KEYNOTE MAX SCHREMS

Le nouveau cadre transatlantique de protection des données est en grande partie une copie du « Privacy Shield » : *noyb* contestera la décision

Cette troisième tentative de la Commission européenne pour parvenir à un accord stable sur les transferts de données entre l'UE et les États-Unis sera probablement de retour devant la Cour de justice (CJUE) dans quelques mois. Le prétendu « nouveau » cadre transatlantique de protection des données adopté le 10 juillet 2023 est en grande partie une copie du « bouclier de protection des données » qui a échoué. Malgré les efforts de relations publiques de la Commission européenne, il y a peu de changements dans la législation américaine ou dans l'approche adoptée par l'UE. Le problème fondamental de la Section 702 de la Loi FISA n'a pas été abordé par les États-Unis, car les ils considèrent toujours que seules les citoyens américains sont dignes de droits constitutionnels.

Nous avons donc un nouveau nom, mais l'essentiel est que le contenu de l'accord est à peu près le même. Si nous entrons dans le détail des critiques auxquelles ce nouvel accord fait face :

- Le premier est l'**aspect commercial de l'accord** : le principe de confidentialité tel que mentionné dans le nouvel accord sur les données est à peu près le même que l'ancien principe de la sphère de sécurité (qui était lui-même le principe de confidentialité de l'UE à partir des années 1990), et est donc très éloigné du principe actuel de l'UE en matière de protection de la vie privée. À titre d'exemple, les entreprises peuvent utiliser vos données sans votre consentement, à condition qu'elles vous donnent le droit de vous y opposer. Un autre exemple est que le traitement n'a pas besoin d'être nécessaire, il doit juste être pertinent.

- La deuxième partie qui est critiquée est la **partie surveillance gouvernementale** : les États-Unis et l'UE ont négocié sur ce sujet pendant un an et demi, et la conclusion a été qu'il n'y avait pas de solution. Les États-Unis n'ont pas bougé et n'ont pas été en mesure de rassurer à ce sujet. Les négociations ont été très serrées, mais finalement, ils ont trouvé une solution. Le titre officiel était que les États-Unis introduiraient le principe de proportionnalité, ce qui est énorme. Cependant, la mention du mot « proportionné » figurerait dans un décret. Un décret présidentiel est une directive interne / réglementaire rédigée et publiée par le président des États-Unis. Il n'a de pouvoir juridique qu'en interne (ce qui signifie que les citoyens de l'UE ne pourraient pas s'y fier). Le « nouveau » décret présidentiel américain 14086[1] (qui est largement équivalent à la PPD-28[2] de 2014) inclurait désormais le mot « proportionné ». Le « truc » ici : les États-Unis attribueront au mot « proportionné » un autre sens que la CJUE. Le décret présidentiel déclare que la surveillance est « proportionnée » en vertu d'une « compréhension américaine » non divulguée du mot et contraire aux deux conclusions de la CJUE. De cette façon, l'UE et les États-Unis ont pu prétendre qu'ils étaient d'accord sur le même mot (« proportionné ») - même s'il n'y a pas d'accord sur la signification du mot.

[1] 2022-22531.pdf (govinfo.gov)
[2] Presidential Policy Directive -- Signals Intelligence Activities

Le nouveau décret est une mise à jour de la PPD-28 de 2014, mais si on compare les 2, on se rend compte qu'il n'y a pas beaucoup de changements, et que certains ne sont pas forcément des améliorations. À titre d'exemple, il y existait 6 raisons pour la surveillance du gouvernement ou de la NSA, contre 8 raisons désormais.
Ils ont également ajouté quelques précisions, l'une d'entre elles étant que le président peut modifier la PPD-28 ou le nouvel ordre d'exécution sans le publier. Nous avons donc un décret sur lequel nous nous appuyons, mais il peut être modifié à tout moment, sans aucune publication.

- Deuxièmement, la CJUE a estimé que la réparation par le biais du bouclier de protection des données « Médiateur » n'était même pas conforme à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE – même lorsque le médiateur a été salué par les relations publiques de la Commission en 2016 comme une forme « indépendante » de « recours dans le domaine de la sécurité nationale ». L'« astuce » en matière de réparation : le mécanisme de médiation a été renommé et scindé en un agent de protection des libertés civiles (CLPO) et un soi-disant « tribunal » (qui n'est pas un tribunal, mais un organe exécutif partiellement indépendant). Bien qu'il y ait quelques améliorations mineures par rapport à l'ombudsman, la personne concernée n'aura pas d'interaction directe avec les nouveaux organes (il devra envoyer une plainte à une autorité de protection des données de l'UE et ne pas être entendu par les États-Unis) et il donnera exactement la même réponse que l'ancien « médiateur ». En vertu de l'EO 14086, la CLPO et la Cour doivent en tout état de cause répondre en disant : « Sans confirmer ou infirmer que le plaignant a fait l'objet d'activités de renseignement électromagnétique des États-Unis, l'examen n'a pas permis d'identifier de violations couvertes ou la Cour de révision de la protection des données a rendu une décision exigeant des mesures correctives appropriées ». Le « jugement » de cette « Cour » est donc connu avant même qu'une affaire ne soit intentée.

- Enfin, les États-Unis ont refusé de réformer la norme FISA 702 afin d'accorder aux personnes non américaines une protection raisonnable de la vie privée. Des deux côtés de l'Atlantique, on s'accorde à dire que la FISA 702 et l'EO 12.333 violent les droits fondamentaux en vertu du 4e amendement aux États-Unis et des articles 7, 8 et 47 du CFR dans l'UE - mais les États-Unis continuent d'insister sur le fait que les personnes non américaines n'ont pas de droits constitutionnels aux États-Unis - par conséquent, une violation de leur droit à la vie privée n'est pas couverte par le 4e amendement.

- La norme FISA 702 a été prolongée jusqu'à la fin du mois d'avril 2024, étant donné qu'il existe une « clause d'extinction » dans la loi américaine. Cela aurait été l'occasion idéale d'améliorer la législation américaine, mais compte tenu du nouvel accord avec l'UE, il y a désormais peu de raisons pour les États-Unis de réformer la norme FISA 702.

Dans l'ensemble, le nouveau « Cadre transatlantique de protection des données » est une copie du Bouclier de protection des données (de 2016), qui était à son tour une copie de la « Sphère de sécurité » (de 2000). Étant donné que cette approche a échoué à deux reprises auparavant, il n'y avait aucune base juridique pour le changement de cap - la seule logique d'un accord était politique.