

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.

Une série de questions ont récemment été adressées à ce sujet à l'autorité de protection des données qui démontrent qu'un rappel des principes en la matière s'impose.

Le RGPD n'a pas modifié les notions de responsable de traitement et de sous-traitant. Les définitions qu'il fait de ces notions (en ses articles 4.7) et 4.8) sont les mêmes que celles de la 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 des données.

a. Généralités

i. Responsable de traitement

Le responsable de traitement est défini comme étant la personne (...) qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement.

Deux critères

Pour qualifier juridiquement au regard du RGPD la qualité d'une personne qui réalise une opération de traitement de données à caractère personnel, il convient de procéder à l'analyse et ce, pour chaque opération de traitement de données à caractère personnel.

Le rôle d'un intervenant dans un traitement de données peut en effet changer en fonction des caractéristiques de ce traitement. A titre d'exemple, la configuration d'un système d'information d'un cabinet d'avocats dans lequel les dossiers de tous les avocats sont centralisés a un impact sur certains types de traitement de données à caractère personnel tels que les accès aux dossiers, les catégories de dossiers centralisés ou encore les durées de centralisation des dossiers. La titularité de la maîtrise de ces traitements diffère de celle des traitements de données à caractère personnel autonomes réalisés par chaque avocat dans la gestion de leurs dossiers consistant par exemple en la collecte des données à caractère personnel de l'adversaire d'un de leur client dans le cadre de la préparation du dossier de défense de leur client.

Une analyse factuelle de chaque situation s'impose en vue d'identifier, pour chaque traitement de données à caractère personnel, qui dispose de la maîtrise (1) dans la détermination de la finalité pour laquelle les données sont traitées (raison concrète et opérationnelle pour laquelle les données sont traitées telle que la constitution du dossier de procédure, la réalisation de toute correspondance nécessaire à cette effet, etc...) ainsi que (2) dans le choix des moyens utilisés pour atteindre cette finalité.

Ce sont ces deux critères qui participent à l'identification du responsable de traitement. Une organisation ou une personne qui n'exerce aucune influence sur la détermination de la manière dont les données sont traitées ne peut se voir conférer la qualité de responsable de traitement.

Degré de précision requis dans la maîtrise ?

Quel est le degré de précision requis dans la détermination de la finalité et des moyens du traitement pour être considéré comme responsable de traitement ?

Selon l'avis du Groupe de l'article 29 (prédécesseur du Comité européen à la protection des données)¹, l'importance à accorder aux finalités ou aux moyens peut varier en fonction du contexte dans lequel intervient le traitement. Un des angles d'analyse possible est le degré de latitude laissé pour prendre des décisions sur la détermination des finalités du traitement (raisons concrètes pour lesquelles les données sont traitées) et la réalisation même des traitements ainsi que sur le choix des moyens mis en place pour ce faire ; avec la nuance selon laquelle la détermination des moyens implique de revêtir la qualité de responsable de traitement uniquement lorsqu'elle concerne les éléments essentiels des moyens (type de données traitées, catégorie de personnes concernées, fréquence des opérations de traitement, durée de conservation, destinataires éventuels des données...).

Il est en effet accepté qu'un responsable de traitement puisse déléguer la détermination des moyens d'un traitement (à son sous-traitant par exemple) sans perdre sa qualité de responsable de traitement à la condition toutefois que cette délégation ne porte que sur des questions techniques ou organisationnelles. Cette délégation ne peut aller jusqu'à la détermination des catégories de données traitées, de la durée de conservation des données traitées ou encore du choix de la base de licéité du traitement qui doivent rester du ressort du responsable de traitement.

La notion de responsable de traitement est une notion fonctionnelle, en ce sens qu'elle vise à attribuer les responsabilités des obligations imposées par la réglementation sur la protection des données à caractère personnel aux personnes qui exercent une réelle influence de fait sur les traitements concernés. C'est la raison pour laquelle la qualification juridique de cette notion s'appuie sur une analyse factuelle. Il en est de même pour la notion de sous-traitant qui se voit imposer plus d'obligations sous l'égide du RGPD plus rapport à l'ancienne réglementation (cf. infra).

ii. Sous-traitant

Quant au sous-traitant, il est défini par le RGPD comme étant la personne (...) qui traite les données à caractère personnel pour le compte du responsable de traitement.

L'existence de la sous-traitance dépend du responsable de traitement qui doit avoir décidé de ne pas réaliser lui-même le traitement dont il maîtrise la ou les finalités et/ou moyens mais d'en déléguer tout ou une partie des opérations à une autre personne ou organisation extérieure que la sienne. Cette autre personne doit être juridiquement distincte de l'organisation du responsable de traitement et doit réaliser les opérations de traitement de données à caractère personnel déléguées pour le compte de ce dernier et conformément à ses instructions documentées.

Objet de la sous-traitance

L'activité de traitement de données à caractère personnel confiée à un sous-traitant peut consister en une tâche précise ou au contraire consister en une tâche pour laquelle une certaine marge d'appréciation lui est laissée en lui permettant de choisir les moyens techniques et organisationnels les plus adaptés pour répondre à la demande de prestation de services du responsable de traitement.

¹ Avis 1/2010 sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant » du 16/02/2010, WP 169, 00264/10/FR.

Cette marge d'appréciation doit cependant rester limitée. Pour autant qu'elle ne porte pas sur les éléments essentiels du traitement de données à caractère personnel (type de données collectées, détermination des destinataires des données, des catégories de personnes à propos desquelles des données sont collectées, des durées de conservation des données, des raisons concrètes pour lesquelles les données sont traitées,...) et que le sous-traitant intervienne pour le compte du responsable de traitement et non pour son propre compte, le sous-traitant garde sa qualité de sous-traitant.

Sous cette réserve, le délégation que le responsable de traitement donne au sous-traitant peut par nature contenir une certaine marge de manœuvre accordée au sous-traitant dans le choix des moyens techniques et organisationnels utilisée pour réaliser le traitement.

Dépassement de mandat par le sous-traitant

Si un sous-traitant vient à dépasser le mandat qui lui a été donné par le responsable de traitement et acquiert alors un rôle important dans la détermination des finalités pour lesquelles il va traiter les données ou des modalités essentielles de réalisation du traitement, il acquiert alors la qualité de responsable de ce traitement (art. 28.10 RGDP).

Responsables conjoints de traitement

Quand deux ou plusieurs personnes interviennent dans la détermination des finalités et des moyens d'un traitement de données à caractère personnel², ils seront considérés comme responsables de traitement conjoints et devront, en vertu de l'article 26 du RGPD, déterminer, par voie d'accord en eux, leurs obligations respectives aux fins de respecter le RGPD ; à moins que cela ne soit déjà fait dans une disposition légale spécifique à laquelle les responsables de traitement sont soumis et cela sans préjudice du fait que les personnes concernées pourront exercer leurs droits à l'encontre de chacun des responsables conjoints de traitement.

Initiative dans la proposition de contrat de sous-traitance

Notez également que l'initiative prise dans la proposition d'un contrat de sous-traitance ou encore le poids contractuel dont dispose une partie par rapport à l'autre dans la négociation ne préjuge pas de la qualité de responsable de traitement ou de sous-traitant de celui qui prend l'initiative ou qui dispose d'un pouvoir de force disproportionné dans la négociation. C'est toujours au regard des critères qui précèdent que l'analyse des faits doit être réalisée pour qualifier juridiquement adéquatement les rôles de chaque intervenant dans un traitement de données à caractère personnel.

Encadrement légal de la préservation de la maîtrise dans le chef du responsable de traitement

En cas de sous-traitance, le RGDP contient des dispositions qui visent à préserver la maîtrise du traitement dans le chef du responsable de traitement et à assurer que le niveau de protection des données ne baisse pas malgré la sous-traitance :

- Obligation que la sous-traitance soit formalisée par un contrat entre le responsable de traitement et le sous-traitant ou par une disposition légale liant le sous-traitant vis-à-vis du responsable de traitement et ce avec un minimum de mentions obligatoires (art. 28.3)

² Selon les conclusions de l'avocat général près la CJCE du 25 octobre 2017 dans l'affaire, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, C-210/16, « l'existence de responsabilité conjointe ne signifie pas une responsabilité sur pied d'égalité. Au contraire, les différents responsables du traitement peuvent être impliqués dans un traitement de données à caractère personnel à différents stades et différents degrés ».

- Obligation pour le sous-traitant et toute personne agissant sous son autorité de ne traiter les données que sur instruction du responsable de traitement, à moins d'y être obligé en vertu d'une obligation légale (art. 29 RGPD).
- Interdiction de sous-sous-traitance sans autorisation écrite préalable du responsable de traitement (art 28.2)

Nouvelles obligations à charge du sous-traitant

Si le RGPD n'a pas adapté les notions de responsable de traitement et de sous-traitant ni les critères sur base desquels la qualification juridique doit intervenir, il impose tout de même plus d'obligations à charge du sous-traitant par rapport à l'ancienne loi vie privée ou à la Directive 95/46/CE :

- L'obligation de sécurisation du traitement de données à caractère personnel pèse dorénavant aussi sur les épaules du sous-traitant (art. 32 RGPD) et non plus uniquement sur celles du responsable de traitement ;
- L'obligation de tenir un registre de toutes les catégories d'activités de traitement effectuées pour le compte du responsable de traitement conformément aux articles 30.2 et 30.3 du RGPD ;
- Si le sous-traitant vient à constater une violation de données à caractère personnel à savoir, une violation de la sécurité impliquant la destruction, la perte, l'altération, la divulgation non autorisée de données à caractère personnel ou l'accès non autorisé à de telles données, il a l'obligation de la notifier dans les meilleurs délais à son responsable de traitement (art. 33 RGPD) qui va lui-même devoir procéder à la notification auprès de l'autorité de protection des données ;
- L'obligation de désignation d'un délégué à la protection des données ainsi que les obligations corolaires s'appliquent aussi au sous-traitant dans les hypothèses légales prévues (art. 37 et 38 RGPD)
- L'obligation d'encadrement spécifique des communications de données vers des pays tiers à l'Union européenne par le biais de garanties appropriées pèse aussi sur le sous-traitant (art.46 RGPD)
- L'obligation de désignation d'un représentant s'applique au sous-traitant qui se situe hors UE mais qui intervient dans la sous-traitance de traitements de données consistant en une offre de biens ou de services adressés à des personnes situées au sein de l'Union européenne ou consistant en un suivi de comportement de ces personnes si ledit comportement a lieu au sein de l'Union européenne (art. 27 RGPD)
- Le sous-traitant doit aussi dorénavant aider le responsable de traitement à assurer le respect des obligations qui sont les siennes en vertu des art. 32 à 36 du RGPD (sécurité, notification violation de données à caractère personnel et communication aux personnes concernées, analyse d'impact relative à la protection des données des traitements à risque élevé) ainsi qu'en vertu du chapitre III du RGPD (donner suite aux demandes des personnes concernées qui exercent les droits dont elles disposent en vertu du RGPD). Il doit également alerter le responsable de traitement si une de ses instructions lui paraît contraire au RGPD ou à d'autres dispositions légales relatives à la protection des données (art. 28 RGPD).

iii. Notions autonomes

Ces 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 de 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.

iv. Critères de distinction indiciaires

Comme explicité ci-dessus, afin de qualifier adéquatement le rôle de sous-traitant ou responsable de traitement d'une personne qui opère un traitement de données à caractère personnel, il convient, pour chaque traitement donné, de repérer qui dispose de la maîtrise sur la(es) finalité(s) du traitement visé ainsi que sur les moyens choisis pour le réaliser.

Les critères suivants peuvent aider à la qualification juridique des situations de fait rencontrées³ :

- Le nombre d'instructions préalables données par le responsable de traitement concernant la réalisation du traitement de données à caractère personnel et la marge de manœuvre laissée au sous-traitant ;
- La surveillance exercée par le responsable de traitement sur les opérations de traitements de données consistant en l'exécution du service ;
- La visibilité/l'image donnée par le responsable de traitement aux personnes concernées par le traitement ;
- L'expertise des parties : dans certains cas, le rôle et l'expertise d'une partie présente une importance telle que cela entraîne sa qualification de responsable de traitement.

b. Quand un avocat réalise un traitement de données à caractère personnel pour assurer la défense de son client ou pour réaliser toute tâche qui lui a été confiée par son client, le fait-il en tant que responsable de traitement ou en tant que sous-traitant de son client ?

Pour répondre à cette question, il convient tout d'abord d'analyser à propos de quel type de traitement de données à caractère personnel cette question se pose et de le confronter aux critères précités.

S'il s'agit d'un traitement consistant en la collecte de données à caractère personnel sur l'adversaire de son client pour assurer sa défense en justice ou la rédaction de tout acte de procédure avec mention de données à caractère personnel, l'avocat sera généralement considéré comme responsable de traitement en raison de son expertise et de sa maîtrise des traitements de données qu'il pose dans le cadre de sa prestation de services au client.

Critère de l'expertise dans la réalisation du traitement de données à caractère personnel analysé

C'est en effet généralement lui qui sait selon quelles modalités et pourquoi il va traiter les données visées pour fournir son service. C'est lui qui maîtrise la ou les raisons concrètes pour lesquelles ces données sont traitées (initier tel type de procédure, ...). C'est lui qui dispose du know how quant au

³ Avis 1/2010 sur les notions de « responsable de traitement » et de « sous-traitant » du 16/02/2010, WP 169, 00264/10/FR, p. 30

choix entre les diverses procédures qui s'offrent à son client ainsi que quant aux mesures à adopter pour les initier (dépôt de conclusion aux greffes, etc...). Dans certains cas, c'est en exécution d'obligations légales auxquelles il est tenu qu'il procède à la collecte de données à caractère personnel ou la communication de telles données (mentions obligatoires dans les actes de procédures, communication d'information à la Cellule de Traitement des Informations financières en charge de la lutte contre le blanchiment d'argent,...)

Le fondement juridique de l'utilisation par l'avocat des données à caractère personnel nécessaires à cet effet est généralement le mandat donné par son client de représentation en justice. Toutefois, ce mandat ne porte pas sur le traitement de données mais sur la représentation en justice. Les avocats doivent donc être considérés comme responsables de traitement indépendants lorsqu'ils traitent des données dans le cadre de la représentation de leurs clients⁴.

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

Il en sera de même 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 plaidoirie⁵.

D'un point de vue général et sauf les hypothèses précitées ou similaires, un avocat pose plus rarement des traitements de données à caractère personnel en tant que sous-traitant dans la mesure où les traitements de données qu'il réalise s'inscrivent généralement dans le cadre de leur prestation de service plus large dans laquelle l'avocat maîtrise les paramètres des traitements conseillés à son client (tels que les modalités des procédures à mettre en œuvre, le moment auquel les mettre en œuvre ect...). L'indépendance caractérisant la profession d'avocat, confirmée par l'article 444 du Code judiciaire⁶, rend la situation dans laquelle il peut être considéré comme sous-traitant d'un de ses clients assez exceptionnelle.

Traitements de données en réseau

Ceci étant, la configuration d'un système d'information partagé entre les avocats d'un même cabinet peut avoir des conséquences sur les modalités de traitements de données à caractère personnel qu'ils réalisent qui ne sont pas nécessairement de leur maîtrise (choix des types de dossiers centralisés, choix quant aux critères de recherche au sein du réseau partagé, détermination des droits d'accès, des durées de conservation centralisée,...).

En fonction du degré de maîtrise dont dispose les avocats à ce sujet, ils pourront être considérés comme co-responsables de traitement ou ce sera le Cabinet en tant que tel qui a participé activement

⁴ Cf exemple 21 repris dans l'avis 1/2010 du Groupe de travail "article 29" sur les notions de "responsable du traitement" et de "sous-traitant", p. 30.

⁵ Dans cette hypothèse, le respect du RGDP exige que l'avocat consulté initialement par le client et assurant la gestion du dossier informe préalablement son client de la communication de ces données à son confrère pour plaidoirie.

⁶ « Les avocats exercent librement leur ministère pour la défense de la justice et de la vérité. »

à la détermination de la manière dont le système d'information doit être configuré qui sera considéré comme responsable de traitement des opérations de traitements dépendant de cette configuration. Ce constat interviendra bien-sûr sans préjudice du fait que chaque avocat reste responsable des traitements de données qu'il réalise dans son dossier et dont il maîtrise les finalités et les moyens (choix quant au type de données collectées, ...).

D'autres configurations de traitements de données complexes peuvent intervenir. Le traitement de données statistiques par le biais de la création d'une page fan sur un réseau social (pour autant que la création de ce type de page répond aux règles déontologiques de la profession ou encore au respect du secret professionnel) peut impliquer la qualification de co-responsables de traitement de données dans le chef tant du gestionnaire du réseau social que du créateur de la page fan au vu de l'impact sur les traitements de données qu'impliquent cette création et la configuration de cette page fan déterminée par le créateur de cette page fan⁷.

Un titulaire de profession libérale sera également très attentif quant au choix de la messagerie électronique qu'il utilise dans l'exercice de sa fonction et ce, au regard de ses obligations de sécurisation de ses traitements de données liés à l'usage de sa messagerie électronique. Il doit s'assurer que les accès aux données à caractère personnel y contenues sont respectueux du secret professionnel éventuel auquel il est astreint.

Documentation

En conclusion, comme dit ci-dessus, il ne peut être donné de réponse toute faite en fonction du type de profession exercée à la question de savoir qui est le responsable de traitement ou le sous-traitant étant donné que cela résulte d'une analyse, regard des critères précités, de chaque type de traitement réalisé et situation de fait.

En tout état de cause, toute qualification des parties dans un rôle ou un autre sera ou, en cas de responsabilité conjointe de traitement (art. 26.2 RGPD), devra être documentée et motivée adéquatement.

- c. Est-ce que le cadre contractuel (prestation d'un avocat en free-lance pour un autre avocat ...) dans lequel un avocat intervient a un impact sur ces qualifications juridiques ?

Non. Le type de cadre contractuel dans lequel intervient l'avocat n'a pas d'impact sur ces notions.

Si un avocat décide de faire appel à un confrère pour le traitement d'un dossier qui lui a été confié par son client et que cette demande d'intervention nécessite la réalisation de traitements de données à caractère personnel par ce confrère, les obligations de traitement loyal des données (art. 5.1.a GDPR) et d'information (art.13 et 14 GDPR) de la personne concernée à charge de l'avocat initial lui imposent d'informer préalablement son client que sa prestation de service impliquera un telle communication de ses données à un confrère et la communication des données à caractère personnel nécessaires ne pourra être réalisée que si elle est compatible avec la finalité pour laquelle elles ont été collectées, à savoir la gestion du dossier confié à l'avocat consulté par le client.

Si l'intervention du confrère sollicité est telle que ce dernier doit être amené à réaliser des traitements de données à caractère personnel de manière autonome (convocation du client pour obtenir toutes les informations utiles, collecte de données à caractère personnel pertinentes pour la gestion du

⁷ CJUE, arrêt 5 juin 2018, Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein, C-210/16.

dossier, ...), il est possible que la qualité de responsable de traitement revienne alors à ce confrère sollicité pour les traitements donnés qu'il va réaliser en toute autonomie. Dans une telle hypothèse, le transfert du dossier par l'avocat consulté initialement à son confrère ne pourra se faire que moyennant le consentement préalable libre et informé du client étant donné que cette communication n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat *intuitu personae* entre le 1^{er} avocat consulté et son client.

- d. Est-ce que la qualité de personne physique ou de personne morale du client de l'avocat ou encore le fait que le client dispose d'une assurance « protection juridique » joue un rôle à ce sujet ?

Non, ces qualités n'ont pas d'impact. L'intervention d'une assurance « protection juridique » dans le traitement de données visé ne constitue rien de plus qu'un intervenant supplémentaire. En général, la compagnie d'assurance sera responsable de ses propres traitements de données dont elle maîtrise les finalités et moyens (exécution du contrat d'assurance en cas de réalisation du risque nécessitant la réalisation de traitements de données à caractère personnel tels que la communication des coordonnées du client et les informations sur le risque survenu à l'avocat choisi par le client ou la compagnie d'assurance) et l'avocat sera quant à lui responsable de traitement pour les traitements de données qu'il va réaliser en toute autonomie en vue de la défense de son client qui lui aura été confié par la compagnie d'assurance ou choisi par l'assuré. Il s'agit alors de deux responsables de traitement distincts de deux traitements de données différents.
