



00566/09/FR

WP 161

**Avis 3/2009 concernant le projet de décision de la Commission relative aux
clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère
personnel vers des sous-traitants de données établis dans des pays tiers en
vertu de la directive 95/46/CE
(*responsable du traitement de données vers sous-traitant de données*)**

Adopté le 5 mars 2009

Le groupe de travail «Article 29» a été créé en vertu de l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses missions sont définies à l'article 30 de la directive 95/46/CE et à l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

Le secrétariat est assuré par la direction C (justice civile, droits fondamentaux et citoyenneté) de la direction générale de la justice, de la liberté et de la sécurité de la Commission européenne (bureau LX-46 01/06, B-1049 Bruxelles, Belgique).

Site web: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_fr.htm

LE GROUPE DE PROTECTION DES PERSONNES A L'EGARD DU TRAITEMENT DES DONNEES A CARACTERE PERSONNEL

institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995¹,
vu l'article 29 et l'article 30, paragraphe 1, point a), et paragraphe 3, de ladite directive,
vu son règlement intérieur, notamment ses articles 12 et 14,

a adopté le présent avis

I. Introduction

Depuis plusieurs années, les entreprises et autorités de protection des données se fondent sur les clauses contractuelles types, adoptées par la Commission européenne le 27 décembre 2001², pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE (transfert du responsable du traitement de données vers un sous-traitant de données, régi par la décision 2002/16/CE).

Bien que les clauses contractuelles types sur lesquelles porte la décision 2002/16/CE constituent une base solide pour le transfert de données à caractère personnel, la demande de «mise à jour» de celles-ci se fait de plus en plus pressante d'année en année.

La volonté de «mettre à jour» les clauses contractuelles types de la décision 2002/16/CE est essentiellement motivée par, pour le dire simplement, l'avènement de l'«externalisation globale». De plus en plus d'entreprises transférant leurs données non seulement vers un sous-traitant (de premier niveau), mais également vers des «sous-sous-traitants» (que nous appellerons «sous-traitants de deuxième niveau»), voire vers des sous-traitants de troisième niveau ultérieurement, les clauses contractuelles types de la décision 2002/16/CE ne permettent pas de faire face à la complexité de ces transferts ultérieurs. Aussi la Commission européenne juge-t-elle nécessaire de modifier les clauses contractuelles types de la décision 2002/16/CE afin que les contrats soient davantage en phase avec la nouvelle donne en matière d'accords commerciaux, et ce en adoptant une nouvelle décision fondée sur l'article 26, paragraphe 4, de la directive 95/46/CE.

II. Observations sur le projet de décision de la Commission

1. Questions clés

1.1. La sous-traitance par des sous-traitants établis à l'intérieur de la Communauté par rapport à la sous-traitance par des sous-traitants établis en dehors de la Communauté

Le groupe de travail souhaiterait faire part de quelques remarques sur la sous-traitance internationale, à savoir la sous-traitance effectuée en dehors de l'EEE par un sous-traitant

¹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31, disponible à l'adresse suivante:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:FR:HTML>

² JO L 6 du 10.1.2002, p. 52. Cf. avis du groupe de travail n° 7/2001, WP 47, disponible à l'adresse suivante:
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp47fr.pdf

établi au sein de l'UE et/ou de l'EEE, situation que ne prévoit pas le projet de décision de la Commission, alors qu'elle se rencontre de plus en plus souvent dans la pratique.

Le groupe de travail n'est pas sans savoir que l'adoption de ce projet de décision de la Commission introduirait une souplesse remarquable dans les services de traitement en ce qui concerne le système d'autorisation visé à l'article 26, paragraphe 2, de la directive. Toutefois, dans un marché de plus en plus mondialisé, les différents acteurs ne bénéficieraient pas de cette souplesse dans les mêmes proportions. En effet, le projet de décision de la Commission prévoit qu'un sous-traitant établi dans un pays tiers qui souhaite procéder à des transferts ultérieurs aux fins d'une sous-traitance de deuxième niveau ne doit obtenir au préalable que l'accord du responsable du traitement, alors que les sous-traitants de données établis au sein de l'UE et/ou de l'EEE qui voudraient eux aussi sous-traiter une partie de leurs opérations de traitement à un confrère établi dans un pays tiers continueront d'utiliser le système juridique actuel. Soumises à une charge administrative plus lourde, les entreprises européennes risquent ainsi de perdre en compétitivité par rapport à leurs concurrentes établies dans des pays tiers, alors que les services de traitement proposés sont identiques.

Toutefois, le groupe de travail ne peut faire fi de la nature juridique différente des transferts intracommunautaires et des transferts internationaux, différence traduite dans la directive, qui régleme ces questions dans deux sections distinctes.

Aussi le groupe de travail estime-t-il nécessaire de trouver une solution juridique qui rendrait possible la sous-traitance internationale de deuxième niveau par des sous-traitants établis au sein de l'UE et/ou de l'EEE sans engendrer d'inégalités inutiles sur le marché. À cet égard, le groupe de travail invite la Commission à concevoir sans tarder un nouvel instrument législatif distinct et spécifique permettant aux sous-traitants établis au sein de l'Union de sous-traiter des opérations de traitement à des collègues établis dans un pays tiers (sous-traitance internationale de deuxième niveau). Un tel instrument prendrait par exemple la forme d'un nouvel ensemble de clauses contractuelles types grâce auxquelles le responsable du traitement et le sous-traitant établis au sein de l'UE et/ou de l'EEE pourraient confier des opérations de traitement à des sous-traitants de pays tiers, dans le respect des garanties nécessaires et appropriées à de tels transferts.

Conscient du temps que peut prendre l'élaboration d'un tel instrument, le groupe de travail est d'avis qu'en l'absence d'instrument législatif spécifique au sein de la Communauté, la sous-traitance transfrontalière de deuxième niveau de services de traitement de données par des sous-traitants établis au sein de l'UE et/ou de l'EEE nécessite une réaction de la part des autorités de contrôle des États membres. Par conséquent, sans préjudice des droits et obligations des autorités de contrôle des États membres d'accorder, conformément à leur législation nationale, les autorisations visées à l'article 26, paragraphe 2, de la directive, le groupe de travail encourage ces mêmes autorités à considérer que l'application, par analogie, des principes et garanties contenus dans les clauses contractuelles types constitue une garantie appropriée pour les contrats de sous-traitance internationale de deuxième niveau conclus par le responsable du traitement et un sous-traitant établi au sein de l'UE et/ou de l'EEE. En d'autres termes, une autorité nationale chargée de la protection des données devrait considérer que les contrats conclus entre un responsable du traitement de données et un sous-traitant de données établis tous deux au sein de l'UE et/ou de l'EEE par lesquels le responsable du traitement autorise le transfert de données vers un sous-traitant de deuxième niveau établi en dehors de l'UE et/ou de l'EEE protègent adéquatement les droits des personnes concernées par un transfert de leurs données s'ils appliquent, par analogie, les principes et garanties contenus dans les clauses contractuelles types figurant dans la décision 2002/16/CE. On aurait

ainsi pour les sous-traitants établis dans un pays tiers un régime similaire à celui que le projet de décision introduit.

À cet égard, le groupe de travail invite la Commission à se poser la question suivante: la décision de la Commission instaurant les clauses contractuelles types pourrait-elle contenir une déclaration clarifiant la situation, par exemple sous la forme de considérants spécifiques qui permettraient explicitement aux États membres d'autoriser les transferts internationaux basés sur les clauses contractuelles types annexées à la décision de la Commission vers des sous-traitants de deuxième niveau établis en dehors de l'UE et/ou de l'EEE dans le cas précis où le responsable du traitement et le sous-traitant sont tous deux établis à l'intérieur de l'UE et/ou de l'EEE?

À cet égard, il conviendrait de faire référence à l'opportunité de permettre ce type d'externalisation dans le cadre d'un système d'autorisation identique à celui qui prévaut pour les sous-traitants établis en dehors de l'UE et/ou de l'EEE.

1.2. Sous-traitance ultérieure à plusieurs niveaux

Le groupe de travail n'ignore pas combien il est nécessaire d'adapter les clauses contractuelles types à la nouvelle dimension transnationale du traitement des données à caractère personnel - en particulier eu égard à la sous-traitance de deuxième niveau de certaines opérations de traitement, qui constitue une pratique répandue.

Au vu de ce qui précède, le groupe de travail prend acte de l'inclusion d'une clause de sous-traitance ultérieure dans les clauses contractuelles types «responsable du traitement vers sous-traitant», la rédaction d'une telle clause se faisant en conformité avec le système énoncé dans le document mentionné à la clause n° 11 (à savoir en tant qu'accord écrit entre un importateur de données et un sous-traitant de deuxième niveau reposant sur le consentement écrit préalable de l'exportateur de données et calqué sur les clauses contractuelles types «responsable du traitement vers sous-traitant»).

La sous-traitance ultérieure d'activités de traitement consiste essentiellement à confier le traitement de données en sous-traitance à des entités établies dans des pays tiers. Dans la majorité des cas, les pays tiers en question ne proposent pas de garanties appropriées et les données traitées sont également régies par les lois du pays.

Parallèlement, le groupe de travail prie instamment la Commission d'évaluer minutieusement l'opportunité de permettre également à un sous-traitant de deuxième niveau de conclure ultérieurement des accords de sous-traitance de troisième niveau avec d'autres tiers, en particulier lors du traitement de données sensibles ou en cas d'opérations de traitement comportant certains risques pour les personnes concernées (c'est-à-dire données biométriques, données génétiques, données judiciaires, données financières, données concernant des enfants, établissement de profils).

Il en résulterait dans les faits d'interminables chaînes de sous-traitants de différents niveaux susceptibles d'agir sans tenir compte des instructions du responsable du traitement de données. De plus, il serait difficile de «suivre la trace» des sous-traitants des différents niveaux, en particulier pour définir les tâches et responsabilités de chaque entité.

Dans son document de travail intitulé «Vues préliminaires sur le recours à des dispositions contractuelles dans le cadre de transferts de données à caractère personnel vers des pays

tiers», le groupe de travail a indiqué que les transferts ultérieurs de données vers des organismes ou organisations qui ne sont pas parties au contrat devraient être spécifiquement exclus par ce dernier, *sauf s'il est possible d'obliger contractuellement ces tiers à respecter les mêmes principes de protection*. Tel est l'objectif du projet de décision de la Commission³.

Le groupe de travail est parfaitement conscient de l'organisation actuelle des marchés mondiaux, de longues chaînes de sous-traitants de différents niveaux faisant partie intégrante de l'activité internationale.

Au vu de ces éléments, un système de clauses contractuelles types prévoyant un seul niveau de sous-traitance ultérieure (de l'importateur de données vers un sous-traitant de données de deuxième niveau) ne convient pas aux configurations actuelles des échanges commerciaux.

En conséquence, le groupe de travail a décidé d'accepter l'introduction d'une clause de sous-traitance ultérieure «à plusieurs niveaux», à condition que des garanties appropriées soient prévues pour protéger les personnes concernées contre les risques susmentionnés.

L'extension des clauses contractuelles à l'ensemble des différents niveaux d'opérations de traitement en sous-traitance ultérieure à plusieurs niveaux s'accompagnera d'une plus grande homogénéité dans le secteur des affaires, étant donné que tous les contrats de sous-traitance ultérieure d'opérations de traitement couverts par les clauses contractuelles types seront soumis aux mêmes clauses et dispositions. De plus, l'amélioration de la sécurité juridique qui en résultera permettra de simplifier la situation actuelle. En effet, on ne sait pas avec certitude, dans l'état actuel des choses, si des importateurs de données qui sous-traitent leurs activités de traitement à d'autres sous-traitants (de deuxième niveau) doivent obtenir au préalable l'accord écrit du responsable du traitement de données et imposer des obligations contractuelles garantissant un niveau de protection identique à celui fixé dans les clauses contractuelles.

Dans cet ordre d'idées, il semblerait logique de considérer une clause de sous-traitance ultérieure «à plusieurs niveaux» comme pouvant être légale si la décision de confier le traitement à d'autres sous-traitants de deuxième niveau va de pair avec l'évaluation minutieuse des critères et caractéristiques propres aux opérations de traitement qui justifient une telle décision. L'évaluation en question devra être particulièrement précise si le nombre de niveaux de sous-traitance ultérieure est singulièrement élevé. Le principe de limitation de la finalité devrait également y occuper une place prépondérante de manière à veiller à ce que la finalité première du transfert des données du responsable du traitement vers l'importateur de données dans le cadre de leur traitement ne soit pas affectée par les différents contrats de sous-traitance ultérieure qui pourraient être conclus.

À la lumière de ces éléments, la mise en place d'un système de sous-traitance à plusieurs niveaux avec délégation successive d'une partie du traitement à de multiples sous-traitants est une piste intéressante à laquelle le groupe de travail pourrait également être favorable, pour autant que le responsable du traitement ait pris les mesures techniques et d'organisation dans le cadre défini ci-dessus. À ce sujet, l'exportateur de données doit également apporter des solutions organisationnelles pour que les personnes concernées puissent exercer plus facilement leurs droits (accès, rectification, opposition, effacement, etc.). Une solution de ce type peut, par exemple, consister à indiquer aux personnes concernées un point d'accès unique pour exercer leurs droits d'accès (au siège du responsable du traitement des données), ou encore à élaborer des procédures clairement définies - à communiquer à l'ensemble des sous-

³ Document WP 9, 22 avril 1998: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1998/wp9_fr.pdf

traitants et sous-traitants ultérieurs - afin de fournir aux personnes concernées les données à caractère personnel auxquelles elles solliciteront peut-être l'accès.

Le groupe de travail «Article 29» estime que la clause 11 - Sous-traitance ultérieure - du projet de décision de la Commission comporte les éléments indispensables pour que la chaîne d'opérations possibles de sous-traitance à plusieurs niveaux continue d'assurer, du début à la fin, le niveau de protection requis par les clauses contractuelles types. En outre, les obligations énoncées à la clause 4 (obligations de l'exportateur de données) et à la clause 5 (obligations de l'importateur de données) contraindront le responsable du traitement et le sous-traitant à garantir ce niveau de protection à chaque niveau du processus de sous-traitance ultérieure. À cet égard, le groupe de travail propose que, parallèlement à l'obligation qu'a l'importateur de données (sous-traitant) d'envoyer une copie de tout contrat de sous-traitance de deuxième niveau qu'il conclut à l'exportateur de données, ce dernier tienne également à jour une liste des différents sous-traitants et sous-traitants de deuxième niveau composant la «chaîne contractuelle».

Dans le même ordre d'idées, la compétence qu'ont les autorités chargées de la protection des données en matière de contrôle de l'importateur de données et de ses sous-traitants (de deuxième niveau) sera cruciale pour garantir le respect des clauses contractuelles et le niveau de protection exigé de chaque sous-traitant de deuxième niveau impliqué dans les activités de traitement des données à caractère personnel transférées conformément aux clauses contractuelles types.

2. Autres questions

2.1 Vérifications

Les clauses contractuelles types telles que proposées attribuent aux autorités de protection des données des compétences leur permettant d'inspecter la chaîne de sous-traitance ultérieure du début à la fin - le responsable du traitement des données, le ou les sous-traitants de données, le ou les sous-traitants de deuxième niveau - et, le cas échéant, de prendre des décisions contraignantes les concernant. Aussi le groupe de travail recommande-t-il l'adaptation de la clause 8 (coopération avec les autorités de contrôle).

2.2 Droit applicable

La clause 9 des clauses contractuelles actuelles dispose que les clauses sont régies par le droit de l'État membre dans lequel l'exportateur de données est établi. Dans un souci de cohérence et de sécurité juridique, il conviendrait d'ajouter que le droit régissant les contrats de sous-traitance ultérieure doit également être le droit de l'État membre dans lequel l'exportateur de données est établi.

2.3 Conséquences pour l'ancienne série de clauses

Le projet de décision de la Commission propose d'abroger la décision 2002/16/CE. Se pose la question suivante: les contrats de transfert passés entre des responsables du traitement établis au sein de l'UE et/ou de l'EEE et des sous-traitants établis dans des pays tiers en appliquant les clauses contractuelles types de la décision 2002/16/CE seraient-ils eux aussi abrogés et, en conséquence, devraient-ils être modifiés de manière à respecter les nouvelles clauses contractuelles «responsable du traitement vers sous-traitant». L'obligation d'adapter tous les contrats existants conclus suivant les clauses contractuelles de la décision 2002/16/CE de la

Commission engendrerait une charge lourde et disproportionnée tant pour les parties à ces contrats que pour les autorités chargées de la protection des données.

Cependant, maintenir en vigueur les clauses contractuelles de la décision 2002/16/CE n'est peut-être pas une meilleure chose que de devoir autoriser à nouveau les accords de transferts internationaux actuels. Une certaine insécurité juridique pourrait en résulter.

Comme solution, le groupe de travail recommande à la Commission d'inclure dans la décision elle-même (à l'article 6, le cas échéant) des dispositions transitoires énonçant que les transferts internationaux autorisés conformément à la décision 2002/16/CE abrogée restent en vigueur tant que les transferts et le traitement des données décrits dans les clauses contractuelles signées initialement ne changent pas. Cependant, les entreprises qui se sont basées sur les «anciennes» clauses et souhaitent les modifier ou introduire des dispositions organisant la sous-traitance ultérieure à plusieurs niveaux devront modifier les «anciennes» clauses afin de les aligner sur les nouvelles clauses contractuelles types et solliciter une nouvelle autorisation dans le respect des dispositions de leur droit national.

Conclusions

Sous réserve des recommandations formulées ci-dessus, le groupe de travail rend un avis favorable concernant le projet de décision de la Commission relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitants de données établis dans des pays tiers et invite le comité de l'article 31 à poursuivre ses travaux en vue de l'adoption de ce projet de décision de la Commission.

Fait à Bruxelles, le 5 mars 2009

Pour le groupe de travail
Le président
Alex TÜRK