

Paris, le 14 octobre 2020

Objet : Réponse à la consultation du Comité européen de la protection des données sur le projet de lignes directrices n° 07/20 relatives aux concepts de responsables du traitement et sous-traitants.

Madame, Monsieur,

Nous faisons suite à l'ouverture de la consultation publique de votre projet de lignes directrices sur les concepts de responsable du traitement et de sous-traitant dans le cadre du Règlement relatif à la protection des données personnelles.

Nous vous prions de bien vouloir trouver ci-après les éléments de réflexion proposés par PLANETE CSCA, syndicat représentatif du courtage d'assurance en France.

*

I. L'indépendance des réglementations

Que se passe-t-il en cas de superposition de qualifications issues de différentes réglementations ? En effet, une mention¹ figurant dans le projet de lignes directrices n°07/20 nous amène à nous interroger sur ce point. Afin d'illustrer notre difficulté, nous évoquerons un exemple issu du secteur assurantiel.

Dans le cadre de la Directive dite « Solvabilité 2 »² l'assureur peut décider d'externaliser auprès de tierces personnes (dont les courtiers font partie) certaines tâches afférentes à l'exécution du contrat d'assurance (par exemple et sans que cela ne soit exhaustif : délégation de gestion du contrat d'assurance, délégation de souscription du contrat, délégation d'encaissement des primes, etc.)

Dans le cadre de cette externalisation et à la lumière de ladite directive, cette tierce personne se verra qualifier de « sous-traitant » (même si un débat existe sur la pertinence juridique de cette qualification en droit français).

A la lumière de Solvabilité 2, d'aucuns pourraient appliquer un parallélisme des formes et considérer que le courtier doit également être qualifié de « sous-traitant » au sens du RGPD dans le cadre des traitement mis en œuvre au titre de cette externalisation.

Selon notre analyse, cette distribution par ricochet des qualifications serait erronée et ne respecterait pas l'esprit et la lettre du RGPD.

¹ Page 46 du projet de lignes « Is the processing necessary in order to carry out a task for which you are responsible according to a legal act? (implicit legal competence) »

² Directive 2009/138/CE du 25 novembre 2009

Ainsi, dans le cadre d'une externalisation, certains courtiers vont bénéficier d'une importante marge de manœuvre dans la définition du périmètre externalisé et des modalités d'exécution à mettre en œuvre.

En effet, grâce à leur expertise ou à leur valeur ajoutée sur certaines prestations, ils ont développé leurs propres outils et processus et vont ainsi bénéficier d'une autonomie importante et donc agir directement sur la détermination des finalités et des moyens essentiels du traitement en lien avec l'assureur.

Il nous semblerait donc pertinent de mentionner explicitement que les qualifications légales issues d'autres réglementations n'impactent pas automatiquement les qualifications retenues dans le cadre du RGPD et ainsi reprendre l'avis 1/10 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », qui indiquait clairement qu'« *une dernière caractéristique de la notion de responsable du traitement est son autonomie, dans le sens où, même si des sources juridiques externes peuvent aider à identifier le responsable du traitement, elle doit être interprétée essentiellement à la lumière de la législation sur la protection des données. La notion de responsable du traitement ne doit pas être altérée par d'autres notions, parfois contradictoires ou redondantes, issues d'autres domaines du droit.* »

Ainsi, même si la capacité de « déterminer » peut procéder d'une attribution faite par la loi, elle se déduira en tout état de cause d'une analyse des éléments factuels ou des circonstances de l'espèce.

II. La détermination des finalités et des moyens du traitement

A la lecture de ce projet de lignes directrices n°07/20, la responsabilité conjointe semble découler d'une participation conjointe des parties à la détermination des finalités **et** des moyens³. Autrement dit, nous comprenons que pour retenir la qualification de responsable conjoint, il est nécessaire d'agir sur les finalités mais également sur les moyens du traitement, ces critères étant cumulatifs.

Or, selon l'Avis 1/10 relatif aux notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », l'autonomie⁴ de la notion de moyens « essentiels » était reconnue tout en maintenant la prépondérance de la notion de « finalité » du traitement⁵.

³ Paragraphe 51 du Projet de lignes *“Joint participation in the determination of purposes and means implies that more than one entity have a decisive influence over whether and how the processing takes place. In practice, joint participation can take several different forms. For example, joint participation can take the form of a common decision taken by two or more entities or result from converging decisions by two or more entities regarding the purposes and essential means.”*

⁴ Page 20 l'Avis 1/10 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » : « **Ainsi, une coresponsabilité naît lorsque plusieurs parties déterminent, pour certaines opérations de traitement, soit la finalité soit les éléments essentiels des moyens qui caractérisent un responsable du traitement.** »

⁵ Page 15 de l'Avis 1/10 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » : « Alors que la détermination de la finalité du traitement emporterait systématiquement la qualification de responsable de

La lettre du RGPD n'ayant pas modifié cet équilibre et afin de tenir compte de la réalité des processus opérationnels, il nous paraît important de maintenir cette distinction que nous avons illustrée par deux exemples que vous trouverez ci-après.

Exemple n°1 : Un courtier A va concevoir un produit d'assurance et va solliciter un assureur B afin qu'il accepte de porter le risque garanti par ce contrat. Le courtier A va définir de manière autonome certains éléments du contrat d'assurances tels que le prix, la garantie etc. Il bénéficie à ce titre d'une latitude substantielle dans l'exercice de cette tâche.

L'assureur B en sa qualité de porteur de risque, va se charger de couvrir le risque assurantiel proposé par le courtier A après avoir éventuellement apporté des modifications

Le courtier A qui bénéficie ici d'une autonomie importante et d'une certaine expertise, va déterminer conjointement avec l'assureur B les finalités mais également les moyens essentiels du traitement.

Exemple n°2 : Un courtier C bénéficie d'une expertise sur un domaine spécifique de l'assurance. Il développe donc des outils et des processus de gestion des contrats d'assurance dédiés.

L'assureur D va s'appuyer sur cette expertise et donc décider d'externaliser auprès du courtier C certaines tâches afférentes à l'exécution du contrat d'assurance.

Dans ce cadre-là, le courtier C va par exemple déterminer de façon autonome les processus de traitement pour la conclusion et l'exécution du contrat d'assurance.

La situation de responsabilité conjointe résultera ici de la détermination des finalités par l'assureur D et des moyens dits « essentiels » par le courtier C.

III. L'utilisation du terme « inextricablement lié »

Il ressort du projet de lignes directrices qu'un des critères importants pour identifier des décisions convergentes dans le cadre de la responsabilité conjointe est que le traitement par chaque partie soit inséparable c'est-à-dire inextricablement lié.

Nous comprenons la logique qui consiste à savoir si le traitement n'est pas possible sans la participation des deux parties.

traitement, la détermination des moyens impliquerait une responsabilité uniquement lorsqu'elle concerne les éléments essentiels des moyens. »

En revanche, nous nous demandons si l'utilisation du terme « inextricablement lié » est réellement adaptée à l'objectif poursuivi par le RGPD. En effet, si l'on revient à la définition du terme « inextricable » il signifie « embrouillé, complexe, qu'il est difficile de clarifier »⁶.

Or, par hypothèse le RGPD impose au contraire la plus grande clarté dans la relation de responsabilité conjointe et notamment dans la répartition des obligations et des responsabilités des parties.

Par ailleurs, l'utilisation du terme « inextricablement lié » peut soulever des difficultés d'interprétation illustrées dans l'exemple ci-dessous.

Exemple n°3 : Pour cet exemple précis, nous partons du postulat que le courtier A et l'assureur B sont qualifiés de responsables conjoints du traitement (gestion externalisée du contrat d'assurance souscrit par Monsieur X par exemple, le courtier A ayant défini préalablement les moyens essentiels du traitement) au sens du RGPD.

En cours de vie du contrat d'assurance, la situation de Monsieur X va évoluer. Le Courtier A qui représente les intérêts de Monsieur X va donc changer de contrat d'assurance et donc d'assureur, après concertation avec Monsieur X.

Nous nous demandons donc si l'utilisation du terme « inextricablement lié » induit que la relation de responsabilité conjointe entre le courtier A et l'assureur B s'inscrive dans le temps de telle sorte que le courtier A ne puisse pas changer de porteur de risque ?

Si tel est le cas, cela s'opposerait à un certain nombre de principe issus de différentes réglementations : indépendance commerciale du courtier, devoir de conseil du courtier etc.

IV. Les critères de qualification en cas d'intervention de plusieurs acteurs

L'avis 1/10 énumérait un certain nombre de critères pouvant servir à déterminer la qualification de différents acteurs intervenant pour un même traitement.

Parmi ces critères figurait « la visibilité/ l'image donnée par le responsable de traitement à la personne concernée et les attentes que cette visibilité suscite chez les personnes concernées ».

⁶ Définition issue du dictionnaire Larousse

Ce critère ne figure plus distinctement dans le projet de lignes directrices. Or, si nous reprenons l'exemple n°1 (cf. page n°3) le courtier conçoit entièrement un produit d'assurance.

La marque du courtier sera généralement prépondérante et mise en avant d'un point de vue marketing, si bien que le titulaire du contrat d'assurance identifiera principalement la marque du courtier).

Dès lors, nous pensons que ce critère peut dans certaines situations et dès lors qu'il est combiné à d'autres critères, être pris en compte dans la détermination de la qualification de responsables conjoints du traitement.

Enfin dans le même ordre d'idée, nous constatons que le critère de « l'expertise » n'est plus suffisamment mis en avant dans le projet de lignes directrices.

Or, l'avis 1/20 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » le mentionnait au même titre que le critère précédent et retenait que « *dans certains cas, le rôle traditionnel et l'expertise professionnelle du prestataire de services jouent un rôle prépondérant, pouvant entraîner sa qualification de responsable du traitement.* »

Au regard de l'exemple n°3 (cf. page n°5), nous pensons donc qu'il est important que ce critère soit pris en compte dans le faisceau d'indices permettant de retenir la qualification de responsables conjoints du traitement.