

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Définitions clés et champ d'application du RGPD

De Terwangne, Cécile

*Published in:*

Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR)

*Publication date:*

2018

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

De Terwangne, C 2018, Définitions clés et champ d'application du RGPD. dans *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR): analyse approfondie*. Cahiers du CRIDS, numéro 44, Larcier , Bruxelles, pp. 59-84.

#### 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.

# TITRE 2

## Définitions clés et champ d'application du RGPD

Cécile DE TERWANGNE<sup>1</sup>

1. Le règlement général sur la protection des données<sup>2</sup> (ci-après le « RGPD ») présente à son article 4 une liste impressionnante de définitions. Vingt-six notions qui interviendront avec une fréquence variable dans la suite du texte bénéficient d'une définition spécifique. La présente contribution s'attache à dessiner les contours des notions cardinales relatives à l'objet de la protection instaurée par le RGPD – la « donnée à caractère personnel » et le « traitement » qui est opéré sur celle-ci, voire le « fichier » dans lequel elle est classée – ainsi qu'aux acteurs jouant un rôle majeur dans la protection – le « responsable du traitement » et le « sous-traitant » (*cf.* au chapitre 1 les sections 1, 2 et 3 ci-dessous).

L'analyse du champ d'application matériel et territorial fait l'objet de la suite du propos. Cela permettra de préciser ce qui est couvert par le RGPD et ce qui ne l'est pas au titre d'une exclusion visée à l'article 2, § 2, du RGPD (*cf.* le chapitre 2, section 1 ci-dessous). L'exclusion des traitements effectués par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique retiendra particulièrement l'attention. La présentation du champ d'application territorial mettra en lumière la nouvelle portée géographique du RGPD par rapport à la précédente directive 95/46/CE<sup>3</sup> (« la Directive »). Sur ce point, le changement est en effet substantiel et le texte européen est appelé à s'appliquer à des acteurs situés bien loin des frontières de l'Union européenne (*cf.* le chapitre 2, section 1).

---

<sup>1</sup> Professeur à la Faculté de Droit de l'Université de Namur et directrice de recherches au CRIDS.

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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.*, L 281/31 du 23 novembre 1995.

## CHAPITRE 1. Définitions clés

### SECTION 1. – Définition de « donnée à caractère personnel »

2. Aux termes de l'article 4.1 du RGPD, il faut entendre par « donnée à caractère personnel » « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable », cette dernière étant appelée la « personne concernée ».

La notion de donnée à caractère personnel présente dans le RGPD est reprise de la Directive. Les contours de cette notion dessinés par le passé, notamment par la jurisprudence et par le Groupe de l'article 29<sup>4</sup>, sont donc toujours pertinents aujourd'hui. Ils ont parfois été reproduits dans les considérants du règlement, ainsi qu'on le verra ci-dessous. Certaines clarifications de la portée exacte de la notion ont également été utilement introduites, en vue notamment de moderniser cette dernière<sup>5</sup>. C'est spécialement le cas à propos du caractère identifiable de la personne concernée (*cf. infra*, § 2).

La notion de donnée à caractère personnel est particulièrement large puisqu'elle s'applique à l'égard de n'importe quelle information (§ 1) pourvu que celle-ci puisse être rattachée directement ou indirectement à un individu (§ 2).

#### § 1. Les informations visées

##### a) Tous types d'informations

3. La notion de « données à caractère personnel » englobe n'importe quel type d'informations : informations privées, publiques, professionnelles ou commerciales, informations objectives ou subjectives.

La notion couvre les *informations privées*, intimes, mais également les *informations* communément qualifiées de *publiques* parce que librement accessibles dans des registres publics tels l'annuaire téléphonique ou sur

---

<sup>4</sup> Voy. les éclaircissements apportés sur cette notion cardinale par le Groupe 29, Avis 4/2007 du 20 juin 2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136.

<sup>5</sup> Th. LEONARD, « Article 2. Champ d'application matériel », GDPR.expert, <https://www.gdpr-expert.eu/article.html?id=2#ouvaton> ; C. DE TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Le règlement européen relatif à la protection des données à caractère personnel : quelles nouveautés ? », *J.D.E.*, 2017, p. 303.

des sites Internet ou des pages publiques de réseaux sociaux. La Cour de justice de l'Union européenne a spécifié, dans son arrêt *Satamedia*<sup>6</sup>, que ce n'est pas parce que des données ont été diffusées, c'est-à-dire portées à la connaissance ou rendues accessibles à un nombre indéfini de personnes, qu'elles ne bénéficient plus d'une protection. En d'autres mots, il n'est pas question de dépouiller de toute protection des données dès lors qu'elles sont rendues publiques d'une quelconque façon, que ce soit notamment sur Internet ou dans un journal<sup>7</sup>.

Entrent aussi dans le champ de la notion de donnée à caractère personnel les *données relatives à la vie professionnelle* d'un individu ou à *ses activités commerciales*. Il a été reconnu par le Tribunal de première instance de l'Union européenne que les noms et prénoms des fonctionnaires européens et des personnes figurant sur les listes de réserve des concours de recrutement organisés par l'Union européenne constituaient des données à caractère personnel<sup>8</sup>. Le Tribunal a réfuté par là la thèse du requérant qui soutenait que l'information selon laquelle une personne est fonctionnaire ne peut pas être considérée comme relevant de sa vie privée<sup>9</sup>. Pour savoir si l'on est en présence de données à caractère personnel, il ne s'agit, en effet, pas de déterminer si une information relève ou non de la vie privée mais seulement d'établir si l'information se rapporte à une personne identifiée ou identifiable. Les noms et prénoms des personnes ayant participé à une réunion de travail figurant sur le procès-verbal de la réunion ont aussi été considérés comme des données à caractère personnel<sup>10</sup>.

La liste des données à caractère personnel est donc particulièrement longue et variée. Il peut s'agir de données contenues dans un répertoire d'adresses, professionnel ou non, ou dans une liste de clients, ou encore d'un numéro de plaque de voiture, de données bibliographiques, de l'identification des parties, des juges et des plaideurs dans les décisions de jurisprudence, des résultats scolaires d'un élève, du numéro de compte bancaire, d'un *log*, etc.

Des *données « matérielles »* portant sur des « choses », mais pouvant être reliées à des individus identifiés, comme les données d'identification d'un

<sup>6</sup> C.J.C.E., 16 décembre 2008, arrêt *Tietosuojavaltutettu c. Satakunnan markkinapörssi oy et Satamedia oy*, C-73/07.

<sup>7</sup> Pt 49 de l'arrêt précité.

<sup>8</sup> T.P.I., 7 juillet 2011, arrêt *Gregorio Valero Jordana c. Commission*, T-161/04, pt 91.

<sup>9</sup> *Idem*, pt 60. Voy. C. GAYREL, « Chronique de jurisprudence en droit des technologies de l'information (2009-2011). Libertés et société de l'information. Cour de Justice de l'Union européenne, Tribunal de Première Instance et Tribunal de la Fonction publique européenne », *R.D.T.I.*, 2012, n<sup>os</sup> 48 et 49, p. 93.

<sup>10</sup> C.J.U.E. (GC), 29 juin 2010, arrêt *Commission c. The Bavarian Lager Co. Ltd*, C-28/08, pt 86.

## LE RÉGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

véhicule ou les données cadastrales, sont aussi à considérer comme des données à caractère personnel. La valeur d'une maison rattachée au patrimoine de son propriétaire ou les données de localisation géographique de taxis associées à leurs chauffeurs relèvent ainsi de la catégorie des données à caractère personnel<sup>11</sup>.

La notion de données à caractère personnel couvre enfin tant les données qui résultent d'éléments objectifs, vérifiables et contestables, que les *données subjectives* contenant une évaluation ou un jugement porté sur quelqu'un<sup>12</sup>. C'est ainsi le cas des annotations d'un examen qui reflètent l'avis ou l'appréciation de l'examineur sur les performances individuelles du candidat<sup>13</sup>, ou des données d'évaluation des employés, que cette évaluation soit exprimée sous forme de points, d'une échelle de valeurs ou par le biais d'autres paramètres d'évaluation<sup>14</sup>. Les données subjectives que sont les évaluations de la fiabilité d'une personne en matière de crédit<sup>15</sup> ou les pronostics en matière d'assurance entrent également dans la définition des données à caractère personnel.

## b) Toutes formes d'informations

4. Les données à caractère personnel peuvent prendre n'importe quelle forme, que ce soit celle d'un texte écrit, d'un graphique, d'un dessin<sup>16</sup>,

---

<sup>11</sup> Voy. les développements sur ces deux exemples par le Groupe 29, WP 136, préc., pp. 10 et 12.

<sup>12</sup> C.J.U.E., 20 décembre 2017, arrêt *Novak*, C-434/16, pt 34.

<sup>13</sup> *Ibid.*, pt 43.

<sup>14</sup> Groupe 29, Recommandation 1/2001 du 22 mars 2001 concernant les données d'évaluation des employés, WP 42.

<sup>15</sup> Groupe 29, Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, WP 136, 20 juin 2007, p. 7.

<sup>16</sup> « À la suite d'un test neuropsychiatrique pratiqué sur une fillette dans le contexte d'une procédure judiciaire concernant sa garde, celle-ci fait un dessin représentant sa famille. Ce dessin fournit des informations sur l'état d'esprit de la fillette et ses sentiments envers différents membres de sa famille. Ces informations pourraient, en soi, être considérées comme des "informations à caractère personnel". Ce dessin révèle, en effet, des informations concernant cet enfant (sa santé mentale), mais aussi le comportement de son père ou de sa mère par exemple. En conséquence, les parents peuvent dans ce cas user de leur droit d'accéder à cet élément d'information spécifique » (Groupe 29, WP 136, sur le concept de donnée à caractère personnel, préc., p. 7).

d'images ou de son<sup>17</sup>, de données biométriques<sup>18</sup> ou génétiques<sup>19</sup>. Si les tissus humains ou matériel biologique d'origine humaine (sang, salive, cheveu...) ne sont pas en soi des données à caractère personnel, les informations issues de l'analyse de ces tissus le sont bien, elles.

## § 2. Les personnes concernées

5. La seule limite de la notion de donnée à caractère personnel est que la donnée doit se rapporter à une *personne physique*. La notion ne couvre donc pas les données concernant les personnes morales telles les sociétés, les fondations, les communes... Elle ne couvre *pas* non plus les données se rapportant aux *personnes décédées*<sup>20</sup>.

Il faut en outre que la donnée « concerne » la personne en cause. « S'agissant de cette dernière condition, celle-ci est satisfaite lorsque, en raison de son contenu, sa finalité ou son effet, l'information est liée à une personne déterminée »<sup>21</sup>.

6. L'élément important pour cerner la notion de donnée à caractère personnel est que la personne à laquelle se rapporte l'information soit *identifiée ou identifiable*, c'est-à-dire que cette personne puisse être identifiée « directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale »<sup>22</sup>. Le considérant n° 30 du RGPD précise que les identifiants en ligne que les personnes physiques peuvent se voir associer par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent et qui entrent dans la définition de donnée à caractère personnel, sont notamment des adresses IP<sup>23</sup>, des cookies (« témoins

---

<sup>17</sup> « En ce qui concerne les services bancaires par téléphone, où la voix du client qui donne des instructions à la banque est enregistrée, il y a lieu de considérer ces instructions enregistrées comme des données à caractère personnel », Groupe 29, Avis 4/2007 sur le concept de données à caractère personnel, préc., p. 9.

<sup>18</sup> Pour une définition des données biométriques, voy. art. 4, 14<sup>e</sup> du RGPD. Voy. égal. Groupe 29, Document de travail sur la biométrie, WP 80, 1<sup>er</sup> août 2003.

<sup>19</sup> Pour une définition des données génétiques, voy. art. 14, 13<sup>e</sup>, du RGPD.

<sup>20</sup> Voy. considérant n° 27 du RGPD.

<sup>21</sup> C.J.U.E., 20 décembre 2017, arrêt *Novak*, C-434/16, pt 35.

<sup>22</sup> Art. 4, 1<sup>er</sup>, du RGPD.

<sup>23</sup> Voy. F. ZUIDERVEEN BORGESIU, « The Breyer Case of the Court of Justice of the European Union : IP Addresses and the Personal Data Definition », *EDPL*, 2017/1, pp. 130-137 ; J.-Ph. MOINY, « Are Internet protocol addresses personal data ? The fight against online copyright infringement »,

de connexion ») ou des étiquettes d'identification par radiofréquence (RFID)<sup>24</sup>.

L'identification dont il est question doit se comprendre non comme l'établissement de l'identité civile d'un individu mais comme l'*individualisation* de cette personne, la capacité de la traiter différemment des autres<sup>25</sup>. « Pour déterminer si une personne physique est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, *tels que le ciblage* »<sup>26</sup>. Le terme « ciblage » correspond dans la version anglaise à « *singling out* » qui peut aussi se traduire par « individualisation ».

La Cour de justice a également précisé que pour qu'une donnée puisse être qualifiée de « donnée à caractère personnel », il n'est pas requis que toutes les informations permettant d'identifier la personne concernée se trouvent entre les mains d'une seule personne<sup>27</sup>.

7. Seules les *données anonymes* sont hors du champ d'application de la protection des données<sup>28</sup>. Une donnée sera considérée comme anonyme lorsqu'elle ne peut pas ou plus être mise en relation avec une personne identifiée ou identifiable. Les données codées ou pseudonymisées, c'est-à-dire les données qui ne peuvent être mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable que par l'intermédiaire d'un code<sup>29</sup>, sont, quant à elles, bien couvertes car le lien n'est plus évident mais n'est pas rompu entre l'information et la personne concernée. Ces données pseudonymes doivent donc être considérées comme des données à caractère personnel. Si toutefois, le tiers capable d'identifier les personnes visées par des données codées est un médecin tenu par l'obligation de secret médical, le responsable du traitement ne pourrait pas raisonnablement obtenir

C.L.S.R., 27, 2011, pp. 348 à 361 ; C.J.U.E., 24 novembre 2011, arrêt *Scarlet Extended v. SABAM*, C-70/10, pt 51 ; C.J.U.E., 19 avril 2012, arrêt *Bonnier Audio AB c. Perfect Communication Sweden AB*, 461/10, pts 51 et 52.

<sup>24</sup> Voy. égal. Groupe 29, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, 4 avril 2008, WP 148.

<sup>25</sup> Voy. la position développée en ce sens par le Groupe 29 dans l'avis 16/2011 du 8 décembre 2011 sur le code de bonnes pratiques de l'AEEP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne (p. 8) et C. GAYREL et R. ROBERT, « Proposition de règlement sur la protection des données. Premiers commentaires », *J.D.E.*, 2012, p. 175.

<sup>26</sup> Considérant n° 36 du RGPD.

<sup>27</sup> C.J.U.E., 19 octobre 2016, arrêt *Breyer*, C-582/14, EU:C:2016:779, pt 43 ; C.J.U.E., 20 décembre 2017, arrêt *Novak*, C-434/16, pt 31.

<sup>28</sup> Voy. considérant n° 26 *in fine*.

<sup>29</sup> Art. 4.5 du RGPD.

l'identification auprès de lui. Dans ce cas, les données codées ne seront pas considérées comme « à caractère personnel »<sup>30</sup>.

Quant aux données anonymes, il est important de réaliser que l'anonymat d'aujourd'hui n'est pas d'office celui de demain et que cet anonymat doit être reconsidéré régulièrement au vu des développements techniques et des possibilités de croisement des données, notamment dans le cadre du *Big Data*, qui pourraient amener à un certain moment à réévaluer le caractère anonyme des données et à les faire rentrer dans la catégorie des données à caractère personnel<sup>31</sup>.

## SECTION 2. – Définition de traitement et de fichier

### § 1. Notion de traitement

8. La définition de la deuxième notion cardinale en matière de protection des données s'inscrit, elle aussi, dans la ligne de la définition issue de la Directive depuis 1995. Aux termes de l'article 4.2 du RGPD, on entend par « traitement » « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation 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 ».

Les seules modifications par rapport à la définition initiale consistent dans l'apparition de la « structuration » dans la liste des opérations et la modification du « verrouillage » par la « limitation », terme censé être plus éclairant sur le fait que l'usage des données est restreint dans certaines circonstances<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Voy. par ailleurs, dans le même sens, l'avis 4/2007 du Groupe 29 sur le concept de donnée à caractère personnel, WP 136 adopté le 20 juin 2007. L'exemple 13, p. 17, reprend précisément le cas de données médicales codées transmises à une société pharmaceutique, seuls les médecins tenus au secret professionnel connaissant le nom des patients. Le Groupe 29 conclut que les données codées ne sont pas dans ce cas des données à caractère personnel.

<sup>31</sup> Groupe 29, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, 10 avril 2014, WP 216.

<sup>32</sup> On notera en outre une erreur de traduction : le texte aurait dû dire, en cohérence avec la version anglaise du règlement et avec le texte originel de la directive « la communication par transmission, diffusion ou toute autre forme de mise à disposition ». Le fait d'avoir inséré un « la » devant « diffusion » donne l'impression qu'il s'agit d'une opération distincte de la communication alors qu'il s'agit d'une illustration d'une des formes que peut prendre la communication.

Les opérations entrant dans la notion de traitement sont donc particulièrement variées et vont de la collecte à la destruction des données. En fait, tout ce qui peut être fait avec des données à caractère personnel, tout type d'actions ou d'utilisations des données entre dans la définition de « traitement ».

L'intention étant de protéger les individus dès l'instant où l'on collecte ou on enregistre les informations se rapportant à eux, le législateur européen a veillé à faire intervenir la notion de traitement dès lors qu'une opération, même unique, est appliquée aux données.

## § 2. Notion de fichier

9. La notion de fichier est inchangée par rapport à celle contenue dans la Directive. Elle couvre « tout ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés, que cet ensemble soit centralisé, décentralisé ou réparti de manière fonctionnelle ou géographique »<sup>33</sup>.

Pour que la notion de fichier s'applique, « il faut des données ordonnées et que celles-ci soient accessibles en fonction de critères déterminés. À cet égard, l'ordre et la méthode conduisent inévitablement à l'application de la [règlementation] »<sup>34</sup>. C'est donc par la structuration des données personnelles qu'il contient, permettant l'accessibilité de ces données, que le fichier se caractérise. Un classement sur la base des noms des personnes, par ordre alphabétique, constitue un fichier au sens du RGPD. Il en est de même des classements selon un critère géographique, chronologique ou sur la base de résultats, etc.

Cette notion n'intervient qu'en présence d'un traitement effectué avec des moyens non automatisés<sup>35</sup>. En effet, c'est la facilité d'accès aux données qui est un des principaux facteurs de risques pour les droits et libertés des individus. Cette facilité est certes caractéristique des moyens automatisés sans qu'il y ait besoin d'une classification préalable des données, mais on la retrouve aussi, même si à un moindre degré, en présence de données rassemblées sur support papier et conservées selon des critères de classement permettant précisément un accès direct aux données. Cependant il faut avouer que dans le contexte actuel, les hypothèses dans lesquelles il n'est

<sup>33</sup> Art. 4.6 du RGPD.

<sup>34</sup> C. DE TERWANGNE, J. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHEM, *Le divorce et les technologies de l'information et de la communication : introduction à la protection des données dans la preuve des causes de divorce*, Kluwer, 2005.

<sup>35</sup> Voy. C. DE TERWANGNE, « La difficile application de la législation de protection des données à caractère personnel. Obs. sous Cass. (belge) 22 février 2017 », *J.T.*, 2017, pp. 752 et s.

fait recours à aucun moyen automatisé et où la notion de fichier trouve à s'appliquer se réduisent à peau de chagrin<sup>36</sup>.

10. La classification des données distingue le fichier du dossier qui, lui, n'est pas couvert par les règles de protection des données<sup>37</sup>. Le critère de distinction entre fichier et dossier se situe dans le degré d'accessibilité des données contenues. Ces données doivent être accessibles selon des critères déterminés pour que l'ensemble soit considéré comme fichier. Un rassemblement de données non structurées et sur papier correspond à un dossier.

### SECTION 3. – Définition des acteurs : responsable du traitement et sous-traitant

11. Les principaux acteurs intervenant dans la protection des données sont le responsable du traitement et le sous-traitant auquel il est éventuellement fait recours.

#### § 1. Le responsable du traitement

12. Le rôle de responsable du traitement est essentiel dans la mesure où c'est à lui qu'incombe la majeure partie des obligations établies par le RGPD et c'est lui l'interlocuteur privilégié des personnes concernées par les données traitées. C'est à lui que ces dernières s'adresseront lorsqu'elles désireront exercer les droits que leur confère le régime de protection des données.

Il est donc impératif de déterminer qui est le responsable du traitement.

D'après l'article 4.7 du règlement qui reprend les termes de la Directive, le responsable du traitement est celui « qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement ». Il peut s'agir d'une personne physique ou morale d'une autorité publique, d'un service ou d'un autre organisme<sup>38</sup>. Le responsable du traitement est donc la personne ou l'entité « responsable des choix qui président à la définition et à la mise en œuvre des traitements »<sup>39</sup>. Le Groupe de l'article 29 a considéré qu'« être responsable du traitement résulte essentiellement

---

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Considérant n° 15 du RGPD.

<sup>38</sup> Art. 4.7 du RGPD.

<sup>39</sup> M.-H. BOULANGER, C. DE TERWANGNE, Th. LÉONARD, S. LOUVEAUX, D. MOREAUX et Y. POULLET, « La protection des données à caractère personnel en droit communautaire », *J.T.D.E.*, 1997, p. 126.

du fait qu'une entité a choisi de traiter des données à caractère personnel pour des finalités qui lui sont propres »<sup>40</sup>.

Étant donné que la qualité de responsable du traitement dépend des deux critères énoncés ci-dessus, la désignation concrète des responsables de traitement sera affaire de cas par cas. Le Groupe de l'article 29 ne dit rien d'autre en considérant que la capacité de déterminer les finalités et les moyens du traitement « se déduira généralement d'une analyse des éléments factuels ou des circonstances de l'espèce : il conviendra d'examiner les opérations de traitement en question et de comprendre qui les détermine, en répondant dans un premier temps aux questions "pourquoi ce traitement a-t-il lieu ?" et "qui l'a entrepris ?" »<sup>41</sup>.

Une désignation erronée du responsable du traitement, c'est-à-dire qui est contredite par la situation de fait, ne lie pas le juge ni l'autorité de contrôle qui, dans une telle hypothèse, seront amenés à qualifier de responsable du traitement la personne répondant aux critères légaux.

Par ailleurs, comme auparavant, le RGPD précise que « 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 »<sup>42</sup>.

13. Il est à noter que la qualité de responsable du traitement peut être partagée et qu'il se peut que l'on désigne plusieurs coresponsables d'un traitement selon que plusieurs intervenants définissent les finalités ou les moyens de celui-ci<sup>43</sup>.

## § 2. Le sous-traitant

14. Le sous-traitant est « 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 »<sup>44</sup>.

Il ressort de cette définition que, pour être considéré comme sous-traitant, l'on ne peut pas être dans une relation hiérarchique avec le

---

<sup>40</sup> Groupe 29, Avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », WP 169, [http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf), p. 9.

<sup>41</sup> *Ibid.*

<sup>42</sup> Art. 4.7 du RGPD.

<sup>43</sup> Art. 4.7 du RGPD.

<sup>44</sup> Art. 4.8 du RGPD.

responsable du traitement et que l'on doit traiter des données à caractère personnel pour le compte de ce dernier.

Bien souvent, le sous-traitant interviendra au niveau des moyens à mettre en œuvre pour atteindre les finalités dès lors qu'il sera fait appel à lui pour ses compétences particulières. Ce sera le cas de fournisseurs de services Internet tels que les fournisseurs de *Cloud Computing*<sup>45</sup>.

Il est à noter qu'une même personne peut être responsable de traitement dans le cadre d'un traitement et sous-traitant pour une autre.

Si la définition de cet acteur est rigoureusement la même que dans la Directive, le rôle que le RGPD lui attribue est bien plus grand (voy. le chapitre du présent ouvrage consacré aux sous-traitants).

## CHAPITRE 2. Champ d'application matériel du règlement

### SECTION 1. – Traitements automatisés et traitements manuels

15. Le champ d'application matériel de la réglementation n'est pas formellement modifié par rapport à ce que prévoyait la Directive. Le RGPD est applicable à tout « traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier »<sup>46</sup>.

Les données à caractère personnel sont donc couvertes par la protection du règlement à partir du moment où elles font l'objet d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé. Les moyens automatisés englobent toutes les technologies de l'information : informatique, télématique, réseaux de télécommunications (Internet), puces, géolocalisation, ...

Toutefois, les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement non automatisé entrent également dans le champ d'application du

---

<sup>45</sup> Voy., à ce propos, J.-M. VAN GYSEGHEM, « *Cloud computing* et protection des données à caractère personnel : mise en ménage possible ? », *R.D.T.I.*, n° 42, pp. 35 à 50. Voy. égal. Groupe 29, Avis 05/2012 sur l'informatique en nuage, [http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_fr.pdf).

<sup>46</sup> Art. 4.2 du RGPD.

RGPD, mais seulement dans les cas où on est en présence d'un fichier, c'est-à-dire d'un « ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés »<sup>47</sup>.

La prise de notes sur des feuillets, la consultation de documents papier isolés ou l'envoi par courrier ordinaire de photocopies de documents papier qui ne sont pas extraits d'un « ensemble structuré de données à caractère personnel accessibles selon des critères déterminés » sont, quant à eux, hors champ du RGPD et peuvent se faire sans tenir compte des principes régissant la protection des données à caractère personnel.

Le considérant n° 15 clarifie l'intention poursuivie par le choix d'un champ d'application large couvrant tant les situations où il est fait recours aux procédés automatisés que celles où aucun moyen automatisé n'intervient pourvu que les données soient structurées : « Afin d'éviter de créer un risque grave de contournement, la protection des personnes physiques devrait être neutre sur le plan technologique et ne devrait pas dépendre des techniques utilisées. Elle devrait s'appliquer aux traitements de données à caractère personnel à l'aide de procédés automatisés ainsi qu'aux traitements manuels, si les données à caractère personnel sont contenues ou destinées à être contenues dans un fichier ». Les auteurs du règlement n'ont pas voulu qu'en ne visant que les moyens automatisés, ils suscitent la création de zones de non-protection pour des données qu'on consignerait dans des fichiers papier pour échapper aux règles légales.

Cela dit, ainsi qu'on l'a relevé ci-avant, il est clair aujourd'hui que les situations où aucun moyen automatisé n'est mobilisé sont de plus en plus rares<sup>48</sup>.

Il convient de faire remarquer que, quand interviennent des moyens automatisés, il ne faut pas obligatoirement que les données soient structurées d'une manière ou d'une autre pour que le RGPD s'applique. En effet, l'efficacité de tels moyens permet d'accéder à une ou plusieurs données enregistrées dans un vaste ensemble (qui peut être une impressionnante base de données ou les différentes pages d'un site Internet, par exemple), de les sélectionner, les extraire, les associer, les modifier, etc. sans qu'il soit nécessaire que les données aient fait l'objet d'une structuration préalable pour arriver à ces résultats.

16. Il importe de préciser également que les dispositions contenues dans la réglementation de protection des données à caractère personnel

---

<sup>47</sup> Art. 4, 6°, du RGPD.

<sup>48</sup> Voy. C. DE TERWANGNE, « La difficile application de la législation de protection des données à caractère personnel. Obs. sous Cass. (belge) 22 février 2017 », *op. cit.*, pp. 752 et s.

s'appliquent tant au secteur public qu'au secteur privé. Il est donc indifférent, pour la prise en compte des principes de protection des données, que le détenteur des informations soit une entité publique ou privée.

## SECTION 2. – Exclusions du champ d'application matériel

### § 1. L'exclusion des traitements effectués dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique

17. Les traitements de données à caractère personnel effectués « par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique » bénéficient d'une exclusion totale du champ d'application du RGPD<sup>49</sup>.

18. La justification de cette exclusion réside dans le but d'éviter d'imposer des obligations déraisonnables en présence de traitements de données réalisés par des individus dans le cadre de leur sphère privée pour des activités relevant de l'exercice de leur vie privée<sup>50</sup>. En outre, on ne peut, au nom de la protection des données d'autrui, violer l'intimité de celui qui traite des données dans le cadre de sa vie privée et familiale<sup>51</sup>. Le régime de protection

---

<sup>49</sup> Art. 2, § 2, c), du RGPD. On notera qu'il est désormais question d'activités « strictement » personnelles ou domestiques alors que la directive 95/46/CE visait les activités « exclusivement » personnelles ou domestiques. Le texte en anglais de la directive, « *a purely personal or household activity* », est repris tel quel dans le RGPD, ce qui signifie que la portée de l'exclusion ne devrait pas être modifiée par le changement de traduction.

<sup>50</sup> Voy. en ce sens Explanatory Report of the Protocol amending the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS No. 108), <https://rm.coe.int/16806b6ec2>, pt 26.

<sup>51</sup> Dans ses conclusions à propos de l'affaire *František Ryneš*, l'avocat général Jääskinen a mis en évidence cet objectif de protection du droit à la vie privée des personnes traitant des données personnelles relatives à autrui. Il déclare ainsi « En fait, j'estime [...] que cette exception permet dans le cadre juridique actuel, à savoir celui créé par la directive 95/46, d'assurer la protection prévue à l'article 7 de la Charte [garantissant le droit au respect de la vie privée et familiale] en faveur de celui qui se livre au traitement de données à caractère personnel dans sa vie privée et familiale » (Concl. Av. gén. N. JÄÄSKINEN, 10 juillet 2014, *František Ryneš c. Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13, pt 52). Voy. égal. Groupe 29, Statement of the Working Party on current discussions regarding the data protection reform package. Annex 2 : Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities, 27 février 2013, [http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227\\_statement\\_dp\\_annex2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf), pp. 5-6 ; C. DE TERWANGNE, J.-Ph. MOINY, « La Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes

des données implique en effet des obligations de transparence (devoir d'information des personnes à propos desquelles des données sont collectées, droits de ces personnes de connaître les données traitées sur leur compte et d'en vérifier la qualité, ...) et attribue des pouvoirs de contrôle à des autorités spécialisées, qui peuvent être perçus comme autant d'ingérences dans la vie privée de celui qui traite les données dans un contexte tout à fait personnel ou familial<sup>52</sup>. Par ailleurs, le contexte personnel ou familial dans lequel de tels traitements de données sont effectués se caractérise par un risque réduit pour les personnes dont les données sont traitées, du fait de la non publicité des données en question hors de ce contexte limité.

19. Le considérant n° 18 du RGPD fournit comme exemples d'activités couvertes par cette exception l'échange de correspondance, la tenue de répertoires d'adresses, l'utilisation de réseaux sociaux et les activités en ligne qui ont lieu dans le cadre de ces activités. Ce considérant précise que le RGPD « ne s'applique pas aux traitements de données à caractère personnel effectués par une personne physique au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques, et donc sans lien avec une activité professionnelle ou commerciale ».

Il ne faut pas déduire du considérant n° 18 que l'application du RGPD est d'office exclue lorsqu'un individu utilise les réseaux sociaux hors du cadre d'une activité professionnelle ou commerciale. La jurisprudence de la Cour de justice sur la portée de l'exclusion à des fins personnelles ou domestiques va dans le sens d'une interprétation stricte de l'exclusion<sup>53</sup>. La Cour a considéré dans une affaire *Frantisek Rynes*<sup>54</sup> que dès lors qu'une activité (en l'occurrence, une utilisation de caméra de vidéosurveillance pour protéger un domicile privé) « s'étend, même partiellement, à l'espace public et, de ce fait, est dirigée vers l'extérieur de la sphère privée de celui qui procède au traitement des données par ce moyen, elle ne saurait être considérée comme une activité exclusivement 'personnelle

---

à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel et les concepts fondamentaux de la protection des données », in C. DE TERWANGNE (ed.), *Vie privée et données à caractère personnel*, Bruxelles, Politeia, 2013, chap. 2.2., pp. 48 et s.

<sup>52</sup> Voy. Convention for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data (ETS no. 108), Explanatory report, 18 mai 2018, §§ 27-28, disponible sur le site du Conseil de l'Europe à l'adresse [https://search.coe.int/cm/Pages/result\\_details.aspx?ObjectId=090000168089ff4b](https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=090000168089ff4b).

<sup>53</sup> Voy. à cet égard : C. DE TERWANGNE, « L'exception concernant les traitements de données à des fins personnelles et domestiques de la Directive 95/46/CE relative à la protection des données : note d'observations sous Cour de Justice de l'Union européenne (4<sup>e</sup> ch.), 11 décembre 2014 », *R.D.T.I.*, 2015, n° 58, pp. 39-51.

<sup>54</sup> C.J.U.E., 11 décembre 2014, arrêt *František Rynes c. Úřad pro ochranu osobních údajů*, C-212/13.

ou domestique', au sens de l'article 3, paragraphe 2, second tiret, de la Directive 95/46 ». Dans le même sens, la Cour avait déjà souligné dans l'arrêt *Lindqvist*<sup>55</sup> et dans l'arrêt *Satamedia*<sup>56</sup> que la diffusion de données à caractère personnel sur Internet sort de la sphère personnelle ou domestique par le fait que les données sont rendues accessibles à un nombre indéterminé et illimité de personnes<sup>57</sup>.

Le critère de l'accessibilité<sup>58</sup> des données à un nombre indéterminé de personnes pour refuser l'application de l'exception conduit donc à ce que la diffusion de données à caractère personnel sur un site Internet, un blog, sur Youtube, une page Facebook ou Instagram ouverts à tous, ne peut pas bénéficier de l'exception pour usage à des fins personnelles ou domestiques. Tous ces types de publication de données sont donc couverts par le RGPD et doivent respecter les exigences<sup>59</sup> de ce régime de protection.

Dans une déclaration émise le 27 février 2013 à propos de la formulation en projet de l'exception pour les traitements à des fins personnelles ou domestiques dans le RGPD, le Groupe de l'article 29 a proposé un ensemble de critères devant permettre de déterminer si l'on se trouve en présence d'un tel traitement. Le Groupe 29 précise qu'aucun de ces critères n'est déterminant à lui tout seul pour établir la finalité personnelle ou domestique mais qu'il faut appliquer une combinaison de ces facteurs. Les critères identifiés sont formulés sous forme des questions suivantes :

« - *Is the personal data disseminated to an indefinite number of persons, rather than to a limited community of friends, family members or acquaintances ?*  
 - *Is the personal data about individuals who have no personal or household relationship with the person posting it ?*

<sup>55</sup> C.J.C.E., 6 novembre 2003, arrêt *Lindqvist*, C-101-01, *Rec.*, p. I-12971, pt 47. Voy. C. DE TERWANGNE, « Arrêt Lindqvist ou quand la Cour de Justice des Communautés européennes prend position en matière de protection des données personnelles », 6 novembre 2003, *R.D.T.I.*, 2004, n° 19, pp. 67-99.

<sup>56</sup> C.J.C.E., 16 décembre 2008, arrêt *Tietosuojavaluutettu c. Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, C73/07, pt 44.

<sup>57</sup> Voy. égal. à ce sujet l'avis du Contrôleur européen de la protection des données sur le paquet de mesures pour une réforme de la protection des données, 7 mars 2012, [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu), p. 17.

<sup>58</sup> J.-Ph. MOINY, « Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données », *R.E.C.O.-European Journal of Consumer Law*, 2010/2, p. 251.

<sup>59</sup> Exigences qui seront sans doute allégées dans le cadre du régime spécifique réservé aux traitements effectués en lien avec la liberté d'expression. Ce régime spécifique varie d'un État membre à l'autre car l'article 85 invite chaque État membre à prévoir les adaptations qu'il juge nécessaires pour concilier le droit à la protection des données et le droit à la liberté d'expression et d'information. Voy. la contribution de Quentin VAN ENIS dans la cinquième partie du présent ouvrage.

## LE RÉGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

- *Does the scale and frequency of the processing of personal data suggests professional or full-time activity ?*
- *Is there evidence of a number of individuals acting together in a collective and organised manner ?*
- *Is there a potential adverse impact on individuals, including intrusion into their privacy ? »<sup>60</sup>*

20. Le RGPD précise enfin que, s'il ne couvre pas les traitements de données effectués dans le cadre d'activités personnelles ou domestiques, il s'applique par contre bien « aux responsables du traitement ou aux sous-traitants qui fournissent les moyens de traiter des données à caractère personnel pour de telles activités personnelles ou domestiques »<sup>61</sup>. Les hébergeurs de photographies, les fournisseurs d'agenda en ligne, les réseaux sociaux, etc. sont en conséquence tenus, eux, de respecter le RGPD<sup>62</sup>.

Cette précision n'est pas sans soulever d'épineuses questions. En effet, lorsque ces acteurs offrant les moyens de traiter des données pour des activités personnelles ou domestiques entrent dans la qualification de sous-traitant (lorsqu'ils ne font qu'héberger des données pour autrui, par exemple), il ne se trouvera aucun responsable du traitement pour leur donner des injonctions puisque celui qui aurait dû avoir l'étiquette de responsable du traitement se trouve hors du champ du RGPD parce qu'il agit, lui, dans un cadre personnel ou domestique. Pareille situation où un sous-traitant existe mais pas de responsable du traitement suscite des problèmes de mise en œuvre des obligations légales<sup>63</sup>. On renvoie sur ce point au chapitre du présent ouvrage consacré aux obligations des responsables et sous-traitants<sup>64</sup>.

---

<sup>60</sup> Groupe 29, Statement of the Working Party on current discussions regarding the data protection reform package. Annex 2 : Proposals for Amendments regarding exemption for personal or household activities, 27 février 2013, [http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227\\_statement\\_dp\\_annex2\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/other-document/files/2013/20130227_statement_dp_annex2_en.pdf), p. 4.

<sup>61</sup> Considérant n° 18, *in fine*, du RGPD.

<sup>62</sup> Sur ce point, pour une explication détaillée des cas où l'exception « à des fins personnelles et domestiques » joue dans le contexte des réseaux sociaux, voy. Groupe 29, Avis 5/2009 du 12 juin 2009 sur les réseaux sociaux en ligne, WP 163 ; J.-Ph. MOINY, « Facebook au regard des règles européennes concernant la protection des données », *op. cit.*, p. 250 et s.

<sup>63</sup> Cela suscite notamment des difficultés à appliquer l'article 28 du RGPD consacré aux sous-traitants.

<sup>64</sup> Voy. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant » dans le présent ouvrage.

## § 2. Autres exclusions

21. Le RGPD a prévu d'autres exclusions de son champ d'application. Il ne s'applique très logiquement pas aux traitements de données à caractère personnel se rapportant à des activités qui se situent hors du champ d'application du droit de l'Union, telles que les activités relatives à la sécurité nationale<sup>65</sup>.

Il ne s'applique pas non plus au traitement des données à caractère personnel effectués par les États membres dans le contexte de leurs activités ayant trait à la politique étrangère et de sécurité commune de l'Union<sup>66</sup>.

Enfin, il ne s'applique pas davantage aux activités de traitement effectuées par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, y compris la protection contre les menaces pour la sécurité publique et la prévention de telles menaces et la libre circulation de ces données. La protection des personnes physiques à l'égard du traitement de leurs données à caractère personnel à ces fins est réalisée par le biais d'un instrument juridique spécifique plutôt que par le RGPD : la directive 2016/680/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016<sup>67</sup>.

## CHAPITRE 3. Champ d'application territorial du règlement

22. Sur ce point des modifications substantielles sont à souligner par rapport aux critères d'application territoriale prévus auparavant.

---

<sup>65</sup> Art. § 2, a), du RGPD ; considérant n° 16 du RGPD.

<sup>66</sup> Art. § 2, b), du RGPD ; considérant n° 16 du RGPD.

<sup>67</sup> Directive 2016/680/UE du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

## SECTION 1. – Incidence et limites du choix d'un règlement

23. Dès lors que l'instrument juridique choisi est un règlement et non plus une directive<sup>68</sup>, il ne s'agit plus de chercher, à travers un critère de rattachement, à déterminer la ou les lois nationales applicables à un traitement de données. Le RGPD s'applique uniformément dans toute l'Union européenne. C'est là un des principaux avantages recherchés du nouveau régime de protection des données. Le « rattachement » d'un traitement de données à un territoire national devient théoriquement inutile.

La situation des institutions faisant partie d'une multinationale ou, à tout le moins, présentes dans plusieurs États Membres de l'Union européenne est désormais ainsi simplifiée depuis la mise en application du RGPD. Les mêmes règles sont applicables à l'ensemble des acteurs quel que soit l'État où ils sont établis. Seuls les points de droit pour lesquels une marge de manœuvre est encore réservée aux États Membres auront une application limitée à la juridiction de chaque État.

24. Car il est vrai, les législateurs nationaux sont encore invités par le RGPD à intervenir dans un certain nombre de cas « pour en exécuter certaines dispositions, pour les compléter par une spécificité nationale nouvelle ou préexistante (que le droit de l'Union permet ainsi de conserver) ou par des dérogations dans certains cas »<sup>69</sup>.

Cette intervention législative au niveau national soulève inévitablement la question du critère de rattachement à appliquer dans ces cas<sup>70</sup>. Cette question n'est pas réglée par le règlement. Il revient aux différents législateurs de définir les critères d'application territoriale pour les mesures nationales qu'ils adoptent. Il est clair qu'il y a là un risque que les États optent pour des critères divergents ou s'en remettent aux règles de droit international privé.

---

<sup>68</sup> Pour une explication des motivations qui ont présidé au choix d'un règlement plutôt que d'une directive, voy. la contribution du présent ouvrage « Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) cœur du puzzle de la protection des données à caractère personnel par l'Union européenne » de Valérie VERBRUGGEN.

<sup>69</sup> V. VERBRUGGEN, « Le Règlement général sur la protection des données (RGPD) cœur du puzzle de la protection des données à caractère personnel par l'Union européenne », dans le présent ouvrage.

<sup>70</sup> Ce problème avait pourtant été soulevé par le Contrôleur européen de la protection des données dans son avis sur le paquet de mesures pour une réforme de la protection des données, 7 mars 2012, [www.edps.europa.eu](http://www.edps.europa.eu), p. 18.

## SECTION 2. – Critères de rattachement

25. Ni la nationalité des personnes concernées ni leur lieu de résidence ni la localisation physique des données à caractère personnel ne sont déterminants pour décider de l'application du RGPD à une situation de traitement de données.

Les critères à prendre en considération pour déterminer si le RGPD est applicable sont le lieu d'établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant<sup>71</sup> (§ 1) et, dans le cas où ceux-ci se trouveraient en dehors de l'Union européenne, la localisation du public cible<sup>72</sup> (§ 2)<sup>73</sup>.

### § 1. Le lieu d'établissement du responsable ou du sous-traitant

26. Le RGPD s'applique lorsque les données sont traitées dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant sur le territoire de l'Union européenne, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union<sup>74</sup>.

L'établissement situé sur le sol européen suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif ou d'une installation stable<sup>75</sup>. Dans son arrêt *Weltimmo*, la Cour de justice a précisé qu'« il y a lieu de considérer que la notion d'« établissement », au sens de la directive 95/46/CE, s'étend à toute activité réelle et effective, même minime, exercée au moyen d'une installation stable »<sup>76</sup>. Un serveur ou un ordinateur ne sont, quant à eux, pas susceptibles d'être qualifiés d'établissements, « puisqu'il s'agit

---

<sup>71</sup> Art. 3, § 1<sup>er</sup>, du RGPD.

<sup>72</sup> Art. 3, § 2, du RGPD.

<sup>73</sup> Un troisième critère permet d'appliquer le règlement aux traitements de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public (art. 3, § 3, du RGPD). Nous ne nous appesantirons pas sur cette hypothèse dans la présente contribution.

<sup>74</sup> Art. 3, § 1<sup>er</sup>, du RGPD.

<sup>75</sup> Considérant n° 22 du RGPD (reprenant les termes du considérant n° 19 de la directive 95/46/CE).

<sup>76</sup> C.J.U.E., 1<sup>er</sup> octobre 2015, arrêt *Weltimmo s.r.o. c. Nemzeti Adatvédelmi és Információs-zabadság Hatóság*, C-230/14, pt 31. Dans cette affaire, la Cour a admis que « la présence d'un seul représentant peut, dans certaines circonstances, suffire pour constituer une installation stable si celui-ci agit avec un degré de stabilité suffisant à l'aide des moyens nécessaires à la fourniture des services concrets concernés, dans l'État membre en question » (pt 30).

simplement d'une installation technique ou d'un outil de traitement d'informations »<sup>77</sup>.

Il convient donc de vérifier si le traitement a lieu *dans le cadre des activités* d'un établissement localisé sur le territoire de l'Union. Cette exigence a reçu une interprétation large sous le régime de la Directive, la Cour de justice ayant précisé que cela signifiait, non pas que le traitement de données à caractère personnel en question doive être effectué « par » l'établissement concerné lui-même, mais uniquement qu'il le soit « dans le cadre des activités » de celui-ci<sup>78</sup>. Et, comme l'a dit aussi la Cour, toute activité même minime, peut être prise en compte. Quant au Groupe de l'article 29, il a indiqué à cet égard qu'« il convient de prendre en considération le degré de participation de l'établissement aux activités de traitement, la nature des activités, ainsi que la nécessité d'assurer la protection effective des données »<sup>79</sup>. Pour les activités déployées sur Internet, le Groupe 29 a aussi précisé que « [l]e lieu d'établissement d'une société qui fournit des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où est située la technologie qui supporte son site Web ni le lieu d'accès au site Web mais le lieu où elle exerce son activité »<sup>80</sup>.

27. La forme juridique retenue pour l'établissement est sans incidence ici, qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique<sup>81</sup>. Ainsi, une institution financière, un complexe hôtelier ou un cabinet d'avocats, faisant partie d'une structure « internationale » présente dans plusieurs États du monde, devront respecter le RGPD pour les

<sup>77</sup> Groupe 29, Avis 8/2010 du 16 décembre 2010 sur le droit applicable, WP 179, p. 13.

<sup>78</sup> C.J.U.E., 13 mai 2014, *Google Spain -Google Inc. c. Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) - Mario Costeja González*, C-131/12, pt 52. Voy. égal. à cet égard l'arrêt du 28 juillet 2016, dans lequel la Cour de justice devait trancher la question de savoir si, lorsqu'une société basée au Luxembourg conclut des contrats de commerce électronique avec des consommateurs situés sur un autre territoire, ce serait la loi de ce territoire qui trouverait à s'appliquer. Elle a considéré que l'article 4, paragraphe 1, sous a), de la directive 95/46/CE doit être interprété en ce sens que pour qu'un traitement de données à caractère personnel effectué par une entreprise de commerce électronique soit régi par le droit de l'État membre vers lequel cette entreprise dirige ses activités, il faut que cette entreprise procède au traitement des données en question dans le cadre des activités d'un établissement situé dans cet État membre vers lequel l'activité est dirigée. Il appartient à la juridiction nationale d'apprécier si tel est le cas (C.J.U.E., 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation c. Amazon EU Sàrl*, aff. C-191/15).

<sup>79</sup> Groupe 29, Avis 8/2010 du 16 décembre 2010 sur le droit applicable, WP 179.

<sup>80</sup> Groupe 29, Document de travail du 30 mai 2002 sur l'application internationale du droit de l'Union européenne en matière de protection des données au traitement de données à caractère personnel sur Internet par des sites Web établis en dehors de l'Union européenne, WP 56.

<sup>81</sup> Considérant n° 22 du RGPD.

traitements liés aux activités déployées dans les entités établies sur le territoire de l'U.E., même si les opérations de traitement sont elles-mêmes localisées hors de l'Union. La dépendance de ces institution, hôtel ou cabinet à l'égard d'une entité mère ou leur intégration complète dans une société de droit étranger est sans incidence sur la règle d'application du RGPD.

28. Enfin, une question est liée à la nouvelle hypothèse d'application des règles européennes de protection des données, qui visent également les traitements effectués dans le cadre des activités d'un établissement d'un *sous-traitant* sur le territoire de l'Union. Concrètement, si une société établie au Canada et qui traite des données de citoyens canadiens fait appel à un sous-traitant établi sur le territoire de l'Union européenne, ce traitement sera soumis au RGPD.

Une question demeure ouverte : faudra-t-il dans ce cas considérer que le RGPD sera applicable à l'ensemble des opérations de traitement ou uniquement à celles de sous-traitance ? Si l'on s'en tient au texte du règlement et aux considérants, on pourrait défendre l'idée qu'il ne s'agit que des opérations sous-traitées dès lors que le texte énonce que le règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre *des activités d'un établissement d'un sous-traitant* sur le territoire de l'Union. Le lien avec les activités du sous-traitant pourrait donc conduire à restreindre l'application du RGPD aux seules opérations de traitement mises en œuvre par le sous-traitant. Reste que cela n'implique pas forcément que seul le sous-traitant serait soumis à des obligations en vertu du RGPD. Aucune restriction en ce sens n'est prévue dans le règlement. Dès lors que le celui-ci est applicable, il y a lieu de se référer, à notre sens, à ses autres dispositions qui définissent les obligations et responsabilités respectives du responsable du traitement et du sous-traitant<sup>82</sup>. Faire appel à un sous-traitant établi sur le territoire de l'Union peut donc avoir des conséquences importantes.

---

<sup>82</sup> C. de TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *R.D.T.I.*, 2016, p. 15, n° 13.

## § 2. La localisation du public cible

### a) De la localisation des moyens de traitement à la localisation du public cible

29. Dans l'optique d'empêcher la délocalisation artificielle des responsables du traitement<sup>83</sup>, il avait été prévu un critère auxiliaire dans la Directive : celui de la localisation sur le territoire d'un État membre de l'UE des moyens utilisés pour le traitement de données<sup>84</sup>. Ainsi, un responsable établi hors Union européenne mais qui faisait usage de moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire d'un État membre devait respecter la loi relative à la protection des données de cet État. Ce critère, appliqué par exemple à l'utilisation de cookies enregistrés sur des terminaux d'utilisateurs localisés sur le territoire d'un État membre<sup>85</sup>, a soulevé des questions d'interprétation et de praticabilité. Ce critère n'est plus repris dans le RGPD mais l'application extraterritoriale revient par le biais de dispositions nouvelles permettant de toucher des responsables de traitement établis hors de l'Union européenne<sup>86</sup>.

30. Inspirés par une volonté de réagir aux collectes et traitements à grande échelle de données de résidents européens par des sociétés établies en dehors de l'Union, deux nouveaux critères ont été insérés à l'article 3 du

---

<sup>83</sup> Voy. toutefois : « Some mention that this Art. 4. 1(c) was mainly aimed at those situations where a controller would try to escape from application of the law by establishing itself outside the Union. [...] We do not believe however that this Article is only aimed against this type of practice. Offering protection on Union territory remains equally important » (E. KINDT, « Why Research May No Longer Be the Same : About the Territorial Scope of the New Data Protection Regulation », *Computer Law and Security Report*, vol. (32), pp. 729 et s., CiTiP Working papers Series, 26/2016, [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2768669](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2768669)).

<sup>84</sup> Art. 4.1.c. de la directive 95/46/CE. Voy. le considérant n° 20 de la directive 95/46/CE : « considérant que l'établissement, dans un pays tiers, du responsable du traitement de données ne doit pas faire obstacle à la protection des personnes prévue par la présente directive ; que, dans ce cas, il convient de soumettre les traitements de données effectués à la loi de l'État membre dans lequel des moyens utilisés pour le traitement de données en cause sont localisés et de prendre des garanties pour que les droits et obligations prévus par la présente directive soient effectivement respectés ». Égal. C.J.U.E., arrêt *Weltimmo*, préc., pt 30.

<sup>85</sup> Voy. Groupe 29, Document de travail du 30 mai 2002 sur l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur Internet par des sites web établis en dehors de l'UE, WP 56, p. 12.

<sup>86</sup> Le même but d'assurer la continuité de la protection que dans la Directive se trouve en filigrane de la disposition du RGPD : « Afin de garantir qu'une personne physique ne soit pas exclue de la protection à laquelle elle a droit en vertu du présent règlement, le traitement de données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent dans l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union devrait être soumis au présent règlement [...] » (considérant n° 23 du RGPD).

RGPD pour rendre ce dernier applicable à des responsables de traitement non établis sur le territoire européen. Il est désormais prévu que 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 »<sup>87,88</sup>.

Ces deux critères ont en commun de déplacer la question de la localisation des moyens de traitement vers celle de la localisation du public cible du traitement des données.

## b) L'offre de biens ou de services

31. Dans le premier cas de figure, les règles européennes de protection des données s'appliquent au traitement des données à caractère personnel de personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant établi, lui, en dehors de l'Union, lorsque ce traitement est lié à l'offre de biens ou de services aux personnes concernées.

Que cette offre de biens ou de services soit gratuite ou contre paiement est sans incidence. Cette précision permet de tenir compte de la très grande majorité des services offerts en ligne gratuitement car financés par la réutilisation à des fins de marketing des données collectées<sup>89</sup>.

---

<sup>87</sup> Art. 3, § 2, du RGPD.

<sup>88</sup> « Un élément singulier de ces deux critères est que le législateur européen prend notamment pour hypothèse d'application le cas où ces traitements liés à l'offre de biens ou de services ou de suivi comportemental sont le fait d'un sous-traitant. Nous ne voyons pas l'intérêt de prévoir cette hypothèse dans la mesure où le sous-traitant agit pour le compte et sur instruction d'un responsable du traitement. Autrement dit, si c'est l'activité qui est visée comme élément déclencheur de l'application du Règlement, elle est nécessairement le fait d'un responsable du traitement, la circonstance que des opérations techniques puissent être confiées à un sous-traitant n'ayant pas d'incidence dès lors que par définition le sous-traitant ne décide pas des finalités et moyens de traitement. On peut toutefois en retenir que le Règlement entend ne pas différencier l'hypothèse d'une activité réalisée par le responsable du traitement de celle confiée à un sous-traitant. Dans tous les cas de figure, le Règlement s'appliquera ». C. DE TERWANGNE, K. ROSIER et B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 17, n° 15.

<sup>89</sup> Voy. D. MANIEZ, « Le mythe de la gratuité d'Internet », <http://www.consulendo.com/Le-mythe-de-la-gratuite-d-Internet.html> (consulté le 19 avril 2018).

## LE RÈGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

Le considérant n° 23 précise que, pour établir l'intention d'offrir des biens ou des services à des personnes concernées qui se trouvent dans l'Union, il ne suffit pas de constater que le site internet ou les coordonnées du responsable du traitement ou de son sous-traitant sont accessibles depuis l'Union. Par contre, des facteurs tels que l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie d'usage courant dans un ou plusieurs États membres, avec la possibilité de commander des biens et des services dans cette autre langue ou la mention de clients ou d'utilisateurs qui se trouvent dans l'Union, peuvent indiquer clairement que le responsable du traitement envisage d'offrir des biens ou des services à des personnes concernées dans l'Union. Un parallèle peut être fait avec le concept d'activité dirigée vers un ou plusieurs pays que l'on retrouve comme critère de rattachement en matière de droit de la consommation dans le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>90</sup> et le règlement sur la compétence judiciaire<sup>91</sup>.

Il s'agira donc d'une analyse au cas par cas qui, à la fois, portera sur le fait qu'on rencontre le critère d'application du RGPD mais également qui consistera à déterminer quels sont les traitements « liés » à cette offre de biens ou de services qui seront soumis à celui-ci.

### c) Le suivi du comportement

32. Le second cas d'application extraterritoriale, qui peut paraître bien large à première vue, consiste dans « le suivi du comportement dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union ». Le considérant n° 24 du RGPD donne une interprétation plus restrictive de l'activité visée en précisant que « afin de déterminer si une activité de traitement peut être considérée comme un suivi du comportement des personnes concernées, il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit ». Il s'agit donc de suivre sur Internet lorsqu'il y a un profilage des personnes concernées grâce aux données collectées. On touche là par exemple typiquement à l'activité de

---

<sup>90</sup> Cf. art. 6 du règlement (CE) 93/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

<sup>91</sup> Art. 17 du règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

publicité comportementale qui permet, sur la base du traitement d'informations reliées au comportement d'un internaute sur le net (sites visités, produits consultés ou achetés) et d'une analyse dans la durée de ce comportement, de proposer des publicités ciblées.

Rien n'exclut *a priori* que d'autres collectes massives de données par d'autres biais qu'internet (données de géolocalisation, données collectées par d'autres technologies telles que celles du *bluetooth* ou du RFID), puissent tomber dans le champ d'application de ce critère<sup>92</sup>.

#### d) La désignation d'un représentant

33. Comme auparavant, le RGPD entend assurer une certaine effectivité à cette application de la réglementation à des acteurs localisés hors de l'Union en créant une obligation de désigner un représentant établi sur le territoire de l'Union<sup>93</sup>. Le représentant est défini, aux termes de l'article 4, 17°, du RGPD comme « une personne physique ou morale établie dans l'Union, désignée par le responsable du traitement ou le sous-traitant par écrit, en vertu de l'article 27, qui les représente en ce qui concerne leurs obligations respectives en vertu du présent règlement ».

Élément nouveau, cette obligation s'applique tant au responsable du traitement qu'au sous-traitant établi hors de l'Union mais qui est tenu d'appliquer le RGPD à des traitements<sup>94</sup>.

Le représentant est l'interlocuteur à qui doivent s'adresser les autorités de contrôle et les personnes concernées et il doit répondre vis-à-vis d'elles du respect des obligations du responsable du traitement ou du sous-traitant qui l'aura désigné par écrit en cette qualité. Le considérant n° 80 va même jusqu'à préciser que « le représentant désigné devrait faire l'objet de procédures coercitives en cas de non-respect du présent règlement par le responsable du traitement ou le sous-traitant ». On peut craindre qu'il ne soit pas aisé de trouver preneur pour assumer ce rôle...

Le RGPD prévoit d'ailleurs des exceptions à cette obligation de désignation. L'obligation ne s'applique pas lorsque le responsable du traitement est une autorité publique ou un organisme public ou encore lorsque le traitement est occasionnel, n'implique pas le traitement de données sensibles à grande échelle ni de données judiciaires et n'est pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques, compte tenu de la nature, du contexte, de la portée

---

<sup>92</sup> C. DE TERWANGNE, K. ROSIER ET B. LOSDYCK, « Lignes de force du nouveau règlement relatif à la protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 17, n° 15.

<sup>93</sup> Art. 27 du RGPD.

<sup>94</sup> Art. 27 du RGPD.

## LE RÉGLEMENT GÉNÉRAL SUR LA PROTECTION DES DONNÉES

et des finalités du traitement<sup>95</sup>. La seconde hypothèse appelle donc une appréciation au cas par cas du caractère « risqué » ou non du traitement pour les droits et liberté concernées. En résumé, pour les traitements non « dangereux », il n’y a pas d’interlocuteur sur le territoire européen qui doit être désigné.

---

<sup>95</sup> Art. 27, § 2, du RGPD.