



DONNÉES PERSONNELLES

Les transferts de données vers le Royaume-Uni après le Brexit

Conséquences d'un soft ou d'un hard brexit sur les flux de données personnelles de l'Union européenne vers le Royaume-Uni à l'aune du projet d'accord sur le retrait du Royaume Uni de l'Union européenne et de l'Euratom conclu au niveau des négociateurs le 14 novembre 2018, de la Déclaration politique conclue le 19 février 2019, du Data Protection Act 2018 et du RGPD

A l'heure où nous écrivons ces lignes, la date et même la réalité du Brexit demeurent incertaines. Cependant, si le Brexit a lieu, que ce soit un soft Brexit, où le « deal » négocié entre Theresa May et l'Union européenne est finalement approuvé par le Parlement britannique, ou un hard Brexit, par lequel le Royaume-Uni quitte purement et simplement l'Union européenne sans accord, les conséquences du changement de statut du Royaume-Uni, de pays membre de l'Union européenne à pays tiers seront réelles pour les flux de données qui ont lieu quotidiennement entre l'Union européenne et la Grande-Bretagne.

Les dispositions du projet d'accord de retrait sont peu claires sur le statut du Royaume-Uni pendant la période de transition

Le projet d'accord sur le retrait du Royaume-Uni de l'Union européenne et de l'Euratom tel que conclu au niveau des négociateurs le 14 novembre 2018¹ (l'Accord) définit une période de transition jusqu'au 31 décembre 2020 pendant laquelle l'Union européenne traitera

le Royaume-Uni comme s'il appartenait toujours à l'Union européenne et le Royaume-Uni continuera d'appliquer le droit communautaire, même adopté postérieurement à la date effective du Brexit, alors qu'il ne participera plus au processus de décision communautaire. L'article 7 de l'Accord dispose que :

« 1. Aux fins du présent accord, toutes les références aux Etats membres et aux autorités compétentes des Etats membres dans les dispositions du droit de l'Union rendues applicables par le présent accord s'entendent comme incluant le Royaume-Uni et ses autorités compétentes, sauf en ce qui concerne :

1. la nomination, la désignation ou l'élection des membres des institutions, organes et organismes de l'Union, ainsi que la participation au processus décisionnel et aux réunions des institutions ;
2. la participation au processus décisionnel et à la gouvernance des organes et organismes de l'Union ;
3. la participation aux réunions des comités visés à l'article 3, paragraphe 2, du règlement (UE) no 182/2011 du Parlement européen

et du Conseil (4), des groupes d'experts de la Commission ou d'autres entités similaires, ou aux réunions des groupes d'experts ou d'entités similaires des organes et organismes de l'Union, sauf disposition contraire du présent accord.

Les articles 70 à 74 de l'Accord concernent les « données et informations traitées ou obtenues avant la fin de la période de transition ou sur la base de l'Accord ». L'article 71 de l'Accord prévoit que le RGPD continuera à s'appliquer au Royaume-Uni pour les traitements de données personnelles de personnes concernées situées hors du Royaume-Uni, sous réserve que ces données personnelles (i) aient été traitées selon le RGPD au Royaume-Uni avant la fin de la période de transition ou (ii) que ces données soient traitées au Royaume-Uni après la fin de la période de transition sur la base de l'Accord. Cette obligation ne s'imposera cependant pas au Royaume-Uni si la Commission européenne détermine que ce dernier assure un niveau de protection adéquat selon l'article 43 du RGPD. L'article 72 de l'Accord prévoit que les dispositions

du RGPD s'appliqueront aux autorités officielles du Royaume-Uni, y compris aux entreprises publiques ou titulaires de prérogatives de puissances publiques, en ce qui concerne le traitement confidentiel, les restrictions d'utilisation, la limitation du stockage et les obligations d'effacement des données personnelles obtenues avant le terme de la période de transition ou sur la base de l'Accord. L'article 73 prévoit que l'Union européenne ne traitera pas les données obtenues du Royaume-Uni différemment de celles obtenues des Etats membres et l'article 74 concerne les échanges d'informations classifiées et de secrets industriels entre l'Union européenne et Euratom d'une part et le Royaume-Uni d'autre part, ainsi que les transferts et agréments de produits cryptographiques. Ces 4 articles, à part imposer au Royaume-Uni une obligation d'appliquer le RGPD pour certaines données après la fin de la période de transition, concernent donc essentiellement les échanges de données entre les autorités européennes et britanniques et apportent assez peu d'éclaircissements sur le régime applicable aux transferts de données entre les pays de l'Union européenne et le Royaume-Uni après la date du Brexit, au cours de la période de transition.

La Déclaration politique conclue le 19 février 2019² consacre son deuxième paragraphe à la protection des données, mais apporte également peu d'éclaircissement concrets sur le sujet :

« Compte tenu de l'importance que revêtiront les flux et les échanges de données dans l'ensemble des relations futures, les parties sont résolues à assurer un niveau élevé de protection des données à caractère personnel afin de faciliter de tels flux entre elles.

Les règles de l'Union en matière de protection des données prévoient un cadre permettant à la Commission européenne d'établir que les normes en matière de protection des données en vigueur dans un pays tiers prévoient un niveau de protection adéquat, ce qui facilite les transferts de données à caractère personnel vers le pays tiers concerné. Sur la base de ce cadre, la Commission européenne commencera

les évaluations relatives au Royaume-Uni dès que possible après le retrait de celui-ci, en s'efforçant d'adopter des décisions avant la fin de 2020, si les conditions applicables sont remplies. Compte tenu du fait que le Royaume-Uni établira son propre régime de transfert international, celui-ci prendra des mesures selon le même calendrier pour veiller à faciliter de manière comparable les transferts de données à caractère personnel vers l'Union, si les conditions applicables sont remplies. Les relations futures n'auront pas d'incidence sur l'autonomie des parties en ce qui concerne leurs règles respectives en matière de protection des données à caractère personnel.

Dans ce contexte, il convient en outre que les parties concluent des arrangements en vue d'une coopération appropriée entre les autorités de régulation. »

Il faut donc se reposer sur la partie générale de l'Accord afin d'essayer de comprendre à quel régime juridique les exportations de données vers le Royaume-Uni seront soumises après le Brexit selon l'Accord. Le RGPD faisant partie du droit de l'Union tel que défini en article 2.a) du Traité, toute référence aux Etats membres dans le RGPD inclut donc le Royaume-Uni. On pourrait donc logiquement supposer que les transferts de données vers le Royaume-Uni seront des transferts de données entre Etats membres et ne créeront, au moins pendant la période de transition, aucune nouvelle obligation au titre du RGPD. Cependant, le chapitre V du RGPD ne mentionne pas les Etats membres mais les transferts vers les pays tiers, ce que sera indubitablement le Royaume-Uni après le Brexit, pendant la période de transition. Le Royaume-Uni sera donc indubitablement soumis aux nombreuses obligations qui s'imposent aux Etats membres selon le RGPD, mais une interprétation strictement textuelle de l'Accord et du RGPD pourrait considérer que les transferts de données vers le Royaume-Uni sont des transferts de données vers un Etat tiers, et donc que les formalités décrites ci-dessous seraient applicables dès la date du Brexit, que l'Accord ait (finalement) été adopté par le Royaume-Uni ou non. Cette interprétation nous semble-rait contraire au principe de bonne foi

énoncé en article 5 de l'Accord, mais ne peut être écartée.

Le Royaume-Uni ne deviendra pas un pays offrant un niveau de protection adéquat immédiatement après la date du Brexit

Le RGPD a renforcé les conditions d'obtention du statut de pays reconnu comme assurant un niveau de protection adéquat, qui permet l'exportation de données personnelles vers des Etats non membres de l'Union sans être obligé de conclure des accords de transfert de données conformes aux clauses-types de la Commission, des règles d'entreprises contraignantes ou d'autres mécanismes juridiques prévus par l'article 46.2 du RGPD.

A l'heure actuelle, seuls 13 pays ou territoires font l'objet d'une décision d'adéquation partielle ou totale. L'obtention de ce statut requiert de longues négociations. Par exemple, les discussions avec le Japon, qui a fait l'objet d'une décision d'adéquation en janvier 2019³, ont commencé en janvier 2017. Malgré l'adoption du Brexit le 23 juin 2016, le Royaume-Uni a modifié sa législation Informatique et libertés par le Data Protection Act 2018 afin de la mettre en conformité avec le RGPD. On pourrait donc s'attendre à ce que la Commission prononce rapidement une décision d'adéquation, ce qui simplifierait considérablement les flux de données transfrontalières. Cependant, les autorités européennes ont clairement signifié que l'octroi d'une décision d'adéquation au Royaume-Uni ne serait pas automatique. Lors des négociations concernant l'Accord, la Commission a refusé les demandes britanniques d'ouvrir immédiatement des discussions sur le statut d'adéquation, indiquant que ces discussions ne pourraient formellement commencer que lorsque le Royaume-Uni serait devenu un Etat tiers, soit donc après la date du Brexit, position qui renforce d'ailleurs le risque d'un traitement du Royaume-Uni comme un Etat tiers au titre du RGPD pendant la période de transition. Si l'Accord ne parvient pas à être adopté ou s'il est interprété restrictivement, il y aura donc forcément une période après la date du Brexit

où le Royaume-Uni sera un Etat tiers ne bénéficiant pas d'une décision d'adéquation. Le Royaume-Uni a accepté cette position et les parties sont convenues, dans la Déclaration Politique mentionnée ci-dessus, de commencer les négociations pour cette décision d'adéquation le plus rapidement possible, afin que la décision puisse être adoptée « *avant la fin de 2020, si les conditions applicables sont remplies* ». Cette période ne sera donc pas, contrairement à ce que l'on aurait pu supposer, un instant de raison.

Lors de la présentation de son rapport annuel, le 26 février 2019, Giovanni Buttarelli, le Contrôleur européen de la protection des données a indiqué que d'autres pays étaient candidats à ce statuts, citant la Corée du Sud et le Mexique et que l'adoption d'une décision d'adéquation requerrait beaucoup de travail, même si le Royaume-Uni respecte actuellement pleinement le RGPD. Le contrôleur adjoint, Wojciech Wiewiórowski, a également indiqué que la Commission européenne devait préparer son rapport sur les transferts internationaux de données et réévaluer toutes les décisions d'adéquations actuelles pour mai 2020, laissant donc entendre que la décision d'adéquation du Royaume-Uni pourrait devoir attendre après cette date. Ces propos, qui n'engagent pas formellement la Commission, peuvent bien évidemment faire partie d'une tactique de négociation, pour faire pression sur le Royaume-Uni dans le cadre de la négociation qui aura lieu après le Brexit selon l'Accord, pour définir l'ensemble de la relation commerciale entre l'Union européenne et le Royaume-Uni. Ils reflètent néanmoins l'état d'esprit sur ce sujet au sein des institutions européennes, où le fait que la législation du Royaume-Uni soit conforme au RGPD n'est pas considéré comme permettant l'octroi automatique d'une décision d'adéquation. De plus, la Commission, dans le cadre de son examen de la législation britannique, examinera non seulement le Data Protection Act mais toute législation pouvant avoir un impact sur la protection des données personnelles. La High Court⁴, au vu de la jurisprudence de Cour de justice de l'Union européenne⁵,

a d'ores et déjà déclaré que les pouvoirs d'interception, rétention et examen des données personnelles accordés aux services de sécurité britanniques par le Investigatory Powers Act 2016 violaient les droits à la vie privée et à une vie familiale normale protégés par la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales intégrés dans les principes généraux du droit communautaire selon l'article 6 du Traité sur l'Union européenne. Si cette problématique de la collecte massive de données personnelles par les services de sécurité concerne tous les États de l'Union européenne, ces derniers sont tous soumis à la jurisprudence de la CJUE, ce qui ne sera plus le cas de Royaume-Uni après le Brexit ou, en cas d'adoption de l'Accord, après la fin de la période de transition. Les négociations concernant la décision d'adéquation, et la revue de cette décision d'adéquation qui devra intervenir tous les 4 ans en application de l'article 45 du RGPD prendront nécessairement en compte cette dimension.

Conséquences d'un hard Brexit (Brexit sans accord ou d'une interprétation restrictive de l'Accord) pour les responsables de traitement français et européens

La simple application du RGPD aura pour conséquence quatre obligations principales pour les exportateurs de données vers le Royaume-Uni : la sécurisation des transferts vers ce nouveau pays tiers, l'identification de la base juridique de ce transfert, l'information des personnes concernées ainsi que la mention de ce transfert dans le registre des activités de traitement.

Dès la date du hard Brexit, toute exportation de données personnelles vers le Royaume-Uni sera illégale si elle n'est pas sécurisée par un accord de transfert de données conforme aux clauses types de l'Union européenne ou l'un des autres mécanismes de garanties appropriés prévus à l'article 46 du RGPD, et en particulier des règles d'entreprise contraignantes, les codes de conduite et les mécanismes de certifications étant des instruments trop récents qui n'ont pas encore réellement été mis en œuvre.

Ceci veut dire que toute personne traitant des données personnelles, en tant que responsable ou sous-traitant, doit immédiatement, si cela n'est pas encore fait, procéder à une identification de ses flux de données vers le Royaume-Uni et identifier si chaque transfert est un transfert de responsable à sous-traitant ou de responsable à responsable, afin d'identifier les modèles de clauses standard de la Commission européenne qu'elles peuvent utiliser (ou, le cas échéant, si ils peuvent bénéficier de règles d'entreprise contraignantes). Certains sous-traitants de données britanniques, tels que les fournisseurs de services d'hébergement et de traitement de données, ont d'ores et déjà commencé à intégrer dans leurs contrats-types les clauses types de l'Union européenne, afin de pouvoir continuer à fournir légalement leurs services à leurs clients, mais il convient de rappeler que le risque de sanction pèse sur le responsable du traitement en cas d'exportations de données non conformes au RGPD.

Les responsables de traitement devront également dès la date du hard Brexit identifier laquelle des sept bases juridiques prévues par l'article 49 du RGPD justifie le transfert de données, afin, au moins pour les Français, de pouvoir la communiquer aux personnes concernées : (i) consentement de la personne concernée ; (ii) transfert nécessaire à l'exécution d'un contrat ou à la mise en œuvre de mesures précontractuelles ; (iii) transfert nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat conclu dans l'intérêt de la personne concernée entre le responsable du traitement et une autre personne physique ou morale ; (iv) transfert nécessaire pour des motifs importants d'intérêt public ; (v) transfert nécessaire à la constatation, la défense ou l'exercice de droits en justice ; (vi) transfert nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'autres personnes, lorsque la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement ou (vii) transfert ayant lieu au départ d'un registre destiné à fournir des informations au public.

L'exportateur de données devra ensuite modifier ses mentions d'information,

afin que les personnes concernées soient informées de ce transfert de données vers ce nouveau pays tiers et informer les personnes concernées de l'absence de décision d'adéquation avec le Royaume-Uni ainsi que des garanties mise en œuvre et des moyens d'en obtenir une copie, en application de l'article 13.1.f du RGPD. Les exportateurs de données français devront fournir une information particulièrement détaillée aux personnes concernées, l'article 91 du Décret 2005-1309⁶ disposant que les personnes auprès desquelles les données ont été collectées doivent être informées :

1. du ou des pays d'établissement du destinataire des données dans les cas où ce ou ces pays sont déterminés lors de la collecte des données ;
2. de la nature des données transférées ;
3. de la finalité du transfert envisagé ;
4. de la ou les catégories de destinataires des données ;
5. du niveau de protection offert par le ou les pays tiers :
 - a. Si le ou les pays tiers bénéficie(nt) d'une décision d'adéquation, il est fait mention de la décision de la Commission européenne autorisant ce transfert ;
 - b. Si le ou les pays tiers ne bénéficie(nt) pas d'une décision d'adéquation et si le transfert n'est pas fondé sur le consentement, la base juridique justifiant le transfert.

Finalement, le transfert vers le Royaume-Uni devra également être mentionné pour chaque traitement dans le registre des activités de traitement tenu par les responsables et sous-traitants.

En conclusion, il convient de rappeler que les transferts de données vers un pays tiers en violation des articles 44 à 49 font partie des infractions au RGPD les plus lourdement sanctionnées en application de l'article 83.5 du RGPD, faisant l'objet d'amendes allant jusqu'à 20.000.000 d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent. On peut s'attendre à ce que la Cnil fasse preuve d'une certaine compréhension au vu du caractère erratique des négociations du Brexit, de l'incertitude concernant sa date réelle, si jamais il a réellement lieu, et de l'absence

de clarté à ce sujet du projet d'Accord. Cependant, le montant des sanctions et la durée pendant laquelle le Royaume-Uni demeurera un pays tiers à l'Union européenne, sans bénéficier d'une décision d'adéquation, font que les entreprises doivent d'ores et déjà au moins identifier leurs exportations de données vers le Royaume-Uni, s'interroger si leurs données sont hébergées ou traitées dans ce pays, sur la pertinence de la continuité de ces transferts de données et, le cas échéant, identifier les bases juridiques de ces transferts de données et préparer la modification de leurs mentions d'information en conséquence.

Marc LEMPÉRIÈRE

*Avocat aux barreaux de Paris et New York
Associé du cabinet Almain*

Notes

- (1) Accord sur le retrait du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord de l'Union européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique; 2019/C 66 I/01
- (2) Déclaration politique fixant le cadre des relations futures entre l'Union européenne et le Royaume-Uni, 2019 C/66 I/02, JO C 66I du 19.2.2019, p. 185-198
- (3) Décision d'application de la Commission en date du 2^e janvier 2019 en application du Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil sur la protection adéquate des données personnelles par le Japon selon la Loi sur la protection des informations personnelles, C(2019) 304
- (4) Liberty v Home Office, High Court of Justice, Queen Bench Division, Divisional Court, 27 April 2018, [2018] EWHC 975 (Admin),
- (5) Tele2 Sverige AB contre Post- och telestyrelsen, (C203/15) et Secretary of State for the Home Department (C698/15) contre Tom Watson, Peter Brice, Geoffrey Lewis, CJUE, 21 déc. 2016
- (6) Décret n°2005-1309 du 20 octobre 2005 pris pour l'application de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.