



Parere sulla trasmissione di dati personali negli Stati Uniti e in altri Stati che non garantiscono un livello di protezione dei dati adeguato conformemente all'articolo 6 capoverso 1 LPD

1. Rilevanza e impatto dell'elenco di Stati dell'IFPDT

Secondo l'articolo 7 OLPD¹ l'Incaricato federale della protezione dei dati e della trasparenza (IFPDT) pubblica un elenco degli Stati che dispongono di una legislazione che assicuri una protezione adeguata dei dati ai sensi dell'articolo 6 LPD².

Nel tenere l'elenco l'IFPDT considera:

- la legislazione e la sua attuazione pratica da parte degli Stati nonché la relativa valutazione da parte di dottrina e giurisprudenza;
- convenzioni, pubblicazioni, pareri e decisioni in materia di protezione dei dati di istituzioni e autorità nazionali ed estere sull'equivalenza o l'adeguatezza del livello di protezione dei dati garantito da altri Stati o organizzazioni internazionali.

In seguito a numerose decisioni sull'adeguatezza adottate da diversi Stati, la Svizzera, insieme ai Paesi dell'Unione europea (UE) e dello Spazio economico europeo (SEE) ma anche a Paesi non europei come l'Argentina, il Canada, la Nuova Zelanda e l'Uruguay, appartiene a un gruppo di nazioni che presuppongono reciprocamente l'esistenza di un livello di protezione dei dati equivalente e adeguato³, in modo che il trasferimento di dati personali tra la Svizzera e questi Paesi possa avvenire per principio senza particolari misure di protezione secondo l'articolo 6 capoverso 2 LPD, come avviene nello scambio di dati personali interno.

Il riconoscimento dell'adeguatezza da parte di questi Stati riguarda la loro legislazione in materia di protezione dei dati nel suo complesso e quindi anche le condizioni alle quali i dati personali scambiati tra questi Stati vengono esportati in Stati terzi. Sulla base di quanto esposto, ognuno di questi Stati – e quindi anche la Svizzera e gli Stati dell'UE o dello SEE – presuppone che gli elenchi degli Stati siano tenuti in modo che non vi sia alcuna possibilità di eludere il livello di protezione considerato adeguato dalle parti. La necessità di un coordinamento reciproco sorge in particolare quando l'adeguatezza di uno Stato terzo è stata rivalutata, come attualmente negli Stati dell'UE/SEE⁴ a seguito della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia europea (CGUE) in riferimento agli Stati Uniti.

¹ Ordinanza del 14 giugno 1993 relativa alla legge federale sulla protezione dei dati, RS 235.11

² Legge federale del 19 giugno 1992 sulla protezione dei dati (LPD), RS 235.1

³ Cfr. in particolare le decisioni della Commissione europea in applicazione dell'articolo 25 della direttiva e in proposito il n. 2.3.3 delle spiegazioni dell'UFG in merito alla revisione dell'ordinanza del 14 giugno 1993 relativa alla legge federale sulla protezione dei dati (progetto di revisione del 18 gennaio 2007): tali spiegazioni si riferiscono ancora alla direttiva 95/46/CE del 24.10.1995.

⁴ L'abrogazione dell'accertamento di adeguatezza è direttamente applicabile negli Stati SEE-EFTA.



L'elenco rappresenta un ausilio per gli esportatori svizzeri di dati poiché contiene una valutazione generale, condotta dalle autorità, del livello di protezione dei dati che vi-ge nei Paesi elencati nel senso di una presunzione relativa. L'elenco non esime gli esportatori di dati né dall'obbligo di informarsi sul presunto livello di protezione se in un caso specifico vi sono indizi di rischi dal profilo della protezione dei dati, né dall'adottare all'occorrenza misure di protezione ai sensi dell'articolo 6 capoverso 2 LPD fino a rinunciare completamente all'esportazione di dati.

Per l'elenco e le relative valutazioni è fatta salva una diversa giurisprudenza dei tribunali svizzeri, di cui l'IFPDT dovrebbe tenere conto.

2. Posizionamento degli USA nell'elenco

Nella prima colonna dell'elenco degli Stati dell'IFPDT sono indicati i Paesi la cui legislazione garantisce una «protezione adeguata» ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LPD. Da quando esiste l'elenco, gli Stati Uniti non hanno mai fatto parte di questo gruppo. Sulla base della valutazione fornita nell'elenco, in caso di trasferimento di dati personali dalla Svizzera agli Stati Uniti vanno in generale adottate le misure di protezione di cui all'articolo 6 capoverso 2 LPD.

2.1 Semplificazione del trasferimento dei dati nel quadro dello scudo per la privacy («Privacy Shield»)

In seguito a una parziale semplificazione del trasferimento di dati, dall'11 gennaio 2017 l'IFPDT ha inserito gli Stati Uniti nella seconda colonna dell'elenco degli Stati dal titolo «Protezione adeguata a determinate condizioni». Nella colonna «Osservazioni», con un rimando al regime dello scudo per la privacy, per gli USA si presume in parte un livello adeguato di protezione dei dati ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LPD sulla base delle dichiarazioni unilaterali tra le autorità governative statunitensi e svizzere del 9 e 12 gennaio 2017 (di seguito PS CH). Questo presupposto è parziale perché si limita allo scambio di dati con aziende statunitensi che si sono sottoposte a una speciale procedura di certificazione, assicurata in via separata dagli USA alla Svizzera e all'UE nel quadro del regime dello scudo per la privacy sulla base di disciplinamenti praticamente identici⁵.

2.2 Valutazione annuale

Il regime dello scudo per la privacy prevede un riesame annuale congiunto (*Joint Review*) che ne verifichi il funzionamento. Dall'entrata in funzione dello scudo Svizzera-USA per la privacy (PS CH) sono stati effettuati due riesami congiunti tra la delegazione svizzera (SECO, IFPDT) e le agenzie del governo americano (il 20.10.2018 e il 14.9.2019). Essi sono stati svolti a conclusione dei riesami congiunti UE-USA condotti da rappresentanti della Commissione europea e del Comitato europeo per la

⁵ Cfr. in merito le comunicazioni dell'IFPDT al link:

<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/it/home/protezione-dei-dati/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/trasmissioni-di-dati-verso-gli-stati-uniti.html>



protezione dei dati (CEPD), cui la delegazione svizzera ha partecipato con lo statuto di osservatore.

In occasione dell'ultimo aggiornamento, avvenuto l'11 gennaio 2017, della posizione degli Stati Uniti nell'elenco, l'IFPDT si è espressamente riservato il diritto di adeguarla, qualora lo avesse giudicato opportuno sulla base delle sue conclusioni sull'effettiva applicazione dello scudo per la privacy da parte degli Stati Uniti, tenuto conto anche della giurisprudenza dei tribunali svizzeri ed eventualmente degli organi giudiziari dell'UE⁶.

2.3 Accesso ai dati personali da parte di autorità statunitensi

Il regime dello scudo per la privacy concernente la Svizzera offre soluzioni per due campi di applicazione: da un lato lo scambio di dati nel settore commerciale, ossia il rispetto dei principi svizzeri in materia di protezione dei dati da parte di aziende statunitensi certificate, e dall'altro le garanzie in caso di accesso da parte di autorità statunitensi ai dati personali trasferiti. Quest'ultimo ambito interessa in particolare i rilevamenti di massa di dati di cittadini non statunitensi ai fini della lotta al terrorismo e della sicurezza nazionale⁷. Tali accessi hanno la precedenza sugli accordi commerciali tra le parti svizzere e statunitensi.

Nella sua valutazione, sotto il profilo del diritto della protezione dei dati, dell'accesso a dati personali da parte delle autorità statunitensi, l'IFPDT si è basato principalmente sulle informazioni divulgate in occasione dei riesami summenzionati condotti dall'UE. In considerazione di ciò e del fatto che la Svizzera e l'UE riconoscono le loro legislazioni in materia di protezione dei dati come equivalenti, per ciò che riguarda l'accesso da parte delle autorità statunitensi l'IFPDT ha concordato con la maggior parte dei punti critici rilevati dal Comitato europeo per la protezione dei dati (CEPD), nella misura in cui questi possono essere considerati tali anche in base al diritto svizzero in materia di protezione dei dati.

Nei suoi rapporti di riesame, l'IFPDT ha constatato che anche le persone interessate in Svizzera non hanno la possibilità di far valere le loro pretese giuridiche negli Stati Uniti, tanto più che l'efficacia del cosiddetto meccanismo del mediatore (ombudsperson), inteso a garantire agli interessati un rimedio giuridico indiretto, non può essere valutata per mancanza di trasparenza. Inoltre, l'IFPDT ha biasimato il fatto che non si dispone di sufficienti informazioni concrete e affidabili riguardo alle competenze decisionali del mediatore nei confronti dei servizi segreti statunitensi e alla sua effettiva indipendenza; e che inoltre, dal profilo della garanzia della via giudiziaria di cui all'articolo 29 e seguenti Cost.⁸, la mancanza di garanzie che ne consegue rende

⁶ Cfr. la comunicazione dell'IFPDT dell'11 gennaio 2017:

<https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/it/home/protezione-dei-dati/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-uns-ausland/trasmissioni-di-dati-verso-gli-stati-uniti/swiss-us-privacy-shield--un-nuovo-contesto-giuridico-per-la-tras.html>

⁷ Secondo la «Section 702 Foreign Intelligence Surveillance Act» (FISA) e l'«Executive Order 12 333» (E.O. 12 333).

⁸ Costituzione federale della Confederazione Svizzera del 18 aprile 1999, RS 101



assai problematico⁹ stabilire se le persone interessate in Svizzera hanno effettivamente la possibilità di fare valere i propri diritti conformemente agli articoli 13 capoverso 2 Cost. e 8 CEDU¹⁰. Nonostante queste obiezioni, l'IFPDT non ha modificato nel suo elenco degli Stati la posizione degli Stati Uniti quanto al livello di protezione dei dati. Al pari del Comitato europeo per la protezione dei dati (CEPD), l'IFPDT intendeva innanzitutto offrire agli Stati Uniti l'opportunità di apportare dei miglioramenti. Un altro motivo a favore di questa scelta è che non ha messo a rischio l'applicazione dello scudo per la privacy a favore dei clienti svizzeri di aziende statunitensi certificate.

2.4 Decisione della Corte di giustizia europea nella causa Schrems II

Purtroppo, nonostante le critiche espresse dall'UE e dalla Svizzera nell'ambito dei riesami dello scudo per la privacy e delle discussioni condotte a tale proposito al Congresso americano, gli Stati Uniti non hanno ancora apportato alcuna modifica a questo proposito¹¹. In questo contesto, la sentenza della Corte di giustizia europea (CGUE) nella causa C-311/18, Data Protection Commissioner contro Facebook Ireland Ltd e Maximilian Schrems (di seguito «sentenza CGUE»)¹², pronunciata il 16 luglio 2020, ha annullato¹³ la decisione sull'adeguatezza 2016/1250 della Commissione UE relativa alle società statunitensi certificate in base al regime dello scudo per la privacy.

Pertanto, secondo la Corte di giustizia europea, tutte le esportazioni di dati personali dall'UE verso gli USA sono d'ora in poi soggette alle disposizioni dell'articolo 46 del regolamento europeo sulla protezione dei dati (GDPR). Secondo la sentenza, i responsabili del trattamento dei dati in primis e le autorità di protezione dei dati negli Stati membri dell'UE in secondo luogo, sono tenuti a valutare caso per caso e sulla base delle clausole contrattuali tipo (SCC¹⁴) ai sensi dell'articolo 46 paragrafo 2 GDPR, se sia possibile realizzare nella pratica un'esportazione dei dati verso gli USA compatibilmente con il diritto UE. In caso contrario, le esportazioni di dati dall'UE negli USA devono essere sospese dai responsabili, di propria iniziativa o su richiesta dell'autorità di controllo per la protezione dei dati del competente Stato membro dell'UE/SEE, e i dati personali già esportati devono essere cancellati (in relazione allo SEE cfr. nota 4).

⁹ Cfr. <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/it/home/protezione-dei-dati/handel-und-wirtschaft/uebermittlung-ins-ausland/trasmissioni-di-dati-verso-gli-stati-uniti.html>. Affinché il singolo possa far valere efficacemente i propri diritti in materia di protezione dei dati derivanti dall'art. 13 cpv. 2 Cost., deve se necessario poter ricorrere al giudizio di un'autorità giudiziaria. Il diritto fondamentale alla protezione dall'abuso dei dati comprende quindi anche un **diritto alla tutela giurisdizionale** (Eva Maria Belser, in Belser/Epiney/Waldmann, Datenschutzrecht, § 6 N 104).

¹⁰ Convenzione del 4 novembre 1950 per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, RS 0.101

¹¹ Nel 2018 il FISA sezione 702 è stato prorogato di 6 anni (FN1 - PUBLIC LAW 115–118—JAN. 19, 2018). Le critiche al FISA, che nel frattempo sono state espresse pubblicamente anche negli USA, non hanno portato ad alcun miglioramento significativo della protezione dei dati per i residenti in Svizzera. I progetti di legge attualmente pendenti in relazione con il FISA non modificano questo aspetto.

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

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

¹⁴ SCC è l'acronimo di «Standard Contractual Clauses».



Visto che l'accesso di autorità estere preposte alla sicurezza non può essere impedito de iure con le SCC, la Corte di giustizia europea ha rinviato al Comitato europeo per la protezione dei dati, cui ora spetta il compito di approntare le disposizioni necessarie per la protezione dei dati dei residenti UE/SEE interessati ai sensi dell'articolo 65 paragrafo 1c della GDPR (per lo SEE, cfr. nota 4). Ad oggi, il Comitato europeo per la protezione dei dati ha pubblicato un documento con le risposte alle domande più frequenti, del 23 luglio 2020¹⁵, che sarà ampliato e integrato costantemente.

3. Aggiornamento del posizionamento degli USA nell'elenco

3.1 Portata della giurisprudenza della CGUE per l'economia svizzera

Non essendo la Svizzera membro dell'UE, la sentenza citata non è giuridicamente vincolante per il nostro Paese.

Conformemente all'articolo 3 GDPR, tuttavia, il diritto UE in materia di protezione dei dati e la giurisprudenza della CGUE sono applicati dalle autorità e dai tribunali dell'UE e dello SEE anche nei confronti di imprese svizzere, se queste ultime trattano dati in virtù di quanto descritto nello stesso. Le imprese svizzere devono pertanto aspettarsi che, all'occorrenza, tali autorità estere esigano il rispetto delle normative UE – sotto comminatoria di multe – qualora esportino dati personali di cittadini residenti nell'UE o nello SEE (in merito allo SEE cfr. nota 4).

Finora non esiste in Svizzera una giurisprudenza paragonabile alla citata sentenza della CGUE. Non è dunque dato sapere se i giudici svizzeri, in applicazione dell'articolo 6 della LPD svizzera traggano, a proposito dell'accesso a dati da parte delle autorità USA, le stesse conclusioni cui è giunta la CGUE applicando il GDPR.

Alla luce di queste considerazioni, l'IFPDT si vede costretto non solo a riesaminare l'attuale posizionamento degli USA nell'elenco bensì, in caso di adeguamento, anche a motivarlo giuridicamente in modo più dettagliato nel rispetto dei principi generali dello stato di diritto e tenendo conto dell'esigenza della certezza del diritto.

3.2 Violazione dei principi del trattamento lecito dei dati secondo la LPD

Nei rapporti citati in precedenza l'IFPDT osservava che:

- in caso di accesso ai dati da parte di autorità statunitensi, i diretti interessati in Svizzera non hanno la possibilità di far valere le loro pretese esigibili negli Stati Uniti dal momento che, per mancanza di trasparenza, è impossibile valutare l'efficacia del cosiddetto meccanismo del mediatore, il quale è inteso a garantire un rimedio giuridico indiretto;
- le competenze decisionali del mediatore nei confronti dei servizi segreti statunitensi, nonché la sua effettiva indipendenza, non possono essere dimostrate in assenza di sufficienti informazioni concrete e affidabili.

¹⁵ https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/ovrigt/frequently-asked-questions-judgment-court-justice-european-union_it



L'IFPDT considera tale mancanza di trasparenza, e la conseguente assenza di garanzie in caso di ingerenze da parte delle autorità statunitensi nella sfera privata e nell'autodeterminazione dal profilo delle informazioni di persone in Svizzera, incompatibile con:

- la garanzia della via giudiziaria di cui agli articoli 29 e seguenti Cost. e 15 LPD per far valere i diritti che spettano a queste persone in virtù dell'articolo 13 capoverso 2 Cost. e 8 CEDU;
- i principi di un trattamento lecito dei dati personali ai sensi dell'articolo 4 LPD.

3.3 Adeguamento dell'elenco dei Paesi

In considerazione dell'assenza di una garanzia di diritti che assicurerebbero alle persone interessate in Svizzera una protezione analoga a quella offerta dagli articoli 13 capoverso 2 e 29 e seguenti Cost., nonché dall'articolo 8 CEDU e 4 LPD, l'IFPDT valuta che gli Stati Uniti non soddisfano le esigenze di una protezione dei dati adeguata ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LPD anche per quanto concerne il trattamento di dati personali da parte di aziende statunitensi certificate nel regime dello scudo per la privacy. In base a tale valutazione fondata sul diritto svizzero, l'IFPDT è giunto alla conclusione che **nell'elenco degli Stati dell'IFPDT doveva essere stralciata l'osservazione «una protezione dei dati adeguata a determinate condizioni» per gli Stati Uniti.**

Come detto, la valutazione dell'IFPDT è espressa con la riserva di una diversa giurisprudenza dei tribunali svizzeri.

La valutazione aggiornata dell'IFPDT, secondo cui il trattamento dei dati personali fondato sul PS CH è solo parzialmente adeguato al livello di protezione dei dati ai sensi dell'articolo 6 capoverso 1 LPD, non pregiudica l'ulteriore esistenza del regime PS CH in assenza di una competenza corrispondente dell'IFPDT. Le persone interessate in Svizzera possono richiamarsi al PS CH fintanto che quest'ultimo non viene revocato da parte degli Stati Uniti. **Le osservazioni relative al regime dello scudo per la privacy nella colonna corrispondente dell'elenco dei Paesi sono state pertanto mantenute, ma adeguate come segue:**

*«Gli organi che aderiscono al regime Privacy Shield tra gli Stati Uniti e la Svizzera per i dati personali provenienti dalla Svizzera e che figurano sulla lista del Dipartimento americano del commercio concedono alle persone interessate in Svizzera **diritti speciali di protezione. Questi ultimi non soddisfano tuttavia l'esigenza di una protezione dei dati adeguata ai sensi della LPD.**»*

4. Garanzie contrattuali

Le garanzie contrattuali quali le SCC¹⁶ dell'UE, spesso utilizzate anche in Svizzera, o le cosiddette «Binding Corporate Rules» (BCR) non riescono a impedire l'accesso a dati personali da parte di autorità estere laddove il diritto pubblico dello Stato importatore prevale e consente alle autorità l'accesso a dati personali trasferiti senza garantire sufficiente trasparenza e protezione giuridica alle persone interessate. Questo

¹⁶ Cfr. anche il contratto modello dell'IFPDT per l'esternalizzazione.



si applica non soltanto alla trasmissione di dati personali negli Stati Uniti, bensì in numerosi altri Paesi – qui di seguito definiti «Stati che non figurano nell'elenco» – che presentano una protezione giuridica insufficiente. Si può dunque dedurre che le SCC, come pure clausole analoghe, in molti casi non soddisfano le esigenze in materia di garanzie contrattuali di cui all'articolo 6 capoverso 2 lettera a LPD in caso di trasmissione di dati verso Stati che non figurano nell'elenco.

4.1 Indicazioni pratiche per le imprese svizzere

In futuro, per le trasmissioni di dati verso Stati che non figurano nell'elenco l'esportatore dovrà effettuare la valutazione nel caso concreto, sempre richiesta, con particolare accuratezza:

- a) se la trasmissione di dati si fonda su garanzie contrattuali, quali le SCC, ai sensi dell'articolo 6 capoverso 2 lettera a LPD, occorre effettuare una stima dei rischi. L'esportatore esamina se le clausole coprono i rischi esistenti dal profilo del diritto sulla protezione dei dati nello Stato che non figura nell'elenco. All'occorrenza le clausole devono essere completate, sebbene tali modifiche abbiano un effetto limitato in caso di preminenza derogatoria del diritto pubblico di tale Stato, come illustrato alla lettera b);
- b) effettuando l'esame dei rischi dal profilo del diritto sulla protezione dei dati è particolarmente rilevante stabilire se i dati vengono forniti a un'impresa dello Stato che non figura nell'elenco soggetta ad accessi particolari da parte delle autorità locali¹⁷. Occorre inoltre verificare se il destinatario estero sia autorizzato e in grado di garantire una collaborazione efficace ai fini dell'applicazione dei principi svizzeri in materia di protezione dei dati. Se questo non fosse il caso, l'obbligo di collaborare previsto dalle clausole del contratto modello rimane lettera morta.
- c) in questi casi l'esportatore svizzero di dati deve valutare misure tecniche che impediscano effettivamente che le autorità del Paese destinatario abbiano accesso ai dati personali trasmessi. Per quanto concerne la mera conservazione di dati secondo il principio del Cloud da parte di un fornitore di servizi in uno Stato che non figura nell'elenco si potrebbe pensare a una codificazione effettuata secondo i principi BYOK (bring your own key) e BYOE (bring your own encryption) in modo che nel Paese destinatario non giungano dati in chiaro e il fornitore di prestazioni non abbia la possibilità di decodificarli. Nel caso di prestazioni di servizio che vanno oltre la mera conservazione di dati nel Paese destinatario, l'applicazione di tali misure può tuttavia risultare più complicata. Laddove non è possibile applicare misure di questo tipo l'IFPDТ raccomanda di rinunciare alla trasmissione di dati personali basata su garanzie contrattuali verso gli Stati che non figurano nell'elenco.

¹⁷ Nel caso degli Stati Uniti occorre verificare se l'impresa statunitense interessata soggiace alle leggi USA sulla sorveglianza di massa (in part. sezione 702 del FISA e l'EO 12 333), p. es. «Electronic Communication Service Providers».



4.2 Ulteriori conclusioni e indicazioni

L'IFPDT si adopera per fornire a tempo debito alle imprese svizzere ulteriori indicazioni in merito all'esportazione di dati personali basata su disposizioni contrattuali verso gli Stati Uniti e altri Stati terzi che non figurano nell'elenco. Provvederà in tal senso non appena disporrà di ulteriori elementi, quali decisioni pertinenti di tribunali svizzeri o pareri annunciati del Comitato europeo per la protezione dei dati (CEPD).