

Données à caractère personnel : Votre conformité

Règlement Général sur Protection des Données
Loi pour une République Numérique
Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle



17 FICHES PRATIQUES



Le 25 mai 2018, date d'entrée en application du Règlement général sur la protection des données, devient une réalité pour tous les acteurs (administrations, grands comptes, *start-up*, etc.).

Ce texte s'appliquera au sein des 28 Etats membres de l'Union européenne ainsi qu'à tous traitements de données à caractère personnel visant à fournir des biens et des services aux résidents européens ou à les « cibler » .

Indépendamment du montant conséquent des sanctions en cas de manquements, les données à caractère personnel sont au cœur de l'économie avec de nouveaux usages exponentiels (l'intelligence artificielle, *data mining*, etc.).

Le RGPD (ou GDPR, en anglais) loin d'être un frein a comme volonté de permettre à, chaque acteur, de mettre en œuvre sa conformité en définissant ses propres mesures, procédures grâce notamment à une cartographie des données, des flux entre les différents prestataires ainsi qu' une sécurisation des contrats (responsabilisation des acteurs).

Cette conformité doit être « gagnant - gagnant » tant pour les usagers (« nous tous ») avec ce besoin de confiance, de transparence renforcée, que pour les professionnels en renforçant leur crédibilité. N'oublions pas que dans cette économie digitale, les données à caractère personnel sont des actifs immatériels ayant une valeur économique certaine.

Des outils de conformité, de gouvernance sont d'ores et déjà mis à disposition des acteurs afin de leur permettre d'avoir leur propre gestion du risque comme le registre, les PIA ou encore le fait de se préparer à désigner un Délégué à la Protection des Données (DPO, véritable clef de la voûte de la conformité).

En outre, en France, la culture « protection des données à caractère personnel » est mise en œuvre depuis 1978. Certains acteurs ont désigné un Correspondant Informatique et Libertés depuis 2005. Il est donc possible de s'appuyer sur un existant. Le projet de loi modifiant la loi n°78-17 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés intégrant certains aspects du RGDP s'inscrit dans cette continuité.

En tant que Conseil, nous sommes confrontés quotidiennement à la gestion des enjeux stratégiques, nous accompagnons les acteurs dans leur conformité juridique et leur transformation numérique.

Nous vous souhaitons une bonne lecture, en espérant sincèrement que les lignes qui suivent pourront vous être utiles dans vos projets.

Restant à votre écoute,

Garance Mathias

Avocat à la Cour



Mathias
Avocats

Sommaire

- **Fiche n°1** : Historique
- **Fiche n°2** : Les notions essentielles de la protection des données à caractère personnel
- **Fiche n°3** : Les acteurs de la protection des données à caractère personnel
- **Fiche n°4** : Les principes de la protection des données à caractère personnel réaffirmés
- **Fiche n°5** : L'application territoriale
- **Fiche n°6** : Le principe d'*accountability*
- **Fiche n°7** : L'analyse d'impact
- **Fiche n°8** : La gestion de crise renforcée
- **Fiche n°9** : Le DPO au cœur de la démarche de conformité
- **Fiche n°10** : Le renforcement des obligations des sous-traitants
- **Fiche n°11** : La responsabilité conjointe de traitement organisée
- **Fiche n°12** : Le renforcement des droits des personnes et la consécration de nouveaux droits
- **Fiche n°13** : Les transferts de données à caractère personnel
- **Fiche n°14** : Les autorités de contrôle – Quel rôle à l'heure de la suppression des formalités préalables ?
- **Fiche n°15** : Le caractère dissuasif des sanctions
- **Fiche n°16** : Ce qui change avec la loi pour une République Numérique
- **Fiche n°17** : Ce qui change avec la loi de modernisation de la justice du XXIème siècle



Fiche n°1 : Historique

2016 a été l'année de la protection des données à caractère personnel. Après quatre années de débats, la Commission européenne, le Parlement européen et le Conseil de l'Union ont abouti à un texte de compromis le 15 décembre 2015.

Le RGPD a été formellement approuvé par les institutions et publié au Journal Officiel de l'Union européenne le **4 mai 2016**. La singularité réside dans le fait que le RGPD ne sera applicable que deux ans à compter de la date de son entrée en vigueur, soit le 25 mai 2018.

Au cours de cette année, nombreux sont les organismes à s'être engagés dans un processus de mise en conformité afin d'intégrer les nouvelles exigences du Règlement général sur la protection des données. Ce mouvement va se poursuivre tout au long du 1^{er} trimestre 2018 jusqu'à la date d'application du Règlement, le 25 mai 2018.

Cette période de transition a également été mise à profit par les institutions nationales des Etats membres et les autorités de contrôle.

Rappelons que l'ancienne réglementation résulte de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995¹, chaque Etat membre de l'Union européenne ayant ensuite transposé cette directive dans son droit national. Cette directive sera abrogée par l'applicabilité du RGPD, soit au 25 mai 2018.

Le RGPD poursuit notamment un objectif d'harmonisation des législations européennes puisqu'il sera directement applicable dans chaque Etat membre sans qu'aucune transposition ne soit nécessaire.



Toutefois, le RGPD renvoie sur certains points à la loi nationale des Etats membres. Aussi, certains pays – à l'instar de l'Allemagne – ont déjà adopté une loi intégrant les exigences du RGPD. En France, un projet de loi visant à modifier la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 devrait être examiné par les parlementaires dans les prochains mois.

Les autorités de contrôle ont également été actives collectivement et individuellement. Le Groupe de l'Article 29 a, en effet, adopté et publié des lignes directrices sur certaines thématiques (autorité de contrôle, délégué à la protection des données, portabilité, analyse d'impact...). Certaines autorités ont également mis des outils à disposition des acteurs. Par exemple, l'autorité de contrôle belge a publié un modèle de registre des activités de traitement. La Commission nationale de l'informatique et des libertés a par ailleurs créé un outil d'aide à la réalisation et à la formalisation des analyses d'impact².

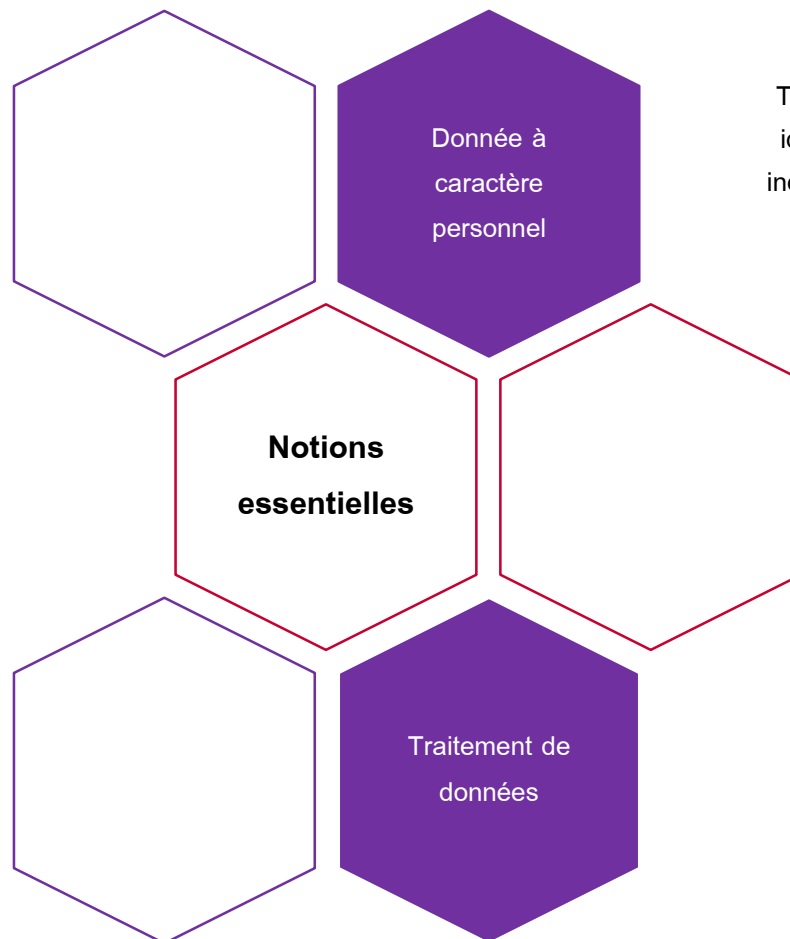
Rappelons enfin qu'un autre règlement européen devrait intervenir dans le courant du 1^{er} semestre 2018, à savoir le règlement « ePrivacy » relatif aux communications électroniques. Il aura notamment un impact sur le traitement des métadonnées et l'utilisation des cookies.

¹. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

². <https://www.cnil.fr/professionnel>

Fiche n°2 : Les notions essentielles de la protection des données à caractère personnel

Avant de procéder à l'analyse proprement dite du RGPD, nous vous proposons un rappel terminologique des notions clefs de la protection des données enrichi des apports du Règlement³.

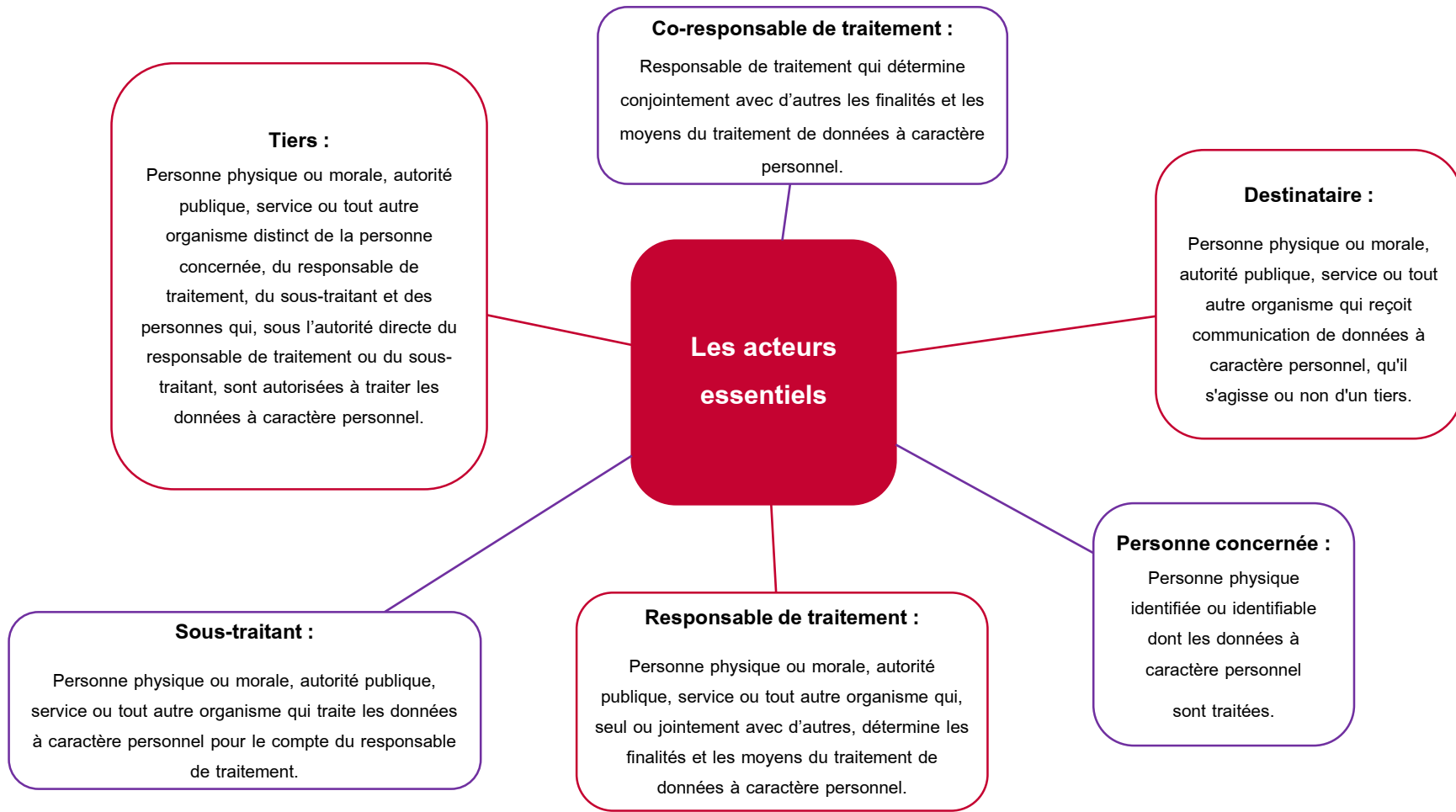


Toute information relative à une personne physique identifiée ou qui peut être identifiée directement ou indirectement par référence à un identifiant tel que le nom, un numéro d'identification, une donnée de localisation, un identifiant en ligne, etc.

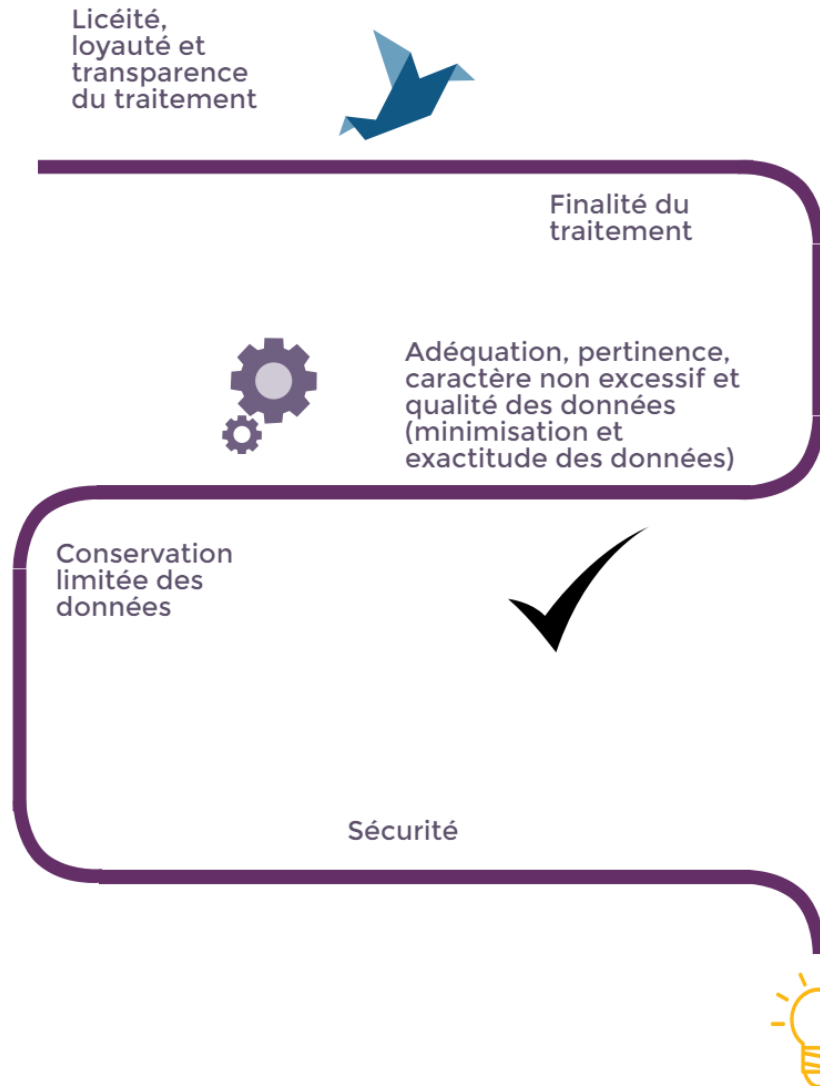
Toute opération ou ensemble d'opérations effectués sur des données à caractère personnel que le procédé soit automatisé ou non. Constituent notamment un traitement la collecte, l'enregistrement, l'organisation, le stockage, l'extraction, l'adaptation ou la modification, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion, l'effacement ou la destruction, le verrouillage, etc.

³ Article 4 « Définitions » du RGPD.

Fiche n°3 : Les acteurs de la protection des données à caractère personnel



Fiche n° 4 : Les principes de la protection des données à caractère personnel réaffirmés



Les principes, clé de voûte de la protection des données

Licéité, loyauté, limitation des finalités, minimisation des données, exactitude des données, conservation limitée des données et sécurité des données, tels sont les principes de la protection des données qui figurent à l'article 5 du RGPD.

Si certaines dénominations ont changé, ces principes ne sont pas inconnus des responsables de traitement.

La licéité du traitement fait référence à son fondement juridique tandis que la loyauté du traitement désigne les modalités selon lesquelles les données sont collectées (lien avec la transparence et l'information des personnes).

A l'instar de la situation actuelle, les responsables de traitement continueront de devoir justifier, après l'entrée en vigueur du RGPD, d'une finalité déterminée, explicite et légitime pour tout traitement de données à caractère personnel mis en œuvre.

Ils devront ainsi définir au préalable le but poursuivi préalablement et ce de manière claire, afin que les finalités arrêtées puissent être facilement comprises par les personnes concernées. Cette étape revêt une importance particulière puisqu'elle limitera par la suite les éventuelles réutilisations des données à caractère personnel.

Qu'est-ce que la minimisation des données ? Ce principe désigne la proportionnalité entre les données à caractère personnel traitées et la finalité du traitement (caractère adéquat, pertinent et non excessif des données traitées).

La qualité des données à caractère personnel compte également parmi les principes de la protection des données. Celles-ci devront être exactes et si nécessaire mises à jour. Ainsi, les données inexactes doivent-elles être rectifiées ou supprimées. Ce principe revêt une importance particulière dans le cadre notamment des fichiers d'exclusion.

La durée de conservation limitée des données sera un enjeu important pour le responsable de traitement car elle devra désormais figurer dans la mention d'information délivrée aux personnes concernées. Dès lors, ces dernières seront en mesure de vérifier si l'organisme responsable de traitement respecte la durée qu'il a lui-même déterminée.

Enfin, la sécurité des données demeure au cœur de la protection des données.

En pratique, une grille de lecture reprenant chacun de ces principes pourra être élaborée afin de déterminer s'ils sont bien pris en compte dans le cadre de la mise en œuvre des traitements.

La notion de consentement précisée et renforcée

Les conditions de la licéité d'un traitement sont définies par l'article 6 du RGPD. En tant que responsable de traitement, un organisme pourra fonder la légitimité du traitement sur l'un des critères suivants :

- consentement de la personne concernée,
- exécution d'un contrat,
- respect d'une obligation légale,
- sauvegarde des intérêts vitaux de la personne,
- exécution d'une mission d'intérêt public,
- poursuite d'intérêts légitimes (intérêt économique, commercial, respect de l'objet social d'une association, sécurité des personnes et des biens, etc.).

Le **consentement** des personnes concernées est défini par le RGPD comme « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (article 4 du RGPD). Cette définition complète celle consacrée par la directive 95/46/CE en ce qu'elle prévoit expressément que le consentement résulte d'un acte positif univoque. Afin de rapporter la preuve du consentement recueilli, un responsable de traitement devra utiliser des **solutions de traçabilité**. De manière pratique, rappelons toutefois que la case à cocher ou encore la poursuite de la navigation en matière de cookies caractérisent ces actes positifs.

Un statut spécifique pour les mineurs

Le RGPD prévoit un régime spécifique aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre dans le cadre de l'offre de services aux mineurs (réseaux sociaux, etc.) de moins de 16 ans ou de 13 ans, en fonction de la législation nationale. En effet, le consentement des personnes dépositaires de l'autorité parentale devra être recueilli. Dès lors, de manière pratique, un responsable de traitement devra le cas échéant d'une part s'assurer que le consentement est valablement recueilli mais également vérifier que la personne qui donne son consentement est bien majeure ou titulaire de l'autorité parentale. Une double traçabilité devra donc être prévue.



Fiche n° 5 : L'application territoriale

Les institutions européennes ont souhaité que la protection des données à caractère personnel des citoyens européens s'applique de manière étendue.

C'est la raison pour laquelle l'article 3 du RGPD prévoit une application territoriale large à tout traitement de données à caractère personnel, mis en œuvre par un responsable de traitement, même s'il n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne (UE) dès lors qu'il s'agit d'activités liées à l'offre de biens ou de services, proposées à des personnes se trouvant au sein de l'UE et à l'observation du comportement des personnes situées au sein de l'UE.



Plus précisément, une entreprise établie aux États-Unis qui commercialise ses produits directement à des résidents de l'Union européenne, sans être physiquement présente sur le territoire de l'Union, sera soumise aux exigences du RGPD.

DIRECTIVE

VERSUS

RÈGLEMENT

APPLICATION TERRITORIALE

 Art. 4 Directive 95/46/CE	 Art. 3 Règlement européen
Opérateurs économiques non établis sur le territoire de l'Union européenne	Opérateurs économiques non établis sur le territoire de l'Union européenne
Moyens, automatisés ou non, de traitement situés sur le territoire de l'Union européenne	Offre de biens ou de services, à des personnes se trouvant au sein de l'Union européenne ou observation du comportement de ces dernières
Désignation d'un représentant	Désignation d'un représentant

Notons qu'en application de l'article 4 de la directive 95/46/CE relatif au droit national applicable, l'application de la loi nationale d'un Etat membre de l'Union européenne à un responsable de traitement qui n'y était pas établi supposait qu'il ait recours « (...) à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre (...) ». Cette notion était entendue de manière large afin de soumettre une large partie des responsables de traitement à la loi de protection d'un Etat membre. Aussi les moyens de traitement pouvaient-ils être caractérisés par les logiciels de collecte utilisés, les formulaires de collecte, les serveurs informatiques ou encore le recours à des cookies.

Aussi, même si cette appréhension large de l'application territoriale de la réglementation n'est pas foncièrement nouvelle, ces aspects sont plus précisément définis. Ceci n'est pas sans conséquences pour un organisme non établi dans l'Union européenne. Ce dernier devra en effet désigner un représentant au sein de l'UE, c'est-à-dire une personne physique ou morale établie sur le territoire de l'Union européenne désignée par le responsable de traitement de données à caractère personnel afin de le représenter.



Mathias
Avocats

Fiche n°6 : Le principe d'accountability

Au système déclaratif actuel, le RGPD substitue une démarche responsable (« accountability ») selon laquelle un organisme responsable de traitement doit être en mesure de **démontrer** à son autorité de contrôle qu'il se conforme à ses obligations en matière de protection des données à caractère personnel.

Article 24 du RGPD

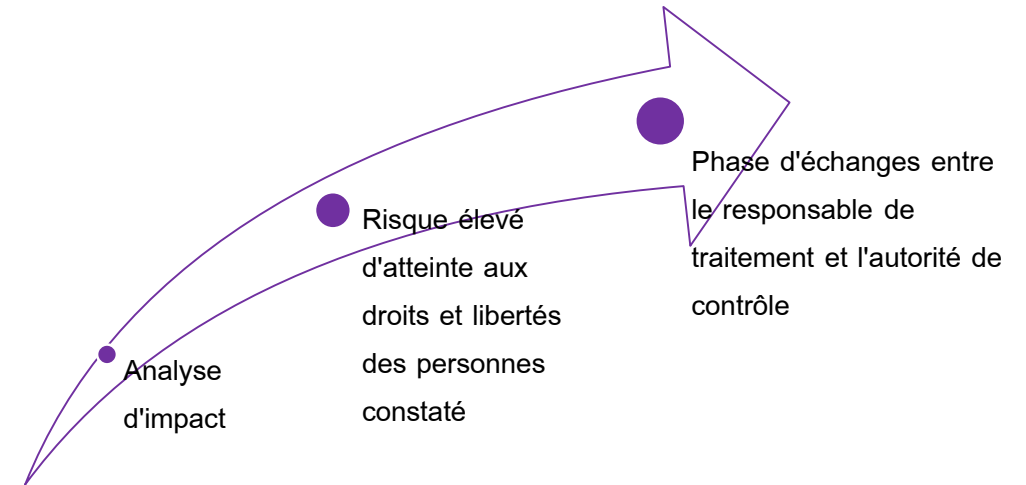
« 1. Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable du traitement met en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement des données à caractère personnel est effectué conformément au présent Règlement. Ces mesures sont réexaminées et actualisées si nécessaire.

2. Lorsque cela est proportionné aux activités de traitement de données, les mesures visées au paragraphe 1 comprennent la mise en œuvre de politiques appropriées en matière de protection des données par le responsable du traitement.

3. L'application d'un code de conduite approuvé comme le prévoit l'article 40 ou de mécanismes de certification approuvés comme le prévoit l'article 42 peut servir d'éléments pour démontrer le respect des obligations incombant au responsable de traitement. »

Le responsable de traitement ne sera plus soumis au système de formalités préalables à la mise en œuvre des traitements tel qu'il figure aujourd'hui dans la loi du 6 janvier 1978 modifiée.

Toutefois, l'article 36 du RGPD européen prévoit un régime de consultations préalables de l'autorité de contrôle comme illustré par la figure ci-dessous.



Cet article prévoit par ailleurs que, dans des domaines spécifiques, la loi des Etats membres puisse prévoir un régime de consultation et d'autorisation préalables à la mise en œuvre des traitements. Les traitements mis en œuvre par un responsable de traitement dans le cadre d'une mission de service public ou encore dans le cadre de la protection sociale et de la santé publique seront notamment concernés.

En pratique, le principe de responsabilité impliquera que le responsable d'un traitement de données à caractère personnel adopte des mesures techniques et organisationnelles garantissant le respect de la réglementation.

Des mesures adaptées

Ces mesures devront être adaptées en tenant compte de plusieurs éléments factuels tels que la nature du traitement de données mis en œuvre, le contexte, la portée et les finalités du traitement.

Les risques pour les droits et libertés des personnes devront également être identifiés ainsi que leur probabilité de survenance et gravité évaluées. Les mesures ne seront donc pas les mêmes pour tous les organismes. **Les études d'impact et analyses de risques devront être privilégiées.**

La politique de protection des données à caractère personnel adoptée au sein d'un organisme sera ainsi rédigée sur-mesure.

Des mesures diversifiées

Les mesures techniques et organisationnelles mises en place par le responsable de traitement seront de nature diverse. De manière générale, elles seront matérialisées par toutes les dispositions prises par l'entreprise pour respecter les obligations qui lui incomberont en application du RGPD (principes du *privacy by design* et *by default*, respect des droits des personnes, analyses d'impact le cas échéant, sécurité et confidentialité des données, notification des failles, tenue du registre, etc.).



Surtout, la prise en compte des principes de protection des données à caractère personnel par défaut et dès la conception feront partie intégrante de l'évaluation de la conformité d'un organisme responsable de traitement (traduits de l'anglais « *privacy by default* » et « *privacy by design* »)⁴.

La protection des données à caractère personnel devra être intégrée dès la conception des systèmes et des technologies mis en place. Le RGPD précise que ce principe devra être décliné tant en phase de détermination des moyens du traitement qu'au



moment de sa mise en œuvre. Cette exigence présente un lien étroit avec le principe de minimisation des données à caractère personnel, principe en vertu duquel les données à caractère personnel doivent être « adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées »⁵.

Ce principe connu des responsables de traitement, puisqu'il figure déjà dans la directive 95/46/CE et dans la loi Informatique et Libertés, postule de ne collecter que les données strictement nécessaires à la réalisation de la finalité définie. Dès lors, une analyse précise du traitement envisagé s'impose pour déterminer ses caractéristiques et vérifier qu'elles sont en adéquation avec les règles de protection des données (durée de conservation limitée, données strictement nécessaires, etc.).

Notons que le RGPD prévoit expressément que les données à caractère personnel ne devront pas être rendues accessibles à « un nombre indéterminé de personnes physiques sans l'intervention de la personne physique concernée ». Une marge de manœuvre devra donc être laissée aux personnes dont les données sont traitées. De ce point de vue, la personne retrouve la **maîtrise** de ses données à caractère personnel puisqu'il lui appartiendra de modifier les paramètres.

⁴ Article 25 du RGPD.

⁵ Article 5,1, c) du RGPD.

ACCOUNTABILITY

L'important est de démontrer les engagements pris par le responsable de traitement en faveur de la protection effective des données personnelles.

.....

La protection des données personnelles peut prendre de nombreuses formes, voici quelques exemples.

ET EN PRATIQUE ?

EXEMPLE N°2

Politique en matière de sous-traitance des traitements.

EXEMPLE N°1

Procédure interne de gestion des réclamations et des demandes d'exercice des droits.

EXEMPLE N°4

Labels délivrés par la CNIL.

EXEMPLE N°3

Règles internes d'entreprise (« Binding Corporate Rules ») définissant la politique d'un groupe en matière de transfert de données personnelles.

EXEMPLE N°6

Techniques de pseudonymisation.

EXEMPLE N°5

Désactivation par défaut de la géolocalisation des personnes et absence de partage de données par défaut.



Le registre de traitement pour tous, une mesure pertinente

La **généralisation** de la tenue d'un registre des traitements mis en œuvre participera également de la démarche de responsabilité des organismes⁶. Jusqu'à présent, le registre des traitements de données à caractère personnel était celui établi par le Correspondant Informatique et Libertés (CIL) de l'organisme responsable de traitement qui l'avait désigné.

Le RGPD rappelle l'importance de ce registre en précisant que « Chaque responsable du traitement et, le cas échéant, le représentant du responsable du traitement tiennent un registre des activités de traitement mises en œuvre ».

Le RGPD ne prévoit pas qu'il appartienne au délégué à la protection des données à caractère personnel (DPO) de tenir ce registre. Toutefois, en pratique, il est possible de s'interroger sur la marge de manœuvre laissée à un CIL devenu DPO pour ne plus tenir ce registre. Dans ce type de situation, la continuité de la mise à jour du registre n'imposerait-elle pas que le DPO assure ce suivi ?

Indépendamment de cette question, notons que les entreprises de moins de 250 salariés ne seront pas soumises à cette obligation. Cette exception sera toutefois écartée si le traitement mis en œuvre par un tel organisme responsable de traitement est générateur de risque pour les droits et libertés des personnes, s'il est récurrent ou s'il porte sur des données à caractère personnel sensibles ou relatives à des condamnations et infractions pénales.

Certains des éléments du registre énumérés par le RGPD sont déjà mentionnés dans le registre du CIL, d'autres sont nouveaux. Ainsi, le registre devra préciser :



- le nom et les coordonnées des différents acteurs (responsable de traitement, co-responsable, représentant de l'organisme et le cas échéant, délégué à la protection des données) ;
- les finalités du traitement ;
- la description des catégories de personnes concernées, des catégories de données et des catégories de destinataires des données à caractère personnel ;
- les transferts de données à caractère personnel avec identification des pays de destination et des garanties utilisées pour encadrer cette opération (BCR, clauses contractuelles types, etc.) ;
- la description des mesures de sécurité adoptées ;
- les délais prévus pour l'effacement des différentes catégories de données.

Comment faire face à ces exigences ?

Afin de vous préparer au RGPD, il est d'ores et déjà possible d'identifier et de passer en revue les différentes politiques internes en lien avec la protection des données à caractère personnel. Un audit des traitements mis en œuvre peut également être réalisé avec l'assistance d'experts techniques et juridiques. Il ne reste que quelques mois pour déterminer un plan d'action en comparant de l'existant avec les exigences du RGPD. En outre, la Cnil a publié une infographie détaillant les démarches à prendre et les principes clés⁷. D'autres autorités de contrôle ont également pris des mesures afin d'aider les responsables du traitement. Par exemple, le Préposé fédéral à la protection des données et à l'information de la confédération suisse fournit un questionnaire qui permet au responsable du traitement d'anticiper les risques dès le début du développement de son projet⁸.

⁶. Article 30 du RGPD.

⁷. <https://www.cnil.fr/fr/lignes-directrices-du-g29-sur-les-dpia>

⁸. <https://www.apps.edoeb.admin.ch/dsfa/fr/index.html>.

Fiche n° 7 : L'analyse d'impact

L'une des nouveautés issues du RGPD est l'obligation de réaliser, avant la mise en œuvre de certains traitements, une analyse d'impact relative à la protection des données à caractère personnel (en anglais, *Data Protection Impact Assessment* ou DPIA)⁹.

Il s'agit d'un instrument aux objectifs multiples dans la mesure où une analyse d'impact permet d'identifier les risques sur la vie privée des personnes concernées (origine, nature, gravité du risque...), d'identifier les mesures adéquates de la protection des données à caractère personnel et de démontrer que le traitement mis en œuvre est conforme au RGPD (l'analyse d'impact donnant lieu à l'élaboration d'une documentation). A ce titre, l'analyse d'impact participe à la démarche de responsabilisation adoptée par le RGPD.

La Cnil a publié une infographie afin d'aider les professionnels à définir dans quel cas une analyse d'impact est obligatoire et les accompagner dans sa réalisation¹⁰. La Cnil a également mis à disposition du public, un outil d'aide à la réalisation de ces analyses d'impact¹¹.

L'analyse d'impact est-elle obligatoire ?

Une analyse d'impact n'est pas obligatoire pour l'ensemble des traitements mis en œuvre. Certains organismes peuvent toutefois opter pour une analyse d'impact systématique, en fonction de la politique interne définie.

Une analyse d'impact doit être effectuée lorsqu'un type de traitement « est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques »¹². Ceci sera notamment le cas pour le traitement à grande échelle de données relative à la santé.

Une analyse d'impact peut porter sur un type de traitement ou plusieurs types de traitement similaires. Le risque sera évalué compte tenu de la nature, la portée, du contexte et des finalités du traitement.

Le paragraphe 3 de l'article 35 du RGPD identifie trois cas non-exhaustifs dans lesquels une analyse d'impact est également requise. Afin de préciser les cas énoncés, le G29 a publié des recommandations relatives à l'analyse d'impact¹³.

❖ « L'évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels concernant des personnes physiques, qui est fondée sur un traitement automatisé, et sur la base de laquelle sont prises des décisions produisant des effets juridiques à l'égard de cette personne ou l'affectant de manière significative de façon similaire. ».

Cette situation concerne toute évaluation, y compris le profilage, ou notation d'une personne physique l'affectant de manière significative (ex : refus d'un prêt en raison de la référence de crédit) .

Un traitement est systématique s'il répond à l'un ou plusieurs des critères suivants : il est mis en œuvre selon un système prédéfini, organisé et méthodique, la collecte de données est réalisée dans le cadre d'un plan général et/ou réalisée dans le cadre d'une stratégie. Rappelons que cette définition est issue des lignes directrices du G29 relatives au DPO¹⁴.

⁹. Considérant 84 et Article 35 du RGPD.

¹⁰. <https://www.cnil.fr/fr/lignes-directrices-du-g29-sur-les-dpia>

¹¹. <https://www.cnil.fr/fr/outil-pia-telechargez-et-installez-le-logiciel-de-la-cnil>

¹². Article 35 §1 du RGPD.

¹³. Guidelines on Data Protection Impact Assessment (DPIA) and determining whether processing is 'likely to result in a high risk' for the purposes of Regulation 2016/679, G29, 4 oct. 2017.

¹⁴. Guidelines on Data Protection Officers (DPOs), G29, 5 April 2017.

- ❖ « Le traitement à grande échelle de catégories particulières de données, ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions. ».

En raison de l'absence de définition de ce que constitue un traitement à grande échelle dans le RGPD, le G29 a identifié plusieurs facteurs non exhaustifs à prendre en compte : le volume des données traitées, l'étendue géographique du traitement, le nombre de personnes concernées et la durée du traitement.

En outre, cette hypothèse sera applicable au traitement de catégories particulières de données au sens de l'article 9 du RGPD (données de santé, opinions politiques, données biométriques, génétiques..) et de l'article 10 du même texte (données relatives à des condamnations pénales, à des infractions ou encore des mesures de sûreté).

- ❖ « La surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public. ».

A cet égard, le G29 a pu préciser que le traitement mis en œuvre permet d'observer, de surveiller ou de contrôler les personnes concernées, en ce compris sur les réseaux de communication. Etant précisé que cette situation intègre les cas dans lesquelles les personnes concernées seraient dans l'impossibilité de se soustraire au traitement (surveillance dans l'espace public, par exemple).

ANALYSE D'IMPACT OBLIGATOIRE



Traitement qui figure sur la liste définie par l'autorité de contrôle.

Évaluation systématique et approfondie d'aspects personnels relatifs aux personnes physiques (y compris le profilage) permettant notamment la prise de décision.



Surveillance systématique à grande échelle d'une zone accessible au public.

Traitement à grande échelle de données à caractère personnel particulières (données de santé, données biométriques...) ou de données relatives à des condamnations pénales et à des infractions.



Quand l'analyse d'impact doit-elle être réalisée ?

L'analyse d'impact doit être réalisée avant la mise en œuvre du traitement afin de pouvoir mettre en place des mesures rectificatives si nécessaires. Elle devrait être effectuée le plus tôt possible, même si l'ensemble des opérations de traitement n'est pas encore clairement défini.

L'analyse d'impact doit en outre évoluer avec le traitement de données à caractère personnel qui en a fait l'objet. Ainsi, lorsque les conditions de la mise en œuvre du traitement changent (changement de la nature des données à caractère personnel collectées, de la période de conservation des données...) et que ce changement présente un risque pour les droits et libertés des personnes concernées, l'analyse d'impact doit être modifiée. De cette manière, le responsable du traitement s'assure que les mesures de protection définies sont toujours en adéquation avec les risques présentés par le traitement.

Quels acteurs interviennent dans la réalisation de l'analyse d'impact ?

En vertu de l'article 35 du RGPD, la réalisation de l'analyse d'impact pèse sur le responsable du traitement¹⁵. En pratique, les équipes métiers auront un rôle prépondérant puisqu'elles connaissent les caractéristiques du traitement projeté. Ainsi pourront-elles notamment décrire le contexte dans lequel le traitement sera mis en œuvre, ses finalités ainsi que les catégories de données, évaluer le volume de personnes concernées ou encore identifier les durées de conservation à appliquer...

Les équipes métiers devront sans doute s'appuyer sur l'expertise technique ou juridique d'autres collaborateurs afin de rassembler l'ensemble des informations nécessaires à l'analyse d'impact.

L'implication du DPO pourra varier selon les organismes, le niveau de prise en compte du RGPD et de ses enjeux ainsi que selon le niveau de sensibilisation des métiers. Aussi, le DPO peut avoir un rôle de guide des équipes métiers. L'analyse d'impact lui permettant aussi de sensibiliser les opérationnels.

Le DPO s'assurera ainsi de l'existence d'une analyse d'impact de qualité, en formulant le cas échéant des demandes de complément et/ou de modification. Le DPO peut au contraire être plus en retrait si les enjeux de protection des données sont intégrés par les métiers. Notons qu'en tout état de cause, le G29 recommande de documenter l'avis formulé par le DPO dans le cadre de l'analyse d'impact¹⁶.

Analyse d'impact : quel est le rôle des acteurs ?

LES MÉTIERS

- Description du traitement (contexte, finalités, données traitées, source des données, localisation des données concernées...).
- Identification et évaluation des risques.

AUTORITÉ DE CONTRÔLE

- Élaboration de listes des traitements soumis et non soumis à analyse d'impact.
- Accompagnement des responsables du traitement dans le cadre de la consultation préalable.

DPO

- Vérification de l'existence de l'analyse d'impact.
- Vérification de la qualité de l'analyse d'impact.
- Formulation de recommandations, demande de modifications ou de compléments de l'analyse d'impact.
- Accompagnement des métiers suivant leur degré de sensibilisation aux enjeux de protection des données.

En outre, le sous-traitant doit aider le responsable du traitement et lui fournir les informations à sa disposition lors de la réalisation d'une analyse d'impact¹⁷.

Le responsable du traitement peut également demander l'avis des personnes concernées ou de leurs représentants (article 35§9 du RGPD). Le G29 recommande de documenter la décision de concerter ces dernières ou de l'absence de concertation.

Enfin, le responsable est libre de consulter toute personne susceptible de l'accompagner (avocats, experts en informatique ou en sécurité, déontologue en fonction de son secteur d'activité, etc.).

¹⁵. Considérant 84 et article 35 §§1 et 2 du RGPD.

¹⁶. Article 39 §1. c) du RGPD.

¹⁷. Article 28 §3. f) du RGPD.

Que contient une analyse d'impact ?

L'analyse d'impact doit *a minima* contenir¹⁸ :

- ❖ une description systématique des opérations de traitement envisagées et des finalités du traitement ;
- ❖ une évaluation de la nécessité et de la proportionnalité des opérations de traitement au regard des finalités ;
- ❖ une évaluation des risques pour les droits et libertés des personnes concernées ;
- ❖ les mesures envisagées pour faire face aux risques, y compris les garanties, mesures et mécanismes de sécurité visant à assurer la protection des données à caractère personnel et à apporter la preuve du respect du RGPD.

Chaque étape de la réalisation de l'analyse d'impact doit être documentée afin d'être en mesure de démontrer la prise en compte de la protection des données. Dans ce cadre, le respect par le responsable du traitement ou le sous-traitant de code(s) de conduite sera pris en compte lors de l'évaluation de l'impact des opérations de traitement. Seront également pris en compte les mécanismes de certification et les labels en matière de protection des données. Les règles d'entreprise contraignantes (en anglais, *Binding Corporate Rules*, BCR) pourraient également être prises en compte. Concernant les mécanismes de certification définis par le RGPD, l'*European Union Agency for Network and Information Security* (ENISA) a publié, le 27 novembre 2017, des [recommandations](#).

Le G29 souligne que la publication de l'analyse d'impact est de nature à susciter la confiance des personnes concernées. Il convient toutefois de souligner que le RGPD n'impose aucune obligation de publication de l'analyse d'impact. Au regard de son contenu, une majorité de responsables du traitement pourrait toutefois opter pour la confidentialité des analyses d'impact.

Quel est le rôle de l'autorité de contrôle lors de la réalisation d'une analyse d'impact ?

L'autorité de contrôle peut intervenir en amont en dressant et en publiant une liste des types d'opération de traitement pour lesquelles une analyse d'impact est requise et/ou une liste des traitements non soumis à une telle analyse¹⁹.

Elle peut également intervenir après la réalisation d'une analyse d'impact mais aussi préalablement à la mise en œuvre du traitement lorsque l'analyse révèle qu'il existe un risque résiduel élevé pour les droits et libertés des personnes concernées²⁰ (licenciement, difficultés financières par exemple).

Dans ce contexte, le responsable du traitement doit lui communiquer plusieurs éléments notamment l'analyse d'impact ainsi que les mesures et garanties prévues afin de protéger les droits et libertés des personnes concernées. L'autorité de contrôle participe ainsi à l'élaboration des mesures techniques et organisationnelles du responsable du traitement.

Si le traitement envisagé par le responsable du traitement est susceptible de constituer une violation du RGPD, l'autorité de contrôle rendra un avis écrit et pourra exercer ses pouvoirs propres (enquête, mesures correctrices...).

¹⁸ Article 35 §7 du RGPD.

¹⁹ Article 35 § 4 et 5 du RGPD.

²⁰ Article 36 du RGPD.

Cas spécifique : l'analyse d'impact réalisée au cours de l'adoption d'un texte européen ou national.

L'article 35§10 du RGPD prévoit un cas particulier pour lequel le responsable du traitement n'aura pas à réaliser d'analyse d'impact.

Toutefois, les conditions suivantes doivent être réunies :

- ❖ le traitement de données à caractère personnel mis en œuvre **a pour fondement le respect d'une obligation légale ou l'exécution d'une mission d'intérêt public** ;
- ❖ le traitement mis en œuvre **est encadré par le droit de l'Union européenne ou le droit national** ;
- ❖ une **analyse d'impact relative à la protection des données a été réalisée** dans le cadre de l'adoption de la réglementation encadrant le traitement.

Soulignons toutefois que le RGPD laisse une marge d'appréciation aux Etats membres qui peuvent prévoir que même en pareil cas, une analyse d'impact est tout de même exigée.

Analyse d'impact non exigée par le RGPD

Traitement non susceptible de générer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées.

Traitement qui figure sur la liste établie par l'autorité de contrôle.

Traitement mis en œuvre sur le fondement du respect d'une obligation légale ou de l'exécution d'une mission d'intérêt public, pour lequel une analyse d'impact relative à la protection des données a été réalisée dans le cadre de l'adoption de la réglementation encadrant le traitement.



Fiche n°8 : La gestion de crise renforcée

La **sécurité des données à caractère personnel** est depuis toujours un enjeu technique et juridique de la protection des données à caractère personnel. **Technique** car les mesures mises en œuvre doivent être adaptées à la nature des données et aux risques présentés par le traitement mis en œuvre. **Juridique** ensuite parce que, d'une part, cette exigence de sécurité a une influence sur les différents contrats conclus avec les prestataires et d'autre part, les manquements sont susceptibles de sanctions administratives par la Cnil et de sanctions pénales.

La sécurité des données renforcée – en amont

Il convient de constater que la sécurité des données à caractère personnel devra être assurée, en application du RGPD, tant par le responsable de traitement que par le sous-traitant. En effet, l'article 32 du RGPD impose à ces deux acteurs de prendre en compte différents facteurs de sécurité, tels que ceux présentés ci-contre.

Quels facteurs
prendre en compte ?



Notons que les mesures de sécurité devront avoir pour objectif notamment d'assurer la **confidentialité, l'intégrité et la disponibilité** du système de traitement des données ainsi que l'accès à celles-ci. Bien entendu, ces mesures ne pourront être déterminées qu'après identification des risques. Dès lors, les analyses de risques classiquement utilisées aujourd'hui demeureront un précieux outil.

Par ailleurs, le RGPD introduit la notion nouvelle de « *résilience constante des systèmes et des services de traitement* ». Selon le glossaire de l'Agence Nationale de la Sécurité des Systèmes d'Information (ANSSI), la résilience se dit, en informatique, de la « *capacité d'un système d'information à résister à une panne ou à une cyberattaque et à revenir à son état initial après l'incident.* ». Les solutions de sauvegarde et le système de redondance devront donc être renforcés.

L'ensemble de ces mesures devra être décrit dans une politique de sécurité afin de documenter le respect par le responsable de traitement de son obligation d'assurer la sécurité des données à caractère personnel, conformément au principe de responsabilité. En outre, l'exigence d'adaptation des mesures de sécurité imposera d'évaluer l'efficacité des mesures prises pour les réajuster le cas échéant.



SÉCURITÉ DES DONNÉES

COMMENT FAIRE ?

- Localisation des données
- Traçabilité des accès
- Pseudonymisation
- Sensibiliser les salariés/agents
- Gestion des droits d'accès
- Chiffrement des transmissions
- Habilitations
- Identification/authentification
- Politique de sécurité
- Audit

La notification des violations de sécurité généralisée – en aval

Les responsables de traitement devront impérativement être proactifs lorsqu'il s'agira de notifier à la Cnil les violations de données à caractère personnel.

Le RGPD généralise l'obligation de notifier ces violations aujourd'hui à la charge des seuls fournisseurs de services de communication électroniques (fournisseurs d'accès à l'Internet, opérateurs de téléphonie fixe ou mobile par exemple)²¹. La violation de données à caractère personnel se définit comme la violation de sécurité entraînant la destruction, la perte, l'altération, la divulgation des données à caractère personnel traitées²².

La notification devra être effectuée auprès de la Cnil dans un délai de 72 heures au plus tard après la prise de connaissance de la violation. Notons que la notification peut - pourra - être effectuée à partir du site de la Cnil au moyen d'un formulaire en ligne²³.

En cas de sous-traitance du traitement des données, une collaboration avec les prestataires est organisée par le RGPD. En effet, l'article 33 du texte²⁴ prévoit que le sous-traitant devra notifier au responsable de traitement toute violation dont il a connaissance dans les meilleurs délais. Dans ce contexte, le responsable de traitement devra s'enquérir auprès de ses prestataires des délais dans lesquels ils sont en capacité de lui notifier toute violation de sécurité.

Cette collaboration sera d'autant plus indispensable que la violation devra, dans certains cas, être portée à la connaissance des personnes dont les données à caractère personnel sont traitées (pour autant que la violation génère un risque élevé pour les droits et libertés de ces personnes). Cela étant, le texte ne précise pas si cette information sera laissée à la discrétion du responsable de traitement. Néanmoins, une fois avertie, on peut penser que la Cnil, appréciant les mesures prises pour atténuer la violation de données, indiquera au responsable de traitement s'il doit ou non informer les personnes. Une procédure de notification devra être établie par le responsable de traitement afin d'être en mesure de réagir rapidement.



²¹. Sources : Ordonnance du 24 août 2011 transposant l'article 2 de la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009, article 34bis de la loi Informatique et Libertés.

²². Article 4 du RGPD.

²³. <https://www.cnil.fr/fr/notifier-une-violation-de-donnees-personnelles>

²⁴. Article 33§2 du RGPD.

Fiche n°9 : Le DPO au cœur de la démarche de conformité

Les institutions européennes ont placé le DPO au centre de la démarche de conformité des organismes²⁵.

C'est la raison pour laquelle le DPO devra, dans les conditions prévues par le RGPD, être désigné non seulement par les responsables de traitement mais aussi par les sous-traitants.

Par ailleurs, les institutions européennes ont, de par les compétences exigées du DPO et les missions qui lui seront confiées, institué un nouveau métier de la protection des données à caractère personnel.

Ce nouvel acteur suscite de nombreuses questions. Afin de tenter d'y répondre, le Groupe de l'Article 29 a publié des lignes directrices sur le délégué à la protection des données. Elles ont été révisées le 5 avril 2017²⁶.

Une désignation quasi-systématique du DPO ?

Au cours des discussions sur le RGPD, les institutions européennes ont pu marquer leur désaccord sur le caractère obligatoire de la désignation du DPO. La Commission européenne et le Parlement européen se sont positionnés pour le caractère obligatoire de la désignation dans des cas limitativement énumérés.

²⁵ Garance Mathias, Amandine Kashani-Poor et Aline Alfer, *Le Délégué à la protection des données (DPO)*, Les essentiels de la banque et de la finance, Revue Banque, 2017.

DÉSIGNATION

**DÉLÉGUÉ À LA PROTECTION
DES DONNÉES (DPO)**

ORGANISMES CONCERNÉS Responsable de traitement
Sous-traitant

DÉSIGNATION SYSTÉMATIQUE Organismes publics
Organismes traitant des données sensibles
(origine raciale, données génétiques, etc.)/
condamnations/infractions
Organismes procédant à de la surveillance à
grande échelle (profilage, etc.)

CHOIX DU DPO DPO interne
DPO externe (contrat de service)

GROUPE DE SOCIÉTÉS 1 DPO pour le Groupe
Coordonnées du DPO aisément accessibles dans
chacune des sociétés du Groupe
Communication du DPO adaptée notamment aux
personnes concernées et aux équipes mettant en
oeuvre les traitements (langue utilisée)
Allocation des ressources nécessaires afin que le
DPO unique puisse exercer ses missions

Au contraire, le Conseil de l'Union européenne laissait à la législation de chaque Etat membre le soin de déterminer le caractère obligatoire ou facultatif de la désignation du DPO.

Finalement, une position de compromis a été trouvée. **Trois catégories d'entités devront systématiquement désigner un DPO.**

En dehors de ces hypothèses, l'article 35 du RGPD prévoit que les organismes pourront désigner un DPO à moins que la loi nationale de l'Etat membre dans lequel ils sont établis ne rende cette désignation obligatoire. Le G29 encourage les entités à désigner volontairement un DPO.

Notons par ailleurs que la **procédure de désignation est moins encadrée que celle qui existe aujourd'hui**. Cette souplesse se caractérise notamment par l'absence d'information des institutions représentatives du personnel.

L'engagement écrit de la personne désignée n'est par ailleurs plus exigé et les types de désignation (étendue, générale, partielle) ont été supprimés. La prise d'effet de la désignation à l'issue d'un délai d'un mois à compter de la notification à la Cnil disparaît également.

²⁶ Guidelines on Data Protection Officers (DPO), G29, 5 avril 2017.

Comment déterminer si votre organisme sera soumis à l'obligation de désigner un DPO ?

Indépendamment des autorités et organismes publics, deux catégories d'entité devront systématiquement désigner un DPO.

Pour rappel, il s'agit des responsables du traitement et des sous-traitants dont :

- « les activités de base (...) consistent en des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées » ;
- « les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en un traitement à grande échelle de catégories particulières de données visées à l'article 9 et de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10 ».

Toutefois, qu'est-ce qu'une activité de base ? Qu'est-ce qu'un suivi régulier et systématique à grande échelle ? Qu'est-ce qu'un traitement à grande échelle ?

En effet, ces notions ne sont pas définies par le RGPD alors même qu'elles déterminent la désignation obligatoire ou non d'un DPO.

Selon le considérant 97 du RGPD, les **activités de base** d'une entreprise évoluant dans le secteur privé « ont trait à ses activités principales et ne concernent pas le traitement des données à caractère personnel en tant qu'activité accessoire. ».

Les lignes directrices du Groupe de l'Article 29 en la matière indiquent que la notion d'activité de base ne devrait pas être exclue lorsque l'activité d'une entité consiste intrinsèquement à traiter des données à caractère personnel.

Ainsi, le Groupe de l'Article 29 considère par exemple qu'une société de surveillance chargée d'assurer la sécurité d'un centre commercial ou de tout lieu ouvert au public devra désigner un délégué à la protection des données dans la mesure où son activité de surveillance implique un traitement de données à caractère personnel.

Concernant les **opérations de traitement à échelle**, le considérant 91 du RGPD relatif à l'analyse d'impact apporte des éclaircissements.

D'une part, le considérant 91 définit la notion a contrario en indiquant que « Le traitement de données à caractère personnel ne devrait pas être considéré comme étant à grande échelle si le traitement concerne les données à caractère personnel de patients ou de clients par un médecin, un autre professionnel de la santé ou un avocat exerçant à titre individuel. ».

Ainsi, le traitement de données à caractère personnel réalisé par un avocat ou un médecin exerçant son activité à titre individuel ne serait pas constitutif d'un traitement à grande échelle imposant la désignation d'un DPO.

D'autre part, selon ce considérant, les opérations de traitement à grande échelle seraient celles qui « visent à traiter un volume considérable de données à caractère personnel au niveau régional, national ou supranational, qui peuvent affecter un nombre important de personnes concernées et qui sont susceptibles d'engendrer un risque élevé (...). ».

Dans ce contexte, le Groupe de l'Article 29 préconise de nombre en compte plusieurs critères parmi lesquelles le nombre de personnes concernées, le volume de données traitées, la durée des opérations de traitement ou encore l'étendue géographique des opérations de traitement.



A titre d'illustration, le traitement de données à caractère personnel relatif aux déplacements des usagers d'un service de transport serait considéré comme un traitement à grande échelle.

Notons que le Groupe de l'Article 29 n'exclut pas de publier des seuils relatifs à la désignation d'un DPO.

Enfin, concernant le **suivi régulier et systématique des personnes**. Il convient de noter que le considérant 24 du RGPD fait référence à la notion de « suivi » dans le cadre de la définition du champ d'application territorial²⁷. Le suivi du comportement des personnes au sein de l'Union est par ailleurs un critère d'application du règlement précité (article 3§2 du RGPD).

Soulignons que le suivi peut être réalisé tant sur le réseau Internet qu'en dehors.

Ensuite, le Groupe de l'Article 29 fait une interprétation large de la notion de suivi régulier et systématique des personnes de sorte qu'elle désigne toutes les formes de suivi et de profilage dont la publicité comportementale.



A titre d'illustration, le suivi de la position géographique des personnes dans le cadre de l'utilisation d'applications mobiles, les programmes de fidélité ou encore la surveillance et l'enregistrement de données dites de bien-être et d'état de forme à partir d'objets connectés seraient considérés comme un suivi régulier et systématique des personnes.

²⁷. « Afin de déterminer si une activité de traitement peut être considérée comme un suivi du comportement des personnes concernées, il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit. » (RGPD, cons.24).

Un positionnement fort du DPO

Le DPO devra directement faire rapport « au niveau le plus élevé du responsable du traitement ou du sous-traitant ». Il devra donc pouvoir accéder aux instances décisionnaires de son organisme (comité exécutif, secrétariat général, direction générale, etc.). Preuve du positionnement fort du DPO, ce **dernier pourra avoir accès aux données à caractère personnel et aux traitements de données à caractère personnel**. Il pourra donc apprécier concrètement les conditions dans lesquelles les traitements sont mis en œuvre.

Le positionnement du DPO devra, en tout état de cause, lui permettre d'être informé et consulté sur tous les sujets ayant trait à la conformité de l'organisme au RGPD.

La consultation du DPO, qu'il soit interne ou externe à l'organisme, devra intervenir suffisamment en amont afin de lui permettre de formuler ses recommandations. Notons également que ces dernières devront être prises en compte. **En cas de désaccord, le Groupe de l'Article 29 recommande que les raisons pour lesquelles les recommandations du DPO n'ont pas été suivies soient documentées.**

En outre, compte tenu de son positionnement, le DPO devra être consulté dans le cadre d'une violation de données ou de tout autre incident de sécurité, ce qui n'est pas sans lien avec le profil du DPO.

De manière générale, le Groupe de l'Article 29 encourage les entités à définir des lignes directrices listant les situations dans lesquelles le DPO devra être désignées. Ces documents ne pourront que participer à la démonstration de la conformité de l'entité.

Le RGPD tient compte du fait que tous les organismes ne pourront pas consacrer un poste à plein temps de DPO. Dans ce contexte, le DPO désigné pourra exercer d'autres missions dans l'entreprise dès lors qu'il n'est pas en situation de conflits d'intérêts. Notons que le Groupe de l'Article 29 a identifié l'existence de **conflits d'intérêts** entre la fonction de DPO et des fonctions managériales (direction du département marketing, direction du département des ressources humaines, etc.). En tout état de cause, l'organisme devra veiller à ce que le DPO bénéficie du temps suffisant à l'exercice de ses missions.

Le DPO ne bénéficiera pas du statut de salarié protégé. En revanche, le texte prévoit expressément que le DPO ne puisse pas être sanctionné, sous quelque forme que ce soit, en raison de l'exercice de ses missions. Le G29 a confirmé cette interprétation dans les lignes directrices révisées et adoptées le 5 avril 2017²⁸.

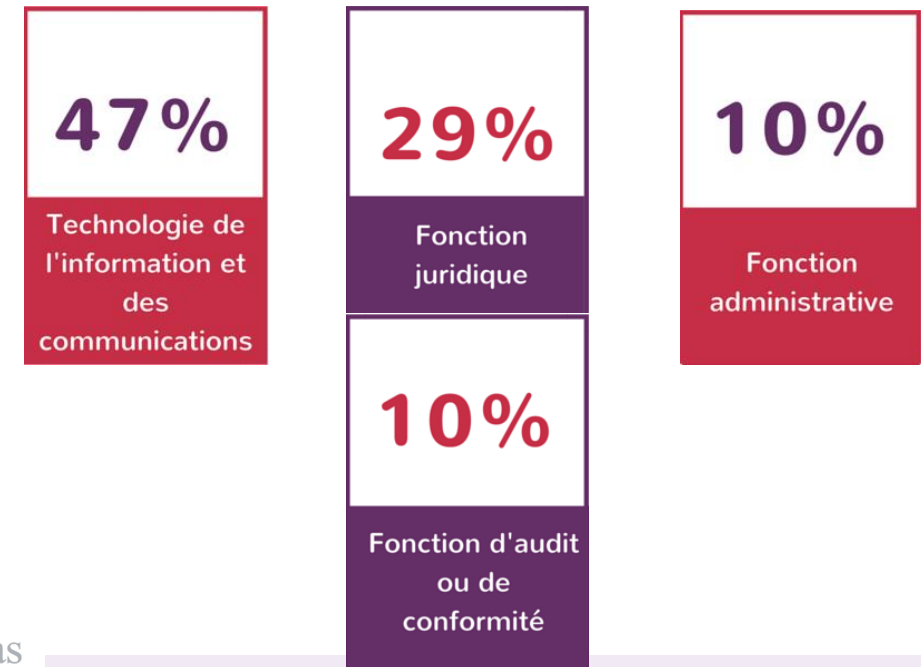
Cela étant, la fin de mission du DPO n'est pas encadrée par le RGPD. Faudra-t-il s'en remettre aux règles internes ? La politique de protection des données à caractère personnel interne à chaque entreprise pourrait-elle en effet prévoir une durée pour la mission du DPO, renouvelable ou non ?

Des compétences reconnues et des missions diversifiées

RGPD (article 37§5)

« Le délégué à la protection des données est désigné **sur la base de ses qualités professionnelles** et, en particulier, de ses connaissances spécialisées du droit et des pratiques en matière de protection des données, et de sa capacité à accomplir les missions visées à l'article 39. ».

Quel est le parcours des CIL au sein de leurs structures ? En 2015, la Cnil a réalisé une enquête pour le savoir dont voici les chiffres²⁹.



²⁸. https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/wp243rev01_fr.pdf

²⁹. <https://www.cnil.fr/fr/cil-un-metier-davenir>

Le RGPD définit le **profil du DPO** plus précisément que ne le faisait la réglementation jusque-là. Les futurs DPO devront avoir des connaissances juridiques ou se faire accompagner par son service juridique et/ou un avocat. Le G29 insiste sur le fait que le DPO doit être suffisamment disponible, sa priorité étant la mise en conformité de l'entreprise au RGPD.

En interne, le DPO aura pour mission principale d'informer et de délivrer des conseils dans le cadre de la mise en œuvre des traitements. C'est la raison pour laquelle il devra être associé à toutes questions en matière de protection des données à caractère personnel.

Le DPO devra également informer et conseiller les salariés dont la mission sera de traiter les données à caractère personnel. A ce titre, le **DPO a un rôle de sensibilisation et de communication renforcé** par rapport au CIL actuel.

A cet égard, une maîtrise du RGPD mais également des textes sectoriels impactant la protection des données à caractère personnel est requise. Le RGPD prévoit en effet que certains domaines soient laissés à l'appréciation du droit national de chaque État membre.

Des compétences juridiques seront également mobilisées lorsqu'il s'agira de contrôler la conformité de l'organisme au regard du RGPD, des règles internes de l'organisme ainsi que d'autres dispositions nationales ou européennes applicables. Le texte énumère, de manière non exhaustive, certains éléments sur lesquelles l'attention du DPO devra porter, à savoir la répartition des responsabilités (cas de la coresponsabilité de traitement ou de recours à un sous-traitant par exemple). La sensibilisation et la formation du personnel devrait également inclure les règles spécifiques applicables en matière de protection des données à caractère personnel.

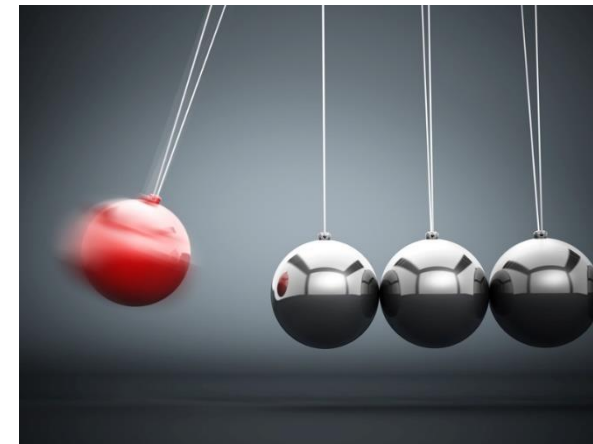
Enfin, le DPO devra vérifier que les analyses d'impact sont réalisées. Ses conseils pourront également être sollicités dans ce cadre.

A la lecture des lignes directrices du Groupe de l'Article 29, il ne s'agira pas d'une simple vérification. En effet, les autorités de contrôle recommandent que les conseils du DPO soient sollicités pour :

- déterminer notamment si une analyse d'impact est ou non nécessaire;
- déterminer la méthodologie d'analyse à suivre;
- définir les mesures pour atténuer les risques pour les droits et libertés des personnes.

Notons que si les recommandations du DPO ne sont pas prises en compte, le rapport d'analyse d'impact devra expressément contenir les motifs pour lesquels le responsable du traitement est passé outre.

Des compétences en matière de sécurité des données semblent donc également exigées du DPO.





La **visibilité du DPO** va être renforcée par la publication de ses coordonnées à destination du public (site Internet institutionnel, site Internet marchand, intranet accessible aux salariés et/ou aux intervenants, documents émis par l'organisme, etc.). A ce titre, le DPO sera amené à interagir avec les personnes concernées puisqu'elles pourront s'adresser à lui pour toute question relative aux traitements les concernant et à l'exercice de leurs droits.

Le Groupe de l'Article 29 souligne que le RGPD n'exige pas que le nom du DPO soit communiqué aux personnes. Toutefois, le Groupe considère que cela pourrait être une bonne pratique tout en laissant le soin au DPO et à l'organisme qui le désignera le soin de trancher cette question.

En dernier lieu, le DPO sera le point de contact avec l'autorité de contrôle avec laquelle il devra collaborer.

C'est la raison pour laquelle le RGPD prévoit que les coordonnées du Délégué à la protection des données soient également communiquées à l'autorité de contrôle.



Comment préparer la désignation d'un DPO ?

Afin de préparer au mieux la désignation d'un DPO, il pourrait être intéressant d'effectuer une **sensibilisation des membres des instances décisionnelles** sur le rôle et les missions de cet acteur de la protection des données. Cette présentation leur permettrait de comprendre l'étendue des exigences du RGPD à leur égard (fourniture de moyens, entretien des connaissances, etc.).

Des entretiens avec les salariés – agents – des différents services pourraient également être réalisés afin de comprendre comment la protection des données à caractère personnel y est appréhendée. Cela permettrait d'identifier les points à améliorer et de dégager une politique de protection des données à la rédaction de laquelle le DPO serait associé.

De plus, le CIL eut faciliter la transition vers la désignation d'un DPO. Au cours de ses missions, il a notamment pu sensibiliser certaines entreprises à la protection des données à caractère personnel³⁰. Dans ce cadre, ces entreprises sont mieux préparées au RGPD et à accueillir un DPO.

Bien que les CIL d'aujourd'hui ne seront pas nécessairement les DPO de demain, le travail du CIL eut être un point de départ utile pour le DPO. A titre d'illustration, le CIL devait tenir le registre des activités de traitement sous la loi Informatique et Libertés. Cet outil donne un aperçu du fonctionnement de l'entreprise et des mesures prises pour protéger les données à caractère personnel. Le DPO bénéficiera ainsi d'une d'ensemble des traitements mis en œuvre et pourra s'appuyer sur le registre du CIL pour organiser sa mission.

³⁰. Garance Mathias, Amandine Kashani-Poor et Aline Alfer, *Le Délégué à la protection des données (DPO)*, Les essentiels de la banque et de la finance, Revue Banque, 2017.

Fiche n°10 : Le renforcement des obligations des sous-traitants

L'application du RGPD aura une influence forte sur les relations entre responsable de traitement et sous-traitant. Jusque-là, seul le responsable de traitement répondait auprès de l'autorité de contrôle de protection des données à caractère personnel des manquements à la réglementation. Le sous-traitant était, de ce point de vue, à l'abri des sanctions infligées par la Cnil .

Le RGPD tend à rééquilibrer la relation entre les deux opérateurs en mettant des obligations directement à la charge des sous-traitants et en renforçant les obligations contractuelles du sous-traitant. La Cnil a notamment publié un guide du sous-traitant couvrant les points clés telles que les obligations du sous-traitant ou sa relation contractuelle avec le responsable du traitement. Le guide contient également des conseils pratiques de conformité au RGPD³¹. Le RGPD prévoit également que les manquements d'un sous-traitant puissent être sanctionnés par les autorités de contrôle.

Les obligations directement mises à la charge du sous-traitant

Plusieurs obligations sont directement mises à la charge du sous-traitant.

D'abord, un sous-traitant non établi sur le territoire de l'Union européenne devra désigner un représentant au sein de l'Union par mandat écrit. Tel sera le cas si ce sous-traitant procède au traitement

³¹. https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/rgpd-guide_sous-traitant-cnil.pdf

³². Considérant 80 et article 27 du RGPD.

DIRECTIVE VERSUS RÈGLEMENT

ET LES SOUS-TRAITANTS ?

 Article 17 de la directive	 Obligations imposées au sous-traitant (désigner un représentant dans l'UE, désigner un DPO, tenir un registre, obligations en matière de sécurité, etc.).
Le contrat qui lie le sous-traitant au responsable de traitement doit prévoir que le prestataire n'agit que sur instructions du responsable.	Renforcement des obligations contractuelles du sous-traitant.
Le contrat qui lie le sous-traitant au responsable de traitement doit prévoir qu'il est soumis à des obligations en matière de sécurité des données personnelles.	Des sanctions pourront être prononcées par les autorités de contrôle contre les sous-traitants.

des données à caractère personnel concernant des personnes situées dans l'Union européenne et que les opérations de traitement sont liées à l'offre de biens et services ou à la surveillance du comportement de ces personnes³².

Le sous-traitant devra également **désigner un délégué à la protection des données** ³³.

Sans qu'il s'agisse d'une nouveauté, le sous-traitant devra également **présenter des garanties suffisantes** (connaissances du domaine dans lequel il intervient, fiabilité, ressources notamment) de mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles pour que le traitement soit conforme au RGPD. Ces garanties constitueront d'ailleurs un critère de choix que les responsables de traitement devront prendre en compte³⁴. Cette exigence pourra par exemple être satisfaite lorsque le sous-traitant appliquera **un code de conduite** approuvé par une autorité de contrôle. Si ce n'est le cas aujourd'hui, le responsable de traitement devra procéder à des vérifications, ne serait-ce que demander au prestataire pressenti sa **politique** en matière de protection des données à caractère personnel.

En outre, la généralisation du registre des activités de traitement s'étend au sous-traitant. En effet, il devra **tenir un registre des traitements mis en œuvre pour le compte de responsables de traitement**³⁵.

³³. Fiche n°9 : Le DPO au cœur de la démarche de conformité.

³⁴. Considérant 81 et article 28§1 du RGPD.

³⁵. Article 30§2b du RGPD.

QUE DOIT PRÉVOIR LE CONTRAT ?

Le sous-traitant est directement **soumis à l'obligation de sécurité** prévue à l'article 32 du RGPD ainsi qu'à une obligation de collaboration tant avec l'autorité de contrôle de protection des données à caractère personnel qu'avec le responsable de traitement³⁶.

Compte tenu des obligations que le sous-traitant aura à respecter, le RGPD prévoit expressément qu'il puisse être sanctionné en cas de manquement. Le montant maximal des sanctions encourues sera identique à celui encouru par le responsable de traitement³⁷.

Le renforcement des obligations contractuelles du sous-traitant

La clause relative à la protection des données à caractère personnel dans le contrat qui liera le responsable de traitement et le sous-traitant est considérablement enrichie par le RGPD. Notons toutefois que certaines des exigences du RGPD étaient déjà insérées dans les contrats par les praticiens.



❖ *Des stipulations sur le traitement de données à caractère personnel sous-traité*

Le texte exige en effet que le contrat précise l'objet, la durée, la finalité et la nature du traitement. Les catégories de données à caractère personnel traitées ainsi que les catégories de personnes concernées devront également figurer dans le contrat.

❖ *Des stipulations sur les missions du sous-traitant*

Le responsable de traitement devra s'assurer que le contrat précise expressément que le sous-traitant ne traite les données que sur ses instructions. La nouveauté réside dans le fait que ces instructions devront être documentées. De ce point de vue, le cahier des charges pourrait être un outil. Les instructions pourront également figurer en annexe du contrat.

Le contrat devra également prévoir que le sous-traitant veille à ce que les personnes traitant les données (salariés, consultants notamment) s'engagent à respecter la confidentialité des données ou soient soumises à une telle obligation.

³⁶. Articles 28 et 30 du RGPD.

³⁷. Fiche n°15 : Le caractère dissuasif des sanctions.

Comme indiqué précédemment, le sous-traitant sera tenu d'une obligation de sécurité en vertu du RGPD. Il devra donc mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles de nature à protéger les données à caractère personnel qu'il traitera pour le compte du responsable de traitement (chiffrement, anonymisation, etc.). Cette obligation devra néanmoins être contractualisée.



En outre, la clause relative à la protection des données à caractère personnel devra préciser qu'une autorisation écrite préalable du responsable de traitement est nécessaire pour tout recours à un prestataire de second rang. Cette autorisation pourra être spécifique ou générale. Dans ce dernier cas, une obligation d'information pèsera sur le sous-traitant.

En sus, les obligations contractuelles que le responsable de traitement aura imposées au sous-traitant de premier rang devront être répercutées aux prestataires de second rang. Par ailleurs, le RGPD prévoit que, vis-à-vis du responsable de traitement, le sous-traitant de premier rang sera responsable de la mauvaise exécution de ses obligations par le prestataire de second rang.

Le sous-traitant sera également tenu d'une obligation contractuelle de collaboration puisqu'il devra aider le responsable de traitement à satisfaire aux demandes formulées par les personnes dans le cadre de l'exercice de leurs droits.

Dans la mesure où il est important que le responsable de traitement puisse vérifier que le sous-traitant respecte ses obligations contractuelles, des audits pourront être réalisés. Le sous-traitant devra par ailleurs démontrer par tout moyen qu'il respecte ses obligations (Cf. Fiche n°6 : Le principe d'*accountability*).

La fin du contrat est également encadrée par le RGPD en ce qu'il prévoit que le contrat impose au sous-traitant la suppression des données à caractère personnel ainsi que celle des copies ou la restitution intégrale des données traitées.

L'utilisation par le sous-traitant des données à caractère personnel confiées

Le futur Règlement européen prévoit expressément que « *si, en violation [du Règlement] un sous-traitant détermine les finalités et les moyens du traitement de données, il est considéré comme un responsable de traitement pour ce traitement* »³⁸. Cette hypothèse trouverait à s'appliquer lorsque le sous-traitant, en violation du contrat conclu avec le responsable de traitement, réutiliserait les données à caractère personnel qui lui sont confiées pour mettre en œuvre un traitement dont il est seul à définir la finalité et les moyens.

En pareil cas, le sous-traitant engagerait sa responsabilité vis-à-vis du responsable de traitement mais il encourrait également des sanctions pénales et administratives.

³⁸. Article 28§10 du RGPD.

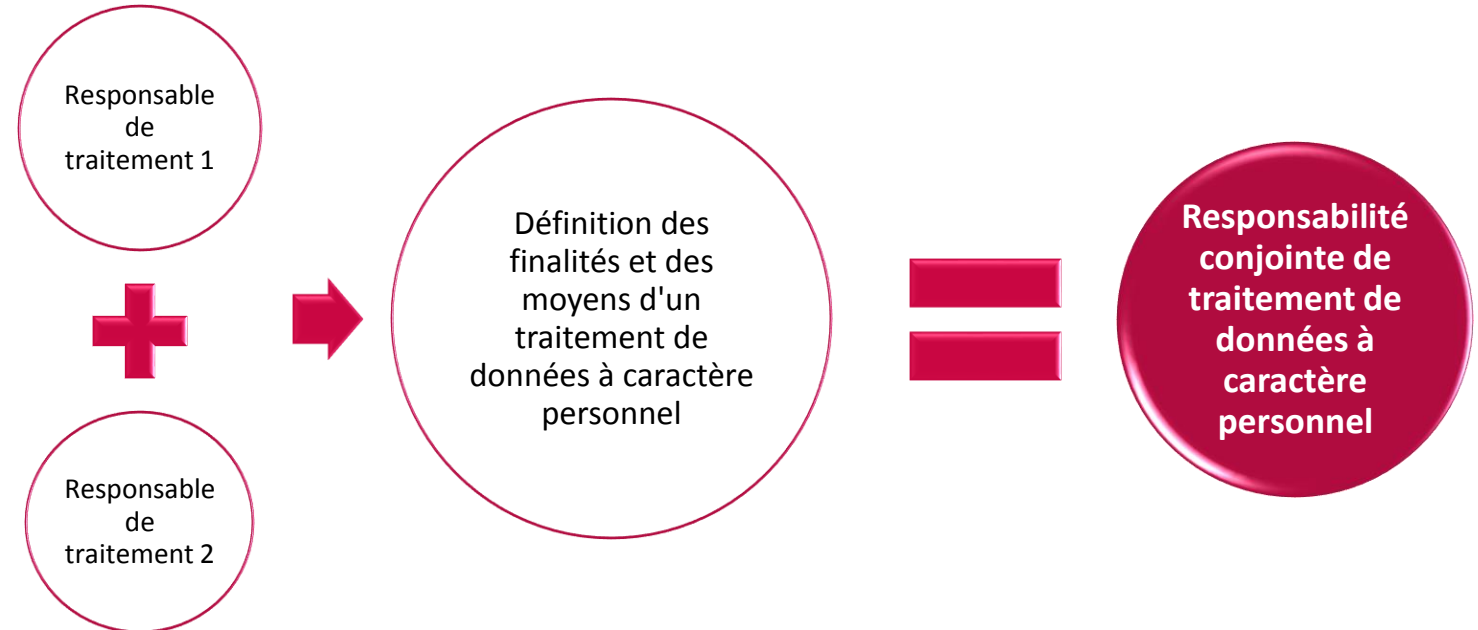
Fiche n°11 : La responsabilité conjointe de traitement organisée³⁹

La directive 95/46/CE⁴⁰ avait pris en compte la responsabilité conjointe de traitement de données à caractère personnel. Celle-ci était caractérisée lorsque **plusieurs responsables de traitement** concouraient à la définition des finalités et des moyens du traitement. Certes, cette définition était pragmatique en ce qu'elle permettait de prendre en considération des hypothèses atypiques. Toutefois, en pratique, elle aurait pu conduire à l'application concurrente de plusieurs lois de protection des données à caractère personnel en fonction du pays dans lequel les responsables de traitement étaient établis.

Cela étant, au moment de la transposition de la directive en 2004, le législateur français n'a pas consacré la responsabilité conjointe de traitement.

Notons toutefois que dans le secteur du **cloud computing**, la Cnil avait envisagé que la responsabilité conjointe de traitement s'applique entre le client d'un service de cloud et le prestataire notamment en présence d'offres de service standardisées faisant l'objet de contrats d'adhésion⁴¹. Il convient de préciser que si le sous-traitant peut être considéré comme disposant du contrôle des moyens du traitement,

il n'est pas l'entité qui définit les finalités du recours au service du *cloud computing*, ni celle qui détermine la nature des données à caractère personnel traitées ou encore la durée de conservation des données.



Le RGPD n'est donc pas novateur quant à la définition de la responsabilité conjointe de traitement. En revanche, il détermine le régime qui lui est applicable. Notons que le risque d'application de plusieurs lois nationales disparaît, le RGPD étant applicable sur tout le territoire de l'Union européenne.

³⁹. Article 26 du RGPD.

⁴⁰. Article 2, d) de la directive 95/46/CE.

⁴¹. Cnil, Cloud computing : les 7 étapes clés pour garantir la confidentialité des données, 1er juillet 2013.

Un accord entre les responsables conjoints de traitement

Les responsables conjoints d'un traitement de données à caractère personnel seront chacun soumis au RGPD (*accountability, privacy by design, privacy by default, etc.*).

La situation de responsabilité conjointe impliquera toutefois qu'ils définissent leurs **obligations respectives**. Cette répartition devra faire l'objet d'un accord entre les deux organismes, accord qui devra organiser le respect des droits des personnes et l'obligation d'information. Une pratique pourrait consister à considérer que celui des responsables du traitement qui collecte les données à caractère personnel informe les personnes concernées, organise les modalités de recueil du consentement lorsque nécessaire ou encore gère les droits des personnes.

Par ailleurs, en cas de recours à un sous-traitant, celui des responsables du traitement partie au contrat devrait s'assurer des garanties présentées par le prestataire, s'assurer que le contrat satisfait aux exigences du RGPD....

Les responsables du traitement devront en outre collaborer afin d'être en mesure de respecter leurs obligations (registre des activités de traitement, coopération avec l'autorité de contrôle, notification des violations de données...).

Une mise à disposition de l'accord

Le RGPD prévoit que « *les grandes lignes* » de l'accord devront être mises à la disposition de la personne concernée par le traitement. En revanche, le texte ne précise pas les modalités de cette mise à disposition.



Fiche n°12 : Le renforcement des droits des personnes et la consécration de nouveaux droits

L'économie numérique est pourvoyeuse de nouveaux services qui requièrent la collecte des données à caractère personnel des utilisateurs. Toutefois, la confiance des utilisateurs

susceptibles d'utiliser ces services a pu être altérée par de nombreuses atteintes médiatisées.

Du fait de ce constat, la reconnaissance de nouveaux droits au bénéfice des personnes et le renforcement de ceux préexistants se sont imposés.

Transparence et droits des personnes

Nous soulignerons d'abord que les institutions européennes ont inséré un **principe de transparence** dans le RGPD (article 12). Ce principe postule que le responsable d'un traitement de données à caractère personnel délivre aux personnes **une information concise, transparente, intelligible et dans une forme aisément accessible en utilisant un langage clair.**

Ce principe de transparence n'est pas limité à l'information des personnes puisque qu'il impose au responsable de traitement de **faciliter l'exercice par les personnes des droits**

qui leur sont reconnus. Les actions menées en vue du traitement de la demande formulée par la personne ainsi que, le cas échéant, les raisons pour lesquelles il n'est pas donné suite à la demande devront donner lieu à une information sans délai indu et au plus tard un mois à compter de la réception de ladite demande.

Les institutions européennes ont donc réduit le délai de réponse qui est aujourd'hui de deux mois en application du décret d'application de la loi Informatique et Libertés.

Une revue voire une adaptation des procédures de traitement des courriers entrant, qu'ils soient postaux ou électroniques, devra donc être mise en œuvre afin que le responsable de traitement s'assure que les délais qui lui sont impartis sont bien respectés. Une procédure de gestion de ce type de demande pourra également être adoptée.

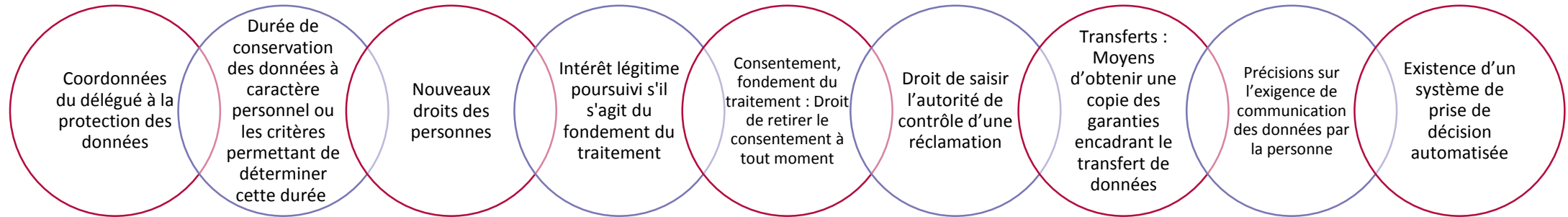


L'information des personnes étendue

Tout en reprenant les exigences de l'article 32 de la loi Informatique et Libertés, les articles 13 et 14 du RGPD étendent le périmètre de l'information à délivrer à la personne, que la collecte des données soit directe ou indirecte. Dans le cadre d'une collecte directe, le responsable de traitement devra compléter son information. De plus, de nouvelles informations doivent être délivrées quant aux nouveaux droits conférés aux personnes.

L'exercice de ce droit permettra aux personnes de récupérer les données à caractère personnel **qu'elles ont communiquées** par exemple en les téléchargeant, ou de demander la transmission de ces données d'un responsable de traitement vers un autre prestataire de service par exemple via des API, qui deviendra à son tour responsable de traitement.

A titre d'illustration, l'utilisateur d'un service de messagerie devrait pouvoir obtenir dans un format numérique l'ensemble des courriels qu'il a envoyés et reçus ainsi que la liste des contacts qu'il a constituée.



Des droits nouveaux

Le RGPD conforte les droits des personnes préexistants (droit d'accès, droit de rectification, droit d'opposition, droit à la suppression). Nous avons donc choisi de nous intéresser aux nouveaux droits consacrés ainsi qu'à leurs conséquences pour le responsable de traitement.

Le **droit à la portabilité des données**⁴² représente sans doute l'archétype du pouvoir que les institutions ont souhaité redonner aux personnes sur leurs données à caractère personnel. La consécration de ce droit devrait *a priori* conduire à une mise en concurrence des prestataires de services, les institutions européennes partant du postulat que les personnes se dirigeront vers les prestataires les plus engagés en matière de protection des données à caractère personnel.

Le G29 insiste, dans ses lignes de conduite adoptées le 13 décembre 2016⁴³, sur le fait que le nouveau responsable de traitement devra se conformer à son tour au RGPD, et respecter les principes de l'article 5.

Notons par ailleurs que l'exercice par la personne de son droit à la portabilité ne devra pas la priver de l'exercice des autres droits qui lui sont reconnus par le RGPD. Ainsi, le droit à la portabilité ne devra, par exemple, pas faire obstacle au droit à la suppression.

Cela étant précisé, le droit à la portabilité des données n'est pas sans borne comme le montre le schéma ci-après.

⁴². Article 20 du RGPD.

⁴³. https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/wp242rev01_fr.pdf

Droit à la portabilité: 2 conditions cumulatives

Caractère automatisé du traitement mis en œuvre

Traitement fondé sur le consentement ou nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie

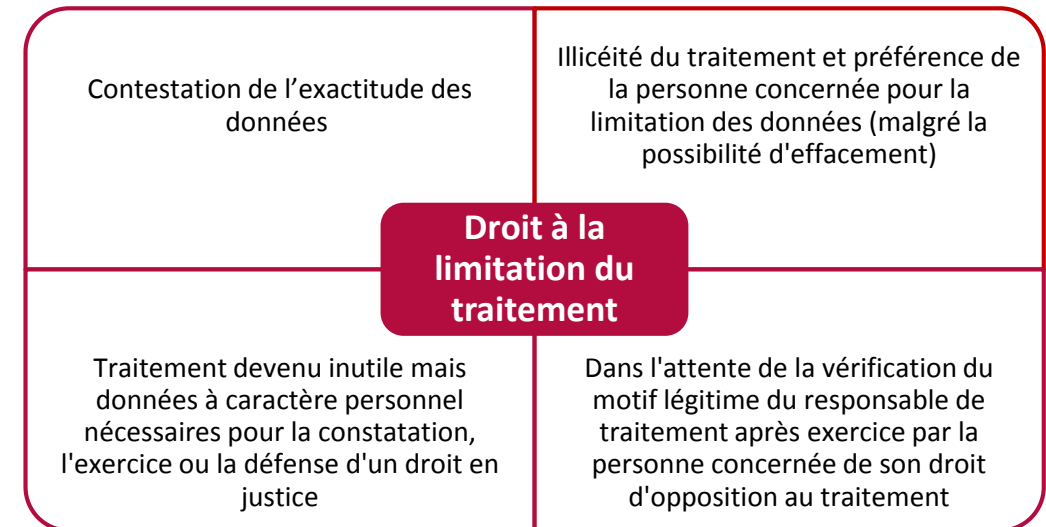
Selon le guide du G29, pour que les données entrent dans le champ du droit à la portabilité, elles doivent vérifier trois conditions :

- Les données à caractère personnel doivent concerner la personne concernée : seules les données à caractère personnel entrent dans le champ de ce droit ; les données anonymes ou celles qui ne concernent pas la personne concernée ne sont pas couvertes par ce droit.
- Les données doivent être fournies par la personne concernée : sont notamment visées, les données à caractère personnel délibérément communiquées par la personne concernée (adresse électronique, nom, prénom, etc.) ainsi que les données générées par l'utilisation d'un terminal ou d'un service par cette personne (historique de recherche, données de trafic, données de localisation, etc.). Inversement, les données inférées par le responsable de traitement des données fournies par la personne concernée (par exemple, après un traitement algorithmique) ou déduites des données fournies par la personne concernée n'entrent pas dans le champ de ce droit.
- Le droit à la portabilité des données ne doit pas porter atteinte aux droits et libertés d'autres personnes : le « nouveau » responsable de traitement ne doit par exemple pas traiter les données pour une autre finalité que celle initialement prévue pour ne pas porter atteinte aux droits et libertés des tiers. **Ces derniers incluent notamment le secret des affaires et la propriété intellectuelle selon le G29.**

⁴⁴. Article 18 du RGPD.

Le droit à la portabilité des données aura également des **implications d'un point de vue technique**. Le considérant 68 du RGPD précise à cet égard qu' « Il y a lieu d'encourager les responsables du traitement à mettre au point des formats interopérables permettant la portabilité des données ». Les opérateurs devront donc trouver des solutions afin que la restitution des données aux utilisateurs se fasse dans un format ouvert et standard. De cette manière, les données pourront être lues par tout type de matériel, de manière complète, sans que leur intégrité soit compromise. La **question du coût** supporté par les entreprises se pose dès lors. De plus, les responsables de traitement devront informer les personnes concernées de leur droit à la portabilité des données, de manière claire et compréhensible.

Le **droit à la limitation du traitement de données à caractère personnel**⁴⁴ est également une nouveauté. Il est une illustration du pouvoir redonné par le RGPD aux personnes concernées. En pratique, le RGPD limite la portée de ce droit en ce qu'elle énumère des hypothèses dans lesquelles il pourra être exercé.



Cette limitation du traitement aura pour conséquence pratique de subordonner le traitement des données au recueil du consentement de la personne notamment.

Sur le fondement du **droit à l'effacement ou droit à l'oubli numérique**, les personnes devront obtenir du responsable de traitement qu'il efface les données à caractère personnel les concernant. En pratique, ce droit trouvera à s'appliquer lorsque la personne aura retiré son consentement et que ce dernier était le fondement du traitement ou encore parce que les données à caractère personnel ne s'avèreront plus nécessaires au regard des finalités poursuivies par le responsable de traitement.

Le droit à l'oubli est expressément prévu par les institutions européennes dans le RGPD. Les responsables de traitement qui auront rendu des données à caractère personnel publiques devront prendre des mesures pour répercuter auprès de tiers une demande d'effacement des données à caractère personnel faite par la personne concernée. Ce droit n'est cependant pas absolu puisque les responsables pourront continuer à traiter les données à caractère personnel si des raisons impérieuses et légitimes justifient la poursuite du traitement.

Face à ces exigences, comment assurer la conformité en pratique ?

En pratique, nous ne pouvons que recommander de réaliser un **audit des mentions d'information** utilisées. Ces mentions devront être modifiées pour tenir compte des nouvelles exigences européennes.

Les modalités de mise à disposition des garanties utilisées pour encadrer les éventuels transferts de données à caractère personnel devront également être définies. En fonction de la politique que les organismes auront choisie de mettre en place, les clauses contractuelles types pourraient par exemple être mises à disposition du public sur les sites Internet des organismes par exemple. Une copie de ces clauses pourrait aussi être obtenue auprès du DPO dont les coordonnées seront rendues publiques.

Un **moyen de retrait simple du consentement** donné par les personnes devra par ailleurs être défini.



Fiche n°13 : Les transferts de données à caractère personnel

Les transferts de données à caractère personnel hors de l'Union européenne et plus spécifiquement Outre-Atlantique sont au cœur de l'actualité.

Les règles actuellement en vigueur en matière de transfert de données à caractère personnel sont pour leur grande majorité reprises aux articles 44 et suivants du RGPD.

Clauses contractuelles types et BCR : deux outils confortés

Les outils de transfert existants ne sont pas remis en cause. Ainsi, les clauses contractuelles types et les BCR pourront être utilisées sous l'empire du RGPD. A des fins de simplification, le RGPD prévoit la suppression du mécanisme d'autorisation par la Cnil des transferts encadrés par ces outils.

De nouveaux outils seront également élaborés pour encadrer les transferts tels que des mécanismes de certification et des codes de conduite.

Des contrats, *a priori* distincts des clauses contractuelles types, pourront être conclus entre des responsables de traitement ou entre responsable de traitement et sous-traitant pour encadrer les transferts. Cependant, ces contrats seront soumis au contrôle de la Cnil. Ce mécanisme de vérification existe déjà aujourd'hui chaque fois que les clauses contractuelles types de la Commission européenne sont modifiées par un responsable de traitement.

Précisons que l'autorisation de transfert obtenue de la Cnil après soumission de clauses distinctes de celles de la Commission européenne demeurera valable lorsque le RGPD sera applicable. En revanche, les modifications seront soumises aux conditions prévues dans le RGPD alors applicable.

Le responsable de traitement pourra se référer à la liste des pays établie par la Cnil sur laquelle figure le niveau de protection des données à caractère personnel assuré par chacun d'eux⁴⁵.

Rappelons par ailleurs qu'au 1er janvier 2015, la Commission européenne avait adopté, sur le fondement de l'article 25§6 de la directive 95/46/CE, une décision d'adéquation concernant

Andorre, l'Argentine, les Iles Féroé, Guernesey, Israël, l'Ile de Man, Jersey, la Nouvelle-Zélande, la Suisse, l'Uruguay et le Canada reconnaissant leur législation comme assurant un niveau de protection adéquat. Toutefois, compte tenu de l'annulation par la Cour de justice de l'Union européenne de la décision d'adéquation de la Commission européenne sur le *Safe Harbor*, la liste des pays précitée serait susceptible de faire l'objet de modifications à tout moment. **Les décisions d'adéquation de la**

Commission européenne prises en application du RGPD seront réexaminées tous les quatre ans afin de prendre en compte les évolutions qui auraient pu avoir lieu dans les pays tiers.

Transferts de données exigés par des autorités administratives ou judiciaires

Tout transfert de données à caractère personnel effectué sur la base d'une décision rendue par une juridiction ou prise par une autorité administrative d'un Etat tiers à l'Union européenne sera contraire au RGPD à moins qu'un accord international le prévoie.

En pratique, les responsables de traitement devront donc préalablement à tout transfert de données déterminer si la décision s'inscrit dans le champ d'un accord.



⁴⁵ Cnil, [Transferts hors UE : Liste des pays et niveau de protection des données](#)

Fiche n°14 : Les autorités de contrôle – Quel rôle à l'heure de la suppression des formalités préalables

Les autorités de contrôle conservent leurs missions premières de vérification de la bonne application des règles relatives à la protection des données à caractère personnel, de sensibilisation du public et d'accompagnement des responsables de traitement et des sous-traitants. Ces compétences s'exerceront par principe sur le territoire de l'Etat membre dont l'autorité relève.

En revanche, la collaboration entre autorités de protection des données fait l'objet d'une organisation nouvelle, notamment en raison de l'instauration du guichet unique. Le G29 a révisé et adopté en avril 2017 les lignes directrices pour identifier l'autorité chef de file⁴⁶.

Le système du guichet unique

❖ Dans quels cas est-il nécessaire d'identifier une autorité chef de file ?

Identifier une autorité chef de file n'est nécessaire que lorsqu'un traitement transfrontalier est mis en œuvre, c'est-à-dire un traitement effectué par un responsable de traitement ou un sous-traitant établi dans plusieurs Etats membres et/ou un traitement qui affecte sensiblement des personnes concernées dans plusieurs Etats membres. D'après les lignes directrices adoptées par le G29, l'expression « affecte sensiblement », non définie dans le RGPD, doit être interprétée au cas par cas, en prenant en compte le contexte du traitement, le type de données, l'objet du traitement et certains autres facteurs comme les possibles dommages que le traitement peut causer, les effets probables sur les droits, etc.

❖ Comment identifier l'établissement principal du responsable de traitement ou du sous-traitant ?

Pour le responsable de traitement, l'établissement principal correspondra au « lieu de son administration centrale dans l'Union ». Cette définition semble indiquer que l'autorité compétente sera celle du pays de l'Union sur le territoire duquel le responsable de traitement a son siège social.

⁴⁶. http://ec.europa.eu/newsroom/just/item-detail.cfm?item_id=50083

GUICHET UNIQUE

UE

AUTORITÉ CHEF DE FILE

Autorité de contrôle de protection des données située sur le territoire de l'Etat membre dans lequel le responsable de traitement ou le sous-traitant a son établissement principal ou son unique établissement



1

Administration centrale (siège social)

2

Essentiel des activités de traitement (à défaut d'administration centrale)

3

Autorité chef de file, seul interlocuteur

4

Compétence résiduelle des autres autorités (plainte)

5

Coopération des autorités de contrôle (échanges, assistance mutuelle, opérations conjointes, etc.)

Toutefois, s'il s'avère que le pouvoir décisionnel relatif à la définition des finalités et des moyens d'un traitement donné est exercé dans un autre établissement, compétence sera donnée à l'autorité de contrôle du pays dans lequel cet établissement se trouve, pour ce traitement. Ainsi, dans certaines hypothèses, il semblerait que plusieurs autorités chef de file puissent être identifiées.

Pour le sous-traitant, l'établissement principal est défini par référence au « lieu de son administration centrale dans l'Union ». A défaut d'administration centrale, cet établissement sera celui où « l'essentiel des activités de traitement » est effectué. Le G29 nous guide quant aux critères à prendre en compte afin de déterminer ce lieu de traitement : le lieu où les décisions sont effectivement exécutées, le lieu où les décisions sont prises finalement, le lieu où la société est enregistrée, etc.

La charge de la preuve quant au lieu où le traitement est mis en œuvre pèse sur le responsable de traitement ou le sous-traitant.

❖ Une fois l'établissement principal identifié, quelle sera la conséquence pratique de cette nouvelle organisation ?

L'autorité de contrôle chef de file sera le seul interlocuteur du responsable de traitement ou du sous-traitant.

Toutefois, le RGPD maintiendra une compétence résiduelle des autres autorités de contrôle. En effet, chaque autorité de contrôle nationale demeurera compétente pour connaître d'une réclamation introduite auprès d'elle si son objet ne vise qu'un établissement situé dans l'Etat membre dont elle dépend ou en cas d'infraction au RGPD si celle-ci n'affecte que les personnes concernées dans l'Etat membre dont elle dépend.

L'autorité chef de file devra être informée de cette réclamation ou infraction au RGPD et pourra ensuite décider de gérer ou non le cas.

❖ *Comment les autorités de contrôle vont-elles coopérer ?*

Le RGPD organise la coopération des autorités de contrôle en ce qu'elles devront s'échanger des informations, et s'apporter une **assistance mutuelle**, voire mener des opérations conjointement (enquêtes et contrôles notamment)⁴⁷. Elles auront la compétence de décider discrétionnairement laquelle des autorités sera l'autorité chef de file.

Les pouvoirs des autorités

Les pouvoirs des autorités de contrôle sont nombreux. Elles disposent **d'un pouvoir d'enquête** leur permettant d'obtenir la communication de toute information ou encore l'accès à toutes les données nécessaires à l'exercice de leurs missions ainsi qu'aux locaux des organismes. Elles pourront également mener des audits auprès des organismes responsables de traitement et sous-traitants.

Elles pourront **adopter des mesures dites correctrices** qui consisteront par exemple à avertir un responsable de traitement de la non-conformité des traitements mis en œuvre avec le RGPD. Elles pourront en outre ordonner aux organismes de satisfaire aux demandes d'exercice par les personnes de leurs droits.

Dans les cas où la consultation préalable des autorités de contrôle sera nécessaire (analyse d'impact révélant une atteinte aux droits et libertés des personnes ou si la loi nationale d'un Etat membre le prévoit), les autorités de contrôles disposeront des **pouvoirs consultatifs et d'autorisation** le cas échéant.



La création d'un comité européen de la protection des données

Ce Comité regroupera l'ensemble des présidents des autorités de contrôle de chacun des Etats membres ainsi que le Contrôleur européen à la protection des données à caractère personnel. Ce Comité remplacera le G29 instauré par l'article 29 de la directive 95/46/CE.

A l'instar de ce que fait actuellement le G29, ce Comité pourra publier de la documentation (lignes directrices, recommandations, bonnes pratiques, etc.). Il pourra également examiner des questions relatives à l'application du RGPD.

Ce Comité veillera surtout à l'application uniforme du RGPD dans l'ensemble de l'Union européenne. Ainsi devra-t-il être consulté pour avis préalablement à toute décision d'une autorité de contrôle visant à l'adoption d'une liste de traitements soumis à l'obligation d'effectuer une analyse d'impact ou encore visant à adopter des clauses contractuelles types.

Il sera également chargé de l'analyse de toute question sur l'application générale du RGPD ou sur toute question susceptible de produire des effets dans plusieurs Etats Membres.

Ce Comité pourra également émettre des décisions contraignantes (en cas de divergences quant à la désignation de l'autorité chef de file par exemple).

⁴⁷. Articles 56, 60 et 61 du RGPD.

Fiche n°15 : Le caractère dissuasif des sanctions

Le caractère non dissuasif et disparate des sanctions prononcées par les autorités de contrôle est depuis longtemps décrié.

L'amende maximale⁴⁸ de 150 000€ prononcée par la Cnil à l'égard de la société Google a été médiatisée sans pour autant contraindre le géant américain à infléchir sa politique en matière de protection des données à caractère personnel ou dissuader les autres GAFA⁴⁹. En témoigne la récente mise en demeure publique de la société Facebook par la Cnil en raison de nombreux manquements à la législation en vigueur⁵⁰.

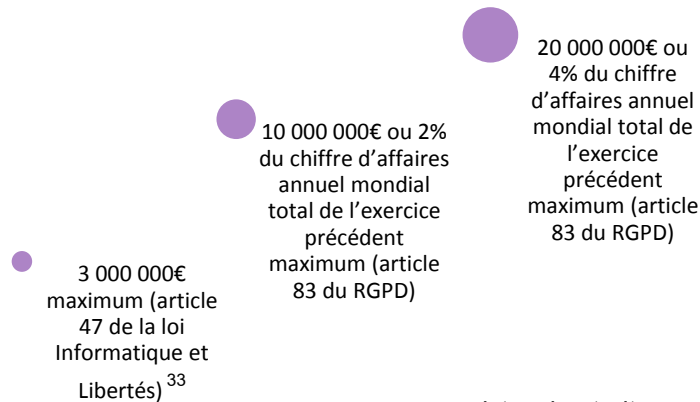
C'est sans doute la raison pour laquelle les institutions européennes ont tenu à faire figurer dans le RGPD que les amendes prononcées en cas d'infraction aux règles applicables doivent être « effectives, proportionnées et dissuasives »⁵¹.

Quels organismes seront passibles de sanction ?

En application de la réglementation française et européenne actuelles, seul le responsable de traitement encourt des sanctions administratives prononcées par la

Cnil. Le sous-traitant n'a en effet pas d'autres obligations que celles fixées en matière de sécurité et de confidentialité des données à caractère personnel dans le contrat conclu avec le responsable de traitement.

Le RGPD introduit du changement en la matière. En effet, tenu à des obligations en application du RGPD, le sous-traitant sera susceptible d'être sanctionné par la Cnil en cas d'infraction.



Les critères pris en compte

Le RGPD énumère une série de critères que les autorités de contrôle devront prendre en compte pour prononcer une sanction contre un responsable de traitement ou un sous-traitant. Parmi ces derniers, figurent notamment la nature, la gravité et la durée de l'infraction, la commission délibérée ou par négligence de l'infraction.

Quelle amende pour quelle infraction ?

Les institutions européennes ont créé deux catégories de sanction.

Certaines infractions pourront être sanctionnées d'une amende d'un montant de 10 000 000€ maximum ou 2% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent maximum (absence de protection des données dès la conception et par défaut, défaut de sécurité des données, absence de notification des violations de données, absence de

registre des traitements ou encore non-respect des règles de désignation du DPO).

D'autres infractions pourront être sanctionnées d'une amende d'un montant de 20 000 000€ ou 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent maximum (non-respect des principes de la protection des données à caractère personnel, infraction aux règles applicables au consentement ou encore infractions aux dispositions relatives aux transferts de données à caractère personnel hors de l'EEE). registre des traitements ou encore non-respect des règles de désignation du DPO).

⁴⁸. L'amende a récemment été réévaluée à 3 000 000€, voir fiche n°16.

⁴⁹. [La formation restreinte de la Cnil prononce une sanction pécuniaire de 150 000 € à l'encontre de la société GOOGLE Inc.](#) » (règles de confidentialité) ou encore « [Droit au déréférencement : la formation restreinte de la Cnil prononce une sanction de 100.000 € à l'encontre Google](#) » (droit au déréférencement).

⁵⁰. <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-met-publiquement-en-demeure-facebook-de-se-conformer-dans-un-delai-de-trois-mois-la-loi>

⁵¹. Article 83 du RGPD.

Fiche n°16 : Ce qui change avec la Loi pour une République Numérique

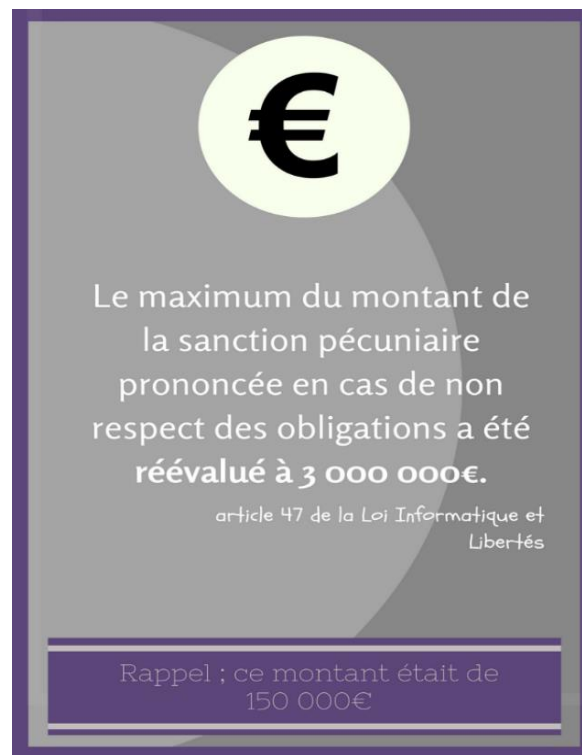
La loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République Numérique a pour objectif d'assurer une meilleure protection des citoyens dans la société numérique. Cette loi anticipe certaines dispositions du RGPD, notamment en matière de droit des personnes et de sanctions.

Une réévaluation du montant maximum de la sanction pécuniaire

Le plafond maximal des sanctions de la Cnil de 150 000 € a été porté à 3 000 000 € depuis le 9 octobre 2016. Le législateur national a en effet souhaité anticiper l'augmentation du montant maximal des amendes administratives prévue par le RGPD.

A noter que l'application de cette nouvelle loi et du RGPD sera sans influence sur les sanctions pénales prévues aux articles 226-16 à 226-24 du Code pénal⁵².

De plus, la distinction du montant maximal de l'amende (150 000€ au premier manquement puis 300 000 euros ou 5% du chiffre d'affaires en cas de réitération du même fait dans un délai de 5 ans) suivant que le responsable du traitement était sanctionné pour un premier manquement à la réglementation ou avait réitéré des faits déjà sanctionnés par la Cnil a été **supprimée**.



Le maximum du montant de la sanction pécuniaire prononcée en cas de non respect des obligations a été réévalué à 3 000 000€.

article 47 de la Loi Informatique et Libertés

Rappel : ce montant était de 150 000€

Une information aux personnes concernées

La loi pour une République Numérique prévoit également que la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés puisse ordonner que les personnes sanctionnées informent individuellement et à leurs frais chacune des personnes concernées de la sanction prononcée⁵³. Initialement, la loi ne prévoyait qu'une publication de la sanction ou de la mise en demeure. Notons que cette possibilité de publication par l'autorité de contrôle a été maintenue.

Quelle articulation entre le régime national et le RGPD?

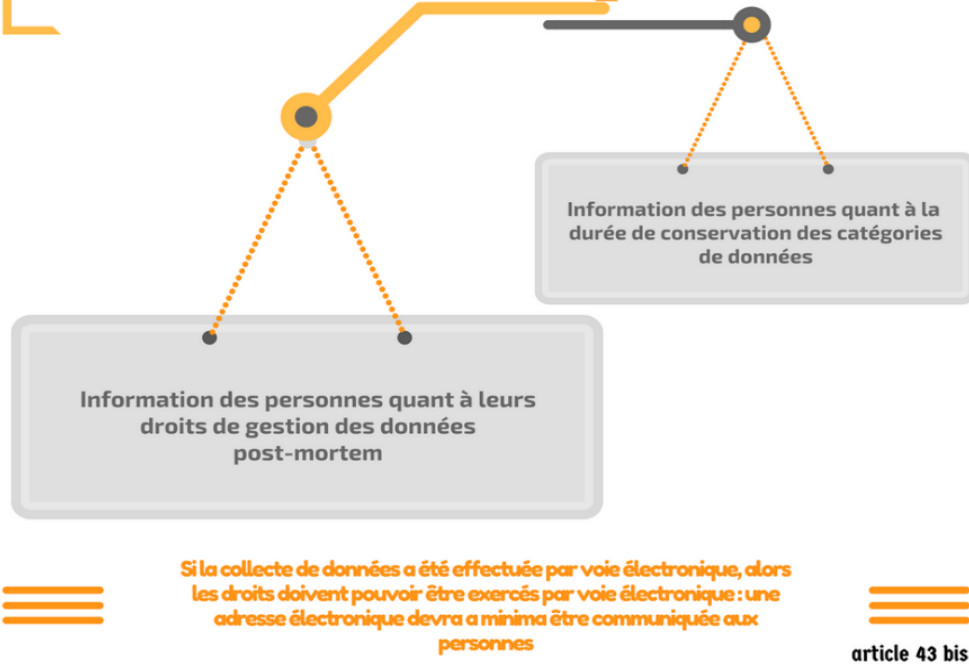
Le législateur français a prévu que les nouvelles sanctions prévues par la loi pour une République numérique s'appliqueront **jusqu'au 25 mai 2018** (date d'application du RGPD). L'article 83 du RGPD sera alors applicable. En revanche, les nouvelles sanctions prévues par la loi pour une République numérique resteront applicables à compter du 25 mai 2018, pour les atteintes à la protection des données à caractère personnel commises hors le champ d'application de l'article 83 du RGPD⁵⁴. Ainsi, à titre d'illustration, il semblerait que le non-respect du droit des personnes de définir des directives relatives au sort de leurs données à leur décès pourrait être sanctionné sur le fondement de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, ce droit n'étant pas prévu par le RGPD.

⁵². amendes allant de 100 000€ à 300 000€ selon les violations.

⁵³. Article 46 de la Loi Informatique et Libertés.

⁵⁴. Article 84 du RGPD et article 65 de la loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016.

L'information des personnes



Le droit à la récupération des données

La loi pour une République numérique modifie le Code de la consommation en créant notamment un droit à la récupération de ses données pour les consommateurs. La loi précitée précise, non sans confusion, que les consommateurs pourront procéder à la récupération de leurs données dans les conditions fixées par l'article 20 RGPD relatif au droit à la portabilité⁵⁷. Cet article 48 de la loi doit entrer en vigueur le 25 mai 2018, soit en même temps que le RGPD.

Précisions toutefois que la loi pour une République numérique ne vise que les fournisseurs d'un service de communication au public en ligne. Ces derniers devront par ailleurs proposer aux consommateurs une fonctionnalité gratuite leur permettant de récupérer notamment les fichiers qu'ils ont mis en ligne ou encore les données résultant de l'utilisation de leur compte utilisateur.

⁵⁵. Article 32 de la loi Informatique et Libertés.

⁵⁶ . <http://www.economie.gouv.fr/republique-numerique>

⁵⁷. Voir fiche n°12.

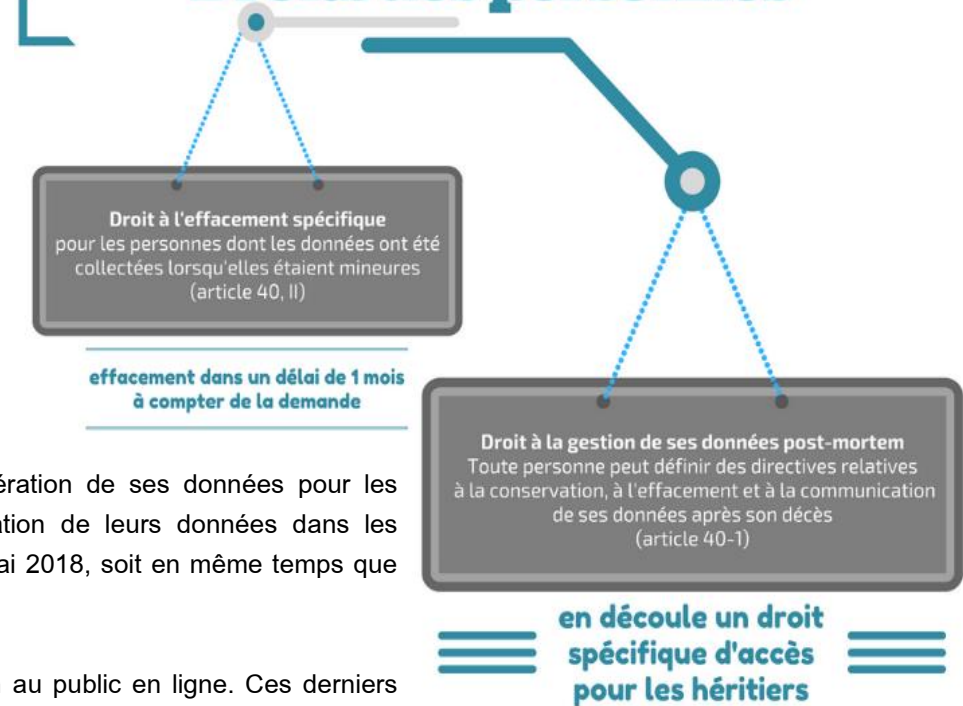
Le sort des données post-mortem

Toute personne pourra définir des directives relatives à la conservation, à l'effacement et à la communication de ses données à caractère personnel après son décès⁵⁵. Ainsi, les responsables de traitement devront **informer** les personnes dont ils collectent les données à caractère personnel qu'elles ont le droit d'organiser le sort de leurs données post-mortem. Le décret organisant cette « mort numérique » et notamment le répertoire des directives devrait être publié en mars 2017, d'après le gouvernement⁵⁶.

La durée de conservation des données

L'article 32 de la loi Informatique et Libertés prévoit désormais que la durée de conservation des catégories de données traitées devra être portée à la connaissance des personnes.

Droits des personnes



Fiche n°17 : Ce qui a changé avec la Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle

L'action de groupe, mécanisme hérité du droit américain (class actions), connaît un processus de démocratisation en France. Ouverte initialement aux seuls domaines de l'environnement et de la santé, la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIème ouvre l'action de groupe notamment au domaine de la protection des données à caractère personnel. Le décret n°2017-888 du 6 mai 2017 précise les règles de procédure de l'action de groupe tant devant le juge judiciaire que le juge administratif.

Quelles sont les personnes concernées ?

	Juge judiciaire	Juge administratif
Tribunal compétent	<ul style="list-style-type: none"> Tribunal de Grande Instance (TGI) du lieu de résidence du défendeur ; TGI de Paris si le défendeur réside à l'étranger. 	<ul style="list-style-type: none"> Tribunal administratif lorsque les requêtes individuelles auraient relevé de la compétence d'une seule juridiction ; Le Conseil d'Etat lorsque les requêtes individuelles auraient relevé de plusieurs juridictions.
Qualité de la personne ayant manqué à ses obligations	Personne sans autres précisions.	Personne morale de droit public ou organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public.
Qualité de la personne ayant subi un dommage	Plusieurs personnes placées dans une situation similaire ayant subi un dommage causé par un responsable du traitement de données à caractère personnel ou un sous-traitant, ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions de la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 dite « Informatique et Libertés ».	
Personnes ayant qualité pour agir	<ul style="list-style-type: none"> les associations régulièrement déclarées depuis 5 ans au moins ayant pour objet statutaire la protection de la vie privée et la protection des données à caractère personnel ; les associations de défense des consommateurs représentatives et agréées lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ; les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives lorsque le traitement affecte les salariés ou les fonctionnaires. 	

Quel est l'objet de l'action de groupe ? Y a-t-il un préalable ? Quel est le rôle du juge ?

	Juge judiciaire	Juge administratif
Objet de l'action de groupe	Cessation du manquement uniquement.	
Mise en demeure – condition préalable à l'introduction de l'instance	Préalablement à l'introduction de l'action de groupe, mise en demeure à la personne de cesser ou de faire cesser le manquement ou de réparer les préjudice subis : l'action de groupe ne peut être introduite qu'à l'expiration d'un délai de 4 mois à compter de la réception de la mise en demeure.	
L'assignation – introduction à l'instance	<p>L'assignation doit comporter, sous peine de nullité :</p> <ul style="list-style-type: none"> l'indication de la juridiction devant laquelle la demande est portée ; la demande de cassation du manquement avec un exposé des faits ; l'indication des modalités de comparution devant la juridiction et la précision que, faute pour le défendeur de comparaître, il s'expose à ce qu'un jugement soit rendu contre lui sur les seuls éléments fournis par son adversaire ; les cas individuels présentés par le demandeur soutien de son action. 	<p>L'assignation doit comporter, sous peine de nullité :</p> <ul style="list-style-type: none"> la personne morale de droit public ou l'organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public visé par l'action ; la nature du manquement et des dommages invoqués ; les éléments permettant d'apprécier la similarité des situations des personnes en faveur desquelles l'action est présentée ; les cas individuels au vu desquels l'action est engagée.





Mathias
Avocats

Une question ?

Une équipe dédiée à la réalisation de vos ambitions vous répond:

01 43 80 02 01

19, rue Vernier - 75017 - Paris

contact@avocats-mathias.com

Retrouvez les conseils pratiques de nos avocats:



@GaranceMathias

Vous pouvez vous inscrire à notre Newsletter
sur le site Internet du Cabinet:

www.avocats-mathias.com