

## CONSULTATION CEPD SUR SES LIGNES DIRECTRICES RELATIVES AUX RESPONSABLES DE TRAITEMENT ET SOUS-TRAITANTS

### REPONSE AFEP

Le CEPD a lancé une consultation sur son projet de lignes directrices (ci-après « LD ») sur les notions de responsables de traitement et de sous-traitants destinées à éclairer les acteurs économiques sur la manière d'appréhender ces différentes définitions juridiques fondées sur le RGPD.

Le fait de soumettre à consultation un sujet aussi complexe est accueilli favorablement par les entreprises membres de l'Afep tant il est consubstantiel à leurs démarches quotidiennes en matière d'« accountability » et de négociations contractuelles pour créer des relations commerciales et juridiques essentielles à la gestion de leurs données personnelles.

Les **efforts de pragmatisme et de pédagogie** proposés au travers des différents schémas et exemples entendent répondre à ces nombreuses attentes. La dimension de flexibilité qui sous-tend la rédaction de ce document est à souligner.

Les entreprises accueillent avec intérêt que la délicate question de la **représentation conjointe** soit également abordée.

Dans ce cadre, elles apprécient le § 49 de ce projet qui restitue bien l'approche réaliste que doit avoir l'appréciation de la responsabilité conjointe fondée sur une analyse plus factuelle que formelle. En miroir de ce §, elles soulignent également l'approche positive du § 67 précisant que la pluralité d'acteurs n'induit pas nécessairement une responsabilité conjointe.

\*

Les entreprises déplorent cependant que :

- ne soit pas abordée en profondeur la réalité économique-juridique des relations entre responsables de traitement et sous-traitants ;
- les incertitudes juridiques liées à ces relations ne soient pas mieux levées, voire qu'elles encouragent certains comportements abusifs.

***Les entreprises souhaitent que la rédaction de ces lignes directrices soit l'occasion de rappeler le cadre du RGPD afin d'instaurer une relation équilibrée entre responsables de traitement et sous-traitants, en particulier quand ceux-ci sont en position de force et/ou ressortissants d'Etats tiers.***

***Ce rééquilibrage, qui fait partie des objectifs du RGPD, est primordial pour contribuer à limiter les difficultés commerciales et contractuelles des acteurs économiques européens de toute taille et concourir efficacement à la protection des droits et libertés des personnes dont les données sont traitées.***

Plusieurs points doivent ainsi être améliorés :

### **1. Viser explicitement les acteurs non-européens dans le champ d'application des LD**

Ce projet de lignes directrices entend apporter des éclairages sur les modalités de mises en œuvre du RGPD. Sa portée extraterritoriale est affirmée dans l'article 3 qui précise que ce règlement s'applique « au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union » et (...) à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union (...) « par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union ».

Si ce projet de LD n'a pas pour objectif de paraphraser le RGPD, il ne doit pas non plus encourager des interprétations divergentes sources potentielles de conflits âpres entre responsables de traitement et sous-traitants.

A ce titre :

- *la reformulation de la dernière phrase du § 92 serait bienvenue afin de rappeler que les sous-traitants doivent appliquer le RGPD dans le cadre de leurs obligations vis-à-vis du responsable de traitement (en particulier, au regard de l'article 28) ;*
- *le § 185 pourrait envisager les cas de responsables de traitement conjoints établis non seulement dans différents Etats membres mais également hors UE afin de permettre aux personnes concernées d'exercer pleinement leurs droits en entrant en contact avec tout responsable de traitement concerné.*

### **2. Préciser les responsabilités du sous-traitant pour rééquilibrer sa relation avec le responsable de traitement**

#### **▪ Etayer les conséquences attachées à la notion de sous-traitant**

Les LD consacrent à bon droit de nombreux développements à la notion de sous-traitant ; elles n'abordent cependant pas suffisamment les droits et obligations induits par ce statut.

La réelle difficulté des entreprises européennes réside dans leurs relations complexes avec leurs puissants sous-traitants, souvent non européens. Ceux-ci non seulement estiment n'être pas nécessairement visés par le RGPD mais, encore, appliquent leurs propres approches commerciales de la relation avec le responsable de traitement en n'hésitant pas notamment à facturer la mise en œuvre de leurs obligations, d'audit en particulier.

Leurs pratiques contractuelles, standardisées, ne répondent pas - ou peu - aux contraintes du RGPD. Ces pratiques se trouvent confortées par les LD.

Il est rappelé à plusieurs reprises dans les LD que le responsable de traitement doit faire appel à des sous-traitants offrant diverses garanties conformes au RGPD. Il conviendrait également de souligner explicitement que le sous-traitant doit, lui aussi, garantir qu'il est en mesure de respecter les exigences du RGPD.

Cette conformité est en effet loin d'être acquise dans la réalité de la relation, mettant de facto en risque le responsable de traitement.

Ainsi, la délicate question de l'audit prévu par l'article 28 n'y est-elle pas suffisamment traitée : elle ne doit pas décharger le sous-traitant du respect de ses obligations propres au sens du RGPD.

Il faudrait donc ajouter au § 97 que la décision de faire des audits et inspections s'apprécie au regard des risques, comme il est de rigueur en matière d'audit : un programme d'audit ne peut pas, en pratique, consister en une inspection systématique et répétée de tous les sous-traitants d'un responsable de traitement.

Les entreprises déplorent que la responsabilité des responsables de traitement soit réaffirmée sans être contrebalancée par des indications permettant de sanctionner un sous-traitant qui ne répond pas à ses obligations ou qui les outre-passe. Les conséquences sont majeures pour les responsables de traitement, mis en risque par l'absence de conformité des sous-traitants. Ceux-ci, lorsque de telles situations se rencontrent, empêchent les responsables de traitement de répondre pleinement à leurs obligations.

*Ces LD doivent :*

- *réaffirmer clairement qu'un sous-traitant entre dans le champ d'application du RGPD dès lors qu'il est engagé contractuellement avec une entreprise relevant de ce texte, que ce soit en tant que sous-traitant ou en tant que responsable conjoint ;*
- *tirer les conséquences de ce cadre juridique, en particulier en matière d'audit.*

#### ▪ **Revoir l'approche retenue pour certaines dispositions relatives aux sous-traitants**

Les responsables de traitement déplorent d'être souvent confrontés à une réalité contractuelle très déséquilibrée avec leurs sous-traitants. Ils souhaitent que cette réalité soit mieux reflétée dans ce projet de LD. Trois paragraphes sont caractéristiques des rééquilibrages nécessaires.

- § 95 : que signifie « la réputation » d'un sous-traitant ?

La référence à la « *réputation du sous-traitant* » évoquée dans le § 95 soulève de réelles interrogations : comment peut-on apprécier la réputation ? Quelle est la portée juridique d'une notion aussi vague et subjective ? La réputation médiatique ou conviviale d'un sous-traitant suffit-elle à en faire un facteur pertinent devant conduire le responsable de traitement à souscrire aux conditions juridiques posées par le sous-traitant ?

*Face aux déséquilibres induits par la rédaction de ce § 95, son retrait est demandé.*

- § 107 : la responsabilité ne peut pas peser sur le seul responsable de traitement

Les entreprises ne contestent pas le postulat de départ selon lequel le fait qu'un contrat soit préparé par un sous-traitant plutôt que par le responsable de traitement n'est pas en soi problématique et qu'il n'implique pas nécessairement une responsabilité conjointe. En revanche, elles contestent vigoureusement le différentiel de rapport de force découlant des phrases suivantes dans ce § 107, qui ne contribue pas à rééquilibrer les responsabilités.

Il n'est en effet pas acceptable que la rédaction du reste de ce § fasse porter toute la responsabilité sur le responsable de traitement. Il ne peut pas être écrit que le responsable de traitement doit évaluer les termes du contrat (souvent standardisés, en dehors de toute référence au RGPD, et difficilement amendables), est libre d'accepter ce contrat (face à des

sous-traitants souvent en position dominante) et qu'il est entièrement responsable de sa conformité avec le RGPD (« *it has also accepted full responsibility for compliance with GDPR* ») alors même que l'absence de mise en conformité de la part de ces mêmes sous-traitants met le responsable en risque.

A l'inverse, aucun positionnement n'est effectué (ou souligné dans des exemples) sur certaines pratiques de ces acteurs. Sans être systématique, la facturation par certains sous-traitants de leur propre mise en conformité avec le RGPD, obligation légale vis-à-vis de leurs responsables de traitement, ne peut être passée sous silence et conséquemment être légitimée par cette absence de prise de position.

*Cette rédaction conforte les abus parfois constatés et dessert les intérêts des responsables de traitement. A ce double titre, elle doit être revue pour rééquilibrer les rapports de force et ne pas conforter certaines pratiques.*

- § 145, dernière phrase : qui est juge de l'illégalité ?

Les entreprises souhaitent une réelle clarification du point 1.4 relatif aux instructions devant être appliquées lorsque le cadre juridique est non respecté.

Dans la relation commerciale évoquée dans le § 145, il est envisagé la possibilité d'inclure une clause permettant de résilier un contrat « si le responsable de traitement persiste à imposer des instructions illégales ». Mais qui décide de l'illégalité des dites-instructions ? Selon quels critères ?

Cette disposition apparaît juridiquement complexe à mettre en œuvre et source renforcée de déséquilibre contractuel.

*A ce titre, il est demandé la suppression de la dernière phrase du § 145 permettant d'inclure une clause permettant de résilier un contrat si le responsable de traitement persiste à imposer des instructions illégales.*

### **3. Harmoniser les commentaires sur les Clauses Contractuelles Types (ci-après « CCT »)**

Les entreprises considèrent que les § consacrés à la mise en avant des CCT requièrent de nombreuses clarifications. En effet :

- l'article 46 du RGPD présente les CCT comme un outil de transferts des données hors de l'UE apportant des garanties appropriées ;
- les § 102 et 103 du projet de LD présentent ces CCT comme un élément plus ou moins essentiel de la relation contractuelle entre responsable de traitement et sous-traitant sans que cette référence soit obligatoire (§104) ;
- les LD ne précisent nullement que ces CCT ne s'appliqueraient plus uniquement dans le cadre du transfert de données hors UE.

Cela conduit à divers paradoxes :

- le § 49 encourage la rédaction de contrat plus factuelle que formelle répondant ainsi au besoin de souplesse et de flexibilité des acteurs économiques alors que le § 103 valide un usage renouvelé des CCT, document très formel et standardisé,
- un flou juridique est entretenu sur l'usage de ces CCT, conçues initialement dans le RGPD comme un outil de transferts hors UE, et qui deviennent dans le projet de LD un outil de relation contractuelle avec le sous-traitant.

*Pour éviter de nouvelles confrontations dans le cadre des négociations contractuelles entre responsable de traitement et sous-traitant, il est proposé de clarifier que les CCT remplaceraient le cadre de l'article 28.*

*Cette précision est d'autant plus nécessaire que l'usage des CCT va augmenter sensiblement dans le cadre de l'arrêt Schrems II rendu par la CJUE le 16 juillet 2020. A cette occasion, la CJUE a en effet confirmé – sous certaines conditions – la validité des clauses contractuelles types de la Commission européenne.*

#### **4. Préciser le cadre juridique entourant la responsabilité conjointe**

Il ressort des LD que la responsabilité conjointe résulte d'une démarche conjointe ou d'intérêts communs ou convergents des parties prenantes à un traitement. Cela répond au besoin de clarification attendu par les entreprises qui s'inquiètent d'une tendance à généraliser ce schéma quand plusieurs parties sont impliquées dans la mise en œuvre d'un traitement (§ 67).

Cependant, le projet de texte ne reflète pas la complexité de ces relations lorsque les parties à un traitement se retrouvent dans une telle situation de responsabilité conjointe. La simplicité de leur restitution dans l'arbre à décision de la page 48 est, à ce titre, topique.

Il est inquiétant que les efforts demandés aux parties pour définir et contractualiser en amont du traitement leurs rôles et responsabilités puissent être remis en cause par les autorités de contrôle (cf. en particulier le § 187).

Ceci crée une insécurité juridique pour les parties à l'opposé de l'objectif de clarté et de cohérence au sein de l'Espace économique européen souhaité en introduction de ces lignes directrices.

\*

#### **AU SUJET DE L'AFEP**

Depuis 1982, l'Afep regroupe de grandes entreprises présentes en France. L'association, basée à Paris et à Bruxelles, a pour objectif de favoriser un environnement favorable aux entreprises et de présenter la vision de ses membres aux pouvoirs publics français, aux institutions européennes et aux organisations internationales. Le rétablissement de la compétitivité des entreprises pour parvenir à la croissance et à l'emploi durable en Europe et relever les défis de la mondialisation est la priorité de l'Afep. L'Afep compte environ 113 membres. Plus de 8 millions de personnes sont employées par les entreprises de l'Afep et leur chiffre d'affaires annuel cumulé s'élève à 2 600 milliards d'euros.

**Emmanuelle Flament-Mascaret** – Directrice Affaires commerciales et Propriété Intellectuelle  
[concurrency@afep.com](mailto:concurrency@afep.com)