

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le code de conduite « RGPD » et la question de la relation entre le sous-traitant et le responsable du traitement

Parsa, Saba; Van Gyseghem, Jean-Marc

Published in:
DPO news

Publication date:
2021

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for published version (HARVARD):

Parsa, S & Van Gyseghem, J-M 2021, 'Le code de conduite « RGPD » et la question de la relation entre le sous-traitant et le responsable du traitement', *DPO news*, numéro 1, pp. 20-24.

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.

Le code de conduite « RGPD » et la question de la relation entre le sous-traitant et le responsable du traitement

Introduction

En droit commun, ainsi que de manière générale, un code de conduite s'entend d'une déclaration adoptée par une entreprise, association, secteur d'activités sur des principes, des actions, des pratiques, des conduites qui sont formalisés dans un document rendu public.

Popularisé par les plans de responsabilité sociétale et environnementale (RSE) des entreprises, il constitue un outil d'autorégulation encouragé par le législateur tant national qu'europpéen.

Suivant cette logique et mus par une volonté de rendre effectifs les principes de protection des données, les auteurs du RGPD¹ ont confirmé ce type de mécanisme d'autorégulation qui était déjà présent dans la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données² en le développant de manière plus ample et ont ainsi exprimé clairement l'intérêt du recours à cet outil. Il constitue un « élément » de démonstration du respect des obligations mises à sa charge. Dans son considérant 98, le règlement réaffirme qu'« Il y a lieu d'encourager les associations ou autres organismes représentant des catégories de responsables du traitement ou de sous-traitants à élaborer des codes de conduite, dans les limites du présent règlement, de manière à en faciliter la bonne application, compte tenu des spécificités des traitements effectués dans certains secteurs et des besoins spécifiques des micro, petites et moyennes entreprises. Ces codes de conduite pourraient, en particulier, définir les obligations qui incombent aux responsables du traitement et aux sous-traitants, compte tenu du risque que le traitement peut engendrer pour les droits et libertés des personnes physiques. »³

Il précise par ailleurs que le suivi d'un code de conduite⁴ justifie de la conformité aux exigences du RGPD, en ce que « l'application d'un code de conduite approuvé comme le prévoit l'article 40 ou de mécanismes de certification approuvés comme le prévoit l'article 42 peut servir d'élément pour démontrer le respect des obligations incombant au responsable du traitement »⁵, et que « [l]application d'un code de conduite approuvé comme le prévoit l'article 40 ou d'un mécanisme de certification approuvé comme le prévoit l'article 42 peut servir d'élément pour démontrer le respect des exigences prévues au paragraphe 1 du présent article »⁶.

Le Comité européen de protection des données insiste également sur le fait que « les codes [de conduite] sont des outils de responsabilisation volontaires qui définissent des

règles spécifiques en matière de protection des données pour certaines catégories de responsables du traitement et de sous-traitants » et « peuvent ainsi faire office de recueil de règles pour les responsables du traitement et les sous-traitants qui conçoivent et mettent en œuvre des activités de traitement conformes au RGPD qui confèrent une dimension opérationnelle aux principes de la protection des données énoncés dans le droit national et européen. »⁷

Partant, l'adhésion à un projet de code de conduite en matière de protection des données, n'est pas sans incident sur les transferts ou partages des données et *a fortiori* sur la relation entre responsable du traitement et sous-traitant. À noter que le code de conduite peut également constituer un instrument juridique permettant le transfert de données vers des pays tiers ainsi que cela est précisé à l'article 46 du RGPD sous réserve, bien entendu, de s'assurer que les données transférées vers un pays tiers bénéficient d'une protection équivalente à celle offerte par le RGPD.

En ce sens l'article 46 RGPD énonce ce qui suit : « En l'absence de décision en vertu de l'article 45, paragraphe 3, le responsable du traitement ou le sous-traitant ne peut transférer des données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale que s'il a prévu des garanties appropriées et à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives. Les garanties appropriées visées au paragraphe 1 peuvent être fournies, sans que cela ne nécessite une autorisation particulière d'une autorité de contrôle, par : [...] e) un code de conduite approuvé conformément à l'article 40, assorti de l'engagement contraignant et exécutoire pris par le responsable du traitement ou le sous-traitant dans le pays tiers d'appliquer les garanties appropriées, y compris en ce qui concerne les droits des personnes concernées ; ou [...] ».

Il s'ensuit que le cas échéant, le code de conduite devra alors être assorti de mesures supplémentaires pour assurer ce niveau de protection équivalent⁸.

En ce sens, la Professeure de Terwangne et Claire Gayrel ont eu l'occasion de préciser que « l'acteur désireux de transférer des données à caractère personnel hors de l'Espace économique européen, peut offrir les garanties appropriées par la voie de l'adhésion à un code de conduite. Cette adhésion doit être assortie de l'engagement contraignant et exécutoire pris par le responsable du traitement ou le sous-traitant dans le pays tiers, au moyen d'instruments contractuels ou d'autres instruments juridiquement contraignants, d'appliquer les garanties appropriées contenues dans ce code de conduite, y compris en ce qui

¹ 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.

² Art. 27.

³ Considérant 98 du RGPD.

⁴ Fl. de VILLENFAGNE, Fr. DUMORTIER et Y. POULLET, *Comparison of Privacy and Trust Policies in the Area of Electronic Communications : final report*, 2007, Namur, Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix : <http://www.crid.be/pdf/public/5596.pdf> ; O. TAMBOU, « L'introduction de la certification dans le règlement

général de protection des données à caractère personnel : Quelle valeur ajoutée ? », *Revue Lamy Droit de l'immatériel*, 2016/126, n° 3986, pp. 43 et s.

⁵ Art. 24.3, du RGPD

⁶ Art. 32.3, du RGPD.

⁷ Comité européen de protection des données, « Lignes directrices 1/2019 relatives aux codes de conduite et aux organismes de suivi au titre du règlement (UE) 2016/679 », 4 juin 2019, p. 7.

⁸ En ce sens EDPB, *Recommendations 01/2020 on measures that supplement transfer tools to ensure compliance with the EU level of protection of personal data*, adopted 10.11.2020, p.11, n° 22-23.

concerne les droits des personnes concernées.⁹ L'importance et l'utilité du code de conduite ne sont donc pas à négliger.

I. Notions

Le RGPD ne précise pas en son article 4, intitulé « définitions », ce qu'il faut entendre par la notion de « code de conduite », ce qui est regrettable au demeurant. Cependant, au gré de la navigation à travers les dispositions et les considérants du règlement, on peut en comprendre la teneur et la portée.

Un code de conduite, au sens du RGPD, doit être conçu de manière « sectorielle »¹⁰ même si, comme le relève le Comité européen de protection des données, « il pourrait donc notamment s'agir de codes transsectoriels, là où c'est réalisable, pour autant que les critères de représentativité soient respectés »¹¹. Le code de conduite constitue une traduction, adaptée à un secteur d'activités particulier, des dispositions du règlement qui, pour certaines sont trop générales et par conséquent susceptibles d'interprétations différenciées.

En matière de protection des données, l'application d'un code de conduite peut servir d'élément pour démontrer :

- le respect des obligations incombant au responsable du traitement (son *accountability*) ;
- l'existence des garanties suffisantes exigées des sous-traitants ;
- le respect des exigences relatives à la sécurité des traitements.

De la sorte, un code de conduite sera pris en considération dans les analyses d'impact comme élément témoignant de la minimalisation des risques liés aux traitements réalisés.

En outre, un code de conduite revêt deux intérêts particuliers.

- Premièrement, l'application d'un code de conduite est une « circonstance atténuante » devant être prise en compte par les autorités de contrôle en cas de décision de sanction administrative¹². Ainsi, le montant d'une telle sanction pourra être diminué si l'entreprise concernée démontre qu'elle respecte un code de conduite approuvé.
- Deuxièmement, l'élaboration d'un code de conduite offre à ses adhérents une économie d'échelle dans la détermination des mesures de mise en œuvre des obligations du RGPD¹³.

D'évidence, un tel outil d'autorégulation impacte fortement les relations entre les acteurs intervenant sur les mêmes traitements de données ou sur des traitements

distincts mais provenant d'une source commune.

Ensuite, s'agissant des notions de « sous-traitant » et de « responsable du traitement » ou de « responsable conjoint », le lecteur est renvoyé aux autres contributions de ce numéro.

Il est, néanmoins, rappelé ici que les acteurs doivent assurer la fiabilité de la chaîne des services conformément notamment aux dispositions des articles 26¹⁴ et 28¹⁵ du RGPD.

Il s'ensuit que pour garantir la conformité de la chaîne des traitements, le règlement prévoit que les parties qui agissent en qualité de sous-traitant, de responsable du traitement ou de responsables conjoints fixent leurs relations par « voie d'accord entre eux »¹⁶, par contrat ou par tout acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre¹⁷. Le code de conduite a précisément vocation à se prononcer sur ces questions.

II. Le code de conduite

A. Contenu du code de conduite

Le RGPD prévoit, en son article 40.2, que :

« 2. Les associations et autres organismes représentant des catégories de responsables du traitement ou de sous-traitants peuvent élaborer des codes de conduite, les modifier ou les proroger, aux fins de préciser les modalités d'application du règlement, telles que :

- a) le traitement loyal et transparent ;
- b) les intérêts légitimes poursuivis par les responsables du traitement dans des contextes spécifiques ;
- c) la collecte des données à caractère personnel ;
- d) la pseudonymisation des données à caractère personnel ;
- e) les informations communiquées au public et aux personnes concernées ;
- f) l'exercice des droits des personnes concernées ;
- g) les informations communiquées aux enfants et la protection dont bénéficient les enfants et la manière d'obtenir le consentement des titulaires de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant ;
- h) les mesures et les procédures visées aux articles 24 et 25 et les mesures visant à assurer la sécurité du traitement visées à l'article 32 ;
- i) la notification aux autorités de contrôle des violations de données à caractère personnel et la communication de ces violations aux personnes concernées ;
- j) le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales ; ou

s'adosser. En effet, le code de déontologie facilite la réalisation d'un code de conduite, dès lors que les mesures garantissant les recours sont déjà existantes pour ces professions et que leur adhésion est rendue obligatoire.

¹⁴ « [...] Les responsables conjoints du traitement définissent de manière transparente leurs obligations respectives aux fins d'assurer le respect des exigences du présent règlement, [...] »

¹⁵ « Lorsqu'un traitement doit être effectué pour le compte d'un responsable du traitement, celui-ci fait uniquement appel à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent règlement et garantisse la protection des droits de la personne concernée. »

¹⁶ Art. 26 du RGPD.

¹⁷ Art. 28.3 du RGPD.

⁹ C. DE TERWANGNE et C. GAYREL, « Le RGPD et les transferts internationaux de données à caractère personnel », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du Crids, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 320-321. Voy. également P. VAN DEN BUCLK, « Transferts de données personnelles vers des pays tiers », *Bull. ass.*, 2017, n° 22, Dossier « Data Protection L'impact du GDPR en assurance - De impact van de GDPR in de verzekering », p. 229 (cité par C. DE TERWANGNE et C. GAYREL, *ibid.*).

¹⁰ L'article 40.1 du RGPD énonce que les codes de conduite ont vocation à « contribuer à la bonne application du RGPD, compte tenu de la spécificité des différents secteurs de traitement ».

¹¹ Comité européen de protection des données, « Lignes directrices 1/2019 relatives aux codes de conduite et aux organismes de suivi au titre du règlement (UE) 2016/679 », 4 juin 2019, p. 9, note 20.

¹² Art. 83 du RGPD.

¹³ L'élaboration d'un code de conduite pour les professions libérales est par ailleurs facilitée par l'existence d'un code de déontologie auquel il peut aisément

k) les procédures extrajudiciaires et autres procédures de règlement des litiges permettant de résoudre les litiges entre les responsables du traitement et les personnes concernées en ce qui concerne le traitement, sans préjudice des droits des personnes concernées au titre des articles 77 et 79. »¹⁸

De plus, le considérant 77 énonce, pour sa part, que les codes de conduite peuvent contenir « des directives relatives à la mise en œuvre de mesures appropriées et à la démonstration par le responsable du traitement

ou le sous-traitant du respect du présent règlement, notamment en ce qui concerne l'identification du risque lié au traitement, leur évaluation en termes d'origine, de nature, de probabilité et de gravité, et l'identification des meilleures pratiques visant à atténuer le risque ».

Enfin, ce code doit proposer des mécanismes, d'une part, de contrôle et, d'autre part, de solutions en cas de litige et de sanctions plus rapides, efficaces et adéquates que les sanctions administratives et judiciaires proposées par l'ordre juridique traditionnel.

Le Code de conduite doit contenir des informations relatives à :



B. Suivi des codes de conduite approuvés

Pour assurer l'effectivité d'un code de conduite, ses auteurs – ou propriétaires si l'on veut utiliser le vocable du Comité européen de protection des données¹⁹ – devront veiller à identifier un organisme qui sera accrédité à cet effet par une autorité de contrôle des données personnelles nationale qui est, en Belgique, l'APD²⁰, en France la CNIL et au Luxembourg le CNPD. À noter que cette autorité de contrôle révoquera l'agrément d'un organisme si les conditions d'agrément ne sont pas ou plus réunies.

Il sera agréé pour contrôler le respect d'un code de conduite s'il répond à certaines conditions portant, entre autres, sur son indépendance et son expertise par rapport au secteur dans lequel s'inscrit le code de conduite.

Cet organisme pourra, « sans préjudice des missions et des pouvoirs de l'autorité de contrôle compétente »²¹, prendre les mesures appropriées en cas de violation de ses obligations par un responsable du traitement ou un sous-traitant soumis au code de conduite.

¹⁸ Art. 40.2 du RGPD.

¹⁹ Comité européen de la protection des données, « Lignes directrices 1/2019 relatives aux codes de conduite et aux organismes de suivi au titre du règlement (UE) 2016/679 », 4 juin 2019.

²⁰ À cet effet, l'APD a soumis son projet d'accréditation des organismes de contrôle au Comité européen de protection des données qui n'a pas manqué

de remettre son avis début 2020 (EDPB, *Opinion 2/2020 on the Belgium data protection supervisory authority draft accreditation requirements for a code of conduct monitoring body pursuant to article 41 GDPR*, 28 January 2020).

²¹ Art. 41.1 du RGPD. À noter que ceci ne s'applique pas aux traitements effectués par les autorités et organismes publics.

III. Impact sur les relations entre responsable du traitement et sous-traitant

A. Notion de sous-traitance

Ainsi que cela a déjà été analysé dans d'autres contributions de la présente revue, le responsable du traitement a la possibilité de faire appel à un sous-traitant pour effectuer, sous ses instructions, certaines opérations liées au traitement bien souvent eu égard à la compétence particulière dudit sous-traitant.

C'est à juste titre que la Professeure de Terwangne a précisé que « bien souvent, le sous-traitant interviendra au niveau des moyens à mettre en œuvre pour atteindre les finalités dès lors qu'il sera fait appel à lui pour ses compétences particulières »²² et qu'« une même personne peut être responsable de traitement dans le cadre d'un traitement et sous-traitant pour un autre »²³.

Il est utile de rappeler que le sous-traitant doit nécessairement « avoir une personnalité juridique distincte de celle du responsable du traitement et traiter les données pour le compte de celui-ci »²⁴. Par personnalité juridique distincte, il faut entendre que le sous-traitant « dispose donc d'une existence propre et indépendante, que celui-ci ne soit pas entièrement intégré au fonctionnement interne du responsable du traitement. Ainsi, un médecin hospitalier n'étant pas lié par un contrat de travail avec l'hôpital dans lequel il pratique n'est pas pour autant sous-traitant de cet hôpital puisque « ses activités sont totalement intégrées dans celles de l'hôpital ». »²⁵

Comme cela a été mentionné précédemment, la relation entre le responsable du traitement et le sous-traitant doit être formalisée par un contrat ou un autre acte juridique au titre du droit de l'Union ou du droit d'un État membre. Contrairement à la directive 95/46/CE 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, le RGPD indique les mentions minimales devant figurer dans un tel acte ; mentions qui sont reprises à l'article 28.3 telles que les obligations du sous-traitant à l'égard du responsable du traitement, le recours à un sous-traitant de second rang et le sort des données au terme du contrat de sous-traitance.

B. Le code de conduite comme acte juridique au sens de l'article 28

Nous venons de rappeler que la sous-traitance doit être régie par un acte juridique. Avant d'aller plus avant dans l'approche de la sous-traitance dans le cadre d'un code de conduite, il convient d'analyser la notion d'acte juridique qui est, habituellement, opposée à celle de fait juridique ;

l'acte juridique peut être soit unilatéral, soit synallagmatique, soit encore collectif²⁶ pour ce qui concerne les actes sous signature privée. Cette notion d'acte juridique peut donc être définie comme « une manifestation de volonté destinée à produire des effets de droit »²⁷.

Paul Amsleek définit l'acte juridique comme « un acte de langage ou de comportement, institué par le droit, en vertu duquel une ou plusieurs personnes exercent la compétence qui leur est reconnue d'établir soit une prescription de caractère normatif, soit une situation appelant le jeu d'un régime juridique »²⁸. L'exemple le plus évident d'acte juridique est le contrat. On attire cependant l'attention du lecteur sur le fait que, comme le souligne l'Autorité de protection des données dans une communication de septembre 2018, les « notions du RGPD sont des notions autonomes. Il importe de ne pas les confondre avec d'autres notions issues de domaines juridiques différents. Ainsi, la sous-traitance au sens du RGPD n'est pas à confondre avec le contrat d'entreprise ou le contrat de sous-traitance régis par le Code civil et ce, même si parfois ces contrats peuvent se superposer. En d'autres termes, ce n'est pas par le simple fait de l'existence d'un contrat d'entreprise ou de sous-traitance entre deux parties que ces deux parties se voient alors qualifiées respectivement de responsable de traitement ou de sous-traitant au sens du RGPD. »²⁹

Au regard de ce qui vient d'être exposé, nous devons vérifier si un code de conduite permet de remplir cette obligation de régir le contrat de sous-traitance par un acte juridique. En d'autres termes, un code de conduite peut-il constituer un acte juridique au sens de l'article 28.3 du RGPD ?

Pour rappel, un code de conduite peut « fournir un certain degré de co-réglementation »³⁰ et est le fruit, à la base, de la volonté d'organismes sectoriels « de créer le climat de confiance et la sécurité juridique nécessaires en apportant des solutions pratiques aux problèmes recensés par des secteurs particuliers en ce qui concerne leurs activités de traitement communes »³¹. Par la suite, les acteurs sectoriels adhèrent au code de conduite et s'engagent à le respecter sous peine de sanction de la part de l'organisme de contrôle³² dans la version anglaise du règlement.

À notre sens, l'on est bien en présence d'un acte juridique hybride collectif qui est défini comme un « acte formé collectivement, par exemple la décision prise par une association, une société, un syndicat ou un acte collectif par ses effets, qui lie des personnes qui n'y ont pas consenti, par exemple une convention collective de travail »³³, mais également unilatéral dès lors que la partie qui adhère au code de conduite le fait de manière individuelle.

²² C. DE TERWANGNE, « Définitions clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du Crids, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 68.

²³ *Ibid.*

²⁴ A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR). Analyse approfondie*, coll. du Crids, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 377 ; voy. également Groupe 29, *Avis 1/2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant »*, WP 169, 16 février 2010, p. 27 (cité par A. DELFORGE, *ibid.*, p. 377).

²⁵ A. DELFORGE, *ibid.*, p. 377.

²⁶ B. DE BERTIER-LESTRADE, « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », in M. NICOD, *Les affres de la qualification juridique*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2015, n° 17.

²⁷ B. DE BERTIER-LESTRADE, *ibid.*, n° 13 ; voy. également J. HERVEG et J.-M. VAN GYSEGHEM, « Un nouveau métier de la santé : la sous-traitance des données du patient », in *Law, Norms and Freedoms in cyberworld / Droit, normes et libertés*

dans le cybermonde. Liber amicorum Yves Pouillet, coll. du Crids, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 748.

²⁸ P. AMSELECK, « L'acte juridique à travers la pensée de Charles Eisenmann », *Arch. Phil. dr.*, t. 32, p. 305 (cité par B. DE BERTIER-LESTRADE, *ibid.*, n° 13).

²⁹ Autorité de protection des données, « Le point sur les notions de responsable de traitement / sous-traitant au regard du Règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les avocats », septembre 2018, p. 5.

³⁰ Comité européen de la protection des données, « Lignes directrices 1/2019 relatives aux codes de conduite et aux organismes de suivi au titre du règlement (UE) 2016/679 », 4 juin 2019, p. 9, n° 13.

³¹ *Ibid.*, p. 10, n° 15.

³² Cet organisme de contrôle est souvent appelé par son terme anglais « monitoring body ».

³³ B. DE BERTIER-LESTRADE, « La frontière entre l'acte juridique et le fait juridique », *op. cit.*, note n° 16.

Un acte juridique unilatéral est, en effet, « une manifestation de volonté d'une seule personne en vue de produire des effets de droit, par exemple un testament, la reconnaissance d'un enfant, le congé ou la démission... »³⁴. C'est là tout l'enjeu d'une telle déclaration.

Cette qualification nous permet donc de considérer qu'une relation de sous-traitance pourrait être régie par un code de conduite qui est contraignant à l'égard du sous-traitant³⁵. Cela doit cependant s'accompagner de certaines conditions complémentaires. D'une part, une telle possibilité devrait être prévue *expressis verbis* dans le code de conduite lui-même et, d'autre part, à tout le moins l'ensemble des mentions requises à l'article 28 du RGPD devrait se retrouver dans ledit code de conduite de sorte qu'il puisse être considéré de manière pleine et entière comme un contrat de sous-traitance. Par ailleurs, il faut que les parties aient consenti au même code de conduite afin qu'il leur soit opposable. Cela tombe sous le sens.

Cette adhésion peut s'effectuer, à notre sens, de différentes manières. Ainsi, cela peut s'effectuer par l'intermédiaire d'une inscription à un ordre professionnel qui aurait mis en place un code de conduite par le truchement de son code de déontologie et dont les sanctions en cas de violation pourraient être prévues dans les dispositions déontologiques³⁶ du code. En corollaire à cela, le responsable du traitement et le sous-traitant ayant adhéré au même code de conduite ne devront pas conclure un contrat de sous-traitance spécifique au risque qu'il soit redondant, voire par inadvertance contradictoire, avec le code de conduite.

À titre d'exemple, nous pouvons citer les avocats qui sont, selon l'Autorité de protection des données, alternativement responsable du traitement et sous-traitant dans l'exercice de leur profession. Ainsi « lorsqu'un avocat se voit communiquer un dossier par un confrère qui lui a préalablement demandé de plaider pour lui dans l'hypothèse où cet avocat reste dans le cadre des instructions qui lui ont été données par l'avocat qui a préparé le dossier de plaidoirie »³⁷. En d'autres termes, l'avocat qui reçoit les instructions interviendrait comme sous-traitant du premier et un contrat devrait être conclu entre les deux. L'on voit bien les problèmes que cela soulève en termes de logistique. En effet, peut-on imaginer faire signer, à 20 heures, un contrat de sous-traitance pour un remplacement en vue d'une audience du lendemain matin³⁸.

Par ailleurs, qu'en est-il lorsque l'on demande, à la barre, à un confrère obligeant d'en remplacer un autre ? Faut-il prendre contact avec le confrère qui nous a demandé de le remplacer pour demander son accord pour une sous-traitance de second rang ? Nous voyons ici l'importance que revêt l'adoption d'un code de conduite propre aux avocats pour éviter ces problèmes de logistiques majeurs pour des actes qui sont, à la base, simples et courants.

A contrario, dans le cas où le sous-traitant et le responsable n'ont pas adhéré au même code de conduite, ou encore si seulement l'un des deux y adhère, les parties ne pourront se satisfaire du code de conduite pour servir d'acte juridique prévu par l'article 28.3 du RGPD.

Enfin, un contrat pourrait s'avérer nécessaire dans l'hypothèse où le code de conduite ne reprend pas toutes les mentions requises par l'article 28.3 du RGPD ou qu'il laisse les parties préciser certaines mentions. Pensons à la question de sous-traitance de second degré.

Conclusion

Au terme de cette analyse, il nous semble que le RGPD a voulu donner une acception large de la notion d'acte juridique régissant la relation du responsable du traitement avec son sous-traitant. L'objectif du législateur européen n'est pas de définir l'acte juridique lui-même mais d'imposer des règles contraignantes au sous-traitant afin de garantir un maintien des règles de protection des données fixées par le RGPD.

À nos yeux, il ne fait aucun doute qu'un code de conduite peut aisément répondre à cette exigence pour autant que les conditions ci-avant énoncées soient respectées et notamment que l'ensemble des mentions précisées à l'article 28.3 du RGPD figurent d'une manière ou d'une autre dans le code de conduite.

■ Saba Parsa

Avocate au barreau du Brabant wallon et DPO,
Vice-présidente du CSA belge,
Professeur de droit à la HE2B

■ Jean-Marc Van Gyseghem

Directeur de recherche au Centre de recherche
Information, Droit et Société,
Avocat au barreau de Bruxelles

³⁴ Ibid.

³⁵ Sur la notion d'acte juridique au sens de l'article 28, voy. Comité européen de la protection des données, « Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR », version pour la consultation publique, 5 septembre 2020, p. 30, n° 100.

³⁶ Voy., par exemple, Slovenská advokátska komora, Code of conduct for processing of personal data by lawyers under EU General Data protection Regulation (GDPR) », 2018, https://www.sak.sk/web/sk/cms/document/224/section/_docList_/rows/730/attr/name/preview.

³⁷ Autorité de protection des données, « Le point sur les notions de responsable de traitement / sous-traitant au regard du Règlement EU 2016/679 sur la protection des données à caractère personnel (RGPD) et quelques applications spécifiques aux professions libérales telles que les avocats », *op. cit.*, p. 6.

³⁸ S. PARSÀ, « Le R.G.P.D. et la profession d'avocat, au-delà du secret professionnel et du principe de confidentialité », in H. Jacquemin (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (R.G.P.D./G.D.P.R.) : premières applications et analyse sectorielle*, coll. CUP, vol. 195, Limal, Anthemis, 2020, pp. 138 et s.



ABONNEMENT

ANTHEMIS, Place Albert I, 9 à 1300 Limal
Tél. 010/42.02.90 - Fax. 010/40.21.84
abonnement@anthemis.be - www.anthemis.be
Éditeur responsable : Elisabeth Courtens
Secrétariat de rédaction : Justine Minot
justine.minot@anthemis.be
Maquette et mise en page par Matthieu Lepoutre
© 2021 Anthemis s.a. ISSN : 2593-7979

COMITÉ DE RÉDACTION

Rédactrice en chef : Saba Parsa

Comité de rédaction : Georges Ataya, Faustine Cachera, Frédéric Dechamps, Alain Ejzyn, Jean-Benoît Hubin, Saba Parsa, Nathalie Raghenon, Jean-Luc Sauron, Thierry Van den Berghe, Valéry Vander Geeten, Jean-Marc Van Gyseghem, Valérie Verbruggen

5 numéros par an

Abonnement

- annuel papier et électronique* : 167 € HTVA (port inclus pour la Belgique),
- annuel électronique* : 133 € HTVA

Les abonnements sont renouvelés automatiquement,
sauf résiliation expresse avant l'échéance.

* Les codes d'accès au site sont communiqués par mail à l'abonné.

Important : une adresse mail, un nom et un prénom doivent nous être fournis à cette fin.

