

Décision d'adéquation par l'Union européenne du niveau suisse de protection des données

Philippe G. Nell¹, 8 juillet 2020

Lors de la dernière réunion du Comité directeur de l'Association La Suisse en Europe, Thomas Cottier a demandé des renseignements concernant l'état du dossier concernant la **décision d'adéquation** de l'UE pour la Suisse en matière de protection des données.

Cette décision se base sur un **examen comparatif** de la législation de l'UE et de celle de la Suisse dans le domaine de la protection des données à caractère personnel.

1. Base juridique de l'UE : règlement général sur la protection des données

Le **règlement n° 2016/679**, dit **règlement général sur la protection des données (RGPD)**, ou encore **GDPR**, de l'anglais *General Data Protection Regulation*, est un règlement de l'Union européenne qui constitue le texte de référence en matière de protection des données à caractère personnel². Il renforce et unifie la protection des données pour les individus au sein de l'Union européenne.

Après quatre années de négociations législatives, ce règlement a été définitivement adopté par le Parlement européen le 27 avril 2016. Ses dispositions sont **directement applicables** dans l'ensemble des 27 États membres de l'Union européenne à compter du 25 mai 2018.

Ce règlement remplace la directive sur la protection des données personnelles (95/46/CE) adoptée en 1995 (article 94 du règlement) ; contrairement aux directives, les règlements n'impliquent pas que les États membres adoptent une loi de transposition pour être applicables.

Les principaux **objectifs** du RGPD sont d'accroître à la fois **la protection des personnes** concernées par un traitement de leurs données à caractère personnel et la responsabilisation des acteurs de ce traitement. Ces principes pourront être appliqués grâce à l'augmentation du pouvoir des **autorités de contrôle**.

2. Décision d'adéquation : art. 45, RGPD

L'article 45 du Règlement général sur la protection des données (RGPD) fait référence aux décisions d'adéquation. Une décision d'adéquation est une décision par laquelle la Commission européenne constate que le pays tiers, un territoire ou un ou plusieurs secteurs déterminés dans ce pays tiers, ou l'organisation internationale en question assure **un niveau de protection adéquat**.

Dans ce même article, il est précisé quels sont les éléments pris en compte par la Commission pour évaluer le caractère adéquat du niveau de protection. Parmi ces éléments, figurent notamment l'état de droit, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales,

¹ Chef de la délégation suisse pour la négociation du Swiss-US Privacy Shield (2015-2017) et pour les deux premiers examens de l'arrangement (2018, 2019), Chef du groupe de travail interdépartemental Privacy Shield (2015-19) dans le cadre de ses fonctions de Ministre, Chef du secteur Amériques, SECO (2004-19). Membre du Comité de l'Association La Suisse En Europe.

²Règlement relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:32016R0679&from=EN>

l'existence et le fonctionnement effectif d'une ou de plusieurs **autorités de contrôle indépendantes** dans le pays tiers, chargées d'assurer le respect des règles en matière de **protection des données** et de les faire appliquer, les engagements internationaux pris par le pays tiers ou l'organisation internationale en question, ou d'autres obligations découlant de **conventions** ou **d'instruments juridiquement contraignants**, ainsi que sa participation à des systèmes multilatéraux ou régionaux, en particulier en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel.

3. Suspension des processus d'adéquation

Concernant les décisions d'adéquation, le rapport d'évaluation de la Commission UE pour les Etats tiers a été repoussé à cet automne en raison de l'arrêt Schrems II (Annexe 1 : questions posées par Schrems) qui est pendant et dont la position de la CJUE pourrait remettre en question les **clauses contractuelles standard** et pour les questions **9 et 10**, le Privacy Shield US-UE³.

Le **24 juin 2020** la Commission européenne a **uniquement** publié son rapport sur les deux premières années du RGPD

https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/1_en_act_part1_v6_1.pdf .

Selon le rapport, les décisions d'adéquation des pays tiers seront prises après l'arrêt Schrems II prévu le 16.07.20 juillet, et en fonction de la mise en œuvre des **standards européens** dans leur législation nationale. Les décisions d'adéquation sur les états tiers sont reportées, éventuellement **en octobre 2020**.

Extrait des pages 10 et 11 du rapport :

“As part of the first evaluation of the GDPR, the Commission is also required to review the adequacy decisions that were adopted under the former rules. The Commission services have engaged in an intense dialogue with each of the 11 concerned third countries and territories to assess how their data protection systems have evolved since the adoption of the adequacy decision and whether they meet the standard set by the GDPR.

The need to ensure the continuity of such decisions, as a key tool for trade and international cooperation, is one of the factors that has prompted several of these countries and territories to modernize and strengthen their privacy laws. Additional safeguards are being discussed with some of these countries and territories to address relevant differences in protection.

However, given that the Court of Justice in a judgment to be delivered on 16 July may provide clarifications that could be relevant for certain elements of the adequacy standard; the Commission will report separately on the evaluation of the existing adequacy decisions after the Court of Justice has handed down its judgment in that case.”

³ La Décision d'adéquation de l'UE envers les USA est basée sur un arrangement par lequel les organisations/firmes US bénéficiaires se soumettent à un ensemble de règles équivalentes à celles du GDPR, inclus des possibilités de recours envers les organisations/firmes de la part des personnes concernées par les transferts de données. Des demandes d'information peuvent aussi être déposées auprès d'une Ombudsperson au State Department concernant l'utilisation de données par les services d'intelligence US.

Le Swiss-US Privacy Shield règle les relations entre la Suisse et les USA ; son contenu est identique au US-EU Privacy Shield. Pour l'arrangement Swiss-US Privacy Shield et les derniers développements voir :

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

4. Implications pour la Suisse

4.1. Révision de la loi sur la protection des données

Le projet de révision de la loi sur la protection des données (voir annexe 2 pour éléments clés) devrait, selon la planification actuelle, être adopté à la **session d'automne** du parlement.

Selon la Commission européenne, le droit suisse actuel est tout à fait insuffisant. La décision d'adéquation dépendra de la révision en cours, perçue comme beaucoup mieux.

Le projet de la loi suisse étant avancé, il n'est pas impossible que l'adéquation avec la Suisse soit assortie d'une « review clause » avec un délai permettant de voir si le projet de loi a été approuvé entretemps et si aucun obstacle ne contrevient à son **entrée en vigueur**.

Actuellement, les deux chambres rencontrent des difficultés à s'accorder sur une des dernières divergences concernant le **profilage**⁴, ce qui pourrait faire échouer le projet.

Si le Parlement adopte le projet de loi, la Suisse peut être relativement confiante concernant l'adéquation d'autant que le Parlement vient d'approuver la ratification du *Protocole d'amendement à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Convention 108)*⁵, élément important pour la Commission européenne.

Malgré l'insistance de la Commission Européenne, la Suisse n'a **signé** ce Protocole d'amendement que le 30 octobre 2019⁶ car l'application de ses dispositions dépendait de l'adoption par le Parlement de la révision de la loi sur la protection des données.

Les objectifs de la modernisation de la Convention 108 sont d'une part, répondre aux défis nés de l'usage des nouvelles technologies de l'information et de la communication et, d'autre part, renforcer une mise en œuvre effective de la Convention.

Le principal **risque** pour la décision d'adéquation de l'UE envers la Suisse est le **rejet du projet de révision** de la loi sur la protection des données par le Parlement suisse au vote final ou un **référendum** si une solution n'est pas trouvée pour le **profilage**.

Les prochaines étapes concernant la décision d'adéquation sont les suivantes :

- avis du comité européen de la protection des données (EDPB) ;
- consultation d'un comité composé de représentants des Etats membres (procédure de comitologie) ;
- information de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures du Parlement européen ;
- adoption de la décision d'adéquation par le collège des commissaires.

⁴ Le profilage est un ensemble d'outils et de méthodes d'analyse et de prédictions comportementales. Selon les objectifs et les cibles choisis, un profilage peut être appliqué dans divers domaines, comme dans la criminologie, dans la politique et dans le domaine social. À partir des données personnelles, le profilage fournit des renseignements sur le déplacement, les habitudes, la localisation et les relations internationales. Le RGPD définit le terme « profilage » dans l'article 4.4.

⁵ Pour les nouveautés de la Convention 108+, voir : <https://rm.coe.int/la-convention-108-modernisee-appercu-des-nouveautes-fr/16808b07e8>

⁶ Voir communiqué de presse du Conseil fédéral : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-76861.html>

4.2 Liens avec les relations bilatérales Suisse-UE

S'agissant des relations bilatérales entre la Suisse et l'UE, le dossier de la protection des données se caractérise par un **intérêt de l'UE** d'une protection rigoureuse en Suisse et avec ses autres partenaires. Il en résulte qu'il s'agit d'une situation **win-win** qui ne devrait pas être affectée par les négociations concernant l'accord-cadre entre la Suisse et l'UE.

Ceci ressort également d'un interview de Didier Reynders, Commissaire européen en charge de la protection des données, qui présente le 24 juin les récents développements dans l'UE avec COVID-19 et les décisions d'adéquation notamment celle la Suisse.

Didier Reynders note qu'il « *espère que le Parlement suisse va pouvoir adopter prochainement la nouvelle loi qui est en discussion au Parlement. Cela nous aiderait, évidemment, à montrer que cette nouvelle loi est en adéquation avec le règlement général.*

Et puis, nous avons dans le courant du mois de juillet une décision importante qui doit être prise à la CJUE sur un recours concernant l'ensemble de ses relations avec les pays tiers qui aura aussi un impact.

*Je crois que si le parlement suisse peut avancer sur cette nouvelle loi, nous aurons l'occasion de **négoier rapidement** une **façon de confirmer l'adéquation** qui existe aujourd'hui mais qui doit être mise à jour »⁷.*

4.3 Swiss-US Privacy Shield

C'est la grande similarité entre les régimes de protection des données suisses et de l'UE et la coopération conjointe dans le cadre de Schengen qui ont permis à la Suisse de convaincre les Etats-Unis que la Suisse devait obtenir exactement le même Privacy Shield que l'UE inclus les possibilités de **recours** pas des personnes auprès des organisations/firmes américaines et **d'investigations** par le biais de l'**Ombudsperson** du Département d'Etat pour les questions liées à l'usage de données personnelles par des organes d'intelligence du gouvernement des Etats-Unis.

Il en résulte qu'il est très important que la Suisse maintienne un régime de protection des données **très proche** de celui de l'UE et une **décision d'adéquation**.

Si la CJUE devait déclarer le 16.07.20 le US-EU Privacy Shield **invalide**, la Suisse devrait, comme avec le régime précédent (Safe Harbor, 2015), faire de même afin de ne pas compromettre la décision d'adéquation de l'UE envers la Suisse.

⁷ <https://www.rts.ch/info/monde/11424605-publier-des-regles-sur-lusage-des-donnees-permet-de-creeer-la-confiance.html>

ANNEXE 1

Reference for a preliminary ruling from the High Court (Ireland) made on 9 May 2018 — Data Protection Commissioner v Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems

(Case C-311/18)

2018/C 249/21 Language of the case: English

Referring court

High Court (Ireland)

Parties to the main proceedings

Applicant: Data Protection Commissioner

Defendants: Facebook Ireland Limited, Maximillian Schrems

Questions referred

¹In circumstances in which personal data is transferred by a private company from a European Union (EU) member state to a private company in a third country for a commercial purpose pursuant to Decision 2010/87/EU ([1](#)) as amended by Commission Decision 2016/2297 ([2](#)) ('the SCC Decision') and may be further processed in the third country by its authorities for purposes of national security but also for purposes of law enforcement and the conduct of the foreign affairs of the third country, does EU law (including the Charter of Fundamental Rights of the European Union ('the Charter')) apply to the transfer of the data notwithstanding the provisions of Article 4(2) of TEU in relation to national security and the provisions of the first indent of Article 3(2) of Directive 95/46/EC ([3](#)) ('the Directive') in relation to public security, defence and State security?

²(1) In determining whether there is a violation of the rights of an individual through the transfer of data from the EU to a third country under the SCC Decision where it may be further processed for national security purposes, is the relevant comparator for the purposes of the Directive:

- a) The Charter, TEU, TFEU, the Directive, ECHR (or any other provision of EU law); or
- b) The national laws of one or more member states?

(2) If the relevant comparator is b), are the practices in the context of national security in one or more member states also to be included in the comparator?

3. When assessing whether a third country ensures the level of protection required by EU law to personal data transferred to that country for the purposes of Article 26 of the Directive, ought the level of protection in the third country be assessed by reference to:
- a) The applicable rules in the third country resulting from its domestic law or international commitments, and the practice designed to ensure compliance with those rules, to include the professional rules and security measures which are complied with in the third country;
or
 - b) The rules referred to in a) together with such administrative, regulatory and compliance practices and policy safeguards, procedures, protocols, oversight mechanisms and non judicial remedies as are in place in the third country?
4. Given the facts found by the High Court in relation to US law, if personal data is transferred from the EU to the US under the SCC Decision does this violate the rights of individuals under Articles 7 and/or 8 of the Charter?
5. Given the facts found by the High Court in relation to US law, if personal data is transferred from the EU to the US under the SCC Decision:
- a) Does the level of protection afforded by the US respect the essence of an individual's right to a judicial remedy for breach of his or her data privacy rights guaranteed by Article 47 of the Charter?

If the answer to a) is yes,
 - b) Are the limitations imposed by US law on an individual's right to a judicial remedy in the context of US national security proportionate within the meaning of Article 52 of the Charter and do not exceed what is necessary in a democratic society for national security purposes?
6. (1) What is the level of protection required to be afforded to personal data transferred to a third country pursuant to standard contractual clauses adopted in accordance with a decision of the Commission under Article 26(4) in light of the provisions of the Directive and in particular Articles 25 and 26 read in the light of the Charter?
- (2) What are the matters to be taken into account in assessing whether the level of protection afforded to data transferred to a third country under the SCC Decision satisfies the requirements of the Directive and the Charter?
7. Does the fact that the standard contractual clauses apply as between the data exporter and the data importer and do not bind the national authorities of a third country who may require the data importer to make available to its security services for further processing the personal data transferred pursuant to the clauses provided for in the SCC Decision preclude the clauses from adducing adequate safeguards as envisaged by Article 26(2) of the Directive?
8. If a third country data importer is subject to surveillance laws that in the view of a data protection authority conflict with the clauses of the Annex to the SCC Decision or Article 25 and 26 of the Directive and/or the Charter, is a data protection authority required to use its enforcement powers under Article 28(3) of the Directive to suspend data flows or is the exercise of those powers limited to exceptional cases only, in light of Recital 11 of the Directive, or can a data protection authority use its discretion not to suspend data flows?

- 9.(1) For the purposes of Article 25(6) of the Directive, does Decision (EU) 2016/1250 ([4](#)) ('the Privacy Shield Decision') constitute a finding of general application binding on data protection authorities and the courts of the member states to the effect that the US ensures an adequate level of protection within the meaning of Article 25(2) of the Directive by reason of its domestic law or of the international commitments it has entered into?
- (2) If it does not, what relevance, if any, does the Privacy Shield Decision have in the assessment conducted into the adequacy of the safeguards provided to data transferred to the United States which is transferred pursuant to the SCC Decision?
10. Given the findings of the High Court in relation to US law, does the provision of the Privacy Shield ombudsperson under Annex A to Annex III of the Privacy Shield Decision when taken in conjunction with the existing regime in the United States ensure that the US provides a remedy to data subjects whose personal data is transferred to the US under the SCC Decision that is compatible with Article 47 of the Charter?
11. Does the SCC Decision violate Articles 7, 8 and/or 47 of the Charter?

ANNEXE 2

Éléments clés de la révision de la loi sur la protection des données

La révision **renonce** à la protection des données des **personnes morales**, en adéquation avec les règles européennes de protection des données et la majorité des législations étrangères. Cette mesure facilite notamment les échanges de données avec l'étranger.

La **transparence** des traitements est améliorée : le **devoir d'information** lors de la collecte est étendu à tous les traitements dans le secteur privé. Il est assorti d'exceptions et peut être rempli de manière standardisée. La révision introduit en outre un devoir spécifique d'information lors de **décisions individuelles automatisées** ainsi que le droit pour la personne concernée, à certaines conditions, de faire valoir son point de vue et de demander que la décision soit revue par une personne physique. Elle étend également les informations à fournir à la personne concernée lorsque celle-ci exerce son droit d'accès.

La révision encourage le développement de l'**autoréglementation**, par le biais de **codes de conduite** qui visent à faciliter les activités des responsables du traitement et à contribuer au respect de la législation. Ces codes sont élaborés par les branches et peuvent être soumis au préposé.

Le statut et l'**indépendance** du **préposé** sont renforcés. La révision prévoit que celui-ci peut prendre, à l'instar de ses homologues européens, des **décisions contraignantes** à l'égard des responsables du traitement et des sous-traitants, au terme d'une enquête ouverte d'office ou sur dénonciation.

Le **volet pénal** de la loi est renforcé à plusieurs égards, pour compenser notamment le fait que le préposé, contrairement à la quasi-totalité de ses homologues européens, n'a pas le pouvoir d'infliger des sanctions administratives.

En sus de la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données, le projet comprend également une révision partielle d'autres lois fédérales, notamment afin de mettre en œuvre les exigences de la directive (UE) 2016/680. Il s'agit principalement du **code pénal, du code de procédure pénale, de la loi sur l'entraide pénale internationale et de la loi sur l'échange d'information Schengen**.

Source : Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales

<https://www.admin.ch/opc/fr/federal-gazette/2017/6565.pdf>