

# NEWS

## L'APPLICATION EXTRATERRITORIALE DU RGPD : LE CEPD PUBLIE ENFIN SON PROJET DE LIGNES DIRECTRICES

### PORTÉE ET CONTENU DES LIGNES DIRECTRICES

Les lignes directrices publiées par le CEPD ont pour but d'assurer une application uniforme du RGPD qui, avec ses 99 articles et 173 considérants, constitue une législation substantielle mais laissant malgré tout une marge d'interprétation sur de nombreux sujets. Cette situation a été jugée préoccupante par de nombreuses entreprises, en raison notamment des lourdes sanctions encourues en vertu du Règlement.

L'art. 3 RGPD définit la portée territoriale du Règlement sur la base de deux critères principaux : « l'établissement » et le « ciblage ». Dès lors que l'un de ces deux critères est rempli, les dispositions pertinentes du RGPD s'appliqueront au traitement des données personnelles par les responsables de traitements ou sous-traitants.

Les lignes directrices apportent des clarifications juridiques quant à l'application des critères (i) d'établissement dans l'Union Européenne (« UE ») et (ii) de ciblage (y compris le concept de suivi du comportement), ainsi qu'en ce qui concerne (iii) l'obligation de nommer un représentant de l'UE. Le CEPD fournit à l'appui de ses lignes directrices une vingtaine d'exemples pour illustrer ses explications et faciliter l'évaluation du respect des critères dans des situations spécifiques.

### LE CRITÈRE DE L'ÉTABLISSEMENT

Selon l'art. 3 para. 1 RGPD, le Règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable de traitements ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union. Comme escompté, les lignes directrices confirment que la notion d'« établissement » doit être interprétée largement et peut déjà être remplie avec la présence sur le territoire de l'UE d'un seul employé, sous réserve qu'un « degré de stabilité suffisant » soit atteint.

Le Règlement général sur la protection des données (« RGPD ») a suscité – notamment en raison de son champ d'application extraterritorial – d'importantes interrogations au sein des entreprises suisses depuis son entrée en vigueur le 25 mai 2018. En effet, les conditions d'application extraterritoriale du Règlement laissent une grande marge d'interprétation aux autorités.

Le 23 novembre 2018, le Comité européen de la protection des données (« CEPD ») a publié un projet de lignes directrices (guidelines 2018/3, les « lignes directrices »).

Une analyse concrète du traitement de données effectué dans le cadre de l'activité de l'établissement doit être entreprise. A cet égard, les lignes directrices indiquent qu'il suffit que l'activité de l'établissement et le traitement des données soient intrinsèquement liés, ce qui sera le cas par exemple, si l'établissement génère des revenus pour la société principale, indépendamment du fait que le traitement de données ait lieu au sein de l'Union ou non.

Les lignes directrices confirment également que ces critères s'appliquent tant aux activités des responsables de traitements qu'à celles des sous-traitants.

### LE CRITÈRE DE CIBLAGE

Selon l'art. 3 para 2 RGPD, le Règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées : (a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes ; ou (b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.

Pour évaluer les conditions d'application de ces critères, le CEPD recommande une double approche, à savoir déterminer (i) si le traitement concerne des données à caractère personnel de personnes concernées qui se trouvent dans l'Union et (ii) si le traitement concerne l'offre de biens ou de services, ou la surveillance du comportement des personnes concernées dans l'Union.

Le CEPD précise que l'offre doit être adressée à des personnes situées dans l'UE au moment de l'offre. En outre, il doit être évident que le responsable du traitement envisage d'offrir des biens ou des ser-

vices à la personne concernée dans l'UE. Dans ce contexte, le CEPD fournit plusieurs indications qui peuvent indiquer un ciblage, à l'instar du marketing et des campagnes publicitaires visant l'UE ou certains Etats membres, de la mention explicite d'un Etat membre directement en lien avec une offre, de l'utilisation de noms de domaine de premier niveau liés à l'UE (.de; .eu etc.) ou encore de l'utilisation d'une langue ou devise inutilisée dans le pays du fournisseur mais habituelle dans un pays de l'UE (l'Euro en particulier).

En application de ces lignes directrices, il n'y a par exemple pas de ciblage de personnes concernées de l'UE si l'Université de Zurich propose des cours de Master et exige des connaissances suffisantes en allemand et en anglais, car l'exigence s'applique à tous les candidats, qu'ils viennent de Suisse, de l'UE ou d'un autre pays. Le résultat serait différent si les cours étaient annoncés directement en Allemagne et en Autriche et si le paiement des frais pouvait intervenir en Euros.

La qualification au regard de l'art. 3, para. 2 RGPD du ciblage de la clientèle internationale dans son ensemble, par exemple en espagnol pour l'Amérique latine, reste ouverte.

Les lignes directrices apportent également quelques précisions relatives à la notion de suivi du comportement. Contrairement à certaines opinions précédemment exprimées, elles indiquent expressément que le comportement de suivi ne doit pas nécessairement se produire sur Internet, mais qu'il peut également résulter de l'utilisation d'autres réseaux ou technologies, en citant comme exemple des « technologies portables » ou autres « appareils intelligents ».

Cela étant, tous les types de surveillance de comportement ne sont pas inclus dans cette définition. A l'instar des activités de « profilage », ce n'est que si une analyse complémentaire basée sur la surveillance est effectuée que la surveillance déclenchera l'application du RGPD, par exemple en cas de publicité personnalisée, de géolocalisation pour des

raisons marketing ou de vidéosurveillance.

Les lignes directrices du CEPD confirment que les responsables de traitements ou les sous-traitants soumis au RGPD en raison de son art. 3 para. 2 sont tenus de désigner un représentant au sein de l'Union, le texte du CEPD fournissant également des informations additionnelles sur la procédure de désignation. A ce titre, l'art. 27 para. 2 RGPD prévoit des exceptions à l'obligation de désignation si le traitement est occasionnel ou effectué par une autorité ou entité publique. Malheureusement, les lignes directrices n'apportent aucune précision à cet égard.

### CONSÉQUENCES POUR LES ENTREPRISES EN SUISSE ET PROCHAINES ÉTAPES

Bien que le projet de lignes directrices doive être salué, certains points spécifiques de l'application extraterritoriale du RGPD devront encore être clarifiés, par la jurisprudence probablement. La bonne nouvelle est que les lignes directrices ont donné tort à ceux qui prétendaient que la simple possibilité d'accéder à un site Internet depuis l'UE déclencherait l'application du RGPD. Toutefois, le CEPD ne fait dans ses lignes directrices aucune distinction entre les grands acteurs et les petits, confirmant à nouveau que dès lors que le RGPD s'applique, il s'applique dans sa totalité. Il ne suffit alors pas de publier sur un site Internet des politiques de confidentialité ou relatives à l'utilisation des cookies conformes au RGPD. Les exigences telles que la désignation d'un représentant deviennent dès lors pertinentes pour les entreprises suisses. Pour les petits acteurs qui ne souhaitent pas entrer dans le champ d'application du RGPD, les lignes directrices fournissent à ce titre des indications intéressantes sur les comportements à éviter, notamment en ce qui concerne le ciblage des personnes concernées au sein de l'UE.

Comme indiqué ci-dessus, il s'agit d'un premier projet de lignes directrices, qui fait maintenant l'objet d'une consultation publique, qui s'avèrera sans aucun doute intéressant.

\* \* \*



**CHRISTOPH GASSER**  
Avocat, Dr. iur., LL.M.  
Associé



**STÉPHANIE CHUFFART**  
Avocate, Dr. iur., LL.M.  
Collaboratrice Manager



**STÉPHANIE VOLZ**  
Avocate, Dr. iur., LL.M.  
Collaboratrice

**BIANCHISCHWALD SÀRL**  
mail@bianchischwald.ch  
bianchischwald.ch

**GENÈVE**  
5, rue Jacques-Balmat  
Case postale 5839  
CH-1211 Genève 11  
T +41 58 220 36 00  
F +41 58 220 36 01

**ZURICH**  
Genferstrasse 24  
Case postale 1534  
CH-8027 Zurich  
T +41 58 220 37 00  
F +41 58 220 37 01

**LAUSANNE**  
12, avenue des Toises  
Case postale 5410  
CH-1002 Lausanne  
T +41 58 220 36 70  
F +41 58 220 36 71

**BERNE**  
Elfenstrasse 19  
Case postale 133  
CH-3000 BernE 15  
T +41 58 220 37 70  
F +41 58 220 37 71