

## **La nouvelle donne numérique externe : entre ouverture des marchés et souveraineté européenne**

Colloque « Les partenariats transatlantique et transpacifique à l'heure de l'interconnexion

Version préliminaire

Annie Blandin, Professeur à Télécom Bretagne, chaire Jean Monnet, membre du CEJM de Rennes et de l'UMR CNRS IODE

La politique européenne dans le domaine du numérique, à laquelle on donne le nom de stratégie, est structurée autour de la création d'un espace. Un marché unique d'abord qui concerne aussi bien les communications électroniques que l'ensemble des activités numériques, les applications, les services et les contenus. Et un espace de liberté, de sécurité et de justice dont les frontières avec le marché ne sont pas toujours perceptibles. En témoignent par exemple les conditions dans lesquelles les données personnelles étaient transférées depuis l'Union européenne vers les Etats-Unis dans le cadre du Safe Harbor (et le sont désormais dans un autre cadre, le « Privacy Shield »), données collectées à des fins commerciales certes, mais traitées et transférées ensuite à des fins de sécurité publique dans une grande opacité.

Au regard des enjeux que représente le numérique sur le plan commercial, on pourrait s'attendre à ce que la dimension externe de la stratégie européenne soit clairement affirmée et qu'elle fasse l'objet d'une action globale. Or la stratégie numérique fait peu de place à la dimension externe et elle s'exprime dans des instruments disparates. Si l'on prend l'exemple de la communication de la Commission européenne sur le marché unique numérique, la dimension internationale est reléguée dans un paragraphe assez bref qui renvoie de manière laconique aux accords de libre-échange. Le principe directeur de l'action externe est en effet l'ouverture du marché numérique européen ainsi qu'en témoignent les nouvelles dynamiques partenariales externes comme l'accord économique et commercial global entre l'Union européenne et le Canada. Ce marché est supposé être le prolongement du marché numérique européen alors même que celui-ci est inachevé.

En tout cas, cette logique d'ouverture trouve ses limites dans une volonté croissante de préserver la souveraineté numérique de l'Europe face aux Etats tiers et face aux grandes entreprises et plateformes de l'Internet.

S'agissant des données personnelles par exemple, on accorde une grande attention aux conditions dans lesquelles la circulation totale à l'échelle de la planète va s'organiser. On s'interroge sur l'intérêt que pourrait revêtir un cloud souverain. On entend, comme le fait la CNIL, imposer à Google le déréférencement sur toutes les extensions du nom de domaine à l'échelle mondiale, au risque d'une balkanisation de l'Internet.

Dans ce contexte, l'exercice de conciliation entre ouverture des marchés et souveraineté numérique devient très périlleux et l'Union hésite entre approche défensive et promotion de l'ouverture.

Les dispositions des accords transatlantiques intéressant directement ou indirectement le numérique vont dans le sens de la libéralisation et de l'ouverture. Notre propos n'est pas de revenir sur les réticences et divergences qui émaillent ou ont émaillé les négociations. Il s'agit plutôt de s'intéresser au climat politique et juridique qui entoure les relations économiques et commerciales en vue de mesurer l'écart entre les objectifs d'ouverture et leur faisabilité. De nombreux facteurs favorisent en effet plus de protection voire de protectionnisme. On constate même l'avènement d'une nouvelle forme de souveraineté dite numérique, que l'on peut définir comme étant « la maîtrise de notre destin sur les réseaux informatiques » (Pierre Bellanger).

La nouvelle donne numérique externe découle en tout cas de la compréhension de ce qu'est la transition numérique à l'œuvre actuellement. A juste titre, masse et vitesse sont considérées comme deux de ses caractéristiques essentielles comme l'a démontré Pascal Lamy. La notion de masse renvoie aux traitements de données avec le Big Data et aussi à la configuration des marchés marquée par l'émergence de géants du net. La vitesse fait quant à elle référence au rythme de l'innovation.

C'est au prisme de ces caractéristiques que l'on peut appréhender deux grandes manifestations de la nouvelle donne externe.

Il s'agit d'abord de la structuration croissante des relations économiques et commerciales autour de la circulation totale des données personnelles et de toute autre donnée. Il s'agit indéniablement d'un fait nouveau au plan international. La position des Etats-Unis dans le cadre de la négociation du TISA illustre cette revendication d'une libre circulation sans limite.

Mais c'est aussi sur cet aspect que se focalisent désormais de nombreux enjeux de souveraineté de sorte que l'on peut dire que la souveraineté

numérique s'affirme comme une limite à la circulation totale des données personnelles. (1<sup>ère</sup> partie).

La seconde manifestation, c'est l'émergence d'entreprises/ plateformes dont la place et le comportement contrarie l'ouverture des marchés et la concurrence. La défense de la souveraineté européenne passe alors par la régulation des entreprises souveraines de l'Internet (2<sup>ème</sup> partie).

## **1. La souveraineté numérique comme limite à la circulation totale des données personnelles**

Les échanges commerciaux s'accompagnent d'un traitement massif de données personnelles. Celles-ci sont l'or noir de toutes les activités humaines. A tel point que ces données deviennent elles-mêmes un objet de commerce. Elles sont valorisées, se vendent, sont transférées hors de l'Union européenne. De plus, la frontière entre traitements réalisés à des fins commerciales et à des fins de sécurité publique s'estompe comme l'ont montré les révélations de l'affaire Snowden.

A la différence d'autres aires géographiques, c'est dans un climat de confiance que la circulation des données personnelles entre l'Union européenne et la Canada s'organise, sur la base de la décision d'adéquation de 2001 pour les données commerciales et des accords PNR pour les données des passagers aériens traitées à des fins de sécurité publique.

Ces relations apaisées subissent toutefois les conséquences de la crise de confiance générée par la prise de conscience de la généralisation de la surveillance des réseaux, qu'elle soit étatique ou mise en œuvre par les entreprises car là aussi les frontières sont perméables.

Désormais, c'est non seulement la localisation des données qui fait débat mais aussi les conditions de leur circulation, dans un cadre transatlantique en particulier.

Dans l'Union européenne, l'actualité en matière de droit à la protection des données a été marquée par l'invalidation d'instruments juridiques importants, aussi bien internes qu'externes, concernant le traitement des données personnelles. L'enjeu de souveraineté s'avère être présent à plusieurs niveaux, qu'il s'agisse du contrôle que les personnes exercent sur leurs données ou de celui que les Etats et l'Union veulent exercer sur les

transferts ou sur la localisation des données.

Cet enjeu s'est d'abord invité dans l'arrêt de la CJUE du 8 avril 2014 qui a conduit la Cour à invalider la directive dite « rétention des données » qui prévoyait la conservation des données de communications électroniques pour qu'elles soient accessibles aux autorités judiciaires et policières dans le cadre de la lutte contre le terrorisme. Selon la CJUE qui devait statuer sur l'ingérence dans les droits fondamentaux à la vie privée et à la protection des données personnelles, la directive poursuit bien un objectif d'intérêt général, la lutte contre la criminalité grave, mais le législateur de l'Union a excédé les limites qu'impose le respect du principe de proportionnalité.

Cependant, c'est surtout l'argument concernant le lieu de conservation des données qui mérite de retenir notre attention. Comme ladite directive n'imposait pas que les données en cause soient conservées sur le territoire de l'Union, la Cour estime « qu'il ne saurait être considéré qu'est pleinement garanti le contrôle par une autorité indépendante, explicitement exigé par l'article 8, paragraphe 3, de la Charte, du respect des exigences de protection et de sécurité, telles que visées aux deux points précédents ».

Il est donc permis de considérer que cet arrêt encourage une conservation des données en Europe et qu'il annonce sur ce point l'arrêt Max Shrems du 6 octobre 2015, en ce que celui-ci trouve sa source dans la remise en cause par ledit Shrems des transferts des données Facebook de l'Irlande vers des serveurs américains.

Sur le plan externe, l'événement récent le plus marquant voire spectaculaire, c'est en effet l'invalidation par cet arrêt du dispositif du Safe Harbor qui encadrait le transfert des données de l'Union vers les Etats-Unis.

C'est dans ce contexte tendu que l'avis de la CJUE a été sollicité sur la conclusion du nouvel accord PNR entre l'Union européenne et le Canada signé en 2015. La Cour est appelée à se prononcer sur la compatibilité de cet accord externe avec la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (articles 7, 8 et 52 par.2).

Précédant l'avis, les récentes conclusions de l'Avocat général ont défrayé la chronique et annoncent peut-être un tournant dans la politique européenne relative au transfert de données. Sans remettre en cause le principe même des accords PNR « *la nature des données PNR faisant l'objet de l'accord envisagé ne permet pas de tirer des conclusions précises sur le contenu essentiel de la vie privée des personnes concernées* », l'Avocat général réduit

l'accord à peau de chagrin en recensant les points nécessitant une renégociation. C'est ainsi par exemple qu'il est demandé à ce que les données sensibles soient exclues du périmètre de l'accord. D'autres dispositions sont jugées quant à elles incompatibles avec la Charte comme celle qui prévoit un traitement pour des finalités autres que celles prévues, en l'espèce « *pour se conformer à une convocation, un mandat d'arrêt ou une ordonnance émis par une juridiction* »

En tout cas, dans l'Union européenne, toutes ces évolutions viennent alimenter la réflexion sur l'opportunité de créer un cloud souverain, socle possible d'une politique industrielle du numérique. La réflexion porte aussi sur la faisabilité d'un système d'exploitation européen que certains appellent de leurs vœux.

## **2. La défense de la souveraine européenne face aux entreprises souveraines de l'Internet**

C'est donc bien sur le terrain industriel au sens large que se joue une nouvelle partie.

Il est courant de dire que les nouveaux accords commerciaux serviraient en priorité les intérêts de grandes entreprises et partant, s'agissant du numérique, des GAFA (Google, Amazon, Facebook et Apple). Il s'agit en tout cas d'une crainte dans la mesure où il y a un retard avéré de l'Europe en matière numérique, en particulier vis-à-vis des Etats-Unis, à l'origine de réticences spécifiques pour ce qui concerne la conclusion du TTIP. Le rapport de force est toutefois différent s'agissant des relations euro-canadiennes.

Nous pouvons qualifier de souveraines ces entreprises de l'Internet qui détiennent un pouvoir de marché tel qu'elles se dotent des attributs de la souveraineté, à l'instar d'un Etat. Elles en détiennent les composantes traditionnelles, le territoire que représente Internet, la population des internautes, le pouvoir fiscal, parfois une monnaie virtuelle et enfin un pouvoir d'édiction des normes. Elles maîtrisent aussi une méta-composante de la souveraineté et en particulier l'accès à l'Internet et donc l'accès à la connaissance.

Ces entreprises, souvent des plateformes comme Amazon, acquièrent des positions dominantes de manière très rapide et ont une forte propension à

en abuser. La position de Google sur le marché des moteurs de recherche et le contentieux suscité par ses abus, illustre cette évolution.

De nouvelles régulations européennes sont donc proposées ou adoptées pour encadrer l'activité de ces entreprises.

L'enjeu est double. Il s'agit d'abord de restaurer le rôle des Etats ou des organisations telles que l'Union européenne face à la puissance des entreprises de l'Internet. C'est notamment l'objectif de la réflexion sur la régulation des plateformes de l'Internet, un des sujets centraux de la stratégie pour le marché unique numérique. Un tel objectif risque toutefois d'entrer en conflit avec ceux poursuivis par les nouveaux mécanismes d'arbitrage dont on se demande s'ils ne favorisent pas au contraire les entreprises (éventuellement du numérique) et s'ils ne permettent pas en outre aux entreprises américaines de se servir du CETA comme cheval de Troie. Des interrogations se font jour notamment sur le droit de réglementer.

Il s'agit par ailleurs de réduire la puissance de ces entreprises, éventuellement au bénéfice de l'Union européenne. La dimension externe est ici manifeste.

On peut distinguer les actions européennes ou nationales visant à encadrer les activités de ces entreprises et les actions visant à promouvoir des alternatives.

Au rang des premières, on trouvera tous les efforts visant à imposer le respect du droit de la propriété intellectuelle et du droit de la concurrence. Le contentieux est fourni, avec quelques affaires emblématiques concernant notamment Google Books ou encore le moteur de recherche.

S'agissant des règles elles-mêmes, certains projets devraient, s'ils se réalisent, modifier la donne numérique externe. C'est le cas de la convergence des règles dans le domaine de l'audiovisuel qui représente un enjeu concurrentiel majeur. En effet, les chaînes traditionnelles européennes, fortement régulées, font face aux acteurs OTT (Over the top) qui bénéficient, comme Netflix, d'un climat réglementaire plus doux.

De nouvelles exigences apparaissent par ailleurs et augmentent la portée extraterritoriale des règles européennes. C'est le cas par exemple lorsque la CNIL demande à Google de mettre en œuvre le déréférencement sur toutes les extensions géographiques du nom de domaine de son moteur de

recherche. La réaction de Kent Walker, directeur juridique de Google est parlante : « *Nous nous conformons au droit des pays où nous sommes en activité. Mais si le droit français s'appliquait au monde entier, combien de temps faudrait-il avant que d'autres pays – peut-être moins ouverts et moins démocratiques – ne commencent à demander que leurs lois qui régulent l'information de la même manière aient une portée globale* ».

Enfin, c'est la régulation fiscale qui s'affirme comme un instrument permettant la promotion de la souveraineté numérique européenne. Dans l'Union, les enquêtes et les actions se multiplient pour lutter contre l'évasion et l'optimisation fiscales, fer de lance de la stratégie des grandes entreprises du net. Les cibles sont en priorité les GAFAs. Ainsi, en août 2016, les rulings entre l'Irlande et Apple ont été considérées par la Commission européenne comme des aides d'Etat, le montant des restitutions étant de 13 milliards d'euros.

L'intervention sur le plan fiscal ne sert pas seulement à lutter contre l'évasion. Elle peut aussi avoir des conséquences sur le management et la régulation de l'innovation. Face à l'uberisation de l'économie, les différentes interventions, notamment celles visant à limiter les possibilités pour les particuliers de proposer leurs logements sur Airbnb prises au niveau étatique ou infra-étatique, ont pour but d'égaliser les conditions de concurrence et ce faisant de protéger les secteurs traditionnels, par exemple les hôteliers face aux hébergeurs Airbnb, les taxis face aux chauffeurs occasionnels (offre Uber).

On protège ainsi des activités plus localisées face à celles qui sont managées par des plateformes dont la dimension devient vite internationale voire monopolistique.

Se pose alors évidemment la question de savoir comment relocaliser certaines activités ou comment favoriser des alternatives. C'est un des débats essentiels actuellement dans le domaine du numérique.

On peut raisonner de deux manières au moins. En opposant à une entreprise une autre entreprise ou structure. Face à Google Books qui défiait l'Europe en numérisant son patrimoine culturel, L'Union a répondu avec le projet Europeana, une bibliothèque numérique plus respectueuse de l'identité européenne. Pour avoir des chances de réussite, ces alternatives doivent en effet apporter une réelle valeur ajoutée. De nouveaux arguments apparaissent comme celui du patriotisme fiscal utilisé par les rivaux de Uber comme la plateforme française Chauffeur-privé.

La seconde approche, bien plus complexe, viserait à créer un moteur de recherche européen, un cloud européen ou encore un système d'exploitation européen. Certains jugent ces projets non réalisables, d'autres pressent l'Europe d'agir. L'enjeu n'est pas seulement économique. Il est aussi démocratique dans la mesure où le danger est grand de laisser nos données dans les mains d'Etats tiers et d'entreprises tierces.

## Conclusion

A la lumière de ces deux dossiers, celui des données personnelles et celui des entreprises, il apparaît en tout cas que la résistance ne s'exprime pas seulement dans le discours mais qu'elle peut s'appuyer sur des actions concrètes qui modèrent l'ouverture des marchés voire la contredise dans un élan de promotion de la souveraineté numérique.

Annie Blandin (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruylant, 2016.