Institutional Repository - Research Portal
Dépôt Institutionnel - Portail de la Recherche
researchportal.unamur.be
University of Namur

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD

Rosier, Karen; Delforge, Antoine

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):
Rosier, K & Delforge, A 2018, Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD. dans *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR): analyse approfondie.* Cahiers du CRIDS, numéro 44, Larcier , Bruxelles, pp. 665-700.

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.

Download date: 06. Jan. 2025

TITRE 15
Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD

Karen ROSIER[1] **et Antoine DELFORGE**[2]

Introduction

SECTION 1. – La responsabilité au cœur du RGPD – deux notions, un terme en français

1. La question de la responsabilité est loin d'être un effet secondaire de la règlementation. Elle est au cœur du règlement général sur la protection des données[3] (le « RGPD ») qui opère une révolution en imposant aux responsables du traitement une obligation de pouvoir démontrer qu'il se conforme à la règlementation. Il s'agit en français du principe de responsabilité. La terminologie anglaise permet de mieux décrire ce qui est entendu sous le couvert de ce principe. Le terme « *accountability* » renvoie à l'idée de pouvoir « rendre compte de ». Il demeure qu'en cas de manquement aux obligations, la responsabilité du responsable du traitement pourra être engagée. Il s'agit d'assumer les conséquences du non-respect de ces obligations (« *liability* » en anglais).

C'est cet aspect du RGPD que nous nous proposons d'analyser dans le cadre de la présente contribution.

---

[1] Maître de conférences à l'Université de Namur, chercheuse au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), Université de Namur, avocate (Versius).

[2] Chercheur au Centre de Recherche Information, Droit et Société (CRIDS), Université de Namur.

3 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.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

SECTION 2. – Un régime de responsabilité orienté réparation

2. Si à l'approche de l'entrée en application du RGPD, il est surtout question des sanctions que les autorités de contrôle vont être habilitées à imposer aux responsables de traitement et aux sous-traitants[4], la problématique de la gestion de la responsabilité sur le plan civil n'est pas à négliger. Il s'agit de renforcer le régime de la responsabilité dans l'optique de permettre aux personnes qui subissent un préjudice du fait du non-respect du RGPD d'obtenir réparation tout en encadrant sommairement la répartition du dédommagement en cas de pluralité de débiteurs.

L'existence d'un régime de responsabilité associé spécifiquement au droit de la protection des données n'est pas neuf. La directive 95/46/CE[5] (la « Directive ») prévoyait déjà un régime axé principalement sur l'obligation de réparer le dommage du fait « d'un traitement illicite ou de toute action incompatible avec les dispositions nationales prises en application de la directive », sauf à prouver que le fait qui a provoqué le dommage n'est pas imputable à celui à qui on l'oppose[6]. Cette obligation de réparer était imposée au seul responsable du traitement qui restait responsable vis-à-vis des personnes concernées pour le préjudice résultant de la faute commise par son sous-traitant. Les nouveautés résident principalement dans le fait que le RGPD ouvre le droit pour les personnes préjudiciées de réclamer réparation directement au sous-traitant, dans certains cas.

3. Pour le reste, le régime de responsabilité sous l'angle de la responsabilité civile demeure un régime de responsabilité objective alors même que la plupart des obligations qui sont mises à la charge des responsables de traitement et des sous-traitants dans le RGPD sont des obligations de moyens[7]. Par ailleurs, il nous semble important de souligner que l'appréciation d'un manquement au RGPD sera sans doute différente selon que l'on envisage les sanctions prévues à l'article 83 du RGPD qui peuvent être

[4] Nous vous renvoyons à ce sujet à la contribution de Loïck GÉRARD, intitulée « Les sanctions en cas de non-respect du RGPD : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? » au sein du présent ouvrage.

[5] 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.

[6] Art. 23 de la Directive.

[7] Sur ce dernier point, voy. B. VAN ALSENOY, « Liability under EU Data Protection Law : From Directive 95/46 to the General data protection Regulation », 2017, disponible sur le site www.jipitec.eu, sect. 3.1.1. et 3.2.1.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

infligées par les autorités de contrôle[8] ou l'obligation de réparer le dommage. Dans le premier cas, il convient de prendre en compte la nature de l'obligation (obligation de moyen ou de résultat) pour apprécier le manquement et de se pencher sur l'imputabilité du manquement (le responsable du traitement n'est pas responsable des violations du RGPD de son sous-traitant). Dans le cadre de la réparation civile, c'est l'existence d'un traitement illicite qui est prépondérante et nous verrons que le responsable du traitement ne peut se retrancher derrière une faute de son sous-traitant pour refuser la réparation du préjudice résultant d'une violation du RGPD.

SECTION 3. – Un régime défini sommairement pour des situations complexes

4. Le texte du RGPD est jalonné de quelques principes sans véritablement s'étendre sur le sujet. Et pourtant, la problématique de la responsabilité civile suscite des questions complexes et éminemment pratiques, comme nous aurons l'occasion de l'exposer.

Cette complexité provient tout d'abord de la formulation du texte. Nous verrons que les mécanismes mobilisés ne sont pas tout à fait cohérents avec les principes de responsabilité civile que nous connaissons, du moins dans le droit hérité du système civiliste napoléonien.

5. Une seconde difficulté réside dans les interactions qui peuvent exister entre différents protagonistes dans des projets impliquant le traitement de données, que ce soit à titre de sous-traitants (plusieurs sous-traitants et/ou sous-traitances en cascade) ou de plusieurs responsables du traitement. Le contexte du traitement impliquera également bien souvent une complexité sur le plan technique pour ce qui concerne tant l'identification des rôles de chacun que la détermination des causes de non-conformité éventuelles (en particulier en cas de violation des données).

6. Un troisième élément à prendre en compte est le contexte juridique plus global dans lequel ce régime s'inscrit. Nous pensons à trois facteurs : la coexistence de régimes non identiques de responsabilité applicables aux protagonistes d'un traitement (§ 1), la coexistence de plusieurs régimes

[8] Nous vous renvoyons à ce sujet à la contribution de Loïck GÉRARD, intitulée « Les sanctions en cas de non-respect du RGPD : vers une plus grande effectivité de la protection des données à caractère personnel ? » au sein du présent ouvrage.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

qui s'appliquent cumulativement à des acteurs d'un traitement (§ 2) et la coexistence de règles provenant du RGPD et de droit interne (§ 3).

§ 1. Des acteurs soumis à des régimes de responsabilités différents

7. À titre préalable, il convient de rappeler que le régime de responsabilité que nous allons évoquer s'appliquera dès lors que le RGPD sera lui-même d'application. Nous ne reviendrons pas sur le champ d'application territorial et matériel qui est traité dans une autre contribution[9]. Ceci dit, il n'est pas à exclure que le RGPD ne soit pas applicable à toutes les personnes impliquées dans un traitement de données.

Prenons le cas du responsable du traitement qui traite des données à des fins personnelles ou domestiques, mais qui fait appel à un sous-traitant professionnel. Sous l'égide de la Directive, l'élément déclencheur de l'application de la législation était le fait que le responsable du traitement soit soumis à la loi. Il était prévu que « le responsable du traitement, lorsque le traitement est effectué pour son compte, doit choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements à effectuer et qu'il doit veiller au respect de ces mesures »[10]. Le sous-traitant était lui-même soumis à certaines obligations du fait qu'il agissait pour le compte du responsable du traitement[11].

La situation a quelque peu changé au vu des modifications introduites par le RGPD. L'article 3 prévoit que « [l]e présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union ». Autrement dit, le RGPD peut s'appliquer à un sous-traitant, indépendamment du fait que le responsable du traitement qui lui confie des activités opérationnelles est ou non lui-même soumis au RGPD.

Le considérant n° 18 du RGPD aborde cette question différemment tout en induisant la même conclusion. Il énonce que, même dans l'hypothèse où le responsable du traitement bénéficie de l'exemption de l'application du règlement dès lors que le traitement est effectué au cours d'activités strictement personnelles ou domestiques, le règlement « s'applique

[9] Nous vous renvoyons à ce sujet à la contribution de Cécile DE TERWANGNE, intitulée « Définitions clés et champ d'application du RGPD » au sein du présent ouvrage.

[10] Art. 17, § 2, de la Directive.

[11] Art. 17, § 3, de la Directive.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

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 »[12].

Le même raisonnement peut être tenu quant au champ d'application territorial. Un sous-traitant qui fournit des services à un client non soumis au RGPD du fait des limites du champ d'application territorial reste tenu de respecter la règlementation européenne.

Il s'en déduit que, dans certains cas, le régime de responsabilité tel que prévu dans le RGPD ne s'appliquera pas à tous les acteurs d'un traitement. Cela ne signifie pas que les personnes non soumises au RGPD ne peuvent voir leur responsabilité engagée, mais cela se fera sur un autre fondement légal, tel celui de la responsabilité extracontractuelle de droit commun.

§ 2. Des acteurs soumis à plusieurs régimes de responsabilités cumulatifs

8. Notons encore une précision apportée par le RGPD en lien avec le régime de responsabilité. Il est précisé à l'article 2, § 4, du RGPD que le règlement s'applique « sans préjudice de la directive 2000/31/CE, et notamment de ses articles 12 à 15 relatifs à la responsabilité des prestataires de services intermédiaires ». Il convient donc de distinguer deux régimes de responsabilités qui coexistent pour régler différents aspects d'une activité qui relève des services de la société de l'information. Comme le souligne B. Van Alsenoy, l'intérêt de la précision de l'article 2, § 4, est sans doute de conforter le principe selon lequel un prestataire des services de la société de l'information n'a pas à vérifier quelles informations sont stockées via son service et si le traitement effectué est conforme au RGPD[13]. On pense en particulier au cas de l'hébergeur. La conciliation des effets que l'on peut tirer du régime exonératoire de responsabilité issu de la règlementation sur les services de la société de l'information avec d'autres exigences du RGPD n'est pas évidente. Ainsi, peut-on se demander s'il n'y pas contradiction avec d'autres obligations mises à charge du sous-traitant qui impliquent que ce dernier puisse identifier quels types de données sont concernés par la sous-traitance. On pense par exemple à

[12] On notera incidemment que l'idée selon laquelle il conviendrait de rappeler qu'un responsable de traitement qui fournit les moyens de traitement reste tenu par le règlement semble contradictoire avec l'hypothèse de base, à savoir qu'on a affaire à un responsable de traitement qui traite des données à des fins strictement personnelles ou domestiques, sauf à considérer qu'on envisage l'hypothèse d'une responsabilité conjointe.

[13] B. Van Alsenoy, « Liability under EU Data Protection Law : From Directive 95/46 to the General data protection Regulation », *op. cit.*, sect. 3.1.4.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

l'obligation de désigner un délégué à la protection des données lorsque ce dernier traite des données sensibles à grande échelle[14] ou encore l'obligation de déterminer dans le contrat à conclure avec le sous-traitant le type de données à caractère personnel concerné par le service[15].

§ 3. Des acteurs soumis au RGPD et à des règles de droit interne

9. Passant d'une directive à un règlement, le législateur européen n'a pas intégré dans le RGPD de disposition déterminant le droit applicable à un traitement, mais a introduit une disposition sur le champ d'application territorial du règlement (art. 3). Ce changement de formulation, qui peut paraître anodin, signifie que techniquement le RGPD ne règle plus cette question de droit applicable entre différentes législations intraeuropéennes. Cependant, le RGPD laisse, sur de très nombreux points, une large marge de manœuvre aux États membres de sorte que certains aspects de la règlementation garderont un ancrage national et que les règles applicables pourront donc légèrement varier entre États.

Ce bref détour par le droit applicable nous paraît nécessaire puisque, indépendamment du régime que nous allons expliciter au sein de cette contribution et qui est prévu à l'article 82 du RGPD, un juge national pourra encore se demander quel droit est applicable au litige, en ce compris si l'application du droit national a une incidence sur l'appréciation de la responsabilité.

Il est en effet à constater que l'article 82 du RGPD ne prévoit l'application du régime de la responsabilité qui y est défini que pour les violations du règlement, et non spécifiquement pour les violations de dispositions de droit interne adopté par les États membres par exemple pour des traitements qui sont à réglementer par un droit interne[16]. Il n'est donc pas exclu que, face à des problématiques impliquant la protection des données et réglementées par le droit interne, la question se pose de savoir si le régime de l'article 82 est applicable ou s'il y a lieu d'avoir égard à un autre régime de responsabilité particulier à prendre en compte.

---

[14] Art. 37, § 1er, c), du RGPD.

[15] Voy. art. 28, § 3, du RGPD.

[16] Voy. Chapitre X du RGPD qui concerne entre autres les traitements du numéro de registre national, les traitements dans la relation de travail, les traitements à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

CHAPITRE 1. Le régime de responsabilité défini à l'article 82 du RGPD

10. Le régime de responsabilité civile prévu à l'article 82 du RGPD s'articule autour de trois notions (préjudice – violation du RGPD – dédommagement) et de deux types de débiteurs.

Le régime prévu implique un préjudice résultant d'une violation du règlement et impose une obligation de dédommager la personne préjudiciée.

Deux types de protagonistes peuvent être tenus de réparer ce dommage : le ou les responsable(s) du traitement et le ou les sous-traitant(s).

11. Pour ce qui concerne les bénéficiaires, il est question de « toute personne ayant subi un dommage matériel ou moral » du fait d'une violation du règlement. Si l'on s'en tient à une interprétation linguistique[17], la possibilité d'obtenir réparation ne se limite pas aux personnes concernées, mais s'étend à toute personne qui subit un préjudice du fait d'une violation du RGPD, et ce même si cette violation ne porte pas sur ses données. Il pourrait donc s'agir d'une personne morale qui estimerait que le traitement illicite de données relatives à son personnel ou encore qu'un traitement illicite de données par un concurrent lui cause un préjudice.

SECTION 1. – La responsabilité du ou des responsables du traitement

12. Pour définir le mécanisme de répartition des obligations en matière de réparation, le RGPD envisage d'emblée l'hypothèse où plusieurs responsables de traitements seraient impliqués dans un traitement. L'article 82, § 2, du RGPD définit le mécanisme de responsabilité du responsable du traitement comme suit : « Tout responsable du traitement ayant participé au traitement est responsable du dommage causé par le traitement qui constitue une violation du présent règlement ».

Le moins que l'on puisse dire est que la formulation du texte est plutôt malheureuse.

[17] Qui est confortée par la version anglaise du RGPD qui utilise le terme « *any person* » et non « *any data subject* ».

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

13. Il est tout d'abord question de responsable qui « participe » au traitement. Le terme « participer » est étranger à la terminologie utilisée par ailleurs dans le règlement pour qualifier qui est responsable du traitement.

Pour donner une interprétation utile à cette disposition, il est raisonnable de penser qu'elle a vocation à rencontrer l'hypothèse dans laquelle plusieurs responsables du traitement sont impliqués dans un traitement. Nous pensons qu'il s'agira, dans les faits, de responsables conjoints dont les responsabilités respectives doivent être fixées dans un accord[18], mais une certaine doctrine estime qu'il peut également s'agir de responsables de traitements qui n'interviennent pas conjointement[19]. Nous y reviendrons *infra* sous la section 3.

Ainsi interprété, l'article 82, § 2, entérinerait un principe selon lequel une éventuelle répartition des obligations et des responsabilités entre responsables conjoints n'est pas opposable aux personnes concernées. Tout responsable intervenant dans un traitement est tenu de réparer pour le tout, indépendamment de ce qui a été convenu entre eux. On touche ici au principe de l'obligation à la dette. La question de la contribution à la dette, afférente à une éventuelle répartition de la charge de celle-ci ensuite entre les différents responsables, sera évoquée *infra* sous la section 3.

14. Par ailleurs, concernant l'élément déclencheur de responsabilité, l'expression « traitement qui constitue une violation du règlement » peut paraître assez, voire trop, restrictive.

Il est probable que le non-respect de certaines dispositions du règlement n'est pas de nature à justifier la mise en cause de la responsabilité si le traitement lui-même n'est pas en cause également. Ainsi en est-il du non-respect d'exigences destinées à aider le responsable de traitement à se conformer au principe de responsabilité (principe d'« *accountability* »). Le fait qu'un responsable du traitement ait omis de tenir un registre des activités de traitement, de désigner un délégué à la protection des données ou encore de réaliser une analyse d'impact serait donc des éléments non pertinents pour fonder une demande d'indemnisation si ces seuls éléments n'ont pas de conséquences pour la personne dont les données sont traitées. En pratique, ces manquements seront donc sans doute pris en compte dans le cadre de l'examen d'un traitement de données litigieux qui « constitue » une violation du règlement et qui est à l'origine d'un dommage dans le chef de la personne qui s'en prévaut.

---

[18] L'article 26 du RGPD prévoit en effet que « [l]es responsables conjoints du traitement définissent de manière transparente leurs obligations respectives aux fins d'assurer le respect des exigences du présent règlement ».

[19] B. Van Alsenoy, « Liability under EU Data Protection Law : From Directive 95/46 to the General data protection Regulation », *op. cit.*, sect. 3.3.1.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

Toutefois, il est des violations du règlement qui ne résultent pas d'un traitement à proprement parler, mais de failles concernant ce traitement ou du non-respect d'obligations dans le chef du responsable de traitement qui sont en lien avec ce traitement. Nous pensons par exemple à une violation des données due à une absence de sécurité suffisante ou à l'absence de suite donnée à l'exercice légitime de droits par les personnes concernées. Il ne nous semble pas justifié d'exclure une obligation de réparer dans de tels cas de figure, d'autant que le paragraphe premier de l'article 82 pose le principe selon lequel cette obligation découle d'une violation de la règlementation[20], sans restriction quant au type de violation concernée[21]. Il serait donc prudent d'envisager l'élément déclencheur de la responsabilité en l'interprétant largement.

SECTION 2. – La responsabilité du ou des sous-traitants

§ 1. L'institution d'une responsabilité directe du sous-traitant vis-à-vis des personnes concernées

15. Pour ce qui concerne un sous-traitant, celui-ci n'est tenu, vis-à-vis d'une personne préjudiciée, pour responsable du dommage causé par le traitement que s'il n'a pas respecté les obligations qui incombent spécifiquement aux sous-traitants en vertu du RGPD ou qu'il a agi en dehors des instructions licites du responsable du traitement ou contrairement à celles-ci[22].

16. Deux types de causes peuvent entraîner la responsabilité du sous-traitant vis-à-vis d'une personne préjudiciée.

Il s'agit tout d'abord du non-respect des obligations qui sont spécifiquement mises à charge du sous-traitant. On pense immédiatement à celles en lien avec l'obligation d'assurer la sécurité des données imposée au sous-traitant par le RGPD aux termes de son article 32. En outre, on perçoit le bénéfice que peut en tirer une personne dont les données sont traitées.

---

[20] Le Considérant n° 146 précise que « un traitement effectué en violation du présent règlement comprend aussi un traitement effectué en violation des actes délégués et d'exécution adoptés conformément au présent règlement et au droit d'un État membre précisant les règles du présent règlement ».

[21] En outre, lorsque le RGPD aborde de la question de l'exonération de responsabilité, il utilise le concept de « fait qui a provoqué le dommage », comme nous l'expliciterons *infra* au sein de la Section 5 du présent chapitre.

[22] Art. 82, § 2, du RGPD.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

En revanche, il est d'autres obligations dont on ignore si elles pourront être mobilisées par la personne préjudiciée. Ainsi, le RGPD prévoie-t-il que le sous-traitant doit informer immédiatement le responsable du traitement si, selon lui, une instruction constitue une violation du RGPD ou d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres relatives à la protection des données[23]. Il s'agit essentiellement de régler les obligations du sous-traitant vis-à-vis du responsable du traitement. Dans un même ordre d'idées, le RGPD définit des obligations qui sont à mettre à la charge du sous-traitant via un contrat qui doit être conclu entre le responsable du traitement et le sous-traitant[24].

Si on s'en tient aux termes de l'article 82, § 2, sont visées les obligations qui incombent au sous-traitant « en vertu » du RGPD, ce qui laisse la place à une interprétation plus large que ce que le règlement met à charge du sous-traitant sans le détour de la conclusion d'un contrat. Pour autant, il n'est pas évident qu'un tiers à un contrat puisse se prévaloir de ce qui y est stipulé. Là encore, nous nous permettons de raisonner selon la tradition civiliste qui consacre le principe de la relativité des contrats. Un tiers ne peut se prévaloir des termes d'un contrat auquel il n'est pas partie que s'il s'agit d'une stipulation pour autrui dont il est le bénéficiaire. La possibilité d'agir contre le sous-traitant s'assimile à une action que l'on qualifierait d'« action directe » dans la tradition civiliste héritée du Code Napoléon, avec la particularité que la relation responsable du traitement/personne concernée n'est pas de nature contractuelle et que l'action semble être ouverte, comme nous l'avons vu, à tout tiers qui a subi un préjudice et pas uniquement aux personnes concernées.

La nature du recours pose question. Nous devons constater que la façon dont le texte s'emploie à définir les obligations du sous-traitant, de manière indirecte puisqu'il est question de contraindre les parties à prévoir ces obligations dans un contrat, est peut-être didactique lorsqu'il s'agit d'indiquer ce que doit contenir le contrat, mais n'est pas des plus adaptées lorsqu'on envisage la question d'un recours direct d'un tiers à ce contrat. La question devient encore plus complexe si l'on prend le cas où aucun contrat n'a été conclu entre le sous-traitant et le responsable du traitement, sauf à considérer que c'est l'absence d'un tel contrat qui constitue pour le sous-traitant un manquement à une obligation lui incombant spécifiquement en vertu du RGPD. Mais dans ce cas, se pose alors la question du lien entre le fait générateur et le dommage.

[23] Art. 28, § 3, al. 2, du RGPD.
[24] Art. 28, § 3, al. 1, du RGPD.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

17. La réconciliation de l'article 82 avec la manière dont l'article 28 définit indirectement les obligations à charge du sous-traitant n'est pas rendue plus claire par la seconde hypothèse de mise en cause de responsabilité du sous-traitant. Il est question d'un sous-traitant qui n'aurait pas respecté les instructions du responsable de traitement ou aurait agi hors de celles-ci.

On se trouve à nouveau face à une immixtion dans la relation responsable de traitement / sous-traitant. Au-delà de l'aspect pratique de l'administration de la preuve (pour un tiers d'établir quelles étaient les instructions données à un sous-traitant), on peut à nouveau se demander si cette voie d'action ne se heurte pas à la relativité des conventions.

18. En sus de ces difficultés, une autre incertitude réside dans les moyens de défense et exceptions qu'un sous-traitant pourrait opposer à la personne qui met en cause sa responsabilité et qui seraient tirés du contrat. On peut penser par exemple à un sous-traitant qui suspendrait la prestation de son service parce que le responsable du traitement resterait en défaut d'exécuter ses propres obligations. Il ne s'agit pas d'un cas de force majeure qui exonérerait le sous-traitant de toute responsabilité, mais toutefois d'un mécanisme qui est accepté dans certains cas dans les contrats synallagmatiques. Cette question des exceptions opposables dans des cas d'actions directes n'est pas non plus réglée dans le RGPD.

19. On peut se demander si ce que vise en réalité à permettre le RGPD au profit d'une personne préjudiciée, ce n'est pas tant de lui donner la possibilité d'introduire une action contre le sous-traitant, mais plutôt, de pouvoir, lorsqu'un responsable du traitement mis en cause pointe une faute de son sous-traitant, réclamer directement le dédommagement au sous-traitant, surtout s'il est plus solvable que le responsable du traitement. Cela pourrait expliquer le peu d'attention et de détails donnés quant aux conditions du recours dans une disposition qui se concevrait essentiellement comme une alternative pour obtenir directement un dédommagement auprès du sous-traitant.

En toute hypothèse, il convient donc pour le sous-traitant d'être prudent puisque le mécanisme de mise en cause de sa responsabilité crée indirectement dans son chef des obligations vis-à-vis de la personne concernée, voire des tiers, qui pourraient subir un préjudice du fait du non-respect des obligations de ce sous-traitant.

20. Quant à une action du sous-traitant hors des instructions du responsable du traitement, elle ouvre en réalité la voie à une requalification du sous-traitant comme responsable du traitement. L'article 28, § 10, du

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

RGPD prévoit en effet que « [s]ans préjudice des articles 82, 83 et 84, si, en violation du présent règlement, un sous-traitant détermine les finalités **et** les moyens du traitement, il est considéré comme un responsable du traitement pour ce qui concerne ce traitement ». Cette hypothèse couvre le cas où, sortant de son rôle de sous-traitant, une personne traite les données pour son propre compte par exemple.

Elle nous semble également concerner un autre cas de figure. Si un acteur du traitement est qualifié à tort de sous-traitant, une requalification est possible en tenant compte de la situation factuelle.

Pour mémoire, le fait qu'il convient d'avoir égard à la situation factuelle pour déterminer si une partie agit ou non en qualité de sous-traitant n'est pas nouveau. C'est ce qui est prôné de longue date par le Groupe de l'article 29[25]. Dans le même temps, il est également reconnu que le fait qu'un prestataire dispose d'une certaine autonomie dans l'exécution des opérations de traitement n'implique pas qu'il soit considéré comme responsable du traitement. Le Groupe 29 a, à cet égard, privilégié une approche pragmatique aux termes de laquelle le sous-traitant peut disposer d'une large marge de manœuvre dans l'organisation de ses prestations et ne recevoir que des directives générales du responsable du traitement. Il a considéré que, si la détermination de la finalité du traitement emporte systématiquement la qualification de responsable du traitement, tel n'est pas le cas pour la détermination des moyens qui peut largement être laissée à l'appréciation d'un sous-traitant.

Le Groupe 29 retient que le terme « moyens » « ne désigne pas seulement les moyens techniques de traiter des données à caractère personnel, mais également le « comment » du traitement, qui comprend des questions comme « quelles données seront traitées », « quels sont les tiers qui auront accès à ces données », « à quel moment les données seront-elles effacées », etc. ». Il en déduit que « la détermination des « moyens » englobe donc à la fois des questions techniques et d'organisation, auxquelles les sous-traitants peuvent tout aussi bien répondre (par exemple, « quel matériel informatique ou logiciel utiliser ? »), et des aspects essentiels qui sont traditionnellement et intrinsèquement réservés à l'appréciation du responsable du traitement, tels que « quelles sont les données à traiter ? », « pendant combien de temps doivent-elles être traitées ? », « qui doit y avoir accès », etc. » »[26]. Dans l'hypothèse où les moyens techniques et d'organisation utilisés par le sous-traitant sont en réalité déterminés par ce dernier, les moyens devraient alors représenter une façon

[25] Groupe 29, Avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », 16 février 2010, WP 169.

[26] Groupe 29, Avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant », 16 février 2010, WP 169, p. 15.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

raisonnable d'atteindre la ou les finalités, et le responsable du traitement devrait être parfaitement informé des moyens utilisés[27].

À l'heure où des nouveaux moyens de traitements mis sur le marché brouillent de plus en plus les lignes entre ce qui reste sous la maîtrise de l'utilisateur et du concepteur, la détermination des rôles des uns et des autres peut s'avérer complexe et le risque de requalification réel[28]. Nous renvoyons à cet égard à la contribution consacrée à cette question[29] et nous limitons à mettre en lumière une conséquence d'une « mauvaise » qualification des rôles : le sous-traitant peut se voir considéré comme un responsable de traitement et, à ce titre, sa responsabilité pourrait être mise en cause comme telle. Une des particularités de cette situation est que, dans bien des cas, l'utilisateur est également celui dont les données sont traitées. Il n'est donc pas inconcevable qu'il passe de la situation de responsable de traitement à celui de personne concernée, mettant en cause la responsabilité de son sous-traitant requalifié comme étant un responsable de traitement, le cas échéant un responsable conjoint.

21. L'ensemble des considérations qui précèdent ont trait à la question de l'obligation à la dette et non de la contribution à celle-ci. Indépendamment des règles explicitées, il reste pour le sous-traitant et le responsable du traitement la possibilité de convenir entre eux d'un partage des responsabilités. Rappelons que l'article 28, § 3, du RGPD oblige les parties à indiquer dans un contrat, « les obligations et les droits du responsable du traitement », mais pas un régime de responsabilité du sous-traitant. Cela n'est évidemment pas exclu et sans doute à conseiller. Il nous semble donc que rien n'empêche que les parties conviennent entre elles d'un départage spécifique des actions relevant de la responsabilité des uns et des autres en fonction du contexte et de l'ampleur de l'intervention d'un responsable du traitement.

§ 2. La responsabilité du sous-traitant du sous-traitant

22. Le texte du RGPD envisage expressément désormais l'hypothèse d'une sous-traitance en cascade lorsqu'il évoque, à l'article 28, § 4, le recrutement

[27] *Ibid.*

[28] Nous pensons par exemple à la question des traitements opérés via des robots voy. A. Delforge et L. Gerard, « Notre vie privée est-elle *réellement* mise en danger par les robots ? Etude des risques et analyse des solutions apportées par le GDPR », in *L'intelligence artificielle et le droit* (H. Jacquemin et A. de Streel), coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2017, pp. 143 et s.

[29] Nous vous renvoyons à ce sujet à la contribution d'Antoine Delforge, intitulée « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant » au sein du présent ouvrage.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

par un sous-traitant d'un autre sous-traitant pour mener des activités de traitement spécifiques pour le compte du responsable du traitement.

Il y est exigé que le sous-traitant répercute dans un contrat qu'il doit conclure avec ce second sous-traitant les obligations qui lui incombent en vertu du contrat qui le lie au responsable de traitement. Il s'agit donc d'un mécanisme « back-to-back ». En termes de responsabilité, il est prévu par cette même disposition que « le sous-traitant initial demeure pleinement responsable devant le responsable du traitement de l'exécution par l'autre sous-traitant de ses obligations »[30].

Si le principe semble clair en ce qui concerne la relation qui se noue entre le responsable du traitement et le sous-traitant initial, il ne répond pas à un autre cas de figure : celle du recours de la personne concernée. Il nous semble raisonnable de considérer que le sous-traitant initial reste responsable des manquements de son propre sous-traitant vis-à-vis de la personne concernée[31]. Mais la personne préjudiciée pourrait-elle agir contre le sous-traitant du sous-traitant. Comme nous l'avons examiné, l'article 82 du RGPD consacre un droit de réclamer la réparation du dommage en cas notamment de non-respect des obligations qui lui incombent en vertu du RGPD. Le second sous-traitant se voit imposer les mêmes obligations que le premier sous-traitant, de sorte qu'il serait logique que sa responsabilité puisse être mise en cause[32]. Dans certains cas, ce second sous-traitant est d'ailleurs le seul qui traite effectivement des données.

En effet, il n'est pas rare que des prestataires de services offrent une solution « tout-en-un » à leur client en leur proposant l'accès à une application, un CRM[33], ou un ERP[34] qu'ils ont développés, mais qui est hébergée via un autre prestataire de services. Vis-à-vis de leur client, ils assument un rôle de sous-traitant, mais les données qui font l'objet d'un traitement sont en réalité stockées exclusivement auprès d'un tiers, le prestataire n'assurant que des prestations limitées d'intermédiaire pour souscrire l'hébergement et gérer l'accès à distance au contenu hébergé. Par ailleurs, force est de constater que lorsque l'on traite avec les grands acteurs, de l'hébergement par exemple, pour une sous-sous-traitance, la marge de négociation est assez faible, les services faisant l'objet de contrats d'adhésion.

---

[30] Art. 28, § 4, du RGPD.

[31] En ce sens, voy. B. VAN ALSENOY, « Liability under EU Data Protection Law : From Directive 95/46 to the General data protection Regulation », *op. cit.*, sect. 3.2.5.

[32] C'est d'ailleurs l'interprétation défendue par l'Autorité de contrôle du Royaume-Uni (« ICO GDPR guidance : Contracts and liabilities between controllers and processors », (https://ico.org.uk/media/about-the-ico/consultations/2014789/draft-gdpr-contracts-guidance-v1-for-consultation-september-2017.pdf, p. 24.

[33] « Customer Relationship Management », ou en français « gestion de la relation client ».

[34] « Enterprise ressource planning » ou en français « progiciel de gestion intégré ».

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

En cas de violation de données, la question de savoir vers quel sous-traitant peut se tourner n'est donc pas anodine, que ce soit pour la personne préjudiciée ou pour le premier sous-traitant qui pourrait devoir indemniser la personne concernée sans pouvoir en obtenir le remboursement auprès de son sous-traitant si les conditions d'indemnisation de celui-ci sont limitées par le contrat standard qui le lie à ce dernier.

Si le but du mécanisme de l'article 82 du RGPD est bien d'offrir à la personne préjudiciée une alternative de recours, il serait raisonnable d'interpréter la disposition comme concernant également les sous-traitants des sous-traitants. On voit toutefois les limites de cette interprétation téléologique dès lors que le même article 82 n'évoque que l'hypothèse du non-respect des instructions données par le responsable de traitement à son sous-traitant et non le non-respect d'instructions répercutées en cascade par un sous-traitant à son propre sous-traitant.

Les considérations qui précèdent amènent à penser que le premier sous-traitant reste le plus exposé en termes de responsabilités : il est responsable vis-à-vis du responsable de traitement, pour ses manquements et ceux de son sous-traitant, et vis-à-vis des personnes concernées.

SECTION 3. – La coresponsabilité entre responsable(s) du traitement et sous-traitant(s)

23. Une innovation du RGPD est de consacrer dans le texte un mécanisme de responsabilité solidaire entre responsables de traitements et sous-traitants.

L'article 82, § 4, du RGPD prévoit que « [l]orsque plusieurs responsables du traitement ou sous-traitants ou lorsque, à la fois, un responsable du traitement et un sous-traitant participent au même traitement et, lorsque, au titre des paragraphes 2 et 3, ils sont responsables d'un dommage causé par le traitement, chacun des responsables du traitement ou des sous-traitants est tenu responsable du dommage dans sa totalité afin de garantir à la personne concernée une réparation effective ».

Une conséquence immédiate de ce mécanisme est qu'il faut bien sélectionner ses partenaires de traitement. En effet, si les conditions sont réunies pour considérer qu'il y a responsabilité de plusieurs protagonistes qui participent à un même traitement, chacun peut être tenu, vis-à-vis de la personne préjudiciée, de réparer le tout, à charge pour lui de récupérer les sommes versées auprès des autres intervenants comme le prévoit le paragraphe 5 de l'article 82 du RGPD. Le plus exposé est donc le plus solvable et non celui qui a pris la plus grande part dans le traitement.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

Quant aux conditions de cette solidarité, elle naît entre les personnes dont la responsabilité peut être chacun engagée sans qu'une cause d'exonération ne puisse être invoquée.

24. Si l'on prend le scénario de plusieurs responsables de traitement, le texte du RGPD induit une responsabilité solidaire dès lors que plusieurs responsables participent au même traitement. De ce fait, chaque responsable a une obligation à la dette pour la totalité du dommage. Pour ce qui est de la répartition entre eux, le RGPD prévoit que « lorsqu'un responsable du traitement ou un sous-traitant a […] réparé totalement le dommage subi, il est en droit de réclamer auprès des autres responsables du traitement ou sous-traitants ayant participé au même traitement la part de la réparation correspondant à leur part de responsabilité dans le dommage, conformément aux conditions fixées au paragraphe 2 »[35].

25. Dans ce contexte, il convient de distinguer deux hypothèses : celle de responsables distincts et celles de responsables conjoints.

Concernant la première hypothèse, on peut se demander s'il est possible de concevoir que deux responsables du traitement participent à un même traitement sans être considérés comme des responsables conjoints. En effet, le propre d'un traitement de données est de poursuivre une ou plusieurs finalités déterminées. Le responsable du traitement est la personne qui détermine les moyens et finalités du traitement. Lorsqu'une ou plusieurs personnes, considérées comme responsables du traitement, mettent en œuvre ce traitement, elles sont responsables conjointement de ce traitement dès que ces responsables déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement. Autrement dit, lorsque plusieurs personnes sont impliquées dans un même traitement, elles le seront bien souvent en qualité de responsables conjoints.

Il est toutefois des cas où deux responsables de traitements distincts échangent par exemple des informations qu'elles traitent chacune séparément. Si un même dommage (par exemple, la communication d'une information confidentielle à une personne qui la sollicite illicitement pour la traiter) résulte de fautes concurrentes de ces deux responsables, il serait concevable qu'il puisse être l'un ou l'autre tenu de réparer l'ensemble du dommage vis-à-vis de la personne lésée. Ceci étant, ce qui enclenche la responsabilité d'un responsable de traitement est le fait que le traitement qu'il met en œuvre est contraire au RGPD. Il faudrait donc que deux responsables de traitements, agissant séparément, mettent en œuvre chacun un traitement contraire au RGPD qui engendre un même dommage pour

[35] Art. 82, § 5, du RGPD.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

la personne concernée. Si l'on ajoute à cela que l'article 82, § 4, semble envisager la coresponsabilité *pour un même traitement*, l'hypothèse d'une responsabilité solidaire entre responsables de traitements agissant séparément relève du cas d'école. Il peut en être autrement si ce qui est en cause est en réalité une *opération de traitement* (la communication illicite pour reprendre notre exemple) à laquelle plusieurs responsables de traitements participent.

26. Le fait que le RGPD n'envisage une répartition du dédommagement en tenant compte de la responsabilité de chacun que dans un second temps nous amène à considérer qu'il ne sera pas possible pour un responsable du traitement de se soustraire à l'obligation d'indemniser la personne préjudiciée en faisant valoir une répartition des responsabilités convenue avec le ou les autres responsables du traitement et selon laquelle le fait qui a donné lieu au dommage ne lui est pas imputable. Le même raisonnement nous semble devoir être suivi pour ce qui concerne la responsabilité du responsable de traitement, pour des manquements imputables à son sous-traitant. Seul le sous-traitant pourrait opposer le fait qu'il ne peut être tenu de réparer que des manquements qui ont trait à ses obligations spécifiques. C'est la condition pour que sa responsabilité soit engagée, à la différence des responsables de traitement pour lesquels il suffit qu'ils aient participé au traitement.

Il est toutefois à relever que le considérant n° 146 laisse entendre qu'il serait possible que le mécanisme de solidarité puisse être déjoué lorsque des responsables du traitement et des sous-traitants sont concernés par la même procédure judiciaire. Dans ce cas, selon le considérant, « conformément au droit d'un État membre, la réparation peut être répartie en fonction de la part de responsabilité de chaque responsable du traitement ou de chaque sous-traitant dans le dommage causé par le traitement, à condition que le dommage subi par la personne concernée soit entièrement et effectivement réparé ». Autrement dit, si tous les protagonistes sont à la cause, ils pourraient chacun ne devoir réparer que la part qui leur revient sans devoir assumer le risque d'indemniser avant de se retourner vers leurs débiteurs.

Un responsable de traitement ou sous-traitant qui ferait l'objet d'une demande de réparation aura donc intérêt à mettre à la cause les autres participants au traitement, non seulement pour pouvoir leur opposer la décision intervenue, mais également afin de plaider pour une répartition de la contribution à la réparation.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

SECTION 4. – L'établissement de la responsabilité : aspects probatoires

27. Afin de mieux cerner la portée de ce régime de responsabilité, il convient de se pencher sur le régime de la preuve qui doit y être associé. Le RGPD ne précise rien à cet égard. Si l'on se réfère aux mécanismes classiques du droit de la responsabilité civile hérités du Code Napoléon, la charge de la preuve d'une faute incombe à la personne qui s'en prévaut. On parle de la preuve d'une faute, d'un dommage et d'un lien de causalité entre les deux. Ces éléments se retrouvent dans le RGPD sous le prisme d'un fait /un traitement contrevenant à la règlementation et qui a provoqué un dommage. Logiquement, il appartient dans un premier temps à la personne qui réclame réparation de prouver ces trois éléments et, dans un deuxième temps si violation il y a, au responsable du traitement ou sous-traitant qui veut se prévaloir d'une cause d'exonération, de la prouver.

Toutefois, on peut se demander si cette répartition de la charge de la preuve n'est pas modifiée du fait de l'existence d'un nouveau principe introduit par le RGPD, celui de « responsabilité » de l'article 5, § 2 (ou « *accountability* » selon la terminologie anglaise), du moins pour ce qui concerne le responsable du traitement. En effet, ce principe met à charge du responsable du traitement une obligation de pouvoir démontrer qu'il respecte les conditions imposées pour mettre en œuvre le traitement licitement. Cette obligation est formulée de manière absolue, sans préciser au bénéfice de qui elle est stipulée. Autrement dit, il n'est pas spécifié que cette obligation n'existe que vis-à-vis des autorités de contrôle, même si on comprend bien que les exigences en termes de documentation qui en découlent devraient faciliter la tâche de ces dernières. Il s'agit d'une obligation dont le non-respect est d'ailleurs susceptible d'être sanctionné par l'autorité de contrôle[36]. Elle se présente donc comme une obligation comme une autre, à respecter par le responsable de traitement. On peut imaginer, dans le cadre d'une sanction imposée par une autorité de contrôle, que cette dernière vérifie donc si le responsable peut justifier à partir d'éléments probants des mesures prises pour assurer la licéité du traitement et sanctionne, le cas échéant, le fait qu'un responsable ne soit pas en mesure de le faire, indépendamment d'autres violations du RGPD qui touchent directement à la licéité du traitement.

[36] L'article 83 du RGPD prévoit que la violation de l'article 5 peut donner lieu à l'imposition d'une amende administrative pouvant s'élever jusqu'à 20 000 000 d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial de l'exercice précédent du contrevenant.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

En revanche, les effets de l'article 5, § 2, sont moins clairs si on les envisage dans un différend opposant la personne lésée et le responsable du traitement. *A priori*, le texte n'interdit pas à une personne concernée de se prévaloir de ce principe lorsqu'elle met en cause la licéité d'un traitement. En ce que le responsable du traitement est censé pouvoir démontrer qu'il respecte les principes repris à l'article 5, § 1, et qui conditionnent la licéité du traitement, cela pourrait avoir alors une incidence sur la portée de la preuve mise à charge de la personne qui réclame réparation. En effet, au travers de ce principe, le responsable de traitement doit pouvoir justifier de ce que le traitement ne viole pas le règlement, ou du moins les conditions de licéité de traitement. Pour autant, l'élément déclencheur de la responsabilité reste l'existence d'une violation du règlement et non l'absence de preuve du fait que le règlement a été respecté.

Aussi, il nous semble qu'il ne suffit pas d'invoquer une violation du règlement pour reporter toute la charge de la preuve sur le responsable du traitement. Rappelons, qu'il est question dans le cadre de l'article 5, § 2, du RGPD de conditions à apprécier au cas par cas. L'enjeu peut, par exemple, être de déterminer si les données traitées sont nécessaires au regard de la finalité du traitement, ou encore de contester le fait que le responsable du traitement dispose d'une base de licéité pour mettre en œuvre le traitement. Une personne qui se prévaut d'un préjudice lié à une violation de la règlementation doit préciser son grief et les conséquences qu'elle en tire en termes de préjudice. Elle a tout intérêt à argumenter son point de vue et non à se retrancher derrière la justification que le responsable du traitement pourra donner. Dans ce contexte, le fait qu'un responsable de traitement dispose ou non d'éléments documentés justifiant les mesures prises pour s'assurer de la licéité du traitement peut avoir une influence sur l'appréciation d'un manquement dans son chef. Un responsable de traitement qui opère un traitement sans s'être conformé aux obligations qui découlent de la règlementation aura sans doute plus de mal à en défendre la licéité.

Ceci dit, l'article 5, § 2, peut s'avérer plus décisif lorsqu'il est question non d'appréciations « théoriques » sur les conditions du traitement, mais de savoir si telle ou telle opération a ou non été effectuée, telle ou telle mesure a ou non été prise par le responsable du traitement. Si une personne se plaint de ce que ses données n'ont pas été mises à jour et que cela lui a causé un préjudice, il appartient au responsable de traitement d'établir que les données ont été mises à jour, s'il le conteste.

Le principe d'*accountability* peut donc faire bouger le curseur quant à la charge de la preuve dans de telles hypothèses et cela pourrait avoir une incidence en cas d'échec à prouver.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

28. Pour ce qui est du sous-traitant, certaines de ces obligations lui sont également imposées, sans pourtant que ce dernier ne soit formellement tenu de respecter le principe d'*accountability* vis-à-vis des autorités de contrôle ou des personnes concernées. Il lui est fait obligation de mettre à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer qu'il respecte les obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28 du RGPD[37]. Cette obligation est toutefois imposée par le détour du contenu du contrat à conclure avec le responsable du traitement, le RGPD inscrivant cette obligation à l'article 28, § 3, h), comme un point à mentionner dans ce contrat. À nouveau, se pose la question de savoir si une personne tierce à ce contrat peut se prévaloir de cette obligation contractuelle dans un litige qui l'opposerait au sous-traitant[38].

SECTION 5. – L'obligation de réparer

§ 1. Une responsabilité « sans faute »

29. Comme exposé précédemment, le RGPD prévoit une obligation de réparer le dommage qui survient « du fait » d'une violation du règlement. Il n'est pas exigé de démonstration d'une faute à proprement parler dans le chef du responsable du traitement ou du sous-traitant concerné. Le régime crée en quelque sorte une présomption de responsabilité du seul fait de l'existence d'une violation dont a résulté un dommage. Cela ne devrait pas empêcher, selon nous, que l'on apprécie l'existence d'une violation en tenant compte du fait que les obligations mises à charge du responsable du traitement ou du sous-traitant sont des obligations de moyens. Le RGPD prévoit également, au paragraphe 3 de l'article 82 que, tant le responsable du traitement que le sous-traitant, chacun pour ce qui le concerne, bénéficient d'une exonération de responsabilité s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est nullement imputable.

30. Concernant la terminologie utilisée, on observe un glissement par rapport à la définition de ce qui engendre la responsabilité. En effet, s'il est question d'un « traitement » qui constitue une violation du RGPD pour délimiter les cas où la responsabilité peut être engagée, on parle d'un « fait », ou « évènement » dans la version anglaise, qui provoque un dommage lorsque l'on aborde les cas où une exonération de responsabilité peut être invoquée.

---

[37] Art. 28, § 3, h), du RGPD.

[38] *Cf.* Section 3, § 1 *supra*.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

Ce mécanisme était prévu à l'article 23 de la directive 95/46/CE. La nouveauté est qu'il est à présent défini dans un règlement et ne doit plus faire l'objet d'une transposition par les États membres. Or, le texte du RGPD n'offre pas de réponse claire à la question de savoir quelles sont les causes d'exonération de responsabilité qui pourraient être invoquées. Le considérant n° 146 du RGPD n'est d'aucun secours puisqu'il indique que « [l]e responsable du traitement ou le sous-traitant devrait être exonéré de sa responsabilité s'il prouve que le dommage ne lui est nullement imputable », ce qui ne dit rien sur la nature de la cause exonératoire qui pourrait être retenue.

31. Pour reprendre le contexte de la problématique pour ce qui concerne le responsable du traitement, la responsabilité peut être engagée dès que le traitement est contraire au RGPD, ce qui fait penser à une responsabilité objective. Si une telle lecture du texte est privilégiée, on aurait tendance à penser que le bénéfice de l'exonération exigerait qu'il soit établi que le responsable ne soit à pas à l'origine du traitement ou de l'opération de traitement litigieuse. On peut imaginer l'hypothèse d'un cas de force majeure, d'une décision contraignante d'une autorité publique ou d'une obligation légale d'un droit d'un État tiers à l'Union (« fait du prince »), ou encore de l'intervention d'une faute commise par un tiers ou la personne concernée elle-même qui est à l'origine du dommage. Ainsi l'hypothèse d'une catastrophe naturelle imprévisible qui entraîne l'endommagement de serveurs et la disparition de données, une violation de données suite à un hacking que n'ont pu empêcher des mesures de sécurisation suffisantes au regard des critères du règlement, ou encore une compromission de données suite à une erreur de la personne concernée elle-même sont autant d'exemples de ce qui pourrait le cas échéant faire obstacle à une réparation.

On peut raisonner par analogie concernant le sous-traitant, en tenant compte toutefois de ce qu'il s'agirait de démontrer dans ce cas qu'un fait qui ne lui est pas imputable est à l'origine du non-respect de ses obligations.

32. Si le texte ne permet pas qu'un responsable du traitement ou sous-traitant puisse s'exonérer ou limiter sa responsabilité *vis-à-vis de la personne concernée* pour refuser une indemnisation en cas de traitement contraire à la règlementation, il demeurerait donc la possibilité d'exclure certaines causes de responsabilité sur lesquelles le responsable de traitement n'a pas la maîtrise (protection de la confidentialité des mots de passe par un utilisateur, exactitude des données fournies par la personne concernée, …). La version anglaise du RGPD conforte cette interprétation puisqu'il y est question d'exonération lorsque le responsable ou le sous-traitant n'est en aucun cas responsable de l'évènement qui a donné lieu au dommage (« *A controller or processor shall be exempt from liability […] if it proves that it is not in any way responsible for the event giving rise to the damage* »).

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

§ 2. La notion de dommage

33. Comme rappelé précédemment, pour engager la responsabilité du responsable du traitement ou du sous-traitant, il est nécessaire qu'un dommage soit établi en lien avec la violation du RGPD. Cela pose la question du dommage réparable et du lien causal entre l'élément déclencheur de responsabilité et le dommage.

34. L'article 82 indique que la personne préjudiciée peut réclamer réparation pour tout dommage matériel ou moral.

Dorénavant, le RGPD précise explicitement que la notion de dommage réparable englobe également le dommage moral. Sous l'empire de la Directive, la prise en compte du dommage moral avait déjà été consacrée en jurisprudence. Tel était notamment le cas dans un célèbre arrêt[39] au Royaume-Uni aux termes duquel une cour d'appel avait condamné Google pour violation à la législation anglaise relative à la protection des données et à la réparation des dommages moraux subis suite à cette violation. Cette affaire demeure particulièrement intéressante à rappeler puisque la cour d'appel avait notamment fait usage des dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 8 et 47 combinés) pour justifier que, au nom du droit à avoir un recours effectif, la notion de dommage réparable en vertu de l'article 23 de la Directive ne pouvait se limiter au dommage matériel et que, dès lors, il ne fallait pas tenir compte des restrictions prévues dans la loi anglaise transposant la Directive.

Cette précision est naturellement la bienvenue, mais la notion de dommage n'est toujours pas clairement définie dans le RGPD. Se pose en effet encore la question de savoir si tous les types de dommages doivent être réparés. Il existe de fait plusieurs types de dommages matériels qui ne sont reconnus que dans certains ordres juridiques européens et pas d'autres. Nous pensons notamment aux États au sein desquels la théorie de la relativité aquilienne est appliquée, ce qui a pour conséquence que certains dommages ne sont pas réparables lorsque la norme violée n'a pas vocation à protéger contre ce type d'atteinte. Le texte du RGPD semble aller à l'encontre de cette théorie. De fait, il n'y a aucune justification à une quelconque limitation des types de dommages couverts. Tout type de dommage, s'il est avéré, devrait donc être pris en compte et réparé.

35. Le considérant n° 146 apporte un éclairage sur la manière d'apprécier cette notion de dommage en indiquant que celle-ci « devrait être

[39] Court of Appeal (Civil Division), *Google Inc v Vidal-Hall & Ors* [2015] EWCA Civ 311 (27 March 2015).

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

interprétée au sens large, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice, d'une manière qui tienne pleinement compte des objectifs du présent règlement ». Ce considérant livre deux précisions utiles.

Premièrement, il précise qu'il faut avoir une interprétation large de la notion de dommage. Cela confirme donc l'idée selon laquelle tout dommage, quelle que soit sa nature, doit être réparé. La dernière partie de la phrase va dans le même sens (« d'une manière qui tienne pleinement compte des objectifs du présent règlement »), quand on sait que l'un des objectifs du règlement consiste notamment à assurer un niveau de protection élevé pour les personnes concernées.

Ensuite, le considérant prévoit qu'il faut suivre la jurisprudence de la Cour de justice en la matière. Cette formulation tendrait à faire penser qu'à travers ce considérant, le RGPD consacre la notion de dommage comme une notion autonome de droit communautaire[40]. Cette qualification laisse entendre que la notion de dommage devient une notion ayant une interprétation européenne propre et éventuellement différente de celle donnée à cette notion en droit interne. Cela aurait également pour conséquence que la notion de dommage pourrait dans certains États membres varier en fonction de la matière dans laquelle celle-ci est utilisée.

Cette idée paraît à la fois logique et séduisante puisqu'elle permettrait d'éviter d'éventuelles divergences entre différents systèmes juridiques, d'harmoniser encore un peu plus le marché intérieur et d'empêcher que des affaires soient volontairement portées (*forum shopping*) devant les juridictions appliquant une législation où la notion de dommage réparable est appréciée largement.

Une notion autonome du dommage n'est toutefois pas sans poser certaines difficultés dans la mesure où actuellement la Cour de justice n'a jamais défini cette notion en matière de protection des données. Le Tribunal, quant à lui, s'est déjà prononcé[41] sur des demandes de réparation d'un dommage survenu à la suite de violation alléguée du règlement (CE) 45/2001[42], notamment la diffusion supposée illégale sur le

[40] Durant les négociations, certains États membres se sont opposés à cette idée, préférant laisser leurs juridictions nationales apprécier cette notion, voy. Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation), 2012/0011 (COD) 16 décembre 2003, note de bas de page 542.

[41] Voy. Trib., 3 décembre 2015, *CN c. Parlement*, T 343/13 ; Trib., 12 septembre 2007, *Kalliopi Nikolaou c. Commission*, T-259/03 ; Trib., 31 mai 2005, *Triantafyllia Dionyssopoulou c. Conseil*, T-105/03.

[42] Règlement (CE) 45/2001 du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, L 008 du 12 janvier 2001.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

site Internet du Parlement de certaines données à caractère personnel[43]. Dans cette affaire, au moment d'examiner le dommage, le Tribunal s'est toutefois essentiellement limité à vérifier l'existence de ce dommage, exigeant qu'il soit « réel et certain » ou à tout le moins « imminent et prévisible avec une certitude suffisante »[44]. Dans les quelques cas de demande de réparation d'un dommage résultant d'une violation du règlement 45/2001, le Tribunal n'a jamais défini cette notion de dommage[45].

La Cour de justice a déjà certes eu l'occasion d'interpréter la notion de dommage dans d'autres matières, mais ses enseignements ne peuvent être transposés tels quels en matière de protection des données. Les différents textes européens contenant la notion de dommage sont trop spécifiques et les objectifs de ceux-ci ne sont pas toujours les mêmes que ceux poursuivis dans le RGPD.

Au vu de ce qui précède, force est de constater qu'il est difficile de déterminer ce que recouvrira la notion de dommage dans le cadre de l'application du RGPD.

36. En sus des interrogations qui demeurent sur la notion de dommage réparable *au sens européen du terme*, il reste la question de la manière d'évaluer celui-ci, qui pourrait différer fortement d'un État membre à l'autre, d'une culture à l'autre. La Cour de justice pourrait œuvrer à terme à harmoniser au niveau européen la notion de dommage au sens du règlement, mais pas la façon dont celui-ci est évalué par les juridictions nationales, la Cour de justice n'étant pas compétente pour trancher cette question qui relève des juridictions de fond. L'évaluation du dommage sera donc déterminée au regard du droit interne appliqué par la juridiction saisie de la demande en réparation.

§ 3. L'exigence de lien causal

Si le RGPD n'apporte que peu de précisions sur la notion de dommage, il n'en apporte aucune sur la manière d'appréhender le lien causal entre ce dommage et la violation du règlement qui l'a provoqué.

Ceci n'est guère surprenant vu les différences qu'il peut exister entre les différents ordres juridiques européens.

Pourtant, la manière d'appréhender le lien causal reste un enjeu majeur en matière de responsabilité et il serait préférable que ce lien causal soit

[43] Trib., 3 décembre 2015, *CN c. Parlement*, T-343/13.
[44] Trib., 3 décembre 2015, *CN c. Parlement*, T-343/13, pt 118.
[45] Voy. *supra*, note 39.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

apprécié de la même manière dans tous les pays européens, à défaut de quoi, pour un même traitement litigieux, certaines victimes pourraient être dédommagées et pas d'autres, en fonction du droit national applicable à chaque affaire.

En droit de la responsabilité civile héritée du Code Napoléon, il existe actuellement deux grandes théories qui restent appliquées : la théorie de l'équivalence des conditions et la théorie de la causalité adéquate[46].

La théorie de l'équivalence des conditions semble être celle retenue par le RGPD et, d'une certaine manière, par la Cour de justice elle-même.

Pour ce qui concerne le RGPD, le paragraphe 3 de l'article 82 du règlement prévoit en effet l'exonération de la responsabilité du responsable du traitement et du sous-traitant si le fait qui a provoqué le dommage ne leur est *nullement* imputable. L'usage du terme « nullement » correspond assez bien à la philosophie de la théorie de l'équivalence des conditions, selon laquelle la personne fautive n'est pas considérée comme *ayant causé le dommage* si « le dommage se serait néanmoins produit tel qu'il s'est réalisé sans cette faute, toutes les autres conditions restant identiques »[47].

Plaide également en faveur d'une interprétation assez large du lien causal le fait que le terme « nullement » n'était pas celui utilisé dans la Directive[48] et a été ajouté sciemment dans le RGPD pour durcir les conditions d'exonération de responsabilité. Cette volonté va à l'encontre de la théorie de la causalité adéquate[49] qui, à l'inverse, vise à exonérer la responsabilité des personnes n'ayant pas été la cause principale du dommage.

Il est évident qu'une explicitation claire de la manière d'apprécier le lien causal est souhaitable. La Cour de justice pourrait dans ce cadre jouer un rôle. Si l'on tente d'anticiper quelle pourrait être la position de celle-ci, on peut pointer un arrêt rendu dans un autre contexte, mais dont le raisonnement pourrait trouver un écho en matière de protection des données.

---

[46] La jurisprudence belge privilégie majoritairement la théorie de l'équivalence des conditions. Pour une étude récente des différentes théories de la causalité en Belgique voy. not. R. Jafferali, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? » in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97-164. La jurisprudence française semble quant à elle plus divisée voy. not. A. Bénabent, *Droit des obligations*, coll. Précis DOM. Droit privé, Paris, LGDJ, 2017, p. 424.

[47] B. Dubuisson, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010/41, n° 6417, p. 746.

[48] L'article 23, § 2, de la Directive stipulait que « [l]e responsable du traitement peut être exonéré partiellement ou totalement de cette responsabilité s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est pas imputable ».

[49] Nous citons cette théorie en particulier puisqu'elle est encore appliquée dans une certaine mesure en Allemagne, en Autriche et en France, notamment.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

Il s'agit d'un arrêt de la Cour portant sur la réparation d'un dommage survenu à la suite d'une violation du droit de la concurrence[50]. Dans cette affaire, une juridiction autrichienne avait interrogé la Cour afin de savoir si « des entreprises participant à une entente [devaient répondre] sur le plan civil de dommages résultant de prix qu'une entreprise ne participant pas à cette entente [avait] fixés, en considération des agissements de ladite entente, à un niveau plus élevé que celui qui aurait été appliqué en l'absence d'entente »[51]. Autrement dit, la juridiction autrichienne demandait à la Cour si elle pouvait, au moment d'apprécier le lien causal entre le dommage subi et la violation des règles de concurrence, faire usage de la théorie de la causalité adéquate (théorie utilisée en droit autrichien) malgré le fait que l'usage de cette théorie aurait pour conséquence de diminuer l'effectivité du droit communautaire[52]. La Cour commence par rappeler qu'en « l'absence de réglementation de l'Union en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités d'exercice du droit de demander réparation du préjudice résultant d'une entente ou d'une pratique interdite par l'article 101 TFUE, y compris celles de l'application de la notion de « lien de causalité », pour autant que les principes d'équivalence et d'effectivité soient respectés »[53]. Et la Cour d'en déduire que « la pleine effectivité de l'article 101 TFUE serait remise en cause si le droit de toute personne de demander réparation du préjudice subi était subordonné par le droit national, de manière catégorique et indépendamment des circonstances spécifiques de l'espèce, à l'existence d'un lien de causalité directe tout en excluant ce droit en raison du fait que la personne concernée a eu des liens contractuels non pas avec un membre de l'entente, mais avec une entreprise ne participant pas à celle-ci, dont la politique des prix est pourtant une conséquence de l'entente ayant contribué à fausser les mécanismes de formation des prix régissant des marchés concurrentiels »[54].

La Cour rejette donc dans cet arrêt, au nom du principe d'effectivité du droit européen, la théorie de la causalité adéquate et semble prôner une théorie plus protectrice des personnes ayant subi un dommage. Cette référence au principe d'effectivité nous paraît particulièrement intéressante puisque le considérant n° 146 du RGPD renvoie également à cette idée d'effectivité au sujet du droit, contenu à l'article 82, à une réparation de son dommage[55].

---

[50] C.J.U.E., 5 juin 2014, arrêt *Kone AG e.a. c. ÖBB-Infrastruktur AG*, C-557/12 et concl. av. gén.

[51] C.J.U.E., 5 juin 2014, arrêt *Kone AG e.a. c. ÖBB-Infrastruktur AG*, précité, pt 19.

[52] *Ibid.*, pt 17.

[53] *Ibid.*, pt 24, citant l'arrêt *Manfredi* : C.J.U.E., 13 juillet 2006, arrêt *Vincenzo Manfredi e.a. c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA e.a et affaires jointes*, C-295/04 à C-298/04.

[54] *Ibid.*, pt 33.

[55] Considérant n° 146 du RGPD : « Le responsable du traitement peut être exonéré partiellement ou totalement de cette responsabilité s'il prouve que le fait qui a provoqué le dommage ne lui est pas imputable ».

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

Il ne nous semblerait donc pas étonnant que la Cour fasse un jour application de la théorie de l'équivalence des conditions en matière de protection des données si elle devait se prononcer sur cette question.

37. Il résulte de ce qui précède que le RGPD consacre un régime extrêmement favorable aux personnes préjudiciées et notamment aux personnes concernées. Il n'y a *a priori* pas de marge pour limiter contractuellement sa responsabilité à un certain montant ou pour limiter les dommages pouvant donner lieu à réparation, ou encore à limiter les remèdes proposés. Un régime aussi strict n'est pas sans poser question. Si l'on ne peut que saluer la volonté de renforcer la protection des personnes dont les données sont traitées, il reste qu'un tel régime peut déconcerter par rapport à une règlementation qui a un champ d'application extrêmement large, non limité à des activités commerciales, et contenant nombres d'obligations qui impliquent des arbitrages au cas par cas, ce qui induit une forme d'insécurité juridique quant aux décisions qui sont prises par le responsable de traitement et le sous-traitant.

CHAPITRE 2. L'exercice du droit à obtenir réparation

SECTION 1. – L'auteur du recours

En renvoyant à l'article 79, § 2, l'article 82, § 6, du RGPD prévoit que toute personne peut agir devant les juridictions judiciaires territorialement compétentes pour réclamer réparation de son dommage[56]. Ce droit n'est donc pas limité aux personnes concernées.

En plus de ce droit d'agir personnellement, le RGPD donne également la possibilité à « un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des *personnes concernées* dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant » d'être mandaté[57] afin d'exercer, au nom de la

[56] Pour les questions liées à la juridiction territorialement compétente, voy. section 3.3 *infra*.

[57] Le RGPD prévoit pour ces associations la possibilité d'agir dans certains cas sans mandat de la personne concernée, mais pas pour les demandes de dédommagement, voy. considérant n° 142, *in fine* du RGPD.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

personne concernée se considérant lésée, le droit d'obtenir la réparation de son dommage, tel que visé à l'article 82[58].

Le RGPD n'impose pas aux États membres ne connaissant pas ce type d'action collective (*class action*) de l'introduire dans leur système juridique[59]. Le RGPD ne force ainsi pas les États membres à autoriser les « class actions ». Toutefois les États membres connaissant déjà ce mécanisme de représentation seront tenus de l'autoriser pour les actions en réparation d'un dommage causé par une violation du RGPD.

SECTION 2. – La réparation dans divers scénarios

L'action visant à obtenir réparation sera nécessairement judiciaire. Il n'est en effet pas prévu que l'autorité nationale de contrôle puisse, dans le cadre d'une procédure initiée suite à une réclamation d'une personne concernée, octroyer réparation.

L'article 82, § 6, se borne essentiellement à renvoyer à des règles de répartition de compétence territoriale lorsqu'il précise que « les actions judiciaires engagées pour exercer le droit à obtenir réparation sont intentées devant les juridictions compétentes en vertu du droit de l'État membre visé à l'article 79, paragraphe 2 », ledit article 79, § 2, ayant précisément pour objet de définir des critères alternatifs d'attributions de compétence.

Pour situer la problématique plus globalement, il y a lieu de rappeler que le règlement ouvre la voie à de multiples possibilités de recours[60], qui sont autant de contextes dans lesquels une demande de réparation pourrait s'insérer.

L'article 79, § 1er, du RGPD impose aux États membres de prévoir un recours juridictionnel effectif pour les personnes concernées qui considèrent que les droits que leur confère le règlement ont été violés du fait d'un traitement de leurs données à caractère personnel effectué en violation du RGPD. Cette possibilité de recours juridictionnel est donc obligatoire tandis que le RGPD laisse la possibilité aux États membres de prévoir d'autres voies de recours (l'article 79, § 1er, évoquant les recours administratifs ou

[58] Art. 80, § 1, et considérant n° 142 du RGPD.

[59] L'article 80 du RGPD se finit en effet par « lorsque le droit d'un État membre le prévoit ». Par contre, concernant l'introduction de réclamation devant une autorité de contrôle ou l'exercice d'un recours juridictionnel, le RGPD ne laisse pas le choix aux États membres d'accepter ou non ces recours collectifs.

[60] Nous vous renvoyons à ce sujet à la contribution de Loïck GÉRARD, intitulée « Quatre recours pour un Règlement » au sein du présent ouvrage.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

extrajudiciaires). Ainsi, rien n'empêche *a priori* un État membre de mettre en place des procédures extrajudiciaires, telle la médiation.

On remarquera que le recours effectif est prévu pour la personne concernée alors que le régime de l'article 82 du RGPD bénéficie plus largement à toute personne ayant subi un préjudice du fait d'une violation du règlement.

Il n'est pas par ailleurs exclu que le recours effectif prenne, outre la possibilité d'introduire une procédure « ordinaire » devant une juridiction de fond, la forme de procédures spécifiques aménagées pour répondre à un besoin de célérité dans le traitement d'un litige, comme ce fut par exemple le cas en Belgique qui prévoit une procédure « comme en référé »[61] pour statuer sur une violation de la règlementation. La juridiction saisie, sous le couvert de cette procédure, ne peut toutefois octroyer des dommages et intérêts, la personne préjudiciée devant ensuite introduire une procédure au fond pour obtenir réparation.

On peut également concevoir qu'une personne concernée fasse le choix de saisir un tribunal pour faire constater une violation du RGPD et solliciter réparation, sans que l'autorité nationale de contrôle ne soit saisie de la question. Il est, par ailleurs, possible qu'une personne se prévale d'une décision prise par l'autorité nationale de contrôle pour diligenter ensuite une action en réparation.

Enfin, il y a lieu de signaler que le considérant n° 146 précise que le régime de responsabilité prévu à l'article 82 n'empêche pas la personne concernée d'agir sur d'autres bases légales[62]. Nous pourrions citer à titre d'exemple l'article 1382 du Code civil napoléonien qui permet de réclamer la réparation d'un dommage causé par la faute de quelqu'un.

Si le RGPD ne pouvait évidemment pas interdire l'usage d'autres voies de recours, ce détour par d'autres dispositions nationales permettrait de déjouer certaines règles de répartition de compétences qui pourraient être prévues par un État membre soucieux de laisser cette matière très technique de la protection des données à des juridictions spécialisées. Toutefois, cette option restera probablement purement théorique dans la

[61] Procédure qui permet le traitement d'une affaire sous les règles applicables pour les procédures d'urgence sans que l'urgence doive être démontrée. Voy. art. 14 de la loi belge du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

[62] Considérant n° 146 du RGPD : « Le responsable du traitement ou le sous-traitant devrait réparer tout dommage qu'une personne peut subir du fait d'un traitement effectué en violation du présent règlement. Le responsable du traitement ou le sous-traitant devrait être exonéré de sa responsabilité s'il prouve que le dommage ne lui est nullement imputable. […] Cela est sans préjudice de toute action en dommages-intérêts fondée sur une infraction à d'autres règles du droit de l'Union ou du droit d'un État membre ».

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

mesure où le régime spécifique prévu dans le RGPD est, dans un certain nombre de cas, plus avantageux pour la personne concernée que le régime classique de responsabilité existant.

La diversité de ces situations peut encore gagner en complexité lorsque l'on prend en compte le fait que la situation peut revêtir une dimension internationale impliquant des intervenants (section 3) ou des juridictions situées au sein de différents États membres (section 4).

SECTION 3. – Les critères de compétence territoriale

§ 1. Exclusivité des critères

38. Comme évoqué précédemment, l'article 82, § 6, dispose que la personne préjudiciée entendant réclamer la réparation de son dommage peut agir devant les juridictions compétentes en vertu du droit de l'État membre visé à l'article 79, § 2, du RGPD[63]. Avant de nous pencher sur les critères définis dans cette disposition, nous nous permettons de pointer le fait dès lors que c'est sur une violation du RGPD qu'une personne se fonde pour intenter son action en réparation, les règles de compétences juridictionnelles sont celles définies dans le règlement et elles nous semblent d'ordre public. Le RGPD nous paraît exclure tout aménagement contractuel en matière de juridiction compétente, de sorte que, à titre d'exemple, une clause dans des conditions générales qui viserait à déterminer la compétence de certaines juridictions en violation de l'article 79, § 2, nous paraît devoir être considérée comme contestable.

Par ailleurs, pour ce qui est d'une éventuelle contrariété avec d'autres instruments pertinents contenant des règles de compétences tel le règlement Bruxelles 1*bis*[64], le considérant n° 147 du RGPD consacre la prévalence des dispositions du RGPD pour ce qui y est spécifiquement réglé, notamment en ce qui concerne les procédures relatives aux recours juridictionnels, y compris ceux qui visent à obtenir réparation, contre un responsable du traitement ou un sous-traitant.

Ces considérations nous amènent à conclure que les critères prévus dans le règlement sont exclusifs.

---

[63] Libelle comme suit : « Toute action contre un responsable du traitement ou un sous-traitant est intentée devant les juridictions de l'État membre dans lequel le responsable du traitement ou le sous-traitant dispose d'un établissement. Une telle action peut aussi être intentée devant les juridictions de l'État membre dans lequel la personne concernée a sa résidence habituelle, sauf si le responsable du traitement ou le sous-traitant est une autorité publique d'un État membre agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique ».

[64] Règlement (UE) 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil (Bruxelles 1*bis*).

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

§ 2. Critères

39. Quant aux critères d'attribution de compétence, ils sont alternatifs. L'article 79, § 2, offre la possibilité d'intenter une action devant les juridictions de l'État membre dans lequel le responsable du traitement ou le sous-traitant dispose d'un établissement ou devant les juridictions de l'État membre dans lequel la personne concernée a sa résidence habituelle.

Ce choix laissé à la personne préjudiciée lui permet d'agir, soit où cela est le plus aisé pour elle (pays de résidence), soit là où l'action judiciaire aura le plus de facilité à être menée et exécutée (pays d'établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant).

a) La résidence habituelle de la personne concernée

Ce critère d'attribution de compétence est spécifique au demandeur qui a la qualité de personne concernée, ce qui suppose que la violation du RGPD qui fonde la demande concerne des données relatives à cette personne. Or la terminologie utilisée dans le règlement laisse penser que la possibilité d'obtenir réparation est ouverte à toute personne préjudiciée, comme nous l'avons relevé[65]. Autrement dit, s'il s'agit d'obtenir réparation sur le fondement d'une violation du RGPD, la personne qui subit un préjudice sans que la violation du RGPD ne porte sur des données la concernant ne pourra pas s'appuyer sur les critères que sont le lieu d'établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant ou sur son lieu de résidence pour déterminer la juridiction qui peut être saisie.

Par ailleurs, le RGPD prévoit que la personne ne pourra agir que devant les juridictions de l'État membre où elle réside lorsque « le responsable du traitement ou le sous-traitant est une autorité publique d'un État membre agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique »[66]. Nous comprenons aisément, pour des raisons tenant à son droit à la souveraineté, qu'un État ne voit pas sa responsabilité engagée devant les juridictions d'un autre État.

b) Le lieu d'établissement du responsable de traitement ou du sous-traitant

40. Quant aux deux autres critères, la formulation de l'article 79, § 2 nous paraît ambiguë lorsqu'elle prévoit que « [t]oute action contre un responsable du traitement ou un sous-traitant est intentée devant les

[65] *Cf.* Chapitre 1, introduction, *supra*.
[66] Art. 79, § 2, du RGPD.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

juridictions de l'État membre dans lequel le responsable du traitement ou le sous-traitant dispose d'un établissement. […] ».

Cette phrase peut être comprise en effet de deux manières. Elle peut signifier soit que l'action peut être menée devant les juridictions de l'État membre dans lequel l'entité poursuivie dispose d'un établissement, soit que cette action peut être menée devant les juridictions de l'État membre dans lequel l'entité poursuivie *ou son cocontractant*[67] dispose d'un établissement. On ne peut affirmer si cette ambiguïté a été voulue pour élargir les possibilités d'actions.

A priori, la première hypothèse semble la plus cohérente lorsqu'il s'agit d'initier une procédure contre un responsable de traitement seul ou contre un sous-traitant seul. Si la personne préjudiciée souhaite intenter une action contre un défendeur (qu'il soit le responsable du traitement ou le sous-traitant), il n'y a aucune raison qu'il saisisse la juridiction d'un autre État membre que celui sur lequel le défendeur est établi. Lorsqu'il est question de litiges impliquant plusieurs intervenants établis sur différents territoires, le RGPD ne détermine pas explicitement les règles à respecter sauf à considérer, précisément au regard du flou de l'article 79, § 2, que le demandeur puisse attraire ces différents intervenants devant une seule juridiction qui pourrait être, selon son choix discrétionnaire, celle d'un responsable de traitement participant au traitement ou celle d'un sous-traitant. Cette interprétation favorise une économie de procédure, mais crée dans le même temps une insécurité juridique pour les personnes participant à un traitement. Cela implique concrètement qu'un responsable du traitement, telle une PME établie en Belgique, qui confie l'hébergement de données à caractère personnel d'un client localisé en Belgique à un hébergeur établi en France prend le risque de devoir répondre d'une demande de réparation devant une juridiction française alors que la relation contractuelle qui s'est nouée avec ce client l'a été dans un contexte belgo-belge.

La question de la mise à la cause de personnes non visées par l'action initiale n'est pas non plus réglée dans le RGPD. Il s'agit pourtant d'un cas de figure qui pourrait être fréquemment rencontré. Pour reprendre l'exemple de l'hébergeur, si la PME belge estime qu'une violation du règlement qui lui est reprochée relève de la responsabilité de son sous-traitant, elle aura intérêt à le faire intervenir à la cause, à tout le moins pour que la décision lui soit opposable, si ce n'est pour obtenir directement une décision contraignant son sous-traitant à l'indemniser.

---

[67] Par « cocontractant », nous désignons le sous-traitant si l'action est engagée contre le responsable du traitement et à l'inverse nous désignons le responsable de traitement si l'action est engagée contre le sous-traitant.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

41. Quant à la notion d'« établissement » sur laquelle repose le critère de compétence territoriale, elle n'est pas définie formellement dans le RGPD.

Il nous paraît qu'elle est à distinguer de celle d'« établissement principal » mobilisée pour déterminer quelle est l'autorité nationale de contrôle compétente pour connaître d'une réclamation ou pour contrôler un responsable du traitement ou un sous-traitant. La définition de cette notion[68] lui confère un caractère tout à fait spécifique qui permet d'identifier, parmi plusieurs établissements dont disposent ces intervenants sur le territoire européen, celui qui sera déterminant pour identifier l'autorité de référence pour l'ensemble de ceux-ci.

En revanche, les précisions qui sont apportées au sein du RGPD à la notion d'établissement en lien avec le champ d'application territorial du règlement pourraient s'avérer pertinentes pour cerner cette notion. Le considérant n° 22 précise que « l'établissement suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable ». La forme juridique retenue pour un tel dispositif, qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard[69]. Ce considérant est d'autant plus important qu'il reprend l'enseignement d'un arrêt phare en la matière, l'arrêt *Weltimmo*[70], qui intervient alors que la compréhension de la notion d'établissement était devenue un élément clé dans l'application de la Directive. On ne peut écarter l'idée que le recours à cette même notion dans le RGPD, dans quelque contexte qu'il soit, s'inscrive donc dans la continuité de la Directive.

Si l'on retient cette notion ainsi comprise, on constate que cela favorise encore davantage les possibilités de choix de juridiction, sans résoudre toute difficulté. Il n'est pas rare qu'une multinationale dispose d'établissements dans plusieurs États membres de sorte que la question de savoir quelle entité sera à privilégier risque de faire elle-même l'objet de débats.

42. On l'aura compris, la multiplication des critères de compétence territoriale visant à assurer une protection effective de la personne préjudiciée induit dans le chef des responsables de traitement et sous-traitants une impossibilité de prévoir devant quelles juridictions ils sont susceptibles de devoir rendre des comptes vis-à-vis des personnes concernées alors que RGPD entend parallèlement clarifier et simplifier la situation

[68] Définie à l'article 4, 16), du RGPD.

[69] Nous renvoyons à ce sujet à la contribution de Cécile DE TERWANGNE, intitulée « Définitions clés et champ d'application du RGPD » au sein du présent ouvrage.

[70] C.J.U.E., 1er octobre 2015, arrêt *Weltimmo c. Nemzetti*, C-230/14.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

lorsqu'il s'agit de déterminer devant quelle autorité de contrôle ils doivent rendre des comptes.

SECTION 4. – Préséance en cas de juridictions saisies d'une même problématique

L'article 81 du RGPD prévoit qu'une juridiction qui est informée du fait « qu'une action concernant le même objet a été intentée à l'égard d'un traitement effectué par le même responsable du traitement ou le même sous-traitant et est pendante devant une juridiction d'un autre État membre, elle contacte cette juridiction dans l'autre État membre pour confirmer l'existence d'une telle action ».

Cette disposition est insérée sous l'intitulé « suspension d'une action » ce qui laisse entendre qu'elle ne vise pas spécifiquement le cas de la litispendance ou de la connexité qui exigent que les mêmes parties soient impliquées. Il nous apparaît dès lors que la disposition a plutôt pour objectif d'œuvrer à une harmonisation des solutions juridiques consacrées au travers de décisions rendues au sein de différents États membres sur des problématiques identiques. On peut imaginer par exemple la remise en cause d'un traitement spécifique mis en œuvre par un même fournisseur de services de réseau social devant différentes juridictions. Dans ce cas, il est prévu que la juridiction saisie en second lieu pourra « suspendre son action »[71]. Cela reste une possibilité, non une obligation. Nous ne prétendons pas détailler le régime applicable dans ce cas, mais signaler que cela peut avoir une incidence lorsqu'il s'agit de solliciter réparation dès lors que ce mécanisme est d'application générale lorsqu'il s'agit de juridictions saisies dans différents États membres[72].

CHAPITRE 3. Réflexions critiques en guise de conclusion

43. Le régime de responsabilité défini dans le RGPD et que nous avons commenté s'inscrit résolument dans l'objectif avoué de renforcer

[71] Art. 81, § 2, du RGPD.

[72] L'application de cette procédure n'est pas prévue lorsque ce sont plusieurs juridictions saisies d'une même problématique au sein d'un même État membre qui sont concernées.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

l'effectivité de la règlementation. Des règles dont la violation reste sans sanctions risquent de perdre en effectivité. Sous cet angle, il est logique que le RGPD prévoie des possibilités de recours également pour obtenir réparation en cas de préjudice subi.

44. Par ailleurs, dès lors qu'il est question d'une plus grande harmonisation de la règlementation, le RGPD inscrit ce régime de réparation dans une perspective différente. On va probablement vers un droit de la responsabilité européen, avec le développement d'un régime et des concepts plus autonomes là où ils passaient par le prisme des droits internes. Il s'agit encore à notre estime d'un régime en devenir dont les principales lignes sont esquissées, mais qui laisse place à des incertitudes quant à la portée de concepts clés pour son application.

45. Qu'il nous soit également permis de constater que pour atteindre cet objectif louable, le RGPD met en place un régime très protecteur qui peut paraître à certains égards en décalage avec les réalités de nombres d'entreprises.

Le RGPD a vocation à être d'application transversale. Il traverse toutes les activités, mais le régime créé laisse l'impression que le traitement de données devient le cœur de cette activité, ce qui est rarement le cas. Pour nombre de responsables de traitement, le traitement de données revêt un caractère accessoire. Il est la conséquence d'une informatisation de la gestion de l'entreprise. Or, le RGPD laisse peu de place à un aménagement des responsabilités vis-à-vis des personnes concernées et se détache d'un modèle contractuel dans lequel s'inscrivent pourtant la plupart des traitements. Paradoxalement, si un prestataire peut limiter sa responsabilité contractuelle pour les fautes qu'il pourrait commettre en lien avec les services qu'il fournit, le RGPD ne lui laisse pas cette marge pour ce qui concerne un dommage qui serait lié au traitement des données.

En outre, les contingences actuelles qui rendent plus complexes et techniques certains aspects de cette gestion amènent les acteurs à avoir recours à des spécialistes pour les aider à assurer cette gestion, qu'il s'agisse de faire appel à des services informatiques, à un comptable, un secrétariat social, pour ne prendre que quelques exemples les plus courants. Et ces sous-traitants peuvent limiter leurs responsabilités vis-à-vis du responsable du traitement. Il s'agit d'ailleurs souvent de grands acteurs du marché qui proposent leurs propres conditions contractuelles. Le responsable du traitement devra donc être attentif à choisir un prestataire qui assume sa responsabilité vis-à-vis de lui en cas de manquement à ses obligations, à défaut de quoi il risque de devoir assumer vis-à-vis des personnes concernées la réparation de dommages causés par le manquement

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018

strada lex

de son sous-traitant sans pouvoir être lui-même indemnisé par ledit sous-traitant à hauteur de ce qu'il aura dû débourser.

46. Enfin, si nous saluons cette volonté de faciliter ainsi l'introduction d'éventuels recours et l'effectivité de ceux-ci, ce large choix laissé aux personnes concernées fait dans nombre de cas planer sur les responsables de traitement et sous-traitant le risque de se voir assigner en justice devant les juridictions de n'importe quel État européen puisque le lieu de résidence d'une personne ne constitue pas une information que le responsable du traitement peut toujours anticiper. On se dirige donc vers une approche similaire au droit de la consommation, mais appliquée à tous les secteurs d'activité et non limitée à l'activité commerciale.

Les questions posées par le régime de responsabilité prévu dans le RGPD ne sont donc pas à négliger lorsqu'il est question de choisir ses moyens de traitements et les partenaires avec lesquels un responsable de traitement entend collaborer ou impliquer dans les traitements.

francois.xavier@unamur.be
Titre 15 - Le régime de la responsabilité civile du responsable du traitement et du sous-traitant dans le RGPD
Éditions Larcier - © Groupe Larcier - 16/11/2018