

Le correspondant à la protection des données à caractère personnel : un maillon important de la réforme

Alain BENSOUSSAN
Avocat
Alain Bensoussan-Avocats, Paris.

L'Allemagne, nation pionnière avec la France en matière de protection de la vie privée, avait mis en œuvre un tel système permettant de porter au cœur des organismes gestionnaires de grands fichiers la nécessité d'établir un équilibre stable entre le développement des usages nominatifs des données informatisées et le respect de l'intimité binaire. Ce concept, inconnu en France avant la réforme de 2004, a été introduit lors de la transcription de la directive du 24 octobre 1995 (1). L'article 18 de la directive prévoit en effet que les États membres ont la possibilité de prévoir des dérogations aux obligations de formalités préalables lorsque, notamment, le responsable du traitement désigne « *un détaché à la protection des données à caractère personnel* ». La loi du 6 août 2004 transposant cette directive en France, met en place ce mécanisme juridique dérogatoire. Ainsi, le principe des formalités préalables à la mise en œuvre d'un traitement automatisé de données à caractère personnel constitue la règle. Ce n'est que dans des cas particuliers que ce principe peut souffrir d'exceptions. Il en est ainsi de l'institution du correspondant à la protection des données à caractère personnel, dénommé « correspondant PDCP » (acronyme de Protection des données à caractère personnel). Dans ce cadre, les responsables des traitements peuvent ne pas faire certaines déclarations auprès de la CNIL. Cette possibilité ne vise toutefois que les déclarations, les demandes d'autorisation n'étant pas concernées et doivent en conséquence, être effectuées préalablement à la mise en œuvre du traitement concerné par ce type de formalité. Le cas particulier du transfert de données personnelles vers des pays non membres de l'Union européenne fait l'objet d'un régime particulier. Même en présence d'un correspondant PDCP, le transfert de données à caractère personnel « *à destination d'un État non membre de la Communauté européenne* » doit être déclaré à la CNIL (2).

Il convient dans un premier temps d'exposer les conditions de sa désignation et les missions qui lui incombent (I). Nous présenterons ensuite son statut (II) et terminerons par un rapide tour d'horizon des expériences étrangères (III).

(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, JOCE L 281 du 23 novembre 1995.

(2) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, article 22 III.

I. LA DÉSIGNATION ET LES MISSIONS DU CORRESPONDANT

A – La désignation du correspondant

1 – Les secteurs concernés et les personnes éligibles à la fonction de correspondant

La fonction de correspondant peut être mise en œuvre tant dans le secteur public que dans le secteur privé. En ce qui concerne les personnes éligibles à cette fonction, la loi Informatique et libertés ne précise pas si le correspondant est une personne physique ou peut également être une personne morale. En faveur de la thèse « *Correspondant personne physique* », on peut arguer que « *le correspondant [...] ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions* » (3). De même, s'agissant de la dérogation concernant les traitements de données à caractère personnel aux fins de journalisme et d'expression littéraire et artistique, la loi précise que celle-ci est « *subordonnée à la désignation par le responsable du traitement d'un correspondant à la protection des données appartenant à un organisme de la presse écrite ou audiovisuelle [...]* » (4).

La directive 95/46 laisse aux États membres le choix. Le considérant 49 énonce en effet que « *des exonérations ou des simplifications de la notification peuvent être prévues par les États membres [...] dès lors qu'une personne désignée par le responsable du traitement de données s'assure que les traitements effectués ne sont pas susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées ; que la personne ainsi détachée à la protection des données, employée ou non du responsable du traitement de données, doit être en mesure d'exercer ses fonctions en toute indépendance* » (5). L'article 18 de la directive offre une possibilité de dérogation aux obligations de notification à l'autorité de contrôle « *lorsque le responsable du traitement désigne [...] un détaché à la protection des données à caractère personnel [...]* » (6).

Il semble donc possible de désigner une personne morale pour assurer de manière indépen-

(3) Ibid.

(4) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, précitée, article 67, 2°.

(5) Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995, précitée, considérant 49.

(6) Ibid., article 18.

dante la fonction de correspondant (7). Une interdiction ne présenterait aucun intérêt par rapport à l'esprit de la loi, puisque le correspondant n'est pas nécessairement un membre du personnel de l'organisme responsable du traitement. Par ailleurs, il suffirait de désigner une personne physique membre du personnel de la personne morale.

2 – La désignation d'un employé ou d'un tiers

Dans le prolongement de la nature juridique du correspondant, se pose la problématique du lien entre ce dernier et l'organisme. Le principe est celui de « l'indépendance » du correspondant (8). À partir de ce critère, il est possible de retenir que le correspondant peut être un membre ou un tiers à l'organisme. Dans les deux cas, les parties sont liées par contrat, soit de travail, soit de prestation de services. Le choix offert par la directive (celle-ci précisant expressément la possibilité d'être employé ou non) est une nécessité afin de respecter la volonté du législateur de simplifier les formalités préalables face à des traitements de données à caractère personnel qui ne présentent pas de risques particuliers dans ce domaine. Ainsi, un groupe de sociétés ne doit pas être obligé de désigner un correspondant par filiale.

3 – La désignation d'un membre de l'organisme

Cette dérogation devra faire l'objet d'une définition de mission. La mission devra être acceptée formellement par la personne désignée qui doit toujours pouvoir avoir la possibilité de refuser ou de mettre un terme à sa mission. En pratique, la mission de correspondant peut être envisagée naturellement parmi les membres des directions suivantes : la direction générale, la direction juridique, la direction de la déontologie, l'inspection ou le contrôle général. En termes de poste, le correspondant doit jouir d'une grande indépendance tant intellectuelle que statutaire. Dans le secteur privé, on ne peut concevoir que la désignation d'un cadre, d'un dirigeant, du président ou du directeur général mandataire social ou salarié (9) et, dans le secteur public, que celle d'un fonctionnaire (10).

4 – La désignation d'un tiers

Dans le cadre d'un groupe, une convention entre les deux entités doit définir : les modalités de l'intervention du correspondant et les conséquences économiques de cette mise à disposition. S'agissant de la désignation d'un tiers, sans lien capitalistique, une convention devra régler les aspects techniques, économiques et juridiques de l'exercice de cette mission. Il semble que toute personne physique ou morale peut être désignée, tels que

notamment des prestataires de services, des avocats ou des experts comptables.

B – L'information de la désignation

Pour être opérationnelle, la désignation du correspondant doit être notifiée à la CNIL. Cette notification, qui a une valeur informationnelle, la CNIL ne disposant pas d'un pouvoir d'agrément, peut se faire par tout moyen. Toutefois, compte tenu de l'importance de ses effets juridiques, il convient d'y procéder par lettre recommandée avec avis de réception. En pratique, la notification vaudra pour l'ensemble des déclarations ordinaires et simplifiées. Toutefois, rien n'interdit à un organisme de limiter la mission à certains traitements sous réserve de déclarer les autres traitements (11).

En ce qui concerne le contenu, la notification contient les informations sur la personne désignée (état civil), la date d'acceptation de la mission, ainsi que la liste des obligations mises en œuvre de manière associée à la désignation. Cette liste vise l'information des instances représentatives du personnel et la tenue de la liste des traitements des données à caractère personnel mis en œuvre au sein de l'organisme (12). Enfin la désignation doit être « portée à la connaissance des instances représentatives du personnel » (13). Cette connaissance peut se faire : par lettre ou lors d'un comité.

C – La mission du correspondant

1 – Le respect de la loi

La fonction de correspondant n'a pas simplement comme objectif d'instaurer une dérogation aux principes de notification des traitements à la CNIL. Sa finalité première est d'encourager un contrôle interne afin que l'usage des données à caractère personnel soit mis en œuvre de manière citoyenne. À ce titre, le correspondant a la charge « d'assurer d'une manière indépendante, le respect des obligations prévue » (14) dans la loi Informatique et libertés. Lors de sa prise de fonction, le correspondant devra dresser un inventaire, c'est-à-dire auditer la situation, mettre en place les procédures éventuelles de régulation, définir des points de contrôle et organiser une communication entre les services et lui-même afin de pouvoir assurer les fonctions qui lui incombent personnellement.

En ce qui concerne les modalités d'exercice de ses fonctions, le correspondant dispose d'une large indépendance pour étudier les traitements opérés

(7) Cette possibilité aurait l'avantage de la simplicité dans les grands groupes.

(8) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 22 III, précitée.

(9) Sauf pour les PME.

(10) Une personne avec un statut contractuel serait en situation d'indépendance très relative.

(11) Sur ce point, le rapport de M. Alex Türk, en date du 13 juin 2004, précise : « la rédaction adoptée par l'Assemblée nationale laisse penser que le correspondant sera désigné pour certains traitements seulement de l'organisme. Bien entendu, il le sera en réalité pour l'ensemble ».

(12) Selon M. Alex Türk « même si le texte ne le précise pas, il est clair que ces qualifications seront portées à la connaissance de la CNIL ».

(13) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 22 III, précitée.

(14) Ibid.

notamment en termes d'usage et de sécurité. Cette indépendance résulte de son statut ⁽¹⁵⁾, de sa formation et de ses pouvoirs. Pour garantir cette indépendance, tout en gardant à l'esprit que cette mission s'inscrit dans le respect des personnes, et des directions des organismes privés ou publics, il est conseillé d'établir un code de bonne conduite définissant les modalités d'informations sur la création et la mise à jour des traitements, les procédures à suivre pour vérifier la conformité à la loi informatique et libertés, les règles de concertation entre le correspondant et la direction générale et l'organisation d'un comité de pilotage.

2 – La liste des traitements

Le correspondant doit établir la liste exhaustive des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre au sein de l'organisme qui l'a désigné. La loi ne donne aucune précision sur les caractéristiques de cette liste. À défaut de précision sur les caractéristiques de cette liste, il est intéressant de noter que la directive 95/46 précise que ce registre contient les éléments visés à l'article 21, paragraphe 2, c'est-à-dire :

- le nom et l'adresse du responsable du traitement ;
- la ou les formalités du traitement ;
- une description de la ou des catégories de données s'y rapportant ;
- les destinataires ou des catégories de destinataires auxquels les données sont susceptibles d'être communiquées ;
- les transferts de données envisagés à destination de pays tiers ⁽¹⁶⁾.

Cet article concerne les informations qui doivent figurer sur le registre que tient l'organisme de contrôle. Dans ce cadre, la référence aux transferts de données vers un pays tiers est inutile puisque les traitements opérant de tels transferts sont exclus du bénéfice de la dérogation, même en présence d'un correspondant désigné. Enfin, la maintenance de la liste pour les opérations de création, de modification ou de suppression est faite à l'initiative du correspondant après information des services concernés.

3 – La durée de la mission

La mission confiée au correspondant peut être à durée déterminée ou indéterminée. La mission peut prendre fin par l'arrivée du terme ou la défaillance du correspondant. Au terme de la mission, soit le responsable des traitements désigne un nouveau correspondant et met en œuvre la procédure de notification et d'information (notification à la CNIL et information des IRP), soit procède aux déclarations. En cas « *de manquement constaté à ses devoirs, le correspondant est déchargé de ses fonc-*

tions sur demande, ou après consultation, de la Commission nationale de l'informatique et des libertés » ⁽¹⁷⁾.

II. LE STATUT DU CORRESPONDANT

L'article 22 de la loi du 6 janvier 1978 a fait l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel. Les requérants soutenaient que « ce correspondant ne bénéficie pas, à la lettre, des garanties d'indépendance indispensables » et que par la suite « *en prévoyant, au titre d'une simplification toujours souhaitable, un amoindrissement des mécanismes de contrôle, le législateur a privé de garantie légale le droit à la vie privée et à la liberté individuelle* » ⁽¹⁸⁾.

Le Conseil constitutionnel a validé l'institution du correspondant à la protection des données à caractère personnel aux motifs que d'une part, la désignation d'un correspondant ne dispense que des formalités de déclaration à la constitution d'un traitement de données, à condition qu'il n'y ait pas transfert de données personnelles à destination d'un État non membre de la Communauté européenne. Cette dispense de déclaration ne soustrait donc pas aux autres obligations dont le non-respect demeure passible de sanctions. Il a également précisé d'autre part, que la fonction de correspondant est entourée d'un ensemble de précautions concernant sa qualification, son rôle et son indépendance ⁽¹⁹⁾.

A – L'indépendance du correspondant

Agissant en toute indépendance dans le cadre de sa mission, ce dernier ne « *peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions* » ⁽²⁰⁾. En cas de difficultés, le correspondant peut « *saisir la Commission nationale de l'informatique et des libertés des difficultés qu'il rencontre dans l'exercice de ses missions* » ⁽²¹⁾. Cette saisine peut se faire par tout moyen.

Il y a tout lieu d'envisager que, dans le prolongement des expériences allemandes, suédoises, et néerlandaises, la CNIL créera un réseau de correspondants. Ce réseau sera un lieu privilégié d'information, de formation, et de protection des correspondants. Un tel mécanisme permettra d'établir au fur et à mesure des cas rencontrés, les meilleures pratiques à mettre en place ainsi qu'un code de bonne conduite organisant les relations entre le correspondant et le responsable du traitement, les employés et les membres de la CNIL.

(17) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 22 III, précitée.

(18) Décision n° 2002-499 DC du 29 juillet 2004, Recours au Conseil constitutionnel, protection des données personnelles, IV. Sur l'article 2 de la loi déferée, 20 juillet 2004.

(19) Conseil constitutionnel, décision n° 2004-499 DC du 29 juillet 2004.

(20) Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, article 22 III, précitée.

(21) Ibid.

(15) Absence de précarité.

(16) L'article 21 paragraphe 2 de la directive 95/46 procède par renvoi à l'article 19 paragraphe 1a) à e).

B – La défaillance du correspondant

En cas de négligence ou de manquement du correspondant à ses obligations, le responsable du traitement peut mettre fin à sa mission. La CNIL pourra alors enjoindre au responsable des traitements de procéder aux déclarations. Les activités du correspondant n'entrent pas directement dans le périmètre des assurances de l'entreprise. Une assurance complémentaire devrait permettre une meilleure couverture des risques. Il est possible de prévoir la désignation d'un suppléant afin d'organiser une continuité de la fonction en cas de congés ou d'absence pour quelque motif que ce soit (maladie, etc.). Cette suppléance s'effectuerait selon les mêmes modalités que la désignation du correspondant ⁽²²⁾.

III. LES EXPÉRIENCES ÉTRANGÈRES

L'article 18 de la directive 95/46 offre la possibilité aux États membres de dispenser de l'obligation de déclaration à l'autorité en charge de la protection des données les responsables de traitements ayant désigné un correspondant à la protection des données à caractère personnel. L'étude des législations d'un certain nombre d'États membres fait apparaître que le dispositif du correspondant aux données à caractère personnel est appréhendé de manière différente d'un pays à l'autre.

A – Le correspondant à la protection des données personnelles en droit allemand

1 – Les cas de désignation obligatoire d'un correspondant PDCP

La loi allemande sur la protection des données personnelles prévoit la désignation obligatoire d'un correspondant par les organismes, privés ou publics, qui mettent en œuvre certains types de traitements de données. Mais le texte ne leur impose pas de notifier le nom de leur correspondant à l'autorité de contrôle. Dans le secteur privé, le responsable de traitement doit désigner un correspondant à la protection des données personnelles dans quatre cas :

- s'il emploie au moins quatre personnes pour le traitement automatisé de données ;
- s'il emploie au moins vingt personnes pour le traitement non automatisé de données ;
- s'il met en œuvre un traitement relevant de la procédure d'autorisation ;
- s'il s'agit d'une société de marketing direct.

Dans le secteur public, les organismes publics d'État doivent désigner un détaché à la protection des données personnelles lorsqu'ils mettent en

(22) Cette option n'est pas précisée dans la loi. Toutefois, rien, dans l'esprit de cette loi, ne permet d'interdire une telle possibilité.

œuvre un traitement automatisé de données, quel que soit le nombre de personnes employées à cet effet ou lorsqu'ils emploient au moins vingt personnes pour le traitement non automatisé de données.

2 – Le statut du correspondant

Le correspondant doit avoir les qualités et les capacités nécessaires à l'exercice de ses fonctions et doit pouvoir exercer sa mission en toute indépendance. Il doit être placé directement sous l'autorité du directeur. Il ne doit recevoir aucune instruction de la part du responsable du traitement. Il doit être doté des moyens humains et matériels nécessaires. Il ne doit subir aucune discrimination. Ce peut être une personne étrangère à l'entreprise ou à l'organisme public, à condition alors qu'il vienne d'un autre organisme public. Il ne peut être révoqué que pour des motifs sérieux. S'il exerce sa mission dans une entreprise privée, il peut être révoqué à la demande de l'autorité de contrôle. Il est soumis au secret professionnel.

3 – Les fonctions du correspondant à la protection des données personnelles

Il doit superviser les traitements de données mis en œuvre dans l'organisme pour lequel il travaille, diffuser en interne des informations sur la loi relative à la protection des données et prendre contact avec l'autorité de contrôle en cas de doute ou de problème sur un dossier.

B – Le correspondant à la protection des données personnelles en droit néerlandais

Il existe cinq différences notables avec le système mis en place en Allemagne. Premièrement, la désignation d'un correspondant à la protection des données personnelles est optionnelle. Deuxièmement, le responsable du traitement doit enregistrer son correspondant auprès de l'autorité de contrôle qui tient à jour une liste des correspondants. Ensuite, le correspondant a le statut de salarié protégé. Enfin, il doit rédiger un rapport annuel et peut rédiger des codes de conduite en matière de protection des données personnelles internes à l'organisme pour lequel il travaille.

C – Le correspondant à la protection des données personnelles en droit suédois

En Suède, il existe également des différences avec le système allemand dans la mesure où la désignation d'un correspondant à la protection des données personnelles est optionnelle et où le responsable du traitement doit notifier la désignation et le nom du correspondant à l'autorité de contrôle.