



HAL
open science

Vice et vertu des dispositifs européens de portabilité

Isabelle Vacarie

► **To cite this version:**

Isabelle Vacarie. Vice et vertu des dispositifs européens de portabilité. Droit social international et européen en mouvement. Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière, LGDJ - Lextenso éditions, p. 505-515, 2019, 978-2-275-06166-5. hal-04485937

HAL Id: hal-04485937

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-04485937>

Submitted on 1 Mar 2024

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Vice et vertu des dispositifs européens de portabilité

Isabelle VACARIE

Professeur émérite de l'Université Paris Nanterre

Lors du sommet social qui s'est tenu à Göteborg en 2017, les instances européennes mirent l'accent sur les « *défis d'un nouveau genre* » auxquels l'Europe se trouve confrontée : mondialisation de l'économie, révolution numérique, modèle de travail en mutation ou encore évolution sociétale et démographique. Mais, justement parce qu'ils sont d'un nouveau genre, ajoutaient-elles, tous sont susceptibles de démultiplier les possibilités de choix des citoyens européens pour peu que l'Union et les États membres sachent donner à toute personne les moyens de transformer ces défis en opportunité¹. Cette présentation de l'Europe du XXI^e siècle explique que le Socle européen des droits sociaux procède d'une sélection. Le Socle n'entend pas couvrir tous les droits sociaux ni même ceux qu'il faut considérer comme fondamentaux, note Pierre Rodière. Les principes et les droits sélectionnés sont ceux que la Commission a jugés d'une importance essentielle pour réaliser ce programme². Viennent en tête ceux destinés à faciliter l'insertion et la mobilité professionnelles. À ce titre, les uns et les autres doivent profiter à « *toute personne* ». Ainsi en est-il du droit à l'éducation, de la formation « *tout au long de la vie* » et de l'accès à la protection sociale. Une attention particulière est portée aux transitions professionnelles. Pour permettre à chacun de les « *gérer avec succès* » figure dans la liste de droits sélectionnés celui « *de transférer des droits en matière de protection sociale et de formation* ». Techniquement, l'attribution d'une telle prérogative suppose de détacher les droits sociaux de leur ancrage contractuel pour les rattacher à la personne. Dit autrement, cela suppose de les rendre portables. Depuis la proclamation du Socle, la Commission s'efforce d'amener les États à donner plein effet à ce principe³.

Auparavant, ni l'expression ni le processus n'étaient ignorés du droit de l'Union. Bien au contraire, la portabilité fait partie des techniques auxquelles plusieurs actes législatifs ont eu recours « *en vue de réaliser un espace européen unique de la communication et une société de*

1 Préambule du Socle européen des droits sociaux, spécialement points 9 à 15.

2 Pierre Rodière, « Le dévissage de l'Europe sociale. Sur les “explications” du Socle européen des droits sociaux par la Commission », dossier « Quel avenir de l'Europe sociale » (direction Étienne Pataud), *Revue trimestrielle de droit européen*, 2018, p. 45 et s.

3 Proposition de Recommandation du Conseil relative à l'accès des travailleurs salariés et non salariés à la protection sociale, mars 2018, COM (2018) 132 final, précédée d'une consultation des partenaires sociaux, avril 2017, C (2017) 2610 final.

*l'information ouverte à tous*⁴ ». D'abord en 2002, puis en 2009, deux directives ont énoncé l'ensemble minimal de services attendus de tout opérateur de téléphonie ainsi que le noyau de droits dont tout utilisateur doit bénéficier. La portabilité du numéro de téléphone lors d'un changement de fournisseur figure parmi ces droits⁵. Quelques années plus tard, le règlement du 14 juin 2017 obligeait les fournisseurs de services de contenu en ligne « *d'offrir la portabilité transfrontalière* » de ces services, de sorte que celui qui exerce sa liberté de circulation puisse continuer d'accéder aux mêmes informations⁶. Plus emblématique est naturellement le règlement du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (RGPD) qui ajoute, au chapitre consacré aux droits de la personne « *le droit à la portabilité des données* ». Destiné à permettre à toute personne de conserver le contrôle des données la concernant, il confère à chacun de nous le droit de recevoir les données fournies à un responsable de traitement et celui de les transmettre à un autre responsable de traitement⁷.

Le panorama serait incomplet si les divers travaux de la Commission destinés à rendre portables les droits à pension de retraite étaient passés sous silence. Les règles qui président à la coordination des systèmes nationaux de sécurité sociale permettent déjà, au bénéfice du migrant, la totalisation de toutes les périodes prises en considération dans les différentes législations pour l'ouverture et le maintien du droit aux prestations ainsi que pour le calcul de ces dernières. Cependant, ces règles ne valent que pour les régimes obligatoires. Cela explique que la Commission affiche depuis presque 20 ans sa volonté de mettre en place un mécanisme de portabilité tant pour les retraites complémentaires que pour les plans personnels d'épargne-retraite. En 2005, la Commission proposait d'améliorer par voie de directive « *la portabilité des droits à pension complémentaire de source professionnelle* ». À cette fin, il était suggéré que lors de la cessation de la relation d'emploi, le travailleur ait la faculté de demander le transfert des droits acquis et, dans l'hypothèse où les droits seraient en cours d'acquisition, de demander celui des cotisations versées. Aucune de ces propositions n'a abouti. Plus modestement, la directive du 16 avril 2014 s'attache à préserver les droits du

4 Directive 2009/136/CE du 25 nov. 2009 modifiant la directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de télécommunication électronique, considérant 3.

5 Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 dite Directive service universel modifiée par la directive 2009/136/CE du 25 nov. 2009 précitée, art. 30. Voir l'art. 44 du Code français des postes et des télécommunications électroniques.

6 Règlement (UE) 2017/1128 du 14 juin 2017 relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenus en ligne dans le marché intérieur.

7 Règlement (UE) 2016/679 du 26 avr. 2016 (RGPD), art. 20.

travailleur sortant : il pourra les conserver dans le régime complémentaire de pension où ils ont été acquis et les mobiliser une fois arrivé à l'âge de la retraite⁸. L'attention de la Commission se porte aujourd'hui sur l'épargne retraite individuelle. Elle propose que soit élaboré un nouveau produit d'épargne retraite, le PEPP (Pan-European Pension Product), qui aurait pour spécificité d'être paneuropéen. Institué par un règlement, il serait disponible dans tous les États membres. Cette proposition consacre un chapitre à la portabilité de ce produit. Plus précisément, la portabilité devient un « service » que tout fournisseur de PEPP doit offrir à l'épargnant, lorsque celui-ci exerce sa liberté de circulation⁹.

Ces différents dispositifs européens, qu'ils soient en vigueur ou à l'état de projet, ont pour point commun d'élargir les prérogatives de la personne. De même que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « *la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des dispositions de la Convention*¹⁰ », à savoir celui « *d'autodétermination* », on serait tenté de soutenir que ce principe sous-tend la conception des dispositifs du droit de l'Union. Néanmoins, que soient rendus portables indistinctement le numéro de téléphone et l'accès à des contenus en ligne, les données à caractère personnel et les droits sociaux, peut tout autant signifier que la portabilité nourrit une extension de la rhétorique du marché à toutes les dimensions de la vie. Qu'en est-il vraiment ? Les lignes que Paul Ricœur a consacrées à « l'homme capable » suggèrent qu'aucune réponse ne peut être formulée avant d'avoir examiné si la promotion de l'autonomie personnelle est ou non dissociée d'une pensée de ce qui nous tient ensemble. Constatant que seule la reconnaissance mutuelle donne à chacun la certitude de pouvoir agir, le philosophe invite à toujours prêter attention aux différents registres qui rendent possible cette reconnaissance, que ceux-ci soient conflictuels ou pacifiés. Parmi eux, sont évoquées l'action et la négociation collectives, ou encore la mutualité, décrites comme autant d'institutions qui permettent d'être entendu et de s'entendre¹¹. Dès lors, après avoir étudié les dispositifs du droit de l'Union européenne qui consacrent la portabilité pour permettre à chacun de « devenir capable », on comprend qu'il faut ensuite examiner s'ils sont couplés avec les institutions qui donnent à tous la faculté

8 Directive 2014/50/UE du 16 avril 2014 relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire.

9 Proposition de Règlement relative à un produit paneuropéen d'épargne retraite individuelle, juin 2017, COM (2017) 343, chapitre III.

10 CEDH, 29 avril 2002, Pretty contre Royaume Uni, point 61, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2003, 71, note Olivier de Schutter.

11 Paul Ricœur, « Devenir capable et être reconnu », *Esprit*, n° 7, juill. 2005.

d'« être entendu ». Seul l'examen de cette seconde question permettra de savoir si la diffusion de la portabilité a les vertus que lui prête la Commission (offrir à toute personne les moyens de transformer les défis en opportunité) ou si elle contribue au contraire au « *dévissement de l'Europe sociale* », si souvent déploré par Pierre Rodière.

I- Devenir capable

Dans les textes européens les mots « portabilité » ou « portable » sont définis différemment d'un texte à l'autre. De même, il est fait appel à des techniques diversifiées pour les mettre en œuvre. Par contre, tous affichent une même préoccupation, celle de faciliter à la personne l'exercice du « droit à la portabilité ». Cette préoccupation les conduit à formuler à destination des opérateurs une série d'obligations présentées comme autant de « *normes de souci d'autrui*¹² ». Analyser chacun de ces traits permettra de clarifier le sens et la portée de ce mécanisme au sein du droit de l'Union.

A. Des techniques de portabilité diversifiées

Si les différents textes européens qui traitent de la portabilité prennent soin d'en donner une définition, c'est immédiatement pour préciser qu'elle ne vaut que pour le texte en question. À titre d'illustration, dans les directives relatives à la régulation des réseaux de télécommunication, le mot est employé pour désigner le droit pour tout abonné, lorsqu'il change d'opérateur, de conserver son numéro auprès de son nouvel opérateur. Dans le règlement relatif à la portabilité transfrontalière des services de contenus en ligne, on entend par « portable » une caractéristique de ces services : celle de permettre aux abonnés « *d'avoir effectivement accès et d'utiliser effectivement un service de contenus en ligne dans leur État membre de résidence sans être limités à un lieu spécifique* ». L'obligation d'offrir la portabilité transfrontalière veut alors dire que les mêmes possibilités doivent être données aux abonnés lorsqu'ils se déplacent dans un autre État membre. De son côté le RGPD classe la portabilité parmi les « droits de la personne concernée » : celui de « *recevoir* » les données à caractère personnel qu'elle a fournies à un responsable de traitement, et celui de « *transmettre* » ces données à un autre responsable de traitement sans que le premier y fasse obstacle. La proposition de règlement relative à un produit paneuropéen d'épargne retraite

12 Marie-Anne Frison-Roche, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *Dalloz*, 2018, p. 1561.

(PEPP) distingue au contraire « portabilité » et « transfert ». « *La portabilité signifie que l'épargnant au PEPP part résider dans un autre État membre sans changer de fournisseur, tandis que le transfert signifie que l'épargnant change de fournisseur sans nécessairement changer de pays de résidence* ».

Si l'on tente une synthèse des diverses définitions données au fil des textes, dans un premier sens, le mot est employé pour désigner une prérogative de la personne « située » : un abonné ; une personne « concernée par un traitement de données à caractère personnel » ; le souscripteur d'un produit d'épargne retraite. À chacun est conférée la prérogative qui lui permet de ne pas être captif de son choix initial : conserver son numéro tout en changeant d'opérateur ; récupérer et transmettre à un autre les données fournies ; transférer à un nouveau fournisseur le solde positif d'un compte épargne retraite. Glissant de la personne située au prestataire, dans un deuxième sens, la portabilité devient un service dont le second doit assurer la continuité lorsque le premier circule d'un État membre à un autre : continuité de l'accès à des services de contenus en ligne en cas de déplacement temporaire dans un autre État membre ; ouverture au sein du PEPP d'un nouveau compartiment « national » lorsque le titulaire du PEPP change d'État de résidence. Bien que le Socle européen des droits sociaux ne se serve pas du mot, les travaux qui l'accompagnent ne l'évoquent pas moins dans un troisième sens, très proche de celui que divers accords nationaux interprofessionnels français lui ont donné¹³. L'expression est employée pour signifier le maintien des droits sociaux par-delà la discontinuité des situations professionnelles. La proposition de recommandation formulée par la Commission en mars 2018 en donne un bon exemple. Sur la base du principe 12 du Socle, le Conseil devrait recommander aux États membres de veiller à ce que les droits sociaux « *soit accumulés, préservés et transférables dans tous les types de statuts d'emploi salarié et non salarié et dans l'ensemble des secteurs économiques* ». Cette recommandation vaut « *pour les droits acquis dans le cadre de régimes obligatoires ou volontaires* ». Les différentes techniques de nature à donner leur plein effet aux dispositions du Socle sont ensuite énoncées : rendre tous les droits transférables entre les différents régimes d'une branche donnée de la protection sociale ; ou bien, ouvrir des comptes personnels sur lesquels sont agrégées toutes les cotisations et préservés tous les droits que

13 ANI du 11 janvier 2008 sur la modernisation du marché du travail, étendu par l'arrêté du 23 juillet 2008, art. 14 ; ANI du 5 octobre 2009 sur le développement de la formation professionnelle tout au long de la vie, art. 2-7, 47 et 49 ; ANI du 11 janv. 2013 pour un nouveau modèle économique et social, art. 5.

chacun accumule au cours de sa carrière. À chaque État d'opérer ses choix « *conformément aux dispositions nationales en matière de dialogue social*¹⁴ ».

Prendre acte de la diversité tant des définitions données de la portabilité que des techniques auxquelles les dispositifs européens font appel pour la concrétiser se révèle le meilleur moyen de cerner la fonction qui en est attendue : lever les entraves aux diverses composantes de la liberté individuelle, en faciliter l'exercice, permettre à toute personne de « devenir capable ». La coordination des régimes nationaux de sécurité sociale était déjà destinée à lever les entraves à la liberté de circulation. Le service de portabilité transfrontière poursuit ce même objectif. Les défis « d'un nouveau genre » sur lesquels les autorités européennes mettent désormais l'accent fondent l'élargissement de ce mécanisme à d'autres libertés, qu'il s'agisse de la liberté du travail entendue comme celle de passer d'une forme de travail à une autre, du principe de l'autodétermination informationnelle et plus largement de la libre utilisation des réseaux de communication et d'information. Néanmoins, chacun en a conscience, rendre les droits sociaux portables, conférer à toute personne le droit à la portabilité des données fournies ou encore du numéro qui lui permet d'accéder à ces réseaux justifient, « en même temps », la flexibilisation des conditions d'emploi, l'exploitation des données personnelles et la libéralisation du réseau de télécommunication. Cette double lecture de la portabilité explique que tous les textes expriment un même souci d'en assurer l'effectivité.

B. Un même souci d'effectivité du droit à la portabilité

En chapeau du chapitre consacré aux « droits de la personne concernée » parmi lesquels figure le droit à la portabilité, le RGPD énonce que « *le responsable du traitement facilite l'exercice de [ces] droits* ». Les règles de conduite que le premier doit adopter pour respecter ce principe sont alors précisées. Au chapitre suivant, le règlement indique au responsable du traitement la procédure qui lui permettra de concrètement se conformer à l'ensemble de ces règles : « *mettre en œuvre des normes techniques et organisationnelles appropriées* ». Un enchaînement de même nature se retrouve dans les différents textes (en vigueur et en projet) qui font une place à la portabilité. Sans doute leur forme est-elle moins élaborée, mais l'idée est bien présente. Ce bloc de dispositions manifeste la propension – générale – des institutions européennes à se préoccuper des conditions de réalisation des normes qu'elles instituent¹⁵.

14 Proposition de Recommandation précitée.

15 Jérôme Porta, *La réalisation du droit communautaire*, Fondation Varenne-LGDJ, deux tomes, 2007.

Singulièrement, il explicite leur manière de penser l'effectivité du droit à la portabilité : énoncer d'abord ce que le droit attend des opérateurs ; leur indiquer ensuite la procédure à suivre pour mettre leur pratique en adéquation avec les règles qui leur sont applicables.

S'agissant des exigences matérielles, trois sont posées. La transparence vient en premier. Les informations à faire connaître à la personne, le moment de les lui donner et leur mode de communication sont détaillés. La voie électronique n'est jamais exclue. Lorsque la portabilité est transfrontière, l'obligation d'information s'étend au régime applicable dans l'État du déplacement. En matière de protection sociale, les personnes doivent être régulièrement renseignées sur « *leurs droits et obligations individuels* ». Les différents textes prennent ensuite soin d'indiquer que l'exercice du droit à la portabilité ne doit pas se traduire par des frais supplémentaires pour la personne. Enfin, une attention toute particulière est portée aux délais dans lesquels l'opérateur doit répondre à la demande de portabilité. Les délais fixés sont courts, tant pour opérer le transfert que pour donner les raisons pour lesquelles il ne peut être effectué.

S'agissant ensuite des rapports entre droit et action, les textes ne s'en tiennent pas à prévoir des sanctions à l'encontre de l'opérateur qui méconnaîtrait l'une ou l'autre de ces exigences. Ils cherchent à ce que les pratiques de tous les opérateurs soient constamment en adéquation avec toutes ces exigences. À cette fin, il appartient à chacun d'eux d'internaliser ces contraintes en mettant en œuvre des mesures techniques et opérationnelles appropriées. Peu d'indications supplémentaires sont données puisqu'il revient à chaque opérateur d'apprécier les mesures qu'il doit adopter pour « être en conformité », pour que ses actions répondent à ce que le droit attend de lui. Ici et là cependant quelques précisions techniques sont fournies. Par exemple, veiller à l'interopérabilité des systèmes sans que cela exige de les rendre compatibles. Plus intéressantes sont les dispositions du RGPD qui étendent la démarche aux sous-traitants (article 26). Pour désigner ce mode de réalisation du droit, le terme anglais de « compliance » est aujourd'hui volontiers utilisé¹⁶. À n'en pas douter, cette méthode tranche par rapport aux procédés longtemps privilégiés pour « *favoriser l'efficacité du droit dans l'orientation des choix d'action des individus* ». D'importants travaux ont déjà fait observer « *un déplacement de la contrainte à l'incitation* », ou plus exactement, la montée en puissance, à côté des systèmes de sanctions judiciaires, de dispositifs juridiques qui

16 Célia Zolynski, « Compliance et droit des données personnelles », in *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge* (Direction N. Borga, J.-Cl. Marin, J.-Ch. Roda), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2018, p. 129.

encouragent financièrement la conformation des pratiques à la règle¹⁷. Le droit européen ferait un autre pas : de l'encouragement à se conformer aux attentes du droit à l'internalisation par la chaîne d'acteurs des « normes de souci d'autrui »¹⁸.

La compliance est aujourd'hui présentée comme le plus sûr moyen d'assurer l'effectivité des droits de la personne et, par conséquent, de la mettre en capacité de faire des choix¹⁹. Spontanément, comment ne pas y adhérer ? Néanmoins le doute surgit lorsque, au motif qu'elle donnerait à toute personne cette capacité, l'institution d'un système de compliance est ensuite mise en avant pour prôner la construction d'un marché de l'information²⁰ ou encore une nouvelle géographie des protections sociales tenant pour des équivalents fonctionnels mécanismes de solidarité et prévoyance individuelle²¹. Ce point de vue rappelle opportunément l'ambivalence de la promotion de la personne « capable » si ne lui est pas simultanément donnée la possibilité d'« être entendue » sur le cadre dans lequel s'exerce la portabilité. Sans sous-estimer l'intérêt des dispositions destinées à assurer l'effectivité du droit à la portabilité, encore faut-il, comme le suggèrent les écrits de Paul Ricœur, que les personnes concernées soient en mesure de se faire entendre et de s'entendre collectivement. À cette seule condition, l'exercice du droit à la portabilité sera l'expression d'une véritable autonomie personnelle.

II- Être entendu

Différents travaux se préoccupent déjà de l'agencement de l'individuel et du collectif dans l'Europe du XXI^e siècle. Il s'agit de ceux consacrés à l'économie numérique, plus précisément au « digital labor » tantôt saisi comme phénomène observable, tantôt pris comme cadre de

17 Norberto Bobbio, *Essai de théorie du droit*, Paris, LGDJ, 1988, p. 65 ; *De la structure à la fonction. Nouveaux essais de théorie du droit*, traduit et présenté par D. Soldini, Paris, Éditions Dalloz, 2012, 186 p. ; Philippe Coppens, « La sanction de la règle juridique : de la contrainte à l'incitation », in *La Sanction : la lecture des économistes et des juristes*, sous la direction d'Y. Chaput, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 27-47.

18 Marie-Anne Frison-Roche, article précité.

19 Isabelle Falque-Pierrotin, « L'Europe des données ou l'individu au cœur d'un système de compliance » in *Régulation, supervision, compliance* (direction M.-A. Frison-Roche), Dalloz, « Thèmes et commentaires », 2017, p. 29.

20 Marie-Anne Frison-Roche, article précité.

21 Pour un plaidoyer en faveur d'une nouvelle géographie des protections, François Ewald, « La société assurantielle et son avenir », *Le Débat* 2009/5, n° 157, p. 88-96. *Contra* Alain Supiot, « Mutualisation : de quoi parlons-nous ? », *Dalloz* 2016, p. 726.

pensée théorique²². Leur lecture livre un premier enseignement : aborder le collectif demande d'opérer un changement de perspectives. L'objectif n'est plus d'analyser si la portabilité d'un droit ou celle des données personnelles « équipe » la personne individuellement considérée, lui donne une plus grande capacité d'action, lui permet de « devenir capable ». Il importe plutôt de mettre au jour que toute activité numérique, quelle que soit la forme qu'elle emprunte, contribue à créer de la valeur au bénéfice des opérateurs, sans perdre de vue que cette valeur tient à l'activité non d'une personne, mais de la foule des individus connectés. Dès lors, et c'est là l'autre enseignement, il faut également changer d'échelle et envisager la représentation et la défense des intérêts non d'une collectivité de travail, mais d'une foule, voire de la multitude.

Bien que ces travaux, centrés sur le numérique, couvrent un domaine plus étroit que celui dans lequel la Commission promeut le droit à la portabilité, tous permettent de clarifier les équilibres dont dépend la véritable autonomie personnelle et à ce titre méritent d'être pris comme fil conducteur.

A. Adopter une autre perspective

« Traditionnellement la personne est productrice de valeur par sa force de travail ou encore par le résultat de sa création. Mais depuis peu l'individu sécrète une nouvelle source de valeur, presque à son insu, dans la mesure où elle ne suppose pas de sa part des efforts conscients : la valeur émane des informations qu'il génère soit consciemment, soit inconsciemment. » Pour autant, poursuit Judith Rochfeld, il est faux de dire que « la » personne seule est créatrice de valeur. Dans l'économie numérique, la valeur provient de l'exploitation de données en masse ou de masse, par des opérateurs capables de les recueillir et de les agréger. Elle vient du rassemblement, du recoupement et de l'analyse de l'information qui permet de faire parler les données ainsi recyclées²³.

22 Dominique Cardon, Antonio Casilli, *Qu'est-ce que le digital labor ?*, INA, « Études et controverses », 2015, spécialement, 1^{re} partie, A. Casilli, « Digital labor : travail, technologies et conflictualités », p. 10-42. Lionel Maurel et Laura Aufrère, « Pour une protection sociale des données personnelles », *S.I Lex*, 5 févr. 2018 (<https://scinfolex.com/2018/02/05/pour-une-protection-sociale-des-donnees-personnelles/>). Antonio Casilli, *En attendant les robots. Enquête sur le travail du clic*, le Seuil, 2019.

23 Judith Rochfeld, « Quelle politique européenne en matière de données personnelles », *Digital new deal foundation*, Rapport d'étude septembre 2015 (<http://www.intgovforum.org/multilingual/sites/default/files/webform/fondation-digital-new-deal->

Cette immense valeur des données ne profite pas à ceux qui s'en trouvent à l'origine, à savoir la foule des individus connectés. Sauf à se tenir à l'écart de la société numérique, chacun de nous est conduit à fournir des données tout en sachant ne pas être en mesure d'en maîtriser le destin. Chacun contribue à la construction des identités numériques tout en ignorant comment maîtriser leur utilisation. Dans l'intention de sortir de ce cercle vicieux, des voix s'élèvent pour rendre possible au niveau collectif ce qui ne l'est pas au plan individuel, en donnant à la multitude la possibilité de retrouver une prise sur la production, la teneur et les usages de l'identité numérique. Ainsi pour le socio-économiste Antonio Casilli qui s'attache à rendre visible la dimension contributive des connexions en les qualifiant de « digital labor », « *seule une réponse collective et solidaire pourra rétablir l'équilibre*²⁴ ».

La même expression est utilisée pour attirer l'attention sur une autre forme d'activité contributive longtemps occultée, celle des microtravailleurs chargés de réaliser les tâches qu'une intelligence artificielle aussi sophistiquée soit-elle ne peut exécuter en autonomie. Mettre par exemple la masse des données recueillies dans un format qui se prête à une exploitation mathématique ou encore fournir un corpus de contenus en ligne. Une étude récente de l'Organisation internationale du travail (OIT) insiste sur les traits caractéristiques de cette organisation du travail numérique. Un appel est lancé à une foule pour la réalisation de microtâches, selon des conditions de service élaborées unilatéralement par les plateformes et que les tâcherons doivent accepter avant toute exécution. Parce que simples et répétitives, ces tâches sont peu rémunérées bien qu'elles soient indispensables au traitement algorithmique de la masse des données et des traces captées par les opérateurs²⁵.

En dépit de la valeur que le microtravail procure à l'économie numérique, la foule des microtravailleurs ne rentre dans aucune des catégories auxquelles le droit social européen entend apporter une protection. La lecture du Socle européen des droits sociaux suffit à s'en convaincre. Les États sont incités à encourager l'entrepreneuriat et l'emploi non salarié et à faciliter toutes les formes de mobilités, qu'elles soient géographiques ou professionnelles. À cette fin, les législations nationales devraient reconnaître aux travailleurs salariés et non salariés des droits équivalents, en matière de soutien actif à l'emploi et de protection sociale. À tous devrait être attribué le droit de transférer les droits sociaux acquis ou en cours

rapport_donnees_personnelles.pdf). Valérie-Laure Benabou et Judith Rochfeld, *À qui profite le clic ?*, Odile Jacob, 2015.

24 Contre l'hypothèse de la « fin de la vie privée », « la négociation de la *privacy* dans les médias sociaux », *Revue française des sciences de l'information et de la communication*, 3/2013.

25 Janine Berg et alii, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail. Pour un travail décent dans le monde en ligne*, OIT, septembre 2018.

d'acquisition de sorte que chacun puisse « *choisir son avenir professionnel* ». La recherche conduite sous les auspices de l'OIT révèle que les « tâcherons du clic » restent en marge de ces dispositions faute d'exercer un « travail » répondant à l'une des catégories visées. À l'égard de cette foule de microtravailleurs, le Socle signifie aux États membres ce qu'ils « *doivent éviter* », à savoir « *la pauvreté au travail* », sans qu'aucune ligne n'évoque les chemins susceptibles d'être empruntés pour l'éviter. Dans ce contexte, la portabilité pourrait accentuer la dualisation du marché du travail entre ceux qui ont quelque chose à transférer et ceux qui n'ont rien. Il est aussi à craindre que « la gouvernance par les nombres » ne freine tout effort destiné à combattre la pauvreté au travail dans des États désormais assujettis aux règles européennes de discipline budgétaire²⁶.

L'ensemble de ces éléments permet de comprendre les raisons pour lesquelles l'attribution de droits à la personne ne dissuade pas les auteurs attentifs au modèle d'affaire de l'économie numérique, de réfléchir aux formes que pourraient – ou devraient – prendre la représentation et la défense de l'intérêt collectif de la multitude.

B. Penser l'action collective

S'observe aujourd'hui la montée en puissance de l'action de groupe. Ce modèle procédural donne à des groupements tels que les associations et les syndicats la possibilité d'être « procureurs » d'intérêts individuels, en introduisant en justice une action de principe, sans mandat des intéressés, mais dont pourront ensuite profiter toutes les personnes « victimes »²⁷. Au titre du droit effectif à un recours juridictionnel, les textes européens sont favorables à ces actions de groupe. Aussi est-il écrit à l'article 80 du RGPD que les États membres peuvent prévoir qu'associations et syndicats, indépendamment de tout mandat confié par une personne concernée, ont qualité pour agir en justice s'ils considèrent que les droits individuels prévus par le règlement ont été violés. Avant même que ce dernier ne soit entré en application, le droit français instituait cette action de groupe, en la limitant toutefois à l'action en cessation de manquements²⁸. Sur cette base, une action de groupe peut être introduite à l'encontre de tout opérateur qui se refuserait à donner suite aux demandes de portabilité.

26 Anissa Allouache et Isabelle Vacarie, « Langage des droits et langage des nombres. Deux idées de l'Europe sociale » in *À droit ouvert, Mélanges Antoine Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p 43.

27 Soraya Amrani-Mekki, « Action collective et action de groupe », *Dictionnaire des biens communs*, Presses universitaires de France, 2017.

28 Loi 2016-1547 du 18 novembre 2016 relative à la modernisation de la justice, Titre V, art. 60.

Un groupe de personnes peut aussi donner mandat à une entité porteuse pour que soit exercé en leur nom le droit à la portabilité, par exemple dans un but d'intérêt général tel qu'une recherche médicale ou encore dans l'intention de reprendre ensemble la maîtrise de leurs données et de les gérer en commun.

Pour intéressantes que soient ces diverses actions, il n'en faut pas moins souligner leurs limites. L'une et l'autre sont des actions de substitution. L'entité porteuse agit en défense ou en représentation d'une somme d'intérêts individuels. Par ailleurs, le droit à la portabilité ne couvre que « les données fournies » par la personne. Pour donner tout son effet à ce nouveau droit, les lignes directrices prennent soin de préciser que cette notion doit être interprétée largement et englober outre les données fournies successivement et activement par la personne concernée, les données à caractère personnel générées par l'observation de son activité numérique. Par contre, est-il ajouté, ce droit ne s'étend pas aux données qui sont le résultat de leur traitement algorithmique, qui procèdent d'une analyse subséquente du comportement des utilisateurs et conduisent à leur catégorisation ou leur profilage²⁹. Or ce sont justement ces informations-là qui sont source de valeur pour les opérateurs et révèlent la dimension collective des données personnelles. Dans une économie numérique, intelligence artificielle et intelligence d'une foule sont indissociables et s'alimentent mutuellement. Le jeu entre ces deux intelligences construit notre identité numérique. Celle-ci est le produit de l'interconnexion des données, de leur mise en relation, elle représente un monde en lien, celui que révèlent nos pratiques numériques, connexions ou encore nos réseaux sociaux. Outre qu'elles sont coproduites, les données personnelles sont des données relationnelles.

Cette nature des données personnelles est à l'origine de divers travaux qui cherchent tous comment maîtriser collectivement la production et l'usage des données par le GAFAM³⁰. À cette fin, les auteurs n'hésitent pas à solliciter les catégories et institutions du droit social³¹. Ainsi est-il suggéré qu'associations et syndicats ne soient pas seulement procureurs des intérêts individuels, qu'ils soient aussi les procureurs de l'intérêt collectif des internautes et défendent en justice l'intérêt de cette multitude en tant que telle. Pas supplémentaire, il est aujourd'hui préconisé l'ouverture de négociations, secteur par secteur, destinées à déterminer collectivement le processus de production des identités numériques et les utilisations que les opérateurs seront susceptibles d'en faire. Aucun des textes européens précédemment étudiés

29 Lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, adoptées en 2016 par le Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données et révisées en 2017 (Doc. 16/FR, WP 242 rev. 01).

30 GAFAM est l'acronyme des géants d'internet : Google, Apple, Facebook, Amazon et Microsoft.

31 Voir les propositions des différents auteurs précités.

n'ignore la concertation, voire la négociation entre les diverses parties prenantes, spécialement pour faciliter la portabilité des droits et des données. Mais ils en limitent l'objet à l'interopérabilité des systèmes. Il s'agirait désormais de s'accorder, en amont, sur la part de vie personnelle qui doit résister à toute forme de colonisation marchande, de « *négozier collectivement la privacy*³² ». Ainsi le droit individuel à la portabilité pourrait-il s'exercer dans un cadre fixé collectivement.

Pour stimulant que soit cet appel à la négociation collective, il n'en faut pas moins rester attentif au cadre de pensée dans lequel ce type de négociation est préconisé, celui d'un « digital labor » qui englobe indistinctement sous cette dénomination les tâches exécutées par la foule des microtravailleurs et toutes les activités numériques quotidiennes des usagers, au motif que les unes comme les autres contribuent à créer de la valeur (et de la plus-value) pour les entreprises de l'internet, que toutes les activités en ligne sont formatées et exploitées par les intelligences artificielles, qu'elles obéissent à une même logique, celle du numérique. Aux tenants de cette définition, il est reproché de perdre de vue ce qui singularise le travail humain, à savoir d'être « *une activité consciente orientée vers un but et produisant une modification voulue de son objet* », au bénéfice d'une extension sans fin de la notion de travail³³. Ce rappel de la définition du travail est d'autant plus opportun qu'il permet de prendre conscience de l'impasse à laquelle la négociation collective de la vie privée pourrait conduire si ce type de négociation favorisait le retrait du droit social.. « Négocier collectivement la *privacy* » avec les entreprises du *web* oui, mais à la condition, faut-il tout de suite ajouter, que ni l'Union ni les États membres ne mettent en avant l'ouverture de telles négociations internationales pour s'exonérer de tout effort d'institution d'un régime de travail décent sur les plateformes numériques³⁴.

Où l'on retrouve la question pointée par Pierre Rodière de l'équilibre à préserver entre une Europe de la « modernité » orientée vers l'autonomie personnelle et un droit social européen centré sur le travailleur et sa protection. Où l'on comprend que les vertus prêtées à la portabilité dépendent de ce jeu d'équilibre des contraires.

32 Paola Tubaro et Antonio Casilli, « Notre vie privée, un concept négociable », *Le Monde*, 20 janvier 2018.

33 Sébastien Broca, « Le digital labour, extension infinie ou fin du travail », *Traces*, revue de sciences humaines (en ligne), 32/2017, p. 133-144.

34 Voir les propositions faites dans le rapport de l'OIT précité, puis par la Commission mondiale pour l'avenir du travail, *Travailler pour bâtir un avenir meilleur*, rapport janvier 2019.