

efcse.eu

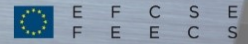
LES EFFETS JURIDIQUES DU « CLOUD ACT » US

Auteur : Olivier de MAISON ROUGE, Vice-President EFCSE, Avocat
1 septembre 2018

L'insertion du Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (aussi appelé « Cloud Act ») au sein du projet de loi de finances US pour l'année 2018 revêt deux aspects majeurs nouveaux et salvateurs à l'égard des intérêts de l'administration américaine :

1. D'une part, celui-ci permet de clore un contentieux vieux de cinq ans opposant Microsoft au United States Department of Justice (DOJ). En effet, en raison de l'adoption par le Congrès puis de la ratification par Donald Trump du Cloud Act à la date du 23 mars 2018, le travail des juges de la Cour suprême américaine s'est vu être considérablement adouci dans la mesure où la solution de la problématique juridique à laquelle ces derniers étaient confrontés leur fût imposée. Ainsi, dans le cadre d'une enquête judiciaire aboutissant à une perquisition, Microsoft est tenu d'autoriser aux autorités américaines, l'accès à tous les e-mails et les informations privées stockées en Cloud sur les serveurs de sa filiale localisée en Irlande, d'un citoyen et résident irlandais soupçonné de trafic de drogue.
2. D'autre part, les effets du Cloud Act permettent d'écarter, deux mois avant son entrée en vigueur, les dispositions de l'article 48 du RGPD relatif aux transferts ou divulgations non autorisés par le droit de l'Union, disposant 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 État membre, sans préjudice d'autres motifs de transfert en vertu du présent chapitre. »

Par le biais du Cloud Act, les autorités de poursuites américaines s'arrogent le droit de s'accaparer les données hébergées par des fournisseurs de services de communication électroniques nationaux partout dans le monde (I) et de fixer eux-mêmes les conditions auxquelles devront répondre les Etats tiers afin que le fournisseur de services américain ayant reçu la demande de divulgation de données accepte de déposer une requête en annulation ou modification au profit du pays étranger insatisfait (II).



efcse.eu

I - LE PRINCIPE : LA POSSIBILITÉ AMERICAINE DE SAISIR LES DONNÉES DE SES ENTREPRISES NATIONALES STOCKÉES A L'ETRANGER

1 - Un droit à communication des données élargi, sur simple demande des autorités

La section 2713 du Titre 18 du Code des Etats-Unis relatif à la conservation et la divulgation requises des communications et des dossiers dispose :

« Un fournisseur de services de communication électroniques ou un service informatique à distance devra se conformer aux obligations du présent chapitre pour préserver, sauvegarder, ou divulguer le contenu d'un fil ou d'une communication électronique et tout enregistrement ou toute autre information appartenant à un client ou un abonné en possession, détention ou contrôle du fournisseur, peu importe si une telle communication, enregistrement, ou autre information est localisé au sein ou en dehors des Etats-Unis. »¹

Par conséquent, les autorités de poursuites américaines sont régulièrement habilitées dans le dessein de saisir les données, sous toutes les formes que cette notion peut revêtir, lorsque leur hébergement sur un serveur de société américaine fournissant des services de communication électronique ou de stockage de données sur Cloud est apprécié hors du territoire étasunien.

En outre, une société correspondant à ces critères, à qui fût adressée la demande de communication de données ne peut plus, en principe, se prévaloir de la localisation hors frontières américaines des données cibles afin de refuser légitimement de les communiquer.

2 - Un droit qui se heurte aux conventions internationales

Les conditions du Cloud Act méconnaissent les mécanismes juridiques existants et notamment l'article 6 du Traité du 10 décembre 1998 d'entraide judiciaire en matière pénale entre la France et les États-Unis d'Amérique relatif au refus de l'entraide :

«1. L'État requis peut refuser l'entraide judiciaire s'il considère :

- a) Que l'infraction à laquelle se rapporte la demande est une infraction politique ou une infraction connexe à une infraction politique ; ou
- b) Que l'exécution de la demande risque de porter atteinte à sa souveraineté, à sa sécurité, à son ordre public ou à d'autres intérêts essentiels.

¹ 18 U.S. Code § 2713 - Required preservation and disclosure of communications and records:

« A provider of electronic communication service or remote computing service shall comply with the obligations of this chapter to preserve, backup, or disclose the contents of a wire or electronic communication and any record or other information pertaining to a customer or subscriber within such provider's possession, custody, or control, regardless of whether such communication, record, or other information is located within or outside of the United States. »



2. Avant de rejeter une demande d'entraide judiciaire, l'autorité centrale de l'État requis consulte l'autorité centrale de l'État requérant afin d'examiner si elle peut accorder l'entraide en imposant les conditions qu'elle juge nécessaires.

3. Si l'entraide est refusée, l'autorité centrale de l'État requis informe l'autorité centrale de l'État requérant des motifs de ce refus. »

Celui-ci méconnaît également l'article 12 de la Convention du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale :

« L'exécution de la commission rogatoire ne peut être refusée que dans la mesure où :

- a) *L'exécution, dans l'Etat requis, ne rentre pas dans les attributions du pouvoir judiciaire ; ou*
- b) *L'Etat requis la juge de nature à porter atteinte à sa souveraineté ou à sa sécurité. »*

II - LE RÉGIME D'EXCEPTION : LES CONDITIONS RESTRICTIVES DES PAYS ÉTRANGERS POUR S'OPPOSER A LA DEMANDE DE DIVULGATION DE DONNÉES

La section 2713 du Titre 18 du Code des Etats-Unis relatif à la conservation et la divulgation requises des communications et des dossiers dispose :

« Requêtes pour annuler ou modifier. - (A) Un fournisseur de service de communication électronique au public ou de service informatique à distance, qui est tenu de divulguer, conformément à la procédure judiciaire délivrée sous cette section, le contenu d'un fil ou d'une communication électronique d'un abonné ou d'un client, peut déposer une requête pour modifier ou annuler le processus légal lorsque le fournisseur croit raisonnablement :

- *Que le client ou l'abonné n'est pas une United States person et ne réside pas aux Etats-Unis ; et*
- *Que la divulgation requise crée un risque significatif que le fournisseur viole les lois d'un qualifying foreign government (gouvernement étranger qualifié). »²*

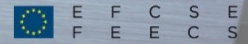
En premier lieu, le terme United States person (ou U.S. person) désigne tout citoyen des Etats-Unis, étranger résident permanent, entité organisée en vertu des lois des Etats-Unis ou toute juridiction au sein des Etats-Unis (y compris les succursales étrangères), ou toute personne aux Etats-Unis.

En outre, le Cloud Act définit les qualifying foreign governments comme les gouvernements étrangers signataires d'un executive agreement avec les Etats-Unis, selon les dispositions de la section 2523 du Cloud Act, et dont les lois locales en matière de communication électronique offrent des garanties procédurales similaires à celles offertes par la réglementation américaine.

2 « (2) MOTIONS TO QUASH OR MODIFY.— (A) A provider of electronic communication service to the public or remote computing service, that is being required to disclose pursuant to legal process issued under this section the contents of a wire or electronic communication of a subscriber or customer, may file a motion to modify or quash the legal process where the provider reasonably believes—

“(i) that the customer or subscriber is not a United States person and does not reside in the United States; and

“(ii) that the required disclosure would create a material risk that the provider would violate the laws of a qualifying foreign government. »



efcse.eu

Enfin, « le tribunal peut modifier ou annuler le processus judiciaire, selon le cas, uniquement si le tribunal conclut que :

- *La divulgation conduirait le fournisseur de services de communication électronique américain à contrevenir aux lois d'un gouvernement étranger qualifié ;*
- *Compte tenu de l'ensemble des circonstances, les intérêts de la justice exigent que la demande de divulgation soit modifiée ou annulée ; et*
- *Le client ou abonné n'est pas une United States person et ne réside pas aux Etats-Unis. »³*

De surcroît, « une telle requête doit être déposée au plus tard 14 jours après la date à laquelle le fournisseur a été notifié de la demande de divulgation des autorités de poursuite américaines, en l'absence d'accord avec le gouvernement ou de permission du tribunal compétent pour proroger le délai. »⁴ Cette requête en modification ou annulation devra être invoquée au début de la procédure.

Pour ce faire, le tribunal saisi de la requête en annulation ou modification devra procéder à cette analyse au travers le prisme de 8 éléments différents prévu au sein de cette même section 2713 du Cloud Act. Ce recensement comprend notamment la probabilité, l'étendue et la nature des sanctions auxquelles le fournisseur de services de communication électronique s'expose en acceptant la demande de divulgation émanant des autorités de poursuite américaines.

³ « The court may modify or quash the legal process, as appropriate, only if the court finds that—

“(i) the required disclosure would cause the provider to violate the laws of a qualifying foreign government;

“(ii) based on the totality of the circumstances, the interests of justice dictate that the legal process should be modified or quashed; and

“(iii) the customer or subscriber is not a United States person and does not reside in the United States. »

⁴ « Such a motion shall be filed not later than 14 days after the date on which the provider was served with the legal process, absent agreement with the government or permission from the court to extend the deadline based on an application made within the 14 days. »