

## Héberger ses données chez les GAFAM : quel discours croire sur le Cloud Act ?

Alors que le rapport Gauvain insiste sur les risques de portée extraterritoriale du *Cloud Act* pour les entreprises françaises qui confieraient leurs données au GAFAM, Microsoft se veut rassurante. Qui croire ? En pratique, tout réside dans le mécanisme d'arbitrage entre le RGPD et les mandats de perquisition américains. Mais le conflit de souveraineté n'est probablement pas celui que l'on imagine.



Par Luc-Marie AUGAGNEUR

Avocat associé Fiducial Legal by Lamy

→ RLDI 5567

Dans son récent rapport sur les lois extraterritoriales des États-Unis<sup>(1)</sup>, le député Raphaël Gauvain a particulièrement souligné les risques liés à l'hébergement de données européennes auprès des GAFAM à la suite de l'adoption du *Cloud Act* le 26 mars 2018<sup>(2)</sup>. Il y rappelle notamment que ce texte permet aux autorités américaines d'exiger, dans le cadre d'une enquête pénale, la communication de données par les prestataires de service de cloud<sup>(3)</sup> soumis au droit américain, même lorsque les données qu'ils détiennent, directement ou par leurs filiales, se trouvent dans des *data centers* situés hors du territoire des États-Unis<sup>(4)</sup>. Le rapport insiste sur l'insuffisante protection résultant des conditions à réunir pour que les données doivent être communiquées, à savoir : i) la simple accessibilité des données par une société établie aux États-Unis<sup>(5)</sup>, quel que soit le lieu de leur localisation, ii) l'existence d'une enquête pour une infraction punie d'au moins un an d'emprisonnement, et iii) la délivrance d'un mandat par un juge américain. Le rapport se veut très alarmiste<sup>(6)</sup> sur « les conséquences potentiellement très grave d'un siphonnage de leurs données » au détriment des entreprises françaises.

Parallèlement, les GAFAM ont développé une argumentation qui présente au contraire le *Cloud Act* comme une garantie nouvelle contre l'accès arbitraire aux données du cloud qu'ils détiennent. C'est en particulier le cas de Microsoft dont le Président Brad Smith s'efforce de convaincre, sur le blog de l'entreprise<sup>(7)</sup>, que le *Cloud Act* apporte une protection et non une menace. Pour en atténuer les conséquences, Microsoft fait d'abord valoir que qu'elle a été pionnière dans les démarches judiciaires visant à s'opposer à la communication de ces données aux autorités américaines<sup>(8)</sup>. Elle souligne que les actions qu'elle a menées devant les tribunaux à ce titre<sup>(9)</sup> sont à l'origine de l'adoption du *Cloud Act*<sup>(10)</sup> avant que la Cour Suprême des États-Unis ne se prononce sur ce sujet<sup>(11)</sup>.

Elle considère à cet égard que le *Cloud Act* entérine les garanties nécessaires et donne aux fournisseurs de services de cloud les moyens d'éviter une intrusion abusive et arbitraire pour l'accès aux données (II), notamment dans des conditions qui placeraient les entreprises européennes en défaut au regard des obligations du RGPD (I).

- (1) Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, 26 juin 2019
- (2) *Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act*
- (3) *Cloud Act*, §2713 : « provider of electronic communication service or remote computing service »
- (4) Ibid. « regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside the United States »
- (5) Le rapport souligne le risque d'interprétation large de cette notion compte-tenu de la rédaction du *Cloud Act* qui vise toute personne « subject to the jurisdiction of the United States »
- (6) Pour une relativisation partielle de la menace, voir N. Lenoir, Le rapport Gauvain et la protection des « intérêts économiques essentiels » de la France, JCP G 2019, 793

- (7) <<https://blogs.microsoft.com/on-the-issues/2018/04/03/the-cloud-act-is-an-important-step-forward-but-now-more-steps-need-to-follow/>>
- (8) Pour une présentation de ce contentieux, v. not. P. Jakob, 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*, Cah. Dr. Entrr, juil. 2018, dossier 28
- (9) *Microsoft Corp. v. United States*, N°. 14-2985 (2d Cir. 2016)
- (10) En réalité, la situation est plus complexe, non seulement parce qu'il existait un projet de loi antérieur datant de 2015 (*Law Enforcement Access to Data Stored Abroad Act*) qui avait déjà une vocation extraterritoriale, mais également parce qu'il a reçu le soutien public de Google, voir en ce sens A. Rousselet-Magri, Les perquisitions informatiques à l'épreuve du principe de souveraineté, dans un contexte de mondialisation du stockage des données, Rev. Sc. Crim., 2017, p.659
- (11) *United States v. Microsoft Corp.*, N°. 17-2, 584 U.S. (2018)



### I.- LA DOCTRINE DE COMITY POUR DÉPARTAGER LES CONFLITS ENTRE CLOUD ACT ET RGPD

Microsoft reconnaît qu'il est indispensable que les entreprises européennes puissent s'opposer à l'effet du *Cloud Act*, concernant spécialement les données stockées sur le territoire européen par les prestataires de cloud incorporés aux États-Unis, pour satisfaire aux exigences des réglementations locales auxquelles elles sont soumises. Elle admet en particulier que le *Cloud Act* ne doit pas constituer un obstacle à la bonne application du RGPD. Mais elle soutient à cet égard que le *Cloud Act* entérine précisément un principe qui permet de faire prévaloir le RGPD pour s'opposer à une communication des données : le mécanisme de « courtoisie » (*comity analysis*). Selon ce principe, l'interdiction de communication des données par le droit du pays des personnes concernées par les données (A) permettrait, sous certaines conditions (B), d'échapper au mandat des autorités américaines.

#### A. Le RGPD empêche en principe la communication de données aux autorités américaines en dehors du cadre d'une entraide judiciaire ou d'un traité international

Le RGPD définit les conditions dans lesquelles des données à caractère personnel peuvent être transférées vers des pays tiers ou à des organisations internationales. En particulier, son article 48 précise que : « Toute décision d'une juridiction ou d'une autorité administrative d'un pays tiers exigeant d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant qu'il transfère ou divulgue des données à caractère personnel ne peut être reconnue ou rendue exécutoire de quelque manière que ce soit qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un accord international, tel qu'un traité d'entraide judiciaire, en vigueur entre le pays tiers demandeur et l'Union ou un Etat membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre ».

Or, en l'occurrence, il n'existe en l'état aucun autre accord en vigueur que le système des commissions rogatoires internationales. Ces dernières supposent qu'un juge américain demande l'assistance d'un juge français par une voie diplomatique ou de coopération judiciaire entre les États. Mais cette procédure est souvent longue et, surtout, subordonnée à la souveraineté du pays dans lequel se trouve établi l'entreprise ou la personne concernée par les données. Aucune autre disposition du RGPD ne permettrait une communication en dehors de ce cadre, de sorte qu'il en résulte un conflit entre le RGPD et une demande de communication des autorités américaines<sup>(12)</sup>.

Mais, Microsoft estime, comme certains auteurs qui ont relativisé le « catastrophisme stérile »<sup>(13)</sup>, que le *Cloud Act* offre de meilleures garanties pour se prévaloir efficacement du RGPD contre une com-

munication des autorités américaines et pose les bases d'une véritablement coopération internationale

#### B. Les conditions (insuffisantes) de règlement du conflit de lois

Microsoft fait valoir que le *Cloud Act*, non seulement préserve, mais améliore sensiblement le mécanisme juridique qui règle le conflit entre une demande légalement fondée par les autorités américaines et le RGPD (ou toute autre réglementation applicable d'un autre pays qui s'opposerait à la communication des données). Elle rappelle d'abord que l'accès aux données ne peut intervenir que dans les conditions restrictives d'une procédure judiciaire, de la délivrance d'un mandat (*warrant*) par un juge indépendant et de la présomption sérieuse d'une infraction suffisamment grave (*serious crime*). Mais surtout, elle souligne que le *Cloud Act* prévoit que les juridictions américaines peuvent, à la demande des fournisseurs de service de cloud ou des entreprises concernées par la communication des données, écarter la demande de divulgation sur le fondement d'une exception de courtoisie (*comity*) à l'égard d'une réglementation étrangère applicable. Cette analyse de *comity* existait déjà dans la jurisprudence américaine, mais Microsoft insiste sur le fait qu'elle se trouve ainsi consolidée et qu'elle permet d'assurer en conséquence l'effectivité du RGPD (comme des autres réglementations).

On peut néanmoins élever plusieurs objections sérieuses à l'effectivité pratique de cette analyse de *comity* du fait des conditions restrictives auxquelles elle est soumise.

##### 1°/ Le délai

Le *Cloud Act* prévoit que la demande de *comity* doit être formée dans un délai de 14 jours à compter de la réquisition.

##### 2°/ Les conditions de fond

Pour remettre en cause le mandat de communication, le juge américain doit apprécier le caractère sérieux du risque de sanction auquel est exposé le prestataire de cloud en Europe et l'intérêt judiciaire d'annuler le mandat en cause. Le juge américain est ainsi conduit à mettre en balance la légitimité respective de l'intérêt de l'autorité américaine à obtenir les informations sollicitées (notamment en fonction de l'importance des informations, de leur nécessité pour l'enquête et de l'impossibilité de réunir les preuves par d'autres moyens) et de celui de l'État étranger à s'y opposer en raison de sa réglementation, notamment en tenant compte de l'intensité des liens des parties concernées avec chacun des pays.

Mais surtout, ces conditions, qui apparaissent plus favorables que la jurisprudence antérieure, ne s'appliqueront pas tant que l'Union Européenne n'aura pas conclu avec les États-Unis un accord d'application du *Cloud Act* (*Executive Agreement*). C'est d'ailleurs pour cette raison que le rapport Gauvain préconise la conclusion d'un accord équilibré avec les États-Unis. Mais, l'adoption d'un tel accord est très incertaine et se heurte à de nombreux obstacles politiques et juridiques. En particulier, le *Cloud Act* ne reconnaît pas la réciprocité de la protection particulière qu'elle réserve à ses propres ressortissants (US persons) pour s'opposer à une demande de communication émanant d'autres États.

Ainsi, tant qu'un tel accord hypothétique n'aura pas été conclu, l'exception de *comity* reste fondée sur des critères extrêmement

(12) Il faut ajouter à ce conflit la loi de blocage (L ; n°68-678 du 26 juil. 1968) exigeant que les entreprises requises s'opposent à la communication d'informations sensibles mettant en cause les « intérêts économiques essentiels de la France », bien que la Cour Suprême des États-Unis ne reconnaisse pas cet obstacle (*Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. United States*, 482, US 522), v. N. Lenoir, art. préc. ; même si une juridiction inférieure a pu lui donner effet (*Activision Blizzard Inc. Stockholder Litigation Cons. C.A. N°8885-VLC*), v. E. Mignon, *Le Cloud Act ou l'impuissance européenne démasquée*, Rev. jur. Sc. Po n°16, janv. 2019, 16

(13) R. Bismuth, *Every Cloud has a Silver Lining. Une analyse contextualisée de l'extraterritorialité du Cloud Act*, JCP E 2018, 1797

incertains de la jurisprudence américaine. D'ailleurs, en pratique, la *comity analysis* ne se présente pas comme un principe opératoire de procédure destiné à trancher un conflit de loi, mais comme une doctrine de diplomatie judiciaire fondée sur la souveraineté<sup>(14)</sup>. La jurisprudence a par exemple décrit la notion de *comity* comme la recherche d'un risque d'atteinte aux relations cordiales de collaboration (*amicable working relationship*) avec un pays étranger<sup>(15)</sup>, ce qui a donné lieu en pratique à des appréciations variées<sup>(16)</sup>. D'ailleurs, dans la majorité des cas, la question essentielle consiste moins à déterminer les critères de courtoisie que l'existence d'une véritable situation de conflit de loi. À cet égard, on peut même douter que l'effort de clarification résultant du Cloud Act remédie réellement aux incertitudes de la *comity analysis* dès lors que celles-ci semblent moins affaire de critères que de nature du principe de courtoisie.

En tous cas, c'est sous la menace d'une insécurité juridique que les États-Unis entendent inciter les autres États à négocier avec eux des *Executive Agreements* en application du Cloud Act, non sans faire valoir que, dans ce dernier, la démarche en est vertueuse puisque le bénéfice de ces accords est réservé aux pays suffisamment respectueux des droits fondamentaux.

## II.- LA SOUMISSION DE L'EFFECTIVITÉ DU RGPD À DES AUTORITÉS ET ENTREPRISES AMÉRICAINES

### A. -L'appréciation soumise à la souveraineté juridictionnelle américaine

Dès lors que l'exception de *comity* serait présentée au sujet de l'obligation de communication par un prestataire de cloud américain contre les autorités américaines, le débat ne pourrait se tenir que devant les juridictions américaines. Ainsi, spécialement en l'état des conditions très imprécises auxquelles elle est soumise, l'analyse de *comity* serait appréciée exclusivement par les tribunaux des États-Unis. Or, on sait que ceux-ci prennent largement en compte les intérêts souverains de leur pays<sup>(17)</sup>. En l'état de l'évolution de la composition de la Cour Suprême des États-Unis, cette tendance devrait être accentuée et durable. Même en cas de conclusion d'un *Executive Agreement* entre l'Union Européenne et les États-Unis, la ratification de cet accord serait soumise à l'appréciation du Congrès des États-Unis. Ainsi, d'une façon générale, c'est donc le droit américain qui régirait l'efficacité réelle du RGPD.

(14) Donald E. Childress, *Comity as Conflict : Resituating International Comity as Conflict of Laws*, *University of California Davis Law review*, Vol. 44:011 ; en particulier, l'auteur considère que "la doctrine modern de comity est chaotique car la Cour Suprême n'a pas établi de guide concret d'application »

(15) *Bigio v. Coca-Cola Co.*, 448 F.3d 176, 178 (2nd Cir.2006)

(16) *Comp. S. African Apartheid Litig.*, 617 F. Supp. 2d 228, 285-86 (S.D.N.Y. 2009) (*Air Cargo Shipping Serv. Antitrust Litig.*, No. MD 06-1775(JG) (VVP), 2008 WL 5958061, at \*4 (E.D.N.Y. Sept. 26, 2008)

(17) Il faut néanmoins souligner que la jurisprudence européenne, de son côté, a également des positions extraterritoriales. Un auteur souligne que l'arrêt Google Spain de la CJUE a appliqué les exigences européennes sur les données personnelles, quelle que soit leur lieu de conservation. V. en ce sens, P. Jakob, *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*, préc.

Dans ces conditions, les autorités françaises et européennes pourraient ainsi reprocher aux entreprises soumises au RGPD d'avoir confié des données personnelles sans garantie effective du respect de la réglementation en matière de données personnelles.

### B.- La subordination à la défense des intérêts par les GAFAM

Dès lors que la démarche judiciaire pour s'opposer à la communication des données devant les juridictions américaines représenterait un coût très significatif, il serait déraisonnable que cette charge pèse sur le client. On comprend à cet égard que les GAFAM manifestent leur intention d'agir en contestation les mandats de perquisition.

Microsoft souligne certes qu'elle a eu une activité pionnière dans la défense des intérêts des données personnelles devant les juridictions américaines et que le Cloud Act lui confère explicitement un pouvoir d'agir devant les tribunaux sur le fondement de l'analyse de *comity*. Mais il n'en demeure pas moins que ses clients sont tributaires de l'efficacité de son action et de sa volonté effective. On relèvera à cet égard que, si Microsoft se pose désormais en garant de la protection de la vie privée, un article du *Guardian* du 12 juillet 2013 détaillait sa coopération avec les autorités américaines pour permettre le bon fonctionnement du programme de surveillance PRISM en développant une solution permettant l'interception des chats cryptés d'Outlook.

La reconquête de la confiance suppose vraisemblablement des conditions qui dépassent les déclarations d'intention. Ainsi, si Microsoft a pu agir dans un passé récent devant les juridictions américaines, non pas seulement pour des seules motifs de conviction, mais surtout pour rassurer sa clientèle européenne à des fins marketing, rien ne garantit qu'elle mette systématiquement en œuvre tous les moyens nécessaires dans les situations individuelles. Comme d'autres GAFAM, elle pourrait le moment venu porter un avis juridique opportuniste sur les situations individuelles en estimant qu'un recours serait dépourvu de fondement.

Il pourrait certes être imaginé de demander à Microsoft de garantir qu'elle agirait systématiquement pour s'opposer à la communication des données, qu'elle en assumerait l'entière charge procédurales et les entières conséquences, y compris à l'égard du RGPD. Mais cette seule clause, à supposer qu'elle puisse être négociée, ne pourrait vraisemblablement pas trouver une efficacité absolue et n'empêcherait pas, en pratique, l'accès effectif aux données s'il était ordonné par les juridictions américaines.

\*

Il serait exagéré d'affirmer que le *Cloud Act* ne présente aucune garantie contre la divulgation arbitraire de données personnelles localisées dans les data centers européens d'entreprises établies aux États-Unis. Mais l'efficacité réelle de ces garanties tient vraisemblablement moins au mécanisme juridique lui-même qu'à la crédibilité des GAFAM pour en assurer l'effectivité et ne pas renouveler l'exceptionnelle compromission à laquelle ils ont cédé dans un passé récent.

Si le rapport Gauvain place le débat sur le terrain de la protection de la souveraineté de la France et de l'Europe contre celle des lois extraterritoriales américaine, on doit au réalisme d'admettre que l'enjeu est plutôt celui de la souveraineté des GAFAM face à celle des États ... sous le jugement de leurs clients. ■