



Prise de position sur la transmission de données personnelles vers les États-Unis et d'autres États n'offrant pas un niveau adéquat de protection des données au sens de l'art. 6, al.1 LPD

1. Signification et portée de la liste des États du PFPDT

Conformément à l'art. 7 OLPD¹, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) établit une liste des États, accessible au public, indiquant pour chaque État le niveau de protection des données assuré au sens de l'art. 6 LPD².

Pour établir cette liste, le PFPDT tient compte :

- de la législation et de son application dans la pratique, ainsi que de son interprétation par la doctrine et la jurisprudence ;
- des conventions, publications, prises de position et décisions en matière de protection des données, émises par des institutions et autorités nationales et étrangères, portant sur l'équivalence ou l'adéquation du niveau de protection des données garanti par d'autres États ou organisations internationales.

En conséquence d'une série de décisions d'adéquation nationales et européennes, la Suisse appartient aujourd'hui, avec les pays de l'Union européenne (UE) et de l'Espace économique européen (EEE), mais également avec des nations non européennes telles que l'Argentine, le Canada, la Nouvelle-Zélande ou l'Uruguay, à un cercle de nations qui reconnaissent réciproquement l'équivalence et l'adéquation des niveaux de protection respectifs qu'elles offrent³, si bien que les transferts de données personnelles entre la Suisse et ces États s'opèrent en règle générale, comme pour le transfert de données à l'intérieur du pays, sans les précautions particulières énumérées à l'art. 6, al. 2 LPD.

La reconnaissance de l'adéquation entre ces États concerne l'ensemble de leur législation sur la protection des données et, partant, les conditions applicables à l'exportation vers des États tiers de données personnelles échangées entre ces États. Dans ce contexte, il existe entre ces États, et donc entre la Suisse et les pays de l'UE et de l'EEE, une entente mutuelle dans laquelle chaque partie attend de l'autre qu'elle gère une liste des États permettant d'exclure tout contournement des règles conjointement reconnues en matière de niveau de protection adéquate. Un besoin de coordination entre ces États naît notamment lorsque l'un d'eux procède à une réévaluation du niveau de protection offert par un État tiers, comme c'est le cas actuellement dans

¹ Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données du 14 juin 1993, RS 235.11

² Loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992, RS 235.1

³ Cf. notamment les décisions d'adéquation de la Commission européenne prises en application de l'art. 25 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, en lien avec le ch. 2.3.3 du Commentaire de l'OFJ concernant la révision de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (projet de révision du 18 janvier 2007).



les pays de l'UE / EEE⁴ en conséquence de la récente jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) concernant les États-Unis.

Avec cette liste, les exportateurs suisses de données disposent d'un moyen d'aide leur fournissant une appréciation officielle générale du niveau de protection appliqué dans les pays figurant sur la liste, au sens d'une présomption réfragable. Elle ne libère pas les exportateurs de données de leur obligation de contrôler au cas par cas le niveau de protection supposé sur la base d'éléments concrets et de prendre d'éventuelles mesures de protection au sens de l'art. 6, al. 2 LPD, voire de renoncer totalement à l'exportation des données.

La liste et les appréciations sur lesquelles elle repose valent sous réserve d'une jurisprudence divergente des tribunaux suisses, dont le PFPDT serait tenu de respecter.

2. Position des États-Unis dans la liste

Dans la liste des États du PFPDT, les pays dont la législation garantit un « niveau adéquat » de protection au sens de l'art. 6, al. 1 LPD figurent dans la première colonne. Depuis que la liste existe, les États-Unis n'ont jamais appartenu à cette catégorie. Sur la base de cette appréciation, il convient en règle générale, lors d'un transfert de données personnelles de la Suisse vers les États-Unis, d'appliquer les précautions figurant à l'art. 6, al. 2 LPD.

2.1 Simplification du transfert de données dans le cadre du « Privacy Shield »

À la suite d'une simplification partielle du transfert de données, le PFPDT a placé les États-Unis, le 11 janvier 2017, dans la deuxième colonne de la liste des États, intitulée « Niveau adéquat sous certaines conditions ». Dans la colonne « Remarque », en référence au « Privacy Shield » établi sur la base des déclarations unilatérales entre les instances gouvernementales américaines et suisses des 9 et 12 janvier 2017 (ci-après PS CH), un niveau de protection des données adéquat au sens de l'art. 6, al. 1 LPD est partiellement reconnu pour les États-Unis. Cette reconnaissance n'est que partielle, car elle se limite aux échanges de données avec les entreprises américaines certifiées dans le cadre du régime Privacy Shield. Cette procédure de certification particulière a été garantie séparément à la Suisse et à l'UE par les États-Unis, sur la base de règles pratiquement identiques⁵.

⁴ L'invalidation de la décision d'adéquation est directement applicable dans les États de l'EEE-AELE.

⁵ Cf. communications du PFPDT sous : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/transmission-des-donnees-aux-etats-unis.html>



2.2 Examen annuel

Pour le contrôle du fonctionnement du régime PS, un examen annuel conjoint (joint review) est réalisé. Depuis la mise en application du PS CH, deux examens ont ainsi été effectués conjointement par la délégation suisse (SECO, PFPDT) et une délégation gouvernementale américaine (les 20 octobre 2018 et 14 septembre 2019). Chacun de ces deux examens faisait suite à un examen conjoint par des représentants de la Commission européenne et du Comité européen de la protection des données (CEPD), auquel la délégation suisse assistait en qualité d'observateur.

Lors de la dernière actualisation du positionnement des États-Unis dans la liste, le 11 janvier 2017, le PFPDT s'est réservé exclusivement le droit de procéder à des mises à jour s'il le jugeait approprié au vu de l'exécution effective du PS CH par les États-Unis, en tenant compte de la jurisprudence des tribunaux suisses et, le cas échéant, des décisions de justice dans l'UE⁶.

2.3 Accès aux données personnelles par les autorités américaines

Le régime PS pour la Suisse propose des solutions dans deux domaines d'application : d'une part des garanties pour l'échange de données dans le domaine commercial, en l'occurrence le respect des principes suisses de protection des données par les entreprises américaines certifiées, et d'autre part, des garanties concernant l'accès des autorités américaines aux données personnelles transférées. Ce dernier domaine concerne plus particulièrement la collecte de masse de données de ressortissants d'autres pays que les États-Unis aux fins de la lutte contre le terrorisme et de la sauvegarde de la sécurité nationale⁷, la poursuite de tels intérêts prévalant sur les conventions à but commercial entre les parties suisses et américaines.

Pour l'appréciation, au regard du droit sur la protection des données, de l'accès aux données par les autorités américaines, le PFPDT s'est fondé pour l'essentiel sur les informations publiées à l'occasion des examens précités du PS par l'Union européenne. De ce fait, et au regard de la reconnaissance réciproque par la Suisse et l'UE de l'équivalence de leurs législations respectives sur la protection des données, le PFPDT s'est rangé à la plupart des avis critiques du CEPD, dans la mesure où ils étaient également pertinents du point de vue du droit suisse.

Ainsi, dans ses rapports sur les examens du PS CH, le PFPDT a souligné, d'une part, que les personnes concernées en Suisse ne disposaient pas non plus de droits justiciables aux États-Unis, d'autant que l'efficacité du mécanisme dit du Médiateur, censé garantir une voie de droit indirecte, ne pouvait pas être évaluée du fait d'un manque de transparence. D'autre part, le PFPDT a estimé que, faute d'informations concrètes et concluantes suffisantes, il était impossible d'affirmer que les prérogatives décisionnelles du Médiateur à l'égard des services de renseignement américains ainsi que son indépendance effective étaient suffisantes. En conséquence, les

⁶ Cf. communication du PFPDT du 11 janvier 2017: <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/transmission-des-donnees-aux-etats-unis/swiss-us-privacy-shield--un-nouveau-cadre-pour-la-transmission-d.html>

⁷ Au titre de la section 702 du Foreign Intelligence Surveillance Act (FISA) et de l'Executive Order 12 333 (EO 12 333).



personnes concernées en Suisse ne disposaient d'aucune garantie, au sens des art. 29 ss Cst.⁸, en termes de voie de recours pour faire valoir les droits qui leur sont conférés par l'art. 13, al. 2 Cst. et l'art. 8 CEDH⁹, ce que le PFPDT a jugé extrêmement problématique¹⁰. Malgré ces critiques, le PFPDT n'a pas modifié le niveau de protection des données attribué aux États-Unis dans sa liste des États. Tout comme le CEPD, il souhaitait dans un premier temps laisser l'occasion aux États-Unis de procéder à des améliorations. Il entendait également préserver le fonctionnement du PS au bénéfice des clients suisses d'entreprises américaines certifiées.

2.4 Décision de la CJUE dans l'affaire Schrems II

Malheureusement, en dépit des critiques formulées par l'UE et la Suisse dans le cadre des examens du PS et des discussions menées à ce sujet au Congrès américain, les États-Unis n'ont à ce jour procédé à aucune modification à cet égard¹¹. Dans ce contexte, l'arrêt rendu le 16 juillet 2020 par la CJUE dans l'affaire C-311/18, Data Protection Commissioner contre Facebook Ireland Ltd et Maximilian Schrems (ci-après « arrêt de la CJUE »)¹² a invalidé la décision d'adéquation 2016/1250 de la Commission de l'UE concernant les entreprises américaines certifiées selon le régime PS¹³.

Ainsi, pour la CJUE, toutes les exportations de données de l'UE vers les États-Unis relèvent désormais de l'art. 46 du Règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD). Selon l'arrêt, les responsables du traitement, en premier lieu, et les autorités de protection des données des pays membres de l'UE, en second lieu, ont l'obligation d'apprécier au cas par cas si les clauses contractuelles types (SCC¹⁴) selon l'article 46, paragraphe 2 RGPD permettent de garantir la compatibilité de l'exportation de données vers les États-Unis avec le droit communautaire européen. En l'absence d'une telle garantie, le responsable est tenu, soit de sa propre initiative, soit sur ordre de l'autorité de protection des données de l'État membre de l'UE ou de l'EEE concerné, de cesser les exportations de données vers les États-Unis et de supprimer les données personnelles déjà exportées (concernant l'EEE, cf. nbp 4).

⁸ Constitution fédérale de la Confédération suisse, RS 101

⁹ Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, RS 0.101

¹⁰ Cf. <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/protection-des-donnees/handel-und-wirtschaft/ue-bermittlung-into Ausland/transmission-des-donnees-aux-etats-unis.html>. Pour qu'un individu puisse efficacement faire valoir ses droits en matière de protection des données selon l'art. 13, al. 2 Cst., il doit pouvoir au besoin recourir à la voie judiciaire. Le droit fondamental à la protection contre l'utilisation abusive de données comprend donc également un **droit à la protection juridique** (Eva Maria Belser, in Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N 104).

¹¹ En 2018, la section 702 FISA a été reconduite pour 6 ans supplémentaires (FN1 - PUBLIC LAW 115-118—JAN. 19, 2018). Même si, entre temps, des critiques ont également été formulées publiquement aux États-Unis à l'égard du FISA, et même si des projets de loi en relation avec le FISA sont actuellement en cours d'examen, la situation de la protection des données des résidents suisses n'a connu aucune amélioration.

¹² <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=fr&num=C-311/18>

¹³ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/ALL/?uri=CELEX%3A32016D1250>

¹⁴ SCC = « Standard Contractual Clauses ».



Compte tenu du fait qu'une SCC ne permet pas d'empêcher légalement l'accès d'autorités étrangères aux données, la Cour de justice renvoie au CEPD, auquel il incombe alors, en vertu de l'article 65, paragraphe 1, sous c RGPD, d'adopter une décision contraignante pour garantir la protection des données des résidents de l'UE / EEE concernés (concernant l'EEE, cf. nbp 4). Le CEPD a publié une foire aux questions, datée du 23 juillet 2020¹⁵, qui doit être régulièrement actualisée.

3. Actualisation du positionnement des États-Unis dans la liste des États

3.1 Portée de la jurisprudence de la CJUE pour l'économie suisse

L'arrêt précité de la CJUE n'a pas d'effet contraignant pour la Suisse, puisque cette dernière n'est pas membre de l'UE.

Cependant, en vertu de l'art. 3 du RGPD, les autorités et les tribunaux de l'Union européenne peuvent appliquer le droit de l'UE sur la protection des données et la jurisprudence de la CJUE qui en découle aux entreprises suisses lorsque ces dernières effectuent des traitements de données visés par lesdits droit et jurisprudence. Les entreprises suisses, dès lors qu'elles traitent des données de personnes résidant dans l'UE / l'EEE (concernant l'EEE, cf. nbp 4), peuvent donc s'attendre à ce que ces autorités étrangères exigent le respect des prescriptions du droit communautaire européen lors de l'exportation de données personnelles, sous peine d'amendes.

Actuellement, il n'existe en Suisse aucune jurisprudence comparable à celle de l'arrêt précité de la CJUE. Les tribunaux suisses, en se fondant sur l'art. 6 de la LPD suisse, pourraient arriver aux mêmes conclusions concernant l'accès aux données par les autorités américaines que la CJUE en application du RGPD, mais cette question reste à ce jour ouverte.

Au vu de ce qui précède, et en considération du principe général de l'État de droit et du besoin de sécurité juridique, le PFPDT estime qu'il est fondé non seulement à ré-examiner le positionnement actuel des États-Unis dans la liste des États, mais également à en préciser la justification juridique en cas d'adaptation.

3.2 Violation des principes de licéité du traitement des données selon la LPD

Dans les rapports d'examen précités, le PFPDT a établi ce qui suit :

- En cas d'accès aux données par les autorités américaines, les personnes concernées ne disposent d'aucun droit justiciable, d'autant que l'efficacité du mécanisme dit du Médiateur, censé garantir une voie de droit indirecte, ne peut pas être évaluée du fait d'un manque de transparence.
- Faute d'informations concrètes et concluantes suffisantes, il est impossible d'affirmer que les prérogatives décisionnelles du Médiateur à l'égard des services de renseignement américains ainsi que son indépendance effective sont suffisantes.

¹⁵ https://edpb.europa.eu/news/news/2020/european-data-protection-board-publishes-faq-document-cjeu-judgment-c-31118-schrems_fr



Le PFPDT estime que ce manque de transparence et, partant, l'absence de garanties en cas d'ingérence des autorités américaines dans la sphère privée et le droit à l'autodétermination informationnelle des personnes en Suisse est incompatible :

- avec le droit de ces personnes à une voie de recours au sens des art. 29 ss Cst. et de l'art. 15 LPD pour faire valoir les droits qui leur sont conférés par l'art. 13, al. 2 Cst. et l'art. 8 CEDH ;
- avec les principes de la licéité du traitement des données personnelles au sens de l'art. 4 LPD.

3.3 Adaptation de la liste des États

Du fait de l'absence de mécanisme garantissant aux personnes concernées en Suisse une protection comparable à celle visée aux art. 13, al. 2 et 29 ss Cst., art. 8 CEDH et art. 4 LPD, le PFPDT estime que les États-Unis ne répondent pas aux exigences d'une protection des données adéquate au sens de l'art. 6, al. 1 LPD, même lorsque les entreprises américaines qui traitent les données sont certifiées sous le régime PS. Partant de cette évaluation, qui se fonde sur le droit suisse, le PFPDT est arrivé à la conclusion que, **dans la liste des États du PFPDT, la mention « Niveau adéquat sous certaines conditions » devait être supprimée pour les États-Unis.**

Comme évoqué plus haut, cette appréciation du PFPDT vaut sous réserve d'une jurisprudence divergente des tribunaux suisses.

Cette appréciation actualisée, à savoir que le traitement des données reposant sur le PS CH n'est pas conforme aux exigences d'adéquation du niveau de protection au sens de l'art. 6, al. 1 LPD, ne peut avoir aucune influence sur le maintien du régime PS CH, car le PFPDT ne détient pas la compétence requise à cet effet. Les personnes concernées en Suisse peuvent donc se prévaloir de ce régime tant qu'il n'est pas révoqué par les États-Unis. **Les remarques concernant le régime PS dans la colonne correspondante de la liste des États sont donc maintenues, mais adaptées comme suit :**

« Les organismes qui adhèrent au régime Privacy Shield entre les États-Unis et la Suisse pour les données provenant de Suisse et qui figurent sur la liste du Département américain du commerce garantissent aux personnes en Suisse des droits de protection particuliers. Ces derniers ne satisfont toutefois pas aux exigences d'un niveau de protection adéquat au sens de la LPD. »

4. Garanties contractuelles

Les garanties contractuelles, telles que les SCC¹⁶ de l'UE, également souvent utilisées en Suisse, ou les « Binding Corporate Rules » n'offrent pas de protection contre un accès aux données personnelles par les autorités étrangères dès lors que le droit public de l'État d'importation prévaut et autorise ce type d'accès sans garanties suffisantes en termes de transparence et de protection juridique. Ceci s'applique à la

¹⁶ Il en va de même du contrat-type pour l'externalisation (outsourcing) du PFPDT.



communication de données personnelles non seulement aux États-Unis, mais également dans de nombreux autres États, désignés ci-après comme « hors liste », présentant un niveau insuffisant de protection juridique. Par conséquent, il faut admettre que, dans bien des cas, les SCC et les clauses similaires ne remplissent pas les exigences de garanties contractuelles au sens de l'art. 6, al. 2, let. a LPD pour une transmission des données vers des États hors liste.

4.1 Remarques pratiques à l'attention des entreprises suisses

Pour les transmissions futures vers des États hors liste, l'examen au cas par cas auquel l'exportateur de données doit systématiquement procéder devra être particulièrement minutieux:

- a) Si la communication des données s'appuie sur des garanties contractuelles au sens de l'art. 6, al. 2, let. a LPD, telles que les SCC, il convient de procéder à une évaluation du risque. L'exportateur doit s'assurer que les clauses couvrent les risques existants, en termes de protection des données, dans l'État hors liste. Éventuellement, les clauses devront être complétées, encore qu'un tel complément n'ait qu'un effet limité en cas de primauté dérogatoire du droit public de l'État considéré, comme il est exposé sous b).
- b) Lors de l'examen des risques de protection des données, il convient notamment de contrôler si les données sont envoyées à une entreprise soumise à des accès particuliers des autorités de l'État hors liste¹⁷. Il convient également de vérifier si la partie destinataire à l'étranger est habilitée à satisfaire aux obligations de collaboration conformément aux principes suisses de protection des données, et en mesure de le faire. Dans la négative, les obligations de collaboration prévues dans les clauses contractuelles types seront sans effet.
- c) Dans ce type de cas, l'exportateur de données suisse doit envisager des mesures techniques à même d'empêcher dans les faits les autorités du pays de destination d'accéder aux données personnelles transférées. Dans le cas d'un simple stockage des données, par exemple par un prestataire gérant un cloud dans un État hors liste, un cryptage serait envisageable, selon les principes BYOK (bring your own key) et BYOE (bring your own encryption), de façon qu'aucune donnée en clair ne soit accessible dans le pays de destination et que le prestataire n'ait aucune possibilité pour décrypter lui-même les données. Dans le cas d'une prestation allant au-delà du simple stockage des données dans le pays de destination, l'application de ces mesures techniques s'avère plus complexe. S'il est im-

¹⁷ Dans le cas des États-Unis, on contrôlera si l'entreprise américaine concernée relève de la législation américaine relative à la surveillance de masse (en particulier de la section 702 FISA et de l'EO 12 333), ce qui est le cas, p. ex., des « Electronic Communication Service Providers ».



possible de recourir à de telles mesures, le PFPDT recommande de renoncer à la transmission de données personnelles vers l'État hors liste, même si cette transmission est encadrée par des garanties contractuelles.

4.2 Autres constatations et remarques

Le PFPDT s'efforcera de fournir aux entreprises suisses des informations complémentaires sur l'exportation sous garanties contractuelles de données personnelles aux États-Unis et dans d'autres États tiers hors liste. Il publiera des compléments d'information dès que des faits nouveaux lui seront connus, notamment des décisions pertinentes de tribunaux suisses ou des prises de position annoncées du CEPD.