



fédération française de la franchise

FRANCHISE ET RGPD



MAI 2019

Elaboré par :

Maître Jean-Baptiste GOUACHE

GOUACHE AVOCATS

4, rue Dufrénoy - 75116 PARIS

Tél. : 01 45 74 75 92 / Fax : 01 45 74 76 52

jbg@gouache.fr

ET

Maître Martin LE PECHON

CLP AVOCATS

3, rue Marbeau - 75116 PARIS

Tél. : 01 53 92 51 51 / Fax : 01 53 92 51 50

mlepechon@avocats-franchise-reseaux.fr



Sommaire :

Fiche 1 : Le RGPD, qu'est-ce que c'est ?

Fiche 2 : Le consentement exprès.

Fiche 3 : Le Data Protection Officer « DPO »

Fiche 4 : Le responsable de traitement et ses obligations.

Fiche 5 : Le RGPD appliqué à la franchise.

Fiche 6 : Faut-il modifier son contrat de franchise ?

Fiche 7 : Le franchiseur est responsable de traitement et le franchisé est sous-traitant (et inversement).

Fiche 8 : Le franchiseur et le franchisé sont responsables du traitement de leur base de données respective.

Fiche 9 : Le franchiseur et le franchisé sont cotraitants.

Fiche 10 : Conflit entre la propriété des données et les autres droits.

FICHE 1 : LE RGPD, QU'EST-CE C'EST ?

Contexte


Le Règlement Général sur la protection des Données, dit « RGPD », est un texte européen visant à harmoniser l'encadrement du traitement des données personnelles sur tout le territoire de l'Union Européenne.

Il est entré en application le 25 mai 2018.

La réforme de la protection des données poursuit trois objectifs :


- Renforcer les droits des personnes ;
- Responsabiliser les acteurs traitant des données ;
- Crédibiliser la régulation par des sanctions renforcées.

Notions à retenir

 **Une donnée personnelle** est, selon le RGPD, « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* ».

Cette identification peut être directe (comme par exemple le nom ou le prénom) ou indirecte (comme par exemple un numéro client ou de téléphone).

Ces données personnelles peuvent être collectées lors de la prise de commandes, d'une livraison ou encore lors de l'édition d'une facture.

 **Le traitement** est défini comme « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adoption ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction* ».

A titre d'exemple, la tenue d'un fichier concernant les salariés, les clients ou les fournisseurs, ou encore la collecte de coordonnées de prospects par une entreprise est un traitement de données au sens du RGPD, et doit respecter les règles établies par celui-ci.

Qui est concerné par le RGPD ?

Le RGPD s'applique à toute entité publique ou privée, qui traite des données personnelles pour son compte ou non, dès lors :

- Qu'elle est établie sur le territoire de l'Union Européenne ; ou
- Que son activité cible directement des résidents européens (en d'autres termes l'entité peut être établie en dehors du territoire de l'Union Européenne).

Le RGPD concerne également les sous-traitants, c'est-à-dire toute structure qui traiterait ou collecterait des données pour le compte d'une autre entité.

Principes et Nouveautés



Un renforcement des droits des personnes :

Le règlement impose la mise à disposition d'une information claire, intelligible et aisément accessible aux personnes concernées par les traitements de données. Elles doivent être informées de l'usage de leurs données et doivent donner en principe leur accord pour le traitement de leurs données. A ce titre, le responsable de traitement doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données la concernant.

De nouveaux droits sont également prévus tels que le droit à la portabilité des données (qui permet à une personne de récupérer ses données sous une forme aisément réutilisable et, le cas échéant, de les transférer ensuite à un tiers) ou encore le droit à l'effacement dit « droit à l'oubli » (qui permet d'obtenir la destruction des données fournies).



Le principe de conformité basée sur la transparence et la responsabilisation :

Le régime précédent reposait sur la notion de « formalités préalables », c'est-à-dire sur des déclarations et autorisations.

Le RGPD allège les formalités administratives en supprimant notamment les obligations déclaratives. En contrepartie, il repose sur une logique de conformité qui implique pour le responsable de traitement de mettre en place des mesures techniques et organisationnelles de protection des données. Il doit être en mesure de démontrer cette conformité à tout moment.



Création de nouveaux outils de conformité :

De nouveaux outils de conformité devront être mis en place au sein de l'entreprise afin de se conformer au règlement, dont notamment :

- La tenue d'un registre des traitements ;
- La notification de failles de sécurité aux autorités et personnes concernées ;
- La mise en place d'un délégué à la protection des données, dit « DPO » (voir fiche 3).

Régime de responsabilité / Sanctions

⚠ En cas de non-respect de la réglementation, plusieurs types de sanctions administratives peuvent être prononcées par les autorités de protection (la CNIL en France), qui peuvent notamment :

- Prononcer un avertissement ;
- Limiter temporairement ou définitivement un traitement ;
- Ordonner la rectification, la limitation ou l'effacement des données ;
- Prononcer une amende administrative qui peut s'élever, selon la catégorie d'infraction, au maximum à 2% ou 4% du CA mondial annuel de la société ou, 10 ou 20 millions d'euros, le montant le plus élevé étant retenu.

Outre ces sanctions administratives, des sanctions pénales sont également prévues aux articles 226-16 à 226-24 du Code pénal, concernant notamment le fait de procéder ou faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans respecter les formalités préalables ou encore le fait de collecter des données à caractère personnel par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite. Les sanctions pénales peuvent aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende.

De plus, la violation des obligations édictées par le RGPD peut engager la responsabilité civile délictuelle de l'auteur de la violation qui pourra, le cas échéant, être condamné au paiement de dommages et intérêts.

En outre, une publication de la décision sanctionnant l'entreprise pour non-respect des dispositions édictées par le RGPD pourra être ordonnée par le juge, ce qui pourra nuire à l'image et la réputation de l'entreprise en cause.

Maître Jean-Baptiste GOUACHE

FICHE 2 : LE CONSENTEMENT EXPRES

Définition du consentement exprès

Le consentement exprès au sens du RGPD se définit comme la manifestation de volonté libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne dont les données à caractère personnel sont collectées accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que lesdites données fassent l'objet d'un traitement.

Le consentement exprès s'inscrit dans la logique de la Loi Informatique et Libertés mais repose cette fois sur une définition plus précise qui accroît les droits de contrôle des personnes faisant l'objet du traitement.

Conditions de validité du consentement

Quatre conditions sont requises pour que le consentement soit considéré comme valablement recueilli. Ces conditions **cumulatives** sont les suivantes :



Le consentement doit être libre.

L'expression d'un consentement libre signifie que la personne considérée ne doit pas avoir été contrainte ou influencée au moment où elle a donné son accord. Ainsi, le consentement n'est pas libre dans tous les cas où la personne qui l'exprime est informée de ce que son éventuel refus aura des conséquences négatives sur le contrat qu'elle a conclu avec l'entreprise qui sollicite ce consentement.

Exemple : un internaute souscrit à une offre d'abonnement presse en ligne et consent au traitement de ses données personnelles alors qu'il est informé de ce que son refus limite le nombre de titres de presse qu'il pourra consulter. Le consentement n'est pas libre.



Le consentement doit être spécifique.

Le consentement doit être spécifique, c'est-à-dire correspondre à un seul traitement pour une finalité déterminée. Ainsi, le consentement n'est pas valide s'il a été donné pour deux finalités différentes (par exemple, l'exploitation des données à des fins de prospection commerciale et l'exploitation de ces mêmes données à des fins statistiques).

- Pour autant, la collecte des données personnelles destinées à faire l'objet de traitements différents n'est pas impossible : elle suppose que la personne concernée exprime son consentement **pour chacun des traitements spécifiques** dont il est question.



Le consentement doit être éclairé.

Le consentement est éclairé lorsque la personne qui le donne a reçu en amont les informations nécessaires à une prise de décision en toute connaissance de cause. Cette exigence suppose par conséquent que l'entreprise qui sollicite le consentement emploie un langage compréhensif et fasse preuve de transparence vis-à-vis de la personne concernée par le traitement.

A ce titre, la CNIL recommande au responsable de traitement d'indiquer son identité à la personne concernée, les finalités poursuivies par le traitement, la catégorie de données collectées, l'existence d'un droit de retrait et le fait que les données seront utilisées dans le cadre de décisions individuelles automatisées ou qu'elles feront l'objet d'un transfert vers un pays hors Union Européenne.




Le consentement doit être univoque.

Le consentement ne peut résulter que d'un **acte positif dépourvu de toute ambiguïté**, ce qui exclut la règle « *qui ne dit mot consent* ». Ainsi, la validation passive est à exclure comme dans les cas où un formulaire pré-coché est présenté à la personne concernée.

Le consentement exprès est-il le seul moyen licite de traiter des données à caractère personnel ?

Le consentement fait partie de six « *bases juridiques* » énumérées par le RGPD, les cinq autres bases juridiques – dont peu concernent la franchise - étant les suivantes :

- le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exclusion de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;
- le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ;
- le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne ;
- le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ;
- le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou la liberté des droits fondamentaux de la personne concernée qui exige une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.

 Toutefois, le consentement de la personne est **systématiquement requis pour certains traitements tels que la prospection commerciale par email.**

Maître Martin LE PECHON

FICHE 3 : LE DATA PROTECTION OFFICER (DPO) / LE DELEGUE A LA PROTECTION DES DONNEES (DPD)

Présentation du DPO

Le DPO est un acteur important de la mise en conformité des organismes avec la nouvelle réglementation.

Il est associé à toutes les questions relatives à la protection des données à caractère personnel et a pour rôle de faciliter la mise en conformité des organismes avec les dispositions du RGPD.

Le RGPD affirme l'indépendance du DPO, ce qui explique qu'il n'est pas personnellement responsable en cas de non-respect du RGPD. En effet, en cas de non-conformité c'est le responsable du traitement ou le sous-traitant qui est responsable et qui doit s'assurer qu'il est en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément aux dispositions du RGPD.

Désignation d'un DPO



Qui doit désigner un DPO ?

La désignation d'un DPO est obligatoire, pour un franchiseur personne privée, par le responsable de traitement ou le sous-traitant, dans les deux cas suivants :

- Lorsque les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des opérations de traitement qui exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées ; ou
- Lorsque les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en un traitement à grande échelle de catégories particulières de données (dont notamment les données concernant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, l'orientation sexuelle ou encore les données de santé) ou de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions.

Ces hypothèses concernent des opérations de traitement « *à grande échelle* » qui visent à traiter un volume considérable de données à caractère personnel. Bien qu'il ne soit pas possible de donner un chiffre précis, les Lignes Directrices concernant les DPO, adoptées le 13 décembre 2016, recommandent la prise en compte de certains facteurs dont notamment :

- le nombre de personnes concernées, soit en valeur absolue, soit en valeur relative par rapport à la population concernée ;
- le volume de données et/ou le spectre des données traitées ;
- la durée ou la permanence des activités de traitement des données ;
- l'étendue géographique de l'activité de traitement.

Ainsi, à titre d'exemple, peuvent être considérés comme un traitement à grande échelle **le traitement de données de géolocalisation en temps réel des clients d'une chaîne de restauration rapide à des fins statistiques par un sous-traitant spécialisé dans la fourniture de ces services**, ou encore le traitement de données (contenu, trafic et localisation) par des fournisseurs de services de téléphonie ou internet.

En dehors de ces hypothèses, il n'est pas obligatoire de désigner un DPO, mais la possibilité reste offerte à tout organisme privé qui le jugerait utile.



Qui peut être désigné DPO ?

Le DPO est désigné sur la base de ses qualités professionnelles et, en particulier, de ses connaissances spécialisées en matière de protection des données. Il peut être un membre du personnel du responsable du traitement ou du sous-traitant, ou exercer ses missions sur la base d'un contrat de service.

Toutefois, le DPO doit pouvoir agir en toute indépendance, pour ce faire il ne doit pas être en situation de conflit d'intérêts en cas de cumul de sa fonction de DPO avec une autre fonction.

Les responsables de traitement peuvent opter pour un délégué à la protection des données mutualisé. En d'autres termes, plusieurs entreprises peuvent désigner un seul délégué.

Fonctions d'un DPO



Le RGPD attribue plusieurs fonctions au DPO, dont notamment :

- Le DPO doit être associé, d'une manière appropriée et en temps utile, à toutes les questions relatives à la protection des données à caractère personnel.
- Le responsable de traitement ou le sous-traitant doit lui fournir toutes les ressources nécessaires pour exercer ses missions, ainsi que l'accès aux données à caractère personnel et aux opérations de traitement.
- Le DPO agit en toute indépendance et doit donc pouvoir rendre des comptes de son action au plus haut niveau de la direction de l'organisme. Il ne peut pas être sanctionné pour l'exercice de ses missions ni recevoir d'instructions dans le cadre de l'exercice de ses missions.
- Le DPO est soumis au secret professionnel et à une obligation de confidentialité en ce qui concerne l'exercice de ses missions.

Missions d'un DPO



Le RGPD attribue plusieurs missions au DPO, dont notamment :

- Le DPO informe et conseille le responsable du traitement ou le sous-traitant ainsi que les employés qui procèdent au traitement des obligations qui leur incombent en matière de protection des données.
- Le DPO contrôle le respect du RGPD et autres dispositions en matière de protection des données, par le responsable du traitement ou le sous-traitant.
- Le DPO coopère avec l'autorité de contrôle, à savoir la CNIL en France. A cet égard, il fait office de point de contact pour l'autorité de contrôle sur notamment les questions relatives au traitement.
- Le DPO tient compte, dans l'accomplissement de ses missions, du risque associé aux opérations de traitement

Maître Jean-Baptiste GOUACHE

FICHE 4 : LE RESPONSABLE DE TRAITEMENT

Définition du responsable de traitement

Le responsable de traitement des données est celui qui détermine les finalités et les moyens de traitement des données à caractère personnel. Il s'agit de l'entreprise ou de la personne physique qui décide « *pourquoi* » et « *comment* » les données à caractère personnel doivent être traitées.

Le responsable de traitement n'est pas nécessairement unique. Il peut en effet exister plusieurs personnes qui déterminent les moyens et les finalités du traitement.

Dans un nombre très significatif de cas, le responsable de traitement fait appel aux services d'un sous-traitant ou a recours à un outil informatique de traitement mis à sa disposition par un tiers.

Les obligations du responsable de traitement

Le responsable de traitement est soumis à plusieurs obligations essentielles :

- la tenue d'un registre des activités de traitement ;
- le respect du principe de « *privacy by design & by default* » (le responsable de traitement doit notamment collecter le moins de données possible et veiller à la suppression de celles-ci à l'issue du traitement) ;
- la conclusion d'un contrat écrit lorsqu'intervient un sous-traitant ;
- la désignation d'un data protection officer (DPO) lorsque cette désignation est requise par le RGPD ;
- le respect du principe d'« *accountability* » (capacité à démontrer que le traitement est réalisé dans le respect du RGPD) ;
- la mise en œuvre et le respect des mesures de sécurité mises en place par l'entreprise, ainsi que la garantie d'un niveau de sécurité adapté aux risques ;
- le respect du droit des personnes concernées par les opérations de traitement (information, obtention du consentement exprès, réponse aux demandes d'accès, de rectification, d'effacement, de limitation, de notification, de portabilité et d'opposition) ;

- la réalisation d'une analyse d'impact lorsqu'elle est rendue nécessaire par le RGPD ;
- le respect du principe relatif au transfert des données hors UE. En pratique, il s'agira de mettre en place des clauses contractuelles ou des chartes de bonne conduite se substituant au RGPD et permettant d'atteindre un niveau de protection comparable.

⚠ Le responsable de traitement qui ne respecte pas ses obligations est susceptible de sanctions administratives pouvant s'élever à 20 millions d'euros, sanctions qui peuvent atteindre 4% du chiffre d'affaires annuel mondial de l'entreprise.

Franchiseur / franchisé : qui est responsable de traitement ?

Tout dépend de l'organisation du réseau.

Il est en tout état de cause important de déterminer les rôles et missions du franchiseur et du franchisé dans les opérations de traitement.

Cette démarche est d'autant plus importante que l'organisation contractuelle en franchise est complexe et fait s'imbriquer les interventions du franchiseur et du franchisé, ce qui peut conduire les autorités administratives indépendantes (en premier lieu, la CNIL) à considérer que, mécaniquement, franchiseur et franchisé sont responsables conjoints du traitement.

En réalité, pour identifier qui, du franchiseur ou du franchisé, est le responsable de traitement, il convient de déterminer qui a la capacité juridique et organisationnelle, ainsi que l'autonomie nécessaire à la définition des moyens et des finalités du traitement.

Il convient également de déterminer dans quel intérêt, pour qui et à quel nom sont réalisées les opérations de traitement des données personnelles.

Ainsi, pour éviter les incertitudes et risques juridiques et pour faire prendre à chacun la mesure de ses missions et de ses obligations, il est souhaitable d'intégrer au contrat de franchise un « **chapitre RGPD** » qui déterminera avec exactitude les rôles respectifs du franchiseur et du franchisé face à la donnée et attribuera à chacun la qualité juridique qui en découle. Les obligations techniques du franchiseur et du franchisé en matière de traitement pourront ainsi être intégrées dans le manuel opératoire et, lorsqu'une relation de sous-traitance existe entre elles, dans un contrat de sous-traitance distinct.

Maître Martin LE PECHON

FICHE 5 : LE RGPD ET LA FRANCHISE

La collecte et le traitement des données au sein d'un réseau de franchise

Le réseau de franchise réplique une organisation informatique au sein de tous les points de vente du réseau. La gestion du réseau suppose l'accès du franchiseur aux données collectées en son sein. Certaines de ces données sont personnelles.

La collecte des données est partagée entre le franchiseur et le franchisé. Elle peut avoir plusieurs sources (sites internet, comptes sur les réseaux sociaux, points de vente, salons, etc.). Les données collectées ne sont pas nécessairement traitées de la même manière : elles le sont à des fins qui peuvent être diverses (animation du réseau, marketing d'enseigne, gestion de responsabilité civile, etc.), et leur organisation et les moyens de leur traitement peuvent être distincts (existence au sein du réseau de plusieurs bases et/ou logiciels).

⚠ La personne qui collecte les données personnelles n'est pas obligatoirement celle qui sera le responsable du traitement, au sens du RGPD. Il est donc primordial au sein de votre réseau de déterminer qui est le responsable du traitement afin de vous assurer de votre conformité au RGPD.

Détermination du responsable du traitement

Pour rappel, le RGPD prévoit que le responsable du traitement des données est **la personne qui détermine les finalités et les moyens du traitement**.

Afin de déterminer le responsable du traitement des données collectées, il convient au préalable de faire un état des lieux de la collecte et du traitement des données mis en place dans le réseau.

Pour réaliser cet état des lieux, il conviendra en premier lieu d'identifier toutes les données nominatives collectées. Pour chacune d'entre elles, il conviendra de répondre aux questions suivantes, pour savoir qui du franchiseur ou du franchisé :

- les collecte ;
- détermine les finalités du traitement (usages des données, buts de cet usage) ;

- détermine les moyens du traitement (choix et paramétrage des logiciels, organisation des bases) ;
- définit les mesures d'organisation informatique de sécurité des données (logiciels et juridiques) ;
- a contracté avec les prestataires impliqués dans l'organisation informatique du réseau, et quel est le contenu des contrats en vigueur.



Selon les réponses apportées à ces questions, plusieurs qualifications sont envisageables :

- l'une des deux parties est responsable de traitement (fiche 7) ;
- franchiseur et franchisé ont chacun organisé leur propre traitement et sont responsables de celui-ci, sans co-traitance (fiche 8) ;
- franchiseur et franchisé sont co-responsables du traitement des données qu'ils collectent et traitent au sein d'une base de données partagée (fiche 9).

Cette analyse doit conduire à établir une cartographie des données et à statuer sur les qualifications. Il est donc possible qu'un franchiseur ou un franchisé puisse assumer une qualification cumulative de responsable de traitement, co-traitant ou sous-traitant si plusieurs traitements sont mis en œuvre au sein du réseau.

Il est observé que souvent, le franchiseur détermine seul le choix et le paramétrage du ou des logiciels opérant le traitement des données personnelles. Ce facteur est un déterminant important de l'attribution de la qualification de responsable de traitement. L'organisation des bases est plus protéiforme. Il peut exister des bases spécifiques à chaque franchisé, et une base spécifique au franchiseur, comme une base unique, comportant des cloisonnements d'accès pour les franchisés. Cette organisation concourt également à la détermination de la qualification de responsable de traitement.

Analyse de la situation

La détermination du responsable du traitement grâce à l'état des lieux réalisé doit permettre de déterminer si ces conclusions sont cohérentes avec vos objectifs de maîtrise (licite) de la donnée, eu égard à l'intérêt de son exploitation pour votre enseigne.

A cet égard vous devez déterminer votre objectif, qui peut être :

- une utilisation exclusive des données personnelles par le franchiseur ou le franchisé, pendant et/ou après le contrat ;
- une utilisation partagée des données personnelles.

En effet, les droits de celui qui n'est ni responsable ni co-traitant de la donnée sont inexistantes pour l'exploiter, alors que ceux du sous-traitant sont réduits et fortement encadrés.

Vous devez tenir compte également de l'acceptation de la responsabilité et donc du risque attaché à la qualification retenue, les qualifications de responsable de traitement et de co-traitant engendrant un régime de responsabilité étendu.

Adaptation de l'organisation du réseau et des contrats de franchise

Dans l'hypothèse où les conclusions de l'état des lieux ne permettent pas de satisfaire vos objectifs de maîtrise des données et de gestion de la responsabilité afférente au traitement des données personnelles, il conviendra d'adapter votre organisation de collecte et de traitement des données à vos objectifs pour les aligner.

De la même manière, il conviendra d'adapter le contrat de franchise à l'organisation effectivement mise en place et aux qualifications résultant du RGPD. Les qualifications retenues dans le contrat ou dans le manuel opératoire ne doivent pas aller contre la réalité de la situation identifiée à l'occasion de l'état des lieux. A défaut, les clauses contractuelles pourraient être entachées d'un déséquilibre significatif et seraient inefficaces, le RGPD et la LIL étant des textes impératifs.

Maître Jean-Baptiste GOUACHE

FICHE 6 : FAUT-IL MODIFIER SON CONTRAT DE FRANCHISE POUR TENIR COMPTE DU RGPD ?

La nécessité de modifier le contrat de franchise

L'architecture complexe d'un réseau de franchise rend assez rares les cas dans lesquels le traitement des données personnelles de la clientèle n'implique pas à la fois l'intervention du franchiseur et celle du franchisé. Bien souvent, les parties seront soit responsables conjoints de traitement, soit l'une d'entre elles sera le sous-traitant de l'autre. De fait, le formalisme contractuel s'impose aux parties :

- quand elles sont coresponsables de traitement puisqu'elles sont tenues, en vertu de l'article 26-1 du RGPD, de définir « par voie d'accord » leurs obligations respectives concernant notamment l'exercice des droits des personnes faisant l'objet du traitement, ainsi que l'accomplissement des obligations d'information à leur égard ;
- quand l'une des parties est le sous-traitant de l'autre. En la matière, le RGPD fixe également un formalisme contractuel élevé qui impose la signature de contrats de sous-traitance écrits, fixant un niveau de garanties suffisantes.

Dans tous les cas, l'intégration de dispositions spécifiques au RGPD dans le contrat de franchise est recommandée. Elle permettra au franchiseur et au franchisé d'établir clairement leurs rôles respectifs dans le traitement des données, de mettre en place des procédures de contrôle et de traitement conformes au RGPD et d'apporter à l'autorité administrative indépendante qui procéderait à un contrôle les premiers indices lui permettant de qualifier le rôle de chacun.

Quelles clauses intégrer dans le contrat de franchise ?

Pour être parfaitement en phase avec les termes du RGPD et maîtriser leurs impacts sur la relation franchiseur / franchisé, le contrat de franchise pourra intégrer plusieurs familles de clauses et notamment :

Clause déterminant le rôle de chaque partie dans les opérations relatives au traitement des données

Outre les aspects techniques qu'elles intégreront, ces clauses permettront surtout de qualifier juridiquement le rôle du franchiseur et du franchisé (responsable de traitement, responsable conjoint de traitement, sous-traitant).

Clause de responsabilité et de garantie

Les parties pourront insérer une clause visant à se faire garantir par l'autre partie des éventuelles condamnations prononcées à leur encontre du fait d'une défaillance du cocontractant.

Clause de contrôle

Il pourra être intéressant pour le franchiseur de voir intégrer au contrat une clause de contrôle spécifique lui permettant de s'assurer du respect par le franchisé de ses obligations telles que découlant du RGPD.

Clause relative à l'appropriation de la donnée

Même si respect des dispositions du RGPD et appropriation du fichier clients sont deux questions en théorie très distinctes, elles ne sont pas sans conséquence l'une par rapport à l'autre.

Par exemple, le franchiseur qui intervient en qualité de sous-traitant et qui par définition doit restituer les données personnelles traitées à l'issue de sa mission, aura le plus grand mal à prétendre pouvoir accéder au fichier clients à la fin du contrat de franchise si aucune clause ad'hoc n'est stipulée en ce sens dans le contrat.

A retenir

Le formalisme contractuel est requis dans plusieurs situations (sous-traitance, responsabilité conjointe du traitement).

Dans le cadre d'une responsabilité conjointe, les parties auront intérêt à se servir du contrat de franchise comme support organisant la répartition des droits et obligations de chaque partie.

Dans les cas où aucun formalisme n'est requis (notamment lorsque les parties demeurent l'une et l'autre responsables du traitement de leurs propres données), il est toutefois souhaitable de matérialiser la nature exacte des relations entre les parties dans le contrat de franchise.

Le formalisme contractuel, lorsqu'il est requis, peut et / ou doit trouver sa place dans un autre contrat que le contrat de franchise lui-même (par exemple, dans un contrat de sous-traitance distinct du contrat de franchise).

Maître Martin LE PECHON

FICHE 7 : LE FRANCHISEUR EST RESPONSABLE DE TRAITEMENT ET LE FRANCHISE EST SOUS-TRAITANT (et inversement)

L'organisation du traitement des données

Quand le franchiseur est responsable du traitement, le franchisé sous-traitant agit et ne peut utiliser ou traiter les données que sous l'autorité, sur instructions et pour le compte du franchiseur.

L'inverse peut être envisagé, dans ce cas-là, c'est le franchisé qui est responsable du traitement et le franchiseur est sous-traitant. Le franchiseur ne pourra alors utiliser ou traiter les données que sous l'autorité, sur instruction et pour le compte du franchisé.

Le RGPD impose au sous-traitant le respect d'obligations spécifiques en matière de sécurité, de confidentialité et de conformité. Il a notamment une obligation de conseil auprès du responsable de traitement pour la conformité à certaines obligations du règlement. Il est tenu de tenir un registre de traitement et de désigner un DPO dans les mêmes conditions qu'un responsable de traitement.

La responsabilité des parties

Le RGPD soumet le sous-traitant à un régime de responsabilité solidaire aux côtés du responsable de traitement lorsque :

- il a manqué aux « obligations prévues » par le RGPD et « qui incombent spécifiquement aux sous-traitants » ;
- il « a agi en dehors des instructions licites du responsable du traitement, ou contrairement à celles-ci ».

⚠ Les sous-traitants, qu'ils soient franchisé ou franchiseur, ont intérêt à ce que les instructions du responsable du traitement pour le compte duquel ils agissent soient précisément définies dans le contrat les liant à ce dernier.

Le formalisme contractuel

Le RGPD impose à tous les responsables de traitement faisant appel à un sous-traitant de signer, avec ce dernier, un contrat écrit prévoyant spécifiquement les modalités du traitement et contenant une série de clauses obligatoires.

Parmi ces clauses obligatoires, le contrat de sous-traitance doit mentionner :

- l’objet, la nature et la finalité du traitement ;
- la durée du traitement ;
- le type de données traitées ;
- les catégories de personnes concernées ;
- les obligations et droits du responsable du traitement ;
- les obligations du sous-traitant.

⚠ En cas de non-respect de ce formalisme : une amende pouvant aller jusqu’à 10 millions d’euros ou 2% du chiffre d’affaires mondial pourra être prononcée.

Il peut être conseillé en pratique d’annexer le contrat de sous-traitance à l’ensemble contractuel formé avec le contrat de franchise. Il est nécessaire de prévoir l’application au contrat de sous-traitance du mécanisme de caducité prévu aux articles 1186 alinéa 1^{er} et 1187 alinéa 1^{er} du Code civil, ce contrat ne se justifiant que par l’exécution du contrat de franchise.

Il doit donc cesser de droit quand celui-ci cesse de produire ses effets.

Le droit d’usage des données en fin de contrat

Il conviendra de prévoir et d’organiser, dans le contrat de sous-traitance, le sort des données lors de la fin de la relation entre le franchiseur et le franchisé. Ainsi, le responsable de traitement pourra prévoir soit que le sous-traitant supprime les données à caractère personnel soit qu’il lui renvoie ces données, puis qu’il détruise les copies existantes de celles-ci.

Si le contrat de sous-traitance prévoit la restitution, les parties doivent en préciser les modalités d’exécution dans le contrat.

Concernant le droit d'usage des données en fin de contrat, il conviendra également de l'organiser contractuellement. En effet, le fichier client est un élément permettant d'identifier la clientèle. En conséquence, il s'agit d'un élément utile à l'exploitation du fonds de commerce.

⚠ Il est rappelé en matière de franchise que tant le franchiseur que le franchisé sont considérés comme exploitant un fonds de commerce. Chaque partie au contrat de franchise peut donc avoir intérêt à la poursuite de l'usage des données clients après la cessation des effets de celui-ci. Celle qui a la qualité de sous-traitant ne peut cependant le faire sans violer ses obligations au titre du RGPD.

Vous devez donc vous demander s'il est opportun de mettre en place une jouissance de ce fichier au profit du sous-traitant, qui pourrait être licite si elle résultait d'une cession des données autorisée par la personne dont la donnée a été détachée, ou encore si le sous-traitant n'aura aucun droit d'usage sur ce fichier et devra, le cas échéant, reconstituer un fichier client par lui-même en organisant, après la cessation des effets du contrat, son propre traitement.

Maître Jean-Baptiste GOUACHE

FICHE 8 : LE FRANCHISEUR ET LE FRANCHISE SONT RESPONSABLES DU TRAITEMENT DE LEUR BASE DE DONNEES RESPECTIVE

L'organisation du traitement des données

Franchiseur et franchisé peuvent ne rien partager dans le traitement des données personnelles et se trouver en situation où chaque partie, de manière totalement indépendante de l'autre, assume la collecte et le traitement de ses propres données.

Dans ce cas, les parties sont alors, l'une et l'autre, responsables du traitement de leurs propres données personnelles. Cette situation pourra notamment se rencontrer dans tous les réseaux dans lesquels le franchisé constitue et gère seul son fichier client, sans que le franchiseur se charge de réaliser des opérations sur les données du franchisé en qualité de sous-traitant.

Ainsi, un franchiseur qui référence un fournisseur de CRM auquel doivent avoir recours les franchisés, mais qui pour autant n'intervient à aucun moment dans la collecte / ou dans le traitement et qui ne détermine ni les moyens ni les finalités dudit traitement, ne pourrait être considéré comme sous-traitant ou responsable conjoint de traitement.

La responsabilité des parties

Chaque partie assumera la responsabilité inhérente à la qualité de responsable de traitement, mais sur les seules données dont elle assure le traitement. Le franchiseur ne pourra ainsi voir sa responsabilité engagée si le franchisé commet des fautes dans le traitement des données qu'il collecte lui-même (et réciproquement).

Une question se pose toutefois : celle de la responsabilité du franchiseur qui aurait imposé un fournisseur de solutions informatiques ou un sous-traitant qui, du fait de sa défaillance, engagerait la responsabilité du franchisé. En pareilles circonstances, il n'est pas impossible que soit recherchée la responsabilité du franchiseur en qualité de responsable conjoint du traitement.

Cette situation devra donc être régie le cas échéant dans le contrat de franchise.

Le formalisme contractuel

A partir du moment où les parties restent l'une et l'autre responsables du traitement de leurs propres données, il n'y aura pas lieu de respecter de formalisme contractuel particulier. Les parties n'ont donc pas à conclure d'accord organisant leur relation en matière de traitement des données personnelles.

Pour autant, franchiseur et franchisé auront intérêt à détailler de manière précise leur situation dans le contrat de franchise qui les lie. Ainsi, l'ambiguïté éventuelle sur la situation de l'un et de l'autre disparaîtra et évacuera les éventuels litiges qui pourraient naître à ce sujet. Il conviendra également de veiller à ce qu'en pratique, aucun comportement ou aucune clause ne vienne mettre en doute l'étanchéité des bases de données franchisé et franchiseur.

Le droit d'usage des données en fin de contrat

L'étanchéité entre la base de données du franchiseur et celle du franchisé rend en théorie peu crédible l'idée qu'à la fin du contrat, l'une des parties puisse accéder (exclusivement ou non) aux données traitées par l'autre partie.

Pourtant, il n'est pas impossible de prévoir une clause en ce sens. La mise en œuvre de cette clause devra toutefois apparaître comme une solution exceptionnelle, car son automatisme (conduisant par exemple à une transmission intégrale en fin de contrat des données collectées par le franchisé au franchiseur) pourrait être perçue comme suspecte.

En effet, la capacité juridique et organisationnelle à traiter la donnée aurait toutes les chances d'être reconnue comme dépendant avant tout du franchiseur. En outre, une transmission automatique de cette donnée mettrait en évidence qu'elle a été collectée avant tout dans l'intérêt et pour le compte du franchiseur, même si en la matière, une différence utile pourrait être faite entre la période d'exécution du contrat (pendant laquelle la donnée profite uniquement au franchisé) et la période postérieure au contrat.

A retenir

Même si la situation dans laquelle chacune des parties au contrat demeure responsable du traitement de ses propres données est à l'évidence la plus simple à gérer, il convient de :

- le prévoir expressément dans le contrat de franchise ;
- s'abstenir de toute démarche pouvant être regardée comme une immixtion du franchiseur dans le traitement des données du franchisé.

Maître Martin LE PECHON

FICHE 9 : LE FRANCHISEUR ET LE FRANCHISE SONT CO-RESPONSABLES DE TRAITEMENT

L'organisation du traitement des données

Franchiseur et franchisé seront considérés comme coresponsables de traitement à chaque fois qu'ils détermineront conjointement la finalité et les moyens du traitement.

La notion de responsable conjoint de traitement est toutefois plus difficile à appréhender que celles, plus binaires, de responsable unique de traitement et de sous-traitant.

En pratique, la qualification de la qualité juridique de chaque intervenant se fera, au regard du RGPD, indépendamment de la qualification contractuelle que les parties auront choisies et à laquelle elles feront référence, le cas échéant, dans le contrat de franchise.

La qualification de responsable de traitement conjoint sera retenue en considération d'éléments opérationnels et pratiques et au terme d'une analyse technique quant au rôle de chacune des parties dans la détermination des finalités et des moyens du traitement.

Le franchiseur devra par ailleurs être extrêmement vigilant lorsqu'il intervient en qualité de sous-traitant du franchisé.

En effet, il pourra assez facilement être requalifié de responsable conjoint de traitement dans tous les cas où il participera à la détermination des moyens et des finalités du traitement. Il pourra même se voir attribuer la qualité de seul responsable de traitement si le franchisé n'est pas un acteur, mais un suiveur du fait de l'absence de capacité juridique et organisationnelle à maîtriser le traitement.

La responsabilité des parties

L'article 82 du RGPD pose pour principe que les responsables de traitement conjoints sont tenus **solidairement** des dommages causés par une violation du RGPD. Plus concrètement, chaque coresponsable de traitement assumera vis-à-vis de la victime de la violation du RGPD l'intégralité de la responsabilité attachée à la qualité de responsable de traitement quand bien même l'auteur de cette violation ne serait-il pas le co-responsable poursuivi par ladite victime.

Sur ce point, le contrat conclu entre les parties n'aura aucun impact sur le droit de la victime de mettre en cause le ou les coresponsables de traitement de son choix.

Le formalisme contractuel

La coresponsabilité du traitement oblige franchiseur et franchisé à organiser leur relation au travers d'un contrat dont les termes principaux seront accessibles aux personnes concernées (article 26-2 du RGPD).

L'article 26 du RGPD indique qu'il appartient aux parties d'organiser ensemble, de « *manière transparente* », les obligations que chacune prend respectivement en charge pour assurer la conformité au RGPD du traitement concerné. L'information préalable devant être délivrée aux personnes concernées (art. 13 ou 14 du RGPD) et la détermination d'un *point de contact* dans le cadre de la procédure d'exercice des droits des personnes sont des points d'une importance toute particulière.

Le contrat que devront conclure les parties pourra être contenu dans l'accord de franchise lui-même et son importance sera capitale. En effet, il est très souvent difficile de délimiter une frontière claire et nette entre la qualité de coresponsable de traitement et celle de sous-traitant.

En présence de coresponsables de traitement, chacun d'entre eux devra notamment :

- assurer la tenue d'un registre des traitements ;
- assurer, pour sa propre base de données, une coopération avec l'autorité de contrôle ;
- veiller à la mise en place de mesures techniques et organisationnelles pour protéger les données personnelles enregistrées dans sa propre base ;
- veiller au respect des droits fondamentaux des personnes concernées par le traitement des données incluses dans sa base.

⚠ Indépendamment des termes du RGPD, le contrat devra par ailleurs ventiler de manière détaillée la responsabilité de chaque intervenant et organiser les garanties et les recours de l'un contre l'autre le cas échéant.

Le droit d'usage des données en fin de contrat

La qualité de coresponsable de traitement reconnue au franchiseur et au franchisé pourrait inciter à considérer que les données personnelles traitées sont la copropriété de l'un et l'autre. Pour évacuer les risques d'interprétation, il est fondamental de déterminer le régime de ces données en fin de contrat par le biais d'une clause de « données ».

A retenir

En présence d'un franchiseur et d'un franchisé coresponsables de traitement :

- la conclusion d'un contrat est non seulement obligatoire au vu du RGPD mais également dans l'intérêt des parties puisqu'il leur permettra de déterminer leurs obligations et responsabilités respectives ainsi que d'aborder la question de l'appropriation des données traitées ;
- la désignation par les parties d'un Délégué à la Protection des Données est à recommander.

Maître Martin LE PECHON

FICHE 10 : CONFLIT DE DROITS : LE PRODUCTEUR DE LA BASE DE DONNÉES

Présentation

Les producteurs de bases de données sont protégés par un droit voisin du d'auteur sur le fondement de l'article L. 341-1 du Code de la propriété intellectuelle (ci-après « CPI »), qui leur confère un monopole d'exploitation de leur base.

Une base de données est définie par le CPI comme « *un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen* » (article L.112-3).

En pratique cela signifie que les données doivent être organisées par un dispositif de classement ou d'accès, comme par exemple un procédé électronique, un index, une table des matières ou tout mode de classement, permettant de les localiser (Versailles, 22 mars 2007, n°06/00144).

Pour rappel, le responsable du traitement est, selon le RGPD, celui qui a pris l'initiative et piloté les moyens techniques et / ou humains liés à la mise en œuvre du traitement. Ainsi, le responsable du traitement peut faire appel à un producteur de base de données pour mettre en place sa base de données.

⚠ Dans cette hypothèse, il conviendra de s'assurer que l'exploitation des données, par le responsable du traitement, est assurée et ne heurte pas les droits du producteur de la base de données.

Détermination du producteur de la base de données

Le producteur est, selon l'article L. 341-1 précité, « *la personne qui prend l'initiative et le risque des investissements correspondants* ». Cette définition est restrictive car elle exclut par exemple les sous-traitants.

Pour que le producteur d'une base de données puisse se prévaloir de la protection conférée par ce droit sui generis, il doit prouver que la réalisation et l'entretien de ce recueil a nécessité la réalisation d'investissements spécifiques (Cass. Civ.1^{ère}, 1er novembre 2015, n°14-14.501).

Seuls sont pris en compte les investissements réalisés pour créer la base de données, et non ceux réalisés pour produire les données en elles-mêmes (CJUE, 9 novembre 2004, aff ; C-444/02, point 30).

En effet, ce droit sui generis assure essentiellement une protection de l'investissement consenti pour la création et la gestion d'une base de données par le producteur. Ce sont ces investissements qui méritent d'être protégés par le droit d'auteur.

Droits du producteur de la base de données

Le producteur de la base de données bénéficiera d'un monopole d'une durée de 15 ans lui permettant de s'opposer à :

- L'extraction (transfert sur un autre support) ou la réutilisation (mise à disposition du public), portant sur une partie « *qualitativement ou quantitativement substantielle* » de la base (article L. 342-1 du CPI). En pratique toute reproduction, totale ou partielle, d'une base, pour la copier dans le système d'informations d'un producteur de base de données, constituera un acte d'extraction.
- L'extraction ou la réutilisation de « *parties qualitativement ou quantitativement non substantielles* » lorsque ces actes sont effectués de manière « *répété et systématique* » et qu'ils « *excèdent manifestement les conditions d'utilisation normale* » de la base (article L. 342-2 du CPI). Il peut s'agir par exemple de la reprise d'une partie non substantielle d'une base de données de dépêches d'actualité au motif que l'auteur de la reprise laissait « *faussement croire au lecteur* » que le contenu repris était « *original* » et provenait de lui (T.Com de Paris, 5 février 2010, AFP c/ TOPIX TECHNOLOGIES).

⚠ La méconnaissance des droits d'un producteur d'une base de données pourra être sanctionnée par trois ans d'emprisonnement et 300.000 euros d'amende (article L. 343-1 du CPI).

Recommandations

- Si le producteur de la base de données n'est pas le franchiseur, il pourra être prévu la cession du droit sui generis du producteur de la base de données au bénéfice du franchiseur. Dans l'hypothèse où la base ne serait pas encore créée, il pourrait être prévu un droit de préférence pour la cession du droit de producteur de la base de données.
- S'il s'agit du franchiseur, l'application du RGPD ne doit pas conduire le franchisé à violer son droit de producteur de base de données et des cessions de ce droit devront être formalisées avec les franchisés qui pourraient être amenés à l'occasion du traitement à réaliser des extractions ou réutilisations (et inversement).
- Toute violation d'une disposition légale ou réglementaire peut éventuellement rendre « invendable » une base de données, comme objet illicite d'un contrat. A titre d'exemple, le fait de recueillir des données personnelles sans respecter les obligations imposées par le RGPD pourrait compromettre la validité de la vente ou de la location du fichier de données personnelles, même si la base de données est bien déclarée à la CNIL (Cass. Com, 25 juin 2013, n°12 à 17.037).

Maître Jean-Baptiste GOUACHE



Fédération française de la franchise

29 boulevard de Courcelles

75008 Paris

Téléphone : 01 53 75 22 25

Télécopie : 01 53 75 22 20

Responsable juridique :

Agnès PARENT

a.parent@franchise-fff.com