

Le troisième accord UE-USA sur le transfert des données sera-t-il le bon?

Joe Biden a signé le mois passé un décret visant à fournir des gages aux Européens pour le transfert de leurs données personnelles de l'UE vers les États-Unis.

En 2020, suite à l'arrêt Schrems II, la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) annula l'accord Privacy Shield qui autorisait les transferts de données personnelles entre les États-Unis et l'Europe. Cet accord, qui remplaçait déjà un précédent accord, Safe Harbour, également révoqué par la CJUE, n'offrait toujours pas de garanties suffisantes face à la curiosité gratuite des agences de renseignement américaines. En conséquence, les entreprises qui transféraient des données entre les États-Unis et l'Europe le faisaient à leurs risques et périls.

Depuis lors, les rumeurs allaient bon train quant à un troisième accord.

En mars de cette année, la Commission européenne annonçait de concert avec le président Biden qu'il était en préparation. Il a été publié, côté américain, le 7 octobre dernier. Ce décret n'évoque toutefois que les agences de renseignement et ne leur interdit toujours pas d'accéder aux données des citoyens européens présents sur leur sol.

En revanche, elles n'auront plus accès aux données en self-service. Il faudra nécessairement spécifier un objectif précis (comme la lutte contre le terrorisme) et l'analyse des données devra obligatoirement s'inscrire dans les priorités de l'agence. Quant à l'usage qui sera fait de leurs données, les citoyens européens bénéficieront des mêmes droits que les Américains et pourront obtenir réparation si ces droits venaient à ne pas être respectés. Voilà donc maintenant que les droits civils américains s'appliqueront aussi de manière extra-territoriale aux Européens... mais, cette fois, pour un bien!

S'ils s'estiment lésés, les Européens pourront se défendre. On a ainsi créé à leur intention la fonction d'officier pour la protection des libertés qui rapportera au directeur du renseignement national qui chapeaute toutes les agences de renseignement. Cet officier instruera les plaintes reçues en violation des lois américaines et pourra imposer des mesures aux agences qui auraient commis un tort. C'est un médiateur, donc, sans plus.

De leur côté, les agences ont la possibilité de faire appel auprès d'un tribunal encore à créer: le Data Protection Review Court qui devra, au cas par cas, désigner un avocat pour défendre les droits du plaignant et éclairer le tribunal sur les enjeux de la loi. Comprenez: fini le tribunal

secret qui régissait les demandes d'accès aux données des étrangers, le fameux FISC (Foreign Intelligence Surveillance Court).

La contre-attaque se prépare

Qu'à cela ne tienne, le militant pour le respect de la vie privée, Max Schrems, à l'origine des annulations des précédents accords États-Unis-Europe, a d'ores et déjà indiqué qu'il attaquerait le pendant européen à venir de ce décret présidentiel (une décision d'adéquation qui augmentera que, dans ces conditions, les États-Unis sont aussi vertueux que l'Europe en protection des données personnelles).

En réalité, c'est bien d'un autre accord dont nous aurions besoin pour encadrer le plus discret, mais bien plus dangereux Cloud Act promulgué sous l'ère Trump, qui étend la portée géographique des demandes éventuelles du gouvernement américain à pouvoir accéder aux données sur les serveurs, quelle que soit leur localisation.

Aujourd'hui, le Cloud Act est peu utilisé. Mais demain, qu'en sera-t-il, lorsqu'un autre président sera en exercice?

Cette loi fédérale américaine permet aux autorités américaines de se servir non seulement dans les données européennes accessibles sur le territoire américain, mais également de toutes celles disponibles à l'étranger, pourvu que ces données soient hébergées par des sociétés de droit américain. Ce Cloud Act est, en quelque sorte, la quintessence de l'extraterritorialité de lois que s'autorisent les États-Unis.

À cet égard, il est à noter que le Royaume-Uni et les États-Unis sont parvenus à trouver un terrain d'entente. Désormais, toute consultation de données au Royaume-Uni au sens du Cloud Act devra être validée par une autorité encore à mettre en place. Ces demandes ne pourront concerner que des activités criminelles graves. L'accord est symétrique et profitera donc aussi bien aux Américains qu'aux Britanniques. Un tel accord, au niveau européen, finirait de sanctuariser les données européennes gérées par les entreprises américaines où qu'elles soient.

Aujourd'hui, le Cloud Act est peu utilisé, n'implique que des données de citoyens américains en Europe et accusés de crimes graves. On peut notamment le vérifier grâce aux rapports de transparence publiés par les grands acteurs américains en vue de rassurer leurs clients européens. Mais demain, qu'en sera-t-il, lorsqu'un autre président sera en exercice?

Pour en savoir plus: Executive Order On Enhancing Safeguards For United States Signals Intelligence Activities, White House, Oct 7, 2022

Charles Cuvelliez

Ecole Polytechnique, ULB

Francis Hayen

Délégué à la Protection des Données, Belfius

Revue de presse

Quel avenir pour Twitter?

THE ATLANTIC

Twitter est un canal crucial d'informations. On peut y trouver en une journée plus d'idées originales de la part de personnes inconnues qu'en écoutant plusieurs mois de conférences à Washington. Dans le même temps, Twitter a toujours eu ses aspects laids et dangereux: la pensée de groupe, l'imposition de la conformité, la diffusion intentionnelle de la désinformation. Les gens y subissent des dommages psychiques sous des torrents d'insultes qui prolifèrent parfois brusquement.

En tant qu'individus, nous pouvons compenser ces risques en gérant nos propres comptes avec prudence: en choisissant soigneusement les personnes à suivre, en supprimant les personnes qui se comportent mal ou qui désinforment, en limitant la messagerie directe afin qu'elle ne soit pas utilisée pour des menaces et du harcèlement, en réglant les notifications pour éviter les interactions indésirables.

Mais les individus ne peuvent pas tout faire eux-mêmes. Ils ont besoin d'un soutien institutionnel. Cela n'a jamais été une spécialité de Twitter, et Musk donne des raisons de craindre qu'il ne reuise encore davantage au site. Il a pour ambition de tirer des revenus de Twitter, une attente raisonnable; le site est une entreprise, mais sa première idée est très mauvaise: faire payer la vérification des comptes. Musk semble considérer la procédure de vérification comme une marque de prestige. Ce n'est pas le cas. C'est un outil crucial contre les abus.

À l'heure actuelle, vous pouvez consulter les comptes vérifiés des agences d'État et être certain qu'elles sont bien qui elles prétendent être. Mais que se passera-t-il si un farceur crée un compte d'apparence officielle, paye 8 dollars par mois pour le vérifier, puis lance des rumeurs? Qui est-ce qui empêchera de créer des comptes sous un faux pavillon, de les vérifier et de les utiliser à des fins malveillantes? Préparez-vous à voir de faux comptes vérifiés diffusés de la propagande russe, chinoise ou saoudienne, vendre de fausses vidéos de sexe de célébrités, des médicaments de pacotille et des plans d'investissement foireux.

Ceux d'entre nous qui publient sur Twitter sont des générateurs de contenu dont les interactions produisent des revenus qui font du site une entreprise. Cela fait de nous des parties responsables de ce que Twitter deviendra. Ainsi, si Musk adapte Twitter de manière à servir les intérêts de forces antidémocratiques, nous pourrions finir par collaborer à la subversion de nos plus grands idéaux. Ce n'est toutefois pas encore l'heure de couper le cordon. Il faut toujours espérer le meilleur. Mais aussi se préparer au pire.

L'expert

Denis-Emmanuel Philippe
Avocat associé Bloom et
maître de conférences à l'ULiège

Première application de la mesure anti-abus à un montage de cession d'entreprise

Dans une décision rendue en septembre dernier, un juge fiscal a, pour la première fois, appliqué la mesure générale anti-abus à un montage de cession d'entreprise (LBO).

Cet arrêt sonne comme un rappel à l'ordre pour les entrepreneurs désireux de céder les parts de leur entreprise, mais aussi pour les praticiens (avocats, comptables, conseillers financiers, banquiers...) actifs dans le domaine des fusions et acquisitions (M&A).

Les investisseurs – notamment les fonds de private equity – à la recherche de placements fructueux sont légitimes. Une cible idéale: une PME prometteuse, dotée d'un potentiel de développement important. Pour acquérir les actions dans la cible, le repreneur constitue généralement un holding de reprise financé en grande partie par un emprunt bancaire. Ce montage bien connu est dénommé dans le jargon financier *Leveraged Buy Out* (LBO).

Un arrêt riche d'enseignements

Dans l'espèce ayant donné lieu à l'arrêt de la Cour d'appel d'Anvers du 6 septembre 2022, un entrepreneur avait cédé ses actions dans une société active dans le secteur des télécoms pour un montant de 14.300.000 euros.

La holding de reprise avait financé le prix d'acquisition par un crédit bancaire. Une partie de ce crédit avait ensuite été remboursée à la banque grâce aux liquidités préexistantes à la holding par une sous-filiale de la société cible. Ser suivirent des fusions post-acquisition des sociétés du groupe cible et des remontées de réserves en direction de la holding, à la faveur de distributions de dividendes et de l'attribution de tantièmes.

Ce qui heurte le fisc et le juge fiscal, c'est que le cédant réalise une plus-value sur actions (calculée en grande partie sur la base des réserves accumulées au niveau de la société cédée et de ses filiales) entièrement exonérée à l'IPP, plutôt que de se faire distribuer un dividende (passible du précompte mobilier) avant la cession de ses actions au tiers repreneur.

La Cour a estimé que l'opération dans sa globalité constituait un «abus fiscal» et entériné la requalification d'une partie du prix de cession (6.300.000 euros) – corres-

pondant aux réserves accumulées au niveau des filiales de la société cible – en dividende taxable à l'impôt des personnes physiques (IPP) – au taux de 25% applicable à l'époque – chez le cédant.

Cet arrêt est riche d'enseignements pratiques. Il montre d'abord que, contrairement à certaines idées reçues, l'application de la mesure anti-abus n'est pas réservée aux seules cessions d'actions par une personne physique à une holding propre (les fameuses structures dites de «plus-values internes»).

Il illustre ensuite que la notion de «liquidités excédentaires» est centrale pour apprécier la présence ou non d'un «abus fiscal».

En bref, si les liquidités disponibles au niveau du groupe cible ne sont pas nécessaires à la bonne marche de l'entreprise, le fisc pourra plus aisément considérer que la cession des actions de la société cible est «abusive», car la voie «la plus normale» aurait été de rapatrier les liquidités excédentaires vers le cédant sous la forme d'une distribution de dividendes (passible du précompte mobilier) préalablement à la cession des actions.

Il «suffit» d'être impliqué dans le montage...

Il ressort par ailleurs de l'arrêt que le cédant peut tomber sous le coup de la mesure anti-abus, même s'il n'a pas formellement été partie prenante à tous les actes composant l'opération (notamment la conclusion des contrats de prêts, les restructurations post-acquisition, les distributions de dividendes...). Selon la Cour, il suffit, en effet, qu'il ait été «impliqué» dans les différentes étapes du montage.

On ne peut pas non plus résister à la tentation de relever que les magistrats renvoient à des passages entiers d'un mémorandum des conseillers fiscaux du cédant concernant les différentes étapes du montage, pour étayer la présence de l'élément intentionnel de l'abus fiscal... Nul doute que les acquéreurs se montreront à l'avenir moins enclins à reprendre des entreprises avec un stock de liquidités excédentaires (et à financer le prix d'acquisition des actions grâce au cash disponible au sein du groupe cible).

D'autant plus que si le fisc a ici appliqué la mesure anti-abus à l'encontre du cédant, rien ne l'empêcherait en théorie de dégaîner cette même arme redoutable (dans le cadre d'autres opérations similaires) à l'encontre des sociétés du groupe cible, afin de réclamer le précompte mobilier...

