



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Préposé fédéral à la protection des données et à la
transparence, PFPDT

**Transfert de données personnelles dans un pays ne présentant pas le niveau de protection des
données requis, en application de clauses contractuelles types et de contrats types reconnus
27 août 2021**

1. Les clauses contractuelles types en tant qu'instrument de protection des données personnelles transférées vers un pays n'assurant pas un niveau de protection des données adéquat

Selon l'art. 6, al. 1, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD ; RS 235.1) et l'art. 16, al. 1, de la version entièrement révisée du 25 septembre 2020 (LPDrév), dont l'entrée en vigueur est prévue durant le 2e semestre 2022, des données personnelles ne peuvent pas être transférées vers des États où il n'existe pas de niveau de protection des données adéquat¹. Le transfert de données vers un tel pays est cependant possible dans certaines circonstances, par exemple si un niveau de protection adéquat peut être garanti par contrat dans le pays de destination. Le présent document traite des clauses contractuelles types (*Standard Contractual Clauses*, SCC), lesquels constituent l'un des instruments qu'un exportateur de données peut utiliser en vertu du droit suisse pour garantir contractuellement un transfert de données vers un pays ne disposant pas d'un niveau de protection des données adéquat. Il convient d'examiner dans chaque cas particulier si les accords contractuels sont à même d'offrir une protection suffisante des données transférées. A cet égard, nous renvoyons à notre [Guide pour l'examen de la licéité de la communication transfrontière de données \(art. 6, al. 2, let. a, LPD\)](#), disponible sur le site du PFPDT.

2. Utilisation de SCC reconnues et obligation d'informer le PFPDT

Aux termes de l'art. 6, al. 3, LPD, quiconque transmet des données en se fondant sur des garanties contractuelles doit en informer le Préposé à la protection des données et à la transparence (PFPDT). Une violation délibérée de cette obligation peut entraîner des conséquences pénales². Pour remplir son obligation d'information, l'exportateur de données doit préalablement soumettre au PFPDT les garanties contractuelles utilisées pour examen. Toutefois, lorsqu'il s'agit de contrats types ou de SCC établis ou reconnus par le PFPDT, l'obligation prévue à l'art. 6, al. 3, de l'ordonnance sur la LPD est remplie dès lors que le PFPDT est informé de manière générale. La nouvelle mouture de la LPD supprime complètement l'obligation d'informer le PFPDT en cas de recours à des SCC reconnues³.

3. SCC et contrats types reconnus par le PFPDT et leur utilisation ultérieure

Jusqu'à présent, le PFPDT a reconnu les contrats modèles et les clauses contractuelles types suivants (art. 6, al. 2, let. a, LPD) :

- les clauses contractuelles types de l'UE visées dans la décision de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil (2010/87/UE) ;
- le *Swiss Transborder Data Flow Agreement (for outsourcing of data processing)* de novembre 2013 (contrat-type pour l'externalisation du traitement des données à l'étranger ; n'existe qu'en anglais) ;
- le contrat-type du Conseil de l'Europe visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières de données.

¹ Les États ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat figurent dans une [liste établie par le PFPDT](#).

² Art. 34, al. 2, let. a, LPD.

³ Art. 16, al. 2, let. d, LPDrév.

Les règles suivantes s'appliquent à tous les contrats et clauses types reconnus jusqu'ici :

Reconnaissance	Nouvelle notification	Délai transitoire pour les contrats existants	Après échéance du délai transitoire
Ces contrats et clauses types ne seront plus reconnus à compter du 27 septembre 2021.	Plus possible à compter du 27 septembre 2021.	Utilisation des contrats existants jusqu'au 1 ^{er} janvier 2023, pour autant que le traitement des données ou le contrat n'ait pas subi de modification essentielle.	Remplacement par - nouvelles SCC ⁴ - contrat sui generis - aucun autre contrat ou clause type pour le moment ⁵

4. Nouvelles SCC figurant dans l'annexe de la Décision d'exécution (UE) 2021/914

La Commission européenne a abrogé avec effet au 27 septembre 2021 les clauses contractuelles types figurant dans l'annexe de la Décision de la Commission du 5 février 2010 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil (2010/87/UE) par la Décision d'exécution (UE) 2021/914 du 4 juin 2021 et les a remplacées par les clauses contractuelles types figurant dans l'annexe de cette même décision⁶.

Le PFPDT reconnaît les nouvelles SCC, qui se réfèrent au Règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD), y compris leurs modules, sous réserve qu'elles soient modifiées et complétées si nécessaire dans des cas d'espèce. Pour la sélection des modules appropriés et la détermination des adaptations et des ajouts nécessaires, il faut procéder comme suit.

4.1 Choix du module applicable au cas d'espèce

Les nouvelles SCC de l'UE étant modulaires, les parties peuvent les adapter à leur scénario de transfert⁷. Elles compléteront les clauses générales, toujours applicables, par le module correspondant à leur situation. Les quatre modules suivants s'appliquent aux différents scénarios :

- Module 1 : responsable dans pays sûr -> responsable dans pays sans garanties suffisantes
- Module 2 : responsable dans pays sûr -> sous-traitant dans pays sans garanties suffisantes
- Module 3 : sous-traitant dans pays sûr -> sous-traitant dans pays sans garanties suffisantes
- Module 4 : sous-traitant dans pays sûr -> responsable dans pays sans garanties suffisantes

4.2 Détermination du droit régissant le transfert de données

La transmission de données personnelles de la Suisse vers l'étranger est régie par l'art. 6 LPD. Un tel transfert peut également être soumis au RGPD, en raison des effets extraterritoriaux qu'il déploie, en particulier lorsque des données de personnes domiciliées dans l'UE sont (également) transférées⁸. Ces dispositions sont contraignantes, indépendamment des éventuels choix contractuels des parties. Il faut ainsi distinguer **deux cas** : dans le premier, le transfert de données ne présente aucun critère de rattachement au RGPD⁹ et est soumis uniquement à la LPD. Dans le deuxième cas, le RGPD est applicable en raison de ses effets extraterritoriaux (art. 3, § 2) et l'exportateur des données est un

⁴ Clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil (Décision d'exécution (UE) 2021/914 de la Commission), adaptées pour la Suisse conformément au ch. 4.

⁵ Une version remaniée du *Swiss Transborder Data Flow Agreement (for outsourcing of data processing)* sera publiée ultérieurement. On ignore encore si le Conseil de l'Europe proposera également une version révisée de son contrat type.

⁶ Nouvelles SCC. Les anciennes SCC sont applicables pendant 18 mois aux contrats conclus précédemment, à savoir jusqu'au 27 décembre 2022, pour autant que les principes généraux du traitement des données et le contrat n'aient pas subi de modification. Ensuite, l'UE ne les considérera plus comme des garanties suffisantes au sens de l'art. 46, § 1, RGPD. La Décision d'exécution (UE) 2021/914 du 4 juin 2021 peut être consultée à l'adresse suivante : [EUR-Lex - 32021D0914 - FR - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/lexuris/lexuris.do?uri=CELEX:32021D0914-FR)

⁷ Conformément au considérant (10) de la Décision d'exécution (EU) 2021/914 du 4 juin 2021.

⁸ Concernant les effets extraterritoriaux du RGPD, voir nos [Conseils pratiques concernant le RGPD](#).

⁹ Art. 3 RGPD.

responsable du traitement ou un sous-traitant soumis à la LPD, par exemple parce qu'il est domicilié en Suisse.

La distinction de ces deux cas de figure est déterminante pour savoir si les SCC ou leurs modules doivent ou peuvent être modifiés. Pour les exportations de données auxquelles la LPD est applicable, les SCC doivent être adaptées aux spécificités de la loi suisse, en particulier afin que leur application ne porte pas préjudice aux personnes concernées. Les SCC ne peuvent toutefois pas être modifiées en ce qui concerne les transferts de données soumis au RGPD¹⁰. C'est pourquoi les parties doivent déterminer si la situation concrète relève de la seule LPD ou si le RGPD est également applicable.

Si les transferts de données relèvent à la fois de la LPD et du RGPD, les parties peuvent choisir entre **deux options** pour l'adaptation des SCC. Elles peuvent établir deux réglementations distinctes, l'une s'appliquant aux transferts soumis à la LPD et l'autre aux transferts soumis au RGPD. Elles peuvent aussi prévoir que tous les transferts seront soumis aux normes du RGPD, celui-ci offrant une protection adéquate¹¹ aux personnes concernées, qui ne seront donc pas défavorisées. Toutefois, même dans ce cas de figure, certaines adaptations seront nécessaires, comme nous l'expliquons ci-après.

¹⁰ Clause 2 des nouvelles SCC : Invariabilité des clauses.

¹¹ Art. 6, al. 2, let. a, LPD.

4.3 Adaptations des SCC aux cas d'espèce

4.3.1 Vue d'ensemble

Le tableau ci-dessous présente les modifications qui doivent être appliquées aux SCC afin qu'elles présentent un niveau de protection approprié selon le droit suisse en cas de transfert de données personnelles de la Suisse vers un pays tiers (art. 6, al. 2, let. a, LPD).

	Cas 1 : Le transfert de données relève uniquement de la LPD ¹²	Cas 2 : Le transfert de données relève à la fois de la LPD et du RGPD ¹³	
		Option 1 : Les parties prévoient deux réglementations distinctes pour les transferts qui sont régis par la LPD et ceux qui sont régis par le RGPD.	Option 2 : Les parties adoptent les normes du RGPD pour tous les transferts de données.
Autorité de surveillance compétente figurant dans l'annexe I.C conformément à la clause 13	Obligatoirement PFPDT	Surveillance parallèle : PFPDT pour les transferts soumis à la LPD ; Autorité de l'UE pour les transferts soumis au RGPD (les critères applicables au choix de l'autorité figurant dans la clause 13, § a), doivent être respectés).	
Droit applicable aux droits contractuels selon la clause 17	Droit suisse ou droit d'un État reconnaissant et accordant des droits aux tiers bénéficiaires	Droit suisse ou droit d'un État reconnaissant et accordant aux tiers bénéficiaires des droits contractuels sur les transferts de données soumis à la LPD ; droit d'un État membre de l'UE, pour les transferts de données soumis au RGPD (module 4 : libre choix)	Droit d'un État membre de l'UE (module 4 : libre choix)
For des litiges entre parties selon la clause 18, § b)¹⁴	Libre choix	Libre choix en cas de litiges concernant des transferts de données soumis à la LPD ; tribunal d'un État membre de l'UE pour les litiges concernant des transferts de données soumis au RGPD (module 4 : libre choix)	Tribunaux d'un État membre de l'UE (module 4 : libre choix)
Modifications ou ajouts concernant le for des plaintes déposées par une personne concernée	Les SCC doivent comporter une annexe dans laquelle il est précisé que le terme « État membre de l'UE » ne doit pas être interprété de manière à ce que les personnes concernées se trouvant en Suisse soient privées de la possibilité de faire valoir leurs droits conformément à la clause 18, § c), dans le pays dans lequel elles ont leur résidence habituelle, à savoir la Suisse.		
Modifications ou ajouts concernant le renvoi au RGPD	Les SCC doivent comporter une annexe dans laquelle il est précisé que le renvoi au RGPD doit être compris comme un renvoi à la LPD.	Les SCC doivent comporter une annexe dans laquelle il est précisé que le renvoi au RGPD doit être compris comme un renvoi à la LPD pour autant que le transfert de données soit soumis à la LPD.	
Ajout applicable jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPDrév¹⁵	Les SCC doivent comporter une annexe dans laquelle il est précisé que les clauses protègent également les données des personnes morales jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPDrév.		

¹² Conditions : le RGPD n'est pas applicable (pas de critère de rattachement au sens de l'art. 3 RGPD) ; l'exportateur se trouve en Suisse et transfère des données dans un pays qui ne présente pas le niveau de protection requis.

¹³ Conditions : le RGPD s'applique à certains transferts de données en raison de ses effets extraterritoriaux conformément à l'art. 3 RGPD ; l'exportateur de données est un responsable ou un sous-traitant soumis à la LPD, par exemple parce qu'il se trouve en Suisse, et les données sont transférées dans un pays qui ne présente pas le niveau de protection requis.

¹⁴ À ne pas confondre avec les droits que la personne concernée peut faire valoir au lieu de sa résidence habituelle, voir ligne suivante du tableau et les explications du ch. 4.3.4

¹⁵ Entrée en vigueur prévue durant le 2e semestre 2022.

4.3.2 Autorité de surveillance

La compétence de surveillance du PFPDT découle de la LPD. Il est donc autorité de surveillance dans tous les cas, même si les parties devaient faire un choix différent, et doit être inscrit dans l'annexe I.C à ce titre.

Le PFPDT doit être inscrit en qualité d'autorité de surveillance unique dans les contrats portant sur des transferts de données soumis exclusivement à la LPD. La mention explicite d'une autorité de surveillance de l'UE dans les SCC n'y fait pas obstacle. Lorsque les transferts de données relèvent à la fois de la LPD et du RGPD, les organes de surveillance sont : le PFPDT pour les transferts de données soumis à la LPD, et les autorités compétentes de l'UE pour les transferts soumis au RGPD (compétences parallèles). Les accords contractuels ne concernant pas les autorités de surveillance, ces règles s'appliquent aussi bien aux contrats conclus selon l'option 1 que selon l'option 2.

Qu'il s'agisse de l'option 1 ou de l'option 2, l'autorité de surveillance inscrite dans l'annexe I.C doit être le PFPDT pour les traitements de données soumis à la LPD, et une autorité de l'UE pour les traitements de données soumis au RGPD. Les exigences figurant dans la clause 13 doivent être respectées. L'inscription d'une autorité de l'UE unique ne correspondrait pas à la réalité et pourrait conduire à des erreurs et des malentendus lors de l'interprétation et de l'application du contrat.

Le PFPDT surveille exclusivement l'application de la législation suisse en matière de protection des données. Il peut seulement prendre en compte dans son interprétation et son appréciation globale les droits contractuels et les dispositions du RGPD.

4.3.3 Droit applicable aux droits contractuels en vertu de la clause 17

Dans la mesure où les faits relèvent de la LPD, les parties peuvent convenir que les droits contractuels sont régis par la législation suisse, même si le droit d'un État membre de l'UE est explicitement mentionné dans les SCC. Si ce possibilité est recommandée, les parties sont toutefois libres, selon le droit suisse, de choisir une autre option, pour autant que les droits des personnes concernées ne s'en trouvent pas affaiblis. Il faut souligner que le contrat donne à la personne concernée la possibilité, en sa qualité de tiers bénéficiaire, d'invoquer et de faire appliquer directement certains droits contre les parties¹⁶. Le droit de l'État choisi doit reconnaître et accorder les droits du tiers bénéficiaire pour que celui-ci puisse effectivement les faire valoir.

Dans le champ d'application du RGPD en revanche, le droit de l'État choisi doit obligatoirement reconnaître les droits du tiers bénéficiaire. Seul le module 4 laisse la liberté de choix aux parties.

Il découle de ce qui précède que les contrats conclus selon l'option 1 impliquent l'obligation de choisir le droit d'un État membre pour les transferts de données régis par le RGPD alors que pour les transferts régis par la LPD, le choix est libre au sens des explications ci-dessus. Tous les contrats conclus selon l'option 2 doivent opter pour le droit d'un État membre de l'UE.

4.3.4 For des litiges opposant des parties selon la clause 18, § b), et for des poursuites introduites par les personnes concernées

Les parties sont libres de choisir le for des litiges découlant du contrat lorsque les faits relèvent de la LPD.

Lorsque les faits relèvent à la fois de la LPD et du RGPD, les parties peuvent choisir librement le for des litiges découlant du contrat portant sur des transferts de données soumis à la LPD. En ce qui concerne les transferts de données soumis au RGPD uniquement, les litiges doivent obligatoirement

¹⁶ Clause 3 des nouvelles SCC.

être tranchés par les juridictions d'un État membre de l'UE¹⁷. Lorsqu'il s'agit de contrats conclus selon l'option 1, les parties ont l'obligation d'élire un for dans un État membre de l'UE en cas d'application du RGPD alors que le choix est libre en cas d'application de la LPD. Tous les litiges découlant de contrats conclus selon l'option 2 doivent être tranchés par un tribunal d'un État membre.

Dans tous les cas cités, le for élu n'est cependant pas exclusif. Alors que les parties sont liées à cette clause juridictionnelle, les personnes concernées, elles, ont toujours la possibilité de faire valoir leurs droits auprès des juridictions de l'État dans lequel elles ont leur résidence habituelle¹⁸. La clause 18, § c), faisant explicitement référence aux juridictions d'un État membre de l'UE alors que les personnes concernées viennent généralement de Suisse, il convient de préciser expressément dans une annexe que la juridiction alternative pour les personnes concernées ayant leur résidence habituelle en Suisse est un tribunal suisse.

4.3.5 Modifications ou ajouts concernant les références au RGPD

Les nouvelles SCC font référence au RGPD à plusieurs reprises. Or les droits et devoirs découlant de transferts de données vers l'étranger qui relèvent de la LPD doivent être examinés à la lumière de la loi suisse. Le PFPDT doit donc, dans l'exercice de sa fonction de surveillance, appliquer la LPD. Il en découle que les références au RGPD doivent être comprises comme des références à la LPD, ce qui doit être précisé dans une annexe afin d'éviter tout malentendu dans l'interprétation du contrat et dans son application.

Les règles suivantes s'appliquent lorsque les faits relèvent à la fois de la LPD et du RGPD. Si les parties choisissent l'option 1, réglant séparément les transferts de données qui relèvent de la LPD de ceux qui relèvent du RGPD, le contrat doit être interprété et appliqué à la lumière de la base légale régissant concrètement chacun des transferts. Cela doit ressortir du contrat. Il faut ainsi ajouter aux contrats conclus selon l'option 1 une annexe précisant que les références au RGPD doivent être comprises comme des références à la LPD lorsque les transferts de données sont soumis à la LPD. Lorsque les parties choisissent l'option 2, tous les transferts de données sont en revanche soumis au RGPD et aucune précision n'est alors nécessaire.

4.3.6 Annexe des SCC nécessaires jusqu'à l'entrée en vigueur de la LPDrév

Les nouvelles SCC ne protègent que les personnes physiques, conformément au droit européen. La LPD dans sa version actuelle soumet toutefois également les personnes morales à la protection des données. Les SCC doivent par conséquent être complétées d'une annexe précisant que le contrat protège également les personnes morales afin que le niveau de protection requis pour le transfert de données personnelles à l'étranger (art. 6 LPD) soit respecté. Comme la LPDrév ne protégera plus que les données des personnes physiques, à l'exclusion de celles des personnes morales, cette précision ne sera plus nécessaire dès son entrée en vigueur.

¹⁷ Clause 2 des nouvelles SCC.

¹⁸ Clause 18, § c), des nouvelles SCC.