

Accord plurilatéral sur le commerce des services et partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement : enjeux numériques des négociations

AVRIL 2016

Pierre-Mathieu **DUHAMEL** • Guillaume **VANDERHEYDEN** •
Paul **SAUVEPLANE** • François **CHOLLEY** • Didier **PILLET** •
Maurice **SPORTICHE**

IGF

INSPECTION GÉNÉRALE DES FINANCES



CONSEIL GÉNÉRAL DE L'ÉCONOMIE
DE L'INDUSTRIE, DE L'ÉNERGIE ET DES TECHNOLOGIES

SYNTHÈSE

Depuis 2013, l'Union européenne (UE) est engagée dans la négociation de deux accords commerciaux d'envergure avec ses principaux partenaires :

- ◆ **le projet d'accord plurilatéral sur le commerce des services¹ (ACS - Trade in Services Agreement ou TiSA)**, initié en mars 2013 par les États-Unis et l'Australie à la suite de l'échec des discussions dans le cadre du cycle de Doha à l'organisation mondiale du commerce (OMC). Il réunit 23 parties (50 États), pour l'essentiel membres de l'organisation pour le commerce et le développement économique (OCDE), autour d'un objectif d'intégration économique dans le domaine des services. Ce projet d'accord est construit dans un objectif de multilatéralisation, voire de substitution à **l'accord général sur le commerce des services² (AGCS) de 1994 qui constitue le cadre international s'appliquant en principe à toutes les activités de service³** au titre des règles de l'OMC ;
- ◆ **le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement⁴ (PTCI)**, projet d'accord bilatéral entre l'Union européenne (UE) et les États-Unis lancé également en 2013. Il porte sur un champ étendu puisqu'il vise « à assurer une libéralisation réciproque des échanges de biens et de services » entre l'UE et les États-Unis.

Les deux projets d'accord visent à établir un cadre international pour le commerce numérique. L'appréhension des « enjeux numériques » y reste cependant difficile, dans la mesure où ils renvoient à la fois à un secteur d'activité (production de biens et de services numériques) et à un mode de distribution de services ou de biens (distribution en ligne ou e-commerce). De surcroît, les dispositions relatives au « numérique » sont susceptibles d'avoir un impact sur l'ensemble des secteurs dès lors qu'elles encadrent l'accès aux services numériques mais également la capacité des entreprises à traiter des données pour la conduite de leur activité. Le caractère protéiforme du numérique se traduit dans les projets d'accord par l'absence de véritable « volet numérique », les dispositions rattachables à cette problématique se répartissant dans différents chapitres.

Le projet d'ACS présente les enjeux les plus importants en matière de numérique, compte tenu du champ plus large des dispositions abordées dans le projet d'ACS et de sa possible multilatéralisation à terme dans le cadre de l'OMC.

Il n'en demeure pas moins que **ces deux projets d'accord s'inscrivent dans un contexte de diffusion rapide de l'économie numérique marquée par un accroissement exponentiel des flux de données : au cours de la décennie 2005-2014, les flux de données internationaux auraient été multipliés par 45. S'agissant plus particulièrement des flux de part et d'autre de l'Atlantique, la mission estime que les flux de données circulant sur l'axe Europe-États-Unis représenteraient 9,5 % des flux de données numériques intra-européens.**

¹ Trade in Services Agreement ou TiSA.

² General Agreement on Trade in Services (GATS).

³ À l'exception des services fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », c'est-à-dire les services qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs (par exemple, les activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale, les services de santé ou d'éducation, qui ne sont pas fournis dans les conditions commerciales.

⁴ Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP).

Au-delà des seuls volumes circulants de données, la nature de ces dernières constitue un paramètre clé dans l'appréhension des enjeux des accords commerciaux en cours de négociation. À ce titre, la mission estime que 60 % des flux numériques mondiaux sont constitués par des données à caractère personnel. Cette proportion revêt une importance particulière dans la mesure où **il existe une réelle divergence d'approche entre l'UE et les États-Unis, ces derniers considérant notamment que les mesures de protection des données personnelles constituent des obstacles au commerce qu'il conviendrait de lever, notamment par la consécration du concept de *free data flow*.** En effet, les États-Unis justifient leur volonté de voir ce concept acté dans l'ACS et le PTCI (à l'instar du traité de partenariat transpacifique) par l'existence de « nombreuses barrières » au commerce numérique. **Or, les travaux de la mission mettent en évidence qu'hormis les règles relatives à la protection des données personnelles, il existe en réalité peu de véritables barrières.** Quant à la circulation des données personnelles, elle est certes très encadrée par la réglementation européenne mais reste libre comme l'illustrent les mécanismes dérogatoires existants et le cadre du *Privacy Shield*⁵.

La nature commerciale des deux projets d'accord renvoie dès lors aux enjeux liés à la valorisation, actuelle et future, des données (personnelles ou non) considérées comme le « nouvel or noir »⁶.

Au regard de la taille de son marché (plus de 500 millions d'habitants) et de son niveau de vie, **l'UE doit évaluer les bénéfices économiques qu'elle pourrait retirer de ces accords en renonçant, totalement ou partiellement, à sa capacité de favoriser la création locale de valeur liée à l'exploitation et au traitement des données européennes.**

Or, au niveau macro-économique, **les études conduites, tant côté européen qu'américain, ne permettent d'appréhender de manière fiable, ni l'éventuel impact positif d'une libre circulation des données ni, à l'inverse, les effets négatifs présumés d'une localisation du traitement des données en Europe.**

Dans ce contexte, compte tenu des enjeux relatifs à la valorisation des données, **la mission a analysé la faisabilité technique et juridique d'une localisation physique des données et de leur traitement en Europe. Il ressort de ses travaux que :**

- ◆ **l'UE dispose d'une capacité de stockage suffisante** sur son territoire pour assurer l'hébergement et le traitement des données à caractère personnel des citoyens européens circulant actuellement en vue de leur traitement aux États-Unis ;
- ◆ **à droit constant, une localisation sur le territoire de l'UE serait juridiquement possible, notamment pour les données personnelles.**

S'agissant des effets d'une telle localisation, il ressort des travaux de la mission que :

- ◆ **parmi les fournisseurs de services de stockage ou d'hébergement, l'impact d'une localisation se concentrerait principalement sur les fournisseurs de service de *cloud public* (essentiellement américains) ;**

⁵ Visant à remplacer le dispositif de « sphère de sécurité » (*Safe Harbor*) qui garantissait une facilité de transfert des données à caractère personnel européennes vers des acteurs implantés aux États-Unis.

⁶ En 2012, le Boston Consulting Group évaluait à 315 Md€ la valeur des données personnelles collectées en 2011 en Europe et estimait que leur exploitation serait susceptible de créer un supplément de valeur ajoutée de 1 000 Md€ chaque année d'ici 2020.

Rapport

- ◆ **les entreprises consommatrices de ces services numériques sont en majorité opposées à la localisation des données** aux motifs qu'elle engendrerait des contraintes techniques⁷ et financières. Si les premières peuvent effectivement constituer un frein, la mission n'estime pas qu'une telle mesure conduirait à une hausse marquée de la charge financière pour les entreprises consommatrices de services numériques ;
- ◆ **les *start-up* du numériques affichent une position, par principe, favorable à une libre circulation mais ne s'estiment pas menacées par une éventuelle relocalisation de certains traitements ;**
- ◆ les acteurs français et européens de l'hébergement voient dans la localisation une opportunité de se différencier de l'offre dominante américaine ;
- ◆ si **l'installation de nouveaux *data centers* représente des volumes d'investissement direct importants, quoique ponctuels, les bénéfices à attendre de leur part apparaissent limités, notamment en termes d'emploi.** De surcroît, les principaux acteurs du numérique, notamment américains, ont anticipé la décision de la CJUE invalidant le *Safe Harbor*, en accélérant leurs investissements visant à déployer une offre de stockage de données personnelles sur le territoire européen.

Alors que le bénéfice d'une éventuelle localisation des données et de leur traitement reste à ce jour difficile à évaluer, les **conséquences de la possible consécration du principe de libre circulation (*free data flow*) dans les futurs accords doivent être analysées au regard du rapport de force entre l'UE et les États-Unis dans le cadre des négociations et, d'autre part, et de la nécessaire conservation d'une capacité de l'UE à réguler les flux de données.**

⁷ Incapacité, au sein d'un même groupe, de transférer et donc de valoriser des données en provenance de territoires différents ; perte des effets d'échelle liés au déploiement de solutions informatiques consolidées dans l'ensemble des filiales d'un même groupe.

Le rapport de force entre l'UE et les États-Unis apparaît défavorable à l'Union. En effet, cette dernière, contrairement à la partie américaine, aborde les négociations sans disposer d'une stratégie numérique. Les États-Unis ont développé, depuis une quinzaine d'années, une véritable stratégie, fondée sur la libre circulation des données, qui s'est récemment traduite par la conclusion, le 4 février 2016, du traité de partenariat transpacifique (TPP)⁸ qui consacre notamment : (i) l'interdiction de limiter les flux transfrontaliers de données, « y compris les renseignements personnels » ; (ii) l'interdiction des règles encadrant l'emplacement des installations informatiques⁹. À l'inverse, **l'UE ne dispose pas, à ce jour, d'une stratégie globale adossée à un marché numérique commun.** La Commission européenne n'a lancé, qu'en juin 2015, le projet de construction d'un marché unique numérique (MUN), lequel est d'ailleurs susceptible de couvrir des champs identiques à ceux abordés dans le cadre des négociations commerciales¹⁰. Par ailleurs, à ce jour, **les enjeux numériques ne sont abordés que de manière accessoire dans les derniers accords commerciaux bilatéraux négociés récemment par l'Union européenne.** Cette absence de stratégie européenne se reflète d'ailleurs dans les mandats confiés à la Commission par le Conseil de l'UE, dans lesquels les enjeux numériques ne sont pas mentionnés¹¹.

Par ailleurs, les États-Unis disposent d'un avantage concurrentiel substantiel dans ce domaine, que la consécration du principe de *free data flow* viendrait mécaniquement renforcer. En effet, si l'UE est le premier exportateur de services au monde, les échanges commerciaux numériques de services demeurent très largement dominés par les États-Unis qui **exportent 1,6 fois plus de services intensifs en numérique vers l'UE qu'ils n'en importent. De surcroît, les échanges commerciaux entièrement numérisés** (notamment les services Internet ou de traitement de données), **sont nettement dominés par les acteurs américains avec, en 2012, un niveau d'exportation près de 14 fois plus élevé que le niveau d'importation**¹². Cette asymétrie relativise *de facto* l'existence de véritables barrières numériques aux échanges.

S'agissant plus spécifiquement de la préservation d'une capacité à réguler les flux de données, **la mission considère que le cadre juridique international actuel fixé par l'AGCS, offre une capacité réelle et suffisante à réglementer en fonction du type de données** dès lors que les mesures prises ne constituent pas une barrière déguisée au commerce :

- ◆ **la protection des données à caractère personnel constitue, dans l'AGCS, un but légitime d'encadrement de la circulation des données ;**
- ◆ **un Membre peut également protéger des données qui représentent un « intérêt essentiel » de sa sécurité** en vertu de l'article *XIV bis*. Dans ce cadre, les mesures de protection pourraient être prises sans réserve quel que soit le type de données ;

⁸ Conclu par l'Australie, le sultanat de Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam.

⁹ Dans le cadre du TPP, les « installations informatiques » désignent les « *serveurs d'ordinateurs et des dispositifs de stockage pour le traitement ou le stockage de renseignements en vue de leur utilisation à des fins commerciales* ».

¹⁰ Par exemple les initiatives concernant la propriété des données, la libre circulation des données et l'instauration d'un « nuage européen ».

¹¹ Seul le Parlement européen s'est prononcé en faveur de la non-localisation, tout en appelant la Commission européenne à faire expressément reconnaître, dans l'ACS, que la protection des données et le droit à la vie privée ne sont pas des obstacles aux échanges, mais des droits fondamentaux.

¹² Source: rapport d'août 2014 sur le commerce numérique aux États-Unis de la Commission américaine pour le commerce international.

Rapport

- ◆ les « **données sensibles** » ou les « **données relevant du secret des affaires et de la propriété intellectuelle** », si elles ne relèvent pas de la sécurité nationale, **pourraient également être protégées au titre de l'article XIV de l'AGCS, la liste des exceptions mentionnées étant non-exhaustive**¹³.

Au total, **les bénéfices potentiels d'une consécration du principe de *free data flow* et de non-localisation n'étant pas démontrés, et le risque de consolidation de la position dominante américaine étant particulièrement élevé, la mission recommande :**

- ◆ **de s'opposer à l'insertion de toute disposition actant, de manière contraignante, le principe général de libre circulation des données (*free data flow*) à des fins commerciales qui, sans apporter de bénéfice direct aux acteurs européens (cf. *supra*) et alors qu'aucune réelle barrière au commerce numérique n'a pu être identifiée entre les parties prenantes aux négociations de l'ACS, constituerait le nouveau standard international et réduirait la capacité des États à réglementer sur la base des mesures d'exception prévues à l'article XIV de l'AGCS ;**
- ◆ **de soutenir l'introduction d'une disposition reconnaissant le droit à réguler et à introduire de nouvelles réglementations dans un article contraignant relatif à la réglementation intérieure figurant dans le dispositif contraignant du texte de l'ACS (*core text*) ;**
- ◆ **de s'opposer à l'introduction du principe d'interdiction de localisation du traitement et du stockage des données ;**
- ◆ **d'exclure expressément les mesures de protection des données personnelles du champ des accords.**

Enfin, au-delà des enjeux liés à l'économie numérique, il est également important de rappeler que la préservation de la capacité à réguler, notamment sur la base de critères territoriaux, est également nécessaire afin de ne pas obérer les éventuelles mesures qui pourraient être prises au niveau français ou européen en matière de fiscalité. **La mission plaide donc pour que les négociations commerciales, notamment au travers de la reconnaissance éventuelle des principes de *free flow of data* et de non-localisation, n'empêchent pas d'adapter les fiscalités nationales et les conventions internationales aux défis posés par l'économie numérique.**

¹³ Les mesures envisagées devraient toutefois répondre, comme dans le cadre des données à caractère personnel, aux tests de nécessité et de bonne foi prévus par l'AGCS.

SOMMAIRE

INTRODUCTION.....	6
1. LES NÉGOCIATIONS DE L'ACS ET DU PTCI S'INSCRIVENT DANS UN CONTEXTE DE DIFFUSION RAPIDE DE L'ÉCONOMIE NUMÉRIQUE MARQUÉE PAR UN ACCROISSEMENT EXPONENTIEL DES FLUX DE DONNÉES	8
1.1. Les flux de données transfrontières entre l'Europe et les États-Unis auraient été multipliés par 40 entre 2004 et 2015 et le flux circulant sur cet axe représenterait 9,5 % du volume de données européennes.....	8
1.2. Les données à caractère personnel, c'est-à-dire liées à une personne identifiée ou identifiable, représenteraient la majorité des flux mondiaux de données	9
2. LES ENJEUX ÉCONOMIQUES LIÉS À L'EXPLOITATION ET À LA VALORISATION DES DONNÉES INDUISENT UNE RÉFLEXION SUR LA « TERRITORIALITÉ NUMÉRIQUE » NÉCESSAIRE À L'APPRÉHENSION DE LA PORTÉE DES FUTURS ACCORDS	10
2.1. Les données sont considérées comme « l'or noir du 21 ^{ème} siècle » et le marché européen comme un « gisement » important de données	10
2.1.1. <i>Les données, « or noir du 21^{ème} siècle ».....</i>	<i>10</i>
2.1.2. <i>Dans un avenir en forte évolution et compte tenu de l'importance de son marché, l'Union européenne doit favoriser la création locale de la valeur liée à l'exploitation et au traitement des données.....</i>	<i>11</i>
2.2. Si l'Union européenne encadre strictement la circulation transfrontières des données personnelles elle ne prévoit pas pour autant d'obligation de localisation des données et de leur traitement.....	12
2.3. L'Union européenne dispose d'une capacité de stockage suffisante sur son territoire pour assurer l'hébergement et le traitement des données à caractère personnel des citoyens européens circulant actuellement à destination des États-Unis	13
2.4. Si les conséquences macroéconomiques d'une localisation des données restent difficiles à appréhender, l'impact sur les différentes catégories d'acteurs peut être esquissé.....	14
2.4.1. <i>Les études économiques prédisant un impact très défavorable d'une obligation de traitement local des données n'apparaissent pas suffisamment fiables pour être prises en compte et appuyer la décision des pouvoirs publics.....</i>	<i>14</i>
2.4.2. <i>Si l'éventuel impact positif d'une localisation des données pour l'économie européenne ne peut être évalué, la mission s'est attachée à décrire les conséquences économiques d'une telle hypothèse par type d'acteurs concernés.....</i>	<i>14</i>

3. L'UNION EUROPÉENNE EST PLACÉE DANS UNE POSITION DÉFAVORABLE DANS LE CADRE DE LA NÉGOCIATION DES VOLETS NUMÉRIQUES DES ACCORDS COMMERCIAUX	18
3.1. Les négociations de l'ACS et du PTCI s'inscrivent, s'agissant des enjeux numériques, dans un contexte d'asymétrie prononcée entre les acteurs européens et américains	18
3.1.1. <i>Si l'Union européenne est le premier exportateur de services au monde, les échanges commerciaux numériques de services demeurent très largement dominés par les États-Unis.....</i>	<i>18</i>
3.1.2. <i>Le fort avantage compétitif des acteurs américains du numérique constitue un paramètre clé des négociations en cours.....</i>	<i>19</i>
3.2. Alors que les États-Unis ont, depuis une quinzaine d'années, développé une véritable stratégie numérique dans le cadre du commerce international, l'Union européenne apparaît en retrait dans ce domaine	21
3.2.1. <i>La stratégie offensive américaine vise à cristalliser les nouveaux standards commerciaux comme l'illustre la récente conclusion du Traité transpacifique (TPP).....</i>	<i>21</i>
3.2.2. <i>Si l'Union européenne fait référence en matière de protection des données personnelles, elle ne dispose pas, à ce jour, d'une stratégie globale adossée à un marché unique numérique.....</i>	<i>23</i>
4. LA CONSÉCRATION DU PRINCIPE DE <i>FREE DATA FLOW</i> DANS LES ACCORDS COMMERCIAUX VISE À CONSOLIDER L'AVANTAGE CONCURRENTIEL AMÉRICAIN DANS LE DOMAINE NUMÉRIQUE	24
4.1. <i>Le free data flow</i> : un concept ambigu mais extensif, destiné à limiter les capacités des États à réguler la circulation des données, y compris personnelles.....	24
4.2. En défendant une approche extensive de la notion d'obstacles au commerce, les États-Unis souhaitent justifier la légitimité économique du <i>free data flow</i> y compris pour les données personnelles	26
4.2.1. <i>Parmi les États parties aux négociations de l'ACS, les barrières ne relevant pas de mesures destinées à assurer la protection des données personnelles demeurent peu nombreuses et ne concernent pas l'Union européenne.....</i>	<i>27</i>
4.2.2. <i>Dans les grands pays émergents, non parties aux négociations de l'ACS, la mission n'a pas identifié de véritables barrières aux échanges.....</i>	<i>27</i>
4.2.3. <i>La très grande majorité des « barrières » fréquemment prises en exemples, notamment par les États-Unis, comme illustrant le développement d'un « protectionnisme numérique » relève de la réglementation protégeant les données personnelles.....</i>	<i>28</i>
4.2.4. <i>Les autres « barrières » identifiées relèvent de la sécurité nationale ou de l'exercice de l'action gouvernementale</i>	<i>28</i>

4.3. Les études relatives à l'adoption d'un principe de <i>free data flow</i> ne permettent pas de démontrer un éventuel bénéfice économique pour l'Union européenne	29
5. LA CAPACITÉ DE L'UNION EUROPÉENNE À RÉGULER LES FLUX DE DONNÉES, Y COMPRIS PERSONNELLES SERAIT FORTEMENT MENACÉE SI LES POSITIONS AVANCÉES DANS LE CADRE DES NÉGOCIATIONS ÉTAIENT ADOPTÉES EN L'ÉTAT	29
5.1. Seul le Parlement européen a émis des recommandations concernant les négociations en cours.....	29
5.2. L'UE doit défendre une position visant à préserver la capacité des États à réguler les flux de données et à garantir le respect de la réglementation européenne en matière de protection des données personnelles.....	30
5.2.1. <i>L'AGCS offre une capacité réelle à régler en fonction du type de données qui apparaît aujourd'hui suffisante.....</i>	<i>30</i>
5.2.2. <i>La consécration d'un principe contraignant de libre circulation (free data flow) doit être écartée et la reconnaissance d'un droit à réguler doit figurer dans le « core text » de l'ACS.....</i>	<i>31</i>
5.2.3. <i>Le principe d'interdiction de localisation du traitement et du stockage des données ne doit pas être retenu</i>	<i>32</i>
5.2.4. <i>Les mesures de protection des données personnelles doivent être expressément exclues du champ des accords</i>	<i>32</i>

Rapport

En janvier 2016, le ministre de l'économie, de l'industrie et du numérique, la secrétaire d'État chargée du numérique et le secrétaire d'État en charge du commerce extérieur ont confié à l'Inspection générale des finances (IGF) et au Conseil général de l'économie (CGE) une mission relative aux enjeux numériques dans les accords commerciaux en cours de négociation : accord plurilatéral sur le commerce des services (ACS ou TiSA) et Partenariat transatlantique pour le commerce et l'investissement (PTCI ou TTIP). Les conclusions de la mission figurent dans le présent rapport.

INTRODUCTION

Depuis 2013, l'Union européenne est engagée, dans la négociation de deux accords commerciaux d'envergure avec ses principaux partenaires (cf. Tableau 1) :

- ◆ **le projet d'accord plurilatéral sur le commerce des services¹⁴ (ACS)** qui réunit 23 parties (50 États) autour d'un objectif d'intégration économique dans le domaine des services plus importante que celle découlant des règles en vigueur applicables aux Membres de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) depuis le 1^{er} janvier 1995 ;
- ◆ **le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement¹⁵ (PTCI)**, projet d'accord bilatéral entre l'Union européenne (UE) et les États-Unis qui, d'après le mandat de négociation donné par le Conseil de l'UE à la Commission européenne¹⁶ « *devra permettre la libéralisation réciproque des échanges de biens et de services* » et de « *tirer parti du potentiel inexploité d'un véritable marché transatlantique* ».

Tableau 1 : Présentation des accords PCTI et ACS

Traité	Forme de l'accord	Parties prenantes	Champ de l'accord
Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI)	Bilatéral	<ul style="list-style-type: none"> ▪ États-Unis ▪ Union européenne 	« Accord global » couvrant le commerce de biens et de services ainsi que la protection des investissements
Accord sur le commerce des services (ACS)	Plurilatéral	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Union européenne, Australie, Canada, Chili, Corée du Sud, États-Unis, Israël, Islande, Japon, Mexique, Norvège, Nouvelle-Zélande, Suisse, Turquie (membres de l'OCDE) ; ▪ Colombie, Costa-Rica, Hong-Kong, Liechtenstein, Pakistan, Panama, Paraguay, Pérou, Taipei chinois 	Accord limité à la fourniture de services

Source : Mission.

Les négociations relatives à l'ACS s'inscrivent dans le prolongement de l'accord général sur le commerce des services¹⁷ (AGCS) de l'OMC qui s'applique en principe à toutes les activités de service¹⁸. Le cycle de négociations commerciales entamé en 2001 à Doha et achevé en 2013 n'ayant pas permis d'aboutir à la négociation d'un nouvel accord multilatéral

¹⁴ *Trade in Services Agreement* ou TiSA.

¹⁵ *Transatlantic Trade and Investment Partnership* ou TTIP.

¹⁶ Décision n°7398/13 autorisant l'ouverture de négociations en vue de la conclusion d'un accord global sur le commerce et l'investissement entre l'Union Européenne et les États-Unis d'Amérique.

¹⁷ *General Agreement on Trade in Services* (GATS) datant de 1994.

¹⁸ À l'exception des services fournis « dans l'exercice du pouvoir gouvernemental », c'est-à-dire les services qui ne sont fournis ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec d'autres fournisseurs (par exemple, les activités faisant partie d'un régime de sécurité sociale, les services de santé ou d'éducation, qui ne sont pas fournis dans les conditions commerciales.

sur les services, **vingt-trois parties ont entrepris, sous l'impulsion des États-Unis et de l'Australie, en mars 2013, la négociation du projet d'ACS**, destiné, notamment à mieux prendre en compte les mutations technologiques les plus récentes comme les services numériques¹⁹ alors que ces derniers ne faisaient l'objet d'aucune disposition particulière dans l'AGCS.

Si les États engagés dans la négociation de l'ACS représentent, d'après la Commission européenne, 70 % du commerce mondial de services (dont la moitié au seul titre de l'Union européenne et des États-Unis), **le cadre des négociations de l'ACS est construit dans un objectif de multilatéralisation de l'accord, voire de substitution à l'AGCS au titre des règles de l'OMC**. Ainsi conçu comme un accord d'intégration économique permettant d'attirer, à terme, les grands émergents et les membres de l'OMC ne participant pas aux négociations, l'ACS doit être compatible avec l'AGCS.

Le projet bilatéral de PTCl, lancé également en 2013, porte sur un champ étendu puisqu'il vise « à assurer une libéralisation réciproque des échanges de biens et de services²⁰ » entre l'Union européenne et les États-Unis alors que l'ACS se limite au commerce de services.

Les projets d'ACS et de PTCl visent tous deux à établir un cadre spécifique pour l'économie numérique. De même qu'il est difficile de mesurer directement le volume du commerce numérique les enjeux relatifs au thème du « **numérique** » dans les négociations commerciales sont multiples dans la mesure où celui-ci recouvre à la fois :

- ◆ un **secteur d'activité** (production de biens et de services numériques) ;
- ◆ un **mode de distribution de services ou de biens** (distribution en ligne ou *e-commerce*) ;

Plus généralement, les dispositions relatives au « numérique » sont susceptibles d'avoir un impact sur l'ensemble des secteurs dès lors qu'elles concernent leur accès aux services numériques mais également leur capacité à traiter des données dans le cadre de leur activité.

La diffusion du numérique dans l'ensemble des secteurs d'activité se reflète dans la multiplicité des dispositions en couvrant le champ dans les projets d'ACS et de PTCl :

- ◆ **dans le cadre du projet de PTCl**, les règles relatives au commerce de services numériques sont principalement abordées dans le chapitre dédié « *aux services à l'investissement et au commerce en ligne* » au même titre que l'ensemble des services. Le document prévoit toutefois des règles sectorielles spécifiques ;
- ◆ **le projet d'ACS** prévoit quant à lui une **annexe dédiée au commerce électronique couvrant un champ large** et aborde non seulement l'ensemble des éléments évoqués dans la section « *e-commerce* » du PTCl, mais également : (a) les restrictions à la circulation des flux de données transfrontaliers ; (b) la protection des informations personnelles ; (c) l'accès au code source des logiciels ; (d) l'ouverture des infrastructures numériques et l'accès aux réseaux.

Compte tenu du champ plus large des dispositions relatives au numérique abordées dans le projet d'ACS et de sa possible multilatéralisation **le projet d'ACS présente les enjeux les plus importants en matière de numérique**.

¹⁹ Le directeur général adjoint de l'OMC, Harsha Singh, rappelait notamment, le 17 juin 2013 qu'il était nécessaire de « clarifier dans quelle mesure un « obstacle » au e-commerce pouvait s'inscrire dans les définitions des restrictions au commerce ».

²⁰ Directives de négociation du Conseil de l'UE en date du 17 juin 2013.

1. Les négociations de l'ACS et du PTCI s'inscrivent dans un contexte de diffusion rapide de l'économie numérique marquée par un accroissement exponentiel des flux de données

1.1. Les flux de données transfrontières entre l'Europe et les États-Unis auraient été multipliés par 40 entre 2004 et 2015 et le flux circulant sur cet axe représenterait 9,5 % du volume de données européennes

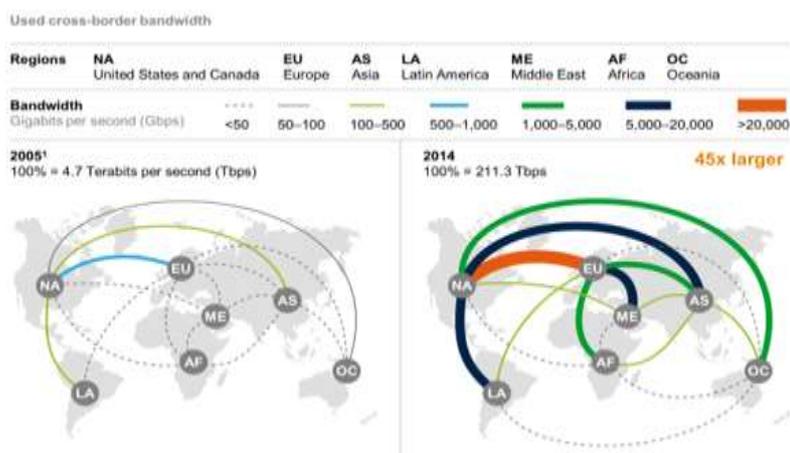
La croissance exponentielle des flux de données est l'un des principaux enjeux de l'économie numérique actuelle :

- ◆ entre 2005 et 2013, les flux de données circulant auraient crû de 47 % par an en France selon le cabinet de conseil Mc Kinsey²¹ ;
- ◆ le flux de données mondial devrait augmenter de 25 % par an (21 % en Europe occidentale) entre 2014 et 2019²².

Toutefois, il n'existe pas de mesure directe des flux de données internationaux. Les agrégats économiques ne permettent par ailleurs pas de mesurer l'ensemble des flux d'information en ne capturant que les importations ou exportations de « services numériques ».

Sur la base des données collectées sur la capacité du réseau de câbles sous-marins et d'estimations sur leur taux d'utilisation, le cabinet McKinsey estime qu'au cours de la décennie 2005-2014 les flux de données internationaux auraient été multipliés par 45 (cf. Graphique 1). Le principal axe de communication interrégional se situe entre l'Europe et les États-Unis, pour lequel les volumes de données transfrontières auraient été multipliés par plus de 40 sur la période.

Graphique 1 : Évolution des flux intercontinentaux de données entre 2005 et 2014



Source : McKinsey Global Institute, *Global flows in a digital age* ; mars 2016.

Par ailleurs, en s'appuyant sur la capacité des câbles sous-marins²³, les études du cabinet de recherche américain TeleGeography²⁴ et les estimations du trafic mondial de données

²¹ *Global flows in a digital age: How trade, finance, people, and data connect the world economy*; McKinsey Global Institute ; avril 2014.

²² Voir « *Cisco VNI: Forecast and Methodology, 2014-2019* » et « *The Zettabyte Era: Trends and Analysis* ».

²³ 99 % des échanges intercontinentaux de données passent par ces câbles. Méthodologie proposée par Michael Mandel, *Chief economist* auprès du *Progressive Policy Institute de Washington*. Méthodologie développée en avril 2014 dans un article intitulé « *Data, Trade and Growth* ».

Rapport

publiées annuellement par Cisco Systems, la mission estime que les flux de données circulant sur l'axe Europe-États-Unis représenteraient 9,5 % des flux de données numériques intra-européens. Cette estimation doit toutefois être considérée avec prudence dans la mesure où seuls les indicateurs permettant une mesure relative de l'ampleur des flux de données apparaissent pouvoir faire l'objet d'une exploitation fiable.

1.2. Les données à caractère personnel, c'est-à-dire liées à une personne identifiée ou identifiable, représenteraient la majorité des flux mondiaux de données

Fin 2014, 80 % du trafic mondial était, d'après les estimations du groupe Cisco, généré dans un contexte individuel²⁵ et 20 % dans un contexte professionnel.

Une analyse des principales catégories d'usage du numérique met en évidence que les flux liés au transfert de vidéos représentent plus de 64 % de données transférées dans le monde en 2014 par les particuliers. Les échanges de fichiers, notamment les images ou les fichiers musicaux, représentent également 18 % du trafic. D'ici 2019, les échanges de vidéos par les particuliers devraient croître et représenter à eux seuls jusqu'à 80 % du volume circulant de données.

Tableau 2 : Répartition des flux mondiaux de données des utilisateurs individuels en 2014 et projection en 2019

Type d'activité	2014	2019 (p)
Vidéos	64,3 %	80,0 %
Web, email et données	17,4 %	14,4 %
Échange de fichiers	18,2 %	5,4 %
Jeux en ligne	0,1 %	0,2 %

Source : Cisco Visual Networking Index : Forecast and Methodology, 2014-2019.

Il apparaît particulièrement difficile de mesurer le volume des données personnelles des utilisateurs individuels au sens de la réglementation européenne²⁶. En prenant l'hypothèse que la moitié des fichiers d'images ou vidéos échangés constituent des données à caractère personnel, il est possible de proposer une estimation de la part des données à caractère personnel d'environ 58 %²⁷ dans les flux numériques mondiaux dont

²⁴ Études de 2015 relatives aux capacités de connexion maximales par Internet entre les principales zones du monde, compte tenu des infrastructures sous-marines existantes et leur taux moyen d'utilisation.

²⁵ Cf. Cisco ; *The Zettabyte Era: Trends and Analysis*. Les estimations du trafic de données mondial permettent de distinguer les données générées dans le cadre d'un usage professionnel (entreprises ou administrations) d'un usage par les particuliers.

²⁶ C'est-à-dire d'après l'article 2 de la directive de 1995, « toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...] directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale ».

²⁷ La mission a retenu une hypothèse de 50 % des flux d'image et de vidéos à caractère personnel (soit 41 % des flux de données individuels) et a considéré, par prudence, que l'ensemble des autres fichiers de connexion et de communication individuels présentaient un caractère personnel (17 % des flux de données individuels). Le résultat de 58 % des flux de données liées aux échanges dans un cadre individuel est extrapolé à l'ensemble des échanges (20 % des échanges mondiaux ayant lieu dans un cadre professionnel).

seulement une faible part est constituée de données personnelles de nature alphanumérique et non image.

2. Les enjeux économiques liés à l'exploitation et à la valorisation des données induisent une réflexion sur la « territorialité numérique » nécessaire à l'appréhension de la portée des futurs accords

2.1. Les données sont considérées comme « l'or noir du 21^{ème} siècle » et le marché européen comme un « gisement » important de données

2.1.1. Les données, « or noir du 21^{ème} siècle »

La diffusion des activités de valorisation des données, personnelles ou non, est susceptible de modifier en profondeur de nombreux secteurs économiques dans lesquels l'utilisateur devient une partie intégrante de la chaîne de valeur en tant que source de données²⁸. **La capacité des secteurs à exploiter et à valoriser cette « matière première numérique » constitue un enjeu majeur dans les années à venir :**

- ♦ en 2012, le Boston Consulting Group évaluait à 315 Md€ la valeur des données personnelles collectées en 2011 en Europe²⁹ et estimait que leur exploitation serait susceptible de créer un supplément de valeur ajoutée de 1 000 Md€ chaque année d'ici 2020³⁰ ;
- ♦ d'après le cabinet IDC³¹, 30 % des dépenses « de transformation numérique » des autres secteurs que les technologies de l'information et de la communication seraient d'ailleurs consacrées à l'exploitation des données.

Par ailleurs, la nature des données a vocation à évoluer compte tenu du développement de l'« Internet des objets » dont une partie pourrait être considérée comme des données personnelles. Les projections réalisées par Cisco font apparaître un **taux de croissance annuel de 71 % des données de communication entre machines entre 2014 et 2019, soit une multiplication par quinze du volume de données annuellement disponibles en six ans.**

²⁸ Les données peuvent être générées de manière passive, via la consultation de sites web, d'e-mails ou la localisation de l'utilisateur, ou active (réseaux sociaux, commentaires, évaluations, etc.).

²⁹ *The Value of Our Digital Identity* ; novembre 2012.

³⁰ La méthodologie et les conclusions de cette étude n'ont pas fait l'objet d'une analyse critique par la mission.

³¹ *Worldwide Digital Transformation Spending Guide* ; 2015.

Rapport

Face au constat du potentiel économique élevé à attendre du traitement et de la valorisation des données personnelles des européens, la question de la localisation de la valeur ainsi créée devient un enjeu économique majeur alors que l'exploitation technique des données peut être faite à distance, sans établissement sur le territoire européen. En effet, **il convient de préciser que le seul hébergement des données ne suffit pas à capter ce gisement potentiel de valeur, la valeur ajoutée créée reposant avant tout sur le traitement des données qui peut toujours être réalisé à distance³². Toutefois, l'hébergement exclusif des données et leur traitement sur un territoire doit en théorie permettre d'assurer un meilleur contrôle de l'application des règles encadrant le transfert des données (notamment s'agissant des règles de protection des données personnelles) et de faciliter la mesure des flux et donc l'application de politiques publiques potentiellement concernées par les évolutions numériques (politique fiscale par exemple, cf. *infra*).**

2.1.2. Dans un avenir en forte évolution et compte tenu de l'importance de son marché, l'Union européenne doit favoriser la création locale de la valeur liée à l'exploitation et au traitement des données

Certains acteurs français rencontrés par la mission ont souligné l'impérieuse nécessité pour l'Europe de « garder le contrôle de cette matière première » que constituent les données. De fait, force est de constater que le marché européen constitue tant par sa taille (plus de 508 millions d'habitants en 2015) que par le niveau de vie des consommateurs, un marché clé pour l'ensemble des acteurs du numérique.

Au-delà de l'intérêt de la localisation des données comme moyen de contrôle du respect de la réglementation par l'ensemble des acteurs, **le rapport de force face aux grands acteurs américains du numérique pourrait être inversé en faveur de l'Union européenne pour imposer des références exigeantes en matière de traitement des données. L'exemple de la réglementation en matière de données à caractère personnel et de la fin du dispositif de *Safe Harbor* qui ont entraîné l'accélération d'offres de stockage voire de traitement localisées en Europe démontre l'intérêt de ces acteurs pour un accès libre au marché européen.**

³² Pour les fédérations et les entreprises rencontrées par la mission, l'enjeu économique le plus important n'est pas le stockage local des données, peu créateur d'emploi et de valeur, mais la valorisation locale (traitement) des données et le déploiement des services associés.

2.2. Si l'Union européenne encadre strictement la circulation transfrontières des données personnelles elle ne prévoit pas pour autant d'obligation de localisation des données et de leur traitement

Le droit de l'Union européenne encadre strictement le transfert de données à caractère personnel³³ vers un pays tiers en posant, un principe d'interdiction du transfert de ces données personnelles vers des États tiers ne présentant pas un « *niveau de protection adéquat* » au regard du droit de l'UE. Cependant, la réglementation européenne prévoit aussi de nombreuses exceptions permettant en pratique aux responsables de traitement de données à caractère personnel de transférer, dans des conditions garantissant le respect des principes de protection européens, leurs données vers des pays dont le niveau de protection général n'a pas été officiellement reconnu³⁴.

In fine, la réglementation européenne impose l'un des cadres les plus stricts au monde en matière de sécurité pour le transfert de données à caractère personnel mais ne prévoit pas d'obligation de localisation de traitement ou de stockage local des données, y compris pour les données les plus sensibles comme les données de santé³⁵.

En outre, concernant l'activité quotidienne des entreprises (marketing, ressources humaines, etc.), la Commission nationale informatique et liberté (CNIL) a adopté des mesures de simplification permettant aux entreprises de procéder à des transferts fréquents après avoir obtenu une autorisation unique (neuf normes) ou via des procédures de déclarations simplifiées (cinq normes)³⁶.

³³ Les données à caractère personnel recouvrent, d'après l'article 2 de la directive de 95/46/CE, « *toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable [...] directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ».

³⁴ Si le transfert est encadré par des clauses contractuelles appropriées qui « offrent des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée, des libertés et droits fondamentaux des personnes, et de l'exercice des droits correspondants » (article 26-2 de la directive). Le recours aux clauses contractuelles est, aujourd'hui, la modalité la plus utilisée par les entreprises pour transférer des données à caractère personnel vers des pays tiers ; si les données sont transférées au sein d'un même groupe et que l'entreprise a adopté des règles d'entreprise contraignantes (*Binding Corporate Rules*) ; si la personne concernée a indubitablement donné son consentement au transfert envisagé (article 26-1 a) ; si le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu ou à conclure, dans l'intérêt de la personne concernée, entre le responsable du traitement et un tiers (26-1 b et c).

³⁵ **En France**, il n'existe pas d'obligation d'hébergement des données de santé sur le territoire français. De la même manière, **au Royaume-Uni**, en dépit des débats sur l'usage du *cloud* par le *National Health Service* (NHS) et les hôpitaux, les données de plusieurs dizaines de milliers de patients transitent par les serveurs de Google, aux États-Unis.

³⁶ La CNIL a adopté 16 normes de simplification donnent lieu à des déclarations simplifiées : 5 normes simplifiées, 9 autorisations uniques et 2 méthodologies de référence.

Contrairement aux déclarations normales et demandes d'autorisation, les outils de simplification n'imposent pas à l'entreprise de renseigner le détail des transferts et en particulier les pays destinataires, les données effectivement transférées et les outils d'encadrement. Ainsi, le recensement du nombre de déclarations sur la base de ces outils permet uniquement d'apprécier le nombre d'engagements de conformité pouvant donner lieu à un transfert. Il ne permet en aucune manière de déterminer combien de transferts sont effectivement réalisés, ni les destinataires, ni l'encadrement qui a été mis en place.

2.3. L'Union européenne dispose d'une capacité de stockage suffisante sur son territoire pour assurer l'hébergement et le traitement des données à caractère personnel des citoyens européens circulant actuellement à destination des États-Unis

Sur la base de l'estimation de la part des données à caractère personnel dans les flux numériques mondiaux effectuée par la mission (58 %, cf. *supra*), il est possible d'estimer que **les flux de données à caractère personnel entre l'Europe et les États-Unis représenteraient environ 6 %³⁷ du volume de données en circulation au sein de l'Union européenne. Dans ce contexte, le rapatriement du traitement des données à caractère personnel des citoyens européens sur le territoire de l'UE ne serait pas empêché par un manque de capacités de stockage ou de traitement en Europe.** Ce constat est d'ailleurs confirmé par les sociétés fournisseurs de services de *cloud* interrogées par la mission.

Sur les 3 801 centres de stockage de données ouverts à la « colocation » (c'est-à-dire à l'exception des centres de stockage de données internes aux entreprises) identifiables fin 2015 dans le monde, les États-Unis regrouperaient à eux seul plus de 40 % de l'offre mondiales (1532). **La France demeure toutefois un territoire attractif avec 137 centres de données (3,6 %).** À ce titre, elle constitue le cinquième acteur mondial en termes d'offre de *data centers* derrière les États-Unis, le Royaume-Uni, l'Allemagne et le Canada.

Toutefois cette approche par le volume des flux transfrontaliers ne reflète pas exactement la réalité de l'organisation des réseaux numériques et l'estimation des flux de données ne permet pas de capturer pleinement l'ampleur des échanges d'information entre les continents. En effet, les données peuvent faire l'objet d'un stockage sur le territoire européen, en vue de leur traitement ou de leur consultation par les utilisateurs d'un service, tout étant transférées régulièrement en dehors de l'UE³⁸ pour des raisons techniques ou de continuité de service. En conséquence, **si la relocalisation est techniquement possible, elle impliquerait une modification des modalités de gestion et de traitement des données des acteurs non européens ou des groupes européens d'envergure internationale.**

³⁷ Les flux de données circulant sur l'axe Europe-États Unis représentant 9,5 % du volume de données numériques circulant en Europe.

³⁸ C'est, par exemple, le cas des principaux moteurs de recherche qui développent un réseau de serveurs locaux (*Content Delivery Network*) afin de permettre un accès rapide aux informations les plus fréquemment demandées par les utilisateurs de chaque zone. Les serveurs communiquent toutefois entre eux pour des opérations de sauvegarde ou de mise à jour régulières impliquant de fait un transfert transfrontalier des données. De même les offres de stockage *cloud* font l'objet, notamment lorsqu'elles sont proposées au grand public, d'une organisation en réseaux internationaux de serveur permettant d'assurer une continuité du service dans le temps.

2.4. Si les conséquences macroéconomiques d'une localisation des données restent difficiles à appréhender, l'impact sur les différentes catégories d'acteurs peut être esquissé

2.4.1. Les études économiques prédisant un impact très défavorable d'une obligation de traitement local des données n'apparaissent pas suffisamment fiables pour être prises en compte et appuyer la décision des pouvoirs publics

De nombreux articles, notamment américains, ont décrié l'effet qu'aurait une décision de localisation du traitement des données en Europe³⁹ dans la mesure où elle serait susceptible de réduire la concurrence, d'augmenter les coûts des services numériques et de réduire les capacités des entreprises à bénéficier d'effets d'échelle.

Peu d'études économiques ont toutefois cherché à en évaluer l'impact économique. La plus citée dans les débats relatifs aux négociations commerciales en cours a été **conduite par l'ECIPE⁴⁰ en mars 2014**, qui estime que **l'instauration d'une obligation de localisation du traitement des données européennes sur le territoire de l'UE conduirait**, sous l'effet d'une hausse des coûts des services pour les acteurs locaux et d'une baisse des investissements étrangers, à **une baisse de 0,7 % du PIB européen** et de 1,0 % des exportations de services. Cette étude a toutefois été depuis amendée en vue de sa publication dans la revue académique *International Economics*. **Les estimations** d'impact d'une localisation du traitement des données en Europe sur le PIB européen **ont ainsi été réévaluées à -0,18 %**. En outre, **les chercheurs du Centre d'études prospectives et d'informations internationales (CEPII) interrogés par la mission ont fait part de leurs doutes quant à la robustesse de la méthodologie employée et la cohérence des résultats obtenus.**

Réciproquement, l'administration irlandaise a publié un rapport relatif à l'impact attendu d'une libéralisation complète des flux de données dans le cadre du PTCI et concluant à un impact légèrement négatif avec une baisse attendue de la production et des exportations (- 1 Md€).

In fine la mission n'a pas été en mesure d'identifier d'étude solide évaluant un impact défavorable sur le commerce européen d'une relocalisation du traitement de certaines données.

2.4.2. Si l'éventuel impact positif d'une localisation des données pour l'économie européenne ne peut être évalué, la mission s'est attachée à décrire les conséquences économiques d'une telle hypothèse par type d'acteurs concernés

La mission a évalué les conséquences économiques d'une éventuelle exigence de localisation du traitement des données sur le territoire européen en s'appuyant sur le cas des données à caractère personnel (pouvant être étendu par analogie à d'autres types de données) en fonction du positionnement des acteurs de la chaîne de valeur⁴¹.

³⁹ Voir notamment *Quantifying the Cost of Forced Localization ; Leviathan Security Group* (financée par Google) ou *Data localisation : A challenge to global commerce and the free flow of information*.

⁴⁰ European Centre for International Political Economy, « *The costs of data localisation : friendly fire on economic recovery* », E. Van der Marel et al.

⁴¹ Les analyses des bénéfices et des coûts à attendre d'une telle relocalisation conduites par la mission s'appuient sur les entretiens réalisés auprès des entreprises de services numériques ou de *start-up* mais également de groupes industriels français et étrangers.

2.4.2.1. Parmi les fournisseurs de services de stockage ou d'hébergement, l'impact d'une localisation se concentrerait principalement sur les fournisseurs de service de cloud public

La localisation aurait principalement un impact sur les fournisseurs :

- ♦ **proposant leurs services depuis l'étranger** sans infrastructure de traitement sur le territoire européen ;
- ♦ **offrant des services de « cloud public »**, c'est-à-dire dont l'utilisation n'est pas réservée à un unique acteur, (30 % de l'offre de *cloud computing* en 2014) sans garantie quant à la localisation du traitement des données. C'est notamment le cas des infrastructures de stockage *cloud* ou des outils d'analyse mis à la disposition du grand public par les géants américains du numérique et pouvant également être utilisés par les entreprises.

Si l'installation de nouveaux centres d'hébergement (*data centers*) représente des volumes d'investissement directs importants⁴², les bénéfices à attendre de leur part apparaissent limités, notamment en termes d'emploi :

- ♦ **d'une part les besoins en main d'œuvre pour l'exploitation sont localement minimes.** Une fois le site mis en service, le personnel à demeure est très réduit, le site étant largement automatisé ;
- ♦ **d'autre part, l'essentiel de la dépense locale est une dépense d'immobilier.** L'essentiel de la valeur ajoutée locale est constituée par la dépense de construction du site. Les équipements techniques comme l'informatique ou les équipements électriques sont essentiellement importés.

Par ailleurs, il apparaît que les principaux acteurs du numérique, notamment américains, ont anticipé la décision de la CJUE invalidant le *Safe Harbor*, en accélérant leurs investissements visant à déployer une offre de stockage de données personnelles sur le territoire européen.

Enfin, s'agissant plus particulièrement d'éventuelles retombées économiques pour la France, en dépit des atouts français en matière de situation géographique ou de coût de l'électricité réduit, les implantations récentes de centres d'hébergement se concentrent, pour le moment, dans les pays nordiques qui combinent des conditions climatiques favorables et des cadres fiscaux et réglementaires simples .

2.4.2.2. Les acteurs français et européens de l'hébergement voient dans la localisation une opportunité de se différencier de l'offre dominante américaine

Pour les acteurs européens, et notamment français, spécialisés dans l'offre de stockage et de traitement des données français (acteurs du stockage en mode IaaS - *Infrastructure as a Service*- comme du traitement en mode SaaS - *Software as a Service*) et interrogés par la mission, « *la capacité des pays européens à saisir tout ou partie des créations d'emplois et de valeur dans le Cloud nécessite que les données européennes soient stockées et traitées en Europe* ».

Compte tenu des effets d'agrégation particulièrement forts auxquels obéit le secteur du numérique et de l'asymétrie existant entre les acteurs locaux et les acteurs extra-européens (notamment américains), les interlocuteurs de la mission ont souligné :

⁴² À titre d'exemples: Apple a annoncé en février 2015 sa décision d'investir 850 M€ au Danemark dans le cadre de la construction, d'ici 2017, d'un centre de données concernant ses services en ligne pour l'ensemble de ses clients européens. Fin 2015, Amazon et Microsoft ont annoncé 2 Mds€ d'investissements en *data centers* au Royaume-Uni pour leurs services cloud européens.

- ◆ **le risque de renforcement de l'oligopole des grands acteurs américains alors que le numérique va être un moteur de croissance majeur ;**
- ◆ **les risques de l'adoption du principe de *free data flow* dans un marché en pleine évolution qui reviendrait à se priver d'un actif économique majeur [les données], d'une matière première, pour la croissance de demain ».**

De fait, le principe d'une localisation en Europe du traitement des données les plus sensibles se traduirait par une hausse de la demande pour les principales entreprises de services du numérique implantées en Europe qui disposent déjà d'infrastructures locales importantes et utilisent, pour certaines d'entre elles, déjà la réglementation européenne relative à la protection des données comme un argument de différenciation dans le service qu'elles proposent. Cependant, la plupart d'entre elles sont américaines.

Cette position est partagée par le Conseil national du numérique depuis son rapport de 2014 relatif au numérique dans la négociation du partenariat transatlantique dans lequel il appelait l'Union européenne à adopter « *une approche prioritairement défensive en se réservant la possibilité de localiser certaines activités (technologies, infrastructures, contenus) et industries de stockage et de traitement de données en Europe, par la capacité d'imposer des règles sur la localisation de données, des standards élevés en matière de protection des données personnelles, ou encore d'élaborer des certifications de biens ou services numériques* » et à accorder une priorité à la construction d'un marché du numérique unique européen.

2.4.2.3. Les start-up du numérique affichent une position, par principe, favorable à une libre circulation mais ne s'estiment pas menacées par une éventuelle relocalisation de certains traitements

Les associations internationales de *start-ups* numériques font partie des principaux soutiens au principe de libre circulation complète des données et de l'absence d'obligation de localisation de traitement des données, y compris les plus sensibles. Dans leur courrier du 15 mars 2016 à la Commissaire Jourova, l'association américaine *Allied for Startups* et les représentants des start-ups de plusieurs pays européens⁴³ (Espagne, Allemagne, Australie notamment) expliquaient que « *comme toutes les entreprises, les start-ups reposent instinctivement sur les flux de données internationaux pour développer des produits innovants et atteindre des consommateurs dans l'ensemble des pays ; toutefois, contrairement aux autres entreprises, l'interruption des flux de données ne représente pas qu'un frein technique et financier, elle menace purement et simplement la survie de nos activités*⁴⁴ »

Cette déclaration n'est toutefois pas corroborée par les entretiens conduits par la mission. Les entreprises rencontrées, et notamment les start-ups utilisatrices de services *cloud*, ont indiqué qu'une obligation de localisation du traitement des données en Europe n'obérerait pas leur capacité à poursuivre leur activité. Elles ont toutefois expliqué redouter :

- ◆ **ne plus pouvoir accéder à certains services** proposés par des entreprises étrangères ayant développé des technologies innovantes et n'ayant pas encore fait le choix de la déployer en Europe ;
- ◆ **une augmentation du coût des services de *cloud* en Europe.**

⁴³ L'association française La France Digitale, pourtant membre d'*Allied for Startups* n'a toutefois pas pris part à cette initiative.

⁴⁴ « *Like virtually all other companies, our companies rely instinctively on cross-border flows of data develop innovative products and services and reach customers in markets around the world. Other firms, however, interruptions to data flows do not merely present technical and financial burdens – they actually threaten the survival of our businesses* ».

Rapport

Sur le premier point, les interlocuteurs ont néanmoins tous expliqué que, **compte tenu du poids que représente le marché européen pour les acteurs étrangers, les entreprises extra-européennes seraient, le plus certainement, amenées à déployer rapidement une offre répondant aux exigences d'un traitement localisé des données, ce qu'elles ont par ailleurs déjà commencé à faire.**

Sur le second, il peut être noté qu'une étude, publiée par Google, met en évidence la compétitivité du *cloud* dans l'Union européenne tout en constatant un écart de prix maximal de 10,5 % entre l'offre localisée en Europe la plus compétitive et son équivalent à l'étranger⁴⁵. Le classement *CloudScreener/Cedexis* de l'informatique en nuage de janvier 2016 confirme la compétitivité-prix des entreprises européennes, la société OVH étant notamment classée deuxième derrière Google.

2.4.2.4. Les entreprises consommatrices de ces services numériques apparaissent opposées à la localisation des données aux motifs qu'elle engendrerait des contraintes techniques et financières

Les entreprises, industrielles ou de services, qu'elles soient utilisatrices des services d'entreprises numériques ou amenées à effectuer directement des traitements de données de manière accessoire à leur activité principale s'opposent généralement à la localisation du traitement des données en Europe.

La mission a pu constater que les principales craintes exprimées par les entreprises sont :

- ◆ l'incapacité, au sein d'un même groupe, de transférer et donc de valoriser des données en provenance de territoires différents ;
- ◆ la perte des effets d'échelle liés au déploiement de solutions informatiques consolidées dans l'ensemble des filiales d'un même groupe ;
- ◆ une hausse des coûts des services.

⁴⁵ *Quantifying the Cost of Forced Localization*, Leviathan Security Group, 2015.

3. L'Union européenne est placée dans une position défavorable dans le cadre de la négociation des volets numériques des accords commerciaux

3.1. Les négociations de l'ACS et du PTCI s'inscrivent, s'agissant des enjeux numériques, dans un contexte d'asymétrie prononcée entre les acteurs européens et américains

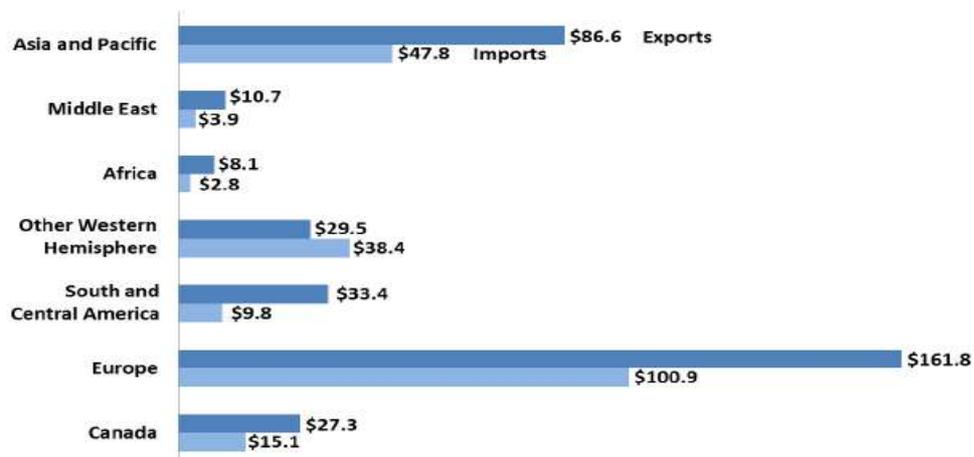
3.1.1. Si l'Union européenne est le premier exportateur de services au monde, les échanges commerciaux numériques de services demeurent très largement dominés par les États-Unis

L'Union européenne est le premier exportateur mondial de services avec, en 2013, un solde commercial des services (hors UE) de 173,2 Md€, les États-Unis (principal partenaire commercial en termes de services de l'UE) dégageant quant à eux un excédent commercial des services de 161 Md€⁴⁶. La conclusion de l'ACS constitue dès lors un enjeu important pour ces deux partenaires commerciaux. **La Commission européenne avance d'ailleurs systématiquement l'argument de la prédominance européenne en matière de services pour justifier une plus grande libéralisation des flux de données.**

Toutefois, cette prédominance doit être substantiellement relativisée s'agissant spécifiquement des enjeux numériques. En effet, il ressort des analyses conduites par la mission, que les États-Unis exportent 1,6 fois plus de services intensifs en numérique vers l'Union européenne qu'ils n'en importent (cf. Graphique 2). Ainsi, alors que l'UE est le premier exportateur mondial de services, ses échanges commerciaux avec les États-Unis en matière de services numériques apparaissent déséquilibrés.

Graphique 2 : Solde commercial du commerce de services numérique des États-Unis en 2011

Figure 4. U.S. Exports and Imports of Digitally-Deliverable Services, by region or country of destination or origin, 2011
(billions of dollars)



Source: US Department of Commerce: Digital Economy and Cross-Border Trade: The Value of Digitally-Deliverable Services.

⁴⁶ Données 2012. Source Eurostat – commercial international de services.

De surcroît, les échanges commerciaux entièrement numérisés, notamment les services Internet ou de traitement de données, sont nettement dominés par les acteurs américains avec, en 2012, un niveau d'exportation près de 14 fois plus élevé que le niveau d'importation⁴⁷. La domination des acteurs américains est particulièrement marquée en ce qui concerne les biens et services numériques sans livraison physique⁴⁸.

3.1.2. Le fort avantage compétitif des acteurs américains du numérique constitue un paramètre clé des négociations en cours

En mai 2015, les États-Unis regroupaient onze des quinze plus grosses capitalisations d'entreprises de services numériques cotées⁴⁹. Les quatre autres premiers acteurs étant chinois, aucun acteur européen ne figure dans ce classement.

Au-delà du poids des entreprises américaines historiques, la domination des acteurs américains peut être observée dans chacun des principaux secteurs du numérique, renforçant encore davantage le déséquilibre entre les États-Unis et l'Europe dans la négociation :

- ◆ les moteurs de recherche américains représentent 99 % des recherches en France, le leader Google pesant à lui seul 94 %⁵⁰ (65 % des recherches mondiales) ;
- ◆ Amazon et eBay sont les deux premiers acteurs mondiaux du commerce en ligne suivi du chinois Alibaba et du groupe japonais Rakuten ;
- ◆ dans l'ensemble des services de *cloud computing*, les acteurs américains occupent les premières places mondiales, qu'il s'agisse d'infrastructures de stockage ou d'hébergement de données (Amazon Web Services, Rackspace, etc.), de plateforme (Microsoft Azure, Google App Engine, etc.) ou de services fournis à distance (Salesforce.com, Google, Oracle, etc.). Seuls quelques acteurs comme l'allemand SAP ou le chinois Aliyun disposent d'une implantation mondiale capable de faire face aux acteurs américains ;
- ◆ dans les pays européens, la moitié des sites Internet les plus visités sont d'origine américaine ;

⁴⁷ Source: rapport d'août 2014 sur le commerce numérique aux États-Unis de la Commission américaine pour le commerce international.

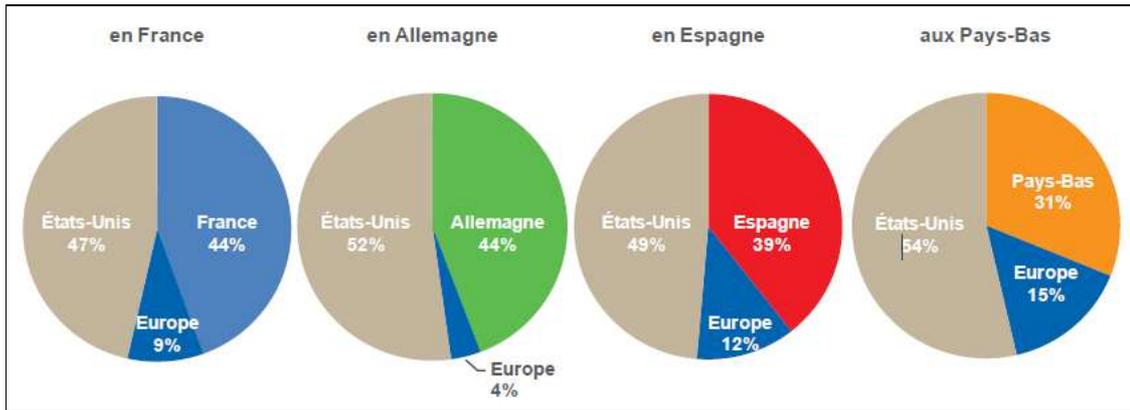
⁴⁸ Il s'agit d'exportations de services de traitement et hébergement de données, services de *cloud computing*, publication sur Internet ou de moteurs de recherche (digital communications) fournis, pour l'essentiel par de grandes entreprises américaines.

⁴⁹ Apple, Google, Facebook, Amazon, eBay, Priceline, Salesforce, Yahoo, Netflix, LinkedIn et Twitter.

⁵⁰ AT Internet, Parts de marché des moteurs de recherche en France, décembre 2014.

Rapport

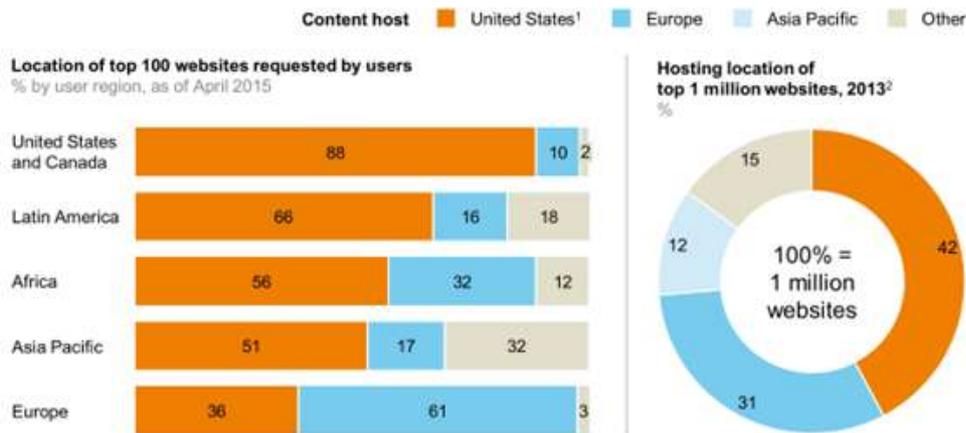
Graphique 3 : Origine géographique des vingt propriétaires de sites totalisant la plus forte audience en juillet 2014 (pondéré par le nombre de visiteurs uniques)



Source : France Stratégie, « Le numérique : Comment réguler une économie sans frontières ? » ; octobre 2015.

- ◆ **les entreprises américaines sont les premiers créateurs de contenus digitaux au monde.** Le cabinet de conseil McKinsey estime ainsi que 42 % des sites Internet, parmi les 1 million de sites les plus visités au monde, sont hébergés aux États-Unis contre 31 % pour l'ensemble de l'Europe.

Graphique 4 : Localisation des 100 principaux sites Internet consultés dans chaque continent



¹ Includes United States and Canada for location of top 100 websites requested by users.
² Based on Pingdom analysis of Alexa top 1 million websites.

Source : McKinsey Global Institute.

Plus généralement, les leaders mondiaux dans l'ensemble des secteurs d'activité numérique sont pour la plupart américains, seules quelques entreprises européennes disposant d'une envergure internationale suffisante pour figurer parmi les premiers acteurs mondiaux comme Ubisoft dans l'édition de jeux vidéo, SAP dans les services logiciels distribués par le cloud (SaaS) ou le français OVH pour l'hébergement de données.

3.2. Alors que les États-Unis ont, depuis une quinzaine d'années, développé une véritable stratégie numérique dans le cadre du commerce international, l'Union européenne apparaît en retrait dans ce domaine

3.2.1. La stratégie offensive américaine vise à cristalliser les nouveaux standards commerciaux comme l'illustre la récente conclusion du Traité transpacifique (TPP)

3.2.1.1. Les États-Unis affichent, depuis le début des années 2000, une stratégie de montée en puissance de la place du numérique dans les accords commerciaux

Dès 1997, sous l'impulsion du Président Bill Clinton, les États-Unis ont mis en œuvre une stratégie destinée à établir de nouveaux accords internationaux facilitant les échanges électroniques, tout d'abord dans le cadre de l'OMC⁵¹ puis dans le cadre de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) avec le plan d'action mondial pour l'*e-commerce*, engagé en 1999, qui a notamment permis d'aboutir à la révision en 2013 des « lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel » qui prévoient que les pays Membres « devraient prendre toutes les mesures raisonnables et appropriées pour assurer que les flux transfrontières de données de caractère personnel, et notamment le transit par un pays Membre, aient lieu sans interruption et en toute sécurité », même si des restrictions légitimes en vue de la protection des données à caractère personnel sont prévues⁵².

En 2009, l'administration Obama a, de même, fait du numérique un enjeu majeur de sa politique de commerce extérieur et affiché une détermination à répondre aux réglementations que les géants de l'Internet américains estimaient relever d'un « protectionnisme digital ». Depuis lors, la mise en place d'un cadre garantissant la liberté complète du commerce numérique international, et, en particulier, la libre circulation des données, y compris personnelles, à des fins commerciales constitue une priorité de l'ensemble des accords commerciaux passés par les États-Unis (par exemple dans le cadre de l'accord États-Unis Corée du Sud ou du Traité transpacifique).

3.2.1.2. La conclusion du TPP en février 2016 est de nature à renforcer, dans le cadre des négociations en cours, les positions américaines relatives au numérique

Le 4 février 2016, douze pays, dont trois États membres du G7, ont signé un traité plurilatéral de libre-échange pour la zone pacifique (traité de partenariat transpacifique ou TPP) : l'Australie, le sultanat de Brunei, le Canada, le Chili, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, le Pérou, Singapour, les États-Unis et le Vietnam.

⁵¹ Sur cette impulsion, les membres de l'OMC ont accepté un premier moratoire temporaire, en mai 1998, sur l'imposition de droits de douane sur les transmissions électroniques transfrontalières qui a depuis été constamment renouvelé.

⁵² Un pays Membre peut également imposer des restrictions à l'égard de certaines catégories de données de caractère personnel pour lesquelles sa législation interne sur la protection de la vie privée et les libertés individuelles prévoit des réglementations spécifiques en raison de la nature de ces données et pour lesquelles l'autre pays Membre ne prévoit pas de protection équivalente.

Rapport

Cet accord a été qualifié par le représentant au commerce américain d'« *accord commercial le plus ambitieux et le plus visionnaire jamais tenté pour l'Internet*⁵³ ». Or, l'annexe relative au commerce électronique dans le traité transpacifique couvre un champ proche⁵⁴ de ceux prévus dans les projets de PTCI et d'ACS. **Le contenu de l'accord de partenariat transpacifique apparaît, dans au moins trois domaines, faire écho aux demandes américaines dans le cadre de l'ACS (et indirectement du PTCI) et sur lesquels l'Union européenne n'avait pas, en février 2016, arrêté de position précise :**

- ◆ **la protection de l'accès au code source** : le TPP prévoyant que les parties ne peuvent exiger le transfert de codes source de logiciel appartenant à une personne d'une autre Partie ou l'accès à ce code ;
- ◆ **l'interdiction de limiter les flux transfrontaliers de données**⁵⁵, « *y compris les renseignements personnels* » dès lors que « *cette activité s'inscrit dans le cadre d'activités commerciales exercées par une personne visée* ». Cette disposition, est en totale contradiction avec la réglementation européenne relative à la **protection des données** personnelles. Plus généralement cette disposition témoigne des différences d'appréciation existantes entre les pays européens et les États-Unis quant au périmètre des « *données à caractère personnel* » ;
- ◆ **l'interdiction des règles encadrant l'emplacement des installations informatiques**⁵⁶, l'article 14-13 du TPP disposant notamment qu'« *une Partie n'exige pas d'une personne visée qu'elle utilise ou situe des installations informatiques sur son territoire comme condition à l'exercice des activités commerciales sur ce territoire* », sauf « *en vue de réaliser un objectif légitime de politique publique* ».

Il convient de relever que les États-Unis ont expliqué vouloir s'appuyer sur cet accord pour s'en servir de référence dans les négociations commerciales en cours et à venir⁵⁷.

Compte tenu du poids économique des pays signataires du TPP et engagés dans la négociation de l'ACS (notamment les États-Unis, Japon, le Canada ou l'Australie), **il apparaît que l'Union européenne devra faire face, pour les sujets ayant fait l'objet d'une ouverture à la concurrence dans le cadre du TPP, aux positions communes des signataires du TPP dans le cadre des négociations de l'ACS.**

⁵³ "The Trans-Pacific Partnership (TPP) is the most ambitious and visionary Internet trade agreement ever attempted" The United States Trade Representative (USTR) Office, 2015.

⁵⁴ Par ailleurs, le traité transpacifique consacre également quelques principes non discutés, pour le moment, dans le cadre des négociations avec l'Union européenne et ses partenaires, en particulier i) le commerce sans papier et ii) le partage des frais d'interconnexion à Internet.

⁵⁵ Le responsable des affaires juridiques d'IBM a qualifié cette disposition de « révolutionnaire » dans la mesure où elle est susceptible « d'empêcher d'édification de nouvelles barrières » (« *These are groundbreaking provisions that are very much about preventing new barriers from being erected* »).

⁵⁶ Dans le cadre du TPP, les « installations informatiques » désignent les « *serveurs d'ordinateurs et des dispositifs de stockage pour le traitement ou le stockage de renseignements en vue de leur utilisation à des fins commerciales* ».

⁵⁷ « *According to the Office of the United States Trade Representative (USTR) in the Executive Office of the President, TPP is expected to put in place the most comprehensive set of rules ever negotiated addressing digital trade and the promotion of Internet-based commerce. Further, the USTR indicated that the TPP is designed to preserve the single global digital marketplace and to ensure the free flow of global information and data that drive the digital economy.* »

3.2.2. Si l'Union européenne fait référence en matière de protection des données personnelles, elle ne dispose pas, à ce jour, d'une stratégie globale adossée à un marché unique numérique

3.2.2.1. L'accord du 15 décembre 2015 sur un projet de règlement européen sur la protection des données personnelles marque une première harmonisation européenne des règles régissant les échanges numériques

Le 25 janvier 2012, la Commission européenne a présenté un « paquet législatif » composé d'une proposition de règlement et d'une proposition de directive, révisant le cadre juridique de la protection des données dans l'Union européenne. Le 15 décembre 2015, la Présidence luxembourgeoise est parvenue à un accord politique. L'adoption formelle du texte interviendra au premier semestre 2016.

La réforme entreprise au sein de l'UE s'inscrit dans un contexte mondial d'augmentation constante des flux de données internationaux et de réforme des règles de la protection des données (Conseil de l'Europe, OCDE etc.). **Le modèle actuel de l'Union européenne en matière de protection des données est l'un des plus anciens et des plus protecteurs au monde.** L'objectif premier du règlement est de **remédier aux disparités de transpositions de la législation européenne actuelle (directive 95/46) pour encourager le développement d'un marché européen du numérique en favorisant la libre circulation des données à caractère personnel.**

Encadré 1 : Le projet de règlement définissant un cadre général de l'UE pour la protection des données

Le projet de règlement prévoit deux évolutions importantes :

- l'extension du champ d'application de la législation européenne à des acteurs concurrents qui ne sont pas établis sur le territoire de l'UE (application extraterritoriale du droit de l'Union) ;
- l'encadrement plus strict des transferts de données vers les pays tiers.

En l'absence de telles décisions d'adéquation par la Commission, les entreprises pourront avoir recours à d'autres garanties appropriées pour encadrer les transferts comme les clauses contractuelles types, les règles contraignantes d'entreprises (BCR) ou les codes de conduite.

Par ailleurs, de **nouveaux droits sont introduits afin de renforcer la protection des personnes**, notamment :

- le droit à la portabilité des données et le droit à l'oubli ;
- l'introduction, pour les États membres qui le souhaitent, des procédures d'actions collectives nationales ;
- une hausse du plafond des sanctions potentielles pour les entreprises un maximum de 20 M€ ou 4 % du chiffre d'affaire mondial de l'entreprise. (En France, la loi informatique et libertés prévoit des sanctions maximales de 150 000 €).

Source : Mission, d'après projet de règlement européen.

3.2.2.2. Au-delà de l'unification de la réglementation relative à la protection des données personnelles, la Commission européenne a lancé, en juin 2015, le projet de construction d'un marché unique numérique (MUN)

Au-delà de l'initiative de règlement européen sur la protection des données à caractère personnel, la Commission européenne a précisé, le 6 mai 2015 sa « stratégie pour un marché unique numérique en Europe » (MUN ou *Digital Single Market*).

Rapport

L'environnement du marché intérieur du numérique européen devrait donc évoluer en profondeur dans les prochaines années. Or, **certaines initiatives sont susceptibles de couvrir des champs identiques à ceux abordés dans le cadre des négociations de l'ACS ou du PTCl**, comme par exemple :

- ◆ les initiatives concernant la propriété des données, la libre circulation des données et l'instauration d'un « nuage européen » ;
- ◆ la réforme de la réglementation en matière de télécommunications ;
- ◆ l'adoption d'un plan en matière de normes prioritaires dans le domaine des TIC.

Les dispositions faisant l'objet de négociations commerciales susceptibles de limiter les capacités de régulation européennes dans le cadre de la création du marché unique numérique doivent donc faire l'objet d'une vigilance particulière de la part de l'UE.

3.2.2.3. À ce jour, les enjeux numériques ne sont abordés que de manière accessoire dans les derniers accords commerciaux bilatéraux négociés récemment par l'Union européenne

L'Union européenne a conclu, depuis 2011, les négociations de plusieurs accords de libre-échange avec des partenaires commerciaux de premier plan, également parties aux négociations de l'ACS comme la Corée du Sud, Singapour ou le Canada.

Ces négociations commerciales accordent une place centrale à la levée de barrières tarifaires au commerce de biens et de services ainsi qu'à une facilitation des investissements. **Toutefois, ces accords ne contiennent que très peu de dispositions encadrant spécifiquement les activités numériques et le commerce électronique.**

4. La consécration du principe de *free data flow* dans les accords commerciaux vise à consolider l'avantage concurrentiel américain dans le domaine numérique

Initialement lié à la diffusion des idées et à la protection de la liberté d'expression, la notion de « *free flow of information* » a ensuite été reprise, étendue et défendue par les États-Unis pour condamner les restrictions encadrant la circulation des données sur l'internet qu'elles soient liées ou non à un contrôle gouvernemental de l'accès à l'information. Depuis 2009, l'administration Obama a fait de ce principe un enjeu majeur de sa politique de soutien aux entreprises américaines du numérique⁵⁸.

4.1. Le *free data flow* : un concept ambigu mais extensif, destiné à limiter les capacités des États à réguler la circulation des données, y compris personnelles

La demande américaine de *free flow of data* dans la négociation de l'ACS vise à limiter, de manière contraignante, l'encadrement de la circulation des données.

⁵⁸ À titre d'illustration, dans un document publié par Google en 2010, il s'agit de « *prévenir les barrières au commerce créées par la réglementation de l'information et développer de nouvelles règles internationales qui offrent une protection renforcée face à ces barrières au commerce du 21^{ème} siècle* » (*Enabling Trade in the Era of Information Technologies: Breaking Down Barriers to the Free Flow of Information* », Google, 2010).

Rapport

Les États-Unis ont favorisé l'émergence de ce concept dans le cadre multilatéral, notamment au sein de l'OCDE⁵⁹ et l'ont consacré, de manière contraignante, dans le cadre du TPP (cf. *supra*). **L'Union européenne, quant à elle, n'a pas, à ce jour, pris d'engagement contraignant en la matière.**

Le rapport de la commission américaine du commerce international permet d'appréhender la vision américaine du concept de « *free flow of data* »⁶⁰. L'*US International Trade Commission* y souligne que la priorité pour soutenir la croissance de l'industrie numérique, est que le « **premier, et le plus important des enjeux, est que la libre circulation des données et de l'information entre les pays devienne la norme** ». Elle en précise également deux conditions :

- ◆ d'une part, **l'adoption d'un principe de « libre de circulation des données et de l'information » doit assurer l'accès garanti à l'ensemble des données à travers le monde** dans la mesure où « l'accès aux données est primordial pour le succès des entreprises et des salariés » ;
- ◆ d'autre part, les restrictions à la circulation des données doivent être cohérentes avec les règles du commerce international, c'est-à-dire non-discriminatoires, proportionnelles, appliquées de manière transparentes et limitant le moins possible le commerce.

Il convient de noter que dans le cadre du PTCl, les propositions de texte américaines en matière de circulation des données ne sont pas accessibles et les propositions avancées par la Commission européenne ne traitent pas de ce sujet.

Dans le cadre des négociations de l'ACS, plusieurs pays, dont le Canada, le Japon et les États-Unis, soutiendraient l'introduction d'une disposition spécifique dédiée à la « *circulation de l'information* ». Cette proposition prendrait la forme d'un article spécifique disposant qu' **aucune partie ne peut empêcher un fournisseur de services d'une autre partie de transférer, d'accéder, de traiter ou de stocker de l'information, y compris personnelle, au sein ou à l'intérieur de son territoire, dès lors que cette activité est conduite en lien avec son activité de fournisseur de service.**

Cette proposition, plus large et plus contraignante que celle adoptée dans le cadre du TPP conclu en janvier 2016 (cf. *supra*) fait ressortir les quatre caractéristiques du *free flow of information / data* défendu par une grande partie de nos partenaires économiques qui devrait :

⁵⁹ En 2013, l'adoption des directives de l'OCDE relatives à la vie privée a consacré le principe de libre circulation des données au sein des membres de l'organisation et donc de l'Union européenne ("Member countries should take all reasonable and appropriate steps to ensure that transborder flows of personal data, including transit through a member country, are uninterrupted and secure ") tout en reconnaissant la possibilité de contraindre la circulation transfrontalière des données à des fins de respect de la vie privée, dès lors que ces dispositions ne sont pas excessives.

⁶⁰ Digital Trade in the U.S. and Global Economies, Part 1; United States International Trade Commission ; 2013.

Rapport

- ◆ être légalement contraignant pour les États signataires ;
- ◆ constituer la norme pour les transferts de données, indépendamment de la nature de ces dernières ;
- ◆ limiter les capacités d'encadrement de tous les types de flux de données (stockage, traitement, transfert, etc.) dès lors qu'ils ont lieu dans le cadre d'une activité commerciale, quel qu'en soit le mode de fourniture ;
- ◆ s'appliquer à l'ensemble des secteurs d'activité, y compris pour les activités n'ayant pas encore émergé (les États-Unis ayant toutefois émis une réserve quant à l'applicabilité d'une telle mesure au secteur des services financiers).

4.2. En défendant une approche extensive de la notion d'obstacles au commerce, les États-Unis souhaitent justifier la légitimité économique du *free data flow* y compris pour les données personnelles

La Commission du commerce international américaine recensait en 2015 les principales « barrières » aux échanges commerciaux numériques (cf. Tableau *infra*).

Tableau 3 : Barrières non-tarifaires aux échanges commerciaux numériques identifiées par la Commission du commerce international américaine

Pays	Barrière	Exemple
Canada	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exige un stockage local des données ▪ Préférence aux entreprises implantées localement dans le cadre des marchés publics 	Les provinces de Colombie britannique et Nova Scotia ont imposé que les fichiers de santé de leurs citoyens soient stockés au Canada sans possibilité d'être transférés à l'étranger.
Australie	Exige un stockage local des données	La loi australienne (<i>Australia's Personally Controlled Electronic Health Records Act of 2012</i>) interdirait le stockage des données de santé en dehors du territoire national
Chine	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Exige un stockage local des données ▪ Impose le recours à des fournisseurs de service locaux ▪ Impose des contenus locaux ▪ Préférence aux entreprises implantées localement dans le cadre des marchés publics 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Interdiction du traitement de données financières en dehors du territoire national pour les clients individuels ▪ <i>China's Multi-Level Protection Scheme</i> (MLPS) imposant dans des secteurs comme la finance, l'énergie, les télécommunications ou le transport, que les services soient proposés par une entreprise chinoise ▪ Projet de "Cloud national" privilégiant les acteurs locaux dans l'accès aux marchés publics
Argentine	Exige un stockage local des données	Interdit le traitement <i>offshore</i> des données dans le secteur financier
Nigeria	Impose le recours à des fournisseurs de service locaux	<i>Nigeria's Local Content Development Act of 2010</i>

Rapport

Pays	Barrière	Exemple
Union européenne	Impose l'existence de contenu local	Existence de minimum de quotas dans les services « à la demande » (<i>Audiovisual Media Services (AVMS) Directive</i>)
Brésil	Préférence aux entreprises implantées localement dans le cadre des marchés publics	Projet national <i>Bigger IT Plan</i>
Afrique du Sud	Non identifié	<i>L'Electronic Communications and Transactions Law</i> , poserait de nouvelles barrières au commerce numérique
Autres pays potentiellement identifiés	Vietnam, Russie, Turquie, Inde	

Source : Mission d'après US Trade International Commission (2015).

4.2.1. Parmi les États parties aux négociations de l'ACS, les barrières ne relevant pas de mesures destinées à assurer la protection des données personnelles demeurent peu nombreuses et ne concernent pas l'Union européenne

N'ont ainsi été signalés à la mission que deux exemples d'obstacles :

- ◆ **le Japon semble être un pays « difficile d'accès »** dans le domaine du numérique et des nouvelles technologies, même si, hormis s'agissant de la réglementation spécifique en matière de standards/normes, il reste difficile d'objectiver les obstacles précis au commerce ;
- ◆ **en Australie**, à l'instar de certaines réglementations européennes, **le gouvernement imposerait des quotas de contenu local dans le secteur audiovisuel ;**

Au sein de l'Union européenne, aucune véritable barrière n'a été identifiée. Ainsi, la circulation des données y apparaît particulièrement libre. De la même manière, **au Canada, les acteurs français du numérique**, très présents sur le marché dans presque tous les secteurs (sauf les télécommunications), **n'ont pas signalé de problèmes de barrières.**

4.2.2. Dans les grands pays émergents, non parties aux négociations de l'ACS, la mission n'a pas identifié de véritables barrières aux échanges

Si le cas de la Chine et, dans une moindre mesure, de la Russie constituent des cas particuliers, **l'analyse des éventuelles barrières qui seraient imposées par les autres grands pays émergents revêt une importance particulière dans la mesure où les États-Unis et d'autres parties aux négociations de l'ACS justifient en partie la consécration du *free data flow* par la nécessité d'imposer un standard en vue de la multilatéralisation de l'accord à terme.**

Au Brésil, aucune limitation en matière de transfert de données en dehors du Brésil n'a été recensée par la mission.

L'accès au marché indien apparaît relativement ouvert, l'Inde se caractérisant par de faibles contraintes réglementaires applicables au secteur numérique.

4.2.3. La très grande majorité des « barrières » fréquemment prises en exemples, notamment par les États-Unis, comme illustrant le développement d'un « protectionnisme numérique » relève de la réglementation protégeant les données personnelles

Si certains pays, absents des négociations de l'ACS, comme la Chine, le Vietnam ou l'Indonésie ont adopté des mesures imposant l'usage d'infrastructures locales comme condition préalable à l'accès au marché local, d'autres mesures de localisation sont, en réalité, uniquement associées à des mesures de protection de la vie privée. À titre d'exemples :

- ◆ **au Canada**, à la suite du *Patriot Act* américain, la Colombie-Britannique et la province de la Nouvelle-Écosse ont imposé l'hébergement des données personnelles détenues par les établissements publics provinciaux sur le sol canadien⁶¹ ;
- ◆ **en Afrique du Sud**, la loi sur la protection des renseignements personnels (LRPR), de novembre 2013, **interdit le transfert d'informations personnelles en dehors de l'Afrique du Sud**. Cependant, des exceptions peuvent être obtenues par le biais de fixations juridiques, de contrats et de contrôles appropriés de protection des données alignées sur les exigences de la loi ;
- ◆ **en Argentine**, la loi 25 326 de protection des données personnelles interdit le transfert de données personnelles de tout type vers des pays, organismes internationaux et supranationaux dont le niveau de protection des données est jugé insuffisant⁶².

La Commission Européenne a par ailleurs confirmé à la mission que la partie américaine n'a jamais répondu aux demandes de précision de l'UE sur les barrières identifiées à la circulation des données entre les parties prenantes aux négociations.

4.2.4. Les autres « barrières » identifiées relèvent de la sécurité nationale ou de l'exercice de l'action gouvernementale

Les mesures pouvant être assimilées par les promoteurs du *free data flow* à des barrières relèvent de la sécurité nationale ou de l'action gouvernementale. On peut citer, à titre d'exemples :

- ◆ **au Brésil**, à des fins d'enquête judiciaire, les opérateurs doivent conserver pendant un an les données d'accès et pendant six mois les historiques de sites et applications visités ;
- ◆ **aux Pays-Bas**, les organisations appartenant aux secteurs « stratégiques » (comme les télécommunications, l'énergie, l'eau potable, les transports, les finances et les administrations publiques) seront soumises à la future « Loi sur le traitement des données et le devoir de notification des risques liés à la cybersécurité », dont le projet vient d'être déposé au Parlement ;
- ◆ **en Argentine**, s'agissant des appels d'offre avec des entités publiques, il est d'usage que les cahiers des charges incluent l'obligation de la localisation des bases de données dans la juridiction de l'organisme (fédérale, provinciale ou municipale) ;

⁶¹ Article 30.1 du *Freedom of Information and Protection of Privacy Act*.

⁶² Sont exemptés de cette interdiction : les coopérations judiciaires ; l'échange de données de nature médicale quand les soins à un patient ou une recherche épidémiologique l'imposent ; le transfert de données bancaires ou boursières ; les transferts d'information dans le cadre de traités internationaux dont l'Argentine est signataire ; les transferts qui ont pour objet la coopération internationale entre organismes de renseignement pour la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et le trafic de drogue.

- ◆ **en Australie**, les fournisseurs de services de téléphonie et d'internet opérant en Australie doivent désormais stocker, en Australie, certaines données sur une période de deux ans.

4.3. Les études relatives à l'adoption d'un principe de *free data flow* ne permettent pas de démontrer un éventuel bénéfice économique pour l'Union européenne

Les études d'impact préparatoires aux négociations commerciales, financées par la Commission européenne, n'ont pas quantifié le bénéfice attendu des dispositions visant à libéraliser les flux de données transfrontaliers⁶³.

La partie américaine estime à l'inverse, que la suppression de l'ensemble des barrières à la circulation des données transfrontalières conduirait à une augmentation du PIB des États-Unis comprise entre 0,1 à 0,3 %⁶⁴.

5. La capacité de l'Union européenne à réguler les flux de données, y compris personnelles serait fortement menacée si les positions avancées dans le cadre des négociations étaient adoptées en l'état

5.1. Seul le Parlement européen a émis des recommandations concernant les négociations en cours

Ni le mandat confié à la Commission européenne par le Conseil de l'UE concernant le PTCI, ni celui relatif à l'ACS n'aborde les enjeux liés au numérique.

La Commission européenne, compte tenu de sa compétence exclusive en matière de politique commerciale, négocie au nom de l'UE les accords ACS et PTCI. Dans la mesure où les accords internationaux conclus par l'UE sont des actes conventionnels de droit dérivé ils doivent être conformes aux traités fondateurs de l'UE mais prévalent sur les actes de droit dérivés dit « unilatéraux », c'est-à-dire adoptés unilatéralement par les institutions européennes (règlements, directives, décisions etc.).

Cette supériorité normative des accords internationaux sur le droit dérivé de l'Union nécessite dès lors que la Commission européenne évalue précisément, avec le concours des États-membres, les conséquences potentielles des dispositions négociées au niveau international. **La participation active des États-membres apparaît d'autant plus nécessaire qu'au regard du large champ couvert par les projets d'accord commerciaux, dits de « troisième génération », le caractère mixte de ces derniers devrait être retenu en fin de négociation⁶⁵.**

Le Parlement européen, auquel seront soumis pour adoption les textes finalisés, a toutefois adopté deux séries de recommandations, certes non contraignantes, destinées à éclairer la Commission européenne sur les enjeux des négociations :

⁶³ Du fait que ces flux ne font pas aujourd'hui l'objet de barrières entre l'UE et les États-Unis (cf. *supra*), l'intérêt de telles études apparaît des plus limité sinon inexistant pour la partie européenne.

⁶⁴ U.S. International Trade Commission sur la base des estimations 2014.

⁶⁵ S'agissant plus particulièrement des projets PTCI et TISA, une fois les projets d'accords stabilisés, les textes seront présentés pour validation au Conseil de l'Union européenne et au Parlement Européen. **Les accords sont susceptibles de contenir des dispositions relevant de la compétence des États membres (« accord mixte »).** Dans ces conditions, ces accords commerciaux devraient être approuvés par le Parlement européen et ratifiés par les parlements nationaux, conformément à la position défendue par la France.

- ◆ il invitait la Commission européenne, dans ses recommandations de 2014 concernant les négociations du PTCI à « ***négocier des dispositions concernant les flux de données à caractère personnel si et seulement si l'application intégrale des règles relatives à la protection des données de part et d'autre de l'Atlantique est garantie et respectée, afin de coopérer avec les États-Unis de façon à encourager les pays tiers à adopter de semblables règles strictes de protection des données partout dans le monde*** »⁶⁶. Cette priorité accordée à la préservation du droit à réguler, notamment en matière de protection des données personnelles, a été également renouvelée dans les recommandations du Parlement concernant les négociations de l'ACS de février 2016⁶⁷ dans lesquelles **les parlementaires européens ont notamment appelé la Commission à faire expressément reconnaître, dans l'accord, que la protection des données et le droit à la vie privée ne sont pas des obstacles aux échanges, mais des droits fondamentaux ;**
- ◆ il demandait à la Commission européenne de « ***s'efforcer d'obtenir, par conséquent, l'interdiction complète des exigences de localisation forcée des données [...] tout en prévoyant les exemptions nécessaires pour la sauvegarde de l'intérêt public, notamment en ce qui concerne la protection des consommateurs et le respect des droits fondamentaux*** ».

5.2. L'UE doit défendre une position visant à préserver la capacité des États à réguler les flux de données et à garantir le respect de la réglementation européenne en matière de protection des données personnelles

5.2.1. L'AGCS offre une capacité réelle à régler en fonction du type de données qui apparaît aujourd'hui suffisante

L'accord général sur le commerce des services (AGCS) offre aux États une capacité à régler *a priori* large dès lors que les mesures prises ne constituent pas une barrière déguisée au commerce :

⁶⁶ La résolution du Parlement européen (n°2014/2228) contenant les recommandations du Parlement européen à la Commission européenne concernant les négociations du partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (PTCI), prévoyait également de « *veiller à ce que l'acquis européen en matière de protection des données ne soit pas mis en péril par la libéralisation des flux de données, en particulier dans le domaine du commerce électronique et des services financiers, tout en reconnaissant l'importance que revêtent les flux d'informations, qui constituent un élément essentiel du commerce transatlantique et de l'économie numérique; insérer, à titre hautement prioritaire, une disposition autonome transversale, de portée générale et dépourvue d'ambiguïté, fondée sur l'article XIV de l'accord général sur le commerce des services (AGCS), qui exclue totalement de l'accord le cadre juridique actuel et futur de l'Union européenne en matière de protection des données à caractère personnel, sans aucune condition imposant sa concordance avec d'autres volets du PTCI; négocier des dispositions concernant les flux de données à caractère personnel si et seulement si l'application intégrale des règles relatives à la protection des données de part et d'autre de l'Atlantique est garantie et respectée, afin de coopérer avec les États-Unis de façon à encourager les pays tiers à adopter de semblables règles strictes de protection des données partout dans le monde* ».

⁶⁷ Résolution du 3 février 2016 contenant les recommandations à la Commission sur les négociations de l'accord sur le commerce des services (n°2015/2233).

Rapport

- ◆ **la protection des données à caractère personnel constitue, dans l'AGCS, un but légitime d'encadrement de la circulation des données y compris à des fins commerciales.** Les dispositions de l'article XIV couvrent explicitement la protection des données à caractère personnel. Une mesure contraire à une disposition de l'AGCS et visant la protection des données personnelles pourra être considérée comme conforme au droit de l'OMC sous réserve **(i)** que la divulgation de ces données personnelles porte atteinte à la vie privée des personnes ; **(ii)** que les mesures soient prises en application d'une loi qui ne soit en elle-même pas contraire aux dispositions de l'AGCS ; **(iii)** qu'elles répondent aux autres conditions générales posées par l'article XIV de l'AGCS susmentionnées. Malgré les critiques des pays qui l'identifient comme une « *barrière non-tarifaire au commerce de service* » (cf. *supra*), le régime européen de protection des données à caractère personnel n'a, par exemple, jamais fait l'objet de contestation devant l'Organe de règlement des différends (ORD) de l'OMC.
- ◆ **un Membre peut également protéger des données qui représentent un « intérêt essentiel » de sa sécurité** en vertu de l'article *XIV bis*. Dans ce cadre, les mesures de protection peuvent être prises sans réserve et concerner un champ élargi de données ;
- ◆ les « **données sensibles** » ou les « **données relevant du secret des affaires et de la propriété intellectuelle** », si elles ne relèvent pas de la sécurité nationale, pourraient également être protégées au titre de l'article XIV, la liste des exceptions mentionnées étant non-exhaustive. Les mesures envisagées devraient toutefois répondre, comme dans le cadre des données à caractère personnel, aux tests de nécessité et de bonne foi.

5.2.2. La consécration d'un principe contraignant de libre circulation (*free data flow*) doit être écartée et la reconnaissance d'un droit à réguler doit figurer dans le « *core text* » de l'ACS

La mission recommande de s'opposer à l'insertion de toute disposition reconnaissant actant, de manière contraignante, le principe général de libre circulation des données (*free data flow*) à des fins commerciales qui, sans apporter de bénéfice direct aux acteurs européens (cf. *supra*) et alors qu'aucune réelle barrière au commerce numérique n'a pu être identifiée entre les parties prenantes aux négociations de l'ACS, constituerait le nouveau standard international qui réduirait la capacité des États à réglementer sur la base des mesures d'exception prévues à l'article XIV de l'AGCS.

En effet, la consécration du *free data flow* :

- ◆ restreindrait fortement l'interprétation du juge en cas de litige quant à l'utilisation des exceptions générales de l'AGCS ;
- ◆ **affaiblirait la possibilité des États** de recours aux exceptions générales pour réguler les flux de données (articles XIV et *XIV bis* de l'AGCS) **notamment en matière de protection de la vie privée ou d'exception de sécurité**. L'applicabilité des exceptions, dès lors que les mesures « ne doivent pas être contraires aux dispositions du présent accord », serait réduite par l'introduction d'un principe reconnaissant le **libre transfert de données, y compris à caractère personnel, à des fins commerciales**.

Dès lors, l'adoption par l'Union européenne du principe de *free data flow*, adresserait un signal fort sur les choix collectifs européens qui serait utilisé pour interpréter négativement toute mesure de restriction mise en place par l'UE sur la base des exceptions générales. Cette situation doit dès lors être impérativement évitée.

Enfin, l'Union européenne, conformément à une position défendue par la France dans les accords commerciaux, pourrait soutenir l'introduction d'une disposition reconnaissant le droit à réguler et à introduire de nouvelles réglementations dans un article contraignant relatif à la réglementation intérieure figurant dans le dispositif contraignant du texte (*core text*) et non en préambule.

5.2.3. Le principe d'interdiction de localisation du traitement et du stockage des données ne doit pas être retenu

Les signataires du TPP également parties à l'ACS envisageraient de compléter le principe de libre circulation des données à des fins commerciales d'une interdiction de localisation du traitement et du stockage des données.

Dans la mesure où une telle disposition restreindrait de manière très importante la capacité à réguler de l'État et empêcherait toute obligation de localisation des données sur le territoire d'un Membre comme préalable à la fourniture d'un service, **ce principe ne peut être entériné.**

La mission plaide par ailleurs pour que les négociations commerciales, notamment par le biais d'une éventuelle reconnaissance des principes de *free flow of data* et de non-localisation, n'empêchent pas d'adapter la fiscalité internationale aux défis posés par l'économie numérique.

5.2.4. Les mesures de protection des données personnelles doivent être expressément exclues du champ des accords

Dans un contexte où le cadre juridique de transfert des données à caractère personnel européen vers les États-Unis a été remis en cause par la CJUE (*Safe Harbor*) et fait l'objet de nouvelles mesures (*Privacy Shield*), alors même que la Commission s'est engagée à ne pas affaiblir le cadre européen de protection des données personnelles et que le Parlement européen en a fait une « ligne rouge » de l'adoption de l'ACS, **il apparaît indispensable qu'aucune disposition restreignant la capacité de l'Union européenne à réguler les données à caractère personnel ne soit insérée dans les accords (cf. *supra*).**

Toutefois, dans l'hypothèse où, dans le cadre des négociations, la recherche d'une définition commune des données personnelles serait nécessaire (notamment dans le cadre d'une disposition relative à l'exclusion de ces dernières du champ des accords), il conviendrait de s'assurer de la stabilité de la définition des données à caractère personnel par rapport au cadre européen (définition retenue dans le cadre de la rédaction du futur règlement européen sur la protection des données) et reprise par l'OCDE dans le cadre de ses lignes directrices de 2013.

Rapport

À Paris, le 20 avril 2016

Pierre-Mathieu
DUHAMEL

Sous la supervision de
l'Inspecteur général des
finances



François
CHOLLEY
Ingénieur General
des mines



Guillaume
VANDERHEYDEN

Inspecteur des finances



Didier PILLET
Ingénieur en chef
des mines



Paul SAUVEPLANE

Inspecteur des
finances



Maurice SPORTICHE
Administrateur civil

