

Revue de droit du contentieux et de la Guerre Economique *Lawfare Law Review*

N° 1.
Juillet 2020

**MIRAGE (Montpellier Institut de Recherche
Appliquée au droit de la Guerre Economique)**

Centre de Droit de la Consommation et du Marché
UMR 5815 « Dynamique du droit »

Faculté de droit et science politique
Université de Montpellier

<http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815



**REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE
ECONOMIQUE
JUILLET 2020, N° 1**

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

La présente revue a été rédigée, sous la direction de Daniel Mainguy (Professeur à la Faculté de Droit de Montpellier), par :

Aurélien BAYLE, doctorante, Sacha BRUNNER Doctorant, Alice CALDUMBIDE, Doctorante, Mathilde CAYOT, Maître de conférences à l'université de Montpellier Paul Valéry, Mélanie CESCUT-PUORE, ATER à l'Université de Montpellier, Eloy CLEMENT, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Equipe de recherche en droit pénal), Lise CHATAIN, Maître de conférences à l'université de Montpellier (Centre du droit de l'entreprise), Malo DEPINCE Maître de conférence à l'université de Montpellier, Gwennaelle DONADIEU, doctorante, Camille DUTHEIL, doctorante, Océane MAGNE, Doctorante, Eugénie PLANE, ATER à l'Université de Montpellier, Bruno SIAU Maître de conférences à l'université de Montpellier (Laboratoire de droit social), Jean.-Charles. TEISSEDER, avocat.

Parmi les étudiants de la Promotion « Doria » 2019-2020 du M2 Droit Privé Economique, ont participé Kévin FAVRE, Maël GAUTIER, Adrien HURTADO, Romain ICART, Anthony LEPERE, Judith. QUIDU-TUDELA.

ISBN : en cours

Publié en ligne le 15 juin 2020 sur <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



***TEUTATES** [toetâtês]. var. *Toutatis*. ♦1. Mot gaulois, *teuto-tatis*, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).

5. RGPD vs Cloud Act : guerre économique ou guerre de souveraineté ?¹. Dans une dynamique mondiale où l'économie et la société dans son ensemble vivent une véritable transformation numérique, la mise en œuvre de stratégies nationales respectives provoque parfois une véritable levée de boucliers, notamment lorsque les initiatives sont d'origine américaine. Leur approche de la gestion des données à caractère personnel est assurément contrastée avec la stratégie européenne adoptée en la matière.

Les principaux services en ligne européens sont, en effet, pour 54%² d'entre eux, établis aux Etats-Unis, et traitent aussi bien les données de consommateurs américains qu'euro-péens. Après avoir effectué le constat d'une application à géométrie variable de la directive de 1995³, l'Union Européenne a tenté en 2016 de réguler le marché des données personnelles en soumettant les entreprises - responsables de traitement - au Règlement Général sur la Protection des Données dit « RGPD »⁴.

Outre-Atlantique, dans un contexte où les *Mutual Legal Assistance Treaties*⁵ (« MLAT ») manquaient intrinsèquement de souplesse et de rapidité et où le *Stored Communication Act*⁶ était devenu obsolète en ne prenant pas en compte les données électroniques stockées à l'étranger, les États-Unis ont adopté en 2018, en bon cavalier législatif⁷, le *Clarifying Lawful Overseas use of Data Act*, le *Cloud Act*.

¹ « *Il y a deux manières de combattre : l'une avec les lois, l'autre avec la force* », N. Machiavel, *Le Prince*, 1513.

² OCDE (2018), *Perspectives de l'économie numérique de l'OCDE 2017*, Éditions OCDE, Paris,

³ 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

⁴ Règl. 2016/679, dit « Règlement Général sur la Protection des Données » du Parlement européen et du Conseil du 27 avr. 2016, abrogeant la directive 95/46/CE.

⁵ Traité d'entraide judiciaire a été signé entre les États-Unis et l'Union européenne signé en 2003

⁶ SCA codifié à l'article 18 U.S.C. Chapter 121 §§ 2701–2712)

⁷ P. Jacob, « La compétence des Etats à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? » , *Rev. crit. DIP*, 2019, p.665 – il constitue la section 5 du consolidated appropriations act, 2018, hr1625,PUB.L.115-141)

Né d'un bras de fer entre *Microsoft* et les autorités américaines⁸, ce texte pourrait en effet s'analyser comme l'expression d'une guerre économique et virtuelle sur le terrain des traitements de données à caractère personnel. L'entreprise *Microsoft* avait en effet refusé de communiquer aux autorités américaines le contenu de messages échangés par l'un de ses clients mis en cause dans une affaire de stupéfiants, au motif que ces données personnelles étaient stockées en Irlande. L'extraterritorialité de cette situation fondait ainsi le refus du géant informatique, là où les Etats-Unis souhaitaient l'assourdir. En riposte, le *Cloud Act* dessinait les contours d'un droit de transfert des preuves électroniques relativement favorable aux États-Unis : les autorités américaines peuvent ainsi exiger de tout prestataire de services électroniques la divulgation de données, qu'elles soient stockées et hébergées aux États-Unis ou non⁹.

Dans le même temps, l'Union européenne était confrontée à l'entrée en vigueur du RGPD et à une proposition de règlement dit « projet *e-evidence* » « visant à organiser l'accès transfrontière aux preuves numériques dans le marché unique, mais aussi les données localisées hors de son territoire »¹⁰, parfois décrits comme « *un cloud act à l'européenne*¹¹ ». Un opérateur peut se retrouver au milieu de ce chevauchement des normes, le *Cloud act* a cependant mis en place des

⁸ V. *Microsoft Corp. v. United States (Microsoft Ireland)* (In re Warrant to Search a Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.), 829 F.3d 197, 200 (2d Cir. 2016), reh'g denied, *Microsoft Corp. v. United States (In re Warrant to Search Certain E-Mail Account Controlled & Maintained by Microsoft Corp.)*, 855 F.3d 53 (2d Cir. 2017) (en banc). V. les analyses respectivement de P.S. Berman et J. Daskal, in H. Muir Watt et al. (éd.), *Global Private International Law*, Elgar, 2019.

⁹ Sur l'affaire, v. T. Christakis, « Données, extraterritorialité et solutions internationales aux problèmes transatlantiques d'accès aux preuves numériques », in CEIS, *USA v. Microsoft : quel impact ?*, CEIS 2017. 19 ; P. Jacob, « Quand les nuages ne s'arrêtent pas aux frontières. Remarques sur l'application du droit dans l'espace numérique à la lumière du *Cloud Act* », CDE 2018. 35 ; R. Bismuth, « Every Cloud Has a Silver Lining. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du *Cloud Act* », JCP E 2018, 80 ; R. J. Currie, « Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the "Next Frontier"? », *Canadian Yearbook of International Law*, 2016. 63.

¹⁰ Proposition de règlement du Parlement et du Conseil relatif aux injonctions européennes de production et de conservation de preuves électroniques en matière pénale, COM/2018/225 final, 17 avr. 2018

¹¹ R. Bismuth, « Every Cloud Has a Silver Lining. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du *Cloud Act* », art. cit. ; S. Peyrou, « Le projet de règlement « *E-evidence* » (preuves électroniques) présenté par la Commission européenne : Un « *Cloud Act* » européen », 24 avr. 2018, <http://www.gdr-elsj.eu>.

mécanismes de contestation devant le juge pour demander l'annulation d'une telle injonction, tout comme le prévoit le projet *e-evidence*. Le premier prévoit de mettre en balance l'injonction et le respect du droit de l'État tiers ou « l'intérêt de la justice », tandis que le second argue de la protection des droits fondamentaux des individus concernés, de la sécurité ou défense nationale dudit État.

La confrontation de ces textes, chacun prévu avec une portée unilatérale, permet de mettre en avant la question de la territorialité des données. Les États-Unis privilégient le lien personnel qui unit le responsable du traitement à l'État pour les contraindre à communiquer les données, que celles-ci se trouvent sur le territoire américain ou non¹², là où l'Union européenne privilégie quant à elle le critère de la fourniture de services à destination du public européen, que l'organisme soit ou non établi dans l'Union. Par le biais d'une rédaction habile des dispositions relatives au champ d'application territorial, le lieu d'établissement de l'opérateur responsable ou celui depuis lequel il traite les données¹³ devient indifférent.

Pour autant, là où certains voyaient une véritable déclaration de guerre, d'autres nuancent largement la portée belliqueuse du *Cloud act*, avec plusieurs arguments¹⁴.

Le premier tient au périmètre concerné par les atteintes dénoncées : rappelons ici que seules les injonctions formulées dans le contexte d'enquêtes pénales sont concernées par ce texte, et non l'ensemble des données personnelles des utilisateurs. La deuxième porte sur la faculté pour les autorités américaines d'accéder aux données stockées dans les conditions prévues par le *Stored Communications act* et organise la possibilité pour des gouvernements tiers d'y avoir accès moyennant la conclusion d'un *executive agreement*¹⁵. La troisième nuance à apporter tient à l'interprétation de la notion d'« intérêt public » qui pourrait

¹² *Cloud Act*, sect. 3, al. a.

¹³ RGPD, préc., art. 3, v. *infra*. ; Dir. 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juill. 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, art. 3, al. 1 ; Proposition de règlement, préc., art. 3, al. 1

¹⁴ O. de Maison Rouge, « Cloud Act et collecte des preuves numériques à l'étranger : la souveraineté judiciaire en balance », *AJ Pénal* 2019, p.591

¹⁵ *Cloud Act*, sect. 5

constituer le fondement de ces enquêtes¹⁶, répondant ainsi aux exceptions de l'article 49 du RGPD¹⁷. Le Comité Européen de Protection des Données (CEPD) a rappelé que l'appréciation de ce critère pouvait aussi être liée à un esprit de réciprocité ou à l'assistance mutuelle que pourraient se porter les États¹⁸. Quelque temps plus tard, le CEPD et le Contrôleur Européen de la Protection des Données sont conjointement revenus à une interprétation très restrictive de l'article 48¹⁹. Encore faut-il que cet intérêt public ne prévale pas sur les intérêts ou droits et libertés de la personne concernée, ce qui semble cependant bien moins sûr.

Par ailleurs, le *Cloud act* n'est pas le seul texte autorisant des ingérences de ce type : le *Patriot Act* (devenu *Freedom Act*) ou le *Foreign Intelligence Surveillance Amendment (FISA)*, prévoyaient déjà des traitements de données par les renseignements américains.

En France, la préoccupation relative à la sécurité des entreprises et des données face à la multiplication des mesures à portée extraterritoriale a été à l'origine du rapport Gauvain en 2019²⁰, présentant plusieurs axes de réflexion pour maintenir un haut niveau de protection des données et concilier la souveraineté économique dans ce domaine. L'idée d'un « RGPD pour les personnes morales » a même été esquissée.

En pratique, il existe aujourd'hui des hypothèses dans lesquelles la guerre des données peut conduire à la guerre des textes. Cette croisade normative peut en effet intervenir lorsqu'un juge américain agissant dans le cadre de la poursuite d'une infraction relevant de la compétence des États-Unis ordonne à un opérateur américain de divulguer des données recueillies auprès d'une personne se trouvant en Europe dans le cadre d'une activité

¹⁶ T. Christakis, « La communication aux autorités américaines de données sur la base du *Cloud Act* est-elle en conflit avec le règlement général sur la protection des données ? », op. cit.

¹⁷ L'article 48 prohibant tout transfert de données. Ces dispositions reprennent les articles 25 et 26 de la directive de 1995.

¹⁸ Article 29 Working Party, *Working Document on a Common Interpretation of Article 26(1) of Directive 95/46/EC of 24 October 1995, adopted on 25 November 2005*, p. 15

¹⁹ https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/19-07-10_edpb_edps_cloudact_annex_en.pdf

²⁰ Rapport Gauvain, déposé à l'Assemblée nationale le 26 juin 2019 visant à « rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale », faisant écho aux propos du Ministre de l'Economie et des Finances, Bruno Lemaire, ayant déclaré le 19 février 2019 lors d'un discours d'inauguration de l'hébergeur Equinix : « *personne ne peut accepter qu'une administration étrangère, même l'administration américaine, puisse aller récupérer les données d'une entreprise industrielle ou non, stockées chez un hébergeur américain, sans que cette entreprise ne soit avertie et sans que nous n'ayons les moyens de réagir* ».

dirigée vers le public européen alors même que le fournisseur de service tente de se prévaloir du RGPD.

Il semble en réalité que ce combat ne puisse pas se résoudre sur le terrain de la protection des données, mais plutôt au regard des règles du droit international public relatives à la répartition des compétences²¹. L'affaire *Microsoft* a en effet soulevé la question de la compatibilité de la prétention américaine avec les règles de droit international public aussi bien concernant le principe de non-intervention que vis-à-vis de l'absence de compétence internationalement reconnue. Dans l'attente d'un « droit global des données numériques »²², une trêve pourrait être proposée avec la conclusion d'accords particuliers permettant d'organiser une forme de coopération internationale. Des négociations sont d'ailleurs en cours dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe²³ et de la Commission européenne²⁴.

A. Bayle et G. Donadieu

²¹ P. Jacob, « La compétence des Etats à l'égard des données numériques : du nuage au brouillard... en attendant l'éclaircie ? », Rev. crit. DIP, 2019, p.665

²² R. Bismuth, « Le *cloud act* face au projet européen e-evidence : confrontation ou coopération ? », Rev. crit. DIP, 2019, p.681

²³ Conseil de l'Europe, Comité de la convention sur la cybercriminalité, mandat pour la préparation d'un projet de 2^e protocole à la convention de Budapest sur la cybercriminalité, T-CY(2017)3, www.coe.int/cybercrime.

²⁴ Commission européenne, Union de la sécurité : la Commission recommande de négocier des règles internationales pour l'obtention des preuves électroniques, communiqué de presse, 5 févr. 2019, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-843_fr.htm.

REVUE DE DROIT DU CONTENTIEUX ET DE LA GUERRE ECONOMIQUE JUILLET 2020, N°1

Revue publiée par le MIRAGE (*Montpellier Institut de Recherche Appliquée au droit de la Guerre Economique*) est établi à la Faculté de Droit de l'Université de Montpellier. Cette revue est **gratuite** et en **accès libre**, Sur le site <http://droit-contentieux-guerre-eco.fr>. Sur ce site, le MIRAGE propose par ailleurs une base de données en la matière, à actualiser et augmenter.

CDCM – MIRAGE, 14 rue du Cardinal de Cabrières – 34060 Montpellier
conso@umontpellier.fr

Cette publication s'inscrit dans la série de ces *Cahiers Teutates** (<http://cdcm-montpellier.com>)



*TEUTATES [toetatès]. var. Toutatis. ♦1. Mot gaulois, teuto-tatis, signifiant « père de tous ». ♦2. Dieu gaulois, souvent assimilé après la conquête romaine au Mercure, Dieu du commerce, des voyages et messenger des Dieux ou au Mars, Dieu de la guerre, romains. Il est le dieu central de la mythologie gauloise, le dieu totémique de chaque tribu. Il représente la tribu au sens actuel de nation, l'union des hommes dans la paix (Mercure) comme dans la guerre (Mars). ♦3. Revue de droit économique en ligne du Centre de droit de la consommation et du marché de Montpellier (équipe CNRS 5815 « Dynamiques du droit »).



UNIVERSITÉ
DE MONTPELLIER



DYNAMIQUES
DU DROIT
UMR 5815

