

CONSULTATION SUR LES CLAUSES CONTRACTUELLES TYPES (« CCT ») DE LA COMMISSION EUROPEENNE

Commentaires de l’Afep

La DG Justice de la Commission européenne a ouvert une consultation jusqu’au 10 décembre sur un projet de décision sur les clauses contractuelles types (« CCT ») à rédiger dans le cadre de transfert vers des pays tiers.

La mise à jour des CCT par la Commission européenne fait suite à une consultation au début de l’année 2020 et vise à inclure à la fois les nouvelles exigences du RGPD et les conséquences du récent arrêt C-311/18 de la CJUE (« Schrems II »). Celui-ci en substance invalide le Privacy Shield (la décision d’adéquation avec les Etats-Unis) et confirme la validité -sous certaines conditions- des clauses contractuelles types qui permettent des transferts vers des pays pour lesquels un accord d’adéquation n’existe pas (ci-après « pays tiers »).

Le projet de décision -et les conditions posées par la CJUE qui sont intégrées- appelle de la part des entreprises les commentaires suivants.

- *Points positifs :*

Les entreprises membres de l’Afep notent que la Commission européenne travaille à ce que son projet de décision sur les CCT reste conforme au RGPD sur différents points. Elles apprécient en particulier :

- L’approche modulaire proposée par la Commission afin de couvrir la complexité des scénarios et des relations contractuelles (voir en particulier la prise en compte des relations entre sous-traitants et sous-traitants de rang 2);
- La prise en compte de l’analyse des risques devant être menée par le data exporter et le data importer¹;
- Le rôle donné au data importer qui doit, notamment, s’assurer que les données personnelles sont adéquates, pertinentes et limitées à la nécessité du traitement²;
- L’exclusion explicite de tout dommage punitif³.

- *Points négatifs :*

Elles émettent, en revanche, de fortes inquiétudes sur deux points majeurs qui conditionnent la mise en œuvre effective de ces clauses.

i) *L’analyse des lois locales et les éventuelles mesures supplémentaires : une charge disproportionnée et non-conforme au RGPD pour les acteurs privés*

Les acteurs économiques exportant (« data exporters ») des données dans des pays tiers doivent évaluer si le cadre juridique et les pratiques de ces pays tiers portent atteinte à une protection efficace des outils de transfert des données⁴:

- La Commission européenne exige que ces acteurs garantissent (« warrant ») l’adéquation du cadre juridique du pays tiers aux règles européennes au vu des circonstances spécifiques du transfert ; dans ce cadre juridique, l’accès aux données requis par certaines autorités ou gouvernements de pays tiers est expressément mentionné ;

¹ Annex to the Commission implementing decision on SCC for the transfert of personal data to third countries – Section II – Obligations of the parties, § 1.5 Security of processing -a)

² Idem - § 1.3- c)

³ Section II- clause 7 -Liability- b)

⁴ Idem – Section II – clause 2 - Local laws affecting compliance with the Clauses

- Si des inadéquations sont constatées, la Commission requiert de l'exportateur de données qu'il prenne des mesures supplémentaires permettant de combler ces atteintes locales à la mise en œuvre effective du cadre européen (clause 2-f) ;
- Si l'adoption de telles mesures est impossible, alors le transfert de données doit être évité, suspendu ou arrêté.

Cette analyse par l'exportateur de données, avec la collaboration de l'importateur de données (« data importer ») faisant ses « meilleurs efforts » (clause 2-c) porterait à la fois sur le cadre juridique général et sur les conditions propres à chaque transfert (clause 2-b).

L'Afep s'oppose à cette procédure dans la mesure où elle remet en cause les dispositions du RGPD :

- *En termes d'efficience* : des acteurs économiques privés (« data exporter ») souhaitant transférer -ou transférant depuis de nombreuses années- leurs données dans des pays tiers devront désormais analyser la compatibilité des lois nationales concernées.
 - Dans le cadre posé par le RGPD, il relève de la responsabilité de la Commission Européenne d'évaluer l'adéquation des pays tiers (article 45). Jusqu'à présent cette « liste blanche » était adoptée par la Commission et créait un cadre juridique commun et stable. Le projet de CCT propose que les entreprises remplacent la Commission, développent leurs propres « listes noires privées » de pays non conformes au RGPD et les réactualisent si ce cadre juridique évolue. Les évaluations d'adéquation devraient donc être menées par la Commission ou le CEPD qui devraient maintenir une base de données des évaluations au niveau européenne, base pouvant évoluer à mesure que les lois et les pratiques changent, et qui serait librement accessible aux organisations.
 - Il est essentiel de conserver la hiérarchie prévue par le RGPD dans les mécanismes permettant le transfert. Pour un même pays, des interprétations divergentes ne permettront pas une bonne application des CCT et, de manière générale, des mesures protectrices des données ; une telle divergence de vues est contraire aux objectifs de cohérence recherchés par cet outil et source de forte insécurité juridique pour les acteurs économiques.
 - Sans cette cohérence générale, l'utilité des CCT est remise en question, dès lors qu'elles impliquent des diligences complémentaires au cas par cas, alors qu'elles visaient à fournir un cadre juridique global aux acteurs opérant des transferts.
- *En termes de responsabilité* : selon le projet, les « data exporters » sont les principaux responsables d'une telle analyse et des mesures supplémentaires à prendre, le cas échéant⁵. A défaut d'évaluation par la Commission ou par les Autorités de protection des données telles que prévues par le RGPD, c'est au data importer que doit revenir cette tâche. Il aurait en effet une meilleure connaissance de la réglementation de son propre pays et son évaluation garantirait la qualité de cette analyse.

ii) la date d'entrée en vigueur de cette décision : à reporter en évitant toute rétroactivité

L'ensemble de ces mesures doit être mis en œuvre dans un délai d'un an à compter de la date d'entrée en vigueur de la décision de la Commission européenne pour remplacer les CCT existantes.

Imposer de telles mesures aussi complexes à mettre en œuvre dans des délais aussi courts sera un challenge pour de nombreuses entreprises, de toute taille. Si la conformité au RGPD n'est pas assurée, il est requis de suspendre le transfert de données et de mettre fin au contrat⁶. Mais quelle est la conséquence pour les données dont le traitement serait suspendu ? Comment remplacer les importateurs de données habituels et être assuré du respect des délais de mise en œuvre imposés par la Commission ?

⁵ Section II – clause 2 – f)

⁶ Section II- clause 2- f)

Cette contrainte calendaire très serrée induit en outre pour les entreprises européennes de forts risques de sanctions (jusqu'à 4% de leur CA monde) ou réputationnels peu souhaitables dans cette période économique complexe.

L'Afep recommande donc les modalités suivantes :

- **effectuer une réelle étude d'impact** sur la portée des modifications envisagées dans ce projet : comme souligné en point (i), celles-ci sont à la fois coûteuses et disproportionnées. Conformément aux dispositions du RGPD, il revient à la Commission d'étudier leur adéquation au cadre juridique existant et aux charges administratives en résultant. Pour leur permettre d'agir au mieux, il est essentiel que les acteurs économiques européens disposent d'un accès facile à un cadre juridique clair synthétisant cette analyse d'adéquation,
- **reporter la mise en œuvre de ces dispositions de 1 à 3 ans** : des expériences passées similaires ont démontré qu'un délai d'un an ne permettait pas une mise en œuvre opérationnelle des nouvelles exigences (ex : les lignes directrices de l'Autorité Bancaire Européenne sur l'outsourcing publiées en février 2019 ont prévu une mise en conformité au plus tard en décembre 2021 pour les contrats en cours). Par analogie pragmatique, un délai de trois ans devrait être privilégié,
- **éviter toute rétroactivité en précisant le champ d'application de ce projet** : seuls les nouveaux projets de CCT devraient être concernés par ces nouvelles contraintes, à l'exception des contrats en cours. De nombreux contrats étant valides au-delà de cette seule année, les CCT présentes dans les contrats en cours devraient demeurer valides jusqu'à l'expiration ou le renouvellement de ces contrats. Les CCT actuelles ayant offert un niveau de protection et de garanties adéquat pendant plusieurs décennies et les parties étant déjà tenues de vérifier si des mesures supplémentaires doivent être mises en place, la demande de mise à jour de tous les contrats semble peu utile et extrêmement lourde. Exiger des importateurs et exportateurs d'appliquer les CCT révisées aux seuls nouveaux contrats suffira à remplir les exigences en termes de sécurisation des transferts de données dans des pays tiers.

Les entreprises de l'Afep soutiennent les ambitions de la Commission européenne de faire respecter ses normes de protection des données personnelles en faveur de ses citoyens, consommateurs ou salariés. Cela doit cependant aller de pair avec des flux de données fluides dans le monde entier (voir en ce sens la gestion des données des salariés), et sans contraintes administratives et financières inutiles et disproportionnées pour les entreprises.

Les difficultés, rencontrées depuis plusieurs années par les institutions gouvernementales, à conférer un cadre juridique stable et sécurisé aux transferts hors Union Européenne -après avoir encouragé les échanges entre économies ouvertes et le développement des transferts d'informations- ne devraient pas conduire à faire peser tous les risques liés à ces transferts sur les seuls exportateurs de données.

Les entreprises de l'Afep sont disposées à travailler en collaboration étroite avec les autorités de contrôle et les principaux prestataires informatiques afin de parvenir à des solutions réalistes (mutualisation d'une partie des analyses, révision des mesures complémentaires, valorisation de l'approche par les risques) pour maintenir les opérations de transfert qui sont un élément clé de leur fonctionnement et de leur développement et qui sont stratégiques pour la compétitivité mondiale de l'Europe.

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.

CONTACTS

Emmanuelle Flament-Mascaret – Directrice Affaires commerciales et Propriété Intellectuelle / concurrence@afep.com

Alix Fontaine – Chargée de mission Affaires européennes / a.fontaine@afep.com