# Les transferts internationaux de données personnelles

Maître Sadry Porlon, Avocat au Barreau de Paris, cabinet PORLON Avocats

Mardi 12 octobre 2021

# Introduction

- Le RGPD encadre les transferts de données personnelles vers des pays de l'Union Européenne.

- L'arrêt SCHREMS II a eu un impact sur les transferts entre l'Union Européenne et les États-Unis, mais aussi sur l'ensemble des transferts internationaux hors Union Européenne.

- Quelles sont les conséquences de l'arrêt Schrems 2 ?
- Quelle est sa portée sur le niveau d'exigence en matière de transfert de données personnelles.

**Plan**

I. **L'arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis**
II. **L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.**

# I. L’arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis

# I. L’arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis

## a. L’invalidation du Privacy Shield

### i. Le Privacy Shield : une décision d’adéquation

- Le « *Privacy Shield* » était un mécanisme juridique visant à sécuriser les transferts de données personnelles entre l’Union européenne (UE) et les États-Unis.

- Instauré par décision d’adéquation de la Commission européenne (*décision 2016/1250 du 12 juillet 2016*).

- Il se compose d'une série d'engagements de la part du gouvernement des États-Unis et d’une décision de la Commission européenne.

# I. L'arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis

## a. L'invalidation du Privacy Shield

### ii. Les raisons principales de son invalidation par la CJUE

- Le 16 juillet 2020, par arrêt dit « Schrems II » (C-311/18) la CJUE a invalidé la décision de la Commission européenne qui reconnaissait une protection adéquate au Privacy Shield.

Raisons:

- **Le programme de surveillance américain en matière de protection des données à caractère personnel présente des garanties insuffisantes ;**
- **La protection juridictionnelle des individus en cas de violation de leurs droits à la protection de leurs données est insuffisante.**

Conséquence:

- **Le Privacy Shield n'est plus reconnu comme offrant une protection adéquate et ne peut plus servir de fondement à un transfert de données personnelles.**

# I. L'arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis

## b. Transfert en dehors de l'EEE : la nécessité de recourir aux outils de transfert

### i. La marche à suivre en la matière

- **1. Cartographier les transferts:** vérifier l'adéquation, leur nécessité, leur pertinence (principe de minimisation) tout en tenant des registres de traitement permettant d'identifier les transferts de façon clair selon les données concernées.
- **2. Vérifier l'outil de transfert:** déterminer sur quel fondement repose le transfert international des données.
  - ➢ **Soit le pays est adéquat selon la Commission européenne (article 45 RGPD).**
    - Pour ces pays, il sera licite de transférer des données personnelles sans avoir recours à des outils de transfert tels que des CCT.
    - La CNIL a réalisé une carte interactive qui indique donc quels pays sont adéquats ou en adéquation partielle : https://linc.cnil.fr/fr/la-protection-des-donnees-dans-le-monde
  - ➢ **Soit le pays n'est pas adéquat selon la CNIL et alors il faut utiliser un outil de transfert supplémentaire tels que les BCR, CCT, code de conduite approuvé, certification approuvée (article 46 RGPD).**

# I. L’arrêt Schrems II : un impact sur les transferts UE – États-Unis

## b. Transfert en dehors de l’EEE : la nécessité de recourir aux outils de transfert

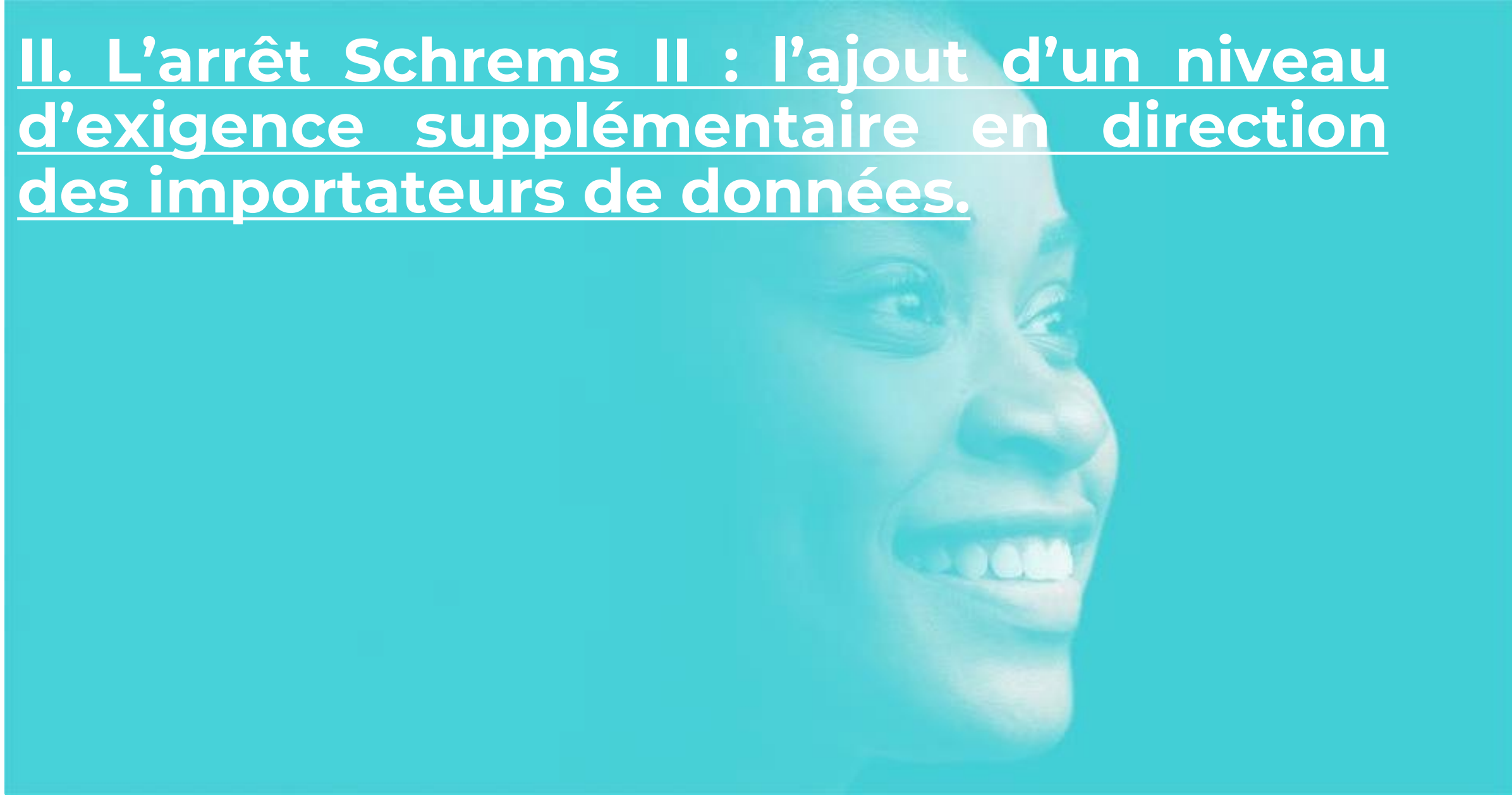
### ii. Quid des BCR et des CCT ?

Clauses Contractuelles Types (CCT): **ensemble de clauses modèles devant être utilisées par les parties lors d’un transfert de données personnelles vers un pays tiers à l’espace économique européen**.

Règles d’entreprise contraignantes (**BCR**) permettent à des groupes d’entreprises d’encadrer juridiquement leurs transferts de données hors de **l’espace économique européen (relations entre une maison mère et ses filiales à travers le monde)**.

Les BCR constituent un outil d'encadrement global des transferts hors UE. C’est une alternative aux CCT.

# II. L’arrêt Schrems II : l’ajout d’un niveau d’exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.



# II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

## a. Des nouvelles CCT adoptées au regard des enseignements de l'arrêt Schrems II

- La CJUE **a validé le recours aux CCT de la Commission européenne ainsi qu'aux BCR** sous réserve que ces clauses garantissent un **niveau de protection adéquat** et, selon les cas, que les transferts soient assortis de **mesures complémentaires de protection**.
- Les nouvelles CCT sont accessibles à travers ce lien : https://eur-lex.europa.eu/eli/dec_impl/2021/914/oj?uri=CELEX:32021D0914&locale=fr
- **Principaux apports des nouvelles CCT ?**
  - Précisent davantage les **droits des personnes**
  - Garantissent une plus grande **transparence**
  - Prévoient la mise en œuvre de **mesures techniques et organisationnelles** appropriées afin de garantir la sécurité des données.
  - Déterminent et organisent la **responsabilité des acteurs** pour chaque type de transfert de données

## II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

### a. Des nouvelles CCT adoptées au regard des enseignements de l'arrêt Schrems II

- Délais d'application des nouvelles CCT.
  - **Considérant 24** de la décision d'exécution (UE) 2021/914:

Pendant une période supplémentaire de 15 mois (à compter de septembre 2021 soit jusqu'à décembre 2022), les exportateurs et les importateurs de données peuvent continuer à invoquer les précédentes CCT pour l'exécution des contrats conclus entre eux avant la date d'abrogation de ces décisions, à condition que :

> « *Les opérations de traitement faisant l'objet du contrat demeurent inchangées et que l'invocation de ces clauses garantisse que le transfert de données à caractère personnel est soumis à des garanties appropriées au sens de l'article 46, paragraphe 1* ».

# II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

## b. L'obligation de s'assurer que la législation du pays importateur des données ne réduit pas à néant l'impact des CCT et des BCR

- **Une véritable et exigeante analyse en droit comparé**

  - S'assurer que la législation du pays importateur ne réduit pas à néant l'impact des CCT et des BCR (articles 14 et 15 des CCT).

  - Se renseigner sur la législation, mais aussi sur les pratiques du pays de destination des données personnelles (par exemple la loi locale ne doit pas empêcher l'efficacité d'un recours).

  - Faire une veille régulière afin de vérifier que la législation du pays importateur n'a pas été modifiée et que des nouvelles dispositions viennent anéantir l'efficacité des CCT.

# II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

## b. L'obligation de s'assurer que la législation du pays importateur des données ne réduit pas à néant l'impact des CCT et des BCR

- **Des obligations particulières incombant aux importateurs de données en cas d'accès des autorités publiques.**

  - Examiner les pratiques de l'autorité publique du pays importateur et notamment de quelle manière, elle pourrait avoir accès aux données personnelles dans les limites du nécessaire et du proportionné dans un pays démocratique.

  - Les CCT formulent de nouvelles obligations à la charge de l'importateur de données en cas d'accès par les autorités publiques aux données provenant d'un Etat membre de l'Union européenne. (Ex: Informer l'exportateur de données en cas de requête des autorités du pays de l'importateur de données.)

  - Si après l'analyse de la législation nationale du pays le responsable du traitement considère que cette législation a un impact négatif sur l'efficacité des outils de transfert mis en place, il devra prendre des mesures supplémentaires.

## II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

### C. Si la législation du pays contrevient aux fondamentaux du droit des données personnelles prévues dans les CCT et les BCR : l'option des mesures supplémentaires

#### i. Des mesures techniques, contractuelles et/ou organisationnelles :

Le CEPD a formulé des recommandations concernant les mesures supplémentaires accessibles à travers ce lien (en anglais):

https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/recommendations/recommendations-012020-measures-supplement-transfer_en

- **Exemples de mesures techniques :**
  - Le cryptage : l'importateur stocke les données mais n'y accède pas sous une forme claire;
  - La pseudonymisation : l'importateur n'a accès qu'a une partie des données;
  - Le chiffrement : l'importateur n'a accès qu'a des données chiffrées (idéal pour le transfert à des fins d'hébergement).

- **Exemples de mesures contractuelles :**
  - Transparence de l'importateur : Demander des renseignements dans les limites du raisonnable a l'importateur;
  - Bonne foi de l'importateur : Interdiction de divulguer des informations, renforcer le pouvoir d'intervention de l'exportateur ;
  - Obligation contractuelle de recourir aux mesures techniques développées (chiffrement, pseudonymisation) ;
  - Prévoir une clause d'audit renforcée par laquelle l'exportateur des données est autorisé à diligenter des inspections des SI du sous-traitant pour vérifier si les données n'ont pas été divulguées aux autorités publiques du pays de destination.

- **Exemples de mesures organisationnelles (Ces mesures viennent compléter les mesures techniques et contractuelles) :**
  - Mise en place d'une politique interne de gouvernance des transferts;
  - Mesures de transparence et de responsabilité;
  - Mesures de minimisation des données.

# II. L'arrêt Schrems II : l'ajout d'un niveau d'exigence supplémentaire en direction des importateurs de données.

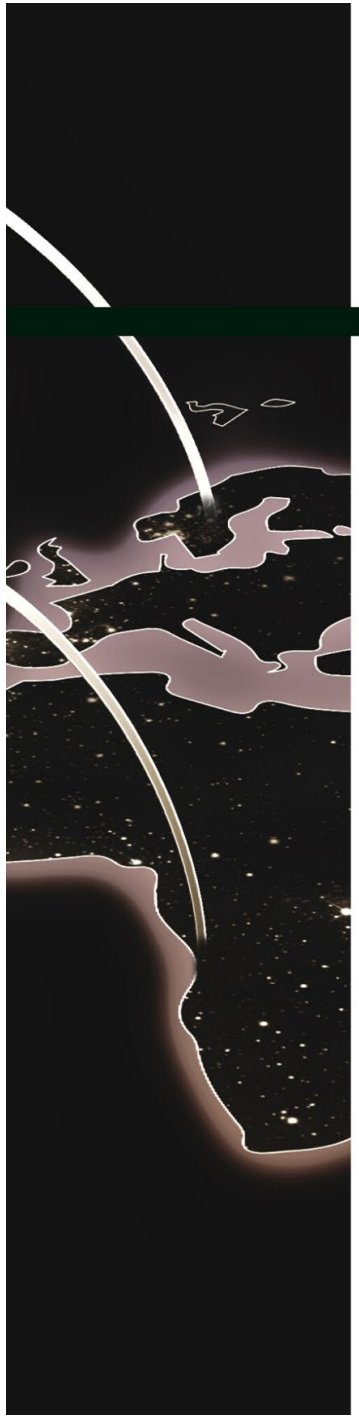
## C. Si la législation du pays contrevient aux fondamentaux du droit des données personnelles prévues dans les CCT et les BCR : l'option des mesures supplémentaires

**Si aucune mesure complémentaire ne permet de transférer des données personnelles en adéquation avec le RGPD, le responsable de traitement doit renoncer au transfert afin d'éviter de compromettre le niveau de protection des données personnelles.**

### ii. La nécessité d'établir une documentation

- Les parties devront conserver une trace documentaire de leurs activités de traitement. L'évaluation de la législation locale du pays importateur devra être documentée par les parties et mise à la disposition de l'autorité de contrôle compétente si celle-ci en fait la demande.

- De façon à anticiper un contrôle de l'autorité nationale ; il est vivement conseillé de synthétiser votre analyse et le fruit de vos recherches, notamment de décrire les étapes que vous avez suivies.



# Les transferts hors de l'Espace Economique Européen.

Les 5 étapes à respecter pour être conforme au RGPD

## 01

### CARTOGRAPHIER VOS TRANSFERTS

*Identifier les transferts. Vérifier que les données sont adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire par rapport aux finalités.*

## 02

### VÉRIFIER L'OUTIL DE TRANSFERT

*Se demander sur quel fondement licite repose le transfert international des données que j'effectue.*

*(Soit une décision d'adéquation - Art. 45 RGPD. Si aucune décision d'adéquation un outil de transfert prévu par l'Art. 46 du RGPD tels que les CCT/BCR/code de conduite approuvé/mécanisme de certification approuvé ).*

## 03

### EVALUER LA LEGISLATION ET LA PRATIQUE DU PAYS IMPORTATEUR DE DONNEES

*Si aucune décision d'adéquation il faudra en plus de l'outil de transfert prévu par l'Art. 46 identifier le droit local qui pourrait anéantir l'efficacité de l'outil de transfert utilisé.*

## 04

### ADOPTER DES MESURES SUPPLEMENTAIRES

*Si la législation et la pratique du pays importateur de données risque d'anéantir l'efficacité de l'outil de transfert il faudra mettre en oeuvre des mesures supplémentaires pour atteindre un niveau de protection adéquat (cryptage, chiffrement, Pseudonymisation cf les recommandations de la CEPD).*

## 05

### ÉTABLIR UNE DOCUMENTATION

*Il convient de conserver une trace documentaire des activités de traitement qui pourra être mise à la disposition de l'autorité de contrôle. Il convient de synthétiser l'analyse et le fruit des recherches, notamment décrire les étapes précédentes.*

## 06

### REEVALUER LE NIVEAU PROTECTION REGULIEREMENT

PORLON & AVOCATS

# Merci pour votre attention

Sadry PORLON

Avocat au Barreau de Paris

38 Av. Hoche – 75008 Paris

**cabinet@porlon-avocats.com**

01 77 62 88 13

numeum

Engager
le numérique

numeum.fr