

Vos transferts de données sont-ils en règle ?

Rubrique
animée par
Allen
& Overy

Le 24 octobre 1995, l'Union européenne a adopté une directive pour la protection des données personnelles. Si le transfert des données vers les Etats de l'Union européenne est libre, le transfert vers les pays tiers pose la question du niveau de protection offert par ces pays. Les conséquences pratiques sont d'autant plus importantes que, la date limite de transposition ayant été dépassée en France, la Cnil considère que les règles de la directive sont directement applicables en droit français. Les risques existent pour les entreprises qui réaliseraient des transferts prohibés.

**Par Noël Chahid-Nourai, avocat,
ancien membre de la Cnil, et Jérôme
Marbot, avocat**

1 Les règles

On dénomme «transfert» de données toute communication de données personnelles – les personnes morales ne sont pas concernées – vers un correspondant situé dans un pays extérieur à l'Union européenne. Tous les transferts sont visés, quels que soient la technique et le mobile du transfert. Ainsi, l'externalisation des traitements dans certains pays – très pratiquée actuellement – est effectivement visée. Les législations de l'Argentine, du Canada, de la Suisse et de la Hongrie sont reconnues comme suffisamment protectrices par la Commission. L'échange de données avec ces pays est libre. Avec les autres pays, l'interdiction est de règle sauf si vous vous trouvez dans le cadre de l'une des quatre exceptions suivantes.

- Aux Etats-Unis, si votre correspondant a adhéré aux principes de l'accord dit de «safe harbor», les échanges de données avec ce correspondant sont libres¹. Toutefois, les entreprises américaines ayant adhéré à ce système sont peu nombreuses.
- L'Etat européen du territoire duquel proviennent les données a autorisé le transfert, après avoir estimé que votre correspondant offrait des garanties suffisantes.

En France, c'est la Cnil qui exerce ce pouvoir.

- Vous avez passé une convention ad hoc avec l'entreprise située dans un pays tiers. La Commission a élaboré un modèle de convention sur lequel vous pouvez avantageusement vous caler² car aucune objection ne pourra alors vous être faite.
- Vous êtes en mesure de justifier : que la personne concernée par les données a indubitablement donné son consentement ; ou que le transfert est nécessaire à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou d'un contrat conclu dans l'intérêt de la personne concernée.

2 Les risques

- Le risque pénal : le transfert de données à des tiers non autorisés peut être puni de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende. On notera cependant qu'à ce jour la justice française a fait preuve de la plus grande modération en ce qui concerne la sanction des règles «informatique et libertés».

● Le risque civil : en cas de violation des droits de la personne concernée l'entreprise coupable peut être condamnée à réparer le préjudice subi.

● Le risque technique : la Cnil a le pouvoir d'enquêter et d'intervenir (visites sur place et perquisitions notamment). En cas d'urgence, elle peut décider l'interruption du traitement ou le verrouillage de certaines données. D'où des problèmes évidents pour le fonctionnement de l'entreprise.

● Le risque financier : la Cnil peut prononcer des sanctions pécuniaires (proportionnées à la gravité des manquements et aux avantages tirés de ce manquement) de 150 000 euros au maximum pour le premier manquement à 300 000 euros au maximum en cas de réitération dans les cinq années suivantes.

● Le risque commercial : plus insidieux et, à la limite, plus grave est le préjudice de réputation causé par la divulgation dans la presse des infractions. On se souvient, à cet égard, des dommages causés lors de la révélation des comportements relevés dans les fichiers clients d'une banque régionale.

3 Les parades envisageables

Si votre correspondant est aux Etats-Unis, vous vérifierez qu'il a effectivement adhéré au «safe harbor». Dans la négative, et si vous vous trouvez dans un autre cas, vous insérerez dans vos contrats de transfert les clauses types édictées par la Commission. Par ailleurs, le développement de codes de bonne conduite semble aujourd'hui être de plus en plus accepté par les autorités nationales de contrôle comme pouvant constituer une garantie de libre transfert entre les entités – généralement du même groupe ou de la même sous-catégorie professionnelle – signataires du code ■

1/ liste des adhérents consultable sur Internet :

www.export.gov/safeharbor

2/ décision de la Commission européenne n° 520/2000/CE du 26 juillet 2000

3/ décision de la Commission européenne n° 2001/497/CE du 15 juin 2001