

Les conclusions qu'a rendues, le 23 septembre dernier¹, l'avocat général de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE), M. Yves Bot, dans l'affaire Max Schrems risquent d'avoir un impact sérieux sur le transfert des données personnelles européennes vers les Etats-Unis. Celui-ci est autorisé depuis 2000 par une décision² de la Commission européenne qui considère que ces données y jouissent d'un niveau de protection adéquat au sein de la « sphère de sécurité » ou « *safe harbour* ».

Dans ses conclusions, l'avocat général considère d'une part que la décision d'adéquation de la Commission n'exonère pas les autorités nationales en charge du respect de la vie privée de leurs responsabilités en matière de contrôle et, d'autre part, que cette décision est invalide au vu des informations disponibles sur la protection des données aux Etats-Unis. La Cour doit se prononcer dans les mois qui viennent et, comme elle se range souvent aux conclusions de l'avocat général, il faut s'interroger sur les conséquences d'une telle hypothèse sur :

- l'échange de données commerciales entre l'UE et les Etats-Unis ;
- la révision en cours du cadre sur la protection des données personnelles ;
- les négociations actuelles avec les Etats-Unis sur le « *safe harbour* ».

I. L'affaire Max Schrems

En juin 2013, un étudiant en droit autrichien, M. Schrems, dépose une plainte devant l'autorité irlandaise en charge de la protection des données personnelles (Data Protection Commission ou DPC) contre le réseau social Facebook dont le siège européen situé en Irlande transfère les données de ses abonnés résidant dans l'UE vers des serveurs situés aux Etats-Unis.

La plainte fait suite aux révélations un mois plus tôt d'Edward Snowden, un ancien agent de l'Agence de sécurité nationale américaine (NSA), selon lesquelles la NSA aurait établi le programme PRISM lui permettant d'avoir un accès libre aux données conservées sur des serveurs aux Etats-Unis. M. Schrems fait valoir que, dans ces conditions, le droit et les pratiques américaines ne protègent pas les données européennes.

¹ Conclusions de l'avocat général M. Yves Bot présentées le 23 septembre 2015, Affaire C-362/14 Maximilian Schrems contre Data Protection Commissioner

² Décision 2000/520/CE de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité » et par les questions souvent posées y afférentes.

La DPC rejette cette plainte au motif que la Commission européenne a reconnu, dans sa décision d'adéquation de 2000, que les Etats-Unis assurent un niveau de protection adéquat des données personnelles qui y sont transférées et qu'elle n'est pas tenue d'enquêter au-delà.

M. Schrems introduit alors un recours devant la Haute Cour de justice irlandaise qui pose en juillet 2014 deux questions préjudicielles à la CJUE:

- eu égard à la Charte européenne des droits fondamentaux³, la DPC est-elle liée par la décision de la Commission ?
- dans le cas contraire, peut-elle ou doit-elle mener sa propre enquête ?

Sur ces deux points l'avocat général se prononce clairement :

- **La décision d'adéquation n'empêche pas les autorités nationales de suspendre le transfert de données européennes** vers les serveurs américains.
- **Cette décision est invalide** car elle viole la Charte européenne des droits fondamentaux et la Commission européenne aurait dû en suspendre l'application.

Le premier volet ressort d'une interprétation du droit européen et ouvre la voie à de multiples saisies des juges nationaux pour des motifs similaires.

L'invalidation d'un acte de l'UE par la CJUE est rarissime mais il existe un précédent récent en matière de données personnelles. Jusqu'avril 2014, la directive « conservation des données » de 2006⁴ permettait la création d'un profil très précis des personnes, les Etats demeurant libres de définir et d'établir les garanties d'accès aux données collectées. La CJUE, estimant que la vie privée était insuffisamment protégée, l'a invalidée.

Un arrêt constatant l'invalidité d'un acte de l'UE **le prive de tout effet au niveau européen mais n'invalide pas pour autant les lois nationales** qui en découlent. Elle ne fait pas non plus revivre le droit antérieur. Elle s'applique à tous ses Etats (et non au seul Etat qui a introduit la question préjudicielle, ici l'Irlande) et a un effet rétroactif.

II. Les conséquences d'un arrêt en ligne avec les conclusions de l'avocat général

³ La Charte reconnaît notamment les droits au respect de la vie privée (article 7), à la protection des données personnelles (article 8) et à un recours effectif et à un tribunal impartial (article 47).

⁴ Cet arrêt répond aux demandes d'examen en validité introduites par la Cour suprême irlandaise et par la Cour constitutionnelle autrichienne.

1. Le transfert des données commerciales européennes vers les Etats-Unis

Si la CJUE invalidait la décision d'adéquation, la Commission en suspendrait immédiatement l'application. Elle pourrait être obligée d'adopter des mesures de compensation et elle devrait remédier à l'invalidité de la décision en :

- L'abrogeant et en décidant de ne pas refaire de proposition. L'échange de données avec les Etats-Unis devrait donc se faire par d'autres moyens.
- L'abrogeant et en présentant une nouvelle proposition pour la remplacer.
- Présentant une proposition de modification de la décision.

Dans les deux derniers cas, la Commission présenterait sa proposition à un comité composé de représentants d'Etats membres. Si son avis est favorable ou s'il n'y a pas d'avis, la Commission pourrait adopter sa proposition. Un nouveau texte pourrait ainsi être applicable en quelques mois.

Par ailleurs, la Commission réévaluerait les autres décisions d'adéquation qu'elle a adoptées avec le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Argentine, l'Uruguay, Israël et la Suisse, bien que ces pays, contrairement aux Etats-Unis, disposent de réglementations spécifiques sur la protection de la vie privée ou des données personnelles.

Au niveau national, l'Etat-membre devrait, le cas échéant, éliminer les dispositions nationales d'application de la décision d'adéquation et restituer tout financement éventuellement attribué par l'UE pour la mettre en œuvre. Les juges pourront demander à tout moment à la CJUE d'éclairer la portée de son arrêt s'ils se heurtent à des difficultés d'interprétation ou d'application. Celle-ci pourrait donc être amenée à préciser son jugement dans les années à venir.

Le transfert des données européennes n'en serait pas interrompu pour autant car la directive relative à la protection des données⁵ adoptée en 1995, qui constitue la base juridique de la décision d'adéquation, prévoit deux autres moyens à cette fin:

- Le transfert correspond à l'une des dérogations de la directive, telles que:
 - o la personne concernée a donné son consentement,
 - o le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne et le responsable du traitement,
 - o il est rendu obligatoire pour la sauvegarde d'un intérêt public important

⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

- Le responsable de traitement offre des garanties suffisantes de protection de la vie privée et d'exercice des droits correspondants, qui peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées.

Cette perspective ne peut qu'inquiéter les industriels : « *En plus de l'effet perturbateur qu'elle aurait sur le flux de données international, une décision de la Cour entraverait la création du marché unique numérique en Europe, car elle fragmenterait l'approche européenne sur le flux de données en dehors de l'UE* » déclarait ainsi le 23 septembre DigitalEurope⁶ qui compte parmi ses membres Microsoft, Google, Apple et un grand nombre d'autres multinationales.

2. La révision du cadre général

En 2012, la Commission a proposé de remplacer la directive de 1995 par un règlement⁷ afin d'assurer l'application uniforme de la protection des données dans l'UE. Le Parlement a adopté sa position sur cette proposition en mars 2014 et le Conseil en juin 2015, date à laquelle les négociations interinstitutionnelles ont commencé. Les législateurs se sont engagés à parvenir un accord sur le texte d'ici la fin de l'année 2015.

Sur la base de ces positions, le règlement maintiendrait les dispositions suivantes :

- par principe, le transfert vers des pays tiers est interdit ;
- le transfert est possible lorsque la Commission adopte une décision d'adéquation ;
- le transfert est possible lorsque la Commission adopte une décision d'inadéquation dans les cas où le responsable du traitement offre des garanties appropriées ou lorsque le transfert correspond à l'une des dérogations prévues dans le texte.

Les garanties supplémentaires de protection offertes par le règlement seraient :

- un comité européen de la protection des données serait créé et rendrait un avis sur la décision d'adéquation ;
- les garanties offertes par le responsable du traitement sont précisées et limitées ; Elles devront notamment être approuvées par l'autorité de contrôle nationale ;
- les dérogations prévues dans le texte sont précisées et limitées

⁶ Communiqué de presse du 23 septembre 2015

⁷ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil COM(2012)0011 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement et à la libre circulation des données personnelles

Un arrêt de la CJUE invalidant la décision d'adéquation de 2000 inciterait les législateurs à préciser un certain nombre de points tels que:

- les critères pour reconnaître l'adéquation de la protection dans un pays tiers ;
- les garanties concernant le traitement des données : accès, sécurité du stockage, transfert ultérieur et recours pour les citoyens européens ;
- les pouvoirs et l'autonomie des autorités nationales de protection des données ;
- les cas justifiant une suspension de la décision d'adéquation

Ces ajouts éventuels ne pourront que retarder l'adoption du règlement.

3. L'accord avec les Etats-Unis

a) Le « safe harbour »

En juillet 2000, le Ministère américain du Commerce publie les principes, dénommés « safe harbour », destinés aux organisations américaines recevant des données personnelles européennes.

Les organisations choisissent d'adhérer à ces principes, par exemple en participant à un programme sur la protection de la confidentialité géré par le secteur privé ou en établissant leurs propres règles de protection des données dans la mesure où celles-ci se conforment aux principes. Une organisation bénéficie du « safe harbour » dès qu'elle informe le Ministère du Commerce des dispositions qu'elle a prises en ce sens et de ses engagements à les respecter. Lorsqu'elle les enfreint, elle est passible de sanctions au regard du Federal Trade Commission Act ou de « toute autre loi du même type ». C'est donc sous l'angle du commerce, en particulier des pratiques déloyales ou frauduleuses, et non de la protection des données que l'organisation peut être sanctionnée.

La Commission européenne a reconnu la validité de ce dispositif dans sa décision d'adéquation de 2000. Actuellement, **près de 4500 entreprises américaines l'utilisent.**

b) La renégociation

A la suite de l'affaire PRISM, la Commission a entrepris de réévaluer cette décision et a engagé en novembre 2013 des négociations avec les Etats-Unis qui sont toujours en cours. La Commissaire à la Justice, Vera Jourova, se montrait encore confiante le 8 septembre dernier quant à leur issue: « *Nous serons bientôt capables de conclure nos travaux sur le renforcement de l'accord Safe Harbour ... Nous continuons de travailler avec détermination*

avec nos homologues américains sur les détails finaux »⁸. Les conclusions de l'avocat général ne peuvent qu'inciter les négociateurs européens à la prudence.

Comme on pouvait s'y attendre, la réaction des Etats-Unis a été ferme⁹ : « Les États-Unis ne se sont pas livrés et ne se livrent pas à une surveillance indiscriminée de quiconque, notamment des citoyens européens... Le programme PRISM mentionné par l'avocat général dans son opinion vise en réalité des cibles étrangères pertinentes, est spécifiquement autorisé par la loi et respecte scrupuleusement une série de limites et contrôles officiellement reconnus ».

A ce stade, **il est probable qu'un accord entre les Etats-Unis et l'UE n'interviendra pas avant que la CJUE ne se soit prononcée**. Enfin, dans la mesure où les juridictions nationales compétentes peuvent toujours, sur la base de nouveaux éléments, soumettre une question préjudicielle à la CJUE mettant en cause la validité de la nouvelle décision d'adéquation, l'accord avec les Etats-Unis s'en trouverait fragilisé.

III. Conclusion

Quel que soit le jugement rendu par la CJUE, **les données européennes pourront continuer à être transférées aux Etats-Unis**. En l'absence de nouvelle décision d'adéquation, un transfert plus ciblé et contrôlé des données se substituerait à un transfert libre, ce qui pourrait obliger un certain nombre de multinationales à revoir leur organisation interne et à investir dans des serveurs dans l'UE. Dans l'hypothèse où la Commission prendrait une nouvelle décision d'adéquation, les garanties de protection des données seraient très probablement renforcées.

Les conclusions de l'avocat général Yves Bot et la perspective d'un arrêt de la CJUE allant dans le même sens inquiètent les grandes entreprises américaines. Elles sont rendues à un moment où les négociations sur le partenariat transatlantique de commerce et d'investissement patinent¹⁰. Elles ne contribueront sans doute pas à détendre l'atmosphère dans les relations économiques entre l'Europe et les Etats-Unis.

⁸ Déclaration de la commissaire Jourova sur les négociations UE-Etats-Unis sur l'accord-cadre sur la protection des données personnelles, European Commission Press Release, 8 septembre 2015

⁹ Communiqué de la mission des Etats-Unis auprès de l'UE du 28 septembre 2015

¹⁰ Le Secrétaire d'Etat français au commerce, Matthias Fekl a ainsi déclaré récemment : « *L'Europe a multiplié les offres, sur tous les sujets, et n'a reçu en contrepartie aucune offre sérieuse des Américains* ». Traité TAFTA: "La France envisage l'arrêt des négociations », Sud-Ouest, 27 septembre 2015