Le Big data chamboule nos vies. La valeur qui s'en dégage pour les entreprises est primordiale alors autant se dire qu'on n'y échappera pas. La préservation de la confiance entre consommateurs et entreprises s'avère fondamentale. Comment celles-ci peuvent-elles l'appréhender au mieux ?

# Big Data : le bon, le mauvais,… l'avenir

par
*Laurence Raphael*



**Mais pourquoi Google et Facebook sont-ils aussi méchants ? Vivement critiqués ces derniers mois après le changement de leurs règles de confidentialité, ces deux géants de l'internet ont dû s'expliquer, se défendre et contre-attaquer. Derrière ces procès d'intention, le Big Data : cet ensemble de technologies et d'algorithmes dont la valeur économique et sociale se chiffre en milliards d'euros et constitue un champ infini de développement, de création de valeur et l'avenir de l'économie mondiale.**

En 1961 déjà, Frank Fremont-Smith, alors directeur de l'American Institute of Biological Sciences Interdisciplinary Conference Program utilisait dans un article du Bulletin de l'AIBS la notion d' « *information explosion* ». Ce qu'il y a de nouveau depuis une dizaine d'années, et qui a donné son nom au Big Data, c'est la possibilité d'exploiter ces données et de leur donner un sens, grâce à une nouvelle génération d'algorithmes. Les composantes du Big Data sont les « *little Data* » formées par les données personnelles (DP) issues des réseaux sociaux, cookies… et les *Open data*, données librement utilisables mises en ligne par un Etat ou un particulier. Les algorithmes ont ainsi permis d'analyser des quantités phénoménales de données éparses et non structurées pour en extraire des informations, puis, mis ensemble dans ce qui est appelé des « *learning machines* », de prédire des comportements ou des évènements.

Crédit : Shutterstock

Pour Gilles Babinet[1], « *Le Big Data n'est pas qu'une technologie, mais bien une nouvelle structure d'information et de management.* »

**Big Data, gentleman cambrioleur**

Présenté comme l'or noir du 21e siècle, le Big Data est donc la conséquence logique de la place occupée par le numérique dans nos vies. Imaginez que chaque minute, ce sont 350 000 tweets, 140 000 photographies postées sur Facebook, 510 000 commentaires, 15 millions de SMS, 200 millions de mails ou 300 heures de vidéo postées sur YouTube, de plus. A ceci s'ajoutent les données de nos téléphones portables, de nos outils de paiement et les quelques 100 milliards d'objets connectés qui peupleront notre quotidien prochainement.

Les Google, Facebook, Twitter ou encore Amazon, ont ainsi bâti leur modèle économique, c'est-à-dire l'analyse statistique autour de collectes de données de millions d'utilisateurs. Autres chiffres qui donnent le tournis, la valeur de nos données : on les doit aux courtiers de données dont le leader mondial est ACXIOM. Ainsi, notre âge, adresse et sexe coûteraient 0.007$, l'idée de se marier : 0.107$, une grossesse : 0.0187$, une maladie : 0.447$. Le total reviendrait à 315 milliards pour les données des européens et 40 milliards pour les africains et on s'attend à ce qu'ils soient multipliés par 3 d'ici 2020.

Les plus grands bouleversements sont attendus dans le secteur de la santé, avec un boom de la prévention, mais aussi dans les secteurs de l'urbanisme, la sécurité, l'agriculture et l'environnement, et pourquoi pas … le droit et la législation. En attendant le retour d'expérience, c'est un fait, les entreprises deviennent en mesure de rapidement créer de nouvelles offres, de nouveaux produits, d'améliorer l'existant en phase avec les besoins de leurs clients ou prospects ou plus simplement d'attirer le chaland. On peut ainsi imaginer passer devant notre boutique préférée et recevoir un SMS proposant une réduction dans le magasin. L'exemple le plus connu est celui de Target, hypermarché américain, qui a réussi à prédire que des clientes pouvaient ou allaient être enceintes et leur a proposé des réductions sur les articles de nurserie. Il est permis de frémir à l'idée qu'avec les mêmes algorithmes, d'autres clients auraient pu recevoir des réductions sur des services de pompes funèbres…

Quand on vous prévenait que si c'est gratuit c'est que vous êtes le produit

Plus spectaculaire et enthousiasmant, suite au tremblement de terre de 2010 en Haïti, on se souvient que l'analyse des mouvements de foule à l'aide des données des téléphones portables a facilité

la distribution de l'aide. Google a également pour projet de suivre les épidémies de grippe et de dengue par l'étude de ces mots-clés en rapport avec le nombre de personnes atteintes.

Mais quels sont les enjeux juridiques de ce Big Data ?[2] Car ce « meilleur des mondes » présent ou à venir embarrasse l'utilisateur, premier fournisseur de données ainsi que l'entreprise qui ne peut pas se permettre de perdre la confiance de ses clients ni se baser sur des informations erronées ou encore de perdre ses propres données, le juriste ensuite tant il déteste le flou et l'incertain. Quant au politique, il a une tendance à vouloir légiférer à tout va. Or, la dernière chose dont le Big Data a besoin, c'est d'un manque ou d'une perte de confiance.

**Des entreprises de plus en plus conscientes des défis juridiques**

Le premier et le plus évident hiatus concerne le traitement des DP. Le Big Data repose sur l'exploitation de données récoltées sans but précis et sur sa conservation pour une éventuelle utilisation future. La législation actuelle repose sur l'inverse, à savoir un traitement des données qui ne peut être fait que dans un but préalablement défini et leur conservation n'est pas possible.

Le public est sensibilisé régulièrement à la protection nécessaire de ses données et ça finit par porter ses fruits. Les révélations d'un Snowden sur la surveillance exercée par la NSA sur les e-mails, les communications téléphoniques, les navigations Internet, les réseaux privés ou encore les services cloud, le récent projet de loi français relatif au renseignement ont accentué cette prise de conscience.

Le futur règlement européen[3] va clarifier ceci, considérant que la protection des DP couplée à la défense des libertés fondamentales devient un argument économique. L'enjeu est d'autant plus de taille que la concurrence est rude entre l'Europe, les Etats-Unis et l'Asie qui n'ont pas du tout le même rapport aux DP, même si là aussi les mentalités évoluent. Il est donc impératif pour l'Europe d'élaborer un cadre normatif à la fois attractif et protecteur, favorisant les échanges de données et l'économie numérique. « *Ce règlement se projette dans les situations créées ou rencontrées par les professionnels au quotidien, comme le profilage, pour garantir le développement des entreprises et protéger les consommateurs. Par exemple, les entreprises devront obligatoirement informer leurs clients en cas de rupture de la confidentialité susceptible d'exposer les personnes physiques à un risque élevé au regard de leurs droits et libertés, ce qui n'est pas le cas à ce jour* » commente Maître Renaud Le Queren, Avocat à la Cour, Associé chez DSM Legal. Maître Anthony Favier, avocat aussi chez DSM Legal précise « *Le profilage est un recoupement de données par traitement automatisé destiné à évaluer certains aspects personnels liés à une personne physique. Prévu par le règlement, il implique impérativement l'obtention d'un consentement éclairé de la personne concernée.* » Il ajoute : « *Le règlement induit plus de contraintes pour les professionnels et plus de garanties pour les individus. Il permettra de mieux connaître le sort des DP collectées en Europe.* »

## Surveillance généralisée et consommateurs confiants…

La deuxième problématique concerne la réutilisation des données, qui nécessite le consentement de la personne concernée par le traitement. « *Ce sont un peu les limites du Big Data* » constate R. Le Squeren. « *Car si les données sont collectées dans un but de e-commerce, l'entreprise peut être tentée de les valoriser en les revendant à une autre pour des finalités différentes, comme par exemple la collecte des données sur l'activité sportive de clients revendues à une compagnie d'assurance. Et l'interconnexion de données collectées pour des finalités différentes est illégale sans accord préalable de l'autorité de tutelle.* » Un autre danger vient des décisions prises sur base exclusive d'un traitement automatisé de DP. « *Dans le monde bancaire, on connaît les limites de ce traitement automatisé depuis très longtemps, par exemple dans le cadre de l'octroi de prêts. En fonction de la masse de données traitées, d'une situation particulière et de la variable de recherche, les mêmes données peuvent aboutir à une situation différente et des résultats injustifiés* » explique Me Le Squeren.

Inutile de se méprendre, le Big Data peut aussi concerner les données des entreprises. Comme pour les DP des individus, un tiers ne peut pas se les approprier sans considérer au préalable les dispositifs juridiques de lutte contre la concurrence déloyale, la violation du secret de fabrication, le parasitisme économique, ou encore la contrefaçon de droits de propriété intellectuelle. Concernant cette problématique de propriété, il est d'ailleurs intéressant de rappeler qu'une donnée recueillie sous forme de base de données, tombe sous le coup des droits *sui generis*[4] liés à la création de cette base et dans la mesure où elle représente un investissement financier, matériel et humain.

La sécurité informatique n'est pas en reste en ce qui concerne les problèmes liés au Big Data : les fuites de données ou les piratages se multiplient ces derniers temps. La moindre faille de sécurité et ce sont des millions de données qui sont menacées. Le futur règlement UE entend pallier le danger en imposant aux entreprises à requérir le consentement préalable de l'utilisateur tout en formalisant le droit à l'oubli.

"I changed my career perspective, not my personal perspective."

Are you a qualified or a trainee lawyer?
We have room for you.

NautaDutilh is recruiting in the following areas:

Corporate
Banking & Finance
Tax
Litigation
Funds
IP & ICT

Contact us at:
recruitment.luxembourg@nautadutilh.com
www.nautadutilh.com

NautaDutilh | Room for you
AVOCATS LUXEMBOURG

International Law Firm | Amsterdam · Brussels · London · Luxembourg · New York · Rotterdam

Le Big Data vient donc nécessairement chahuter aussi le droit des contrats. La Cour de cassation française a eu l'occasion en 2013[5] de se prononcer sur un contrat de vente d'un fonds de commerce comprenant les fichiers clients sous forme d'une base de données. Or cette base n'ayant jamais été déclarée à la CNIL, la Cour a considéré qu'elle n'était pas dans le commerce, que la vente avait en conséquence un objet illicite. Elle a donc sèchement annulé la vente. Côté ballot de l'affaire : l'acquéreur s'est vu rembourser le prix payé et aura eu les fichiers en mains...

Le droit des contrats entre clients et fournisseurs d'outils d'analyse ou de données, a fortiori depuis l'avènement du *cloud* est aussi bousculé. Rappelons que le responsable du traitement est celui qui détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel, même si celui-ci est sous-traité. C'est donc sur lui que repose la charge légale. L'entreprise collectrice aura à cœur d'être conforme à la loi mais aussi l'entreprise qui lui rachète les données et qui pourrait très bien en cas de collecte illégale être considérée comme recéleuse. Par conforme, il faut entendre connaître et maîtriser l'origine, le statut, l'anonymisation, la conservation, les potentielles interconnections des données.

Par ces exemples, l'évolution de la due diligence du professionnel du droit saute aux yeux. Il se doit maintenant de prendre en compte les aspects de protection des données pour conseiller son client dans la vente ou dans la passation de contrats.

### La tentation monopolistique des géants de la Toile

Le Big data est donc… « big » dans ce qu'il est, dans ce qu'il sera. Me Le Squeren reste confiant « *Il ne faut pas en avoir peur, le Big data est une excellente chose, lorsqu'il est maîtrisé* ». L'ignorer, c'est laisser à quelques géants la possibilité dans cette période confuse et, compte tenu de leur avance, d'imposer leurs usages. Il convient donc de lui imposer des garde-fous, y compris quand les DP sont devenues publiques avec notre consentement. « *Le respect de la loi et bientôt celui du règlement UE garantissent certains droits fondamentaux des individus et permettent le développement de nos entreprises* » selon R. Le Squeren. « *Les bonnes pratiques ne peuvent pas suffire ; elles peuvent au contraire aboutir à contourner les politiques publiques, notamment en matière de santé publique. L'accès au crédit de personnes ayant subi certaines maladies en est un exemple. Il faut également garantir l'application des règles européennes aux opérateurs hors UE, ce que le règlement clarifie.* »

Ces quelques instruments législatifs pour protéger les données des citoyens sans juguler à l'échelon européen le phénomène du Big Data, sa vélocité, l'imagination et la sempiternelle expérimentation de ses génies de l'informatique seront-ils suffisants ? Il est permis de le croire. Au pire le droit s'inventera pas à pas.

L.R.

1 In « Big Data, penser l'homme et le monde autrement », éditions le Passeur.

2 Voir aussi l'article « le Big Data bouscule le droit » par Gérard Haas et Isabelle Landreau, La revue de l'avocat conseil d'entreprises, juin 2014, p.13.

3 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données du 25 janvier 2012.

4 Loi du 18 avril 2001 sur les droits d'auteur, les droits voisins et les bases de données, art. 67 ssq.

5 Cour de cassation, civile, Chambre commerciale, 25 juin 2013, 12-17.037.

laurence.raphael@legitech.lu

@RaphaelLaurence

## News_

**FACEBOOK CONDAMNÉ POUR AVOIR REFUSÉ À UNE INTERNAUTE D'UTILISER UN PSEUDONYME.** L'autorité pour la protection des données personnelles de Hambourg (HmbBfDI) a interdit à Facebook de forcer les internautes à donner leur identité réelle sur le réseau social. L'HmbBfDI considère que le fait d'obliger les utilisateurs à s'inscrire avec leur vrai nom nuit à leur vie privée. Elle a également refusé un argument du géant américain selon lequel l'entreprise, basée en Irlande, était de ce fait uniquement soumise à la loi irlandaise, pour qui la volonté de Facebook est légale. «Facebook peut affirmer que seule la loi sur la protection des données irlandaise s'applique. Mais quiconque joue sur notre terrain doit obéir à nos règles», a affirmé M. Caspar, commissaire de l'HmbBfDI.

**DROITS EN LIGNE.** Le Conseil de l'Europe publie un « Guide des Droits de l'Homme pour les Utilisateurs de l'Internet », disponible en plusieurs langues sur www.coe.int.Le Guide est destiné aux particuliers lorsqu'ils rencontrent des difficultés à exercer leurs droits, aux gouvernements et les institutions publiques ensuite pour les aider à s'acquitter de leurs obligations à protéger et à respecter les droits de l'Homme (DH) et à remédier à leurs manquements. Il vise à stimuler des discussions nationales sur la protection et la promotion des DH des utilisateurs de l'Internet, à promouvoir la responsabilité sociale des entreprises en encourageant le secteur privé à agir de façon responsable et dans le respect des DH des gens avec qui ils font affaire.

**LE LUXEMBOURG SERA DIGITAL.** Le 25 juillet, le Conseil de gouvernement a approuvé une série de 5 grands principes pour la mise en œuvre d'une administration numérique performante, parmi lesquels le « Digital By default », le « once only » ou l'utilisation généralisée du portail « guichet ».

Le tout se fera en étroite concertation avec la CNPD et offrira les garanties nécessaires pour concilier simplification administrative, facilité d'utilisation et respect de la protection des données personnelles.

Le Conseil a aussi approuvé la mise en place d'un portail Open Data destiné à mettre à libre disposition les informations publiques de l'État, de ses établissements publics et, si elles le souhaitent, des communes ainsi que des personnes de droit public ou privé chargées d'une mission de service public.

legimag@legitech.lu