

NUMÉRIQUE ET LIBRE ÉCHANGE

*Atelier de réflexion du 25 novembre 2014
COMPTE-RENDU (provisoire)*

Avec cet atelier il s'agit de poursuivre la réflexion sur les enjeux de la régulation internationale du numérique en se penchant sur le traitement des questions numériques dans les accords de libre échange. L'UE et le Canada viennent en effet de conclure un vaste accord commercial, le Canada-EU Trade Agreement (CETA), dans lequel apparaissent des dispositions propres à ce secteur, et le *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) entre les États-Unis et l'Union européenne, en négociation depuis 2013, devrait également comporter un volet numérique. Comment les questions de régulation du numérique s'intègrent-elles dans le cadre d'une négociation internationale ? Comment construire une politique juridique européenne en la matière ? La difficulté est notamment de savoir si la négociation de vastes traités, tels que le TTIP et le CETA, qui comprennent le domaine du numérique à la fois comme support et comme activité spécifique, ne risque pas de faire disparaître toute possibilité de régulation indépendante par les États ou, à tout le moins, un certain type de régulation (économique, sociale et juridique). L'enjeu dans les négociations actuelles est donc de conserver une possibilité de régulation future pour le numérique. L'atelier s'est structuré autour de trois interventions : M. Jean-Baptiste Soufron, Secrétaire général du Conseil national du numérique, a présenté l'avis rendu par le Conseil national du numérique sur le TTIP en avril 2014 ; M. Karim Benyekhlef, Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Montréal, a donné son éclairage sur la conclusion du CETA, et les perspectives en matière de traitement du numérique dans ce type d'accords ; enfin M. Alexandre Menais, Executive Vice-President and Group General Counsel at ATOS, a présenté la vision des acteurs économiques spécialisés dans ce domaine.

Jean-Baptiste SOUFRON

La difficulté lors de l'élaboration de l'avis rendu par le Conseil national du numérique (CNN) a été de trouver un langage commun dans ce domaine, qui regroupe des acteurs hétérogènes non nécessairement rodés à la question des négociations internationales.

Autre difficulté, l'importance stratégique du volet numérique du TTIP était dans un premier temps passée inaperçue. C'est après que le CNN l'ait pointée que les pouvoirs publics se sont mobilisés et l'ont saisi pour produire cet avis. De même, au départ, les entreprises numériques n'étaient pas pleinement conscientes des enjeux du traité et n'avaient pas de position particulière, offensive ou défensive.

La première analyse a consisté à identifier les enjeux et sujets clés du numérique dans le cadre d'un traité de libre échange : les données, la question du transfert des talents entre les deux continents, la question des investissements... Par la suite, chaque volet a fait l'objet d'une étude spécifique.

Concernant les données, la question était de savoir si malgré la potentielle exclusion des données personnelles (réglées notamment par le dispositif du « Safe Harbour »), les autres

catégories de données (données commerciales, données médicales, données énergétiques) seraient tout de même incluses et quel régime leur serait appliqué ? En effet, comment encadrer dans un traité international des matières non encore pensées dans le cadre national et européen ?

Parallèlement, un point stratégique a été soulevé concernant le déroulement des négociations du traité. Du point de vue des entreprises américaines, le TTIP est pris extrêmement au sérieux. Des tables rondes et des séminaires sont organisés avec la présence de hauts représentants de l'État américain. Les questions numériques sont maîtrisées par l'ensemble des interlocuteurs.

Au contraire, en Europe, ce foisonnement et cette organisation rigoureuse n'apparaissent pas du tout à l'origine. Le CNN a fait part de ce constat et a tenté de remédier à ces erreurs, notamment en organisant une série d'entretiens avec les acteurs du numérique, tant publics que privés. Il a également pointé du doigt le fait qu'il n'existait pas de négociateur spécifique pour le volet numérique, et que le comité de suivi manquait de structure et d'organisation. Progressivement des « process » ont vu le jour et les négociations ont été mieux prises en main.

Sur le fond, deux points sont essentiels à la réflexion :

Il est tout d'abord curieux qu'il n'y ait pas de stratégies offensives de la part de l'UE dans ces négociations. Qu'attend-on de ce traité dans le volet numérique ? Quels sont les buts sectoriels et sur quelles valeurs de l'UE souhaite-t-on s'appuyer pour établir des principes de négociations ? Par exemple, en matière de données personnelles, la différence de régimes entre l'UE et les États-Unis peut devenir un argument de négociation. D'une manière générale, les entreprises françaises et européennes maîtrisent bien les outils européens et il serait de ce fait possible de faire du régime actuel une forme de liberté compétitive en accordant, par exemple, à ces entreprises, le bénéfice d'un bonus. Il s'agit là d'un moyen pour éventuellement peser sur la réglementation américaine et favoriser en même temps les entreprises européennes.

Le deuxième point clé ayant suscité des débats avec l'administration est le temps de la négociation. Le CNN a proposé un ralentissement. En effet, il était difficile de mobiliser l'écosystème du numérique alors même que les négociations étaient entamées et devaient se terminer dans les prochains mois. Le CNN a donc avancé des arguments en vue d'éviter une signature trop rapide qui démotiverait et écarterait les acteurs du numérique français et européens : au regard du grand nombre de questions non encore résolues, il était nécessaire de temporiser et de ne pas se lier les mains quand la question est encore largement en chantier en Europe. Le numérique transforme de nombreux secteurs rapidement et profondément ; il existe donc un décalage entre la réalité et les projets de loi. Les conséquences ne sont pas encore toutes déterminées et encadrées, et la réglementation actuelle ne permet pas, pour le moment, de prévoir les futurs développements économiques.

Au delà de ces difficultés, il faut s'interroger sur l'opportunité même de ce type de traité pour mettre en place des pré-règlementations à venir. De même, doit-on mettre en danger des valeurs structurantes dans le numérique, qui résistent dans la compétition internationale et qui tiennent le test du temps ? Face aux Américains qui ont en la matière des dispositions plus floues et plus flexibles, l'UE doit mieux vendre ses solutions, ses valeurs et ses réglementations et convaincre les États-Unis de les adopter.

M. Karim BENYEKHLEF

L'accord économique, commercial et global signé entre l'UE et le Canada (le CETA) a été publié dans sa forme quasi définitive en septembre 2014. Il est fort à parier que le TTIP sera largement sur le même modèle.

Dans l'accord à proprement parler, il n'y a pas de dispositif spécifique au numérique. Les références sont disséminées en fonction des secteurs et peu de mesures concrètes sont précisées.

Par exemple, les dispositions en matière de données personnelles et leur protection se retrouvent au Chapitre 15 sur les services financiers, au Chapitre 17 sur les télécommunications, au Chapitre 18 sur le commerce électronique ainsi qu'au Chapitre 32 qui pose une exception générale relative à la protection de la vie privée. Mais il faut souligner que ces dispositions là ne posaient pas a priori de problème dans la négociation UE / Canada, les régimes européens et canadiens préexistant à l'accord étant largement semblables. Le Canada reconnaît l'importance de la protection de la vie privée dans des termes très proches de la directive européenne de 1995 et le niveau de protection est équivalent à celui qui existe en Europe.

En revanche, ce qui est susceptible de poser problème est la question de la régulation future et des investissements. En la matière, il est utile de revenir sur le dispositif mis en place par l'ALENA qui contient une clause de protection des investissements (au Chapitre 11), visant à établir un climat juridique stable, et qui avait été incluse spécialement à la demande des Américains qui craignaient, à l'époque, la justice mexicaine. Pour rappel, l'ALENA est le premier traité à prévoir ce type de dispositif entre pays développés. Le paradoxe est que les Canadiens, dans les négociations du CETA, ont fait de cette clause une condition non négociable alors même qu'en ce qui concerne l'ALENA ils ont été les grands perdants de ce dispositif. Cette question est d'autant plus importante que c'est de cette façon que les régulations futures sont remises en cause ou annulées.

Il y a lieu de rappeler que les arbitres, qui ont étendu leur compétence, ont interprété de manière large et libérale les dispositions du Chapitre 11 de l'ALENA (que l'on retrouve presque mot pour mot dans le CETA). Si, au départ, il s'agissait d'une protection classique contre l'expropriation, les dispositions se sont élargies avec la protection contre l'expropriation indirecte et la notion des « attentes légitimes » des investisseurs, qui a constitué une véritable boîte de Pandore puisqu'un grand nombre de régulations ont été annulées au Canada sur ce fondement. L'analyse des décisions arbitrales en la matière permet de conclure que ce type de dispositif visant à la protection des investisseurs donne en définitif davantage de droits aux investisseurs étrangers qu'aux investisseurs locaux qui ne peuvent contester la réglementation en cause, sauf à ouvrir une filiale à l'étranger.

Par ailleurs, l'analyse des données statistiques permet d'appréhender certaines problématiques que l'on est susceptible de retrouver avec le CETA et éventuellement avec le TTIP : à ce jour, 72 poursuites ont été intentées en vertu du Chapitre 11 ; 34 contre le Canada, 21 contre le Mexique et 17 contre les États-Unis. 39 d'entre elles ont donné lieu à des décisions finales : 11 contre le Canada, condamné à payer plus de 157 millions de dollars ; 15 contre le Mexique, condamné à payer 235 millions de dollars et 13 contre les États-Unis qui n'ont, jusque là, jamais été condamné à payer quoi que ce soit.

Actuellement, le Canada fait face à 23 autres poursuites qui représenteraient un montant total de 6 milliards 400 millions de dollars. Le Mexique, quant à lui, affronte une seule poursuite qui représenterait 9 millions de dollars et les États-Unis, pour leur part, font face, également, à une unique poursuite (par un investisseur canadien) qui représenterait 520 millions de dollars.

Ces chiffres peuvent être interprétés de diverses façons et notamment en ce sens que les arbitres font preuve d'une certaine prudence en ne condamnant pas les États-Unis : une condamnation dans des pays étrangers entraînerait un mécontentement du Congrès qui risquerait de faire du tort, à moyen et long terme, aux investissements des pays étrangers.

Plus profondément, il est utile de se demander si l'insertion d'un tel mécanisme de règlement des différends est véritablement nécessaire au libre échange ? Sans ce mécanisme, y aurait-il moins de libre échange et moins de commerce ? La preuve que la réponse est sans doute négative est qu'au départ, dans le traité de libre échange entre les États-Unis et la Canada, il n'existait pas de mécanisme de ce type. En outre, des études de la Banque Mondiale précisent que ce genre de dispositif ne semble pas accroître les flux d'investissements vers les pays en voie de développement (sans parler des pays développés) et qu'il ne saurait remplacer de solides institutions locales ainsi que le respect du droit de propriété, ce qui est le cas du Canada et de l'Union européenne. Enfin, il y a lieu de rappeler que certains pays refusent d'inclure ce type de clause dans les traités internationaux de libre échange (par exemple l'Australie qui a refusé d'inclure un tel mécanisme dans son traité avec les États-Unis).

Il n'y a donc aucune automaticité d'une telle clause.

Mais si l'on estime que ce mécanisme est nécessaire, il s'agit d'éviter tout bricolage administratif et de ne pas calquer la future clause sur le modèle de l'arbitrage commercial entre entreprises. Il est important d'institutionnaliser le dispositif, de l'encadrer et de limiter la compétence des arbitres en la matière.

M. Alexandre MENAIS

L'avis du CNN est très proche des réalités que connaissent aujourd'hui les entreprises du numérique. La réalité du digital hyper connecté se voit au travers de quatre éléments importants : la mobilité (3 milliards de smartphones, 7 milliards de cartes SIM et 25 milliards d'objets connectés) ; le cloud computing incluant le besoin constant d'augmenter les capacités de stockage de données ; les réseaux sociaux et le *big data analytic*.

A l'heure actuelle, il n'y a aucun champion européen du numérique et les seuls qui ont émergés (Price Minister...) ne sont pas restés. Cela s'explique notamment par la différence d'approche entre les États-Unis et l'Europe en matière d'investissements dans les nouvelles technologies. Il serait utile, pour faire émerger de grands champions européens, de défragmenter la régulation européenne et de promouvoir les bonnes pratiques européennes.

L'exemple d'ATOS est intéressant : elle constitue la première entreprise informatique européenne du secteur avec 12 milliards de chiffre d'affaire et 100 000 personnes. Son entreprise est principalement européenne mais actuellement, un projet d'acquisition aux États-Unis est en cours, en raison notamment de l'importance des investissements dans les technologies par ce pays.

Avant d'étudier le point de vue spécifique des entreprises du numérique sur le TTIP, il s'agit de comprendre pourquoi l'on veut de ce traité ?

La question du lobbying est intéressante de ce point de vue là. L'approche est tout à fait différente entre les entreprises européennes et les entreprises américaines. ATOS est un bon exemple car elle avait tenté de faire du lobbying à Bruxelles sur la question du *cloud computing*, mais elle l'a fait « à la française » : trop haut et trop tard. Les entreprises américaines, elles, sont présentes depuis des années. Si l'on reprend l'exemple de Microsoft, c'est flagrant : ils sont arrivés et se sont implantés avec une mauvaise image. Ils

ont ensuite pris le temps et ont créé leur maillage de réseaux afin de réussir à faire avancer leurs idées et à opérer sur le territoire français et européen.

L'important est que l'UE veille à la création d'un marché unique digital. L'idée est de créer un « espace Schengen des données » : en effet, on a assisté à une régulation des territoires (de la mer, de la terre,...) au niveau européen ; désormais, c'est le territoire du numérique qu'il s'agit de construire afin que les entreprises n'opèrent pas chacune de leur côté. A l'heure actuelle, on assiste à une régulation commerciale de tout un écosystème par les acteurs eux-mêmes : il y a les grandes entreprises, les cabinets d'avocats, les fonds de financement, les cours d'arbitrage. Il s'agit donc d'un écosystème où les acteurs créent leur propre droit et où se trouve écartée l'application d'un droit territorialisé. Pour s'en convaincre, il suffit d'analyser les affaires portées au rôle du Tribunal de Commerce de Paris : il n'y a pas d'application du droit français et les solutions, *in fine*, sont des réponses pratiques et non juridiques. Autre exemple : les « Binding corporate rules » que nous adoptons en matière de protection des données.

Concernant la question des investissements, la principale caractéristique - comme cela a été dit - est celle de la mainmise américaine: par exemple, lorsqu'une entreprise fait une demande de prêt auprès d'une banque dans le monde, l'entreprise va être soumise aux règles américaines en matière d'investissements. De même, si l'entreprise opère dans un pays *blacklisté* par les États-Unis, il est impossible d'avoir une activité sur le sol américain. Leurs règles sont donc très restrictives en matière d'accès au marché, surtout en comparaison des règles européennes.

Pour les entreprises du numérique, l'important réside dans les investissements sur les infrastructures, notamment par rapport à la question de la neutralité du net. En effet, la limite à cette neutralité se situe sur le plan de la sécurité du numérique. Les opportunités sont colossales, en particulier pour des entreprises telles que ATOS qui ne fabriquent pas de contenu. Actuellement, le marché des infrastructures susceptibles de modérer cette neutralité du net représente 42,9 milliards de dollars, notamment avec l'arrivée des objets connectés.

Quant à la problématique des données, la réalité est qu'à l'heure actuelle, la majorité des entreprises américaines ne sont pas soumises aux règles européennes, grâce notamment au truchement de bureaux commerciaux sans exploitation des données. De même, force est de constater que le *Safe Harbor* ne constitue qu'un simple engagement sans force obligatoire et sans véritables sanctions.

Heureusement, le futur règlement européen va aller un peu plus loin dans les obligations qui pèsent sur les entreprises extra européennes, ce qui représente une avancée pour les entreprises européennes en terme de concurrence. Cette question du traitement des données est primordiale et il ne faut pas niveler par le bas, car les enjeux économiques sont très forts pour les entreprises européennes.

Débat.

- l'Europe, paradis des données ?

La question des données personnelles est primordiale. Il s'agit pour l'Europe, outre de préserver un haut niveau de protection, d'en faire un argument phare dans les négociations avec les Américains - qui n'adopteront jamais de loi générale en la matière - et de trouver des contreparties dans d'autres domaines. Il s'agit pour l'Europe de prendre le pouvoir sur cette question et d'en faire une véritable ambition politique. Pourquoi l'Europe ne pourrait-elle pas devenir le « paradis des données » ? A cet égard, il est opportun de ne pas sous-estimer les nouvelles générations de consommateurs et d'utilisateurs qui recherchent

toujours plus de transparence, notamment vis à vis de la localisation des données et du traitement de leurs informations privées. L'Europe a intérêt à se saisir de ce levier dans les négociations actuelles.

- Anticiper sur les évolutions futures

La difficulté est que la réflexion sur ces questions a été mise en suspens en Europe depuis l'adoption des anciennes générations de textes dans ce domaine (lois de 1978, directive de 1995...). Alors qu'en face les Etats-Unis ont une véritable ambition, une vision et des axes clairs, l'Europe construit sa réflexion en même temps qu'elle tente d'élaborer sa stratégie. L'exemple typique est l'adoption du règlement européen en cours de négociation sur les données personnelles qui tente de régler des questions déjà passées et non les questions futures : qui aura accès aux données de ma voiture connectée ? Est ce qu'il faut déréguler le secteur du numérique ? Quelles sont les véritables dynamiques économiques en cours dans ce domaine ? Comment utiliser le levier des investissements pour instaurer un marché unique du numérique connecté ?

- Élaborer des stratégies publiques/privées

Comment les gouvernements peuvent-ils utiliser le numérique comme un investissement capable d'impacter la dépense publique ? A cet égard, l'exemple du Royaume-Uni est illustrant. M. Cameron a convoqué l'ensemble des fournisseurs en leur imposant d'abord une baisse de prix mais également en ne retenant que ceux déterminés à prendre des engagements sur la diminution du prix de la prestation globale. Ainsi, il leur a donné davantage de parts de marchés tout en les contraignant à prendre des engagements sur la diminution de la dépense publique. Si les opérateurs ont d'abord pris peur, ils sont par la suite rentrés dans le jeu et certains sont devenus des champions de l'IT. Il s'agit d'une politique du « gagnant / gagnant ».

Par ailleurs, il importe de rappeler que le vocable de « numérique » recouvre en réalité deux types de numériques : un numérique vertical, sectoriel, et un numérique transversal où tous les domaines sont en train de se réinventer. La question est de savoir si à travers un certain nombre de dispositions du futur traité de libre échange - qui touche à priori au numérique vertical - cela ne risque pas en réalité impacter le numérique transversal et donc toute la capacité de croissance de nos marchés ? La difficulté ici, c'est une nouvelle fois que la réflexion vient un peu tard. Ces questions auraient dû être traitées en amont des négociations.

- Travailler les concepts :

Les américains ont une vision pragmatique des négociations tout en avançant avec des concepts, des principes et des valeurs parlants : en matière de données par exemple, il ne s'agit pas pour eux de négocier sur la question de la protection des données personnelles ou du Safe Harbor. Leur perspective est de favoriser le « free data flow », concept qu'ils maîtrisent et qui est malléable. On revient ici à la question de l'intérêt des américains en matière de numérique dans ce traité : il ne s'agit pas de développer l'implantation des entreprises américaines dans ce domaine puisqu'ils sont déjà en situation de monopole. Ils souhaitent en réalité stabiliser leurs parts de marché actuelles et verrouiller le marché de consommateurs en Europe, qui constitue la majorité de leurs parts de marché. A cet égard, ils négocient en parallèle du traité de libre échange avec les pays asiatiques. C'est une vision globale qui est avancée.

- Attention au « deuxième tour judiciaire »

Il y a une ambiguïté dans la façon dont les Américains se positionnent ainsi que dans la façon dont ils exécutent les traités. Nous n'avons pas la même perception en la matière. Dans l'esprit européen, il s'agit de légiférer pour maintenant, dans un espace qui se définit avec des valeurs identifiées. Pour leur part, les Américains cherchent à désarmer une relation pour l'avenir. Si les Européens se polarisent sur le maintenant et la loi, les

Américains se positionnent sur l'après et le judiciaire. Or, le traité a justement pour objet des matières qu'on ne connaît pas et des régulations futures. Les solutions seront donc nécessairement amenées par le judiciaire et le contentieux, et non par le traité. Les Américains cherchent ainsi à se réserver un second tour où ils seront plus forts que les Européens dans un droit relationnel, et non statutaire, qu'ils maîtrisent mieux que quiconque. À partir du moment où ils vont protéger les flux, les investissements et les concepts, ils auront la maîtrise total des relations, peu importe ensuite les réglementations intra européennes qui ne s'appliqueront, par définition, pas à eux.

Au regard de ce qui précède, il est important que les Européens imposent des réserves le temps que l'UE fasse atterrir sa législation interne et puisse construire une vision stratégique commune.