

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La qualification des parties au traitement

Jacquemin, Herve; Guerguinov, Olivia

Published in:
DPO news

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacquemin, H & Guerguinov, O 2021, 'La qualification des parties au traitement: critères et applications pratiques', *DPO news*, numéro 11, pp. 4-8.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La qualification des parties au traitement : critères et applications pratiques

Introduction

Dès qu'un traitement de données à caractère personnel est réalisé¹, la question se pose de l'identification (et de la qualification) des acteurs impliqués. À l'instar de la directive 95/46/CE², et sans apporter de nouveauté en la matière³, le Règlement général sur la protection des données⁴ (ci-après, le « RGPD ») distingue ainsi – et définit – le responsable (le cas échéant conjoint) du traitement, le sous-traitant, le destinataire, le tiers et la personne concernée.

En pratique, cet exercice de qualification revêt une importance capitale. C'est en effet à l'issue de celui-ci que l'on peut déterminer l'étendue et le contenu des devoirs qui reposent sur les différents acteurs, ainsi que leurs responsabilités corrélatives.

Dans de nombreux cas de figure, l'opération ne posera pas de difficulté particulière. Ainsi, l'entreprise qui vend des chaussures et qui, dans le cadre d'un programme de fidélité, gère les données d'identification de ses clients (personnes concernées), sera normalement considérée comme le responsable du traitement. Il devrait en aller de même pour les traitements de données de ses employés (également personnes concernées).

La réalité peut rapidement devenir plus complexe, avec la multiplication des acteurs susceptibles d'être impliqués, à des degrés divers, dans les traitements de données. Tel est le cas, dans l'exemple simple énoncé ci-dessus, lorsque la même entreprise décide de vendre ses chaussures en ligne, sur son propre site web (à travers une solution cloud) et sur une place de marché électronique, tout en faisant la promotion de ses produits sur une page Facebook dédiée, gérée par un consultant spécialisé dans la publicité en ligne. Par ailleurs, l'entreprise peut faire appel à un secrétariat social pour gérer les contrats de travail de ses employés, tout en laissant son avocat habituel intervenir dans les situations plus délicates. Sans prétendre à l'exhaustivité, il convient de qualifier le rôle du prestataire IT qui fournit le logiciel en mode SaaS, de la place de marché, du réseau social, du consultant en marketing, du secrétariat social ou de l'avocat.

¹ Dans la présente contribution, on n'examine pas le champ d'application matériel ou territorial du Règlement général sur la protection des données, ni les notions-clés qui permettent de le circonscrire. On se limite donc aux principaux acteurs, partant du postulat que, par ailleurs, le règlement est applicable à ceux-ci.

² 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, J.O.C.E., n° L 281 du 23 novembre 1995.

³ Les notions sont définies de la même manière dans la directive 95/46/CE et dans le RGPD. Les obligations qui leur incombent varient néanmoins. On note ainsi un renforcement des obligations du sous-traitant dans le RGPD.

⁴ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), J.O.U.E., n° L 119 du 4 mai 2016, p. 1.

⁵ Le format de la présente publication et l'exigence de concision qui en résulte ne nous permettent pas d'analyser en détail ces différents points. Pour des considérations complémentaires, voy. GROUPE DE PROTECTION DES DONNÉES ARTICLE 29 (GROUPE 29), Avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », 16 février 2010, WP 169 ; AUTORITÉ BELGE DE PROTECTION DES DONNÉES (APD), Le point sur les notions de responsable du traitement/sous-traitant au regard du règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel

Aussi faut-il cerner correctement la portée des notions clés du RGPD, tout en les distinguant les unes des autres⁵. À cette fin, on présente d'abord la notion de « responsable du traitement » (I) : tout traitement de données suppose en effet l'existence d'un « responsable du traitement », qui détermine les finalités et les moyens du traitement, et qui doit satisfaire aux nombreuses obligations établies par le RGPD (notamment à l'égard de la personne concernée)⁶. On analyse ensuite l'hypothèse des responsables conjoints du traitement (II), avant de distinguer le responsable du sous-traitant (III).

I. Responsable du traitement

L'article 4, 7^o, du RGPD définit le « responsable du traitement » comme : « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ; lorsque les finalités et les moyens de ce traitement sont déterminés par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, le responsable du traitement peut être désigné ou les critères spécifiques applicables à sa désignation peuvent être prévus par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre ».

Après une brève présentation du double critère de la détermination des finalités et des moyens du traitement (A), on se penche sur la manière de l'appliquer en pratique (B).

A. Le double critère de la détermination des « finalités » et des « moyens » du traitement

Les données à caractère personnel ne peuvent être collectées que pour des finalités « déterminées, explicites et légitimes », et tout traitement ultérieur doit être compatible avec ces finalités⁷.

Établir la *finalité* d'un traitement de données implique de répondre à la question du « pourquoi ? ». Pour ce faire, et comme on le verra par la suite, une analyse de fait, au cas par cas, doit généralement être réalisée. Il peut s'agir de gérer la relation commerciale avec les clients et prospects, d'exécuter le contrat (et de fournir les biens ou les services convenus), de lancer des opérations de marketing, de mener un contentieux éventuel, etc.

(RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les avocats, septembre 2018 ; COMITÉ EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES (CEPD), Lignes directrices sur les notions de responsable du traitement, de sous-traitant et de responsabilité conjointe du traitement dans le cadre du règlement (UE) 2018/1725, 7 novembre 2019 ; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD (EDPB), Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, version 1.0 adopted on 2 September 2020 (version soumise à consultation publique). En doctrine, voy. not. C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) – Analyse approfondie*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 67 et s. ; K. JANSSENS et M. NUYTEN, « De Algemene Verordening Persoonsgegevens : van theorie naar praktijk – Le Règlement général sur la Protection des Données : de la théorie à la pratique », R.D.C., 2018/5, pp. 401 et s. ; J. DOORNAERT, *Le RGPD et sa mise en œuvre en droit belge*, Liège, Wolters Kluwer, 2019, pp. 27 et s. ; Th. LÉONARD, « Un retour aux fondamentaux du R.G.P.D./G.D.P.R. par le marketing direct », in *Le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D./G.D.P.R.) : premières applications et analyse sectorielle* coll. CUP, vol. 195, Limal, Anthemis, 2020, pp. 182 et s.

⁶ Voy. en ce sens GROUPE 29, WP 169, op. cit., p. 4 : « le rôle premier de la notion de responsable du traitement est de déterminer qui est chargé de faire respecter les règles de protection des données, et comment les personnes concernées peuvent exercer leurs droits dans la pratique. En d'autres termes, il s'agit d'attribuer des responsabilités ».

⁷ Art. 5, §1^{er}, b), du RGPD.

Pour atteindre cet objectif, des moyens sont mis en œuvre. C'est la question du « comment ? ». Par exemple, pour gérer une relation commerciale avec un prospect, l'entreprise doit collecter les données d'identification et de contact (courriel, numéro de téléphone) de cette personne physique, de même que ses préférences éventuelles (Qui est la personne concernée ? Quelles sont les données traitées ?). Le cas échéant, ces données seront transmises à d'autres services au sein de l'entreprise, voire à des prestataires tiers, chargés de les enrichir (Qui est le destinataire des données ?). C'est également le responsable qui fixera leur durée de conservation.

Une distinction est généralement faite entre les moyens essentiels et les moyens non essentiels⁸, spécialement pour distinguer les activités du responsable du traitement de celles du sous-traitant (*infra*, point III). Les moyens listés dans l'exemple simple présenté au paragraphe précédent sont considérés comme des « moyens essentiels », dont la détermination incombe normalement au responsable du traitement. Même si ce dernier fait appel à un prestataire externe pour le mettre en œuvre, la détermination de ces éléments continue à lui revenir. Par contre, le choix d'un logiciel spécifique pour envoyer des courriels publicitaires dans le cadre de la campagne de marketing ou les mesures de sécurité choisies peuvent être délégués et ainsi relever de la responsabilité du sous-traitant ; ils sont normalement vus comme des moyens non essentiels (à l'instar des mesures techniques et organisationnelles, de manière générale).

B. Comment mettre en œuvre ce double critère ?

Comme l'annonce la définition du responsable du traitement, celui-ci peut être désigné par une disposition du droit de l'Union ou du droit national⁹. Dans ce cas de figure, les parties n'ont pas de réelle marge de manœuvre et l'exercice de qualification ne souffre normalement aucune discussion.

Des hésitations sont par contre permises lorsque les dispositions légales ou réglementaires applicables fixent des critères utiles pour la désignation (comme évoqué également dans la définition) ou, comme dans la majorité des hypothèses, en l'absence de tout autre élément d'appréciation (que ceux qui se trouvent dans la définition de l'article 4, 7^o, du RGPD).

En pratique, le responsable est en effet celui qui exerce une « influence de fait » au moment de déterminer les moyens et les finalités du traitement¹⁰. Il s'agit en effet d'une notion fonctionnelle, qui requiert de procéder à une analyse concrète des éléments de fait caractéristiques du traitement¹¹. On insiste à cet égard sur la nécessité de procéder à cette analyse *in concreto*, pour chaque traitement envisagé. Une même entreprise peut ainsi être considérée comme responsable pour un traitement donné, et comme sous-traitant à l'occasion d'un autre traitement.

En cas de litige, l'Autorité de protection des données ou les juridictions saisies examineront les dossiers qui leur sont

soumis, en particulier les documents contractuels établis par les acteurs concernés et dans le cadre desquels leur rôle respectif a normalement été défini – avec la qualification corrélative. On songe à la charte vie privée, à la *cookie policy* ou à la convention de sous-traitance conclue conformément à l'article 28 du RGPD. Dans le respect du principe du contradictoire, les autorités judiciaires ou administratives restent toutefois libres de qualifier différemment le rôle des acteurs s'il apparaît que, de bonne ou de mauvaise foi, ils ont revêtu un vêtement qui ne leur correspondait pas...

Au-delà du raisonnement strictement juridique, la qualification a une portée stratégique majeure : les données à caractère personnel possèdent une valeur sur le marché (on parle d'ailleurs d'« économie de la donnée »), spécialement lorsque les bases de données sont enrichies ou que l'on travaille dans un contexte de *big data*. Décider d'être le responsable du traitement ouvre donc la perspective d'une exploitation économique – et d'une monétisation – des données (dans le respect du cadre normatif applicable, bien évidemment). Cette activité présente toutefois un risque, par exemple en l'absence de base de licéité au traitement ou en cas de transfert non autorisé des données à des tiers. Des prestataires préfèrent ainsi se limiter à un rôle de sous-traitant, en perdant certains avantages économiques (mais en réduisant substantiellement les risques).

II. Responsables du traitement séparés ou responsables conjoints du traitement ?

La définition du responsable du traitement, figurant à l'article 4, 7^o, du RGPD, stipule que les moyens et les finalités peuvent être déterminés par une personne agissant seule ou par plusieurs d'entre elles, intervenant conjointement. Le principe est confirmé à l'article 26, § 1^{er}, du règlement, aux termes duquel « lorsque deux responsables du traitement ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement, ils sont les responsables conjoints du traitement ».

Pour déterminer si tel est le cas, un examen au cas par cas des circonstances de fait de l'opération est, une nouvelle fois, requis. Il faut ainsi établir si une décision commune – ou, à tout le moins, des décisions convergentes¹² – a/ont été prise(s) par deux (ou plusieurs) entités, relativement aux finalités et aux moyens essentiels du traitement envisagé¹³.

Lorsque le projet fait l'objet d'une décision commune clairement exprimée, l'hypothèse ne pose généralement pas de difficulté pratique¹⁴. On peut prendre l'exemple du projet de recherche scientifique mené conjointement par plusieurs centres ou instituts de recherche, dans le cadre duquel des données à caractère personnel sont injectées, par chacun des participants, dans une plateforme commune (moyen), en vue de conserver et de partager les informations (finalité)¹⁵. Pour les traitements opérés en dehors de la plateforme, par contre, chaque acteur intervient comme responsable du traitement séparé.

⁸ GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, p. 15. Cette distinction entre les moyens essentiels et non essentiels est plus clairement exprimée dans EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, *op. cit.*, pp. 13 et s.

⁹ Voy. par exemple l'article 6 de la loi du 19 mai 2010 portant création de la Banque-carrefour des véhicules énonçant que « la Direction générale Mobilité et Sécurité routière du Service public fédéral Mobilité et Transports est le responsable du traitement des données à caractère personnel contenues dans la Banque-Carrefour ».

¹⁰ GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, p. 10 et pp. 12 et s.

¹¹ *Ibid.*, pp. 9-10.

¹² Il faut ainsi établir si les décisions sont complémentaires et si elles révèlent que le traitement ne serait pas envisageable sans la participation des deux parties (leurs interventions respectives étant inséparables et, en quelque sorte, inextricablement liées). Voy. EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, *op. cit.*, p. 18.

¹³ *Ibid.*, p. 18.

¹⁴ Th. LEONARD, « Un retour aux fondamentaux du R.G.P.D./G.D.P.R. par le marketing direct », *op. cit.*, pp. 193-194.

¹⁵ EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, *op. cit.*, p. 21.

D'autres cas de figure sont *a priori* moins clairs, en l'absence de décision commune des acteurs impliqués¹⁶. La jurisprudence de la Cour de justice apporte un éclairage utile sur les éléments à apprécier pour décider s'il y a, ou pas, responsabilité conjointe. Elle rappelle d'abord que la notion de « responsable(s) » – qui peut concerner plusieurs entités intervenant conjointement – doit recevoir une acception large, dès lors que l'objectif poursuivi est de garantir une « protection efficace et complète des personnes concernées »¹⁷. À la faveur de cette interprétation fonctionnelle, les critères sont interprétés de manière à préserver l'objectif de protection.

Il en résulte que « l'existence d'une responsabilité conjointe ne se traduit pas nécessairement par une responsabilité équivalente, pour un même traitement de données à caractère personnel, des différents acteurs »¹⁸. Il n'est pas non plus nécessaire que des lignes directrices écrites ou des consignes aient été élaborées en vue de déterminer les finalités et les moyens du traitement¹⁹. Enfin, il peut y avoir responsabilité conjointe même si l'un des coresponsables n'a pas accès aux données à caractère personnel²⁰.

Aussi la Cour juge-t-elle, dans l'affaire *Wirtschaftsakademie*, que tant Facebook que l'administrateur d'une page fan hébergée sur le réseau social doivent normalement être considérés comme responsables conjoints. La création d'une telle page donne en effet lieu à l'installation de cookies sur l'appareil du visiteur (avec une collecte corrélative de données), peu importe, du reste, que cette personne soit titulaire d'un compte Facebook²¹.

Dans l'affaire des *Témoins de Jéhovah*, la Cour se prononce en faveur de la responsabilité conjointe de la communauté religieuse et de ses membres, pour les « traitements de données à caractère personnel effectués par ces derniers dans le cadre d'une activité de prédication de porte-à-porte organisée, coordonnée et encouragée par cette communauté, sans qu'il soit nécessaire que ladite communauté ait accès aux données ni qu'il doive être établi qu'elle a donné à ses membres des lignes directrices écrites ou des consignes relativement à ces traitements »²². Les données avaient trait aux noms, coordonnées, convictions religieuses des personnes rencontrées ainsi qu'à leur souhait de ne plus faire l'objet de telles visites.

Enfin, on peut mentionner l'affaire *Fashion ID GmbH & Co. KG*, du nom d'une entreprise de vente en ligne de vêtements de mode qui a placé sur son site web le bouton « j'aime » de Facebook²³. Sur la base des éléments qui lui

sont soumis, la Cour décide que Facebook et Fashion ID doivent normalement être considérés comme responsables conjoints du traitement, dès lors qu'ils déterminent conjointement, non seulement les finalités des opérations de collecte et de communication par transmission des données à caractère personnel des visiteurs du site, mais également les moyens de ces opérations. En l'occurrence, le moyen est l'insertion du bouton « j'aime » de Facebook²⁴. Avec celui-ci, la Cour juge que « Fashion ID influe, par ailleurs, de manière déterminante sur la collecte et la transmission des données à caractère personnel des visiteurs dudit site au profit du fournisseur dudit module, en l'occurrence Facebook Ireland, qui, en l'absence de l'insertion dudit module, n'auraient pas lieu »²⁵. Quant aux finalités, elles résident dans l'intérêt économique partagé de Fashion ID (qui optimise la publicité pour ses produits) et de Facebook (qui peut traiter les données recueillies à des fins commerciales qui lui sont propres)²⁶.

III. Responsable du traitement ou sous-traitant ?

A. Notion et critères de distinction

Le sous-traitant est défini à l'article 4, 8°, du RGPD comme « la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement ».

Le sous-traitant doit ainsi être une personne distincte du responsable du traitement²⁷ – autrement dit, une entité externe – à laquelle il décide de déléguer certains traitements de données à caractère personnel. On exclut donc les tâches confiées, en interne, à certains départements de la société ou à certains membres de son personnel. Cela empêche également que le sous-traitant détermine les finalités et les moyens du traitement ; ce faisant, il devrait en effet être qualifié de responsable, seul ou avec d'autres²⁸. Comme indiqué précédemment, on admet toutefois que le sous-traitant dispose d'une certaine autonomie pour choisir certains moyens non essentiels du traitement, notamment sur les questions techniques ou organisationnelles.

Les traitements peuvent uniquement être opérés par le sous-traitant « pour le compte » du responsable du traitement (ce qui renvoie à la notion de délégation²⁹), et sur instruction documentée de ce dernier³⁰. Un contrat écrit doit d'ailleurs être conclu entre les acteurs, pour formaliser ces instructions, et indiquer « l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du traitement, le

¹⁶ Voy. Th. LEONARD, « Un retour aux fondamentaux du R.G.P.D./G.D.P.R. par le marketing direct », *op. cit.*, p. 194, qui fait référence à des hypothèses de qualifications conjointes « imposées ».

¹⁷ C.J.U.E., 5 juin 2018, C-210/16, *Wirtschaftsakademie*, EU:C:2018:388, points 26-28 ; C.J.U.E., 10 juillet 2018, *Tietosuojavaltuutettu*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 66 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, C-40/17, EU:C:2019:629, points 65-66.

¹⁸ C.J.U.E., 5 juin 2018, *Wirtschaftsakademie*, C-210/16, EU:C:2018:388, point 43 ; C.J.U.E., 10 juillet 2018, *Tietosuojavaltuutettu*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 66. Voy. aussi GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, p. 20.

¹⁹ C.J.U.E., 10 juillet 2018, *Tietosuojavaltuutettu*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 67.

²⁰ C.J.U.E., 5 juin 2018, *Wirtschaftsakademie*, C-210/16, EU:C:2018:388, point 38 ; C.J.U.E., 10 juillet 2018, *Tietosuojavaltuutettu*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 69 ; C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, C-40/17, EU:C:2019:629, point 82.

²¹ Au point 36 de l'arrêt *Wirtschaftsakademie*, on peut ainsi lire qu'« il ressort des indications soumises à la Cour que la création d'une page fan sur Facebook implique de la part de son administrateur une action de paramétrage, en fonction, notamment, de son audience cible ainsi que d'objectifs de gestion ou de promotion de ses activités, qui influe sur le traitement de données à caractère personnel aux fins de l'établissement des statistiques établies à partir des visites de la page fan. Cet administrateur peut, à l'aide de filtres mis à sa disposition

par Facebook, définir les critères à partir desquels ces statistiques doivent être établies et même désigner les catégories de personnes qui vont faire l'objet de l'exploitation de leurs données à caractère personnel par Facebook. Par conséquent, l'administrateur d'une page fan hébergée sur Facebook contribue au traitement des données à caractère personnel des visiteurs de sa page ».

²² C.J.U.E., 10 juillet 2018, *Tietosuojavaltuutettu*, C-25/17, EU:C:2018:551, point 75.

²³ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, C-40/17, EU:C:2019:629, point 84.

²⁴ Comme le relève la Cour, « il ressort du point 75 du présent arrêt que Fashion ID semble avoir inséré sur son site Internet le bouton "j'aime" de Facebook mis à la disposition des gestionnaires de sites Internet par Facebook Ireland, tout en étant conscient que celui-ci sert d'outil de collecte et de transmission de données à caractère personnel des visiteurs de ce site, que ceux-ci soient membres ou non du réseau social Facebook » (point 77).

²⁵ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, C-40/17, EU:C:2019:629, point 78.

²⁶ C.J.U.E., 29 juillet 2019, *Fashion ID GmbH & Co. KG*, C-40/17, EU:C:2019:629, point 80.

²⁷ GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, p. 27.

²⁸ Art. 28, § 10, du RGPD.

²⁹ GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, p. 27.

³⁰ Voy. l'article 28, § 3, a), du RGPD.

type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées »³¹.

Le sous-traitant n'a donc aucune maîtrise sur les données (il doit d'ailleurs les détruire en fin de contrat après les avoir, le cas échéant, restituées au responsable), ce qui l'empêche d'en tirer personnellement profit. Il n'est par exemple pas permis au sous-traitant de réutiliser les données du responsable pour ses propres finalités de marketing.

En pratique, seule une analyse au cas par cas des éléments de fait du traitement permet de conclure à l'existence d'une sous-traitance (sauf disposition légale spécifique). Au-delà des conditions déjà mentionnées, plusieurs critères peuvent ainsi être pris en considération. Parmi ceux-ci, on peut mentionner le pouvoir de décision, de contrôle et de maîtrise du responsable, le nombre et la précision de ses instructions (avec la marge de manœuvre corrélative du sous-traitant), la visibilité vis-à-vis des personnes concernées, le niveau d'expertise des parties, etc.³²

L'existence d'une convention de sous-traitance apparemment conforme aux exigences de l'article 28 du RGPD peut servir d'indice mais il ne peut être décisif : le cas échéant, les autorités compétentes pourraient en effet être amenées à requalifier l'opération au vu des circonstances de fait. On ajoute que la notion est autonome et ne se confond pas nécessairement avec d'autres concepts similaires en droit commun des obligations et des contrats³³.

B. Quelques applications pratiques

Comme on l'a vu, seule une analyse des éléments de fait du traitement envisagé permet de conclure à l'existence d'une relation de sous-traitance.

Sous cette réserve, et à titre d'illustration, on peut s'efforcer de mettre en œuvre les critères de qualification dégagés précédemment dans plusieurs secteurs d'activités, pour lesquels on dénombre généralement plusieurs intervenants.

1. Crédit aux consommateurs

Prenons d'abord le secteur financier, spécialement le domaine du crédit aux consommateurs³⁴. Plusieurs acteurs sont ainsi impliqués dans l'octroi et la gestion d'un contrat de crédit à la consommation.

À la lumière des concepts qui sont définis par la loi, le « crédit à la consommation »³⁵ ou le « crédit hypothécaire »³⁶ supposent la conclusion d'un contrat entre un « prêteur »³⁷ et un « consommateur »³⁸. Il paraît difficilement contestable que le prêteur agit comme responsable du traitement : c'est lui, en effet, qui détermine les moyens et les finalités du traitement³⁹. Quant au consommateur, il s'agit de la personne concernée.

Le cas échéant, un « intermédiaire de crédit »⁴⁰, intervenant comme « agent lié »⁴¹ ou « courtier »⁴², peut également

jouer un rôle. À son égard, une analyse plus nuancée s'impose. D'une part, il pourrait être vu comme un sous-traitant du prêteur, pour les missions exécutées pour le compte de ce dernier, spécialement la transmission des informations dans le cadre de l'octroi du crédit, par exemple. Les exigences de l'article 28 du RGPD devraient par conséquent être respectées (et, notamment, la conclusion d'une convention *ad hoc*). D'autre part, l'intermédiaire intervient en qualité de responsable du traitement pour les finalités liées au développement de la relation commerciale à l'égard de la clientèle, et pour laquelle il détermine les finalités et les moyens du traitement.

Par ailleurs, les prêteurs peuvent faire appel à un assureur-crédit en vue de couvrir le risque engendré par le manquement du consommateur à ses obligations (de remboursement du crédit). Lorsque l'assureur-crédit intervient *qualitate qua*, il doit également être vu comme le responsable du traitement. Des difficultés devront à cet égard être surmontées, notamment en ce qui concerne le respect des obligations d'information au bénéfice de la personne concernée puisqu'en pratique, il n'a pas de relation directe avec celle-ci.

Des autorités publiques peuvent également être amenées à intervenir, comme la Banque nationale de Belgique, qui gère notamment la Centrale des crédits aux particuliers. Pour ces traitements, elle doit d'ailleurs être vue comme le responsable⁴³.

2. Avocat

En principe, dans la relation avec ses clients et dans le cadre de ses missions, l'avocat doit être considéré comme un responsable du traitement⁴⁴. Compte tenu de son expertise et de sa maîtrise des objectifs à atteindre (obtenir la résolution d'un contrat par exemple) et des moyens essentiels pour y parvenir (envoyer une mise en demeure, lancer citation, etc.), qui impliquent nécessairement des traitements de données, on peut difficilement lui confier un rôle de simple exécutant servile, qui n'agirait que sur instruction de son client. L'analyse devrait rester la même, sauf exception, dans les relations entre confrères. L'avocat reste ainsi le responsable du traitement, même s'il travaille de concert avec un confrère – lui aussi agissant comme responsable séparé – dans le cadre de la résolution du litige (chacun intervenant dans le cadre de son expertise propre). On ajoute que certains traitements de données sont imposés par la loi, notamment en lien avec la lutte contre le blanchiment.

Dans une note de 2018, l'Autorité de protection des données admet toutefois que, dans certaines hypothèses très spécifiques (et qui doivent d'après nous être vues comme des exceptions, interprétées strictement), l'avocat agisse comme sous-traitant. Elle donne les exemples suivants : « si un avocat se voit confier la réalisation de tâches administratives spécifiques qui peuvent s'apparenter à celle

³¹ Art. 28, § 3, du RGPD.

³² GROUPE 29, WP 169, *op. cit.*, pp. 30 et s.

³³ *Ibid.*, p. 10.

³⁴ À cet égard, voy. H. JACQUEMIN et P. LIMBREE, « Protection des données à caractère personnel en matière de services de paiement et de crédit », in *Le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D./G.D.P.R.) : premières applications et analyse sectorielle*, coll. CUP, vol. 195, Limal, Anthemis, 2020, pp. 253 et s.

³⁵ Tel que défini à l'article I.9, 54°, du Code de droit économique (CDE).

³⁶ Tel que défini à l'article I.9, 53/3, du CDE.

³⁷ Tel que défini à l'article I.9, 34°, du CDE.

³⁸ Tel que défini à l'article I.1, 2°, du CDE.

³⁹ Voy. par exemple Civ. Bruxelles, 15 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 140.

⁴⁰ Tel que défini à l'article I.9, 35°, du CDE. L'intermédiation en crédit est définie comme l'activité consistant à : a) présenter ou proposer des contrats de crédit aux consommateurs ; b) assister les consommateurs en réalisant pour des contrats de crédit des travaux préparatoires autres que ceux visés au a) ; ou c) conclure des contrats de crédit avec des consommateurs pour le compte d'un prêteur ou pour compte propre lorsque l'activité est exercée par un prêteur qui ne fait pas appel à un intermédiaire de crédit » (art. I.9, 94°, du CDE).

⁴¹ Tel que défini à l'article I.9, 36°, du CDE.

⁴² Tel que défini à l'article I.9, 37°, du CDE.

⁴³ Voy. à cet égard Civ. Bruxelles, 15 octobre 2003, *J.T.*, 2004, p. 140.

⁴⁴ APD, *Le point sur les notions de responsable du traitement/sous-traitant au regard du règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les*

d'un secrétariat social (telles que par exemple la rédaction de lettres de licenciement) et pour lesquelles le client a préalablement fourni des instructions détaillées quant aux modalités de traitement de données, il pourra être considéré comme sous-traitant pour cette opération de traitement de données particulière pour autant bien sûr que la marge de manœuvre dont il dispose à ce sujet soit limitée aux questions techniques ou organisationnelles liées à la réalisation du traitement de données dont les paramètres auront été déterminés par le client/responsable de traitement »⁴⁵.

3. Prestataire de cloud

On observe que de nombreuses entreprises font désormais appel à des prestataires IT pour l'hébergement des données ou la fourniture de certains logiciels ou applications dans un environnement cloud.

Le Groupe 29 a rendu un avis n° 5/2012 sur le cloud, qui confirme que le client des services informatiques en nuage agit en qualité de responsable du traitement⁴⁶, tandis que le fournisseur de cloud agit normalement en qualité de sous-traitant (dès lors qu'il fournit les moyens et la plateforme pour le compte du client). Le Contrôleur européen de la protection des données a adopté une position similaire⁴⁷. Cette approche est également défendue par la doctrine majoritaire⁴⁸, la CNIL en France⁴⁹ ou dans des études commanditées par le SPF Économie⁵⁰.

Dans certains cas toutefois, une qualification en tant que coresponsable ou responsable à part entière n'est pas à exclure⁵¹, spécialement depuis les arrêts de la Cour de justice qui confirment l'interprétation large et fonctionnelle de la notion de responsable. De même, dans ses recommandations, la CNIL indique que « dans certains cas de PaaS et de SaaS publics, les clients, bien que responsables du choix de leurs prestataires, ne peuvent pas réellement leur donner d'instructions et ne sont pas en mesure de contrôler l'effectivité des garanties de sécurité et de confidentialité apportées par les prestataires. Cette absence d'instruction et de moyens de contrôle est due notamment à des offres standardisées, non modifiables par les clients, et à des contrats d'adhésion qui ne leur laissent aucune possibilité de négociation. Dans de telles situations, le prestataire pourrait *a priori* être considéré comme conjointement responsable en vertu de la définition de "responsable

du traitement" fournie à l'article 2 de la directive 95/46/CE, puisqu'il participe à la détermination des finalités et des moyens des traitements de données à caractère personnel. Dans le cas d'une responsabilité conjointe, il est pertinent que les responsabilités incombant à chaque partie soient clairement définies »⁵².

On constate en effet que certains prestataires de cloud ont une position à ce point forte qu'il sera très difficile au client de négocier les conditions de fourniture du service. Aussi peut-on légitimement se demander si c'est encore le responsable du traitement qui donne des instructions au sous-traitant. En pratique, il semble toutefois que la majorité des prestataires de cloud se considèrent davantage comme sous-traitants que comme coresponsables. Les conditions contractuelles sont d'ailleurs rédigées en ce sens.

Conclusion

En substance, il faut insister sur l'importance que revêt cette étape de qualification des acteurs, dans l'analyse préalable à la mise en œuvre d'un traitement de données à caractère personnel.

Les règles à observer sont en effet différentes, suivant que l'on considère les deux intervenants comme des responsables séparés, des responsables conjoints, ou comme un responsable et un sous-traitant.

Dans certains cas, l'exercice est pourtant loin d'être facile. Aussi faut-il faire preuve de précision et de rigueur dans l'analyse des circonstances de fait, pour choisir la qualification adéquate et, ce faisant, garantir un niveau élevé de protection aux personnes concernées.

■ **Hervé Jacquemin**

Professeur à l'UNamur – CRIDS,
Avocat au barreau de Bruxelles

■ **Olivia Guerguinov**

Avocate au barreau de Bruxelles

avocats, op. cit., p. 6 ; EDPB, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, op. cit., p. 12. En ce sens, voy. aussi S. PARSA, « Le R.G.P.D. et la profession d'avocat, au-delà du secret professionnel et du principe de confidentialité », in *Le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D./G.D.P.R.) : premières applications et analyse sectorielle*, coll. CUP, vol. 195, Limal, Anthemis, 2020, pp. 138 et s.

⁴⁵ APD, *Le point sur les notions de responsable du traitement / sous-traitant au regard du règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les avocats*, op. cit., p. 6.

⁴⁶ GROUPE 29, *Avis n° 5/2012 sur l'informatique en nuage*, adopté 1^{er} juillet 2012, WP 196, spécialement point 3.3.1 : « Le client de services d'informatique en nuage détermine l'objectif final du traitement et décide de l'externalisation de ce traitement et de la délégation de tout ou partie des activités de traitement à une organisation externe. Le client agit donc en qualité de responsable du traitement des données [...]. Le client, en tant que responsable du traitement, doit observer la législation sur la protection des données et répondre de toutes les obligations légales mentionnées dans la directive 95/46/CE. Il peut laisser au fournisseur d'informatique en nuage le choix des méthodes et des mesures techniques ou organisationnelles à utiliser pour réaliser les objectifs du responsable du traitement » (souligné par nous).

⁴⁷ Voy. notamment *Opinion of the European Data Protection Supervisor on the Commission's Communication on « Unleashing the potential of cloud Computing in Europe »*, 16 novembre 2012, pp. 12-14, §§ 49-59.

⁴⁸ Voy. not. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in *Le Règlement général sur la protection des données*,

Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 380, 395 et 406 ; J.-M. VAN GYSEGHEM, « Cloud computing et protection des données à caractère personnel : mise en ménage possible ? », *R.D.T.L.*, 2011/42, pp. 39 et s. ; B. DOCCOIR, « Le "cloud computing" ou l'informatique dématérialisée : la protection des données au cœur de la relation contractuelle », *R.D.C.*, 2011, pp. 1007 et s. Une opinion, plus isolée, défend toutefois l'idée que le fournisseur pourrait ne pas jouer le rôle de sous-traitant (W. KUAN HON, Ch. MILLARD et I. WALDEN, « Who is Responsible for "Personal Data" in cloud computing ? - The cloud of Unknowing, Part 2 », *Legal Studies Research Paper n° 77/2011*, accessible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1794130, et également publié dans *International Data Privacy Law*, 2012/2, pp. 3-18).

⁴⁹ Voy. les *Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de cloud computing*, juin 2012, disponible sur www.cnil.fr/fileadmin/images/la_cnil/actualite/Recommandations_pour_les_entreprises_qui_envisagent_de_souscrire_a_des_services_de_cloud.pdf (voy. en particulier la recommandation n° 5).

⁵⁰ Voy. *Le cloud computing - Une opportunité pour l'économie en Belgique*, rapport rédigé par UNISYS pour le SPF Économie, 2013, p. 42.

⁵¹ *Ibid.* : « En fait, il peut arriver qu'un fournisseur de services d'informatique en nuage soit considéré comme un coresponsable du traitement conjointement, ou bien comme un responsable du traitement de plein droit, en fonction des circonstances concrètes. Cela pourrait par exemple être le cas du fournisseur qui traite des données pour ses propres besoins. »

⁵² Voy. les *Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de cloud computing*, op. cit., rec. n° 5.