Décembre 2012

PRINCIPALES OBSERVATIONS DE L'AFEP SUR LA PROPOSITION DE REGLEMENT RELATIF A LA PROTECTION DES DONNEES

L'AFEP regroupe plus de 100 des plus grands groupes privés exerçant en France. L'AFEP a pour objectif de faire valoir la position des grandes entreprises françaises auprès des Institutions communautaires, des organisations internationales et des Pouvoirs Publics français, essentiellement dans l'élaboration des réglementations à caractère trans-sectoriel.

Les entreprises françaises, engagées de longue date dans la protection des données, soutiennent la volonté de l'Union européenne d'**harmoniser les règles** en la matière et ainsi d'**alléger les charges administratives injustifiées** pesant sur elles. L'AFEP accueille notamment favorablement la **création du guichet unique** offrant l'opportunité de simplifier leurs démarches auprès des autorités nationales de contrôle.

En revanche, l'AFEP déplore le renversement proposé par la Commission conduisant l'UE à se concentrer sur la répression plutôt que sur la prévention des manquements. Dans ce contexte, les entreprises soutiennent l'établissement d'un **régime de sanction proportionné** aux manquements constatés.

I- Contexte

La Commission européenne (CE) a publié fin janvier 2012 deux propositions législatives relatives à la protection des données personnelles comprenant une directive sur le traitement de ces données en matière pénale, ainsi qu'un **règlement** général relatif « à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données » abrogeant les dispositions de 1995.

Le règlement proposé retient toute l'attention des entreprises. La Commission entend non seulement faire mieux respecter la vie privée des citoyens, mais également mieux prendre en compte l'internationalisation des flux de données comme le rôle joué par Internet.

II- Position de l'AFEP

1- Principales avancées positives dans la proposition de règlement

Dans son principe, et même si des améliorations doivent y être apportées, la révision de textes en vigueur est opportune, au regard du développement d'Internet en particulier. Ainsi, **l'AFEP soutient la démarche d'harmonisation** entreprise par la Commission.

a- Le guichet unique

Les entreprises sont favorables au **« guichet unique »** dont l'objectif est d'harmoniser, simplifier et centraliser leurs démarches.

Le principe du guichet unique serait instauré dès lors que le traitement des données à caractère personnel a lieu dans le cadre des activités d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant établis dans l'Union, et lorsque le responsable du traitement ou le sous-traitant sont établis dans plusieurs États membres. L'autorité compétente, dans ce cas, serait celle de l'Etat membre dans lequel l'entreprise a son **établissement principal**.

La notion d'établissement principal (article 4-13, considérants 27, 97 à 99) est donc la pierre angulaire du guichet unique. Pour autant, elle devrait être aménagée afin de mieux correspondre à la structure des grandes entreprises.

Dans l'article 4-13, la qualification des principales décisions conditionne le lieu de rattachement de l'établissement principal du responsable de traitement. Le guichet unique étant conçu comme une facilitation pour les entreprises, il est proposé de confirmer la flexibilité ainsi offerte. **Ainsi l'énumération qualifiant ces décisions relatives aux finalités, conditions ou moyens de traitement devrait être alternative et non cumulative, en remplaçant le « et » par un « *ou* ».**

b- Les règles d'entreprise contraignantes (BCR)

La possibilité d'adopter des BCR, déjà répandues au sein des grandes entreprises, emporte un avantage certain. En effet, si l'existence des BCR devrait toujours être notifiée à l'autorité nationale et approuvée par celle-ci, cette obligation serait désormais supprimée en cas de transferts internationaux des données, allégeant ainsi les démarches (art. 43 § 2-b).

L'AFEP propose dans ce contexte **d'élargir les possibilités de transferts internationaux** au-delà d'un groupe d'entreprises au sein duquel s'appliquent des BCR, **à des entreprises distinctes qui ont chacune leurs propres BCR**.

2- Principales préoccupations des entreprises

a- Les sanctions : à proportionner aux faits visés

Outre des sanctions pénales visant le responsable du traitement des données ou un représentant, les articles 78 et 79 prévoient trois types de **sanctions administratives** dont la progressivité varie selon le manquement concerné. Applicables aux grandes entreprises, elles vont de **0,5 % à 2 % de leur chiffre d'affaires (CA) annuel mondial**.

Les pourcentages proposés représentent des **montants disproportionnés** par rapport aux infractions commises et aux dommages causés. À titre d'**exemple**, certaines grandes entreprises en France pourraient se voir obligées de payer une amende susceptible de dépasser un milliard EUR parce qu'elles ont omit de fournir une copie des données à caractère personnel sous forme électronique à la personne concernée (art. 79-5, d). Sanctionner de simples « **négligences** » par de tel montant apparaît largement disproportionné.

Par comparaison, en droit de la concurrence, des amendes élevées peuvent se comprendre au regard du dommage à l'économie résultant de la pratique anticoncurrentielle sanctionnée. A l'inverse, même si la protection des données est un droit fondamental, **la spécificité du dommage en cette matière ne peut pas être considérée comme équivalente à celle résultant d'un dommage à l'économie**. Dès lors, la sanction ne saurait s'inscrire dans un schéma équivalent.

En outre, non seulement les **modalités de calcul envisagées ne sont pas précisées** (faut-il prendre en compte le chiffre d'affaire de l'entreprise ou du groupe d'entreprises), mais de surcroît, ces montants sont potentiellement supérieurs à ceux relevant du droit du travail.

En conséquence, plutôt qu'un pourcentage, les entreprises souhaitent que soit défini un plafond de sanction qui pourrait aller **jusqu'à 1 million €, montant supérieur mentionné dans l'article 79-6 et que cette sanction soit proportionnée au cas visé**.

b- Le consentement explicite : à circonscrire

Traitée dans les articles 4-8, 6, 7 et 9, la notion de consentement reposerait désormais sur un consentement explicite (opt-in).

Une telle orientation est problématique au regard de la **faisabilité technique** alors que les échanges sont de plus en plus rapides. L'exigence d'un consentement explicite à chaque transaction **ralentirait l'offre de service et l'innovation**. L'objectif même de la révision de la directive de 1995, qui est de prendre en compte les développements technologiques récents, semble ici bien mal atteint.

Il convient de **revenir à l'opt-out** de la directive de 1995, **l'opt-in étant réservé aux traitements des données les plus sensibles** tels que définis à l'article 9 de la proposition de règlement.

c- Le droit à l'oubli : à adapter

L'article 17-2 dispose qu'**il revient au responsable du traitement d'informer les tiers** qui traitent les données à caractère personnel qu'une personne concernée leur demande d'effacer tous liens vers ces données.

Il est important de prendre en compte la réalité des chaînes de prestations mises en place dans la gestion des données personnelles. Si le responsable du traitement a techniquement les moyens de gérer les données publiées par lui dont il est responsable, **il ne peut, en revanche, avoir de contrôle sur les tiers qu'il n'a pas expressément autorisés** à traiter ces données.

L'obligation d'information à la charge du responsable de traitement doit donc être **restreinte aux tiers auxquels il a expressément donné l'autorisation de traiter ces données**. Chaque responsable de traitement doit être soumis au régime de responsabilité qui lui incombe.

d- Le droit à introduire une réclamation: à encadrer

L'article 73 ouvre le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle à toute personne concernée ou à tout **organisme, organisation ou association** agissant au nom de personnes concernées. En outre, ces mêmes structures peuvent agir ***indépendamment d'une réclamation introduite par une personne concernée*** (article 73-3).

De nombreux principes sont ici remis en cause : « nul ne plaide par procureur » qui empêche d'agir en justice pour le compte d'autrui sans avoir reçu mandat exprès pour le faire / « autorité de la chose jugée » impliquant que le jugement n'a d'autorité qu'à l'égard des seules parties présentes ou représentées lors de la procédure. Il facilite en outre des actions de groupe, non encore adoptées au niveau européen.

Afin de ne pas anticiper les débats sur les actions de groupe, il est nécessaire de préciser que ce droit à réclamation est limité aux personnes concernées et s'inscrit ***dans le cadre des dispositions légales nationales ;*** en outre, afin de demeurer conformes aux principes généraux du droit de certains Etats membres, les entreprises préconisent la **suppression de l'article 73-3.**

e- La réduction des charges administratives injustifiées : à accentuer

La proposition de la Commission vise à réduire les charges administratives qui n'apportent pas d'amélioration à la protection des données. Or, certaines mesures proposées entrainent des obligations formelles lourdes.

L'AFEP propose donc :

- que le responsable de traitement assure la **conformité de l'ensemble des opérations**, plutôt que d'apporter la preuve de la conformité de chaque opération (article 5-f) ;
- de remplacer le délai de 24 heures pour la notification des violations par un **délai raisonnable** (article 31-1) ;
- de remplacer l'analyse d'impact relative à la protection des données par une **appréciation menée par les responsables selon des modalités définies au sein de l'entreprise** (article 33-1).

f- Les actes délégués : à restreindre

Cette procédure de mise en œuvre des législations européennes donne un pouvoir d'interprétation trop important à la Commission qui propose et décide quasiment seule sur des sujets structurants pour l'ensemble des parties. Par ailleurs, elle contribue à réduire la transparence de la législation européenne vis-à-vis des citoyens.

Personnes de contact :
Emmanuelle FLAMENT-MASCARET, directrice Consommation/ Concurrence/ Propriété intellectuelle - +33 1 43 59 85 27 - concurrence@afep.com
Justine RICHARD, directrice adjointe des Affaires européennes - +32 2 227 57 25 - justine.richard@afep.be