

Pour une approche juridique européenne des données souveraines



Annie Blandin-Obernesser*

Professeur à IMT Atlantique

(* Les opinions exprimées dans cette contribution sont celles de l'auteure et ne reflètent pas nécessairement la position de l'institution.)

La souveraineté numérique est une notion qui fait son chemin depuis une dizaine d'années et connaît ses heures de gloires actuellement. Doctrine et rapports, notamment parlementaires, sont légion¹. Définir cette souveraineté est un enjeu essentiel². Cependant, une des définitions les plus anciennes reste pertinente et suffisamment polysémique³. Il s'agit de maîtriser notre destin sur les réseaux. La souveraineté numérique n'est pas un état qu'il faudrait sanctuariser mais plutôt un processus loin d'être linéaire. Construction et déconstruction de la souveraineté numérique sont à cet égard les deux facettes d'une même médaille. Menacée certes, la souveraineté trouve aussi dans le numérique une nouvelle forme d'expression.

Le numérique conduit en tout cas à repenser la souveraineté, notamment parce que les grandes plateformes (et en premier lieu les GAFA) s'en approprient les attributs et se positionnent en rivaux des Etats ou de l'Union européenne⁴. Il suffit de regarder dans quels domaines (souvent régaliens) investissent ces entreprises pour savoir où se situent les enjeux souverains : la monnaie, la santé, la modération des contenus en ligne pour ne citer qu'eux. Et bien sûr, la maîtrise des données, qu'elles

soient personnelles ou non, constitue le nerf de la stratégie de ces plateformes.

La production des données, l'accès à celles-ci et leur utilisation constituent dès lors une nouvelle composante de la souveraineté, au cœur de tensions inter-étatiques et d'une vive concurrence entre l'Union européenne et les Etats membres d'une part, et les entreprises d'Etats tiers d'autre part.

La souveraineté est déclinée dans de nombreux domaines tels que le numérique, l'alimentation, l'énergie. On parle désormais volontiers de données souveraines et ceci en particulier à propos des données géographiques. Dans le rapport de Valérie Faure-Muntian consacré à ce sujet, une définition en est proposée. Il s'agit de celles qui servent de support aux décisions de la puissance publique, de référence et certifiées, celles pour la disponibilité desquelles aucun Etat ne doit dépendre de quiconque⁵. L'impératif de sécurité peut également être ajouté.

Dans ce même rapport, la limite réside dans le refus de faire de ces données une catégorie juridique à part entière. Il est toutefois possible de se demander si le droit n'en dessine pas des contours si nets que cela légitime la consécration d'un régime spécifique. C'est ce que nous proposons d'analyser ici en élargissant les acteurs du traitement de la donnée souveraine aux entreprises et aux citoyens. En effet, ce qui est vrai de la puissance publique qui doit maîtriser les données souveraines peut l'être des entreprises et des citoyens lorsque des enjeux de souveraineté irriguent leurs activités.

Outre sa dimension territoriale et nationale, la question des données souveraines s'inscrit plus largement dans

¹ Parmi les plus récents, voir le rapport du Sénat sur la souveraineté numérique, Président Franck Montaugé, Rapporteur Gérard Longuet, octobre 2019; le rapport d'information « *Bâtir et promouvoir une souveraineté numérique nationale et européenne* », Philippe Latombe au nom de la mission d'information, 2021; la note « *Souveraineté technologique européenne* », Renaissance numérique, janvier 2022 (<https://www.renaissancenumerique.org/publications/souverainete-technologique-europeenne>).

² P. TÜRK, « Définition en enjeux de la souveraineté numérique », *Comprendre la souveraineté numérique*, Cahiers français, n° 415, 2020, pp. 18 et s.

³ P. BELLANGER, *La souveraineté numérique*, éd. Stock, coll. Essais – Documents, 2014, 264 p.

⁴ A. BLANDIN-OBERNESSER, « Les entreprises souveraines de l'Internet: un défi pour le droit en Europe », in A. BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *Droits et souveraineté numérique en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 216 p.

⁵ « La donnée géographique souveraine », Rapport au gouvernement, Madame la députée Valérie Faure-Muntian, 2018, 68 p.



l'action de l'Union européenne en faveur de la souveraineté numérique.

Or, la notion de souveraineté numérique va s'élargissant. Souveraineté tend désormais à devenir synonyme d'indépendance économique ou encore d'autonomie stratégique, parfois aussi de sécurité. La présidence française du Conseil de l'Union européenne des six premiers mois de l'année 2022 a placé son action sous le signe de la recherche de la souveraineté. L'approche de la régulation du numérique est à cet égard emblématique. Pour en saisir les enjeux, nous pouvons distinguer l'action sur l'organisation du marché et celle sur le régime des données.

I. Souveraineté et organisation du marché

S'intéresser aux données sans prendre en considération ceux qui les traitent et le marché subséquent constitue une approche lacunaire. Car le risque d'appropriation des données est grand dans un contexte de large domination de certaines entreprises. Le règlement sur les marchés numériques (« Digital Markets Act ») comble ce manque en cherchant à limiter et encadrer le pouvoir des grandes plateformes numériques, en particulier celles appelées contrôleurs d'accès⁶. Cette démarche est

présentée comme une rupture en matière de régulation du numérique. Seules les télécommunications bénéficiaient à ce jour d'une telle régulation asymétrique. Désormais, les GAFAs sont concernés ainsi que potentiellement d'autres plateformes répondant aux critères prévus.

La caractérisation de ces entreprises fait implicitement une place aux données puisqu'elles peuvent être définies comme des entreprises de données. Le Digital Markets Act ne va cependant pas aussi loin que certaines propositions qui mentionnaient explicitement le contrôle d'une grande masse de données comme un critère de qualification d'entreprises systémiques⁷. Les contrôleurs d'accès sont en tout cas soumis à des obligations *ex ante*. A la clef, il y a un objectif de rééquilibrage, notamment en matière de traitement de données, puisque le règlement empêche par exemple les grandes plateformes d'utiliser les données générées sur leur site par des entreprises clientes pour mieux les concurrencer. C'est notamment la stratégie décriée d'Amazon.

⁶ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif aux marchés contestables et équitables dans le secteur numérique (législation sur les marchés numériques), COM(2020) 842 final du 15 décembre 2020.

⁷ A. BLANDIN, H. ISAAC, M. EL ANDALOUSSI, « Concurrence et régulation des plateformes, étude de cas sur l'interopérabilité des réseaux sociaux », Avis du Conseil national du numérique, 2020 53 p. (<https://cnnumerique.fr/files/2020-07/ra-cnum-concurrence-web%281%29.pdf>).

II. Souveraineté et ouverture des données

Les données font néanmoins l'objet d'initiatives spécifiques. Après le RGPD et le règlement sur les données non personnelles⁸, deux textes ont été proposés en 2020 et 2022 : un règlement sur la gouvernance des données et un règlement sur l'accès et l'utilisation équitable des données⁹.

Si l'ouverture des données constitue l'objectif des textes européens, la question de la souveraineté est présente en filigrane dans l'approche proposée. A propos du règlement sur l'accès et l'utilisation des données, le commissaire Thierry Breton a déclaré que « jusqu'à présent, seule une petite partie des données industrielles est utilisée et le potentiel de croissance et d'innovation qu'elles recèlent est énorme. Grâce au règlement sur les données, les données industrielles seront partagées, stockées et traitées dans le plein respect des règles européennes. Le règlement constituera la pierre angulaire d'une économie numérique européenne forte, innovante et souveraine »¹⁰. Il est donc logique que certaines données, telles que les données environnementales, les données agricoles ou encore les données de santé, aient vocation à être traitées comme des données souveraines.

III. Souveraineté et intérêt général

Certaines actions qui valorisent l'intérêt général servent également la souveraineté. Lorsqu'on traite des données, l'intérêt général poursuivi concerne des thèmes variés, tels que la transition écologique, la protection de la biodiversité ou l'organisation de la mobilité. Cet intérêt est au cœur des nouvelles approches en matière de données.

Comme annoncé dans la stratégie européenne pour les données, neuf espaces de données vont être créés. Comment les appréhender ? Si l'on prend pour exemple l'espace des données du Pacte Vert, l'accent est mis sur l'accès aux données, leur interopérabilité, en lien avec l'infrastructure digitale et des solutions d'intelligence artificielle. Cet espace sera mis au service d'une meil-

leure connaissance des enjeux environnementaux et de la prise de décisions dite « *evidence based* »¹¹.

Promouvoir l'intérêt général est à la fois une manière de valoriser les données, mais aussi une manière d'éviter leur privatisation et de garantir leur réutilisation non marchande si celle-ci compromet l'objectif recherché. Les avancées en la matière sont notables. D'une part, l'Open Data se développe pour les données publiques en application de la directive concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public¹². D'autre part, en ce qui concerne les données privées, un régime *ad hoc* se construit. Après avoir cherché à mettre en place un régime pour les données d'intérêt général¹³, à l'instar de la loi française pour une République numérique, l'approche adoptée évolue, prenant une orientation un peu différente.

“Si l'ouverture des données constitue l'objectif des textes européens, la question de la souveraineté est présente en filigrane dans l'approche proposée.”

C'est la notion de données altruistes qui a pris le pas. Il s'agit de celles volontairement mises à disposition par des particuliers ou des entreprises pour le bien commun, auxquelles le règlement sur la gouvernance des données consacre des dispositions spécifiques en vue de favoriser leur partage via la mise en place d'organisations de données altruistes. Déjà, on essaie d'imaginer concrètement ce vers quoi conduira ce régime¹⁴.

L'intérêt général est aussi présent dans les dispositions du règlement sur l'accès et l'utilisation des données qui prévoient une obligation de faire en sorte que les données générées par l'usage d'un produit ou service associé (typiquement les données de l'Internet des

⁸ Règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne, *J.O.U.E.*, L 303 du 28 novembre 2018, p. 59.

⁹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la gouvernance des données, COM(2020) 767 final du 25 novembre 2020. Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil fixant des règles harmonisées pour l'équité de l'accès aux données et de l'utilisation des données (règlement sur les données), COM/2022/68 final du 23 février 2022.

¹⁰ Communiqué de presse, « Règlement sur les données : la Commission propose des mesures en faveur d'une économie des données équitable et innovante », 23 février 2022 (https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/ip_22_1113).

¹¹ Document de travail de la Commission sur les Espaces européens communs de données, SWD(2022) 45 final du 23 février 2022.

¹² Directive (UE) 2019/1024 du Parlement européen et du Conseil, concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, *J.O.U.E.*, L 172 du 26 juin 2019, p. 56.

¹³ High-Level Expert Group on Business-to-Government Data Sharing, « Towards a Europe strategy on business-to-government data sharing for the public interest », 2020, 116 p. (<https://op.europa.eu/fr/publication-detail/-/publication/d96edc29-70fd-11eb-9ac9-01aa75ed71a1>).

¹⁴ « Le Data Altruisme : une initiative européenne, les données au service de l'intérêt général », rapport Human Technology Foundation, 68 p. ([https://uploads-ssl.webflow.com/5f1c22c0db81f12f7b91ff40/6218ad37fc989daa980f3eae_Rapport%20HTF%20-%20Sopra%20Steria%20Next_vf%20\(1\).pdf](https://uploads-ssl.webflow.com/5f1c22c0db81f12f7b91ff40/6218ad37fc989daa980f3eae_Rapport%20HTF%20-%20Sopra%20Steria%20Next_vf%20(1).pdf)).

objets – IOT), soient accessibles par exemple pour des réparateurs de véhicules connectés. Cette mesure a une résonance internationale toute particulière si l'on songe aux risques qu'il y a notamment pour les agriculteurs à être dépossédés de données que s'accaparent les constructeurs de machines ou les plateformes numériques, alors qu'elles sont stratégiques.

“Rien n’illustre mieux l’évolution vers une notion de données souveraines que cette approche géopolitique qui s’incarne dans une organisation des données en espaces européens.”

Et, en effet, on ne peut aborder la question des données souveraines sans s’intéresser au volet externe de l’approche européenne.

IV. Souveraineté et circulation internationale des données

Le volet externe de l’approche juridique européenne répond à plusieurs enjeux. Se pose bien sûr la question du transfert international des données. Lorsqu’il s’agit de données personnelles, l’objectif est d’assurer que le pays de destination assure un niveau de protection équivalent à celui garanti dans l’Union. La question de la souveraineté s’autonomise à mesure que les accès non souhaités aux données des citoyens européens se multiplient, en particulier sur le fondement de la législation américaine. Cette préoccupation se traduit par de nouvelles propositions dans le règlement sur l’accès et l’utilisation des données, cette fois non personnelles. Plusieurs mesures visent à encadrer les transferts qui occasionneraient un conflit avec le droit européen ou national. La conclusion d’accords internationaux est un préalable à toute demande d’accès, émanant par exemple d’une juridiction étrangère. A défaut, d’autres conditions sont à respecter.

En revanche, en dehors de ce cadre, rien n’empêche les transferts de données non personnelles vers les Etats tiers comme le montre le règlement sur les données à caractère non personnel. Cela découle des engagements internationaux de l’Union, en particulier dans le cadre de l’OMC. La tâche est toutefois délicate car la philosophie du cadre juridique européen est certes de favoriser le partage de données à l’échelle de l’Union pour stimuler l’innovation

économique et sociale, mais aussi d’éviter que des entreprises de pays tiers ne s’en emparent. D’où le fait que le partage des données hors de l’Union européenne puisse se faire, mais uniquement moyennant des garanties offrant une protection similaire concernant les secrets d’affaires et la propriété intellectuelle comme le prévoit la proposition de règlement sur la gouvernance des données.

La question de l’accès et des transferts se double de celle de l’hébergement et du cloud souverain. Le cas du *Data Health Hub* en France montre combien la question est sensible puisqu’après avoir confié l’hébergement à Microsoft, il a fallu faire machine arrière. Ce n’était pas jugé acceptable s’agissant de données de santé et dans le contexte de la jurisprudence *Shrems*¹⁵.

Il convient toutefois de noter que les avis ne convergent pas sur le point de savoir si un cloud souverain est une solution pertinente ou si les divers partenariats en la matière sont appropriés et sans risque (par exemple celui qui lie Thalès et Microsoft). Cette question en amène bien d’autres qui concernent la capacité économique et technologique de l’Union à valoriser les données. Car si certaines données sont traitées comme souveraines, encore faut-il que l’usage soit optimisé et serve les objectifs de l’Union européenne.

Conclusion

Pour valoriser au mieux les données, il faut disposer de moyens, notamment dans le domaine de la recherche. Or, la stratégie d’entreprises telles que les GAFAs consiste à aspirer les cerveaux en même temps que les données. Il y a donc à l’évidence une tension entre le volet interne et externe de l’approche de l’Union européenne, à la mesure des enjeux de la géopolitique des données. Rien n’illustre mieux l’évolution vers une notion de données souveraines que cette approche géopolitique qui s’incarne dans une organisation des données en espaces européens. Cela souligne la dimension infrastructurelle des données à l’heure où celle-ci s’affirme justement comme le pilier de la souveraineté numérique, qu’elle concerne les équipements comme les câbles sous-marins ou les différents réseaux de télécommunications. Cette dimension est présente depuis longtemps déjà au cœur de la directive Inspire qui établit une infrastructure géographique européenne¹⁶. Sa révision constitue à cet égard une étape essentielle.

¹⁵ « Coup d’arrêt pour le Health Data Hub, projet de centralisation de données médicales impliquant Microsoft », *Le Monde*, 11 janvier 2022 (https://www.lemonde.fr/pixels/article/2022/01/11/sante-coup-d-arret-pour-le-controverse-health-data-hub_6109065_4408996.html).

¹⁶ Directive 2007/2/CE du Parlement européen et du Conseil du 14 mars 2007 établissant une infrastructure d’information géographique dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, L 108 du 25 avril 2007, p. 1.