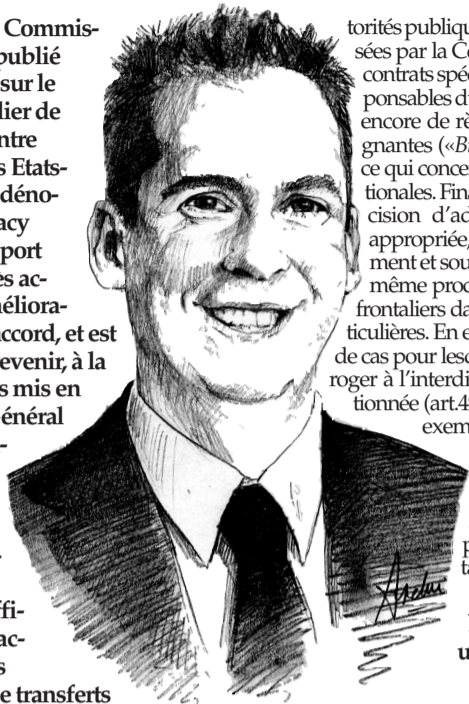


Privacy Shield, Schrems, Brexit, ... :

## Etat des lieux sur les transferts de données hors UE/EEE

**L**e 23 octobre 2019, la Commission européenne a publié son rapport annuel sur le fonctionnement du bouclier de protection des données entre l'Union européenne et les Etats-Unis, plus connu sous sa dénomination anglaise : «Privacy Shield». Ce troisième rapport met en exergue les progrès accomplis et les pistes d'amélioration dans le cadre de cet accord, et est également l'occasion de revenir, à la fois, sur certains principes mis en place par le Règlement Général sur la Protection des Données («RGPD») en cas de transferts de données hors Union européenne, de nous intéresser aux recours liés à l'adoption du «Privacy Shield» et à l'efficacité des «clauses contractuelles», et enfin de nous questionner sur ce type de transferts dans le contexte du Brexit.



torités publiques, de clauses-typiques proposées par la Commission européenne, de contrats spécifiques élaborés par les responsables du traitement eux-mêmes ou encore de règles d'entreprises contraignantes («Binding Corporate Rules»), en ce qui concerne les entreprises multinationales. Finalement, en l'absence de décision d'adéquation ou de garantie appropriée, les responsables du traitement et sous-traitants pourront tout de même procéder à des transferts transfrontaliers dans certaines situations particulières. En effet, le RGPD liste une série de cas pour lesquels il reste possible de déroger à l'interdiction de principe susmentionnée (art.49). Un tel transfert sera, par exemple, permis si la personne concernée y a expressément consenti, ou si celui-ci est nécessaire à l'exécution d'un contrat, ou pour répondre à d'importants motifs d'intérêt public.

**Le «Privacy Shield» : un accord nécessaire mais controversé**

Pour rappel, le «Privacy Shield» est le nom donné à l'accord entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2016 entre l'Union européenne, la Suisse et les Etats-Unis visant à faciliter les transferts transatlantiques de données à caractère personnel. Cet accord avait initialement pour objectif de remplacer le précédent accord intervenu entre ces mêmes parties, le «Safe Harbor» annulé suite à l'arrêt «Schrems» rendu le 6 octobre 2015 par la Cour de Justice de l'Union Européenne («CJUE»), en raison des différences atteintes aux droits et libertés des personnes concernées qui résultaient de la surveillance de masse opérée par les services de renseignements américains.

S'il ne fait aucun doute que ce nouvel accord permet de répondre à une nécessité économique flagrante, principalement du côté américain, en ce qu'un nombre non négligeable d'entreprises (dont les GAFAM) y exploitent nos données personnelles dans le cadre de leurs activités, celui-ci a également permis de sensibiliser le gouvernement américain et les entreprises installées sur son sol à la conception européenne de la protection des données à caractère personnel. Cela semble porter ses fruits puisqu'à l'issue de son dernier examen annuel cité en introduction de cet article, la Commission européenne confirme non seulement que le dispositif instauré par le «Privacy Shield» continue de garantir un niveau de protection adéquat des données transférées, mais relève aussi plusieurs améliorations apportées à ce dispositif suite à des initiatives américaines. Parmi ces améliorations, nous pouvons notamment citer les vérifications mensuelles opérées par le ministère américain du commerce sur un

échantillon de 30 sociétés afin d'assurer un contrôle plus systématique du respect des principes du «Privacy Shield» par ces sociétés, et parallèlement à cela, les diverses mesures adoptées par la commission fédérale du commerce afin de sanctionner toute violation de ces principes ainsi que toute fausse déclaration de participation au présent cadre. En dépit de ces quelques progrès, il reste encore des points à améliorer comme en témoignent les nombreuses recommandations effectuées par la Commission européenne dans le même rapport. Les principales recommandations ont trait d'une part, à la procédure de (re)certification annuelle des entreprises souhaitant renouveler leur participation au bouclier, dont la durée devrait être sensiblement réduite, et d'autre part, aux contrôles de conformité qui devraient davantage porter sur les exigences de fond contenues dans l'accord, et ne pas se limiter simplement à des exigences purement formelles comme l'inaccessibilité de la politique «vie privée» en ligne d'une entreprise.

Il convient, en définitive, de se demander ce qu'il est advenu de la «part d'ombre» qui, 4 ans plus tôt, a conduit à l'annulation du «Safe Harbor», car cette dernière subsiste bel et bien dans le cadre du «Privacy Shield». En effet, malgré l'obtention d'un accord moins vague que le précédent grâce aux éclaircissements apportés par le gouvernement américain sur ce point (notamment sur la façon dont les données sont collectées), la section 702 du *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) continue de permettre aux services de renseignement américains d'exploiter de manière abusive les données de citoyens non-américains par le biais d'entreprises américaines. Suite à ce flou persistant, la Quadrature du net, association française particulièrement active dans l'environnement numérique, a introduit le 25 octobre 2016 un recours tendant à invalider ce second accord devant le tribunal de l'Union Européenne. Ladite procédure est actuellement toujours en cours (affaire T-738/16).

**Schrems II: la validité des «clauses contractuelles types» remise en cause**

Afin de pallier l'annulation du «Safe Harbor» et avant l'entrée en vigueur du nouveau cadre, certaines entreprises américaines se sont reposées sur les clauses contractuelles types mises à disposition par la Commission européenne. C'était sans compter sur le recours préjudiciel introduit le 9 mai 2018 par la Cour Suprême irlandaise auprès de la CJUE, dans une nouvelle affaire opposant Facebook à Monsieur Schrems et remettant en cause la validité de ces clauses (surtout lorsqu'elles concernent des transferts de données vers les Etats-Unis) et ce, pour les mêmes raisons qui ont causé l'annulation du «Safe Harbor» une année plus tôt (affaire C-311/18). Une décision dans cette affaire ne devrait pas tarder puisque l'avocat-général auprès de la CJUE rendra ses conclusions le 12 décembre 2019. Si la CJUE prononçait un jugement qui rendrait impossible le recours aux clauses contractuelles types,

couplé à une annulation éventuelle du «Privacy Shield», cela mettrait les entreprises américaines, pour lesquelles les transferts de données avec l'Union européenne constituent une part importante de leur activité, dans une situation fort peu confortable.

**Le Brexit : deal or no deal, that is the question**

La saga du Brexit a également une répercussion sur le statut du Royaume-Uni au niveau de la protection des données à caractère personnel. Dans le cas d'un scénario «no deal», à savoir si le Royaume-Uni n'arrive pas à ratifier l'accord de retrait qui fut trouvé entre les négociateurs de l'Union européenne et ceux du Royaume-Uni avant le 31 janvier 2020, le Royaume-Uni deviendra alors un pays tiers et les transferts de données devront, en principe, être couverts par un mécanisme de protection équivalent. Il n'est pas évident que la Commission européenne adopte à très brève échéance, une décision d'adéquation concernant le Royaume-Uni. Par conséquent, les entreprises et organisations concernées devront recourir à d'autres mécanismes (clauses contractuelles types et *Binding Corporate Rules*).

Par contre, dans un scénario «deal» où l'accord de retrait serait ratifié avant le 31 janvier 2020, il est prévu que la RGPD continuera de s'appliquer au Royaume-Uni jusqu'au 31 décembre 2020 (sauf si la période de transition est prolongée en vertu de l'article 132 de l'accord de retrait). Après la date de fin de la période transitoire, le Royaume-Uni continuera d'appliquer le RGPD aux données à caractère personnel échangées entre le Royaume-Uni et les Etats membres de l'UE/EEE avant la fin de la période de transition, jusqu'à ce que la Commission européenne ait adopté une décision d'adéquation formelle. Par contre, les données échangées après la date de fin de la période transitoire, ne bénéficieront pas de ce régime dérogatoire, mais on peut s'attendre à ce que la Commission européenne adopte une décision d'adéquation concernant le Royaume-Uni.

**Conclusion**

Il ressort de ce qui précède que dans les prochains mois, des précisions importantes seront apportées aux règles du RGPD qui encadrent le transfert de données à caractère personnel en dehors de l'Union européenne et notamment vers les Etats-Unis et le Royaume-Uni. Les entreprises et organisations qui sont exposées à ces juridictions, devront suivre la situation de près et repenser leur stratégie afin d'assurer un échange de données en conformité avec le RGPD. Affaire à suivre.

Vincent WELLENS (cf. portrait), avocat à la Cour Associé, Nautadutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.  
vincent.wellens@nautadutilh.com

Antoine PÉTRONIN  
Nautadutilh Avocats Luxembourg S.à r.l.  
antoine.petrinin@nautadutilh.com

**Les transferts transfrontaliers de données au sein du RGPD**

Le RGPD règle strictement les transferts de données vers un pays en dehors de l'Union européenne en prévoyant un ensemble de mécanismes permettant de les encadrer et d'offrir aux personnes concernées un niveau de protection des données (quasi-)équivalent à celui de l'Union européenne. Par ordre d'importance, nous pouvons tout d'abord citer la possibilité dont dispose la Commission européenne d'adopter une décision d'adéquation concernant un pays tiers lorsqu'elle juge, notamment sur base d'un examen approfondi de l'ensemble des règles gouvernant la protection des données dans ce pays, que ce dernier assure un niveau de protection adéquat. Une fois une telle décision adoptée, le transfert peut avoir lieu sans qu'aucune autre formalité ne soit nécessaire. La dernière décision d'adéquation en date a été adoptée le 23 janvier 2019 et concerne le Japon.

Outre l'hypothèse visée ci-dessus, les responsables du traitement et sous-traitants pourront s'engager dans des transferts vers un pays en dehors de l'Union européenne pour autant que des garanties appropriées aient été prévues et «à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives» (art.46). Les garanties en question peuvent être fournies, entre autres, au moyen d'un instrument juridiquement contraignant et exécutoire entre les au-

## Liberté et intelligences artificielles : alliées ou rivales ?

Par Christian DESCOUIPS

**A**ctive depuis vingt ans dans les domaines culturel et éducatif et enracinée dans la pensée humaniste chrétienne, Pétrusse ASBL a organisé le 18 octobre 2019 son séminaire annuel, consacré cette année à l'intelligence artificielle (IA), sous le thème : «Liberté et intelligences artificielles : alliées ou rivales?».

Ce séminaire a été organisé en association avec l'Université du Luxembourg, avec l'appui du Pr Philippe Poirier, titulaire de la Chaire en études parlementaires, et EMD École de Management, Marseille. La conférence a bénéficié du soutien du mensuel *Agefi Luxembourg*. La thématique de l'IA a été étudiée de manière multidisciplinaire : médecine, informatique, droit, assurances, communication, transport, défense, cybersécurité et politique. Des experts du Luxembourg et de l'étranger ont apporté leur contribution : Jean-Paul André-Dumont (Luxembourg), le Dr Bernard Ars (Bruxelles), Maître Michel Bulach (Luxembourg), le Pr Yves Le Traon (Luxembourg), Manuel Sanchez (Rome), et Bertrand Foy, Jean Magne et Jacques Pignault (Paris), auteurs du livre récent *Fascinante IA*.

Le livre *Fascinante IA* constate que «les progrès de l'informatique et l'explosion des données ont ouvert à l'homme des perspectives étonnantes dans de multiples domaines : développement des sciences, robotique permettant d'explorer des domaines naturellement inaccessibles, amélioration du confort, de l'intercommunication, de la médecine».

Il convient ainsi de s'interroger sur l'apport de l'IA. En tout état de cause, l'irruption de l'IA dans notre vie quotidienne et plus généralement dans la sphère économique-financière soulève, avec acuité, la question des rapports de l'homme à la science et à la technique, comme cela fut déjà le cas par le passé lors de l'apparition des machines et automates. En effet, il n'est pas

anodin de noter que la période dite des Lumières, au XVIII<sup>ème</sup> siècle, fut celle de la production d'automates sophistiqués dont certains fonctionnent encore, production due au savoir-faire d'horlogers comme Pierre et Henri-Louis Jaquet-Droz (1721-1790; 1752-1791), ou d'un inventeur et mécanicien comme Jacques de Vaucanson (1709-1782). Aux compétences techniques nécessaires pour concevoir ces automates, dont les jacquemarts de nos clochers sont les précurseurs, il faut associer la pensée matérialiste et mécaniste de figures comme Julien Onfray de La Mettrie (1709-1751), auteur du livre *L'Homme machine* (1747), pour lequel l'homme n'est jamais qu'un animal supérieur. Au-delà de leurs prouesses, les automates, et cela est d'autant plus vrai des automates de type androïde (le terme apparaît en 1752), sont de «véritables études anatomiques des animaux et des êtres humains qu'ils représentent et imitent, et là réside aussi leur importance scientifique. Les automates articulent la mécanisation du corps humain et l'humanisation de la machine.» (Jessica Riskin, citée par Alexis Tadié).

Dans le livre *L'Homme machine*, La Mettrie écrit par sa part que «le corps humain est une machine qui monte elle-même ses ressorts : vivante image du mouvement perpétuel». L'association des mots «intelligence» et «artificiel» conduit à s'interroger sur l'origine, la nature et la portée de l'intelligence. Si l'homme peut être machine et mouvement perpétuel, comme le jugeait La Mettrie, s'il est un androïde peu ou prou égal à un robot, la faculté de l'intelligence n'est-elle alors qu'un programme, se fiant à une série d'algorithmes complexes?

A ce stade, il importe de rappeler la définition classique que le penseur Boèce (480-524) nous a laissée de la personne : «une substance individuelle de nature rationnelle». La personne est, pour ceux qui souscrivent à l'affirmation de Boèce, un être doté de raison, capable de pensée, qui est à la fois individuel et social, ce qui signifie que son existence s'inscrit dans un cadre relationnel et sur un mode non-autocentré. Dans une perspective anthropologique classique, la personne est dotée de deux facultés principales, l'intelligence et

la volonté, et se trouve animée par les sentiments qui sont la manière de vivre la vie affective. Ces facultés se déploient grâce à la liberté, et c'est en exerçant sa liberté que la personne devient responsable. En usant de sa volonté libre, l'homme (le citoyen, le conjoint, le professionnel...) n'agit ni comme un animal que commande l'instinct, ni comme un système programmable et strictement itératif. C'est pourquoi l'homme est revêtu d'une dignité particulière, inaccessible à l'ordinateur ou au robot.

La conséquence de cette approche personnaliste est qu'entre le robot ou l'automate et l'homme, il y a plus qu'une différence de degré ou de proportion. L'homme ne se définit pas simplement par la puissance qu'il posséderait de résoudre des questions mathématiques complexes, de procéder à des calculs quantiques en un temps record (cf. les débats actuels sur la suprématie quantique). Ce qui fait que l'humain est humain participe de la nature même de l'homme, et c'est pourquoi la définition de Boèce demeure actuelle. Pour autant, qu'en est-il de l'IA? Les auteurs du livre *Fascinante IA* expliquent que l'IA se décline de deux manières : (1) faire ce que nous ne savons (ou ne pouvons) pas (ou mal) faire, (2) mieux (plus vite, moins cher, plus adapté) faire ce que nous pouvons faire. L'ambition serait donc d'aller vers l'homme «augmenté», c'est-à-dire libéré, complété et démultiplié : libéré des tâches routinières et sans intérêt, contrôlant mieux notre milieu en rendant possible ce que nos limitations naturelles empêchent, et en étant plus performant par une meilleure exécution d'un nombre accru d'activités pertinentes.

Selon les mêmes auteurs, la cohabitation entre robots et humains se fonde sur la distinction entre habileté et règles d'une part, et connaissance et expertise d'autre part. Les deux premiers éléments constitueraient le domaine privilégié de l'IA, et les deux derniers le champ privilégié de l'intelligence humaine, mieux à même de gérer des situations de flou et d'incertitude. Cette alliance idéale s'actualise dans les domaines d'activité les plus divers. McKinsey souligne ainsi l'importance pour les banques de recourir à l'IA pour,

par exemple, une gestion plus efficace des risques. De même du côté des assureurs qui doivent mieux appréhender les risques climatiques ou les risques logistiques. L'émergence de l'IA pose par ailleurs la question du contenu et de l'organisation du travail. En effet, l'utilisation de la robotique, les gains de productivité, l'utilisation de logiciels de pointe ne sont pas sans conséquence sur le marché de l'emploi et l'organisation du travail. L'IA amplifie la digitalisation de l'économie : les organisations, tant publiques que privées, doivent donc anticiper et réfléchir à leur fonctionnement et mode opératoire (rôle de la hiérarchie, fonctionnement horizontal vs vertical, mode collaboratif et participatif vs mode en silos, ouverture à l'innovation et à la créativité, management orienté objectifs... les variations sont nombreuses). Le défi à relever est d'ampleur, un observateur comme Jean Staune parlant même de changement de civilisation (cf. *L'intelligence collective, clé du monde de demain*, Editions de l'Observatoire, Paris, 2019).

Quelle est, pour conclure, la place de l'homme dans ce tourbillon technologique? Les anciens, comme Aristote, évoquaient la vertu de prudence, dont les dimensions sont «bene consultare, recte iudicare et imperare». Loin d'être immobilisme et indécision, la prudence aide l'homme à conserver son espace de liberté et de décision dans le monde «augmenté» de l'IA. A l'instar d'un Alexandre Dianine-Havard, il faut sans détour appeler de nos vœux l'émergence de leaders à la fois prudents et magnanimes, déterminés et humbles pour tirer parti des opportunités qu'offre l'IA.

Bibliographie :

Bertrand Foy, Jean Magne et Jacques Pignault, *Fascinante IA*, Editions Boleine, Paris, 2019, ISBN-13 : 978-2490081073

Jean Staune, *L'intelligence collective, clé du monde de demain*, Editions de l'Observatoire, Paris, 2019, ISBN 979-10-329-0456-5

Alexandre Dianine-Havard, *Du tempérament au caractère - Comment devenir un leader vertueux*, Editions Le Laurier, Paris, 2018, ISBN-13 : 978-2864954477