orientation sexuelle, son lieu de travail, sa géolocalisation, etc. Par conséquent, la sauvegarde de la vie privée passe par celle des données des personnes.

En 2000, le législateur européen a franchi une étape supplémentaire en reconnaissant explicitement dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne la protection des données à caractère personnel comme un droit fondamental¹⁴². Il lui a donné force contraignante lors de la signature du traité de Lisbonne en 2007.

Deux traités européens reconnaissent donc en la protection des données à caractère personnel un droit fondamental des personnes physiques. Cela constitue-t-il une entrave à la conclusion de conventions relatives à leur exploitation ?

Pour y répondre, nous nous référons à la réflexion de Jean-Ferdinand Puyraimond et Alain Strowel dans leur contribution à l'ouvrage « les droits intellectuels, entre autres droits – Intersections, interactions et interrogations »¹⁴³. Ils mentionnent deux exemples de droits fondamentaux faisant déjà l'objet de dispositions contractuelles sans que cela ne soit contesté par la doctrine.

La première illustration provient de la liberté d'entreprendre, assise de notre capitalisme. Elle est citée à l'article 16 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Elle fait également l'objet de conventions limitant sa portée. La plus importante de toutes est la clause de non-concurrence ; à condition qu'elle soit définie d'un point de vue géographique, temporel et quant à son objet, qu'elle poursuive un but légitime et ne soit pas disproportionnée, elle est tout à fait licite¹⁴⁴.

¹⁴¹ Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mars 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961 (ci-après : CEDH).

¹⁴² Article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000.

¹⁴³ UB3 *et al.* (éds.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019.

¹⁴⁴ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*, p. 280.

Le droit à l'image en est la seconde illustration. Celui-ci est reconnu comme un droit de la personne et est protégé au titre de la sauvegarde de la vie privée. Néanmoins nombreux sont les contrats d'exploitation de l'image. Ils sont parfaitement admis pour autant que la personne concernée y ait donné son autorisation spécifique. Une cession globale du droit à l'image est nulle¹⁴⁵.

Du fait que la protection des données à caractère personnel soit reconnue comme un droit fondamental ne peut pas découler l'impossibilité que ces données soient l'objet de contrats. Les considérations quant à la liberté d'entreprise et le droit à l'image démontrent qu'un droit fondamental peut être restreint par une disposition contractuelle à condition qu'il n'y ait pas une renonciation absolue à la prérogative. Celle-ci serait nulle.

Ainsi que l'explique le professeur Léonard, « lorsque la personne concernée 'exploite' ses données, elle ne fait jamais qu'exercer ses libertés individuelles en décidant, lorsque la loi lui permet, si oui ou non elle laisse autrui exploiter ses données et dans quelles conditions »¹⁴⁶.

II.- Perspective historique : la première directive

La directive 95/46/CE relative à « la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » est l'ancêtre du RGPD.

Avant 1995, le seul instrument régissant la protection des données à caractère personnel était la convention européenne des droits de l'homme. Mais cette protection était loin d'être suffisante, sachant qu'elle ne visait pas explicitement les données à caractère personnel mais seulement la vie privée.

La rédaction de la directive 95/46/CE fut compliquée en raison d'une opposition conséquente entre deux parties¹⁴⁷. La vision outre-Atlantique partagée par quelques Européens considère que les données sont de simples marchandises de l'économie numérique. Elles ont de

¹⁴⁵ *Ibid*, p. 281.

¹⁴⁶ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 671.

¹⁴⁷ M.-C. PONTHEUREAU, « La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 125 à 150.

la valeur et devraient pouvoir être monétisées en tant qu'intrant d'un système de production. L'autre camp ne peut dissocier les données de la personne à laquelle elles se rapportent. Il souhaite une protection maximale de l'individu contre les géants du net qui extraient ces informations.

De plus en plus, les différents Etats membres de la Communauté ont adopté des actes nationaux visant à réguler l'exploitation des données à caractère personnel. Ceux-ci ne s'articulaient malheureusement pas ensemble et dès lors constituaient des obstacles à l'économie naissante du numérique.

Une intervention législative était indispensable et l'Europe a finalement décidé de considérer les données à caractère personnel comme un droit de la personne. Le législateur souhaite toutefois promouvoir l'économie numérique de l'Union en encourageant la libre circulation des données. Il réalise ce délicat exercice par l'octroi d'un certain nombre de droits aux individus qui ne les rendent non pas propriétaires de leurs données mais leur accordent une certaine autonomie. Dans les exposés des motifs, le législateur européen insiste sur le fait que « l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur dans lequel (...) la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée, nécessitent non seulement que des données à caractère personnel puissent circuler librement d'un Etat membre à l'autre, mais également que les droits fondamentaux des personnes soient sauvegardés »¹⁴⁸.

Les personnes physiques se voyaient donc octroyer un faisceau de droits, parmi lesquels : le droit de consentir indubitablement au traitement des données, le droit d'être informées sur l'existence d'un traitement de données à caractère personnel, le droit d'accès à ces données, le droit d'opposition quant au traitement de données les concernant, le droit de rectification en cas de données incorrectes, le droit à la qualité des données traitées et à la collecte pour des finalités déterminées, etc¹⁴⁹.

Nous en déduisons donc que le législateur ne s'oppose pas à une exploitation des données à caractère personnel tant que les droits des personnes physiques sont respectés.

¹⁴⁸ Considérant 3 de la directive 95/46/CE.

¹⁴⁹ Article 7 (a), 10, 12, 14 et 6 de la directive 95/46/CE.

III.- Le règlement général sur la protection des données à caractère personnel

A.-Esprit du texte

Le règlement 2016/679 a été rédigé dans le même esprit que la précédente directive tout en comblant ses lacunes. En effet, dès lors que la directive a laissé une marge de manœuvre aux Etats-membres afin d'atteindre les objectifs fixés, des disparités sont apparues quant à la mise en œuvre des moyens. Elles ont eu des incidences sur la libre circulation des données¹⁵⁰. Le manque de clarté a donné lieu à une insécurité juridique et un sentiment de risque pour la protection des personnes physiques. Or, l'évolution des technologies a permis une généralisation de l'utilisation des données par les entreprises publiques et privées afin d'améliorer leurs produits ou services.

Ainsi, ayant en tête le développement efficace du marché économique européen, le législateur européen a mis au point le règlement général sur la protection des données. Le but est donc double. D'une part, il veut s'assurer que les personnes concernées ont connaissance du traitement de leurs données et y ont consenti. D'autre part, il installe un cadre juridique effectif qui permet la libre circulation des données afin d'obtenir une Europe concurrentielle sur le marché numérique¹⁵¹.

Pour réaliser ces objectifs, le législateur a continué dans le même esprit que la directive 95/46/CE. Il n'est toujours pas question de propriété sur les données à caractère personnel mais bien d'accorder des prérogatives aux individus afin qu'ils aient de meilleures armes pour se défendre contre les géants monopolistes du net.

B.- Les prérogatives de la personne physique et plus spécifiquement, le droit à la portabilité des données

Le RGPD va plus loin en matière de protection des individus que la précédente directive. En plus de garantir tous les acquis antérieurs des personnes physiques, il instaure un système

¹⁵⁰ Voir le considérant 9 du RGPD.

¹⁵¹ Voir les considérants 6, 7 et 9 du RGPD.

de responsabilisation des organisations et crée de nouveaux droits : le droit à l'oubli numérique et le droit à la portabilité des données¹⁵².

Selon Alain Strowel, la création de ce dernier privilège renforce la marchandisation des données personnelles¹⁵³. L'article 20 définit la consistance de ce droit comme suit : « les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel *les concernant* qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle »¹⁵⁴. Il permet donc à tout un chacun de transporter ses données personnelles d'une plateforme à une autre.

L'objectif de ce droit est double¹⁵⁵. Premièrement, il permet de « lutter contre les positions dominantes de certains détenteurs de données personnelles »¹⁵⁶. Les consommateurs ne sont plus bloqués chez un prestataire de service géant comme Google ou Facebook¹⁵⁷. Cela permet une meilleure concurrence et donc une meilleure circulation des données. Secondement, le droit à la portabilité des données « représente une opportunité de « rééquilibrer » la relation entre les personnes concernées et les responsables de traitements »¹⁵⁸ car il augmente l'autonomie des personnes physiques. En autorisant leur transfert d'un opérateur à un autre, les données deviennent des biens échangeables et transférables. Le législateur promeut donc leur marchandisation¹⁵⁹.

Bien que l'Europe ait choisi de ne pas conférer de droit de propriété sur les données à caractère personnel, par cette consécration du droit à la portabilité des données, « l'extension des prérogatives des individus sur leurs données révèle l'essor du modèle propriétaire »¹⁶⁰.

¹⁵² A. ANCIAUX, J. FARCHY et C. MÉADEL, « L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles », *op. cit.*, p. 34 – 35.

¹⁵³ A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 251 à 268.

¹⁵⁴ Article 20 du RGPD, nous soulignons.

¹⁵⁵ M. KNOCKAERT et T. TOMBAL, « Quels droits sur les données ? », *op. cit.*

¹⁵⁶ A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 251 à 268, spéc. p. 263.

¹⁵⁷ M. KNOCKAERT et T. TOMBAL, « Quels droits sur les données ? », *op. cit.*

¹⁵⁸ Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données », WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

¹⁵⁹ A. STROWEL, « Les données : des ressources en quête de propriété. », *op. cit.*

¹⁶⁰ *Ibid.*

C.-Des contrats sur les données ?

Peut-on, selon le RGPD, réaliser des conventions dont les données à caractère personnel en sont l'objet ?

L'article 6 du RGPD énumère de façon exhaustive les hypothèses dans lesquelles le traitement de données à caractère personnel est licite. Dans le cadre d'une relation contractuelle, trois fondements sont envisageables par le responsable souhaitant exploiter les données : le consentement, la nécessité contractuelle et la balance des intérêts.

Ces bases de licéité des traitements s'excluent-elles mutuellement¹⁶¹ ? Selon l'incipit de la disposition, « un traitement n'est licite que si [...] *au moins une* des conditions suivantes est remplie »¹⁶², nous concluons ainsi par la négative en affirmant que plusieurs fondements peuvent se cumuler.

Néanmoins, le groupe 29 a répondu par la positive à cette question dans l'hypothèse où le traitement repose sur le consentement de la personne concernée : « le responsable du traitement ne peut passer du consentement à une autre base juridique »¹⁶³. Pourquoi exclure mutuellement les bases de licéité de traitement dans cette hypothèse ? Pour éviter d'accorder aux individus un droit de retrait du consentement sans consistance. En effet, imaginons la situation inverse où plusieurs fondements seraient acceptés. Le responsable obtient le consentement au traitement des données à caractère personnel et fonde son activité dessus. Malgré le retrait par la suite du consentement de la personne physique, le responsable pourrait continuer l'exploitation des données en modifiant le fondement à sa meilleure convenance ; ce qui serait déloyal envers la personne concernée.

Nous allons à présent analyser chacun des trois fondements séparément. Notons dès à présent que lorsque la preuve de la licéité du traitement a été apportée, plus rien ne reste dans le chemin de l'exploitation – commerciale – des données à caractère personnel.

¹⁶¹ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 661.

¹⁶² Article 6 du RGPD, nous soulignons.

¹⁶³ Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », WP 259 rev.01, 10 avril 2018, p. 27.

1. Le consentement

Le consentement de la personne concernée est défini comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »¹⁶⁴.

Le consentement était déjà une base de licéité du traitement avant le RGPD mais ses conditions ont été renforcées. Nous allons les analyser une à une.

Le consentement doit être libre. Ceci « renvoie à la réalité du choix de la personne concernée. Elle ne peut se sentir « obligée » de consentir – ce qui peut arriver si, par exemple, elle est dans un lien de subordination – et ne peut devoir subir de conséquences négatives si elle refuse de consentir »¹⁶⁵.

Ensuite, le consentement doit être spécifique ; ce qui signifie que le responsable du traitement doit indiquer les finalités du traitement¹⁶⁶ et ne peut utiliser le consentement qu'à cette fin.

Le consentement doit être éclairé, « c'est-à-dire donné sur la base de toutes les informations utiles qui doivent en outre être fournies d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples »¹⁶⁷.

Enfin, le consentement doit être univoque. Il ne peut y avoir aucune raison de douter que la manifestation de la volonté de la personne concernée soit bien un consentement. Cette manifestation est réalisée ou bien par une déclaration, ou bien par un acte positif clair. C'est la raison pour laquelle un nombre phénoménal de boutons « j'accepte » sont apparus sur le Web. Le consentement ne peut plus être présumé.

¹⁶⁴ Article 4, 11° du RGPD.

¹⁶⁵ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 664.

¹⁶⁶ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

¹⁶⁷ *Ibid.* et Article 12, § 1^{er} du RGPD.

2. *La nécessité du traitement à l'exécution du contrat*

L'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement est la deuxième base envisagée qui rend un traitement licite. Toutefois, ce traitement doit être nécessaire pour l'exécution du contrat¹⁶⁸.

La nécessité est une notion autonome¹⁶⁹ interprétée strictement¹⁷⁰.

Ici, nous n'envisageons pas les entreprises dont l'objet social est l'exploitation des données à caractère personnel mais celles qui utilisent les données afin d'exécuter leur prestation¹⁷¹.

Prenons le géant de référence en matière de vente de vêtements en ligne : Zalando. Une fois la commande passée, vous l'attendez à la maison. Pour pouvoir vous livrer, il est nécessaire que Zalando traite votre adresse.

Sans cette base, une personne concernée de mauvaise foi pourrait également bloquer l'exécution d'une convention qu'elle a conclue. Par exemple, elle pourrait alors ne pas consentir au traitement de ses données bancaires dans le but du non-paiement de sa commande¹⁷².

Cécile de Terwangne a réalisé une liste non-exhaustive de contrats pour lesquels le traitement des données est nécessaire : « contrat de travail, contrat d'ouverture de compte ou d'octroi de crédit signés avec une banque, ceux passés avec une compagnie d'assurance, un site de vente à distance ou un voyageur »¹⁷³. A l'opposé, « la mise en place de caméras de surveillance dans les différentes zones d'une banque ne peut être jugée nécessaire à l'exécution des contrats liant la banque à ses clients. De même, la promotion par une agence de voyage des city-trips qu'elle organise auprès de ses clients ayant réservé par ses soins un voyage à Barcelone ne peut être considéré comme nécessaire à l'exécution du contrat de voyage relatif à

¹⁶⁸ *Ibid.*, p. 271.

¹⁶⁹ C.J.C.E. (gde ch.), arrêt Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland, 16 décembre 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724, point 52.

¹⁷⁰ Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », WP 259 rev.01, 10 avril 2018, p. 9 ; CEPD, « Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6, (1), (b), GDPR in the context of the provision of online services to data subjects », 8 octobre 2019.

¹⁷¹ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

¹⁷² *Ibid.*

¹⁷³ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 87 à 142, spéc. p. 133.

Barcelone »¹⁷⁴. Attention, il ne faut pas en tirer la conclusion que ces traitements sont illégaux. Ils sont licites à condition que le responsable du traitement ait obtenu le consentement des personnes concernées.

3. La balance des intérêts

Dernier fondement légitimant un traitement de données à caractère personnel envisagé dans le cadre de ce travail : « la balance des intérêts ». Une mise en balance est réalisée entre les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers d'une part, et les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel d'autre part. Dans l'hypothèse où les premiers priment sur les seconds, alors le traitement sera considéré comme licite.

Attention, cette base de licéité ne doit pas « constituer une porte ouverte à tout traitement »¹⁷⁵. Dans quelles hypothèses ce fondement pourra-t-il être invoqué ? La mise en place de caméras de surveillance dans les différentes zones d'une banque par exemple pourra être justifiée par des intérêts légitimes supérieurs de l'agence bancaire¹⁷⁶.

IV.- Conclusion

Le législateur européen n'a jamais eu pour objectif d'interdire l'exploitation des données à caractère personnel. Il encourage même leur libre circulation à travers le récent règlement en la matière. Il refuse cependant de les traiter comme une marchandise ordinaire du fait de leur lien avec l'individu qu'elles concernent. Dès lors, il a accordé des prérogatives aux personnes physiques afin qu'elles puissent gérer leurs données vis-à-vis principalement des plateformes numériques.

Le fait que la protection de ces données soit vue comme un droit fondamental des personnes physiques n'empêche pas leur traitement. Mais il faut pour cela qu'il soit licite et

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*, p. 278.

¹⁷⁶ C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », *op. cit.*, p. 133.

donc basé sur une des hypothèses de l'article 7. Dans la majorité des cas, la personne concernée donnera son consentement. Il existe néanmoins d'autres bases intéressantes pour l'exploitant.

Dans la section suivante, nous ferons un pas de plus dans le raisonnement en analysant le modèle, si répandu sur le net, et notamment utilisé par Facebook, « données contre services ».

Section 2.- Le nouveau modèle d'entreprises validé par l'Union européenne : « données contre services »

Une fois l'abonnement d'accès à Internet payé, un nombre phénoménal de services est disponible gratuitement en ligne – réception d'e-mails, visionnage de vidéos, connexion aux réseaux sociaux, etc. Mais cette gratuité n'est pas réelle. En échange de l'accès à ces services ou contenus numériques, le consommateur livre ses données à caractère personnel¹⁷⁷.

C'est cet échange qui rend les plateformes d'accès libres rentables : elles structurent les données reçues, les stockent dans des bases de données puis vendent un service de publicité ciblée pour lequel les opérateurs commerciaux sont prêts à payer¹⁷⁸.

Le modèle « contenu/service numérique contre données personnelles » est ce qui a rendu possible le web 2.0 où les utilisateurs paient donc *de facto* un « prix » pour accéder aux contenus/services numériques : leurs données à caractère personnel. C'est exactement le fonctionnement de Facebook. Les membres de la communauté ne peuvent en faire partie que s'ils communiquent un minimum d'informations les concernant.

Le législateur européen n'a pas voulu faire l'autruche face à cette réalité. Au travers de la directive 2019/770, il a reconnu l'existence de ce modèle économique. Son objectif est d'ainsi pouvoir réguler cet échange.

Dans un premier temps, nous présenterons ce nouvel instrument législatif – l'objectif du législateur, sa portée générale, etc. (*I.-*). Ensuite, nous envisagerons sa relation avec le RGPD (*II.-*). Nous analyserons la problématique de licéité du traitement (*III.-*). Puis, nous terminerons

¹⁷⁷ Nous renvoyons à l'illustration de l'application Google Agenda au *I.-* de la section 1 du chapitre 2.

¹⁷⁸ X. WAUTHY, « La gratuité c'est -le vol- payant ! », *op. cit.*, p. 72.

en observant l'avancée des travaux préparatoires concernant la transposition de la directive en droit belge (IV.-).

I.- La directive 2019/770/UE sur les contrats de fournitures de contenus numériques

La directive 2019/770 relative à certains aspects concernant des contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques¹⁷⁹ « est le premier texte européen qui envisage de front le cas d'une exploitation de données par la personne concernée elle-même qui obtiendrait alors un service en contrepartie de l'accès et de l'utilisation des données ultérieure par le prestataire de service »¹⁸⁰.

A.- Ratio legis

Le législateur européen est dans le même état d'esprit que celui de la rédaction du RGPD : il veut à tout prix stimuler l'économie numérique de l'Union¹⁸¹. Son objectif est similaire : augmenter la protection des consommateurs afin de réaliser un véritable marché unique numérique¹⁸².

Le législateur veut pallier deux problèmes. En premier lieu, il veut supprimer les disparités entre les règles nationales impératives en matière de droit des contrats de consommation qui mènent à des surcoûts pour les entreprises, en particulier les petites et moyennes entreprises¹⁸³. La seconde difficulté est le manque de confiance des consommateurs lorsqu'ils effectuent des achats transfrontaliers en ligne. Il y a une lacune de ceux-ci quant à la maîtrise de leurs droits contractuels et le manque de cadre juridique limpide en matière de contenus numériques ou de services numériques n'aide pas¹⁸⁴.

¹⁷⁹ Directive (UE) 2019/770 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques, *J.O.U.E.*, L 136, 22 mai 2019 (ci-après : directive contenu numérique).

¹⁸⁰ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 677.

¹⁸¹ Voir, entre autres, le premier considérant de la directive contenu numérique.

¹⁸² Voir le considérant 3 de la directive contenu numérique.

¹⁸³ Voir le considérant 4 de la directive contenu numérique.

¹⁸⁴ Considérant 5 de la directive contenu numérique.

Pour le législateur la solution réside dans une harmonisation complète des droits du consommateur en ce qui concerne la fourniture de contenus ou de services numériques, ce qui devrait, sans aucun doute, augmenter la sécurité juridique¹⁸⁵ et, par effet ricochet, baisser les surcoûts pour les entreprises. L'article 4 de la directive contenu numérique impose d'ailleurs aux Etats-membres de supprimer toutes dispositions nationales divergentes.

B.- Champ d'application

L'article 3 délimite la portée de la directive contenu numérique. Celle-ci s'applique à toute convention dont l'objet est un contenu ou un service numérique et pour lequel le consommateur doit acquitter un prix ou fournir ses données à caractère personnel à un professionnel.

Elle ne s'applique pas dans l'hypothèse où les données fournies « sont exclusivement traitées par le professionnel pour fournir le contenu ou le service numérique » ou « pour permettre au professionnel de remplir les obligations légales qui lui incombent »¹⁸⁶. En résumé, elle ne s'applique pas lorsque les données sont nécessaires à l'exécution du contrat. Pour de plus amples informations sur ces hypothèses, nous renvoyons aux développements de Cécile de Terwangne mentionnés *supra*¹⁸⁷

La disposition continue avec une liste d'exceptions qui ne sont pas essentielles dans le cadre de ce travail.

C.- Définitions

Le droit européen étant autonome, la directive a défini une série de concepts primordiaux pour sa compréhension en son article 2.

D'abord, pour l'application des nouvelles règles, la convention doit avoir lieu entre un professionnel et un consommateur.

¹⁸⁵ Considérant 6 de la directive contenu numérique.

¹⁸⁶ Article 3, (1), alinéa 2 de la directive contenu numérique.

¹⁸⁷ Sous le point 2, du point C du *III.*-, de la section 1 du présent chapitre.

Le professionnel est « toute personne physique ou morale, qu'elle soit publique ou privée, qui agit, y compris par l'intermédiaire d'une autre personne agissant en son nom ou pour son compte, à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale en ce qui concerne des contrats relevant de la présente directive »¹⁸⁸. Facebook étant une personne morale privée agissant en son nom et pour son compte dans un but lucratif est un professionnel aux yeux de la directive contenu numérique.

Le consommateur est défini *a contrario*. De plus, le considérant 17 précise que dans l'hypothèse de contrat mixte, « lorsque le contrat est conclu à des fins qui n'entrent *qu'en partie* dans le cadre de l'activité professionnelle de l'intéressé et lorsque la finalité professionnelle est si limitée qu'elle n'est *pas prédominante* dans le contexte global du contrat, cette personne devrait également être considérée comme un consommateur »¹⁸⁹. Il n'y a donc aucun doute que tout membre lambda du réseau social correspond à cette définition.

Ensuite, l'objet de la convention est soit un contenu numérique, soit un service numérique.

Le contenu numérique vise les « données produites et fournies sous forme numérique »¹⁹⁰. Citons à titre d'illustrations les fichiers vidéos, musicaux, audios, les livres électroniques ou bien les jeux numériques.

Le service numérique est un service permettant au consommateur soit la création, le traitement, le stockage ou l'accès à un contenu numérique, soit le partage ou toute autre interaction avec des données sous forme numérique qui sont téléversées ou créées par le consommateur ou d'autres utilisateurs de ce service. Concrètement, ce sont majoritairement les médias sociaux – Facebook, messagerie en ligne, etc. – qui sont visés.

En ce qui concerne la définition des données à caractère personnel, le législateur renvoie au RGPD.

Au vu de ces définitions, le contrat conclu entre Facebook et ses internautes est soumis aux règles de la directive contenu numérique.

¹⁸⁸ Article 2, 5° de la directive contenu numérique.

¹⁸⁹ Considérant 17 de la directive contenu numérique, nous soulignons.

¹⁹⁰ Article 2, 1° de la directive contenu numérique.

II.- Corrélation entre la directive contenu numérique et le RGPD

La relation entre la nouvelle directive et le règlement général sur la protection des données n'est pas simple. En effet, le RGPD ne contient aucune disposition faisant référence à la marchandisation des données à caractère personnel. Or, la directive contenu numérique tend précisément à réguler un modèle très présent sur le net où les données sont fournies pour obtenir l'accès à un contenu ou à un service numérique.

En 2017, le contrôleur européen de la protection des données a mis le parlement en garde « contre toute nouvelle disposition qui introduirait l'idée que les personnes peuvent payer avec leurs données de la même manière qu'elles peuvent payer avec de l'argent »¹⁹¹.

L'article 3, huitième paragraphe dispose expressément que « le droit de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel s'applique à toutes les données à caractère personnel traitées en lien avec les contrats »¹⁹² de fourniture de service ou de contenu numérique. Le second alinéa poursuit « la présente directive est sans préjudice du règlement (UE) 2016/679 [...]. En cas de conflit entre les dispositions de la présente directive et celles du droit de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel, *ces dernières prévalent* »¹⁹³. Le RGPD prévaudra donc toujours sur la directive contenu numérique en cas de divergence entre les deux législations.

Afin d'éviter toute confusion, le législateur a déclaré dans l'exposé des motifs que « les données à caractère personnel ne devraient être collectées ou traitées d'une autre manière que conformément au règlement 2016/679 »¹⁹⁴ et « le droit de l'Union relatif à la protection des données à caractère personnel énumère de manière exhaustive les fondements juridiques du traitement licite des données à caractère personnel »¹⁹⁵.

Par conséquent, aucune autre base de licéité de traitement ne peut être créée à partir de la nouvelle directive. Tout juriste se pose dès lors la question suivante : comment justifier l'exploitation réalisée entre autres par Facebook des données personnelles de ses membres reçues à titre de contrepartie contractuelle ?

¹⁹¹ CEPD, avis 4/2017, 17 mars 2017.

¹⁹² Article 3, (8), alinéa 1 de la directive contenu numérique.

¹⁹³ Article 3, (8), alinéa 2 de la directive contenu numérique, nous soulignons.

¹⁹⁴ Considérant 37 de la directive contenu numérique.

¹⁹⁵ Considérant 24 de la directive contenu numérique.

III.- Identification du fondement qui rend l'exploitation des données à caractère personnel licite

Pour rappel, dans le RGPD, parmi les différents fondements pouvant justifier un traitement de données à caractère personnel, seulement trois sont envisageables dans le cadre d'une relation contractuelle : la nécessité du contrat (A), la balance des intérêts (B) et le consentement (C). Nous les passerons en revue afin de déterminer s'ils sont des choix possibles pour le responsable du traitement.

A.- La nécessité au contrat

Tel que susmentionné¹⁹⁶, des données sont nécessaires à l'exécution du contrat lorsque sans celles-ci le professionnel ne saurait exécuter son obligation contractuelle. Par exemple, un vendeur ne saurait vous livrer l'article à domicile s'il ne peut pas traiter votre adresse privée.

Cette première base ne peut pas servir dans le cadre d'un contrat de fourniture de contenu ou service numérique. En effet, ainsi que dit précédemment, la directive contenu numérique ne s'applique pas lorsque le traitement des données à caractère personnel est nécessaire à l'exécution du contrat¹⁹⁷.

Pourquoi avoir exclu cette situation ? Cela n'avait pas de sens de la maintenir. En effet, la directive est là pour réguler la situation dans laquelle un professionnel offre un contenu ou un service numérique en échange des données à caractère personnel du consommateur. Cependant s'il y avait déjà accès, car nécessaires à l'exécution du contrat, pourquoi monnayer son service contre celles-ci¹⁹⁸ ?

B.- La balance des intérêts

Ce fondement est excessivement large et pourrait s'appliquer en matière contractuelle. Cependant, il requiert de mettre en balance les intérêts du responsable du traitement et ceux de

¹⁹⁶ Voir le point 2 du point C du III.- de la section 1 du présent chapitre.

¹⁹⁷ Article 3, (1), alinéa 2 de la directive contenu numérique.

¹⁹⁸ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*

la personne concernée. Plus le traitement sera invasif, plus les intérêts du second domineront et ce fondement ne suffira pas à légitimer l'exploitation des données à caractère personnel¹⁹⁹.

Pour mieux comprendre ce fondement, prenons une illustration *a contrario* où il ne suffirait pas à justifier le traitement : l'hypothèse du « profilage de personnes en vue de personnaliser des actions de marketing direct »²⁰⁰. Un profilage consiste à analyser les données personnelles d'un individu, par exemple ses antécédents d'achat, afin de prédire son futur comportement, par exemple les produits dont il aura besoin dans le futur. C'est comme ça qu'une jeune américaine de seize ans s'est retrouvée comme cible de publicités concernant des vêtements pour bébé. La chaîne de magasin Target avait analysé son historique d'achat et deviné qu'elle était enceinte de quelques semaines²⁰¹. Il nous semble clair que ce traitement de données est tellement invasif que les intérêts du responsable du traitement, c'est-à-dire l'augmentation de son chiffre d'affaire, ne compensent pas la violation de la vie privée de la jeune fille.

D'ailleurs, le groupe 29 exige le consentement de la personne concernée pour ce type d'utilisation²⁰².

A l'opposé, lorsque le traitement n'est pas autant invasif mais primordial pour le professionnel, il nous semble que la balance des intérêts pourrait pencher en faveur de ce dernier et légitimer ledit traitement. Pour reprendre l'illustration de Cécile de Terwangne, c'est le cas lors de « la mise en place de caméras de surveillance dans les différentes zones d'une banque ». Les intérêts de l'institution bancaire, c'est-à-dire la protection de ses employés et de ses clients ainsi que l'effet dissuasif engendré sur les potentiels malfrats, nous semble supérieur à la protection de la vie privée des personnes pouvant potentiellement être filmées.

¹⁹⁹ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

²⁰⁰ *Ibid.*

²⁰¹ M. SIGRIST, « Un homme en colère car sa fille de 16 ans reçoit des publicités lui vantant des habits de bébé », disponible sur www.ozinzen.com, 16 décembre 2015.

²⁰² Groupe de travail « Article 29 » sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, avis 06/2014, WP 217, 9 avril 2014.

C.-Le consentement

Le dernier fondement envisageable pour l'exploitation des données personnelles dans le cadre de la directive contenu numérique est le consentement de la personne qui fournit ses données.

Le consentement n'est pas une simple manifestation de volonté. Il doit être libre, spécifique, éclairé et univoque et ne peut être présumé par le silence de la personne concernée. Nous ne reviendrons pas sur ces conditions déjà analysées *supra*.

Une disposition du RGPD fait cependant débat et permet de douter que la manifestation de volonté de la personne concernée rendrait le traitement des données licite. Il s'agit du quatrième paragraphe de l'article 7. En effet, il dispose que : « [a]u moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ».

Une lecture rapide nous conduit à présumer que le consentement n'est pas libre lorsque l'exécution du contrat est directement conditionnée par celui-ci²⁰³. En effet, il y aurait un impact négatif – ne pas recevoir le service ou contenu numérique – pour la personne en cas de refus de donner son accord au traitement de ses données.

Selon cette interprétation, le législateur européen entre dans une spirale infernale où il est impossible de rendre licite le traitement des données reçues en échange d'un contenu ou d'un service numérique ; modèle qu'il a pourtant régulé et validé dans sa nouvelle directive.

C'est cependant l'interprétation stricte adoptée par les autorités de contrôle.

Jean-Ferdinand Puyraimond et Alain Strowel analysent la disposition différemment de manière à sortir de cette spirale sans issue²⁰⁴. Ils admettent que cette présomption d'invalidité du consentement est présente dans le considérant 43 du RGPD. Néanmoins, cela ne reste qu'un souhait du législateur qui n'en a pas fait une présomption légale. En effet, il a inscrit « il y a

²⁰³ T. LÉONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*

²⁰⁴ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*, p. 292.

lieu de tenir *le plus grand compte* »²⁰⁵. Il est par conséquent demandé au juge d'accorder une grande importance à la liberté du consentement dans cette hypothèse sans toutefois l'obliger à déclarer la manifestation de volonté nulle. L'interpréter autrement reviendrait à « faire prévaloir un texte sans force obligatoire sur un autre ayant bel et bien cette force »²⁰⁶.

Nous pouvons ainsi lire l'article 7, quatrième paragraphe *a contrario* : « le consommateur peut donner son consentement à l'utilisation des données en échange de la conclusion d'une convention »²⁰⁷. Dès lors, lorsque le consommateur souhaite échanger ses données contre un contenu ou un service numérique, le traitement réalisé par le professionnel sera licite pour autant que le consommateur ait donné son consentement.

Concrètement, cela signifie que le *business model* de Facebook a été légalisé par la directive contenu numérique. A condition qu'il obtienne le consentement de la personne physique, il peut exiger qu'elle lui fournisse ses données personnelles en échange de l'accès au contenu du réseau social.

IV.- Transposition de la directive

Les Etats membres ont jusqu'au premier juillet 2021 pour transposer la directive contenu numérique. Les nouvelles dispositions nationales pourront être appliquées à partir du premier janvier 2022²⁰⁸.

Au 30 juin 2020, l'Etat belge n'a encore fait aucune démarche dans ce sens.

Section 3.- Conclusion

En conclusion de cette analyse du cadre légal de la protection des données à caractère personnel, nous aimerions faire un parallèle avec l'évolution du droit à l'image.

²⁰⁵ Article 7, (4) du RGPD, nous soulignons.

²⁰⁶ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

²⁰⁷ *Ibid*, p. 293.

²⁰⁸ Article 24, (1) de la directive contenu numérique.

La protection de la vie privée est un droit qui est apparu fondamental en raison de deux inventions : l'imprimerie et la photographie. Samuel D. Warren, avocat américain, épousa une fille de sénateur. Il n'apprécia pas la diffusion de son mariage à la une du *New York Times* et du *Washington Post*. C'est avec son collègue et ami, Louis D. Brandeis, qu'ils écrivirent un article dans le *Harvard Law Review* intitulé « *The right to privacy* »²⁰⁹.

La protection de la vie privée étant née, le droit à l'image a rapidement pris le pas. Un des premiers arrêts fut rendu en 1966 et concernait la célèbre actrice Brigitte Bardot. Elle se prélassait, sans beaucoup de tissu, sur sa plage privée lorsqu'un paparazzi l'a photographiée. Elle a saisi le juge sur base d'une violation de sa vie privée et plus particulièrement de son droit à l'image. Le magistrat lui a donné raison. Il a précisé que le fait qu'elle soit, dans le cadre de son activité professionnelle, apparue dans des tenues similaires, n'enlève rien au fait qu'il s'agissait *in casu* d'une violation de sa vie privée sachant qu'en l'occurrence, elle pensait être seule²¹⁰.

Le droit à l'image est « le droit qui, pour toute représentation de l'image humaine ainsi que pour toute utilisation de cette image à des fins non autorisées, requiert l'autorisation de la personne représentée »²¹¹. Il fut l'un des premiers droits personnels.

Son caractère extrapatrimonial a été rapidement remis en cause. En effet, « il est apparu inéquitable de ne pas laisser la personne retirer le fruit de l'exploitation de son image »²¹². Même si les premiers spécialistes regrettent cette corruption du droit à l'image supposé incessible et absolu²¹³, vingt ans plus tard, il est admis que les images sont des « biens de la personnalité »²¹⁴ échangeables.

Le droit à la représentation s'est « progressivement développé sur le modèle du droit d'auteur, avec une dualité des prérogatives, le droit moral ou la composante extrapatrimoniale protégeant la sphère personnelle extériorisée dans l'œuvre, et le droit économique ou la facette

²⁰⁹ A. GAJDA, "What if Samuel D. Warren hadn't Married a Senator's Daughter : Uncovering the Press Coverage That Led to the Right to Privacy", *Michigan State Law Review*, 2008.

²¹⁰ E. VALGAEREN, « Van Brigitte Bardot tot sociale netwerksites – Enkele bedenkingen bij het recht op afbeelding en privacy », in *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, p. 259 à 268.

²¹¹ Traduction libre de L. DIERICKX, *Recht op afbeelding*, Mortsel, Intersentia, 2005.

²¹² J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

²¹³ N. CATALA, « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » *RDT civ*, 1966, p. 185, cité par B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, 1992, p. 45 et s.

²¹⁴ F. RIGAUX, *La vie privée, une liberté parmi les autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, p. 153.

patrimoniale, la capacité de faire le commerce avec le produit de l'esprit humain »²¹⁵. C'est dans cette optique que les Américains ont développé le « *right of publicity* », facette économique du « *right to privacy* »²¹⁶. Toutefois, cette dualisation ne fait pas l'unanimité. Certains auteurs, à l'instar de Dierickx, s'y opposent²¹⁷.

La société est passée d'une protection de la vie privée et de son image très élevée à une vision plus duale du droit à l'image. Vu comme un droit personnel et par conséquent incessible et extra-patrimonial, le droit à la représentation a petit à petit perdu son caractère absolu pour faire dorénavant l'objet de débat sur son caractère dual – personnel et patrimonial.

Vu l'importance commerciale dont bénéficient les données à caractère personnel, nous nous questionnons sur la possibilité que celles-ci puissent suivre le même chemin. La porte ne semble pas fermée à une vision plus américanisée des données à caractère personnel en Europe pour le futur.

²¹⁵ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*, p. 249.

²¹⁶ *Ibid.*

²¹⁷ L. DIERICKX, *Recht op afbeelding*, *op. cit.*, p. 215.

Chapitre 4.- L'impact du cadre juridique sur Facebook

Facebook est l'un des acteurs les plus importants dans le domaine de l'exploitation des données à caractère personnel. Après avoir analysé le cadre juridique de cette matière, le juriste curieux se demande comment Facebook s'acquitte de ses obligations légales.

Nous allons dans un premier temps vérifier l'application du règlement général sur la protection des données (Section 1). Ensuite nous nous pencherons sur les mesures prises par Facebook afin de se soumettre à cette nouvelle législation européenne (Section 2).

Nous tenons à avertir le lecteur qu'aucune analyse concrète de l'application de la directive contenu numérique ne sera réalisée. Les mesures la concernant ne seront pas adoptées avant le premier juillet 2021, Facebook n'a pas encore été capable de les analyser et de s'y adapter.

Section 1.- Application du RGPD à Facebook

I.- Le champ d'application matériel

Le RGPD s'applique au « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »²¹⁸.

Le traitement est défini comme « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles

²¹⁸ Article 2, (1) du RGPD.

de données à caractère personnel »²¹⁹. Dit de façon plus simple, le traitement désigne « toute utilisation des données d'une personne »²²⁰.

Dans l'introduction, nous avons déjà défini les données à caractère personnel et il ne fait aucun doute que les données présentes sur Facebook sont personnelles.

L'activité principale du réseau social est de récolter les données à caractère personnel de ses utilisateurs lors de l'inscription et lors de l'utilisation ultérieure de ses produits dans un but de ciblage commercial futur. Ceci correspond à la définition de traitement du RGPD et fait donc tomber l'entreprise dans son champ d'application.

De plus, dans le cas où un doute subsisterait, le législateur explicite clairement dans l'exposé des motifs au considérant 18 que la réglementation ne s'applique pas « aux traitements de données à caractère personnel effectués par une personne physique au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques (...). Les activités personnelles ou domestiques pourraient inclure (...) l'utilisation de réseaux sociaux et les activités en ligne qui ont lieu dans le cadre de ces activités. Toutefois, le présent règlement *s'applique aux responsables du traitement ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens de traiter des données à caractère personnel pour de telles activités personnelles ou domestiques* »²²¹. Il est clair que le législateur souhaite soumettre les réseaux sociaux au RGPD.

II.- Le champ d'application personnel

Le RGPD s'applique aux responsables du traitement et à leurs sous-traitants²²².

Le responsable du traitement est défini comme « 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 »²²³.

Deux conditions sont ainsi nécessaires pour être qualifié de « responsable du traitement ». La première est la personnalité juridique que Facebook possède de façon évidente

²¹⁹ Article 4, 2° du RGPD.

²²⁰ J.-F. PUYRAIMOND et A. STROWEL, « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », *op. cit.*

²²¹ Considérant 18 du RGPD, nous soulignons.

²²² Article 3 du RGPD.

²²³ Article 4, § 7 du RGPD.

puisque'il est une entreprise cotée en bourse. La seconde est le pouvoir de décision quant aux finalités et moyens du traitement. Ceci est une « question d'influence »²²⁴. Elle peut être légale mais « généralement, il s'agira d'une influence de fait »²²⁵. Selon l'interprétation du groupe 29, l'entité disposant du pouvoir de décision quant à l'objectif du traitement emporterait systématiquement la qualification de responsable du traitement²²⁶. Mark Zuckerberg est bien celui qui décide de la finalité du traitement des données personnelles par Facebook : retirer un profit.

Nous ne nous attarderons pas sur les notions de sous-traitants et de responsables conjoints. Ces notions nécessiteraient des développements complexes et peu pertinents dans le cadre de ce travail.

III.- Le champ d'application territorial

Le RGPD distingue la situation où le responsable du traitement est situé sur le territoire de l'Union européenne de celle où il est localisé en-dehors²²⁷. Dans le cadre de ce travail, nous ne nous intéresserons qu'à la première situation.

Le siège de Facebook est situé en Californie, Etats-Unis²²⁸. Cependant, de nombreux immeubles européens accueillent des bureaux de Facebook. Chacun a un rôle différent dans la gestion de Facebook et celui de Dublin est le plus important²²⁹. Ce dernier a d'ailleurs été choisi en 2008 comme le quartier général c'est-à-dire le siège social international²³⁰.

Le responsable du traitement est considéré comme se trouvant sur le territoire de l'Union dans le cas où il y dispose d'un établissement. A défaut d'une définition ayant force de loi, le

²²⁴ N. MICHAIL, « Le domaine d'application du GDPR : de sa portée hors de l'Union à sa mise en œuvre dans l'Union », *Revue de droit commercial belge - Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, 2019, vol. 2019, n° 1, p. 52 à 79, spéc. p. 59.

²²⁵ *Ibid.*

²²⁶ Groupe de travail « Article 29 » sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant, avis 1/2010, WP 169, 16 février 2010, p. 16.

²²⁷ Article 3 du RGPD.

²²⁸ E. PROTALINSKI, "Facebook completes move from Palo Alto to Menlo Park" disponible sur www.zdnet.com, 19 décembre 2011.

²²⁹ J.-P. MOINY, « Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2010, vol. 2010, n° 2, p. 235 à 272.

²³⁰ Facebook Newsroom, « Facebook to Establish International Headquarters in Dublin, Ireland », disponible sur www.newsroom.fb.com, 02 octobre 2008.

considérant 22 énonce que cela « suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable »²³¹, peu importe la forme juridique²³². La Cour de justice de l'Union européenne a adopté une approche concrète et non purement formelle de la notion d'établissement. Dans un arrêt de 2015, antérieur à l'application du RGPD mais toutefois pertinent puisque la précédente directive utilisait le même critère d'établissement, la Cour refuse de considérer qu'une « entreprise ne serait établie que dans le lieu où elle est enregistrée »²³³.

Dès lors que Dublin exerce effectivement l'activité de la société, nous pouvons considérer qu'il remplit les exigences posées.

Notons que Facebook a discrètement changé sa politique de confidentialité en 2015 en modifiant l'adresse de son siège social pour les utilisateurs non-européens. Celui-ci n'est plus situé en Irlande, mais aux Etats-Unis. Pourquoi ce changement ? Afin de sortir un milliard et demi d'utilisateurs du champ d'application territorial du RGPD²³⁴. En effet, l'article 3 ne différencie pas son application selon la résidence ou la nationalité. De sorte que, si le traitement a lieu dans un établissement sur le territoire de l'Union, le RGPD est applicable. En déménageant son siège, « le réseau social est revenu sur sa promesse d'offrir le même contrôle des données personnelles au monde entier »²³⁵.

IV.- Conclusion

De par l'analyse de la *ratione materiae*, *ratione personae* et *ratione loci*, nous en concluons que le RGPD est applicable au traitement des données à caractère personnel effectué par Facebook.

²³¹ Considérant 22 du RGPD.

²³² *Ibid.*

²³³ C.J., arrêt *Weltimmo s. r. o. c. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, 01 octobre 2015, C-230/14, EU:C:2015:639, point 29.

²³⁴ E. COMBIER, « Données personnelles : sur Facebook, seuls les Européens seront protégés », disponible sur www.lesechos.fr, 20 avril 2018.

²³⁵ *Ibid.*

Section 1.- Facebook respecte-t-il le RGPD ?

En janvier 2018, un tribunal allemand a condamné Facebook en raison d'un manque d'information suffisant quant à l'utilisation des données personnelles récoltées par le géant américain²³⁶. Le plaignant, responsable des contentieux à la Fédération allemande des Organisations de consommateurs (VZBV), accusait Facebook de ne pas donner accès facilement aux paramètres les moins respectueux de la vie privée et de ne pas renseigner les utilisateurs lors de leur inscription²³⁷.

En avril 2019, le Tribunal de grande instance de Paris a déclaré abusives et illicites la quasi-totalité des clauses des conditions générales d'utilisation de Facebook²³⁸.

Ces deux jugements illustrent le non-respect par cette plateforme de réseaux sociaux des dispositions relatives à la protection des données à caractère personnel.

La plateforme américaine se défend chaque fois en plaçant que ces condamnations reposent sur les anciennes conditions générales d'utilisation, modifiées depuis afin d'être en accord avec la législation européenne²³⁹.

Est-ce réellement le cas ?

Dans un communiqué de presse datant du 15 février 2018²⁴⁰, la Commission européenne reconnaît un léger avancement de la part des opérateurs de médias sociaux, dont Facebook. Tout d'abord, Facebook a accepté de modifier « les conditions limitant ou excluant la responsabilité des réseaux sociaux en ce qui concerne l'exécution du service »²⁴¹. Ensuite, il a modifié « les conditions d'utilisation obligeant les consommateurs à renoncer à des droits impératifs dont ils jouissent dans l'UE, tels que le droit de se rétracter d'un achat effectué en

²³⁶ Les Echos, « Données personnelles : Facebook condamné en Allemagne », disponible sur www.lesechos.fr, 12 février 2018.

²³⁷ *Ibid.*

²³⁸ Tribunal de grande instance de Paris, *arrêt UFC-Que Choisir c. Facebook Inc.* du 09 avril 2019, disponible sur www.legalis.net. Voir à ce propos : G. RUE, « Facebook doit changer ses conditions d'utilisation », *Bulletin juridique et social*, mai 2019, vol. 2019/629, p. 11.

²³⁹ *Ibid.* et Les Echos, « Données personnelles : Facebook condamné en Allemagne », disponible sur www.lesechos.fr, 12 février 2018.

²⁴⁰ Communiqué de presse de la Commission européenne « Les entreprises du secteur des médias sociaux doivent consentir plus d'efforts pour se conformer pleinement aux règles de l'UE en matière de protection des consommateurs », 15 février 2018.

²⁴¹ *Ibid.*

ligne »²⁴². Il a également permis aux utilisateurs de saisir la justice de leur Etat de résidence alors que, jusqu'ici, ils devaient aller devant les cours et tribunaux californiens. Enfin, il s'est rendu obligé « d'identifier les communications commerciales et les contenus sponsorisés comme tels »²⁴³.

Toutefois, la communication qui s'intitule « Les entreprises du secteur des médias sociaux doivent consentir plus d'efforts pour se conformer pleinement aux règles de l'UE en matière de protection des consommateurs » porte bien son nom. La Commission européenne y pointe les manquements des médias sociaux concernant la protection des consommateurs. En effet, nous parlons des consommateurs et non simplement des utilisateurs ; en citant l'ancienne commissaire européenne à la Justice, Vera Jourovà, « étant donné que les réseaux sociaux sont utilisés comme des plateformes publicitaires et commerciales, ils doivent respecter pleinement les règles de protection des consommateurs »²⁴⁴.

En 2018, le leader des réseaux sociaux avait laissé des lacunes importantes concernant entre autres sa responsabilité et la manière d'informer les membres de sa communauté quant à la suppression des contenus.

En avril 2019, le ton est tout autre. La commission européenne révèle un communiqué de presse intitulé « A la demande de la Commission européenne et des autorités de protection des consommateurs, Facebook change ses conditions d'utilisation et précise l'utilisation des données fournies par les consommateurs »²⁴⁵. Elle est ravie des efforts fournis par le premier réseau social de la planète.

Celui-ci a en effet changé ses conditions générales d'utilisation en les rendant plus claires et plus transparentes. Au deuxième point intitulé « Comment nos services sont financés », nous pouvons lire : « [a]u lieu de payer pour l'utilisation de Facebook [...], en utilisant les Produits Facebook inclus dans les présentes Conditions, vous acceptez que nous vous montrions les publicités payées par les entreprises et organisations pour que nous les promovions sur les Produits des entités Facebook et en dehors. *Nous utilisons vos données*

²⁴² *Ibid.*

²⁴³ *Ibid.*

²⁴⁴ *Ibid.*

²⁴⁵ Communiqué de presse de la Commission européenne « A la demande de la Commission européenne et des autorités de protection des consommateurs, Facebook change ses conditions d'utilisation et précise l'utilisation des données fournies par les consommateurs », 09 avril 2019.

personnelles, telles que les informations concernant votre activité et vos intérêts, afin de vous montrer des publicités plus pertinentes pour vous »²⁴⁶. La plateforme numérique indique donc clairement qu'en utilisant son site Internet, l'individu accepte de visionner des publicités ciblées. Le site précise également que pour la réalisation de ce ciblage, les données personnelles seront traitées.

Il continue en expliquant simplement son modèle économique : « nous pouvons vous montrer des publicités pertinentes et utiles sans informer les annonceurs sur votre identité. Nous ne vendons pas vos données personnelles. Nous autorisons les annonceurs à nous donner des informations, telles que leur objectif commercial et le type d'audience à qui ils souhaitent montrer leurs publicités (par exemple, les personnes âgées de 18 à 35 ans qui aiment le vélo). Puis, nous montrons leur publicité aux personnes susceptibles d'être intéressées »²⁴⁷.

Facebook a, de plus, mis fin à sa politique de responsabilité limitée. Ceci doit s'analyser dans le contexte du scandale lié à Cambridge Analytica, analysé *supra*. Le média social est dorénavant responsable lors d'une mauvaise utilisation de données par des tiers dans le cas où il n'a pas fait preuve d'une diligence professionnelle²⁴⁸.

Il a également réduit son pouvoir de modifier unilatéralement ses conditions générales uniquement aux changements raisonnables qui respectent également les intérêts des consommateurs²⁴⁹. De plus, dans cette hypothèse, il s'engage à fournir un avertissement aux utilisateurs sauf dans le cas où la modification est due à une obligation légale²⁵⁰.

Il s'est engagé à ne plus conserver le contenu supprimé par le consommateur que dans des cas spécifiques comme l'exigence de l'autorité ou des raisons techniques. Dans cette seconde hypothèse, la durée de conservation ne pourra être supérieure à 90 jours²⁵¹.

²⁴⁶ Conditions d'utilisation de Facebook, disponible sur www.facebook.com/terms, *s.d.*, consulté le 23 juin 2020, nous soulignons.

²⁴⁷ *Ibid.*

²⁴⁸ Factsheet, « Consumer protection cooperation action on Facebook's terms of service », disponible sur www.ec.europa.eu, avril 2019, p. 3.

²⁴⁹ Communiqué de presse de la Commission européenne « A la demande de la Commission européenne et des autorités de protection des consommateurs, Facebook change ses conditions d'utilisation et précise l'utilisation des données fournies par les consommateurs », 09 avril 2019.

²⁵⁰ Factsheet, « Consumer protection cooperation action on Facebook's terms of service », disponible sur www.ec.europa.eu, avril 2019, p. 2.

²⁵¹ Communiqué de presse de la Commission européenne « A la demande de la Commission européenne et des autorités de protection des consommateurs, Facebook change ses conditions d'utilisation et précise l'utilisation des données fournies par les consommateurs », 09 avril 2019.

Facebook a besoin des données personnelles des individus pour survivre. Il le sait. Il avait donc tout mis en œuvre pour les exploiter un maximum sans que les personnes concernées ne s'en rendent réellement compte. Récemment, Facebook a adopté une nouvelle stratégie. A la suite de tous les scandales dont la plateforme a fait l'objet, elle a choisi d'être plus transparente dans sa communication avec les membres de sa communauté afin d'obtenir leur consentement au traitement de leurs données. Dès lors, elle a adopté la stratégie du « *agree or quit* »²⁵² : les utilisateurs européens doivent accorder le consentement au traitement de leurs données pour la diffusion de publicité ciblée ou alors ils sont conviés à quitter le réseau.

²⁵² K.A. HOUSER et G. VOSS, « GDPR : The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy? | Richmond Journal of Law and Technology », *Richmond Journal of Law & Technology*, 2018, vol. 2018, n° 1.

Conclusion

En introduction, nous nous posons la question de savoir si les données à caractère personnel pouvaient être considérées comme des biens.

Tout d'abord, il faut s'accorder sur la définition du bien. Comme susmentionné dans le premier chapitre, les spécialistes se déchirent entre quatre possibilités différentes.

Les deux premières conceptions selon lesquelles les biens sont soit « des choses corporelles ou des droits »²⁵³ soit toujours des droits ne sont pas adaptées aux données à caractère personnel, comme nous l'avons démontré dans le premier chapitre.

La troisième conception définit le bien comme « la valeur, objet éventuel de droit(s), présente dans les choses, corporelles comme incorporelles »²⁵⁴. La donnée personnelle pourrait-elle être considérée comme un bien selon cette approche ?

Cette théorie fut principalement développée dans le domaine des brevets par le professeur Mousseron. Il débute sa réflexion avec le constat que tout élément matériel ou immatériel possède une valeur²⁵⁵. Cette valeur devient alors le centre de la notion de bien au détriment de la chose corporelle et du droit²⁵⁶. Ainsi que l'explique le professeur Péliissier dans sa thèse de doctorat, « la chose n'est pas valeur. (...) La valeur est contenue dans la chose »²⁵⁷.

Notre analyse juridique et économique de la notion de « donnée à caractère personnel », nous permet de conclure que ces données numériques ont bel et bien une valeur. Celle-ci a été implicitement reconnue par le législateur européen au sein de la directive contenu numérique lorsqu'il autorise le troc de données personnelles contre un contenu ou un service numérique. Selon notre opinion, puisqu'il y a échange d'équivalents, il est par conséquent logique de supposer que les données sont valorisées.

²⁵³ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, op. cit., spéc. p. 424.

²⁵⁴ *Ibid*, spéc. p. 431.

²⁵⁵ *Ibid*.

²⁵⁶ Voy. P. JOURDAIN, *Doit civil. Les biens* (d'après G. Marty et P. Raynaud), Paris, Dalloz, 1995, n°3 ; W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen et Utrecht, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1969, n°88.

²⁵⁷ A. PELISSIER, *Possession et meubles incorporels*, op. cit.

Sont-elles pour autant considérées comme des biens ? Il nous semble qu'il faut répondre par la négative pour deux raisons.

Dans un premier temps, même s'il semble clair que les données personnelles sont valorisées, une question fondamentale reste pendante. En effet, ainsi que susmentionné, de par l'impossibilité pour les personnes physiques de connaître le potentiel d'exploitation future de leurs données, elles ne peuvent, par conséquent, déterminer leurs valeurs chiffrées.

Ensuite, si nous continuons le raisonnement du professeur Mousseron, la valeur se transforme en bien dès lors que « l'organisation sociale donne au maître de ces valeurs les moyens de se les réserver et de les commercialiser »²⁵⁸. Cette réservation peut se réaliser par la consécration d'un droit privatif ou via la définition d'un comportement qui aurait *ispo facto* le même résultat que la première méthode. A la suite des analyses réalisées dans le cadre de ce travail, nous sommes d'avis que le législateur n'a pas – encore – consacré la possibilité de commercialisation des données.

Afin de s'assurer de la clarté de cet exposé, voici une comparaison en matière d'organes humains. Ceux-ci sont l'objet de transferts multiples dans le but de sauver de nombreux patients. A leurs yeux, il ne fait aucun doute que ces organes ont une immense valeur. Est-ce pour autant qu'elle est chiffrée ? Excepté le marché noir, cela n'est actuellement pas le cas. De plus, aucune réglementation en vigueur ne permet la commercialisation des organes. De par ces deux motifs, les organes ne peuvent être considérés comme des biens, interprétés selon la conception du professeur Mousseron. Une réflexion *mutatis mutandis* peut être appliquée aux données à caractère personnel.

Il reste la quatrième conception selon laquelle « la catégorie de biens comprend tout ce qu'il est possible et utile de s'approprier : choses corporelles et droits relatifs, mais aussi créations, clientèles et universalités »²⁵⁹. Sous cette perspective, les données à caractère personnel sont-elles des biens ?

Pour devenir un « bien », l'élément ou la valeur doit répondre à deux conditions : la possibilité et l'utilité d'appropriation.

²⁵⁸ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique, op. cit.*, p. 431.

²⁵⁹ *Ibid.*

Premièrement, « l'utilité d'appropriation résulte des qualités intrinsèques de la chose mais aussi de sa rareté »²⁶⁰. En effet, une chose nous est utile en raison de ses caractéristiques. C'est parce que nous voulons dormir sur quelque chose de confortable que nous achetons un matelas. Ensuite, il est nécessaire que la chose ne soit pas présente en abondance autour de nous pour que nous la convoitions et soyons poussés à nous la procurer dans le commerce²⁶¹. En effet, l'être humain n'achètera pas de bouteilles d'eau plate en plastique s'il a une source d'eau potable au fond de son jardin. Notons que le professeur Libchaber estime la notion d'utilité excessive. Il suffirait que la chose soit un « objet de désir »²⁶² pour qu'elle remplisse cette première condition²⁶³.

La seconde est la « possibilité de l'appropriation »²⁶⁴. Il n'est ici pas question de droit de propriété. Selon Zenati et Revêt, cette appropriation n'est conditionnée à aucun dispositif légal²⁶⁵. Il suffit que la chose puisse faire l'objet d'une appropriation, *in facto*, pour que la seconde condition soit remplie.

Ajoutons à ces deux exigences une troisième, formulée par le professeur Lichbaber, la commercialité. En effet, « une chose ne devient effectivement un bien que lorsqu'elle est l'objet d'une circulation licite entre les individus »²⁶⁶.

Quid des données à caractère personnel ?

De par l'analyse de la réalité économique relative aux données à caractère personnel, il est devenu limpide qu'il est utile de se les approprier. Pour reprendre l'exemple de l'entreprise Facebook, elle en a fait le cœur de son activité lucrative en se procurant des données dans le but de créer des profils d'internautes et de vendre des espaces publicitaires ciblés.

Puisque cette appropriation ne nécessite aucun droit de propriété, mais simplement une constatation de fait, nous en concluons que les données personnelles sont susceptibles d'être appropriées. De plus, par la reconnaissance du droit à la portabilité des données dans le RGPD, le législateur fait un pas dans cette direction. En effet, nous estimons qu'il reconnaît

²⁶⁰ *Ibid*, p. 435.

²⁶¹ F. ZENATI, « L'immatériel et les choses », *op. cit.*

²⁶² R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*

²⁶³ *Ibid.*

²⁶⁴ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, *op. cit.*

²⁶⁵ B. VANBRABANT, *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, *op. cit.*, p. 436.

²⁶⁶ R. LIBCHABER, « Biens », *op. cit.*

implicitement que les responsables du traitement peuvent s'octroyer les données puisque celles-ci peuvent être « récupérées » par les personnes physiques concernées.

Enfin, le législateur européen encourage la libre circulation des données dans l'économie du numérique ce qui signifie bien qu'elles peuvent circuler licitement.

Nous concluons ainsi que les données à caractère personnel sont bel et bien des biens, vu sous la définition de « toute chose qu'il est utile et possible de s'approprier ».

Ainsi que susmentionné dans le premier chapitre, le nouveau livre 3 « Les biens » du Code civil intègre cette quatrième conception des biens. En effet, l'article 3.41 stipule que « les biens, au sens le plus large, sont toutes les choses susceptibles d'appropriation, y compris les droits patrimoniaux »²⁶⁷. Par conséquent, nous en concluons que les données à caractère personnel pourront être considérées comme des biens dans le futur droit belge.

Maintenant qu'il est établi que les données à caractère personnel sont des biens, nous nous permettons une dernière réflexion relative à leur commercialité. Ainsi que susmentionné, le législateur ne se prononce nullement sur leur exploitation économique dans le RGPD. Cependant, de par la création d'un droit de la portabilité des données, il ouvre une porte à une approche plus patrimoniale des données, ainsi que le souligne Alain Strowel. Ensuite, la directive contenu numérique a agrandi ce passage en légalisant ce troc de données contre un service. Jusqu'où ira-t-il ? Seul le futur nous le dira, mais nous ne serions pas surpris si l'appréhension de la protection des données personnelles évoluait d'une façon similaire à celle du droit à l'image. Le droit pourrait prévoir une dualisation du droit à la protection des données personnelles, similaires aux droits d'auteur ou au droit à l'image. Cependant, une définition d'un étalon de valeur reste indispensable afin de permettre la commercialisation des données à caractère personnel. Et cela n'est pas aussi simple que pour les autres droits précités.

²⁶⁷ Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

Bibliographie

Doctrine

I.- Monographie

BELLANGER, P., *La souveraineté numérique*, Paris, Stock, 2014.

BÜTZLER R., et HEIJERICK, N., *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2^e éd. Bruxelles, die Keure, 1990.

DE SAEGER, A. et CADIAT, A.-C., *Chris Anderson et la longue traîne : Le business model du web.*, 2015.

DEKKERS, R., DIRIX, E. et BAETEMAN, G., *Handboek burgerlijk recht, deel II, Zakenrecht – Zekerheden – Verjaring*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

DERINE, R., VAN NESTE, F. et VANDENBERGHE, H., *Zakenrecht*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1984.

DIERICKX, L., *Recht op afbeelding*, Mortsel, Intersentia, 2005.

HANSENNE, J., *Les biens*, Collection scientifique de la faculté de droit de l'Université de Liège, 1996

JOURDAIN, P., *Doit civil. Les biens* (d'après G. Marty et P. Raynaud), Paris, Dalloz, 1995, n°3.

LECOCQ, P., *Manuel de droit des biens - Tome I*, Bruxelles, Larcier, 2012.

LINDER J., et CANTRELL, S., "Changing Business Models: Surveying the Landscape", Accenture, 2000-2001.

OSTERWALDER, A. et PIGNEUR, Y., *Business model generation: a handbook for visionaries, game changers, and challengers*, Hoboken, NJ, Wiley, 2010.

POLANYI, K., *La Grande Transformation. Aux origines politiques et économiques de notre temps*, Paris, Gallimard, 1983.

RAPPA, M., "Business Models on the web", *Managing the digital entreprise*, 2004.

RIGAUX, F., *La vie privée, une liberté parmi les autres*, Bruxelles, Larcier, 1992, p.153.

SRNICEK, N., *Platform Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 2017.

UB3 et al. (éds.), *Les droits intellectuels, entre autres droits : Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019.

VANBRABANT, B., *La propriété intellectuelle - Tome 1 - Nature juridique*, Collection Création Information Communication, Bruxelles, Larcier, 2016.

VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht. Algemeen deel*, Antwerpen et Utrecht, Standaard wetenschappelijke uitgeverij, 1969, n°88.

WYLLEMAN, A., *Goederenrecht*, Gandaius, Brugge, Die Keure, 2017.

II.- Chapitres d'ouvrages

BERTELS, N., « Hoofdstuk II. Sociale netwerksites als advertentienetwerk : uitdagingen en mogelijkheden voor het verkrijgen van geïnformeerde toestemming », in *Sociale media anno 2015*, Mortsel, Intersentia, 2015, p. 41 à 63.

DE TERWANGNE, C., « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 87 à 142.

DELAPLACE, M., « Chapitre 3. Les fonctions et formes actuelles de la monnaie », in *Monnaie et financement de l'économie*, Paris, Dunod, 2017, p. 33 à 50.

JADOU, E. et LECOCQ, P., « Biens et propriété : évolutions contemporaines », in *Questions pratiques de (co)propriété, de possession et de voisinage*, Limal, Anthemis, 2018, p. 7 à 61.

KNOCKAERT, M. et TOMBAL, T., « Quels droits sur les données ? », in *Actualités en droit du numérique*, Recyclage en droit, Limal, Anthemis, 2019, p. 53 à 96.

LÉONARD, T., « Yves, si tu exploitais tes données ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde. Liber Amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 659 à 683.

LIÉBERT, P., « Le besoin d'appartenance », in *Quand la relation parentale est rompue*, Enfances, Paris, Dunod, 2015, p. 29 à 44.

PUYRAIMOND, J.-F. et STROWEL, A., « Extension du domaine de l'appropriation : les données personnelles, composante essentielle des échanges », in *Les droits intellectuels entre autres droits : Intersections, interactions et interrogations*, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 245 à 296.

ROSIER, K., « La notion de “donnée à caractère personnel” a-t-elle encore un sens dans la protection des données de communications électroniques ? », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Poulet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 699 à 714.

STROWEL, A., « Les données : des ressources en quête de propriété. », in *Droit, normes et libertés dans le cybermonde : liber amicorum Yves Pouillet*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 251 à 268.

VALGAEREN, E., « Van Brigitte Bardot tot sociale netwerksites – Enkele bedenkingen bij het recht op afbeelding en privacy », in *Liber Amicorum Ludovic De Gryse*, Gent, Larcier, 2010, p. 259 à 268.

WAUTHY, X., « La gratuité c'est -le vol- payant ! Google, le Web 2.0 et le modèle économique du gratuit : une industrie à réguler ? », in A. STROWEL et J.-P. TRIAILLE (dirs.), *Google et les nouveaux services en ligne : impact sur l'économie du contenu et questions de propriété intellectuelle*, Bruxelles, Larcier, 2008, p. 51 à 81.

WEIL, E., « L'exploitation et la protection des données à caractère personnel des utilisateurs sur les réseaux sociaux », in *Droit et réseaux sociaux*, Collection LEJEP, Cergy-Pontoise, Laboratoire d'études judiciaires et politiques, 2015.

III.- Articles de revue

ANCIAUX, A., FARCHY, J. et MÉADEL, C., « L'instauration de droits de propriété sur les données personnelles : une légitimité économique contestable », *Revue d'économie industrielle*, décembre 2017, n° 2, p. 9 à 41.

ARLOTTO, J., SAHUT, J.-M. et TEULON, F., « Le concept de Business Model au travers de la littérature », *Gestion 2000*, 2011, vol. 28, n° 4, p. 33 à 47.

BENSOUSSAN, A., « Propriété des données et protection des fichiers », *Gazette du Palais*, vol. 23, n°296, p. 2.

CATALA, N., « La transformation du patrimoine dans le droit civil moderne » *RDT civ*, 1966, p.185, cité par B. BEIGNIER, *Le droit de la personnalité*, Paris, PUF, 1992, p. 45 et s.

CECERE, G. et MANANT, M., « Vie privée, valeur des données personnelles et régulation », *Enjeux numériques*, juin 2018, vol. 2, p. 14 à 19.

EMERICH, Y., « Les biens et l'immatérialité en droit civil et en common law », *Les Cahiers de droit*, juin 2018, vol. 59, n° 2, p. 389 à 423.

FLÜCKIGER, A., « L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ? », *Pratique juridique actuelle*, 2013, vol. 22, n° 6, p. 837 à 864.

GAJDA, A., "What if Samuel D. Warren hadn't Married a Senator's Daughter : Uncovering the Press Coverage That Led to the Right to Privacy", *Michigan State Law Review*, 2008.

GRZEGORCZIK, C., « Le concept de bien juridique : l'impossible définition », *Les biens et les choses*, Archives philosophie et droit, 1979, n° 24, p. 259 à 272.

HOUSER, K.A. et VOSS, G., « GDPR : The End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy ? Richmond Journal of Law and Technology », *Richmond Journal of Law & Technology*, 2018, vol. 2018, n° 1.

ISAAC, H., « La donnée, une marchandise comme les autres ? », *Enjeux numériques*, Annales des Mines, juin 2018, vol. 2, p. 20 à 24.

LEFRÈRE, V., « Quel est le coût des applications gratuites ? », *Regards croisés sur l'économie*, 2018, vol. 2018/2, n° 23, p. 94 à 104.

LIBCHABER, R., « Biens », *Répertoire de droit civil Dalloz*, 2002.

MAGRETTA, J., « Why business model matter », *Harvard Business Review*, May 2002.

MANOKHA, I., « Le scandale Cambridge Analytica contextualisé : le capital de plateforme, la surveillance et les données comme nouvelle « marchandise fictive » », *Cultures & Conflits*, septembre 2018, vol. 2018/1, n° 109, p. 35 à 59.

MCDONALD, A.M. et CRANOR, L.F., « The cost of reading privacy policies », *I/S : A Journal of Law and Policy for the Information Society*, 2008, vol. 4, n° 3, p. 540 à 565.

MICHAIL, N., « Le domaine d'application du GDPR : de sa portée hors de l'Union à sa mise en œuvre dans l'Union », *Revue de droit commercial belge - Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht*, 2019, vol. 2019, n° 1, p. 52 à 79.

MOINY, J.-P., « Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données », *Revue européenne de droit de la consommation*, 2010, vol. 2010, n° 2, p. 235 à 272.

MOURON, P., « Pour ou contre la patrimonialité des données personnelles », *Revue Européenne des Médias et du Numérique*, n°46-47, 2018, p. 90 à 96.

PONTHOREAU, M.-C., « La directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données », *Revue française de droit administratif*, 1997, p. 125 à 150.

RUE, G., « Facebook doit changer ses conditions d'utilisation », *Bulletin juridique et social*, mai 2019, vol. 2019/629, p. 11.

ZENATI, F., « L'immatériel et les choses », *Archives de philosophie du droit*, 1999, vol. 43, p. 79 à 95.

IV.- Notes d'arrêt

MICHEL, A., « Le traçage comportemental des internautes sur les réseaux sociaux : l'affaire des « cookies Facebook », véritable saga... », note sous Civ. néerl. Bruxelles (24^e ch.), 16 février 2018, *R.D.T.I.*, 2019, (somm.).

V.-Articles de colloque et rapports

BEAUVISAGE, T. et MELLET, K., « Datasets : activation et marketisation des données personnelles », à Roubaix, octobre 2016, p. 9.

Comptes consolidés de la société Facebook, disponible sur <https://investor.fb.com>, 29 avril 2020.

Factsheet, « Consumer protection cooperation action on Facebook's terms of service », disponible sur www.ec.europa.eu, avril 2019.

FORUM ÉCONOMIQUE MONDIAL, EN COLLABORATION AVEC BAIN & COMPANY, *Personal Data : The Emergence of a New Asset Class*, Suisse, 2011.

RALLET, A., « Valoriser ses données personnelles ? 3 scénarios » disponible sur <https://hal.archives-ouvertes.fr>, octobre 2018.

Rapports annuels de Facebook déposé auprès de la *Securities and Exchange Commission*, disponible sur <https://investor.fb.com/financials/?section=secfilings>.

We are social et *Hootsuite*, « Digital 2020 Global Overview Report », disponible sur www.wearesocial.com, janvier 2020.

VI.- Communications, rapports, avis et recommandations européens

CEPD, avis 7/2015, 19 novembre 2015.

CEPD, avis 4/2017, 17 mars 2017.

Communiqué de presse de la Commission européenne « Les entreprises du secteur des médias sociaux doivent consentir plus d'efforts pour se conformer pleinement aux règles de l'UE en matière de protection des consommateurs », 15 février 2018.

Communiqué de presse de la Commission européenne « A la demande de la Commission européenne et des autorités de protection des consommateurs, Facebook change ses conditions d'utilisation et précise l'utilisation des données fournies par les consommateurs », 09 avril 2019.

Groupe de travail « Article 29 » sur le concept de données à caractère personnel, avis 4/2007 du 20 juin 2007, 01248/07/FR, WP 136, p.18.

Groupe de travail « Article 29 » sur les aspects de la protection des données liées aux moteurs de recherche, avis 1/2008 du 4 avril 2008, 00737/FR, WP 148, p.9.

Groupe de travail « Article 29 » sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant, avis 1/2010, WP 169, 16 février 2010, p. 16.

Groupe de travail « Article 29 » sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, avis 06/2014, WP 217, 9 avril 2014.

Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données », WP 242 rev.01, 13 avril 2017, p. 4.

Groupe de travail « Article 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », WP 259 rev.01, 10 avril 2018, p. 27.

VII.- Thèses

PELISSIER, A., *Possession et meubles incorporels*, coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 8, Paris, Dalloz, 2001.

VIII.- Pages Internet

AUDUREAU, W., « Ce qu'il faut savoir sur Cambridge Analytica, la société au cœur du scandale Facebook », disponible sur www.lemonde.fr, 22 mars 2018.

Autorité de protection des données, « La Cour d'appel de Bruxelles réfère l'affaire Facebook à la Cour de justice de l'Union européenne », disponible sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be>, 8 mai 2019.

BATHELOT, B., « Ad exchange », disponible sur <https://www.definitions-marketing.com>, 9 septembre 2015.

BATHELOT, B., « Influenceur », disponible sur [www. https://www.definitions-marketing.com](https://www.definitions-marketing.com), 1^{er} juin 2020.

COÛFFÉ, T., « Chiffres Facebook – 2020 », disponible sur www.blogdumoderateur.com, 04 juin 2020.

Conditions d'utilisation de Facebook, disponible sur www.facebook.com/terms, *s.d.*, consulté le 23 juin 2020.

CUOFANO, G., « ARPU : this is how much you're worth to Facebook », disponible sur <https://fourweekmba.com>, *s.d.*, consulté le 07 juin 2020.

Facebook Newsroom, « Facebook to Establish International Headquarters in Dublin, Ireland », disponible sur www.newsroom.fb.com, 02 octobre 2008.

EGELMAN, S., « My profil is my password, verify me!: the privacy/convenience tradeoff of facebook connect », disponible sur <https://dl.acm.org/>, avril 2013.

GUPTA, S.K., « Facebook business model : How does Facebook make money? », disponible sur www.bstrategyhub.com, *s.d.*, consulté le 11 août 2020.

LAMFALUSSY, C., « "Sans Cambridge Analytica, le Brexit n'aurait pas eu lieu": comment les réseaux sociaux influencent les comportements », disponible sur www.lalibre.be, 01 février 2020.

LATOURE, C., « Le modèle d'affaires... une boîte à outils au service d'un porteur de projet pour le bénéfice des partenaires qui sont parties prenante au projet », disponible sur www.hrimag.com, 11 juin 2019.

Les Echos, « Données personnelles : Facebook condamné en Allemagne », disponible sur www.lesechos.fr, 12 février 2018.

MICULAN, M., et URBAN, C., "Formal analysis of Facebook Connect Single Sign-On authentication protocol" disponible sur <http://citeseerx.ist.psu.edu>, *s.d.*, consulté le 14 avril 2020.

OAKLEY, D., « What is the Facebook business model », disponible sur www.denis-oakley.com, 13 septembre 2018.

PROTALINSKI, E., « Facebook completes move from Palo Alto to Menlo Park » disponible sur www.zdnet.com, 19 décembre 2011.

PROVOST, L., « Facebook Messenger : l'obligation de télécharger la nouvelle application ne passe pas auprès des utilisateurs », disponible sur www.huffingtonpost.fr, 28 avril 2014.

SIGRIST, M., « Un homme en colère car sa fille de 16 ans reçoit des publicités lui vantant des habits de bébé », disponible sur www.ozinzen.com, 16 décembre 2015.

UENLUE, M., « Business model canvas Facebook : how to become a giant », disponible sur www.innovationtactics.com, *s.d.*, consulté le 11 août 2020.

UNTERSINGER, M., et AUDUREAU, W. « Quelle a été l'importance réelle de Cambridge Analytica dans la campagne de Trump », disponible sur www.lemonde.fr, 03 juin 2020.

X, « Facebook vise plus de transparence et permet d'effacer les données collectées sur des sites tiers », disponible sur www.lalibre.be, 28 janvier 2020.

X, « La meilleure personne pour contrôler vos données, c'est vous », disponible sur www.facebook.com, *s.d.*, consulté le 20 avril 2020.

Législation

I.- Règlements internationaux

Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, signée à Nice le 7 décembre 2000.

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, approuvée par la loi du 13 mars 1955, *M.B.*, 19 août 1955, *err.*, 29 juin 1961.

II.- Règlements européennes

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L281, 23 novembre 1995.

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, *J.O.U.E.*, L 119, 4 mai 2016, p. 1.

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

III.- Règlements belges

Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, *M.B.*, 5 septembre 2018.

Loi du 4 février 2020 portant le livre 3 « Les biens » du Code civil, *M.B.*, 17 mars 2020.

Jurisprudence

I.- Jurisprudence européenne

C.J.C.E. (gde ch.), arrêt Heinz Huber c. Bundesrepublik Deutschland, 16 décembre 2008, C-524/06, ECLI:EU:C:2008:724, point 52.

C.J., arrêt *Weltimmo s. r. o. c. Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, 01 octobre 2015, C-230/14, EU:C:2015:639, point 29.

II.- Jurisprudence belge

Civ. néerl. Bruxelles (24^e ch.), 16 février 2018, *RABG*, 2019, liv. 9, p. 695.

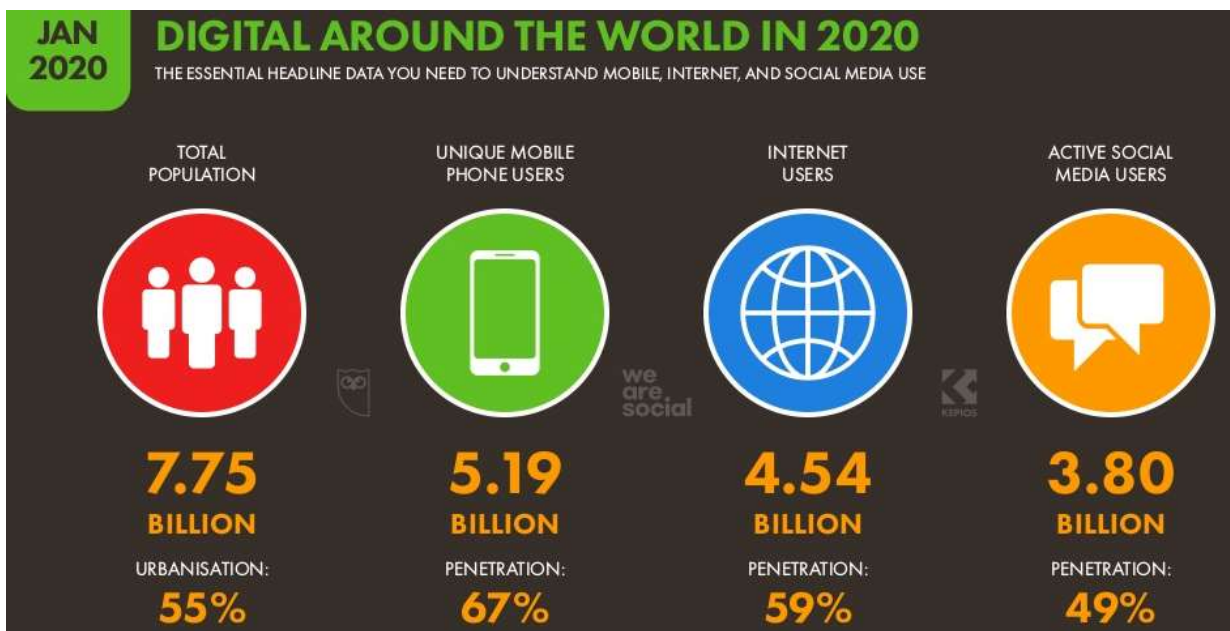
III.- Jurisprudence française

Tribunal de grande instance de Paris, *arrêt UFC-Que Choisir c. Facebook Inc.* du 09 avril 2019, disponible sur www.legalis.net.

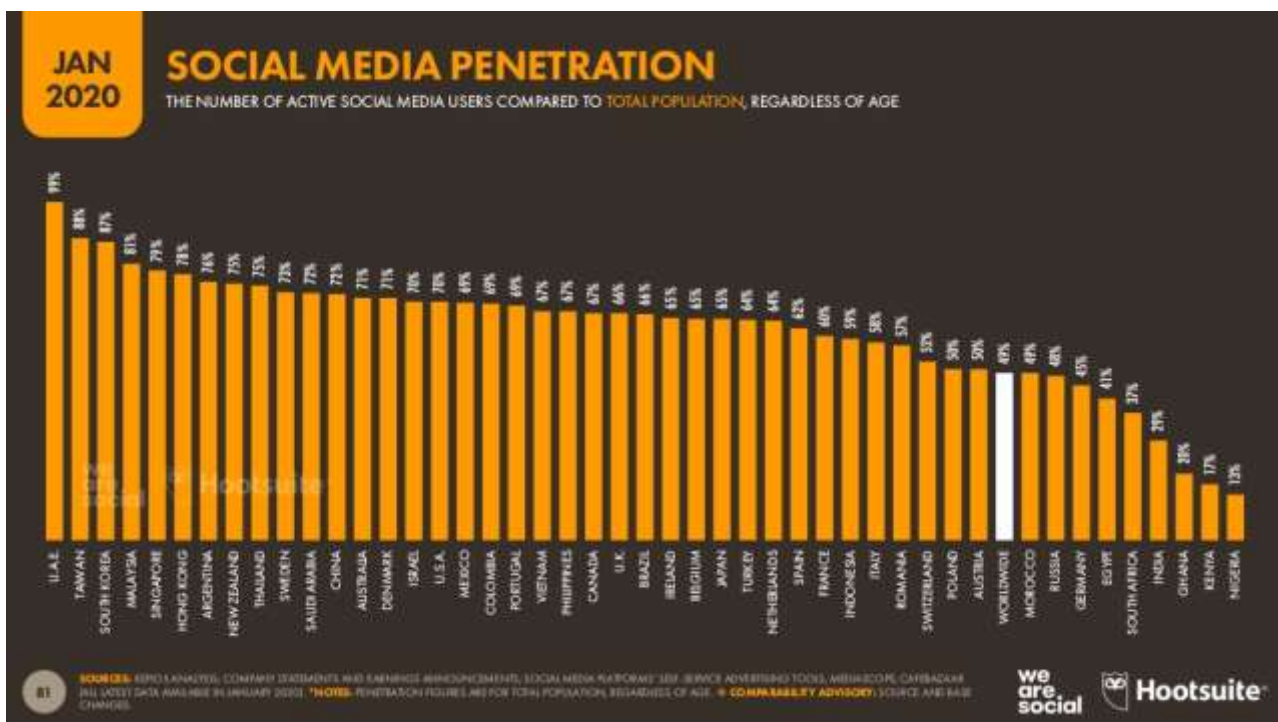
Annexes

Annexe I. Extraits de l'étude intitulée « Digital 2020 Global Overview Report » réalisée par We are social et Hootsuite

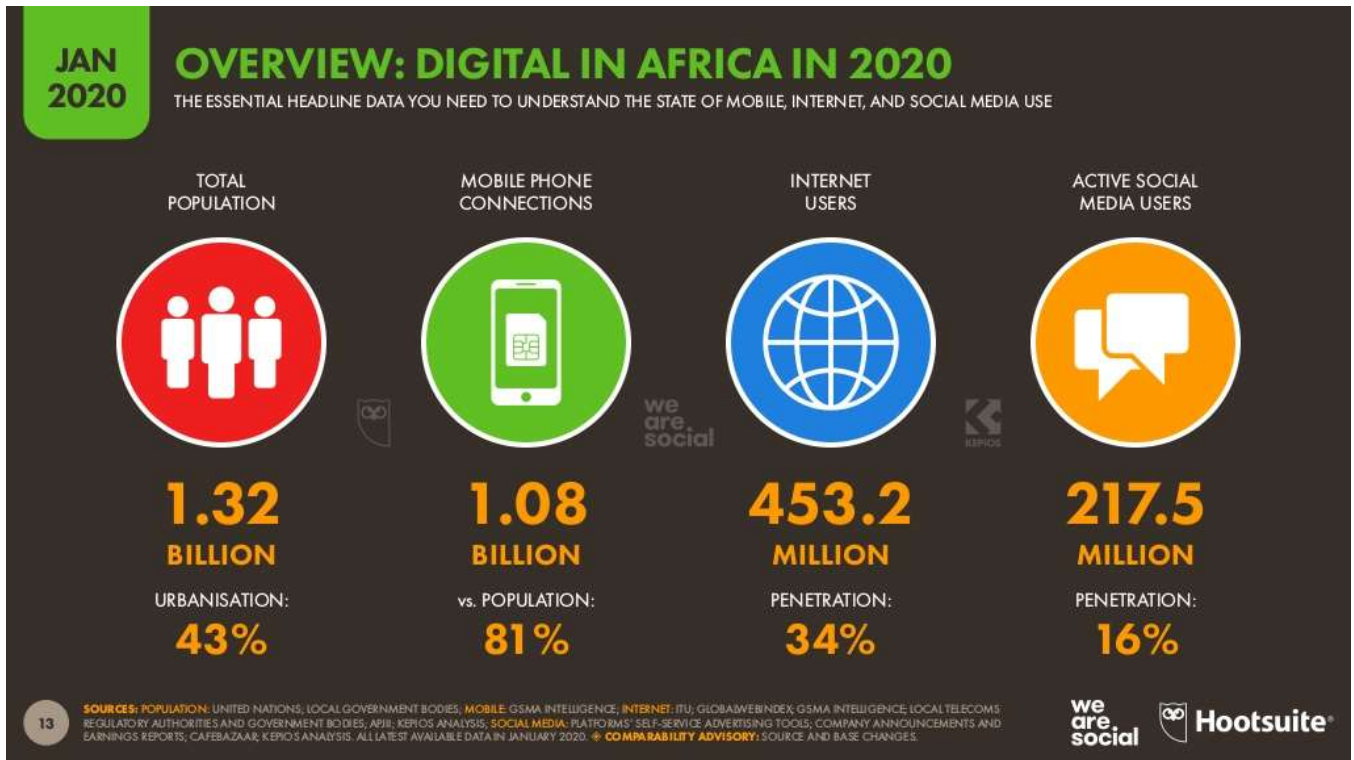
a) Pénétration, dans le monde, du téléphone portable, de l'Internet et des médias sociaux



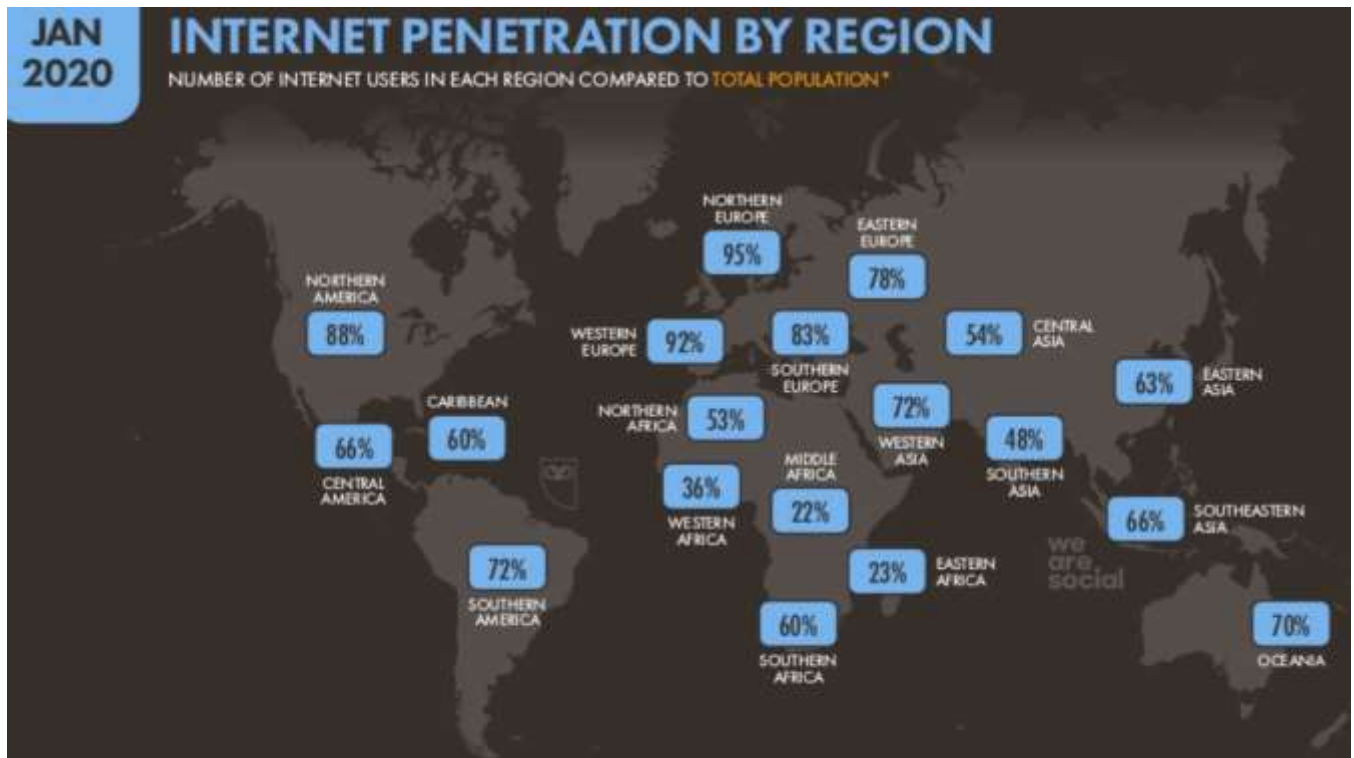
b) La pénétration des médias sociaux, pays par pays, avec en blanc la moyenne mondiale



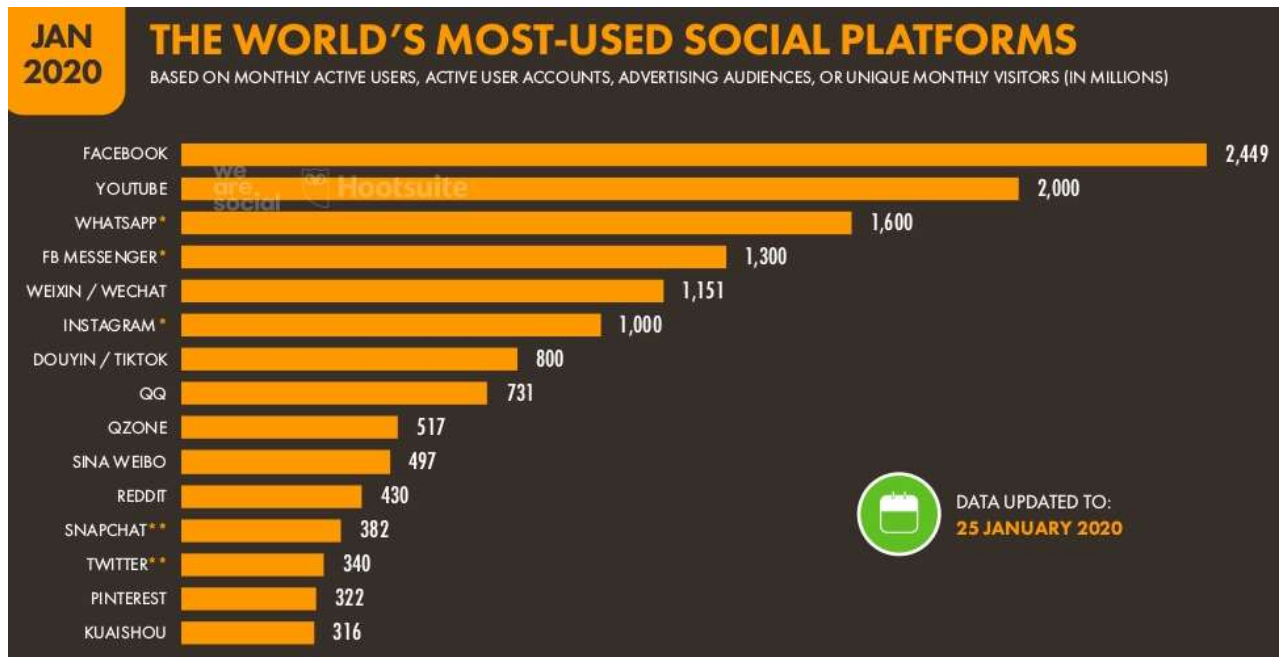
c) La pénétration d'Internet sur le continent africain



d) La pénétration d'Internet, région par région



e) Les réseaux sociaux les plus utilisés dans le monde



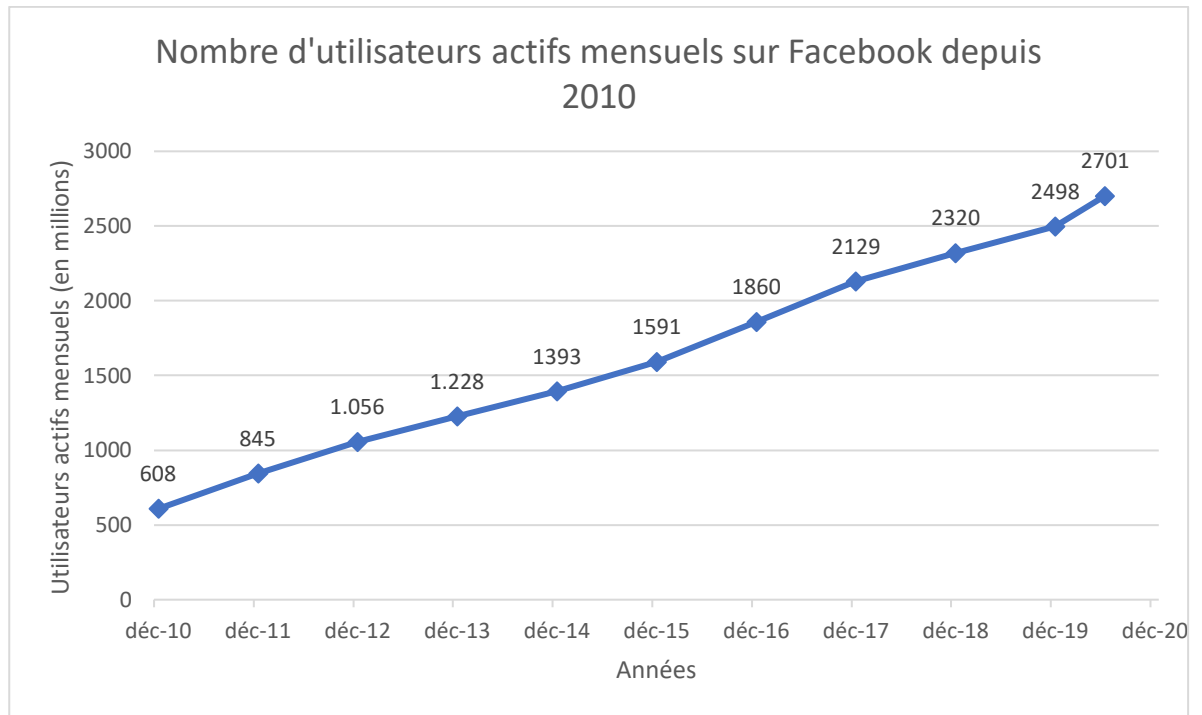
Annexe II. Exposition « I agree » de l'artiste Dima YAROVINSKY



De gauche à droite, les conditions d'utilisation des différentes plateformes :

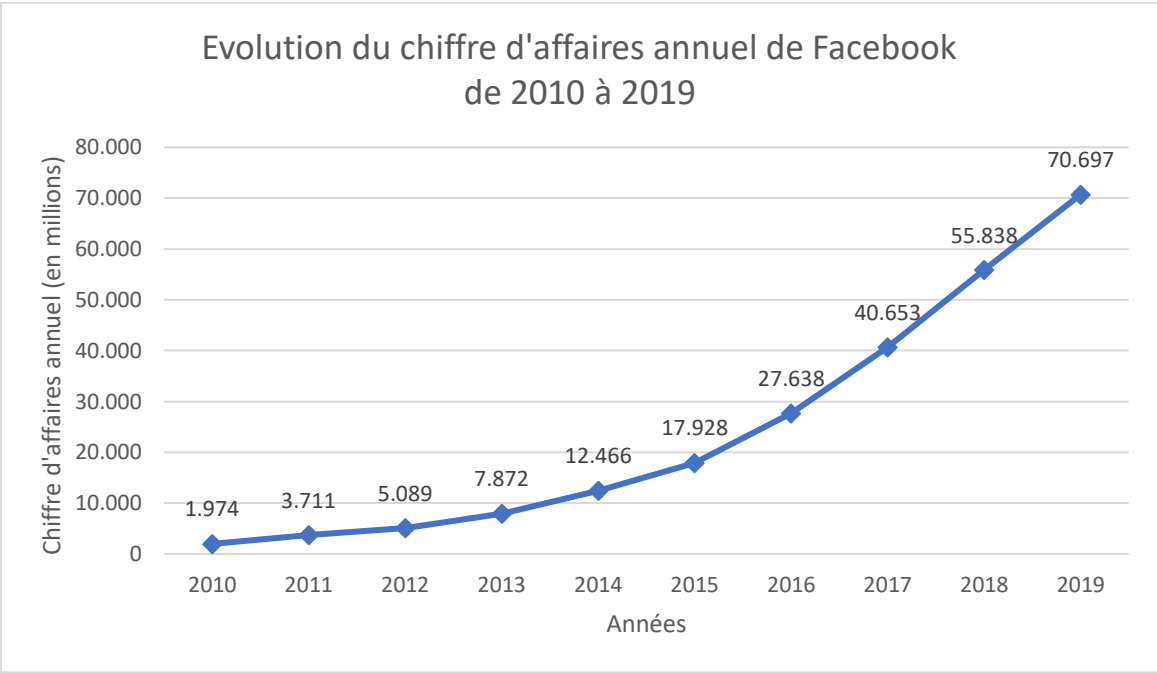
- WhatsApp (le premier en partant de la gauche) ;
- Google ;
- Tinder ;
- Twitter ;
- Facebook ;
- Snapchat ;
- Instagram (le dernier en partant de la gauche).

Annexe III. Evolution des utilisateurs actifs mensuels de 2010 à aujourd'hui



Sources : Rapports annuels de Facebook déposés auprès de la *Securities and Exchange Commission* entre 2013 et 2020.

Annexe IV. Evolution du chiffre d'affaire de Facebook de 2010 à aujourd'hui



Sources : Rapports annuels de Facebook déposés auprès de la *Securities and Exchange Commission* entre 2013 et 2020.

Annexe V. Extrait des comptes consolidés de Facebook

Flux de revenus de Facebook

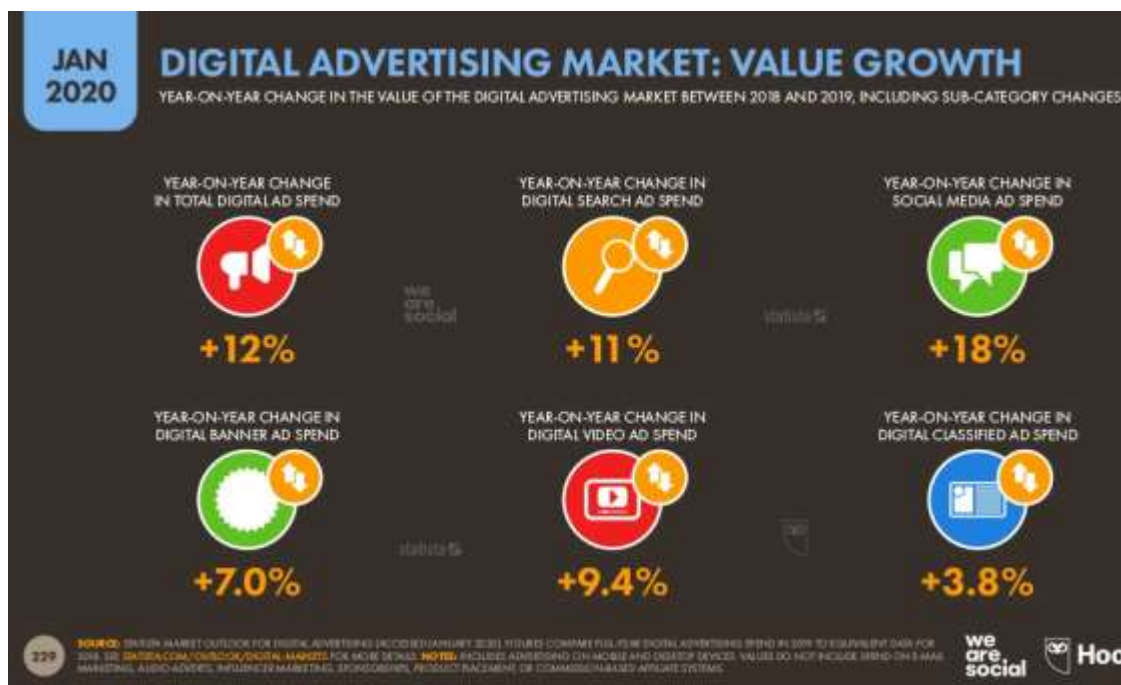
Revenus (en millions)



En foncé, les revenus provenant de la publicité et en clair les revenus provenant d'autres moyens.

Annexe VI. Extraits de l'étude intitulée « Digital 2020 Global Overview Report » réalisée par *We are social* et *Hootsuite*

a) Le marché de la publicité digitale : croissance en valeur



b) Dépense dans la publicité digitale : perspective alternative



