

# Les partenariats transatlantiques et transpacifiques et la réglementation du numérique : convergence ou concurrence des approches juridiques ? \*

Gaël Le Roux

\* *Projet d'article préparé pour la conférence organisée par l'Université de Rennes et l'Université du Québec à Montréal le 16-17-18 novembre 2016 sur « les partenariats transatlantique et transpacifique à l'ère de l'interconnexion » – NE PAS CITER EN L'ÉTAT.*

## 1. Introduction :

En trois décennies, le paysage du droit du commerce international a connu plusieurs transformations majeures<sup>1</sup>. Dans les années, 1990, le multilatéralisme est à son apogée avec la conclusion, en 1995, des accords de Marrakech qui instituent l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les années 2000 seront marquées par l'érosion progressive du système multilatéral et la multiplication d'accords bilatéraux complets et approfondis<sup>2</sup>. Le dernier tournant s'opère dans les années 2010 avec la négociation d'accords bilatéraux ou plurilatéraux qualifiés par certains auteurs d'accords « méga-régionaux »<sup>3</sup>. Dans la lignée de leurs prédécesseurs, ceux-ci visent à compenser certaines lacunes de l'OMC en permettant à des partenaires aux intérêts convergents de s'accorder sur la libéralisation de nouveaux secteurs dont le commerce global est la plupart du temps restreint par des barrières réglementaires. Le CETA (l'accord entre l'Union européenne et le Canada) et le TPP (le Partenariat Transpacifique impliquant douze états dont les Etats-Unis et le Canada) dont les textes finaux ont été adoptés en 2015, ainsi que le TTIP (l'accord entre l'Union européenne et les Etats-Unis) toujours en cours de négociation à l'heure où nous écrivons cet article, sont les fers de lance de cette nouvelle génération d'accords<sup>4</sup>. Ces traités se caractérisent notamment par la variété, la nouveauté et la technicité des sujets réglementaires auxquels ils se confrontent. De nombreux domaines du droit sont, de ce fait, de plus en plus directement concernés par les dispositions intégrées dans ces accords.

En parallèle à cette nouvelle orientation du droit du commerce international, s'opère aux niveaux internes des pays qui négocient ces traités, d'importantes mutations en termes de réglementation. Celles-ci sont particulièrement prégnantes dans le domaine des nouvelles technologies numériques qui, du fait de leur évolution rapide, requièrent des réponses multiples et complexes de la part des législateurs partout dans le monde<sup>5</sup>. Cette production législative et réglementaire s'opère dans un contexte d'interdépendance importante des systèmes juridiques

---

<sup>1</sup> Pour un compte rendu de l'évolution du droit du commerce international jusqu'à ce jour voir notamment : Young A. R. & J. Peterson, « The European Union and the new trade politics » *Journal of European Public Policy*, Vol. 13 n° 6, 2006, p. 795 – 814 ; Snyder, F., *The EU, the WTO and China: Legal Pluralism and International Trade Regulation*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2010 ; Young A. R., « Not your parents' trade politics: the Transatlantic Trade and Investment Partnership negotiations » *Review of International Political Economy*, Vol. 23 n° 3, 2016, p. 345-378.

<sup>2</sup> Areou, G., « La résurgence du bilatéralisme: première conséquence de la suspension des négociations du cycle de Doha », *Société Française pour le Droit International*, Nice, 2006.

<sup>3</sup> Aggarwal, V. K. & S. J. Evenett « A Fragmenting Global Economy: A Weakened WTO, Mega FTAs, and Murky Protectionism » *Swiss Political Science Review*, Vol. 19, n°4, p. 550–557, 2013.

<sup>4</sup> Par souci de simplicité, nous utilisons les acronymes dans leur version anglophone qui sont ceux auxquels il est le plus souvent fait référence dans la presse et la littérature académique pour mentionner ces accords.

<sup>5</sup> Pour une analyse de ces évolutions dans les pays de l'OCDE voir : Organisation pour la Coopération et le Développement Economique « Perspectives de l'économie numérique » Paris, Editions OCDE, 2015.

nationaux et régionaux<sup>6</sup>. Le risque encouru est celui d'une fragmentation du droit entre des ordres juridiques interconnectés qui ne se développeraient pas de manière ordonnée<sup>7</sup>.

Le droit international économique, notamment tel que consolidé depuis quelques années dans des traités commerciaux bilatéraux et plurilatéraux, est un outil disponible pour éviter en amont, ou surmonter en aval, les obstacles au bon développement du droit du numérique causés par cette fragmentation<sup>8</sup>. Il est à ce titre sollicité par les pouvoirs publics qui y voient un outil leur permettant de mener à bien leurs politiques réglementaires dans ce secteur<sup>9</sup>. Le recours au droit international économique semble justifié par la nature même des enjeux du numérique dont la dimension dématérialisée et transnationale requiert pour beaucoup de sujets une réponse globale<sup>10</sup>. Elle est néanmoins également souvent contestée du fait des débats complexes que génère la réglementation du numérique aux niveaux internes des états qui le réglementent. Les législateurs peinent en effet souvent à trouver le point d'équilibre dans l'élaboration des réglementations. Celles-ci sont souvent très techniques et poursuivent parfois des objectifs contradictoires, tels que la protection de la vie privée d'une part et la sécurité nationale d'autre part<sup>11</sup>. Certains craignent donc que les règles émergentes aux niveaux internes soient fragilisées par le développement de certaines normes supranationales qui ne répondraient pas aux mêmes exigences formelles et substantielles que celles adoptées au niveau national ou éventuellement régional<sup>12</sup>. Il est évident que les différents niveaux de réglementation (national, régional et supranational) présentent chacun des avantages et des inconvénients. Il semble donc raisonnable de supposer qu'ils sont, d'une manière ou d'une autre, amenés à cohabiter dans le domaine du numérique comme dans d'autres, pour former un système de gouvernance réglementaire à plusieurs niveaux<sup>13</sup>. La problématique à ce stade ne réside donc plus dans le simple choix exclusif de l'un ou l'autre de ces niveaux de réglementation. Les défis qui se posent sont en effet à la fois plus complexes et pluriels. Il s'agit par exemple de trouver un équilibre entre le recours au droit international, au droit régional ou au droit interne selon la nature des enjeux soulevés par le sujet traité. Il s'agit également de se poser la question de la « discipline juridique » à choisir pour réglementer des sujets dont les enjeux sont la plupart du temps hybrides car à la fois économiques, sociaux, culturels...<sup>14</sup> Il s'agit en outre de se pencher sur les pistes d'amélioration des modes d'élaboration des normes, particulièrement au niveau régional et international, qui devraient permettre de faciliter un recours légitime au niveau réglementaire optimal. Il s'agit enfin pour les négociateurs des traités, les législateurs et les

---

<sup>6</sup> Lazer, D. « Regulatory interdependence and international governance » *Journal of European Public Policy*, Vol. 8 n°3, p 474-492, 2001.

<sup>7</sup> Delmas- Marty, M., *Le Pluralisme ordonné: Les forces imaginantes du droit*, Paris Seuil 2010.

<sup>8</sup> Wouters, J., Marx, A., Geraets, D. & Natens, B., *Global Governance through Trade: EU Policies and Approaches*, Northampton, Leuven Centre for global governance studies, 2015.

<sup>9</sup> Voir notamment : Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil de l'Union européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015)192, Bruxelles, 6 mai 2015; Voir également : Conseil national du numérique « Partenariat Transatlantique de commerce et d'investissement : faire du volet numérique un atout pour la négociation », Paris, 2014.

<sup>10</sup> Burri, M., "The International Economic Law Framework for Digital Trade" *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* Vol. 135 n°2, p. 10-72, 2015.

<sup>11</sup> Aaronson, S. « Why trade agreements are not setting information free : the lost history and reinvigorated debate over cross-border data flows, human rights and national security, *World Trade Review*, 2015 ; Burri, M. « Should there be multilateral rules for digital trade », E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2014, [www.e15initiative.org](http://www.e15initiative.org) p. 6.

<sup>12</sup> McNamee, J. & M. Fernández Pérez, (eds) « TTIP and digital rights » *The EDRi Papers*, n° 11, 2015.

<sup>13</sup> Piattoni, S. « Multilevel governance : a historical and conceptual analysis » *Journal of European Integration* , 31(2), pp. 163-180.

<sup>14</sup> Aaronson, S. « Why trade agreements are not setting information free : the lost history and reinvigorated debate over cross-border data flows, human rights and national security, *World Trade Review*, 2015

régulateurs qui opèrent à des niveaux distincts, de travailler à la mise en cohérence des règles du droit international, régional et interne<sup>15</sup>. Ceci devrait permettre d'éviter les contradictions qui pourraient mettre en péril le système global de gouvernance juridique qui émerge pour encadrer le développement des technologies numériques<sup>16</sup>.

Si toutes ces problématiques sont pertinentes et pourraient chacune faire l'objet d'une étude spécifique, cet article, pour des raisons de concision, se concentrera exclusivement sur l'une d'elle. *Il examinera en effet dans quelle mesure la conclusion d'accords commerciaux internationaux par le Canada, les Etats-Unis et l'Union européenne contribue à l'émergence d'une réglementation globale des grands enjeux liés au développement de l'économie numérique.* En effet, à ce stade, nous n'aborderons le débat sur la légitimité du recours à ce type d'accords (dont, rappelons-le, les principales caractéristiques sont la dimension internationale, commerciale et pluri/bilatérale) pour traiter ces sujets, ni dans celui concernant les pistes d'amélioration de production des normes au niveau supranational (que ces améliorations soient d'ordre procédural ou substantiel). Il semble en effet que pour aborder ces questions essentielles sous cet angle critique, il faille d'abord démontrer de manière plus technique comment les différents niveaux réglementaires encadrant l'économie numérique interagissent en l'état actuel du droit. Or aujourd'hui, cette démonstration reste peu étudiée, en particulier s'agissant du droit du numérique pour lequel la coordination entre les régimes nationaux est rudimentaire et la relation avec le droit international économique reste peu claire<sup>17</sup>. En raison de la nature de l'objectif poursuivi, la méthode que nous retenons dans cet article est celle de la dogmatique juridique. Celle-ci nous conduira à évaluer un certain nombre de normes en se référant à un cadre interne au droit (droit de l'Union européenne, droit des traités commerciaux internationaux, droit interne des pays tiers), et non à évaluer ou critiquer ces normes en se référant à un cadre externe (politique, sociologique, éthique)<sup>18</sup>.

Nous avons choisi pour notre étude de nous concentrer sur trois sujets du droit du numérique, tels que traités dans les accords et dans le droit interne des pays qui les négocient. Il s'agit de la protection des données, de la responsabilité des intermédiaires techniques et de la neutralité du net. Ces trois sujets nous paraissent représentatifs de la variété des enjeux couverts par le droit du numérique puisqu'ils couvrent les trois niveaux de la structure de l'économie numérique telle que théorisée par le Professeur Yochai Benkler dans son ouvrage référence « La richesse des réseaux », à savoir : le réseau physique (infrastructures), le réseau logique (logiciels) et les contenus (audio, vidéo, photo, texte)<sup>19</sup>. Le choix de ces thématiques est également motivé par leur importance dans les débats politiques internes et par la présence de plusieurs dispositions s'y référant dans le « volet numérique » des traités internationaux

---

<sup>15</sup> Au sein de l'Union européenne, cette prérogative de mise en cohérence est explicitement confiée par le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne à la Commission et au Conseil de l'Union : TFUE article 207 (3) §2 : « il appartient au Conseil et à la Commission de veiller à ce que les accords négociés soient compatibles avec les politiques et règles internes de l'Union ».

<sup>16</sup> Par gouvernance juridique, nous entendons une « pluralité d'instruments de régulation (...) ayant pour objectif de gérer des situations complexes et multidimensionnelles » cf Van Wayemberg, A., « Union européenne : instruments, gouvernance et méthode » Thèse, Larcier collection Europe(s), mars 2015, p. 19-20.

<sup>17</sup> Notre traduction. Bendiek, A. & Schmieg, E. "European Union data protection and external trade: having the best of both worlds ?" Stiftung Wissenschaft und Politik - SWP - Deutsches Institute für Internationale Politik und Sicherheit (Ed.) SWP Comments/2016.

<sup>18</sup> Corten, O., *Méthodologie du droit international public*, Editions de l'Université libre de Bruxelles, 2009, p. 23.

<sup>19</sup> Benkler, Y. *The Wealth of networks : how social production transforms markets and freedom* Yale University Press, (New York New Haven, 2006).

étudiés<sup>20</sup>. *Par « volet numérique des accords », nous entendons l'ensemble des dispositions incluses dans ces accords qui concernent la réglementation d'une activité fondée essentiellement sur et/ou facilitant le développement des technologies numériques.* Nous retrouvons ce type de clauses dans les chapitres sur les services, le commerce électronique, les droits de propriété intellectuelle et les télécommunications qui définissent la majeure partie des règles concernant le numérique dans la plupart des traités commerciaux internationaux<sup>21</sup>.

Afin de procéder à cette analyse comparative du volet numérique des traités étudiés, nous conduirons une exégèse des trois accords précités (TTIP, TPP et CETA)<sup>22</sup>. Nous comparerons ici comment les trois sujets centraux du droit du numérique évoqués ci-dessus sont abordés dans ces accords. Nous évaluerons à chaque fois de manière prospective (aucun de ces accords n'étant, à l'heure où nous écrivons cet article, ratifié et mis en œuvre) l'impact potentiel de ces traités sur la convergence des réglementations internes du Canada, des Etats-Unis et de l'Union européenne. Nous commencerons par le sujet de la protection des données personnelles qui occupe une place de premier plan dans les débats internes sur la réglementation du numérique (section 2). Nous poursuivrons en étudiant le sujet non moins essentiel qu'est celui de la responsabilité des intermédiaires techniques du net (section 3). Nous compléterons cette étude en nous penchant sur le sujet de la neutralité du net (section 4). L'objectif de cet exercice sera de déceler les points de convergence et de divergence, entre les clauses traitant ces sujets dans ces trois accords commerciaux (ou projet d'accord s'agissant du TTIP). En tirant les leçons des observations ainsi faites, nous concluons en confirmant ou en infirmant l'hypothèse selon laquelle, un régime juridique global encadrant l'économie numérique, et consolidé dans ces traités commerciaux, est en cours d'élaboration (section 5).

## **2. La protection des données personnelles : un sujet central, objet d'une compétition féroce**

Faut-il rappeler qu'il existe historiquement une opposition essentielle entre les Etats-Unis et l'Union européenne sur la conception générale de la réglementation de la protection des données personnelles<sup>23</sup>. Aux Etats-Unis, la vie privée est conçue comme une liberté fondamentale dont doivent pouvoir jouir les individus comme ils l'entendent<sup>24</sup>. Le régime qui encadre celle-ci laisse une importante discrétion aux individus dans l'utilisation qu'ils souhaitent faire de leurs données personnelles. Il est par conséquent assez souple et vise davantage à protéger de la collecte et de l'exploitation des données privées par l'administration publique, dont l'intervention dans la sphère privée est la principale menace sur la liberté

---

<sup>20</sup> L'expression « volet numérique » est empruntée aux Professeurs Renda A., & C. Yoo, «Telecommunications and Internet Services: the digital side of the TTIP» *Centre for European Policy Studies*, special report n°112, 2015.

<sup>21</sup>Nous reconnaissons que d'autres sujets réglementaires qui pourraient être pertinents pour notre étude sont traités dans ces accords tels que la cybersécurité, le droit de la consommation en ligne (e-signature, étiquetage électronique, authentification, voies de recours transnationales), les questions d'interopérabilité etc... mais ne pouvons pas tous les traiter dans le cadre restreint de cet article.

<sup>22</sup> Afin de ne pas isoler notre analyse du contexte général, nous ferons également ponctuellement appel à l'analyse d'autres traités commerciaux dont les dispositions pourraient éclairer notre travail.

<sup>23</sup> Nous ne pouvons pas dans le cadre d'un article de ce type conduire une comparaison détaillée des régimes européens et américains de protection des données personnelles. Nous nous contentons donc de souligner ces divergences générales qui, nous l'espérons, illustrent le propos du traitement différencié de ce sujet dans les accords commerciaux européens et américains. Pour une analyse comparée approfondie, voir notamment : Van Eecke, P. (ed.) « Data protection laws of the world », DLA Piper, consulté le 20 mars 2016 ; Bourgeois, J., Kerry, C., Long, W., Meulenbelt, M. Raul, A.C., « Essentially equivalent : A comparison of the legal orders for privacy and data protection in the European Union and United States », Sidley & Austin LLP report, Janvier 2016.

<sup>24</sup> Constitution des Etats-Unis d'Amérique, 14<sup>ème</sup> amendement.

individuelle. Sur le plan formel, les Etats-Unis ont opté pour un régime fragmenté avec au total presque 15 lois distinctes concernant la protection de la vie privée dans divers contextes<sup>25</sup>. Côté européen, la protection de la vie privée est appréhendée comme un droit fondamental<sup>26</sup>. Son encadrement est plus strict et vise davantage les violations de ce droit qui pourraient découler des activités conduites par les acteurs du secteur privé. Par ailleurs, les européens ont opté pour une approche généralisée en consolidant ce régime principalement dans deux textes législatifs (un règlement et une directive) sur la protection générale des données privées et sur la protection dans le domaine pénal et judiciaire. Le régime Canadien quant à lui se situe à mi-chemin entre ces deux approches<sup>27</sup>. Il est fondé sur le principe d'autonomie des individus vis à vis de leurs données personnelles. Les lois de protection visent avant tout à leur permettre de garder le contrôle sur l'usage qui est fait de celles-ci. Ces divergences sur la manière dont le sujet de la protection des données est traité aux niveaux internes de ces trois ordres juridiques se reflète dans la manière dont les flux transfrontaliers externes sont traités dans les accords commerciaux négociés et conclus par ces acteurs.

Le sujet de la *protection des données personnelles* est tout d'abord abordé de manière transversale dans les accords commerciaux étudiés dans les chapitres concernant le *commerce électronique*. Des dispositions spécifiques sont également parfois incluses dans un certain nombre de chapitres sectoriels, notamment ceux sur les *services financiers* et les *télécommunications*. C'est donc *via* les règles relatives aux flux de données, essentiels au bon fonctionnement du commerce électronique, que ce sujet est la plupart du temps abordé<sup>28</sup>. Des dispositions connexes concernant les régimes de protection des données personnelles que les signataires des accords s'engagent à adopter sont en effet la plupart du temps associées à celles-ci. L'orientation à donner à ces régimes de protection est la plupart du temps guidée par un certain nombre de principes énumérés dans les accords et par le renvoi à des lignes directrices auxquelles les signataires des accords s'engagent à se référer lorsqu'ils légifèrent et réglementent ce sujet dans leurs juridictions internes<sup>29</sup>. Nous nous concentrerons d'abord ici sur les dispositions transversales concernant les flux d'informations et la protection des données personnelles, incluses dans les chapitres « e-commerce » des trois accords étudiés. Nous évoquerons ensuite brièvement les liens que peuvent potentiellement entretenir les dispositions sectorielles avec celles-ci.

L'opposition entre les approches américaines et européennes est très clairement visible dans deux traités conclus par chacun de ces acteurs quasi simultanément avec **la République de Corée** en 2011. Les accords UE-Corée (KOREU) et Etats-Unis-Corée (KORUS) sont les premiers accords commerciaux dans lesquels les questions relatives au numérique ont été traitées de manière approfondie<sup>30</sup>. Pour les Etats-Unis, la priorité qui apparaît dans l'accord KORUS est d'encourager les flux de données<sup>31</sup>. Côté européen, l'approche inverse est retenue puisque c'est la nécessité pour chacun des partenaires d'adopter des règles de protection des

---

<sup>25</sup> Levin, A., Nicholson, M.J., « Privacy Laws in the EU, the US and Canada : The Allure of the Middle Ground », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2005, p. 362-374.

<sup>26</sup> Convention européenne des droits de l'Homme, article 8 ; TFUE article 16.

<sup>27</sup> Levin, A., Nicholson, M.J., « Privacy Laws in the EU, the US and Canada : The Allure of the Middle Ground », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2005, p. 393

<sup>28</sup> Meltzer, J., « The internet, cross border data flows and international trade » , *Issues in technology innovation*, Brookings Centre for Technology Innovation, November 22 – February 23, p. 11.

<sup>29</sup> Parmi lesquelles on retiendra principalement celles de l'OCDE, « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel » (telles que révisées le 11 juillet 2013).

<sup>30</sup> Burri, M. "The International Economic Law Framework for Digital Trade" *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 135(2): 10-72. (2015) p. 42

<sup>31</sup> KORUS, Article 15 (8)

données personnelles adéquates qui est mise en avant<sup>32</sup>. Les flux de données ne sont pas évoqués dans le chapitre e-commerce de l'accord KOREU, mais sont tout au plus implicitement reconnus comme une possibilité qui émanerait d'une protection préalable de certaines données au niveau interne. L'exception est donc le transfert et non sa limitation pour des raisons de protection. C'est l'inverse de ce qui ressort de l'accord américain. Dans le KORUS, les Etats-Unis, placent en effet l'importance de la protection, qui est « admise » (« *acknowledging* »), après la reconnaissance de l'importance des flux de données pour la facilitation du commerce (« *recognizing* »)<sup>33</sup>. La position du Canada sur ce sujet peut également être analysée à la lumière d'un accord également conclu avec la Corée en 2014 (CKFTA). Dans celui-ci, le Canada adopte une position plus proche de la position européenne puisque l'accent est placé sur « le maintien ou l'adoption de mesures de protection des renseignements personnels »<sup>34</sup>. Néanmoins, le Canada se rapproche des Etats-Unis lorsqu'il intègre une clause « affirmant l'importance des flux transfrontière de renseignements en tant qu'élément essentiel pour favoriser un environnement propice au commerce électronique »<sup>35</sup>.

Plus récemment, les Etats-Unis et le Canada ont confirmé avec leurs partenaires asiatiques leur approche favorisant les flux de données. Ils ont en effet intégré une clause de libéralisation dans le **TPP** qui va plus loin que celle retenue dans leurs accords respectifs avec la Corée<sup>36</sup>. En effet, si la clause de libéralisation de l'accord KORUS enjoignait les signataires à ne pas adopter de mesures restrictives aux flux d'information transfrontaliers (« *shall refrain* »), la clause de libéralisation des flux de données du TPP leur demande d'autoriser ces flux (« *shall allow* »). Les négociateurs ont néanmoins assorti cette clause d'une exception assez large autorisant l'adoption de mesure restrictives, si tant est que celles-ci soient justifiées par la poursuite d'un objectif d'intérêt général<sup>37</sup>. En revanche, et c'est sans doute là où le TPP va le plus loin concernant l'orientation libérale appliquée aux flux de données, le traité inclut également une clause contraignante interdisant aux signataires d'imposer des obligations de localisation de données<sup>38</sup>. La localisation forcée, pratique consistant à obliger les organismes qui traitent ou stockent des données à le faire sur le territoire où ils les collectent, s'est beaucoup répandue ces dernières années<sup>39</sup>. Elle est apparue pour certains états comme un moyen de compenser les limites structurelles du droit de la protection des données personnelles dont l'application territoriale se heurte à la dimension transnationale de l'écosystème numérique. Elle est également montrée du doigt comme une pratique protectionniste assimilable à celle qui consiste à requérir une proportion de composantes locales dans la production d'un bien ou la prestation d'un service (*localisation barriers to trade*)<sup>40</sup>. Cette pratique est en principe interdite par les accords de l'OMC<sup>41</sup> même s'il existe plusieurs exceptions permettant de déroger à cette interdiction sous certaines conditions<sup>42</sup>, et que l'application de cette interdiction aux services de stockage et de traitement des données reste sujette à débat<sup>43</sup>. Néanmoins, cette interdiction

---

<sup>32</sup> KOREU, Article 7.48 § 2

<sup>33</sup> KORUS, Article 15 (8).

<sup>34</sup> CKFTA, Article 13.4

<sup>35</sup> CKFTA, Article 13.7 § c

<sup>36</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (11) §2

<sup>37</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (11) §3

<sup>38</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (13) §2

<sup>39</sup> Lee-Makiyama, H. « The costs of data localization » ECIPE blog posts, 22 April 2014.

<sup>40</sup> Voir à ce sujet : Stone, S., J. Messent, D. Flaig, « Localisation barriers to trade » OECD trade policy papers n°180.

<sup>41</sup> GATT article III:4 ; GATS article XVI & XVII + Annexe II « listes d'engagements spécifiques » ; Annexe sur les télécommunications article 5 (c) ; TRIMs article 2:1

<sup>42</sup> GATT article XX ; GATS article XIV ; Annexe sur les télécommunications article 5 (d) ; TRIMs article 3.

<sup>43</sup> Crosby, D. « Analysis of data localization measures under WTO services trade rules and commitments » The E15 initiative, Policy brief, March 2016.

de localisation forcée incluse dans le TPP est également assortie du même type d'exception que l'obligation de libéralisation des flux, c'est à dire des justifications liées à la protection de l'intérêt général<sup>44</sup>. Ce type d'exception réduit donc potentiellement à nouveau fortement la portée de cette clause.

En complément de la promotion de la libéralisation des flux de données, les signataires du TPP ont également prévu une obligation d'adoption de règles de protection des données personnelles. Celle-ci s'avère en principe particulièrement pertinente étant donné la grande disparité entre les régimes de protection plus ou moins protecteurs en place dans les juridictions des 12 états signataires de l'accord. Cette obligation vise, selon les termes du traité, à « augmenter la confiance des consommateurs dans le commerce électronique »<sup>45</sup>. Cette formulation témoigne, d'une certaine manière, de la différence d'approche du sujet entre les signataires du TPP qui l'abordent principalement sous l'angle économique (même s'il est fait mention dans le TPP des bénéfices « économiques et sociaux » des règles de protection des données)<sup>46</sup> et l'Union européenne, pour qui la protection des données est, avant toute chose, un droit de l'individu (on parle « d'utilisateur » plutôt que de « consommateur » dans l'accord KOREU et dans le CETA, voir *infra*)<sup>47</sup>. Au-delà de ces considérations sémantiques, force est de constater que le TPP ne décrit pas de manière très détaillée le régime de protection des données à adopter, contrairement à ce qu'il prévoit en matière de régimes de protection de la propriété intellectuelle par exemple (voir *infra*). Le traité se consacre en effet davantage à enjoindre les signataires à veiller à ce que leurs régimes respectifs soient mutuellement compatibles. Pour cela, il est suggéré que chaque état se réfère aux principes et lignes directrices édictées par les organisations internationales compétentes sur le sujet<sup>48</sup>. Néanmoins le TPP reste très vague puisqu'il n'est pas précisé de quelles lignes directrices, ni de quelles organisations internationales il s'agit. Il est également suggéré, toujours de manière non contraignante, que soient mis en place des mécanismes de reconnaissance mutuelle des régimes de protection<sup>49</sup>. On peut voir poindre derrière cette clause la volonté des Etats-Unis d'encourager le développement de cadres souples, fondés sur des décisions d'adéquation unilatérales, permettant l'échange de données vers et depuis les pays d'Asie du Sud Est (volonté américaine exprimée dans d'autres contextes tel que celui de ses relations avec l'Union européenne sous le régime du *Privacy Shield*).

De leur côté, l'Union européenne et le Canada ont opté dans le *CETA* pour une approche mettant l'accent sur la promotion de la protection des données personnelles plutôt que sur la libéralisation des flux d'information<sup>50</sup>. En ne mentionnant pas explicitement l'importance des flux de données dans cet accord, on peut considérer que le Canada, qui avait comme nous venons de le voir, adopté une approche assez libérale dans son accord avec la Corée et encore davantage dans le TPP, a fait un pas vers le modèle européen. Notons que, si le CETA prévoit un cadre se focalisant sur la protection des données personnelles dans son chapitre e-commerce, il intègre néanmoins des clauses plus libérales en matière de flux de données dans ses chapitres sectoriels. C'est le cas notamment en matière de données financières. Son chapitre sur les services financiers prévoit en effet l'obligation pour les parties d'autoriser les institutions financières à transférer des données sous forme électronique pour qu'elles puissent être traitées dans le cadre de leurs activités ordinaires<sup>51</sup>. Certains auteurs ont souligné que cette clause

---

<sup>44</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (13) §3

<sup>45</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (8) §1

<sup>46</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (8) §1

<sup>47</sup> KOREU 7.48 §2 et CETA 16.4

<sup>48</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (8) §2.

<sup>49</sup> TPP chapitre e-commerce, article 14 (8) §5

<sup>50</sup> CETA, chapitre e-commerce, article 16 (4).

<sup>51</sup> CETA, chapitre services financiers, Article 13 (15) §1

spécifique aux données financières pouvait, par le truchement d'un recours au mécanisme de règlement des différends entre investisseurs et états (ISDS selon son acronyme en anglais), avoir un impact sur le régime général de transfert de données personnelles entre l'Union et le Canada. En effet, un investisseur dans le secteur financier pourrait, cette clause à l'appui, faire valoir les « attentes légitimes » créées par l'inclusion d'une telle disposition dans le traité, pour contester certaines mesures, qu'elles soient de nature législative (un nouveau règlement ou directive plus stricte sur la protection des données financières par exemple) ou juridictionnelle (un arrêt de la Cour qui annulerait la décision d'adéquation de la Commission 2002/2/EC qui permet le transfert de données de l'Union vers le Canada par exemple)<sup>52</sup>. Cet argument paraît néanmoins très hypothétique, du fait du rappel de la nécessité de maintenir des garanties suffisantes en matière de protection de la vie privée dans un deuxième paragraphe de cette disposition sur les données financières et de l'encadrement strict du recours à l'argument « d'attente légitime d'un investisseur » dans les dispositions instituant le mécanisme d'arbitrage prévu par le CETA<sup>53</sup>. Ceci semble contrebalancer l'orientation libérale affirmée dans le premier paragraphe de cet article sur les flux de données financières et laisser ainsi une marge de manœuvre suffisante au législateur et au juge européen pour resserrer le régime de protection s'ils en entendent le besoin<sup>54</sup>. Le même type de raisonnement pourrait être appliqué pour le secteur des télécommunications puisque le CETA prévoit dans que les entreprises d'une partie doivent pouvoir utiliser les réseaux et les services de télécommunication publics de l'autre partie pour transférer des données d'un territoire à un autre<sup>55</sup>. Néanmoins, cette obligation est assortie du même type de réserve relative à la protection de la vie privée des utilisateurs de services de télécommunication<sup>56</sup>. Globalement, à la lecture de ces dispositions, il est donc possible de conclure que le CETA met davantage l'accent sur un régime protecteur que sur un régime libéralisateur, même s'il entrevoit la nécessité dans certains secteurs, d'autoriser les transferts de données sous certaines conditions pour la bonne conduite de leurs activités. Au vu des précédents observés dans les accords conclus par le Canada avec d'autres partenaires, nous sommes en droit de supposer que l'accent mis dans le CETA sur la protection plutôt que sur la libéralisation en matière de données personnelles est une requête européenne à laquelle le Canada a répondu favorablement.

Nous serions tentés de conclure de l'observation du revirement canadien sur la formulation des dispositions incluses dans ces accords en matière de protection des données personnelles, que celles-ci n'ont pas ou peu d'importance. Ceci pourrait également être déduit de l'analyse générale de ces clauses la plupart du temps très imprécises et assorties quasi-systématiquement de dispositions émettant certaines réserves. La conclusion que nous tirerions serait alors que, du fait de la complexité et de la sensibilité du sujet de la protection des données, les parties préféreront aux dispositions contraignantes et prescriptives qui pourraient être intégrées dans ces traités de libre échange, des cadres spécifiques plus souples et plus encrés dans le droit interne. En effet, plutôt que de chercher à modifier et à faire converger les différents régimes internes par la voie de la conclusion de traités internationaux, les parties s'efforcent plutôt de reconnaître de manière unilatérale, l'équivalence des régimes internes distincts. En d'autres termes, elles privilégieront la reconnaissance mutuelle à l'harmonisation. Dans la pratique, c'est effectivement ce que fait depuis plusieurs années l'Union européenne qui a adopté la Décision

---

<sup>52</sup> Le même type de clause sur les flux de données financières existe dans l'accord avec la Corée mais l'absence de mécanisme de règlement des différends investisseurs/états dans le KOREU ne permet pas d'arriver à la même conclusion concernant l'impact potentiel de cette clause sur le régime de transfert de données vers les pays tiers. Pour le détail du raisonnement, se référer à : <https://blog.ffii.org/ceta-isds-and-data-protection/>

<sup>53</sup> CETA, chapitre investissements, Article 8 (9) §2.

<sup>54</sup> CETA, chapitre services financiers, Article 13 (15) §2.

<sup>55</sup> CETA, chapitre télécommunications, Article 15 (3) §3

<sup>56</sup> CETA, chapitre télécommunications, Article 15 (3) §4 (b).



2016/1250/UE, plus connue sous le nom de *Privacy Shield*, qui permet les transferts de données entre l'Union et les Etats-Unis sur la base d'une reconnaissance d'équivalence des systèmes de protection européens et américains<sup>57</sup>. Le même type de système existe également concernant les transferts entre l'Union et le Canada, dont la légalité est garantie par la décision 2002/2/CE qui reconnaît l'adéquation du système de protection des données canadien avec le régime européen<sup>58</sup>. Dans la mesure où un tel système existe et semble fonctionner correctement, quelle serait alors l'utilité d'inclure de nouvelles dispositions dans ces traités bilatéraux ?

La réponse semble devoir être cherchée sur un autre terrain. En effet, l'importance politique consacrée au choix de la formulation des clauses et des approches retenues dans ces traités est confirmée par l'observation des éléments dont nous disposons à ce jour sur le projet d'accord entre les Etats-Unis et l'Union européenne : le **TTIP**. L'inclusion d'une clause sur les flux de données est en effet un point d'achoppement essentiel dans les négociations du partenariat transatlantique, comme en témoigne le document de négociation interne publié par l'ONG *Greenpeace* en mai 2016. On apprend en effet dans celui-ci que les Etats-Unis pourraient accepter de céder à certaines demandes européennes, notamment concernant un meilleur accès pour leurs opérateurs à leur réseau de télécommunications (y compris les « nouveaux réseaux » comme la bande passante), en échange de l'inclusion dans le TTIP d'une clause favorable à la libéralisation des flux de données<sup>59</sup>. Il s'agirait d'une concession considérable côté américain (même si elle semble pour le moment insuffisante pour les européens). Ceci laisse à penser que l'inclusion ou non dans un accord d'une telle clause a une importance autre que symbolique. En effet, la présomption d'insignifiance de ces dispositions mérite d'être relativisée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, car on observe que le sujet semble être traité avec toujours plus de précisions, comme c'est le cas dans le TPP avec l'introduction d'une interdiction originale de localisation forcée. Ensuite, car l'influence de dispositions, mêmes imprécises, sur les choix d'orientation des régimes réglementaire internes n'est pas complètement anecdotique. En effet, les clauses de traités commerciaux enjoignent le législateur dans le cas américain plutôt à orienter le curseur réglementaire vers la libéralisation des flux, et côté européen davantage vers la protection de la vie privée. Ces dispositions pourraient donc avoir un effet, somme toute modeste mais réel, sur l'évolution des régimes internes de protection des données. A ce titre, elles auraient non pas un rôle concurrent, mais plutôt complémentaire avec les décisions d'adéquation qui permettent juridiquement aux flux d'exister mais qui ne modifient pas les règles internes. Néanmoins, cette influence du droit international sur les régimes internes semble extrêmement limitée. Une troisième source d'influence potentielle de ce type de clause peut encore être cherchée ailleurs. C'est sans doute à la lumière du fonctionnement des organes quasi-juridictionnels intégrés à ces traités (et notamment des organes de règlement des différends investisseurs-états) que ces dispositions prendront davantage de sens. En effet, ces clauses sur les flux et/ou la protection des données, qui jusqu'à présent ne s'adressaient qu'au législateur en charge de la mise en œuvre de l'accord par voie réglementaire, pourraient rentrer en ligne de compte dans l'exécution de ces accords par voie juridictionnelle. C'est en tous cas ce que craignent certains défenseurs des droits du

---

<sup>57</sup>Bourgeois, J., Kerry, C., Long, W., Meulenbelt, M. Raul, A.C., « Essentially equivalent : A comparison of the legal orders for privacy and data protection in the European Union and United States », Sidley & Austin LLP report, Janvier 2016

<sup>58</sup> Geist, M. cité par Wood, E. « Update Canada's privacy laws, but don't look to Europe or the US for guidance, experts say » consulté sur <<http://www.itbusiness.ca/news/canada-can-learn-from-the-us-eu-privacy-shield/76376>> le 8 septembre 2016.

<sup>59</sup> Greenpeace, Document interne de la direction générale du commerce de la Commission européenne « Tactical State of Play », Mars 2016, p. 7 ; Pour une analyse de ces documents, voir Alemmano A. & Herwig A. (eds.) « What the TTIP leaks mean for the on-going negotiations and future agreement » *European Journal of Risk Regulation*, EJRR Symposium, May 2016.

numérique (*digital rights*) qui voient dans ces traités une menace au bon fonctionnement des régimes de protection de la vie privée existants et un frein au développement de ceux à venir.

Pour conclure, on peut supposer que l'avenir de la formulation des clauses concernant la protection des données dans les accords internationaux sera marqué du sceau de ces accords précurseurs, qu'ils soient d'ailleurs ratifiés ou pas. On peut d'ores et déjà anticiper que l'accord plurilatéral sur les services (**TiSA**) que négocient actuellement les Américains, les Canadiens et les Européens ainsi que vingt autres membres de l'OMC, intégrera une formulation qui empruntera aux accords précités. L'accord entre le Canada et la Corée, qui est déjà un compromis occidendo-asiatique pourrait être la version qui s'en rapprocherait le plus. En effet, la Corée est un des pays influent en Asie dans le domaine des négociations commerciales, car elle a conclu un certain nombre d'accords commerciaux avec d'autres pays de sa région qui prennent part aux négociations du TiSA. La position du Canada peut, quant à elle, être interprétée comme un compromis entre la position américaine et la position européenne sur ce sujet, à savoir, la reconnaissance de la nécessité d'un régime de protection strict et la promotion d'un régime de transfert souple. Néanmoins des innovations, qu'elles soient substantielles (telle que l'interdiction de la localisation forcée incluse dans le TPP) ou institutionnelles (telle que la création d'une juridiction permanente de règlement des différends entre investisseurs et états proposée par l'Union européenne dans son accord avec le Canada), ne sont pas à exclure. Elles devront être prises en compte pour prendre toute la mesure de la portée de ces clauses sur la protection des données qui seront intégrées dans les accords commerciaux à venir.

### **3. La responsabilité des intermédiaires techniques du net : une cohérence dans les accords qui contraste avec des divergences fondamentales aux niveaux internes.**

Le sujet de *la responsabilité des intermédiaires techniques*<sup>60</sup> occupe un peu moins le devant de la scène que celui de la protection des données, mais n'en est pas moins central dans l'architecture de la gouvernance réglementaire du numérique. C'est un sujet dont la réglementation est apparue comme essentielle face au développement de l'écosystème numérique dans lequel le respect du droit est rendu complexe par une dilution, voire une disparition de la traçabilité de la responsabilité pour des actes commis en ligne. Les intermédiaires, qui sont à la fois identifiables, solvables et en capacité de corriger ou prévenir certaines fraudes ont donc été considérés comme les acteurs les plus à même de faire fonctionner ce régime de responsabilité. Ils sont également au centre de ces régimes puisqu'ils sont potentiellement des bénéficiaires directs ou indirects des fraudes effectuées par un recours à leurs services. Cependant, leur responsabilité n'est évidemment pas illimitée puisque souvent, les fautes sont commises par des tiers dont le comportement illégal échappe à leur attention.

Ce sujet à l'importance croissante est également abordé dans les accords commerciaux internationaux. Il y est la plupart du temps fait allusion dans deux types de chapitres distincts. Il s'agit tout d'abord des chapitres portant sur le *commerce électronique*, dans lesquels est traité la responsabilité générale de ces intermédiaires, concernant la mise en ligne de tous types de contenus illicites. Il s'agit ensuite de ceux portant sur les droits de la *propriété intellectuelle*, dans lesquels est traité la responsabilité spécifique, portant sur la mise en ligne de contenus violant les droits de la propriété intellectuelle.

---

<sup>60</sup> On entend par intermédiaire technique les fournisseurs d'accès au réseau (FAI) et les fournisseurs de services en ligne (hébergeurs) qui permettent aux utilisateurs d'avoir accès et de communiquer des contenus (textes, vidéos, photos) en ligne.

L'Union européenne, le Canada et les États-Unis ont une approche relativement cohérente du sujet dans leurs accords commerciaux. Ils prônent en effet dans le **CETA** et dans le **TPP** (la manière dont le sujet serait traité dans le **TTIP** n'est pas encore livrée dans les documents aujourd'hui publiquement disponibles<sup>61</sup>) une responsabilité générale des fournisseurs d'accès et des hébergeurs concernant les contenus mis en ligne *via* leurs réseaux ou leurs plateformes, assortie de plusieurs exceptions. L'objectif explicité dans le TPP et implicitement évoqué dans le CETA est de trouver un équilibre entre l'encadrement des droits en ligne (droits d'auteurs notamment) et le fonctionnement libre des services du net (accès aux réseaux et aux services d'hébergement)<sup>62</sup>. S'agissant des exceptions à la responsabilité des intermédiaires, on peut observer une légère différence entre l'accord impliquant les deux États nord-américains (TPP) et l'accord Canado-européen (CETA). En effet, dans ce dernier, ces exceptions sont au nombre de trois. Elles déchargent de toute responsabilité les intermédiaires techniques qui agiraient en qualité de simple transporteur des contenus (*mere conduit*), qui auraient recours aux techniques de copie temporaire de ces contenus (*caching*)<sup>63</sup>, ou qui seraient de simples hébergeurs (*hosting*)<sup>64</sup>. Dans le TPP, une quatrième exception, liée à la mise en ligne d'hyperliens (*linking*) orientant les internautes vers des contenus illicites, est ajoutée<sup>65</sup>. Cette exception supplémentaire limiterait un peu plus la responsabilité des intermédiaires dans les pays de la zone TPP par rapport à ceux opérant au sein de l'Union européenne<sup>66</sup>.

Mais la principale différence entre le TPP et le CETA ne se situe pas dans le nombre et la nature des exceptions au principe de responsabilité, mais dans les procédures de mise en œuvre des règles de protection des droits. En effet, le TPP va plus loin que la simple adoption d'un régime de responsabilité des intermédiaires assorti d'exceptions précises comme le prévoit le CETA. Le partenariat transpacifique prévoit en effet de mettre en place un système de sphère de sécurité (« *safe harbor* ») à destination des intermédiaires techniques. Concrètement, il s'agit de lier le régime de responsabilité des intermédiaires à la mise en place de procédures de recours pour les détenteurs de droits, dans lesquelles les fournisseurs d'accès et hébergeurs auraient un rôle collaboratif. En effet, en échange de la mise en place et de la bonne exécution par les intermédiaires de la procédure dite de « notification et suppression » (*notice and takedown*), ceux-ci bénéficient d'une reconnaissance d'irresponsabilité<sup>67</sup>. Il s'agit donc, pour traduire l'expression retenue dans le TPP, d'une « incitation législative » pour les intermédiaires

---

<sup>61</sup> Pour le moment, le projet de chapitre sur le commerce électronique n'est pas du tout publié, et celui sur la protection des droits de la propriété intellectuelle se limite à une liste de conventions internationales que les parties s'engagent à signer ou à ratifier.

<sup>62</sup> TPP chapitre propriété intellectuelle, article 18.82 §1.

<sup>63</sup> Technique couramment utilisée par les opérateurs du net pour faciliter la navigation des utilisateurs sur des sites qu'ils fréquentent régulièrement.

<sup>64</sup> CETA, article 20.11 § 2 (concernant les DPI) et article 16.6 § 1 (b) (concernant la responsabilité générale des intermédiaires).

<sup>65</sup> TPP, article 18.82 §2 (d)

<sup>66</sup> Notons que la Directive e-commerce (2000) et la directive Infosoc (2001) ne se prononce explicitement que sur les trois premières exceptions mais que la Cour de Justice de l'Union européenne s'est récemment prononcée sur la question de la violation de droits d'auteur du fait de la mise en ligne d'hyperliens dans l'affaire C-160/15 GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc., Britt Geertruida Dekker (8 septembre 2016). Dans cette affaire, elle précise les circonstances requises pour que la mise en ligne d'un lien qui conduirait vers des contenus illicites engage ou non la responsabilité de l'intermédiaire technique concerné, notamment en précisant les contours du critère de « communication vers le public » tel qu'intégré à l'article 3(1) de la Directive InfoSoc. En l'espèce, elle considère que les circonstances de la mise en ligne du lien présentaient bien les caractéristiques d'une communication au public susceptible d'entraîner la mise en jeu de la responsabilité de l'intermédiaire concerné. Il paraît néanmoins difficile de tirer comme conclusion de cet arrêt que la Cour ne reconnaît pas d'exception liée à la mise en ligne d'hyperliens (que la Cour assimile plus ou moins à de l'hébergement simple de contenus).

<sup>67</sup> TPP, article 18.82, (3) § b

techniques à collaborer avec les détenteurs de droit<sup>68</sup>. La philosophie sous-jacente est de faciliter la mise en œuvre efficace des recours entrepris par les détenteurs de droits<sup>69</sup>. Le CETA pour sa part laisse aux parties le soin de définir les conditions dans lesquelles un intermédiaire est exempté de toute responsabilité du fait des actions qu'il entreprend pour la bonne application des règles de protection des droits de propriété intellectuelle<sup>70</sup>. Il évoque la possibilité de mettre en place un régime fondé sur la notification, sans toutefois donner davantage de détails ni évoquer la suppression<sup>71</sup>. Cette possibilité reste optionnelle, contrairement à ce qui est prévu dans le TPP. Le CETA, contrairement au TPP, ne prévoit donc pas explicitement et obligatoirement de rôle pour les intermédiaires dans ces procédures, tout en n'interdisant pas qu'ils en aient un. De ce point de vue, il laisse à ses signataires une plus grande liberté que le TPP quant à la mise en œuvre d'un tel régime.

Ce qui est le plus marquant à l'observation des dispositions sur la responsabilité des intermédiaires techniques dans le TPP et le CETA, c'est leur relative homogénéité (à l'exception des deux exemples précités) qui contraste avec les différences importantes qui existent concernant la réglementation de ce sujet aux niveaux internes. Ceci est particulièrement flagrant s'agissant du régime de la procédure de « notification et suppression » prévue dans le **TPP** et dont la compatibilité avec le régime Canadien est très discutable<sup>72</sup>. Ce régime est en effet peu ou prou calqué sur la législation américaine en matière de protection des droits de la propriété intellectuelle<sup>73</sup>. Il est rendu obligatoire par l'article 18.82 §3 (a) du TPP. Or le droit Canadien prévoit pour sa part en droit interne une procédure d'exécution beaucoup plus souple que celle de notification et suppression (*notice & take down*). Il s'agit d'un système de double notification (*notice & notice*) qui oblige uniquement l'intermédiaire à notifier à l'utilisateur le caractère illicite d'un contenu mis en ligne et duquel il aurait été alerté par un détenteur de droits<sup>74</sup>. La décision de suppression des contenus illicites est laissée au juge canadien qui se prononce à la demande du détenteur de droits<sup>75</sup>. Une autre différence majeure est que l'irresponsabilité des intermédiaires n'est pas liée au Canada à une condition de contribution active à l'exécution de cette procédure de double notification comme c'est le cas avec le régime de « safe harbor »<sup>76</sup> prévu en droit américain et par le TPP. Les FAI et fournisseurs de service n'ont donc pas de rôle actif à jouer pour faire valoir leur irresponsabilité. Ce sont les détenteurs de droits sur qui repose la charge de démontrer l'éventuelle responsabilité d'un intermédiaire devant les tribunaux. Du point de vue de ce qui est prévu en droit Canadien, le TPP changerait totalement l'équilibre entre les différents intérêts concernés. Le régime de « notification et suppression » tel que créé dans le DMCA, est, comme l'ont noté de nombreux commentateurs, très favorable aux détenteurs de droits au détriment des fournisseurs, des hébergeurs et des

---

<sup>68</sup> TPP, article 18.82, (1) § a

<sup>69</sup> TPP, article 18.82, (3) « to facilitate effective action to address infringement »

<sup>70</sup> CETA, article 20.11 (4)

<sup>71</sup> CETA, article 20.11 (4)

<sup>72</sup> Husovec, M. « CETA : should Canadian Internet Intermediaries Worry », Hutko's technology law blog, 15 août 2014, consulté sur <<http://www.husovec.eu/2014/08/ceta-should-canadian-internet.html>> le 8 septembre 2016.

<sup>73</sup> Et plus précisément sur le *Digital Millennium Copyright Act* du 28 octobre 1998, para. 512 et le *Federal Communications Decency Act* du 1<sup>er</sup> février 1996

<sup>74</sup> Copyright's Act/Loi sur le droit d'auteur, (R.S.C., 1985, c. C-42), articles 41.25 & 41.26 (en vigueur depuis le 2 janvier 2015)

<sup>75</sup> Copyright's Act/Loi sur le droit d'auteur, (R.S.C., 1985, c. C-42), articles 34.1 et s. art 39.1

<sup>76</sup> Copyright's Act/Loi sur le droit d'auteur, (R.S.C., 1985, c. C-42) article 31.1 et s. Voir sur ce point Joli-Cœur, F. "Canada's Approach to Intermediary Liability for Copyright Infringement: the Notice and Notice Procedure", *Berkeley technology law journal*, 2 mars 2014

usagers<sup>77</sup>. En effet, le champ de l'usage non-commercial de contenus protégés par des droits d'auteur, qui était préservé dans la loi canadienne, pourrait disparaître sous l'empire du TPP qui conduirait à l'adoption d'un régime dans lequel tout contenu protégé mis en ligne hors du cadre strict du respect des DPI serait sujet à une suppression quasi-automatique par les intermédiaires techniques, soucieux de remplir les conditions leur permettant de faire valoir leur irresponsabilité<sup>78</sup>.

Le CETA fait également peser d'importantes contraintes inédites sur le régime canadien notamment s'agissant des procédures d'injonction à l'égard des intermédiaires<sup>79</sup>. L'injonction à l'égard des intermédiaires est une voie de recours originale, propre aux systèmes de protection des droits d'auteur en ligne, et qui trouve sa source en droit européen<sup>80</sup>. L'Union paraît désireuse de l'exporter, notamment en l'intégrant à ses accords commerciaux les plus récents<sup>81</sup>. Elle est envisagée dans le CETA dans la sous-partie du chapitre sur les règles de protection de propriété intellectuelle consacrée à la mise en œuvre de ces règles<sup>82</sup>. L'injonction permet aux détenteurs de droits de solliciter la contribution d'un intermédiaire technique pour l'assister dans la réparation du tort qui lui est causé, indépendamment de la mise en cause de sa responsabilité. Dans la pratique, une injonction est une obligation émise par une Cour à l'égard d'un intermédiaire pour que celui-ci prenne des mesures permettant de mettre fin à une infraction effectuée par un tiers ayant recours à ses services telles que par exemple la suppression d'un compte sur un réseau social, le blocage de l'accès à une page sur internet, ou la déconnection d'un utilisateur ayant commis une fraude grave. Notons que la Cour de justice de l'Union est allée très loin dans la définition du motif qui permet à une Cour d'émouvoir une injonction. Elle a en effet souligné dans un arrêt *L'Oréal SA c. Ebay* que l'injonction peut couvrir non seulement les mesures permettant de stopper une infraction mais aussi celles permettant de prévenir des infractions futures<sup>83</sup>. L'idée, qui est identique à celle du régime de notification et suppression, est de prévoir la possibilité pour le détenteur de droit de bénéficier d'une « assistance forcée » de la part de l'intermédiaire pour faire valoir ceux-ci. Elle est justifiée par l'aptitude de l'intermédiaire à agir pour la protection des droits de propriété intellectuelle en ligne. La particularité de ce régime est qu'elle repose sur le principe de « passivité fautive »<sup>84</sup> qui permet de justifier l'obligation d'action d'un intermédiaire, même irresponsable. Ceci se retrouve en droit américain (même si le fondement de l'action en droit américain est la présomption de responsabilité) et est justifiée, comme dans le système européen, sur le plan de l'efficacité des procédures de protection des droits de propriété intellectuelle.

---

<sup>77</sup> Opsahl, K. & C. Rossini « TTP creates legal incentives for ISPs to police the internet. What is at risk ? Your rights » Electronic Frontier Foundation, 24 August 2012, consulté sur <https://www.eff.org/fr/deeplinks/2012/08/tpp-creates-liabilities-isps-and-put-your-rights-risk> le 8 septembre 2016.

<sup>78</sup> Geist, M. cited in Huffington Post « TPP Could Change Canadian Copyright Regime, Internet Use 'Dramatically': Activists », Huffington Post (édition canadienne), 25 Octobre 2015, consulté sur [http://www.huffingtonpost.ca/2015/10/25/activists-call-on-trudeau-to-defend-canada-s-copyright-regime-from-tpp-changes\\_n\\_8384466.html](http://www.huffingtonpost.ca/2015/10/25/activists-call-on-trudeau-to-defend-canada-s-copyright-regime-from-tpp-changes_n_8384466.html) le 3 septembre 2016. L'exemple est ici donné de photos privées de personnes habillées en costumes de personnages de Disney qui seraient « censurées » de manière anticipée par les intermédiaires pour prévenir un soulèvement de leur responsabilité pour violation des droits d'auteur.

<sup>79</sup> CETA, chapitre sur la propriété intellectuelle, article 20.39

<sup>80</sup> Directive InfoSoc du 22 mai 2001, article 8(3) & Directive 2004/48/CE relative au respect des DPI du 29 avril 2004, article 11 (III).

<sup>81</sup> Husovec, M., « Accountable, not liable : injunctions against intermediaries », p. 74.

<sup>82</sup> CETA, chapitre sur la propriété intellectuelle, article 20.39 (1).

<sup>83</sup> C-324/09, *L'Oréal SA c. E-bay*, 12 juillet 2011.

<sup>84</sup> Gilliéron, P. « la responsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement » *Revue du droit Suisse*, 2002, pp. 387-440, 2002. p. 440.

Pour le Canada, les conséquences de la ratification du CETA et du TPP seraient donc potentiellement très importantes. En effet, non seulement le TPP créerait une obligation de suppression des contenus illicites par les intermédiaires techniques qui n'existe pas à ce jour au Canada, mais il accompagnerait cette mesure d'une voie de recours nouvelle pour les détenteurs de droit : l'injonction obligeant les intermédiaires irresponsables à réparer les dommages commis par un tiers. Le bouleversement juridique que la mise en œuvre de ces deux accords pourrait créer au Canada dans ce domaine serait donc considérable. Les premiers concernés seraient les intermédiaires techniques eux-mêmes qui verraient leur rôle dans le régime de protection des droits de propriété intellectuelle fortement modifié. Les usagers seraient également affectés, puisque les procédures de notification et suppression et celles d'injonction à l'égard des tiers pourraient conduire les intermédiaires techniques à exécuter un contrôle plus strict des contenus mis en ligne *via* un recours à leurs services, y compris à des fins non commerciales. La crainte de certains est que l'évolution vers ce nouveau type de régime, très favorable aux détenteurs de droit, se fasse au détriment de l'innovation, de la création ou plus généralement de la libre expression. Force est de constater que l'équilibre que le Canada avait trouvé dans ce domaine dans sa législation interne sera, pour le meilleur ou pour le pire, totalement remis en question par l'adoption de ces traités.

#### **4. Neutralité du net : le droit international économique au secours de l'architecture du net ?**

La neutralité du net est un sujet qui a fait l'objet de nombreux débats de part et d'autre de l'atlantique. Il cristallise plusieurs enjeux au cœur des débats sur l'architecture d'internet. Il voit notamment s'opposer les partisans d'un internet strictement libre et ouvert (principalement des utilisateurs et dans une certaine mesure des fournisseurs de contenus) et des fournisseurs de services et de réseaux qui prônent le maintien d'un certain contrôle sur les procédés techniques et les flux contenus qui sont fournis par leur soins. Le sujet de *la neutralité du net* n'échappe pas à l'influence des traités commerciaux, même s'il n'est traité à ce jour qu'indirectement dans les chapitres de ces traités concernant les *télécommunications*.

Dans la version provisoire du chapitre télécommunications du **TTIP** (rendue publique par *Greenpeace* en mai 2016) apparaissent plusieurs éléments concernant la neutralité du net. Ils sont intégrés dans les dispositions concernant le rôle et les pouvoirs des autorités de régulation du marché des télécommunications<sup>85</sup>, celles déclinant les règles d'accès et d'utilisation des réseaux publics<sup>86</sup>, et celles sur les interconnexions<sup>87</sup>. Certains observateurs ont souligné que la formulation des clauses concernant l'autorité accrue des régulateurs faisait peser un risque sur l'application du concept de neutralité du net tel que consacré en droit européen et aux Etats-Unis depuis peu<sup>88</sup>. En effet, certains éléments observables à la lecture de ces documents de négociation laissent craindre que les pouvoirs discrétionnaires supplémentaires accordés aux régulateurs des marchés de télécommunications ne viennent freiner voire empêcher la mise en

---

<sup>85</sup> TTIP Leaks, « Telecommunications », p. 5-9 UE : article 41 ; US : article X3, (regulators), X5(regulatory flexibility (US), X6 (review of regulations).

<sup>86</sup> TTIP, chapitre télécommunications, Article X.10 « access and use », p. 11

<sup>87</sup> TTIP, chapitre télécommunications, Article X.11 « interconnections » p. 12

<sup>88</sup> Horten, M. « TTIP leaks : telecoms proposals threaten net neutrality and citizen's rights » LSE blog Media Policy Project, 6 mai 2016 consulté sur <<http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/05/13/ttip-leaks-telecoms-proposals-threaten-net-neutrality-citizens-rights/>> le 10 septembre 2016 ; Fernandez Perez, M., « EDRi : TTIP leaks confirm dangers for digital rights », 2 mai 2016, consulté sur <<https://edri.org/breaking-ttip-leaks-confirm-dangers-for-digital-rights/>> le 10 septembre 2016.

œuvre des principes adoptés dans la législation européenne et américaine<sup>89</sup>. Cette lecture implique de supposer que les régulateurs indépendants sont moins favorables à la neutralité du net que les législateurs. Or force est de constater que l'organe des régulateurs européens, l'ORECE, a récemment adopté des lignes directrices pour la mise en œuvre des règles au niveau national qui ont été accueillis très positivement par les partisans de la neutralité<sup>90</sup>. Du reste, le TTIP inclut dans les paragraphes sur l'accès et l'usage des réseaux et services, ainsi que sur les interconnexions, des références à des concepts clés sur lesquels la neutralité du net repose, tels que la non-discrimination ou encore l'idée de conditions techniques et financières raisonnables d'accès aux réseaux et services. Ceci devrait permettre de sécuriser l'orientation observée des régulateurs en faveur de la neutralité du net.

Dans le **TPP**, le sujet de la neutralité du net est plus clairement sous-entendu dans l'intitulé retenu par le département américain du commerce extérieur concernant « un internet libre et ouvert ». L'absence de référence plus explicite à la neutralité du net dans le corps du traité est néanmoins notable. Elle peut dans une certaine mesure surprendre puisque les Etats-Unis ont été les pionniers du débat sur la neutralité du net et que les principes<sup>91</sup> qu'ils ont consacré dans leur législation<sup>92</sup> auraient pu se retrouver dans l'accord comme c'est le cas des principes promus par les Etats-Unis en matière de protection des droits de propriété intellectuelle par exemple. Prévisible néanmoins puisque l'accord commercial vise à promouvoir les intérêts économiques des pays signataires et que, les opérateurs télécoms américains ont peu, voire rien à gagner de la consolidation de telles règles au niveau international puisqu'ils les contestent activement au niveau interne<sup>93</sup>. L'absence de ces règles, ou du moins leur caractère mou<sup>94</sup>, peut donc être interprétée comme un manque d'ambition de la part des Etats-Unis, qui n'étant pas soutenus par leurs acteurs économiques dans ce domaine, rechignent à pousser leurs normes en matière de neutralité du net sur la scène internationale. Néanmoins, à l'instar de ce qui a pu être dit concernant le TTIP, rien dans le TPP ne menace non plus l'application des règles existantes quand elles ont été adoptées par les Etats-Unis, le Canada et leurs partenaires. Au contraire, certains commentateurs plus optimistes voient dans les pouvoirs nouveaux que l'accord propose de confier aux différents régulateurs des télécommunications nationaux, l'espoir que ceux-ci adopteront des règles plus strictes en matière de neutralité du net<sup>95</sup>. Cette interprétation optimiste vient du fait que sont également incluses dans le texte un certain nombre d'obligations proches de celles mentionnées dans le TTIP. Il s'agit de l'obligation de conférer un accès non-discriminatoire au réseau pour les entreprises des Etats partenaires, ainsi que celle de prévoir des « taux raisonnables » concernant les frais d'interconnexion et de *roaming*. Selon cette

---

<sup>89</sup> Ceux-ci sont principalement prévus dans TTIP, chapitre télécommunications, article X.3 « regulatory authority » et X.5 « regulatory flexibility » dans lesquels sont définis les pouvoirs de ces autorités, et que les américains proposent de renforcer en leur permettant d'exercer un pouvoir réglementaire discrétionnaire.

<sup>90</sup> ORECE, « lignes directrices destinées à guider les régulateurs nationaux dans la mise en œuvre du règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert », 30 août 2016. Pour un commentaire des principaux enjeux abordés dans ces lignes directrices voir notamment : Woods, L.

« Net Neutrality : New EU regulatory guidelines », 14 juin 2016, disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/06/net-neutrality-new-eu-regulatory.html> (consulté le 20 octobre 2016)

<sup>91</sup> Principes qui se résument par la formule: « *No blocking, no throttling, no paid prioritization* ».

<sup>92</sup> FCC, *Open internet order*, février 2015.

<sup>93</sup> Knutson, R., & Gryta, T., « Telecom Industry Sues to Overturn Net Neutrality » Wall Street Journal, 13 avril 2015, consulté sur < <http://www.wsj.com/articles/fcc-publishes-net-neutrality-rules-starting-clock-for-challenges-1428937026> > le 2 septembre 2016.

<sup>94</sup> Geist, M. « The Trouble with the TPP, Day 20: Unenforceable Net Neutrality Rules » Michael Geist blog, 29 janvier 2016, consulté sur < <http://www.michaelgeist.ca/2016/01/the-trouble-with-the-tpp-day-20-unenforceable-net-neutrality-rules/> > le 12 septembre 2016.

<sup>95</sup> Finley, K. « Controversial trade deal may actually help net neutrality » 11 mai 2015, consulté sur < <http://www.wired.com/2015/11/tpp-net-neutrality/> > le 12 septembre 2016.

interprétation, le TPP permettrait de sécuriser le rôle des régulateurs télécoms comme garants de la non-discrimination face aux opérateurs nationaux (ce qui répondrait à un des enjeux posés par le débat sur la neutralité du net). Ce rôle est celui du régulateur américain depuis 2015 mais il est contesté et pourrait être remis en cause car il est fondé sur une base juridique fragile<sup>96</sup>. Le TPP pourrait donc venir renforcer l’ancrage de ces règles dans cette base juridique<sup>97</sup>. A ce titre, il pourrait être une opportunité pour la neutralité du net aux Etats-Unis<sup>98</sup>.

Dans le CETA, le sujet de la neutralité du net est abordé dans les articles relatifs à l’accès et à l’utilisation des réseaux et services de télécommunication publics, au fournisseurs et infrastructures<sup>99</sup> et aux interconnexions<sup>100</sup>. Dans le même esprit que le TPP et le TTIP, cet article intègre les principes d’accès raisonnable et non-discriminatoire aux services et aux réseaux de télécommunications. Des garanties sur l’indépendance et les compétences des autorités de régulation sont également intégrées<sup>101</sup>.

Il y a donc une continuité indéniable dans la manière dont ce sujet est abordé dans ces trois traités. Cette continuité se justifie lorsqu’on observe la convergence qui s’est produite sur ce sujet dans les ordres internes en amont de la conclusion de ces accords. L’Union européenne, les Etats Unis et le Canada ont en effet tous adopté des règles visant, chacun à leur manière, à garantir cette neutralité du net. C’est le Canada qui s’est illustré en premier dans ce domaine en adoptant, sur la base de sa loi fédérale sur les télécommunications de 1993, et via l’intervention de son régulateur national, le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (CRTC), une décision du 21 octobre 2009<sup>102</sup>. Les Etats-Unis ont adopté leurs propres règles via l’action de la *Federal Communications Commission* qui a adopté l’*open internet order* du 26 février 2015 sur la base du *Telecommunications Act* du 8 février 1996. L’Union l’a également fait en adoptant le règlement « internet ouvert » 2015/2120 du 25 novembre 2015 et les lignes directrices du régulateur européen des télécommunications (ORECE) le 30 août 2016. Ces règles ont pour point commun le principe de non-discrimination sur le réseau des services, des applications, des contenus et des équipements qu’on retrouve dans les traités internationaux. Dans la pratique, ils interdisent de manière plus ou moins explicite des pratiques jugées discriminatoires telles que le blocage, l’étranglement, ou la priorisation des services et des flux. Des exceptions à ces interdictions sont également prévues pour permettre aux opérateurs et fournisseurs de services de bénéficier de la marge de manœuvre nécessaire sur le plan technique pour fournir des services de qualité. Ces précisions ne sont quant à elles pas intégrées aux accords étudiés. Etant donné le caractère semble-t-il consensuel du sujet au niveau des principaux Etats signataires de ces accords, on aurait pu envisager que ces précisions dans la définition des pratiques discriminatoires interdites et des exceptions y afférant se retrouvent dans les textes de ces traités. Ici, on peut supposer que c’est sans doute la crainte de consolider un sujet législatif sur lequel on a peu de recul, combiné à

---

<sup>96</sup> Il s’agit du Titre II du *Communications Act* et de la section 706 du *Telecommunications Act* de 1996. A ce sujet voir : Cattan, J. *Le droit et les communications électroniques*, Thèse, p. 267

<sup>97</sup> Il s’agit d’un exemple typique de l’effet d’une disposition de « consolidation » qui ne crée pas de nouvelles règles dans l’ordre juridique d’un Etat signataire mais dont l’effet juridique, plus indirect, est celui de la sécurisation des règles existantes au niveau interne par le biais du droit international.

<sup>98</sup> Finley, K. « Controversial trade deal may actually help net neutrality » *Wired*, 11 mai 2015, consulté sur <<http://www.wired.com/2015/11/tpp-net-neutrality/>> le 12 septembre 2016.

<sup>99</sup> CETA, article 15.5

<sup>100</sup> CETA, article 15.6

<sup>101</sup> CETA, chapitre télécommunications, article 15.5

<sup>102</sup> *Loi sur les télécommunications*, 23 juin 1993, Section 36 & sous-section 27(2). CRTC, Décision portant sur « Examen des pratiques de gestion du trafic Internet des fournisseurs de services Internet », 21 octobre 2009



l'absence de soutien des principaux acteurs économiques du secteur, qui explique que cette consolidation ait été arrêtée *a minima*.

## **5. Conclusion : l'émergence progressive d'un droit supranational du numérique aux effets néanmoins incertains**

Nous pouvons conclure de l'étude de trois sujets réglementaire dans ces trois accords qu'un certain nombre de normes importantes concernant la réglementation du numérique semblent être activement projetées par ces acteurs au niveau global. Dans certains cas, les normes incluses dans ces différents accords bilatéraux sont concurrentes et reflètent de fortes divergences aux niveaux des juridictions internes. C'est le cas, nous l'avons vu, concernant le traitement du sujet de la protection des données personnelles, qui semble trop sensible pour faire l'objet d'une harmonisation *top down*. Dans d'autres, elles sont traitées de manière relativement précise et homogène dans les traités commerciaux internationaux, mais masquent de fortes disparités sur le plan interne. C'est le cas concernant la réglementation de la responsabilité des intermédiaires techniques du net qui risque d'être fortement impactée par la mise en œuvre de ces accords dans certains ordres juridiques. Enfin, dans un troisième cas de figure, ces normes sont rédigées de manière assez homogène dans les accords, mais demeurent extrêmement vagues malgré une convergence *a priori* réelle et poussée sur le plan interne. C'est le cas de la neutralité du net, domaine dans lequel une convergence *bottom up* semble bloquée, notamment du fait du manque d'ambition des parties concernées à exporter leurs réglementations sur ce sujet.

*En se fondant sur les observations faites dans cette étude, et en tenant compte des nuances évoquées ci-dessus, nous sommes néanmoins en mesure d'admettre que le droit international économique, tel que consolidé dans ces accords commerciaux internationaux, est un outil de réglementation du numérique dont l'Union européenne et ses partenaires américains et canadiens font un usage important sur la scène globale.*

La question qui reste ouverte est celle de l'efficacité au niveau interne, de la mise en œuvre de ce *corpus* réglementaire émergent au niveau global. Il est en effet difficile d'évaluer quel sera l'impact de ces accords non encore ratifiés, et sans précédents comparables, dans les ordres juridiques internes. Il est à ce stade peu évident de conclure que les situations de convergence au niveau global découleront automatiquement sur une convergence des règles aux niveaux internes et inversement, que le manque de convergence au niveau global empêchera toute convergence au niveau interne. La raison évidente est que les causes et les conditions nécessaires à un alignement des réglementations entre deux ordres juridiques distincts sont multiples. Plusieurs types d'études se sont penchées sur l'analyse générale de ces causes et conditions<sup>103</sup>. Une des conclusions générales qui revient dans ces études est que le degré et la nature de la convergence est fortement liée à la nature des mécanismes (conventionnels, communicationnels, économiques...) qui agissent en faveur de celle-ci<sup>104</sup>. Parmi ces mécanismes, celui de la conclusion d'accords internationaux que nous avons examiné a un effet inégal et contingent<sup>105</sup>. Sur le plan juridique, l'harmonisation se justifie par l'application d'une obligation découlant de la conclusion par les états de traités auxquels deux

---

<sup>103</sup> Knill, Christopher and Katharina Holzinger. 2005. "Causes and conditions of cross-national Policy convergence." *Journal of European Public Policy* 12(5) : 775-796.

<sup>104</sup> Knill, Christopher and Katharina Holzinger. 2005. "Causes and conditions of cross-national Policy convergence." *Journal of European Public Policy* 12(5) p. 794.

<sup>105</sup> Holzinger, Knill, C. & Sommerer, T. « Environmental policy convergence : the impact of international harmonization, transnational communication and regulatory competition » 2008, p. 557-558.

juridictions acceptent d'être liées, dans le respect des principes de droit international. Or en observant le contenu de ces traités, il s'avère que de nombreuses clauses qu'ils comprennent sont peu contraignantes. Si l'on ajoute à cette observation, le constat selon lequel la mise en œuvre de traités internationaux dans les ordres juridiques internes répond à des enjeux constitutionnels complexes<sup>106</sup> il paraît difficile de tirer des conclusions tranchées suite à une analyse textuelle, aussi approfondie soit elle, de ces accords. En ajoutant à cela l'effet d'une hypothétique harmonisation par voie juridique, lié à l'impact des décisions des organes de règlements de différends intégrés à ces accords (dont le fonctionnement n'est pas exempt de considérations constitutionnelles précitées), nous ne pouvons que conclure en admettant modestement que c'est l'incertitude qui doit prévaloir quant à l'effet réel de ces règles internationales dans les ordres juridiques internes.

## BIBLIOGRAPHIE :

### Ouvrages, articles et thèses :

Aaronson, S. « Why trade agreements are not setting information free : the lost history and reinvigorated debate over cross-border data flows, human rights and national security, *World Trade Review*, 2015

Alemmanno A. & Herwig A. (eds.) « What the TTIP leaks mean for the on-going negotiations and future agreement » *European Journal of Risk Regulation*, EJRR Symposium, May 2016.

Allee T. & Elsig M., « Are the contents of international treaties copied-and-pasted ? Evidence from Preferential trade agreements » Paper for presentation at the 8th Annual Conference on the Political Economy of International Organizations, February 12-14, 2015, Berlin, Germany

Aggarwal, V. K. & S. J. Evenett « A Fragmenting Global Economy: A Weakened WTO, Mega FTAs, and Murky Protectionism » *Swiss Political Science Review*, Vol. 19, n°4, p. 550–557, 2013.

Areou, G., « La résurgence du bilatéralisme: première conséquence de la suspension des négociations du cycle de Doha », *Sentinelle*, Société Française pour le Droit International, Nice, 2006.

Baccini, L., Dür A., & Haftel, Y. « Imitation and innovation in international governance : The Diffusion of trade agreement design » in *Trade cooperation : The Purpose, Design and Effect of Preferential Trade Agreements* » Andres Dür & Manfred Elsig (eds), Cambridge, Cambridge University Press, 2015

Benkler, Yochai. 2006. *The Wealth of Networks : How Social Production Transforms Markets and Freedom*. New Haven and London : Yale University Press, 515 p.

Bendiek, A. & Schmieg, E. "European Union data protection and external trade: having the best of both worlds ?" Stiftung Wissenschaft und Politik - SWP - Deutsches Institute für Internationale Politik und Sicherheit (Ed.) SWP Comments/2016

---

<sup>106</sup> On peut citer comme exemple dans l'ordre juridique européen les mécanismes de mise en œuvre provisoire ou de ratification mixte pour ne citer que deux cas-têtes juridiques inhérent à l'application d'un traité international dans un ordre juridique supranational intégré tel que celui de l'Union européenne.

Bourgeois, J., Kerry, C., Long, W., Meulenbelt, M. Raul, A.C., « Essentially equivalent : A comparison of the legal orders for privacy and data protection in the European Union and United States », Sidley & Austin LLP report, Janvier 2016

Burri, Mira. 2015. “The International Economic Law Framework for Digital Trade” *Zeitschrift für Schweizerisches Recht* 135(2): 10-72.

Burri, M. and Cottier, T. *Trade Governance in the Digital Age*, edited by Mira Burri and Thomas Cottier. Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

Burri, M. « Should there be multilateral rules for digital trade », E15 Initiative. Geneva: International Centre for Trade and Sustainable Development (ICTSD) and World Economic Forum, 2014, [www.e15initiative.org](http://www.e15initiative.org)

Cattan, J. *Le droit et les communications électroniques*, Thèse, Collection droit de l’information et de la communication, Presses Universitaires d’Aix-Marseille, 2015, 362p.

Corten, O., *Méthodologie du droit international public*, Editions de l’Université libre de Bruxelles, 2009, 304 p.

Crosby, D. « Analysis of data localization measures under WTO services trade rules and commitments » The E15 initiative, Policy brief, March 2016

Delmas- Marty, M., *Le Pluralisme ordonné: Les forces imaginantes du droit*, Paris Seuil 2010

Evenett, S. J., Bourgeois, J., & Dawar, K., « A comparative analysis of selected provisions in free trade agreements », Report at the request of the Chief Economist Unit of DG Trade, Europea Commission, October 2007

Gillieron, P. « la responsabilité des fournisseurs d’accès et d’hébergement » *Revue de droit Suisse*, 2002, pp. 387-440, 2002. p. 440.

Holzinger, Knill, C. & Sommerer, T. « Environmental policy convergence : the impact of international harmonization, transnational communication and regulatory competition » 2008, p. 557-558.

Horn, H., Mavroidis, P. C. & A. Sapir, « Beyond the WTO? An anatomy of EU and US preferential trade agreements » *Bruegel Blueprint* n°7, 2009.

Joli-Cœur, F. “Canada’s Approach to Intermediary Liability for Copyright Infringement: the Notice and Notice Procedure”, *Berkeley technology law journal*, 2 mars 2014

Knill, Christopher and Katharina Holzinger. 2005. “Causes and conditions of cross-national Policy convergence.” *Journal of European Public Policy* 12(5) : 775-796.

Lazer, D. « Regulatory interdependence and international governance » *Journal of European Public Policy*, Vol. 8 n°3, p 474–492, 2001.

Levin, A., Nicholson, M.J., « Privacy Laws in the EU, the US and Canada : The Allure of the Middle Ground », *University of Ottawa Law & Technology Journal* 2005, p. 362-374

McNamee, J. & M. Fernández Pérez, (eds) « TTIP and digital rights » *The EDRI Papers*, n° 11, 2015.

Meltzer, J., « The internet, cross border data flows and international trade », *Issues in technology innovation*, Brookings Centre for Technology Innovation, November 22 – February 23

Piattoni, S. « Multilevel governance : a historical and conceptual analysis » *Journal of European Integration* , 31(2), pp. 163-180.

Renda A., & C. Yoo, “Telecommunications and Internet Services: the digital side of the TTIP” *Centre for European Policy Studies*, special report n°112, 2015.

Snyder, F., *The EU, the WTO and China: Legal Pluralism and International Trade Regulation*, Oxford and Portland (Oregon), Hart Publishing, 2010.

Van Eecke, P. (ed.) « Data protection laws of the world », DLA Piper, consulté le 20 mars 2016

Wouters, J., Marx, A., Geraets, D. & Natens, B., *Global Governance through Trade: EU Policies and Approaches*, Northampton, Leuven Centre for global governance studies, 2015

Young, Alasdair. 2015. “The European Union as a Global Regulator? Context and Comparison.” *Journal of European Public Policy* 22(9) : 1233-1252.

Van Wayemberg, A., *Union européenne : instruments, gouvernance et méthode*, Thèse, Larcier collection Europe(s), mars 2015.

Young A. R. & J. Peterson, « The European Union and the new trade politics » *Journal of European Public Policy*, Vol. 13 n° 6, 2006, p. 795 - 814.

Young A. R., « Not your parents' trade politics: the Transatlantic Trade and Investment Partnership negotiations » *Review of International Political Economy*, Vol. 23 n° 3, 2016, p. 345-378.

### **Documentation officielle :**

An Act to amend title 17, United States Code, to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty and Performances and Phonograms Treaty, and for other purposes. Pub. L. 105-304, *Digital Millennium Copyright Act*, 28 octobre 1998

An Act to promote competition and reduce regulation in order to secure lower prices and higher quality services for telecommunications consumers and encourage the rapid deployment of new telecommunications technologies, Pub. L. 104-104, *Federal Communications Decency Act*, 1<sup>er</sup> février 1996

C-324/09, *L'Oréal SA et autres c. eBay international AG et autres*, (12 juillet 2011).

C-160/15, *GS Media BV / Sanoma Media Netherlands BV, Playboy Entreprises International Inc., Britt Geertruida Dekker* (8 septembre 2016).

Commission européenne, Document interne de la direction générale du commerce « Tactical State of Play », Mars 2016

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil de l'Union européenne, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Stratégie pour un marché unique numérique en Europe », COM(2015)192, Bruxelles, 6 mai 2015

Conseil national du numérique « Partenariat Transatlantique de commerce et d'investissement : faire du volet numérique un atout pour la négociation », Paris, 2014.

Copyright's Act/Loi sur le droit d'auteur, (R.S.C., 1985, c. C-42), (en vigueur depuis le 2 janvier 2015)

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (« directive sur le commerce électronique »)

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information « directive infosoc »)

Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative aux mesures et procédures visant à assurer le respect des droits de propriété intellectuelle.

Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil

Federal Communications Commission D.C. 20554, *Open internet order*, (FCC 15-24 / GN Docket No. 14-28) 26 février 2015

*Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, ch. 38, Sanctionnée 23 juin 1993

OCDE « Perspectives de l'économie numérique » Paris, Editions OCDE, 2015.

OCDE, « Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel », telles que révisées le 11 juillet 2013

ORECE, « lignes directrices destinées à guider les régulateurs nationaux dans la mise en œuvre du règlement 2015/2120 du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert », 30 août 2016.

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 (règlement général sur la protection des données)

### **Articles de presse / publications électroniques :**

Fernandez Perez, M., « EDRi : TTIP leaks confirm dangers for digital rights », 2 mai 2016, consulté sur < <https://edri.org/breaking-ttip-leaks-confirm-dangers-for-digital-rights/>>.

Finley, K. « Controversial trade deal may actually help net neutrality » Wired, 11 mai 2015, consulté sur <<http://www.wired.com/2015/11/tpp-net-neutrality/>>

Geist, M. « The Trouble with the TPP, Day 20: Unenforceable Net Neutrality Rules » Michael Geist blog, 29 janvier 2016, consulté sur <<http://www.michaelgeist.ca/2016/01/the-trouble-with-the-tpp-day-20-unenforceable-net-neutrality-rules/>>

Geist, M. cité par Wood, E. « Update Canada's privacy laws, but don't look to Europe or the US for guidance, experts say » consulté sur <<http://www.itbusiness.ca/news/canada-can-learn-from-the-us-eu-privacy-shield/76376>>

Geist, M. « TPP Could Change Canadian Copyright Regime, Internet Use 'Dramatically': Activists », Huffington Post (édition canadienne), 25 Octobre 2015, consulté sur <[http://www.huffingtonpost.ca/2015/10/25/activists-call-on-trudeau-to-defend-canada-s-copyright-regime-from-tpp-changes\\_n\\_8384466.html](http://www.huffingtonpost.ca/2015/10/25/activists-call-on-trudeau-to-defend-canada-s-copyright-regime-from-tpp-changes_n_8384466.html)>

Horten, M. « TTIP leaks : telecoms proposals threaten net neutrality and citizen's rights » LSE blog Media Policy Project, 6 mai 2016 consulté sur <<http://blogs.lse.ac.uk/mediapolicyproject/2016/05/13/ttip-leaks-telecoms-proposals-threaten-net-neutrality-citizens-rights/>>

Husovec, M. « CETA : should Canadian Internet Intermediaries Worry », Hutko's technology law blog, 15 août 2014, consulté sur < <http://www.husovec.eu/2014/08/ceta-should-canadian-internet.html>>

Opsahl, K. & C. Rossini « TTP creates legal incentives for ISPs to police the internet. What is at risk ? Your rights » Electronic Frontier Foundation, 24 August 2012, consulté sur <<https://www.eff.org/fr/deeplinks/2012/08/tpp-creates-liabilities-isps-and-put-your-rights-risk>>.

Woods, L. « Net Neutrality : New EU regulatory guidelines », 14 juin 2016, disponible sur <http://eulawanalysis.blogspot.fr/2016/06/net-neutrality-new-eu-regulatory.html> (consulté le 20 octobre 2016)