

# Droit de l'immatériel

INFORMATIQUE | MÉDIAS | COMMUNICATION

Collection  
**LAMY**  
DROIT DE  
L'IMMATÉRIEL

*Copyright et innovation technologique :  
de Sony à Grokster, avancées et faux  
pas de la Cour suprême*

*Par Olivier HUGOT*

*Contrat sur l'image et jeu de la garantie  
d'éviction*

*Par Zaïna AZZABI*

*Le Real Madrid perd son match devant  
les juridictions françaises*

*Par Philippe BELLOIR*

*Le public et la définition  
de la communication audiovisuelle*

*Par Marcel MORITZ*

## **ENTRETIEN**

*L'ordonnance du 6 juin 2005  
relative aux données publiques*

*Par Jean-Michel BRUGUIÈRE*

## **DOSSIER SPÉCIAL**

*La loi « Informatique et libertés »  
et l'entreprise*

*Par Jean FRAYSSINET*

*Christophe PALLEZ*

*Gilles VERCKEN*

*Michel VIVANT*

Lamy

Par Gilles  
VERCKENAvocat  
au Barreau de Paris  
Denton Wilde SapteCo-auteur du Lamy  
droit de l'informatique  
et des réseaux

et

Gwendoline  
VAN OSSEL

Juriste

Céline  
SERPAGLI

Juriste

# Le « correspondant à la protection des données » : une création inachevée ?

## Article 22 de la loi du 6 janvier 1978 relative aux fichiers, à l'informatique et aux libertés, modifiée par la loi du 6 août 2004

### INTRODUCTION

La loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, a modifié la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le correspondant à la protection des données à caractère personnel constitue, parmi les innovations de la loi du 6 août 2004, l'une des plus visibles et des plus souvent mises en avant.

Ce nouveau dispositif a suscité d'abondants commentaires malgré le laconisme de la loi. Dans l'attente du décret d'application, initialement prévu pour le mois de juin 2005, mais non encore paru à ce jour, il nous semble opportun de revenir sur les principales interrogations auxquelles devrait répondre ce dernier (\*). Le dispositif mis en place par la loi française transpose celui créé par la directive 1995/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. Le législateur communautaire s'est inspiré des expériences étrangères en la matière et en particulier du modèle allemand, pour permettre aux États de créer la fonction de correspondant à la protection des données à caractère personnel, appelé « détaché à la protection des données » dans la directive.

Il s'agit plus précisément de la transposition de l'article 18 de la directive n° 1995/46/CE qui dispose que les États membres peuvent prévoir une simplification ou une dérogation à l'obligation de notification à l'autorité de contrôle, lorsque le responsable désigne un « détaché à la protection des données à caractère personnel ». Le détaché est

« chargé notamment d'assurer, d'une manière indépendante, l'application interne des dispositions nationales prises en application de la présente directive, de tenir un registre des traitements effectués par le responsable du traitement (...), et garantissant de la sorte que les traitements ne sont susceptibles de porter atteinte aux droits et libertés des personnes concernées ».

La directive a été transposée et la fonction de détaché à la protection des données créée en Allemagne, aux Pays-Bas, au Luxembourg et en Suède.

En France, l'article 22 nouveau de loi du 6 janvier 1978 prévoit qu'une société ayant nommé en son sein un correspondant indépendant à la protection des données à caractère personnel sera dispensée des formalités de déclaration auprès de l'autorité de contrôle française, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL).

Le Conseil  
constitutionnel  
a validé l'institution  
du correspondant à la  
protection des données  
à caractère personnel,  
en considérant que cette  
nouvelle fonction était  
entourée d'un  
« ensemble  
de précautions »  
concernant leur  
qualification, leur rôle et  
leur indépendance.

Le « correspondant à la protection des données à caractère personnel » (désigné par la CNIL par les lettres « CL » pour « Correspondant informatique et libertés ») est défini comme étant la personne « chargée d'assurer, d'une manière indépendante, le respect des obligations prévues dans la présente

loi » (art. 22, III, al. 1<sup>er</sup>). Il doit être distingué du « responsable du traitement », qui est « la personne, l'autorité publique, le service ou l'organisme qui détermine ses finalités et ses moyens » (L. 6 janv. 1978, art. 3, 1).

Le correspondant doit agir de manière indépendante. À ce sujet, le Conseil constitutionnel a été saisi par des requérants qui ont notamment mis en cause cet aspect de l'article 22 nouveau, en soutenant que « ce correspondant ne bénéficie pas, à la lettre, des garanties d'indépendance indispensables » dès lors qu'« 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 ». Le Conseil constitutionnel a cependant validé l'institution du correspondant à la protection des données à caractère personnel, en considérant que cette nouvelle fonction était entourée d'un « ensemble de précautions » concernant leur qualification, leur rôle et leur indépendance.

La dispense de formalités visée à l'article 22 nouveau se limite aux seuls traitements soumis à déclaration, c'est-à-dire aux traitements de données « peu sensibles ». Les traitements relevant des articles 25, 26, 27 (traitements soumis à autorisation préalable) ou du deuxième alinéa de l'article 36 (traitements dont la finalité se limite à assurer la conservation à long terme de documents d'archives) de la loi du 6 janvier 1978 ne peuvent profiter d'une dispense de formalités.

La dispense de formalités est, de plus, exclue dans l'hypothèse où un transfert de données à destination d'un État non membre de l'Union européenne est envisagé.

Il existe aujourd'hui en France des millions de traitements créés et utilisés par les entreprises, alors que seuls quelque 800 000 fichiers sont déclarés auprès de la CNIL.

(\*) Note des auteurs : Les opinions et avis de la CNIL cités dans le présent article sont tirés des différents commentaires publiés sur son site : <www.cnil.fr>.

La méconnaissance de la loi par les entreprises explique probablement le défaut de déclaration des fichiers courants que traitent nécessairement les entreprises dans leur activité quotidienne, tels que les fichiers de paie, les fichiers inhérents à l'utilisation de standards téléphoniques, ceux relatifs à la cantine, au parking, aux clients et fournisseurs, aux prospects, etc.

Pour éviter de devoir déclarer le moindre de ces traitements de données à caractère personnel, l'entreprise peut donc, en application de l'article 22 nouveau de la loi du 6 janvier 1978, nommer une personne responsable du respect de la loi. Du point de vue de l'entreprise, l'avantage immédiat de la désignation d'un correspondant est la diminution des contraintes administratives (avantage qui ne sera toutefois pas ressenti par l'entreprise qui n'effectuait aucune déclaration auprès de la CNIL, alors même qu'elle était soumise à cette obligation). De plus, de l'avis de la CNIL, le correspondant informatique apporte à l'entreprise une aide précieuse : il a un rôle de conseil et de suivi dans la légalité de déploiement des projets informatiques et, plus largement, de la gestion des données à caractère personnel. Il propose à l'entreprise des solutions permettant de concilier protection des libertés individuelles et intérêt légitime.

Du point de vue de la CNIL, cette désignation aura également ses avantages. Le premier est qu'elle aura pour effet de renforcer la pédagogie en interne et la diffusion de la « culture liberté et informatique » – ce à quoi la CNIL tient tout particulièrement. Pour la CNIL, le correspondant « a vocation à être un interlocuteur spécialisé en matière de protection des données à caractère personnel, tant pour le responsable du traitement, que dans les rapports de ce dernier avec la CNIL. Il occupe ainsi une place centrale dans le développement maîtrisé des nouvelles technologies de l'information et de la communication ». D'après Alex Türk, président de la CNIL, il s'agit « d'opérer un diagnostic permanent quant au respect de la déontologie "informatique et libertés", ce qui devrait rassurer les dirigeants, et non pas être ressenti comme une charge » (Türk A., Loi du 6 août 2004. Présentation générale de la loi, Comm. com. électr., févr. 2005, p. 12). Le correspondant à la protection des données à caractère personnel sera ainsi un véritable relais de la CNIL, dans les entreprises et les collectivités locales.

Le deuxième avantage affiché par la réforme est la simplification des procédures et dès lors la suppression de la « paperasserie » pour la CNIL.

Enfin, la réforme devrait permettre la limitation des fichiers clandestins (dont le nombre est estimé à plusieurs millions) grâce à la tenue d'un registre par le correspondant. La CNIL espère ainsi voir réapparaître dans le registre, des fichiers qui n'auraient pas été déclarés autrement.

La mise en place de ce nouveau dispositif est une solution pragmatique : il est plus simple d'instaurer un système qui exonère des millions de fichiers non déclarés que de parvenir à ce que les entreprises procèdent aux déclarations. Ce système permet par conséquent à l'entreprise de légaliser sa situation.

La nouvelle fonction de correspondant à la protection des données à caractère

La nouvelle fonction de correspondant à la protection des données à caractère personnel suscite de nombreuses interrogations.

personnel suscite cependant de nombreuses interrogations. La présente étude – non exhaustive – a pour objet de soulever quelques-unes des principales difficultés que peut poser la mise en œuvre de cette nouvelle fonction.

Tout d'abord, lorsque l'entreprise souhaitera désigner un correspondant, se posera la question de la qualité et du statut que cette personne devra avoir (I). Ensuite, une fois le correspondant désigné, celui-ci sera confronté à plusieurs difficultés dans la détermination et l'exécution de ses missions (II).

## I. – UN STATUT INDÉFINI

La loi du 6 janvier 1978 modifiée par celle du 6 août 2004 prévoit que le correspondant à la protection des données à caractère personnel est « une personne bénéficiant des qualifications requises pour exercer ses missions » (art. 22, III, al. 3). Elle n'explicite pas davantage la teneur de ces qualifications.

La CNIL a cependant précisé que le correspondant devra justifier de connaissances juridiques, de compétences en informatique, en conseil et en management, ainsi qu'en médiation et pédagogie (ce qui peut faire beaucoup !).

La loi dispose par ailleurs que la désignation du correspondant à la protection des données à caractère personnel incombe au responsable du traitement et

non à la CNIL (art. 22, III al. 1). Cette dernière se verra notifier la désignation du correspondant mais elle ne devra ni ne pourra en aucun cas l'agréer (art. 22, III, al. 2).

La désignation du correspondant devra également être portée à la connaissance des instances représentatives du personnel (art. 22, III, al. 2).

Ceci étant rappelé, on constate que plusieurs interrogations demeurent, auxquelles seule la pratique pourra répondre. On se demande d'abord s'il faudra exiger une formation initiale ou prescrire une formation continue et s'il faudra exiger en outre la connaissance des notions de sécurité informatique (aura-t-on besoin d'un organisme pour valider l'expertise du correspondant à la protection des données à caractère personnel et dispenser des formations ?).

La question majeure sera ensuite de déterminer quelle personne peut être désignée : personne morale ou personne physique ? Personne interne à l'entreprise (salarié, cadre...) ou personne extérieure ? Cette dernière question soulève particulièrement notre intérêt et nous souhaitons nous y attarder dans les lignes qui suivent.

Le législateur a volontairement refusé de faire obligatoirement du correspondant un salarié protégé, car dans ce cas, il aurait fallu rendre leur institution obligatoire pour éviter que des dirigeants refusent de s'en doter. Toutefois l'article 22, III, alinéa 3 de la loi du 6 janvier 1978 précise que le correspondant à la protection des données à caractère personnel « ne peut faire l'objet d'aucune sanction de la part de l'employeur du fait de l'accomplissement de ses missions ». Cette disposition laisse entendre que le correspondant devra ou pourra être un employé de la société. Cependant, ni la doctrine ni la CNIL n'exclut que le correspondant soit une personne extérieure à l'entreprise.

D'après la CNIL, le correspondant pourra donc être désigné au sein de l'entreprise ou à l'extérieur, dès lors qu'il justifie des garanties d'indépendance et de qualification. La CNIL conseille toutefois de privilégier un correspondant interne, notamment pour les grandes entreprises (le seuil restant à définir). Elle estime par ailleurs que le directeur de l'organisme ne pourra pas être désigné comme correspondant, pour éviter d'être juge et partie. Ce dernier devra cependant être, selon la CNIL, en rapport direct avec la direction.

Il est effectivement à craindre que la désignation d'un prestataire extérieur à la fonction de correspondant n'apporte pas de garanties suffisantes à son indépendance (I.1) et que, dès lors, la désigna-