By Alain Strowel, 31 October 2015

Le droit, l'économie et la géopolitique des données: Schrems, TPP, BEPS…

source 123RF

L'arrêt *Schrems* de la Cour de justice de l'UE, la conclusion d'un accord de libre échange trans-pacifique et le projet OCDE de lutte contre l'évasion fiscale: non seulement les données sont le nouveau pétrole de l'économie mondiale mais leur régulation est au cœur de l'actualité juridique. La mobilité des données est aussi une question géopolitique, comme je l'expliquais dans une interview recueillie par Alain Jennotte (*Le Soir*, 23 oct. 2015).

L'arrêt *Schrems* rendu le 6 octobre par la Cour de justice de l'Union européenne, l'annonce faite le 5 octobre de la conclusion de l'accord de libre échange trans-pacifique entre les Etats-Unis et onze pays bordant le Pacifique, ainsi que le projet OECD sur l'endiguement de l'évasion fiscale des multinationales présenté le 8 octobre à Lima aux ministres des finances du G20 semblent n'avoir pas grand chose en commun. Et pourtant: ils révèlent l'importance des données et autres actifs immatériels dans l'économie contemporaine. Ils soulignent aussi l'urgence de réguler ces transferts en tenant compte d'autres impératifs que ceux du seul commerce ou profit.

Pas de transfert généralisé des données personnelles sans garantie. L'affaire *Schrems,* du nom de cet étudiant autrichien qui conteste la collecte par Facebook de ses données personnelles et leur transfert vers les Etats-Unis, a abouti à un arrêt décisif de la Cour de justice de l'Union européenne qui a annulé l'accord dit de la « sphère de sécurité » (Safe Harbour) conclu en 2000 entre la Commission européenne et les Etats-Unis. Ce défunt accord facilitait les transferts de données personnelles sur base d'un système d'autocertification des entreprises. A la lumière des

révélations d'Edward Snowden sur l'étendue de la surveillance par la NSA américaine et compte tenu de la présence des entreprises autocertifiées parmi les participants au programme PRISM (programme de collecte de données à grande échelle), le risque existe que les données des citoyens européens prélevées par les sociétés américaines soient sujettes à un traitement non limité à ce qui est strictement nécessaire, en termes d'accès, de conservation ou d'utilisation notamment. La sécurité nationale justifie bien entendu un accès aux communications électroniques, mais il faut des garde-fous et la possibilité de faire valoir ses droits en justice, ce que le droit américain refuse aux ressortissants européens. Le droit fondamental à la vie privée l'emporte dans ces circonstances sur la raison d'Etat. Certains éditorialistes ont souligné que l'arrêt allait porter préjudice au commerce transatlantique. La position européenne, ajoutent certains défenseurs de la vie privée, n'est pas dénuée d'hypocrisie puisque les gouvernements notamment en France font adopter des lois octroyant de larges pouvoirs aux services de sécurité. Droit, commerce et politique ne parlent pas la même langue.

Pas de « protectionnisme numérique ». L'accord de libre échange trans-pacifique (TPP pour *Trans-Pacific Partnership*) conclu suite à une négociation entamée en 2008 – et rangé parmi les principaux acquis de la présidence Obama – couvre de multiples aspects du commerce international. Les volets les plus controversés incluaient l'étendue des brevets et exclusivités en matière de médicaments, ainsi que la possibilité de s'opposer au nom du droit des marques aux règles imposant l'emballage neutre ('plain packaging') des produits du tabac (voir *The New York Times*, 5 oct. 2015). Depuis longtemps, les questions de propriété intellectuelle sont au cœur des négociations commerciales. Sur ce plan, la politique des Etats-Unis vise à renforcer la protection, donc à limiter les usages de ces actifs immatériels, même si des concessions américaines ont été consenties pour faire aboutir le TPP. L'accord comporte un autre volet non moins essentiel mais moins discuté: l'adoption d'un principe de libre circulation des données, notamment personnelles, autour de la zone Pacifique, en ce *non* compris la Chine. (L'un des arguments de Mr Obama pour vendre son accord, notamment dans les discussions à venir avec le Congrès, est de contenir la puissance chinoise). Le commerce des données est au cœur de l'économie numérique dont profitent à plein les grandes plateformes digitales que sont Google, Facebook, Uber, Amazon, etc. Le TPP bannit le « protectionnisme numérique » en proscrivant le « patriotisme numérique » : on ne peut requérir que les données soient hébergées sur le territoire national. Le TPP laissera-t-il suffisamment de marge aux pays signataires pour prévoir une protection robuste de la vie privée ? Le Pacifique deviendra-t-il une zone de « laissez-passer » numérique, alors que l'Europe limite les transferts au nom des droits fondamentaux ?

Plus de transparence sur les données fiscales et les transferts d'actifs immatériels. La lutte contre les stratégies d'optimisation fiscale agressive passant par « l'érosion de la base d'imposition et le transfert des bénéfices » (stratégies dite BEPS) est au centre de l'accord conclu le 8 octobre au sein de l'OCDE et du G20, un accord à soumettre aux chefs d'Etat en novembre prochain. Cet accord, présenté par l'OCDE comme le plus important remaniement des règles fiscales internationales depuis un siècle, pourrait limiter la concurrence fiscale dommageable que se livrent les Etats, ainsi que l'exploitation par les multinationales des divers régimes

préférentiels. Le manque à gagner pour les recettes publiques est évalué entre 100 et 240 milliards USD par an. L'échange transfrontalier des données fiscales, et notamment des rescrits (ou *rulings*) fiscaux, est favorisée par cet accord. On pourrait d'ailleurs plaider pour que ces données fassent partie des « données d'intérêt général » soumises à des impératifs d'ouverture, même si cette nouvelle catégorie juridique introduite dans le récent *projet de loi pour une République numérique*, porté par la ministre française Axelle Lemaire, a exclu les données fiscales. En même temps, le plan d'action concernant le BEPS vise à limiter les transferts de droits intellectuels qui sont justifiés par l'exploitation des niches fiscales (les «patent boxes ») et sans lien avec l'activité réelle des entreprises. On verra si la maximisation artificielle des profits obtenue par ce biais sera corrigée.

A nouveau, on retrouve la tension entre la nécessité de faire circuler certaines données (fiscales) au-delà des frontières et celle de limiter les dé-re-localisations d'actifs immatériels (dans des paradis fiscaux). En jouant tantôt le rôle d'un accélérateur, tantôt d'un frein aux transferts de données et d'actifs immatériels, le droit façonne l'espace mondial des données – comme il détermine aussi le temps des données à travers les règles sur la rétention, à l'instar de ce qu'a fait la Cour de justice dans l'arrêt *Digital Rights Ireland*.

Du droit à une géopolitique des données ?

A l'occasion de sa récente nomination comme président de la Cour de justice, Mr K. Lenaerts, repartant de l'arrêt *Google* sur le « droit à l'oubli », indiquait que cette Cour joue un rôle de « trendsetter » pour le monde entier (interview du 8/10/2015 sur *deredactie.be*). Ce qui se décide à Luxembourg (à partir des normes adoptées à Bruxelles) n'est pas applicable *de jure* au monde entier, mais s'y applique *de facto* car aucune firme globale ne peut ignorer le marché européen. On peut parler à cet égard d'un « effet Bruxelles-Luxembourg » : les normes européennes, parfois élevées, deviennent automatiquement un standard puisque les acteurs globaux doivent y consentir pour faire du commerce sur le sol européen. Cet effet dans la régulation des technologies et des données – vivement critiqué par certains commentateurs américains – risque de s'amplifier. D'autres pays comme la Russie et la Chine vont profiter du précédent pour renforcer leur « souveraineté numérique », peut-être pour de mauvaises raisons. Ainsi la Russie devrait introduire en 2016 un « droit à l'oubli numérique » qui risque de mettre encore plus à mal la liberté d'information dans ce pays.

En même temps, la pression commerciale pour la libre circulation mondiale ne peut que s'accentuer dès lors que les donnés personnelles sont le nouveau pétrole de l'économie. Comme le soulignait E. Morozov (*Financial Times*, 9/10/2015), la lutte mondiale sur la régulation des données ne fait que commencer, elle a une dimension géopolitique au-delà des raisons juridiques.