

Lignes directrices



Lignes directrices 05/2021 sur l'interaction entre l'application de l'article 3 et des dispositions relatives aux transferts internationaux du chapitre V du RGPD

Version 2.0

adoptée le 14 février 2023

Translations proofread by EDPB Members.
This language version has not yet been proofread.

Historique des versions

Version 2.0	14 02 2023	Adoption des lignes directrices après consultation publique
Version 1.0	18 11 2021	Adoption des lignes directrices pour consultation publique

RÉSUMÉ

Le RGPD ne contient pas de définition juridique de la notion de «transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale». Par conséquent, le comité européen de la protection des données établit les présentes lignes directrices afin de préciser les cas de figure dans lesquels il considère que les exigences du chapitre V devraient s'appliquer et, à cette fin, il a défini trois critères cumulatifs pour qu'une opération de traitement puisse être qualifiée de transfert:

- 1) un responsable du traitement ou un sous-traitant (l'«exportateur») est soumis au RGPD pour le traitement en cause;
- 2) l'exportateur communique par transmission ou rend accessible par un autre moyen des données à caractère personnel, qui font l'objet de ce traitement, à un autre responsable du traitement, responsable conjoint du traitement ou sous-traitant (l'«importateur»);
- 3) l'importateur se trouve dans un pays tiers — que cet importateur soit ou non soumis au RGPD pour le traitement en cause conformément à l'article 3 —, ou est une organisation internationale.

Si les trois critères définis par le comité européen de la protection des données sont remplis, il y a transfert et le chapitre V du RGPD est applicable. Cela signifie que le transfert ne peut avoir lieu que sous certaines conditions, par exemple dans le cadre d'une décision d'adéquation de la Commission européenne (article 45) ou en fournissant des garanties appropriées (article 46). Les dispositions du chapitre V visent à garantir le maintien de la protection des données à caractère personnel après leur transfert vers un pays tiers ou à une organisation internationale.

À l'inverse, si les trois critères ne sont pas remplis, il n'y a pas de transfert et le chapitre V du RGPD ne s'applique pas. Dans ce contexte, il importe toutefois de rappeler que le responsable du traitement doit néanmoins respecter les autres dispositions du RGPD et demeure pleinement responsable de ses activités de traitement, quel que soit l'endroit où elles ont lieu. En effet, bien que certaines transmissions de données puissent ne pas être considérées comme un transfert au sens du chapitre V, ces traitements peuvent néanmoins être associés à des risques accrus puisqu'ils ont lieu en dehors de l'UE, par exemple en raison de législations nationales contraires ou d'un accès disproportionné des autorités dans le pays tiers. Ces risques doivent être pris en considération lors de l'adoption de mesures au titre, entre autres, de l'article 5 («Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel»), de l'article 24 («Responsabilité du responsable du traitement») et de l'article 32 («Sécurité du traitement») — pour que cette opération de traitement soit licite au regard du RGPD.

Les présentes lignes directrices comprennent divers exemples de flux de données vers des pays tiers, qui sont également illustrés dans une annexe afin de fournir des indications pratiques supplémentaires.

Table des matières

Résumé	3
1 Introduction.....	5
2 Critères permettant de qualifier une opération de traitement de «transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale».....	7
2.1 Un responsable du traitement ou un sous-traitant (l'«exportateur») est soumis au RGPD pour le traitement en cause.....	8
2.2 L'exportateur communique par transmission ou rend accessible par un autre moyen des données à caractère personnel, qui font l'objet de ce traitement, à un autre responsable du traitement, responsable conjoint du traitement ou sous-traitant (l'«importateur»).....	8
2.3 L'importateur se trouve dans un pays tiers — que cet importateur soit ou non soumis au RGPD pour le traitement en cause conformément à l'article 3 —, ou est une organisation internationale.....	13
3 Conséquences dans le cas où un transfert de données à caractère personnel a lieu	15
4 Garanties à fournir si des données à caractère personnel sont traitées en dehors de l'EEE mais qu'aucun transfert n'a lieu	17
Annexe: Illustration graphique des exemples n° 1 à 12	19

Le comité européen de la protection des données,

vu l'article 70, paragraphe 1, point e), du 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 (ci-après le «RGPD»),

vu l'accord sur l'Espace économique européen, et notamment son annexe XI et son protocole 37, tels que modifiés par la décision du Comité mixte de l'EEE n° 154/2018 du 6 juillet 2018¹,

vu les articles 12 et 22 de son règlement intérieur,

A ADOPTÉ LES LIGNES DIRECTRICES SUIVANTES:

1 INTRODUCTION

1. Conformément à l'article 44 du RGPD², les conditions énoncées à son chapitre V s'appliquent à tout «transfert, vers un pays tiers ou à une organisation internationale, de données à caractère personnel qui font ou sont destinées à faire l'objet d'un traitement après ce transfert»³. L'objectif général du chapitre V est de veiller à ce que le niveau de protection garanti par le RGPD ne soit pas compromis lorsque des données à caractère personnel sont transférées «vers des pays tiers ou à des organisations internationales»⁴.
2. Les dispositions du chapitre V visent donc à garantir le maintien de la protection des données à caractère personnel après leur transfert vers un pays tiers ou à une organisation internationale. Lorsque des données à caractère personnel sont traitées dans l'Union, elles sont protégées non seulement par les règles du RGPD, mais aussi par d'autres règles, tant au niveau de l'Union qu'au niveau des États membres, qui doivent être conformes au RGPD (y compris les éventuelles dérogations qu'elles prévoient) et, en fin de compte, à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Lorsque des données à caractère personnel sont transmises ou rendues accessibles à des entités situées en dehors du territoire de l'UE ou à des organisations internationales, le niveau de protection des droits et libertés des personnes physiques risque de ne pas être essentiellement équivalent à celui offert par le cadre juridique général fourni au sein de l'Union.

¹ Les références à l'«UE» et aux «États membres» figurant dans l'ensemble du présent document s'entendent respectivement comme des références à l'«EEE» et aux «États membres de l'EEE».

² «Un transfert, vers un pays tiers ou à une organisation internationale, de données à caractère personnel qui font ou sont destinées à faire l'objet d'un traitement après ce transfert ne peut avoir lieu que si, sous réserve des autres dispositions du présent règlement, les conditions définies dans le présent chapitre sont respectées par le responsable du traitement et le sous-traitant, y compris pour les transferts ultérieurs de données à caractère personnel au départ du pays tiers ou de l'organisation internationale vers un autre pays tiers ou à une autre organisation internationale.»

³ On entend par «organisation internationale», une organisation internationale et les organismes de droit public international qui en relèvent, ou tout autre organisme qui est créé par un accord entre deux pays ou plus, ou en vertu d'un tel accord.

⁴ Cela est souligné au considérant 101, mais aussi à l'article 44, deuxième phrase, qui dispose ce qui suit: «Toutes les dispositions du présent chapitre sont appliquées de manière que le niveau de protection des personnes physiques garanti par le présent règlement ne soit pas compromis.»

3. La continuité de la protection peut être assurée de différentes manières, par exemple par le cadre juridique d'un pays tiers ou d'une organisation internationale bénéficiant d'une décision d'adéquation de la Commission européenne (article 45) ou par un instrument entre l'exportateur de données et l'importateur de données qui établit des garanties appropriées (article 46)⁵. Lorsque l'on se fonde sur l'un des instruments de transfert énumérés à l'article 46 du RGPD, il convient d'évaluer s'ils garantissent un niveau de protection des données transférées essentiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union ou s'il y a lieu de mettre en œuvre des mesures supplémentaires⁶.
4. Lorsqu'un responsable du traitement ou un sous-traitant transfère des données à un importateur dans un pays tiers dont le traitement relève de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD, la protection fournie par le RGPD peut également être compromise par le cadre juridique qui s'applique à l'importateur. Cela peut arriver, par exemple, lorsque le pays tiers dispose de règles sur l'accès des pouvoirs publics aux données à caractère personnel qui vont au-delà de ce qui est nécessaire et proportionné dans une société démocratique (préserver l'un des objectifs importants également reconnus par le droit de l'Union ou des États membres, tels que ceux énumérés à l'article 23, paragraphe 1, du RGPD). Les dispositions du chapitre V visent à compenser ce risque et à compléter le champ d'application territorial du RGPD tel que défini à l'article 3.
5. Les sections ci-dessous visent à clarifier cette interaction entre l'article 3 et les dispositions du RGPD relatives aux transferts internationaux figurant au chapitre V. L'objectif est d'aider les responsables du traitement et les sous-traitants à déterminer si une opération de traitement constitue un transfert vers un pays tiers ou à une organisation internationale et, par conséquent, s'ils doivent respecter les dispositions du chapitre V du RGPD. Cette clarification est également importante pour l'interprétation et l'application cohérentes du RGPD par les autorités de contrôle.
6. En tout état de cause, et comme expliqué plus en détail à la section 4, il importe de garder à l'esprit que, bien qu'un flux de données donné soumis à l'article 3 ne constitue pas toujours un transfert au titre du chapitre V, le traitement de données en dehors de l'UE peut quand même présenter des risques accrus, pour lesquels des garanties doivent être envisagées. Que le traitement ait lieu ou non dans l'UE, les responsables du traitement et les sous-traitants soumis au RGPD pour un traitement donné doivent toujours respecter toutes les dispositions pertinentes du RGPD, telles que l'obligation, prévue à l'article 32, de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles tenant compte, entre autres, des risques liés au traitement.

⁵ Lorsque la continuité de la protection ne peut être assurée par l'instrument de transfert utilisé, par exemple lorsqu'une décision d'adéquation au titre de l'article 45 est révoquée, qu'un mécanisme de certification au titre de l'article 46, paragraphe 2, point f), n'est plus valable ou que des mesures supplémentaires adoptées ne sont pas/plus efficaces, des mesures doivent être prises pour éviter que le niveau de protection soit compromis et garantir la licéité du traitement en question: un autre instrument de transfert et/ou des mesures supplémentaires efficaces doivent être mises en place, par exemple.

⁶ Voir les recommandations 01/2020 du comité européen de la protection des données sur les mesures qui complètent les instruments de transfert destinés à garantir le respect du niveau de protection des données à caractère personnel de l'UE, les recommandations 02/2020 du comité européen de la protection des données sur les garanties essentielles européennes pour les mesures de surveillance et l'arrêt de la CJUE du 16 juillet 2020, Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559.

2 CRITÈRES PERMETTANT DE QUALIFIER UNE OPÉRATION DE TRAITEMENT DE «TRANSFERT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL VERS UN PAYS TIERS OU À UNE ORGANISATION INTERNATIONALE»

7. Le RGPD ne contient pas de définition juridique de la notion de «transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale»⁷ et la jurisprudence en la matière est limitée⁸. L'absence de définition de la notion de transfert dans le RGPD entraîne une insécurité juridique quant à la portée précise des obligations découlant du chapitre V et à l'interaction entre l'article 3 et le chapitre V. Il est donc essentiel de clarifier cette notion.
8. Étant donné que, conformément à l'article 70, paragraphe 1, point b), du RGPD, le comité européen de la protection des données a pour mission de conseiller la Commission européenne sur toute question liée à la protection des données à caractère personnel dans l'Union, y compris sur tout aspect du règlement qu'il juge nécessaire de clarifier davantage, le comité européen de la protection des données invite la Commission européenne à accorder une attention particulière à cette question dans le cadre du rapport sur l'évaluation et le réexamen du RGPD conformément à l'article 97.
9. En tout état de cause, étant donné que l'article 70, paragraphe 1, point e), du RGPD confie au comité européen de la protection des données la tâche de publier des lignes directrices, des recommandations et des bonnes pratiques afin d'encourager une application cohérente de ce règlement, le comité européen de la protection des données fournit les présentes lignes directrices afin de préciser dans quel cas de figure il estime que les exigences du chapitre V devraient s'appliquer. À cette fin, il a identifié les trois critères cumulatifs suivants pour qu'une opération de traitement puisse être qualifiée de transfert:
 - 1) un responsable du traitement ou un sous-traitant (l'«exportateur») est soumis au RGPD pour le traitement en cause;
 - 2) l'exportateur communique par transmission ou rend accessible par un autre moyen des données à caractère personnel, qui font l'objet de ce traitement, à un autre responsable du traitement, responsable conjoint du traitement ou sous-traitant (l'«importateur»);
 - 3) l'importateur se trouve dans un pays tiers — que cet importateur soit ou non soumis au RGPD pour le traitement en cause conformément à l'article 3 —, ou est une organisation internationale.
10. À cet égard, il est important de rappeler que, conformément à l'article 3, la question de savoir si le RGPD s'applique ou non doit toujours être appréciée par rapport à une opération de traitement donnée plutôt qu'à une entité spécifique (par exemple, une société)⁹.

⁷ Article 44, première phrase.

⁸ Par exemple, l'arrêt de la CJUE du 6 novembre 2003, Bodil Lindqvist, C-101/01, EU:C:2003:596, selon lequel un transfert est une opération de traitement et il n'y a pas de transfert vers un pays tiers, en vertu de l'ancienne directive 95/46, lorsque des données sont publiées sur un site internet stocké auprès d'un fournisseur de services d'hébergement établi dans l'Union.

⁹ Voir la page 5 et les sections 1 à 3 des lignes directrices 3/2018 du comité européen de la protection des données sur le champ d'application territorial du RGPD (article 3).

11. Le comité européen de la protection des données rappelle également que l'application du RGPD est sans préjudice des dispositions du droit international, telles que celles régissant les privilèges et immunités des représentations diplomatiques et consulaires de pays tiers, ainsi que des organisations internationales (quel que soit le lieu où elles se trouvent)¹⁰.

2.1 Un responsable du traitement ou un sous-traitant (l'«exportateur») est soumis au RGPD pour le traitement en cause

12. Le premier critère exige que le traitement en cause satisfasse aux exigences de l'article 3 du RGPD, à savoir qu'un responsable du traitement ou un sous-traitant soit soumis au RGPD pour le traitement en cause. Cet aspect a été développé plus en détail dans les lignes directrices 3/2018 du comité européen de la protection des données relatives au champ d'application territorial du RGPD (article 3).
13. Il convient de souligner que des responsables du traitement et des sous-traitants qui ne sont pas établis dans l'UE peuvent être soumis au RGPD pour un traitement donné, en vertu de l'article 3, paragraphe 2, et qu'ils devront donc se conformer au chapitre V lorsqu'ils transfèrent des données à caractère personnel à un responsable du traitement ou un sous-traitant dans un même pays tiers ou dans un autre pays tiers ou à une organisation internationale, compte tenu du fait que les obligations établies par le RGPD ne sont pas différentes pour des responsables du traitement/sous-traitants établis dans l'UE et pour des responsables du traitement/sous-traitants établis en dehors de l'UE dont le traitement relève de l'article 3, paragraphe 2.
14. Il convient également de noter que le RGPD, y compris le chapitre V, s'applique au traitement de données à caractère personnel effectué par les ambassades et consulats des États membres de l'UE situés en dehors de l'Union, étant donné que ce traitement relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 3¹¹.

2.2 L'exportateur communique par transmission ou rend accessible par un autre moyen des données à caractère personnel, qui font l'objet de ce traitement, à un autre responsable du traitement, responsable conjoint du traitement ou sous-traitant (l'«importateur»)

15. Le deuxième critère exige que l'exportateur communique par transmission ou rende accessible par un autre moyen des données à un autre responsable du traitement ou sous-traitant. Les notions de responsable du traitement et de sous-traitant ont été précisées dans les lignes directrices 07/2020 du comité européen de la protection des données. Il convient de garder à l'esprit que les notions de responsable du traitement, de responsable conjoint du traitement et de sous-traitant sont des notions *fonctionnelles*, en ce sens qu'elles visent à répartir les responsabilités en fonction des rôles réels des parties, et *autonomes*, en ce sens qu'elles devraient être interprétées principalement selon le droit de l'Union en matière de protection des données. Une analyse au cas par cas du traitement en cause et du rôle des acteurs concernés est nécessaire¹².
16. Voici quelques exemples de la manière dont des données à caractère personnel pourraient être «rendues accessibles»: créer un compte, donner des droits d'accès à un compte existant, «confirmer»/«accepter» une demande effective d'accès à distance, intégrer un disque dur ou

¹⁰ Idem, voir page 23.

¹¹ Idem, voir page 22.

¹² Voir la page 9 des lignes directrices 07/2020 du comité européen de la protection des données sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD.

introduire un mot de passe dans un dossier. Il convient de garder à l'esprit que l'accès à distance depuis un pays tiers (même s'il n'a lieu qu'au moyen de l'affichage de données à caractère personnel sur un écran, par exemple dans des situations d'assistance ou de dépannage ou à des fins administratives) et/ou le stockage dans un nuage situé en dehors de l'EEE proposé par un prestataire de services sont également considérés comme des transferts, pour autant que les trois critères énoncés au point 9 ci-dessus soient remplis¹³.

17. Inversement, le chapitre V ne s'applique pas au «traitement interne», c'est-à-dire lorsque les données ne sont pas communiquées par transmission ni rendues accessibles par un autre moyen à un autre responsable du traitement ou sous-traitant, y compris lorsque ce traitement a lieu en dehors de l'UE¹⁴. Dans ce cas, le responsable du traitement ou le sous-traitant conserve la responsabilité du traitement, y compris celle de veiller au respect de toutes les dispositions et garanties pertinentes du RGPD qui s'appliquent directement (voir également la section 4 ci-dessous), ce qui signifie, par exemple, que les autorités de contrôle de l'EEE peuvent contraindre ces entités à respecter le RGPD et que les personnes concernées peuvent obtenir réparation en cas de violation de leurs droits.
18. En outre, ce deuxième critère ne saurait être considéré comme rempli lorsqu'aucun responsable du traitement ou sous-traitant n'envoie ou ne rend accessible des données à un autre responsable du traitement ou sous-traitant (c'est-à-dire qu'il n'y a pas d'«exportateur»), par exemple lorsque des données sont communiquées directement par la personne concernée¹⁵ au destinataire.

Exemple n° 1: un responsable du traitement dans un pays tiers collecte des données directement auprès d'une personne concernée dans l'UE (en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD)

Maria, qui réside en Italie, insère son nom, son prénom et son adresse postale sur le formulaire d'un site web de vente de vêtements en ligne afin de commander et recevoir la robe qu'elle a achetée en ligne depuis son domicile à Rome. Le site web de vente de vêtements en ligne est géré par une société d'un pays tiers qui n'est pas présente dans l'UE, mais qui cible spécifiquement le marché de l'UE. Dans ce cas, la personne concernée (Maria) transmet ses données à caractère personnel à la société du pays tiers. Cela ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel étant donné que les données ne sont pas transmises par un exportateur (responsable du traitement ou sous-traitant), mais directement collectées auprès de la personne concernée par le responsable du traitement en vertu de

¹³ Voir les recommandations 01/2020 du comité européen de la protection des données sur les mesures qui complètent les instruments de transfert destinés à garantir le respect du niveau de protection des données à caractère personnel de l'UE, page 11, point 13 et note de bas de page 28.

¹⁴ Cela transparaît également dans la logique de l'article 46 du RGPD, qui fait référence aux instruments de transfert contractuels/bilatéraux conclus entre différentes entités agissant en tant que responsables du traitement ou sous-traitants.

¹⁵ La personne concernée ne peut être considérée comme un responsable du traitement ou un sous-traitant. Cela découle de l'article 4, paragraphe 10, du RGPD, qui établit une distinction entre le responsable du traitement/sous-traitant et la personne concernée. Par conséquent, une personne concernée qui divulgue ses propres données à caractère personnel ne peut pas être considérée comme un «exportateur». Cela est sans préjudice du fait qu'une personne physique peut être responsable du traitement/sous-traitant conformément à l'article 4, paragraphes 7 et 8, du RGPD (par exemple, en tant que travailleur indépendant). Cela ne limite toutefois pas la protection dont jouissent les personnes physiques agissant en qualité de responsable du traitement/sous-traitant pour ce qui est de leurs propres données à caractère personnel. En outre, il est important de rappeler que, lorsque le traitement de données à caractère personnel est effectué «par une personne physique dans le cadre d'une activité strictement personnelle ou domestique», ce traitement ne relève pas du champ d'application matériel du RGPD, conformément à l'article 2, paragraphe 2, point c). Enfin, il convient de noter que les données à caractère personnel divulguées au moyen de cookies ne sont pas considérées comme étant divulguées directement par la personne concernée, mais comme une transmission effectuée par le gestionnaire du site web visité par la personne concernée.

l'article 3, paragraphe 2, du RGPD. Le chapitre V ne s'applique donc pas au cas d'espèce. Néanmoins, la société du pays tiers sera tenue d'appliquer le RGPD étant donné que ses opérations de traitement sont soumises à l'article 3, paragraphe 2¹⁶.

Exemple n° 2: un responsable du traitement dans un pays tiers collecte des données directement auprès d'une personne concernée dans l'UE (en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD) et recourt à un sous-traitant en dehors de l'UE pour certaines activités de traitement

Maria, qui réside en Italie, insère son nom, son prénom et son adresse postale sur le formulaire d'un site web de vente de vêtements en ligne afin de commander et recevoir la robe qu'elle a achetée en ligne depuis son domicile à Rome. Le site web de vente de vêtements en ligne est géré par une société d'un pays tiers qui n'est pas présente dans l'UE, mais qui cible spécifiquement le marché de l'UE. Afin de traiter les commandes reçues au moyen du site web, la société du pays tiers a engagé un sous-traitant extérieur à l'EEE. Dans ce cas, la personne concernée (Maria) transmet ses données à caractère personnel à la société du pays tiers, ce qui ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel, puisque les données sont directement collectées par le responsable du traitement en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD. Le responsable du traitement devra donc appliquer le RGPD au traitement de ces données à caractère personnel. Dans la mesure où il engage un sous-traitant extérieur à l'EEE, une telle divulgation de la société du pays tiers à son sous-traitant hors EEE équivaut à un transfert, et il sera tenu d'appliquer les obligations de l'article 28 et du chapitre V afin de veiller à ce que le niveau de protection offert par le RGPD ne soit pas compromis lorsque des données sont traitées pour son compte par le sous-traitant extérieur à l'EEE¹⁷.

Exemple n° 3: un responsable du traitement dans un pays tiers reçoit directement des données d'une personne concernée dans l'UE (mais pas en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD) et recourt à un sous-traitant en dehors de l'UE pour certaines activités de traitement

Maria, qui réside en Italie, décide de réserver une chambre dans un hôtel à New York au moyen d'un formulaire figurant sur le site internet de l'hôtel. Les données à caractère personnel sont collectées directement par l'hôtel, qui ne cible ni ne suit de personnes physiques dans l'EEE. Dans ce cas, aucun transfert n'a lieu, puisque les données sont transmises directement par la personne concernée et directement collectées par le responsable du traitement. En outre, étant donné que l'hôtel n'exerce aucune activité de ciblage ou de suivi de personnes physiques dans l'EEE, le RGPD ne s'appliquera pas, y compris en ce qui concerne les activités de traitement effectuées par des sous-traitants extérieurs à l'EEE pour le compte de l'hôtel.

Exemple n° 4: données collectées par une plateforme de l'EEE puis transmises à un responsable du traitement d'un pays tiers

¹⁶ À cet égard, voir le considérant 23, qui comprend les éléments à évaluer pour déterminer si le critère de ciblage énoncé à l'article 3, paragraphe 2, point a), du RGPD, est rempli.

¹⁷ Il convient de noter que lorsque les activités de traitement menées par le sous-traitant sont liées aux activités de ciblage du responsable du traitement, le sous-traitant est également soumis à l'article 3, paragraphe 2, du RGPD; voir les pages 20 à 22 des lignes directrices 3/2018 du comité européen de la protection des données sur le champ d'application territorial du RGPD (article 3).

Maria, qui réside en Italie, réserve une chambre dans un hôtel à New York par l'intermédiaire d'une agence de voyage en ligne de l'EEE. Les données à caractère personnel de Maria, nécessaires à la réservation de l'hôtel, sont collectées par l'agence de voyage en ligne de l'EEE en sa qualité de responsable du traitement et envoyées à l'hôtel, qui reçoit les données en tant que responsable du traitement distinct. Lors de la transmission des données à caractère personnel à l'hôtel du pays tiers, l'agence de voyage de l'EEE procède à un transfert de données à caractère personnel et le chapitre V du RGPD s'applique.

Exemple n° 5: un responsable du traitement dans l'UE envoie des données à un sous-traitant dans un pays tiers

La société X établie en Autriche, agissant en qualité de responsable du traitement, fournit des données à caractère personnel de ses employés ou de ses clients à la société Z dans un pays tiers, qui traite ces données en tant que sous-traitant pour le compte de la société X. Dans ce cas, les données sont fournies à un sous-traitant dans un pays tiers par un responsable du traitement qui, en ce qui concerne le traitement en question, est soumis au RGPD. Par conséquent, la fourniture de données sera considérée comme un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers et le chapitre V du RGPD s'appliquera.

19. Il importe également de noter que l'article 44 du RGPD prévoit clairement qu'un transfert peut être effectué non seulement par un responsable du traitement, mais également par un sous-traitant. Par conséquent, une situation de transfert se présente lorsqu'un sous-traitant (que ce soit en vertu de l'article 3, paragraphe 1, ou — pour un traitement donné — en vertu de l'article 3, paragraphe 2, comme expliqué ci-dessus) envoie des données à un autre sous-traitant ou même à un responsable du traitement dans un pays tiers, conformément aux instructions de son responsable du traitement¹⁸. Dans ces cas, le sous-traitant agit en tant qu'exportateur de données pour le compte du responsable du traitement et doit garantir que les dispositions du chapitre V sont respectées pour le transfert en cause conformément aux instructions du responsable du traitement, et notamment qu'un instrument de transfert approprié est utilisé. Étant donné que le transfert est une activité de traitement effectuée pour le compte du responsable du traitement, celui-ci est également responsable et pourrait être tenu responsable au titre du chapitre V; le responsable du traitement doit aussi veiller à ce que le sous-traitant prévienne des garanties suffisantes conformément à l'article 28.

Exemple n° 6: un sous-traitant dans l'UE renvoie des données à son responsable du traitement dans un pays tiers

XYZ Inc., un responsable du traitement qui n'a pas d'établissement dans l'UE, envoie des données à caractère personnel de ses employés ou clients, qui sont tous des personnes concernées non situées dans l'UE, au sous-traitant ABC Ltd., en vue de leur traitement dans l'UE, pour le compte de XYZ. ABC retransmet les données à XYZ. Le traitement effectué par ABC, le sous-traitant, relève du RGPD pour les obligations spécifiques des sous-traitants en vertu de l'article 3, paragraphe 1, étant donné qu'ABC est établi dans l'UE. Étant donné que XYZ est un responsable du traitement dans un pays tiers, la

¹⁸ L'article 28, paragraphe 3, point a), du RGPD fait référence aux instructions documentées du responsable du traitement «y compris en ce qui concerne les transferts de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale». Voir également la clause 8.1 du module 3 figurant à l'annexe de la décision d'exécution (UE) 2021/914 de la Commission du 4 juin 2021 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du règlement (UE) 2016/679.

divulgaration de données d'ABC à XYZ est considérée comme un transfert de données à caractère personnel et, par conséquent, le chapitre V s'applique.

Exemple n° 7: un sous-traitant dans l'UE envoie des données à un sous-traitant ultérieur dans un pays tiers

La société A établie en Allemagne, agissant en qualité de responsable du traitement, a engagé B, une société française, en tant que sous-traitant pour son compte. B souhaite elle-même déléguer une partie des activités de traitement qu'elle effectue pour le compte de A à un sous-traitant ultérieur C, qui est une société située dans un pays tiers, et donc transmettre à cette fin les données à C. Le traitement effectué par A et son sous-traitant B est effectué dans le cadre de leurs établissements dans l'UE et est donc soumis au RGPD en vertu de son article 3, paragraphe 1, tandis que le traitement par C est effectué dans un pays tiers. Par conséquent, le transfert de données du sous-traitant B au sous-traitant ultérieur C est un transfert vers un pays tiers, et le chapitre V du RGPD s'applique.

20. Comme indiqué au point 17 ci-dessus, le deuxième critère implique que la notion de «transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers ou à une organisation internationale» ne s'applique qu'à la divulgation de données à caractère personnel faisant intervenir deux parties différentes (distinctes) (chacune d'elles étant un responsable du traitement, un responsable conjoint du traitement ou un sous-traitant). Pour pouvoir considérer qu'il s'agit d'un transfert, il doit y avoir un responsable du traitement ou un sous-traitant qui divulgue des données (l'exportateur) et un autre responsable du traitement ou sous-traitant qui les reçoit ou se voit accorder l'accès à celles-ci (l'importateur).

Exemple n° 8: un employé d'un responsable du traitement dans l'UE effectue un voyage d'affaires dans un pays tiers

George, employé de A, une société établie en Pologne, se rend dans un pays tiers avec son ordinateur portable pour participer à une réunion. Pendant son séjour à l'étranger, George allume son ordinateur et accède à distance aux données à caractère personnel figurant dans les bases de données de sa société, pour terminer une note. Le fait que George emmène son ordinateur portable en voyage et accède à des données à caractère personnel à distance, depuis un pays tiers, ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel, étant donné que George n'est pas un autre responsable du traitement, mais un employé, et qu'il fait donc partie intégrante du responsable du traitement (A)¹⁹. Par conséquent, la transmission est effectuée au sein d'un même responsable du traitement (A). Le traitement, y compris l'accès à distance et les activités de traitement effectuées par George après cet accès, est effectué par la société polonaise, c'est-à-dire un responsable du traitement établi dans l'Union, soumis à l'article 3, paragraphe 1, du RGPD. Il convient toutefois de noter que dans le cas où George, en sa qualité d'employé de A, enverrait ou rendrait accessible des données à un autre responsable du traitement ou sous-traitant dans le pays tiers, le flux de données en question équivaldrait à un transfert au titre du chapitre V, en l'occurrence un transfert de l'exportateur (A) dans l'UE à cet importateur dans le pays tiers.

21. Il convient également de rappeler que les entités qui font partie du même groupe d'entreprises peuvent être considérées comme des responsables du traitement ou sous-traitants distincts. Par conséquent, les divulgations de données entre entités appartenant au même groupe d'entreprises

¹⁹ Voir le point 78 des lignes directrices 07/2020 du comité européen de la protection des données sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD.

(divulgations de données intragroupe) peuvent constituer des transferts de données à caractère personnel²⁰.

Exemple n° 9: une filiale (responsable du traitement) dans l'UE partage des données avec sa société mère (sous-traitant) dans un pays tiers

La société irlandaise X, qui est une filiale de la société mère Y dans un pays tiers, communique à la société Y les données à caractère personnel de ses employés, qui doivent être stockées dans une base de données centralisée des ressources humaines par la société mère dans le pays tiers. En l'espèce, la société irlandaise X traite (et divulgue) les données en sa qualité d'employeur et donc de responsable du traitement, tandis que la société mère est un sous-traitant. La société X est soumise au RGPD pour ce traitement en vertu de l'article 3, paragraphe 1, et la société Y est située dans un pays tiers. Cette divulgation peut donc être considérée comme un transfert vers un pays tiers au sens du chapitre V du RGPD.

2.3 L'importateur se trouve dans un pays tiers — que cet importateur soit ou non soumis au RGPD pour le traitement en cause conformément à l'article 3 —, ou est une organisation internationale

22. Le troisième critère exige que l'importateur se trouve géographiquement dans un pays tiers — que le traitement en question relève ou non du champ d'application du RGPD —, ou soit une organisation internationale.
23. Le comité européen de la protection des données souligne que ce critère vise à garantir que le niveau de protection des personnes physiques garanti par le RGPD n'est pas compromis lorsque des données à caractère personnel ne sont plus traitées dans le cadre juridique de l'EEE (voir, à cet égard, la dernière phrase de l'article 44 et le considérant 101 du RGPD). Cela peut arriver soit parce que le RGPD ne s'applique pas à l'importateur pour le traitement en cause, soit parce que des données à caractère personnel sont traitées par un importateur situé en dehors de l'EEE, même si le traitement en cause est soumis au RGPD²¹, et pourraient donc être soumises à des cadres juridiques différents (contraires), par exemple en ce qui concerne un éventuel accès disproportionné des pouvoirs publics aux données à caractère personnel. Dans ce contexte, les éventuelles difficultés à garantir le respect des dispositions du RGPD et à obtenir réparation de la part d'entités situées en dehors de l'EEE sont également des aspects à prendre en compte.

²⁰ En ce qui concerne le traitement des données au sein d'un groupe d'entreprises, une attention particulière doit être accordée à la question de savoir si un établissement peut agir en qualité de responsable du traitement ou de sous-traitant, par exemple lorsqu'il traite des données pour le compte de la société mère; voir le point 17 des lignes directrices 07/2020 du comité européen de la protection des données sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD.

²¹ Comme indiqué ci-dessus, la question de savoir si le traitement en question satisfait aux exigences de l'article 3 du RGPD, c'est-à-dire si l'importateur est soumis au RGPD pour le traitement en cause, a été examinée de manière plus approfondie dans les lignes directrices 3/2018 du comité européen de la protection des données relatives au champ d'application territorial du RGPD (article 3).

Exemple n° 10: un sous-traitant dans l'UE renvoie des données à son responsable du traitement dans un pays tiers

La société A, qui est un responsable du traitement ne disposant pas d'établissement dans l'UE, propose des biens et des services sur le marché de l'UE. La société française B traite des données à caractère personnel pour le compte de la société A. B retransmet ces données à A. Le traitement effectué par le sous-traitant B est régi par le RGPD pour les obligations spécifiques du sous-traitant en vertu de l'article 3, paragraphe 1, étant donné qu'il a lieu dans le cadre des activités de son établissement dans l'Union. Le traitement effectué par A est également régi par le RGPD, étant donné que l'article 3, paragraphe 2, s'applique à A. Mais, étant donné que A se trouve dans un pays tiers, la communication de données de B à A est considérée comme un transfert vers un pays tiers et, par conséquent, le chapitre V s'applique.

Exemple n° 11: accès à distance à des données dans l'UE par un sous-traitant d'un pays tiers agissant pour le compte de responsables du traitement de l'UE

Une société établie dans un pays tiers (la société Z), qui n'a pas d'établissement dans l'UE, propose des services en tant que sous-traitant à des sociétés situées dans l'UE. La société Z, agissant en qualité de sous-traitant pour le compte de responsables du traitement de l'UE, accède à distance, par exemple à des fins d'assistance, à des données stockées dans l'UE. Étant donné que la société Z est située dans un pays tiers, cet accès à distance entraîne des transferts de données depuis les responsables du traitement de l'UE vers leur sous-traitant (société Z) dans un pays tiers, qui relèvent du chapitre V.

24. Une autre situation à mentionner dans ce contexte est celle où un responsable du traitement dans l'UE fait appel à un sous-traitant dans l'UE qui est soumis à la législation d'un pays tiers et où il est possible que le sous-traitant reçoive des demandes d'accès des pouvoirs publics et que, par conséquent, un transfert de données à caractère personnel ait lieu si le sous-traitant répond à ces demandes. Dans une telle situation, il convient de garder à l'esprit que, conformément à l'article 28, paragraphe 1, et au considérant 81 du RGPD, les responsables du traitement ne peuvent avoir recours qu'à des sous-traitants qui fournissent des garanties suffisantes que des mesures techniques et organisationnelles conformes aux exigences du RGPD sont mises en œuvre. Dans ce contexte, le RGPD ne se réfère pas seulement à l'expertise et aux ressources, mais aussi à la fiabilité, qui peut être mise en doute si le sous-traitant est soumis à la législation d'un pays tiers, ce qui peut l'empêcher de remplir ses obligations en tant que sous-traitant. La question de savoir si le sous-traitant fournit des garanties suffisantes concerne également la licéité du traitement et le respect du principe d'intégrité et de confidentialité, dont le responsable du traitement est responsable en vertu de l'article 5, paragraphe 2, du RGPD²².

²² Voir également les points 119 et 120 des lignes directrices 07/2020 du comité européen de la protection des données relatives aux notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD.

Exemple n° 12: un responsable du traitement dans l'UE utilise un sous-traitant dans l'UE qui est soumis à la législation d'un pays tiers

La société danoise X, agissant en qualité de responsable du traitement, engage la société Y établie dans l'UE en tant que sous-traitant pour son compte. La société Y est une filiale de la société mère d'un pays tiers Z. La société Y traite les données de la société X exclusivement dans l'UE et aucune société en dehors de l'UE, y compris la société mère Z, n'a accès aux données. En outre, il ressort du contrat conclu entre la société X et la société Y que cette dernière ne traite des données à caractère personnel que sur instruction documentée de la société X, sauf si le droit de l'Union ou le droit d'un État membre auquel la société Y est soumise l'y oblige. La société Y est cependant soumise à la législation d'un pays tiers dotée d'effet extraterritorial, ce qui signifie, en l'espèce, que la société Y peut recevoir des demandes d'accès de la part d'autorités d'un pays tiers. Étant donné que la société Y ne se trouve pas dans un pays tiers (mais est une société de l'Union soumise à l'article 3, paragraphe 1, du RGPD), la divulgation des données de la société responsable du traitement X à la société sous-traitante Y ne constitue pas un transfert et le chapitre V du RGPD ne s'applique pas. Comme indiqué précédemment, il est néanmoins possible que la société Y reçoive des demandes d'accès de la part d'autorités de pays tiers et, si la société Y se conformait à cette demande, cette divulgation de données serait considérée comme un transfert au titre du chapitre V. Lorsque la société Y répond à une demande en violation des instructions du responsable du traitement et donc de l'article 28 du RGPD, la société Y est considérée comme un responsable du traitement indépendant pour ce traitement en vertu de l'article 28, paragraphe 10, du RGPD. Dans cette situation, la société X du responsable du traitement devrait évaluer ces circonstances avant d'engager le sous-traitant, afin de veiller à faire appel uniquement à des sous-traitants offrant des garanties suffisantes pour mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin que le traitement soit conforme au RGPD, y compris à son chapitre V, et à ce que le traitement effectué par le sous-traitant soit encadré par un contrat ou un acte juridique, comme l'exige l'article 28 du RGPD.

3 CONSÉQUENCES DANS LE CAS OÙ UN TRANSFERT DE DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL A LIEU

25. Si tous les critères définis par le comité européen de la protection des données sont remplis, il y a «transfert vers un pays tiers ou à une organisation internationale». Ainsi, un transfert implique qu'un responsable du traitement ou un sous-traitant (exportateur), qui, en ce qui concerne le traitement en cause, est soumis au RGPD en vertu de l'article 3, envoie ou rend accessible des données à caractère personnel soit à un autre responsable du traitement ou sous-traitant (importateur) dans un pays tiers — que cet importateur soit ou non soumis au RGPD en ce qui concerne le traitement en cause —, soit à une organisation internationale.
26. En conséquence, l'exportateur doit respecter les conditions du chapitre V et encadrer le transfert en utilisant l'un des instruments visant à protéger les données à caractère personnel après leur transfert vers un pays tiers ou à une organisation internationale.
27. Ces instruments consistent en une décision d'adéquation adoptée par la Commission européenne reconnaissant l'existence d'un niveau de protection adéquat dans le pays tiers vers lequel ou l'organisation internationale à laquelle les données sont transférées (article 45) et, en l'absence d'un tel niveau de protection adéquat, en la mise en œuvre par l'exportateur (responsable du traitement

ou sous-traitant) de garanties appropriées conformément à l'article 46²³. En outre, conformément à l'article 49, des données à caractère personnel peuvent être transférées vers un pays tiers ou à une organisation internationale sans l'existence d'un niveau de protection adéquat ou la mise en œuvre de garanties appropriées, dans des situations spécifiques et sous certaines conditions²⁴.

28. Les principaux types d'instruments de transfert énumérés à l'article 46 sont les suivants:

- clauses contractuelles types (CCT),
- règles d'entreprise contraignantes (REC),
- codes de conduite²⁵,
- mécanismes de certification²⁶,
- clauses contractuelles ad hoc,
- accords internationaux et arrangements administratifs²⁷.

29. Le contenu des garanties fournies par les instruments de transfert doit être adapté en fonction de la situation. À titre d'illustration, les garanties à fournir pour un transfert de données à caractère personnel par un sous-traitant ne sont pas les mêmes que celles qui doivent être fournies pour un transfert par un responsable du traitement²⁸. De même, pour un transfert de données à caractère personnel vers un responsable du traitement ou un sous-traitant dans un pays tiers qui est déjà soumis au RGPD pour le traitement en cause, il convient de noter que le RGPD s'applique déjà dans son intégralité. Par conséquent, dans un tel cas de figure, lors de l'élaboration d'instruments de transfert pertinents au titre de l'article 46, c'est-à-dire de clauses contractuelles types²⁹ ou de clauses contractuelles ad hoc³⁰, il convient de tenir compte de la situation au regard de l'article 3, pour ne pas

²³ Dans ce contexte, voir également les recommandations 01/2020 du comité européen de la protection des données sur les mesures qui complètent les instruments de transfert destinés à garantir le respect du niveau de protection des données à caractère personnel de l'UE.

²⁴ Voir les lignes directrices 2/2018 du comité européen de la protection des données relatives aux dérogations prévues à l'article 49 du règlement (UE) 2016/679.

²⁵ Le comité européen de la protection des données a adopté les lignes directrices 04/2021 sur les codes de conduite en tant qu'outils pour les transferts.

²⁶ Le comité européen de la protection des données a adopté les lignes directrices 07/2022 sur la certification en tant qu'outil pour les transferts.

²⁷ Le comité européen de la protection des données a adopté les lignes directrices 2/2020 relatives à l'article 46, paragraphe 2, point a), et paragraphe 3, point b), du règlement (UE) 2016/679 pour les transferts de données à caractère personnel entre les autorités et organismes publics établis dans l'EEE et ceux établis hors de l'EEE.

²⁸ Voir, par exemple, les différentes garanties prévues dans les modules 1 et 3 de l'annexe de la décision d'exécution (UE) 2021/914 de la Commission du 4 juin 2021 relative aux clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu du règlement (UE) 2016/679 (ci-après la «décision d'exécution»).

²⁹ Les clauses contractuelles types (CCT) adoptées par la Commission européenne le 4 juin 2021, conformément à l'article 1^{er} de la décision d'exécution, prévoient des garanties appropriées pour les transferts d'un exportateur de données à caractère personnel relevant du RGPD à un importateur dont le traitement des données *n'est pas soumis au RGPD*. Il convient de noter que cela concerne le champ d'application des CCT et n'interprète pas la notion de transfert au sens du chapitre V du RGPD.

³⁰ Il convient de noter que, conformément à l'article 40, paragraphe 3, les responsables du traitement ou les sous-traitants qui *ne sont pas soumis au RGPD* peuvent appliquer des codes de conduite afin de fournir des garanties appropriées au titre de l'article 46, paragraphe 2, point e). De même, conformément à l'article 42, paragraphe 2, des mécanismes de certification, labels ou marques peuvent être établis afin de démontrer l'existence de garanties appropriées au titre de l'article 46, paragraphe 2, point f), fournies par des responsables

imposer deux fois les mêmes obligations au titre du RGPD, et de traiter au contraire les éléments qui sont spécifiquement liés aux risques associés au fait que l'importateur est situé dans un pays tiers, par exemple les éventuelles législations nationales contraires et l'accès des pouvoirs publics dans le pays tiers, ainsi que la difficulté de demander et d'obtenir réparation de la part d'une entité située en dehors de l'Union. Ces instruments devraient, par exemple, traiter des mesures à prendre en cas de conflit de lois entre la législation d'un pays tiers et le RGPD et en cas de demandes de divulgation de données émanant de pays tiers. Le comité européen de la protection des données encourage et est disposé à collaborer à l'élaboration d'un instrument de transfert, tel qu'un nouvel ensemble de clauses contractuelles types conformément à l'article 46, paragraphe 2, point c), dans les cas où l'importateur est soumis au RGPD pour le traitement en cause. Le comité européen de la protection des données prend acte que la Commission européenne a indiqué qu'elle était en train d'élaborer un ensemble supplémentaire de clauses contractuelles types pour ce cas de figure, qui tiendra compte des exigences qui s'appliquent déjà directement à ces responsables du traitement et sous-traitants en vertu du RGPD³¹.

30. À l'inverse, si les critères définis par le comité européen de la protection des données ne sont pas remplis, il n'y a pas de transfert et le chapitre V du RGPD ne s'applique pas.

4 GARANTIES À FOURNIR SI DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL SONT TRAITÉES EN DEHORS DE L'EEE MAIS QU'AUCUN TRANSFERT N'A LIEU

31. À la lumière des critères définis ci-dessus, si un seul et même responsable du traitement ou sous-traitant traite des données en dehors de l'UE sans les divulguer à un autre responsable du traitement ou sous-traitant (par exemple, lorsqu'un employé d'un responsable du traitement de l'Union se rend à l'étranger et a accès aux données de ce responsable du traitement en se trouvant dans un pays tiers ou en cas de collecte directe auprès de personnes physiques dans l'Union en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD), l'activité de traitement ne devrait pas être considérée comme un transfert au titre du chapitre V du RGPD. Dans ce contexte, il convient toutefois de garder à l'esprit que le responsable du traitement doit respecter le RGPD et reste responsable de ses activités de traitement, quel que soit l'endroit où elles ont lieu. Cela signifie également que le responsable du traitement ou le sous-traitant devrait accorder une attention particulière aux cadres juridiques du pays tiers qui peuvent avoir une incidence sur sa capacité à respecter le RGPD. En effet, bien que certaines transmissions de données puissent ne pas être considérées comme un transfert vers un pays tiers au sens du chapitre V du RGPD, y compris le cas de figure décrit dans l'exemple n° 8, de tels traitements peuvent néanmoins être associés à des risques accrus parce qu'ils ont lieu en dehors de l'UE, par exemple en raison de législations nationales contraires ou d'un accès disproportionné des pouvoirs

du traitement ou des sous-traitants qui *ne sont pas soumis au RGPD*. C'est la raison pour laquelle le comité européen de la protection des données considère actuellement que les CCT et les clauses ad hoc sont les instruments de transfert disponibles les plus pertinents pour les flux de données vers les importateurs soumis au RGPD. Cela étant, le code de conduite et les certifications jouent un rôle important en tant qu'outils permettant aux responsables du traitement et aux sous-traitants de garantir et de démontrer le respect du RGPD en ce qui concerne les opérations de traitement relevant du RGPD conformément à l'article 3. À ce titre, l'application de ces deux types d'instruments peut être prise en compte lorsque des données à caractère personnel sont transférées à un responsable du traitement ou à un sous-traitant dans un pays tiers soumis au RGPD.

³¹ Voir https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/international-dimension-data-protection/new-standard-contractual-clauses-questions-and-answers-overview_en.

publics dans un pays tiers. Ces risques doivent être pris en considération lors de l'adoption de mesures visant à garantir le respect du RGPD, y compris au titre de l'article 5 («Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel»), de l'article 24 («Responsabilité du responsable du traitement»), de l'article 32 («Sécurité du traitement»), de l'article 33 («Notification d'une violation de données à caractère personnel»), de l'article 35 («Analyse d'impact relative à la protection des données»), de l'article 48 («Transferts ou divulgations non autorisés par le droit de l'Union»), etc.

32. En vertu de son obligation d'être responsable du respect des principes de protection des données et d'être en mesure de démontrer le respect de ces principes (article 5) et de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles en tenant compte, entre autres, des risques liés au traitement au titre de l'article 32 du RGPD, un responsable du traitement peut très bien conclure que des mesures de sécurité étendues sont nécessaires pour mener ou poursuivre une opération de traitement spécifique dans un pays tiers — ou même qu'il ne serait pas licite de mener ou poursuivre une telle opération —, bien qu'il ne s'agisse pas d'une situation de transfert. Dans une situation de transfert, dès lors qu'un niveau de protection essentiellement équivalent ne peut être garanti, la CJUE demande en définitive que le transfert soit suspendu ou arrêté³². À cet égard, la Cour se concentre sur les risques qu'une opération de traitement donnée comporte en raison de sa dimension transfrontière. Ces exigences sont également pertinentes pour l'évaluation de situations présentant des risques similaires (bien qu'elles ne soient pas considérées comme des transferts)³³, par exemple en ce qui concerne un accès disproportionné des pouvoirs publics de pays tiers. Par exemple, un responsable du traitement peut conclure que les employés ne peuvent pas emporter leurs ordinateurs portables, etc., dans certains pays tiers. Dans ce contexte, et comme indiqué ci-dessus, il convient de souligner que, dès que des données sont communiquées par transmission ou rendues accessibles par un autre moyen à un autre responsable du traitement ou sous-traitant (qui est aussi une autorité publique) dans le pays tiers (par exemple, par un employé au cours d'un voyage d'affaires), le flux de données en question équivaudrait à un transfert au titre du chapitre V.
33. En outre, lorsqu'un responsable du traitement a l'intention de traiter des données à caractère personnel en dehors de l'UE (bien qu'aucun transfert n'ait lieu), ces informations devraient en principe être fournies aux personnes dans le cadre des obligations de transparence qui lui incombent, par exemple pour garantir le respect du principe de transparence et de loyauté, qui impose également aux responsables du traitement d'informer les personnes des risques liés au traitement³⁴.
34. En résumé, les responsables du traitement et sous-traitants dont le traitement est soumis au RGPD sont responsables de toutes leurs activités de traitement, quel que soit l'endroit où elles ont lieu, et le traitement de données dans des pays tiers peut comporter des risques accrus, y compris en ce qui concerne un accès disproportionné des pouvoirs publics, qui doivent être identifiés et traités avec attention pour que ce traitement soit licite en vertu du RGPD. Le comité européen de la protection des données évaluera la nécessité de publier des orientations supplémentaires sur les garanties à fournir à cet égard.

³² Voir l'arrêt de la CJUE du 16 juillet 2020, Data Protection Commissioner/Facebook Ireland Ltd, Maximilian Schrems, C-311/18, EU:C:2020:559, point 135.

³³ Il convient de noter que le statut d'adéquation d'un pays tiers donné serait également pertinent dans le cadre de cette évaluation.

³⁴ Voir les considérants 39 et 60 du RGPD et les lignes directrices du groupe de travail «Article 29» sur la transparence au titre du règlement (CE) n° 2016/679 (wp260rev.01), point 10.

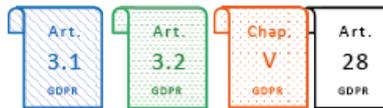
ANNEXE: ILLUSTRATION GRAPHIQUE DES EXEMPLES N° 1 À 12



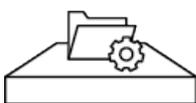
Data flow
Not considered as data transfer



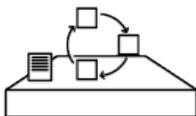
Data transfer
Chapter V GDPR



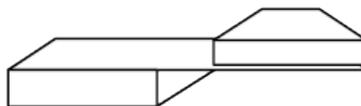
GDPR Articles and Chapters



Controller



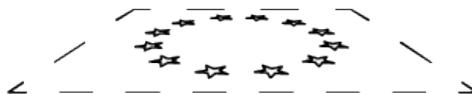
Processor



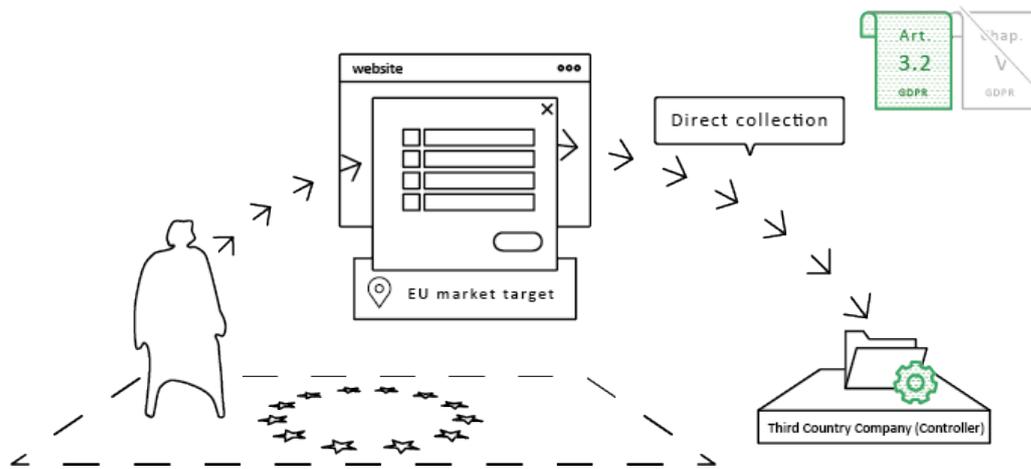
Parent company and subsidiary company



Third country authority

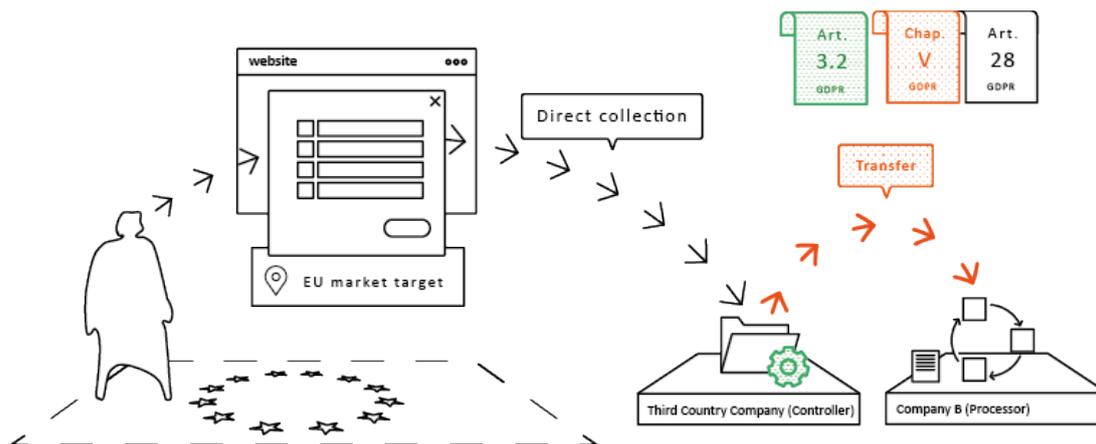


EU / EEA area and limits



Exemple n° 1: un responsable du traitement dans un pays tiers collecte des données directement auprès d'une personne concernée dans l'UE (en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD)

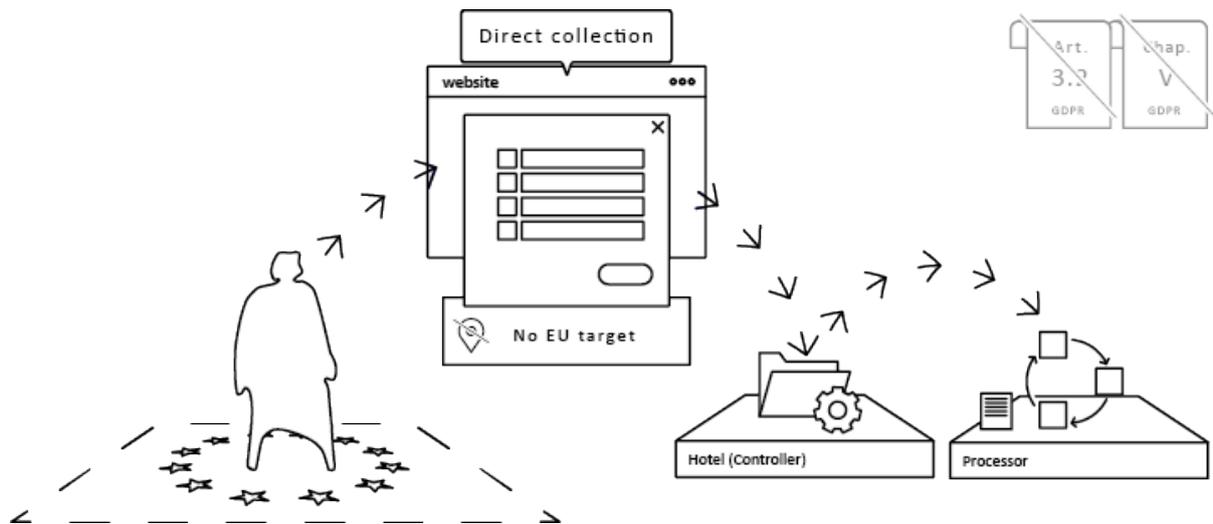
Maria, qui réside en Italie, insère son nom, son prénom et son adresse postale sur le formulaire d'un site web de vente de vêtements en ligne afin de commander et recevoir la robe qu'elle a achetée en ligne depuis son domicile à Rome. Le site web de vente de vêtements en ligne est géré par une société d'un pays tiers qui n'est pas présente dans l'UE, mais qui cible spécifiquement le marché de l'UE. Dans ce cas, la personne concernée (Maria) transmet ses données à caractère personnel à la société du pays tiers. Cela ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel étant donné que les données ne sont pas transmises par un exportateur (responsable du traitement ou sous-traitant), mais directement collectées auprès de la personne concernée par le responsable du traitement en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD. Le chapitre V ne s'applique donc pas au cas d'espèce. Néanmoins, la société du pays tiers sera tenue d'appliquer le RGPD étant donné que ses opérations de traitement sont soumises à l'article 3, paragraphe 2.



Exemple n° 2: un responsable du traitement dans un pays tiers collecte des données directement auprès d'une personne concernée dans l'UE (en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD) et recourt à un sous-traitant en dehors de l'UE pour certaines activités de traitement

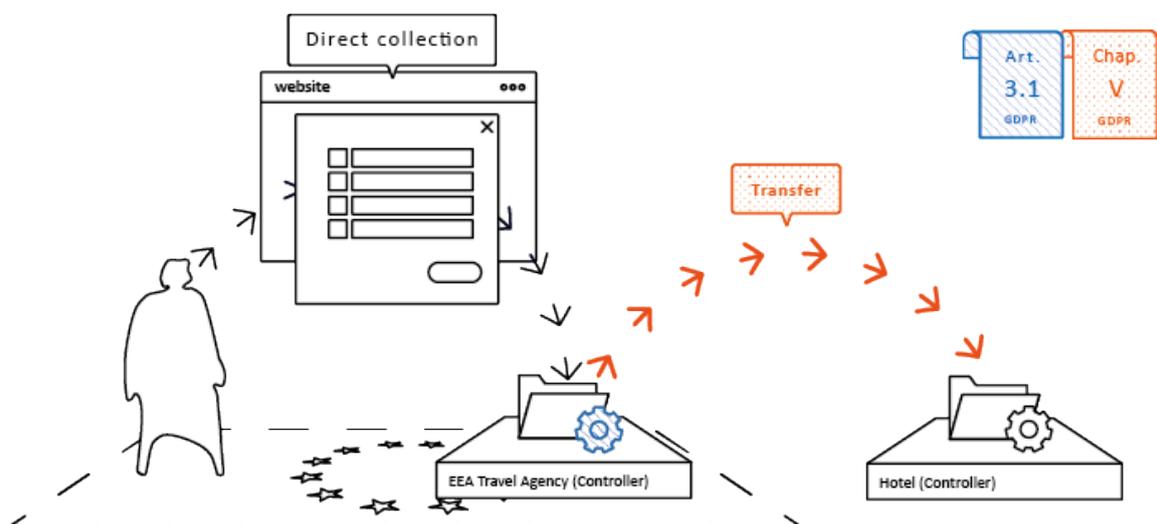
Maria, qui réside en Italie, insère son nom, son prénom et son adresse postale sur le formulaire d'un site web de vente de vêtements en ligne afin de commander et recevoir la robe qu'elle a achetée en ligne depuis son domicile à Rome. Le site web de vente de vêtements en ligne est géré par une société d'un pays tiers qui n'est pas présente dans l'UE, mais qui cible spécifiquement le marché de l'UE. Afin de traiter les commandes reçues au moyen du site web, la société du pays tiers a engagé un sous-traitant extérieur à l'EEE. Dans ce cas, la personne concernée (Maria) transmet ses données à caractère personnel à la société du pays tiers, ce qui ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel, puisque les données sont directement collectées par le responsable du traitement en vertu de l'article 3,

paragraphe 2, du RGPD. Le responsable du traitement devra donc appliquer le RGPD au traitement de ces données à caractère personnel. Dans la mesure où il engage un sous-traitant extérieur à l'EEE, une telle divulgation de la société du pays tiers à son sous-traitant hors EEE équivaut à un transfert, et il sera tenu d'appliquer les obligations de l'article 28 et du chapitre V afin de veiller à ce que le niveau de protection offert par le RGPD ne soit pas compromis lorsque des données sont traitées pour son compte par le sous-traitant extérieur à l'EEE.



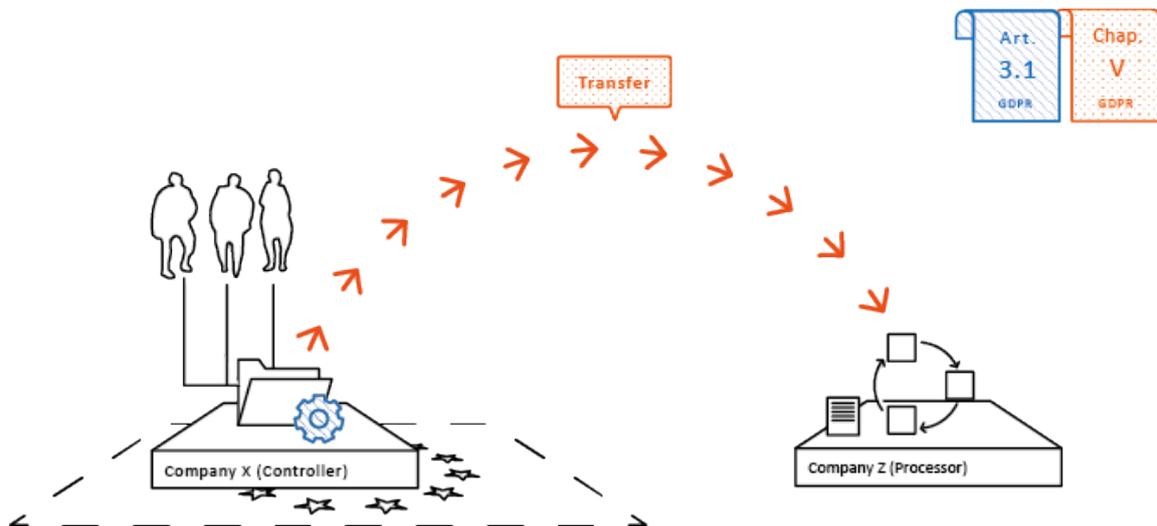
Exemple n° 3: un responsable du traitement dans un pays tiers reçoit directement des données d'une personne concernée dans l'UE (mais pas en vertu de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD) et recourt à un sous-traitant en dehors de l'UE pour certaines activités de traitement

Maria, qui réside en Italie, décide de réserver une chambre dans un hôtel à New York au moyen d'un formulaire figurant sur le site internet de l'hôtel. Les données à caractère personnel sont collectées directement par l'hôtel, qui ne cible ni ne suit aucune personne dans l'EEE. Dans ce cas, aucun transfert n'a lieu, puisque les données sont transmises directement par la personne concernée et directement collectées par le responsable du traitement. En outre, étant donné qu'aucune activité de ciblage ou de suivi de personnes dans l'EEE n'est effectuée par l'hôtel, le RGPD ne s'appliquera pas, y compris en ce qui concerne les activités de traitement effectuées par des sous-traitants extérieurs à l'EEE pour le compte de l'hôtel.



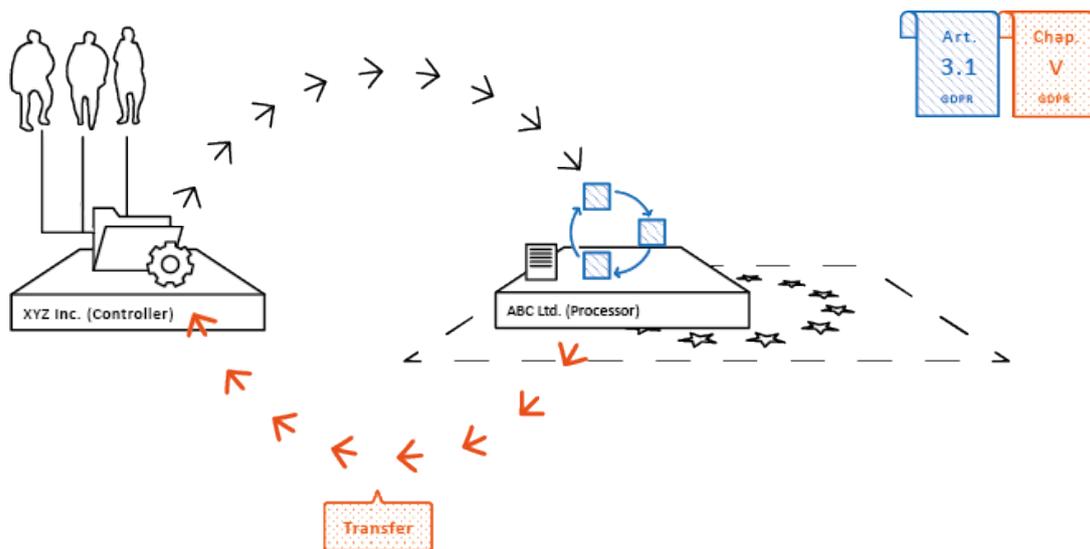
Exemple n° 4: données collectées par une plateforme de l'EEE puis transmises à un responsable du traitement d'un pays tiers

Maria, qui réside en Italie, réserve une chambre dans un hôtel à New York par l'intermédiaire d'une agence de voyage en ligne de l'EEE. Les données à caractère personnel de Maria, nécessaires à la réservation de l'hôtel, sont collectées par l'agence de voyage en ligne de l'EEE en sa qualité de responsable du traitement et envoyées à l'hôtel, qui reçoit les données en tant que responsable du traitement distinct. Lors de la transmission des données à caractère personnel à l'hôtel du pays tiers, l'agence de voyage de l'EEE procède à un transfert de données à caractère personnel et le chapitre V du RGPD s'applique.



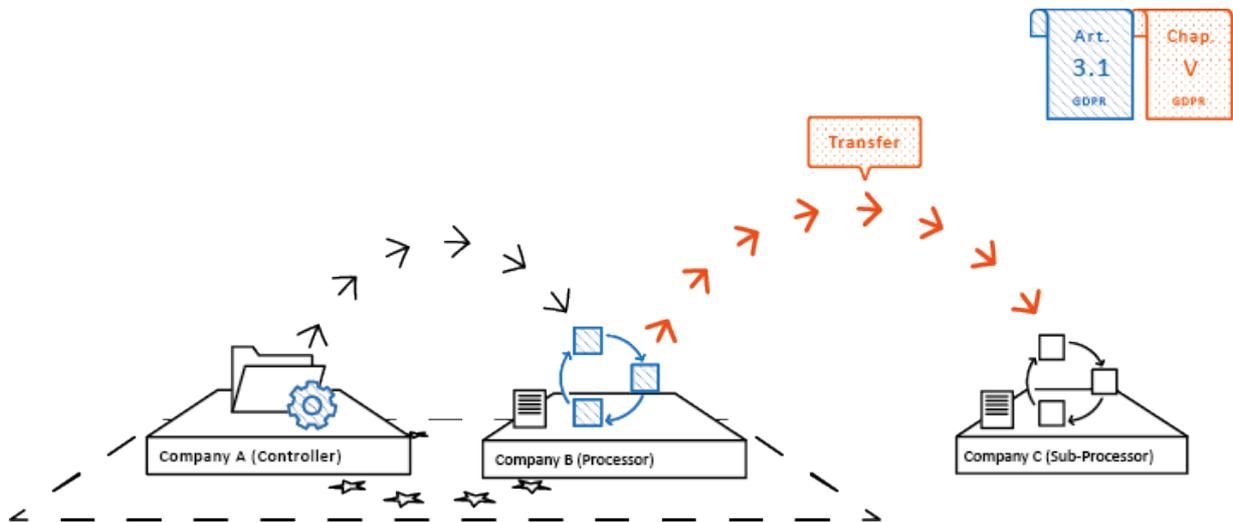
Exemple n° 5: un responsable du traitement dans l'UE envoie des données à un sous-traitant dans un pays tiers

La société X établie en Autriche, agissant en qualité de responsable du traitement, fournit des données à caractère personnel de ses employés ou de ses clients à la société Z dans un pays tiers, qui traite ces données en tant que sous-traitant pour le compte de la société X. Dans ce cas, les données sont fournies à un sous-traitant dans un pays tiers par un responsable du traitement qui, en ce qui concerne le traitement en question, est soumis au RGPD. Par conséquent, la fourniture de données sera considérée comme un transfert de données à caractère personnel vers un pays tiers et le chapitre V du RGPD s'appliquera.



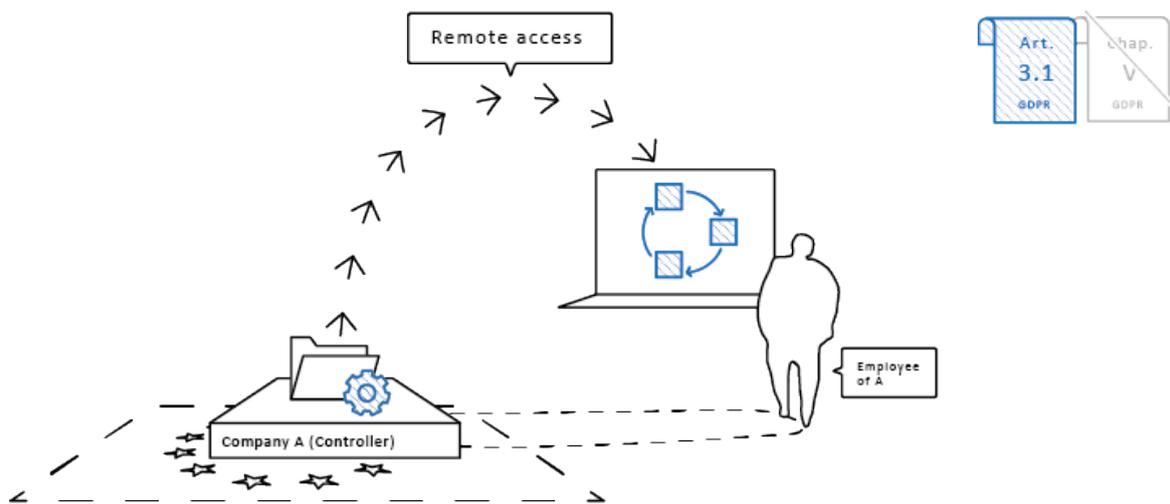
Exemple n° 6: un sous-traitant dans l'UE renvoie des données à son responsable du traitement dans un pays tiers

XYZ Inc., qui est un responsable du traitement ne disposant pas d'établissement dans l'UE, envoie des données à caractère personnel de ses employés ou clients, qui sont tous des personnes concernées situées en dehors de l'UE, au sous-traitant ABC Ltd., en vue de leur traitement dans l'UE, pour le compte de XYZ. ABC retransmet les données à XYZ. Le traitement effectué par ABC, le sous-traitant, relève du RGPD pour les obligations spécifiques des sous-traitants en vertu de l'article 3, paragraphe 1, étant donné qu'ABC est établi dans l'UE. Étant donné que XYZ est un responsable du traitement dans un pays tiers, la divulgation de données d'ABC à XYZ est considérée comme un transfert de données à caractère personnel et, par conséquent, le chapitre V s'applique.



Exemple n° 7: un sous-traitant dans l'UE envoie des données à un sous-traitant ultérieur dans un pays tiers

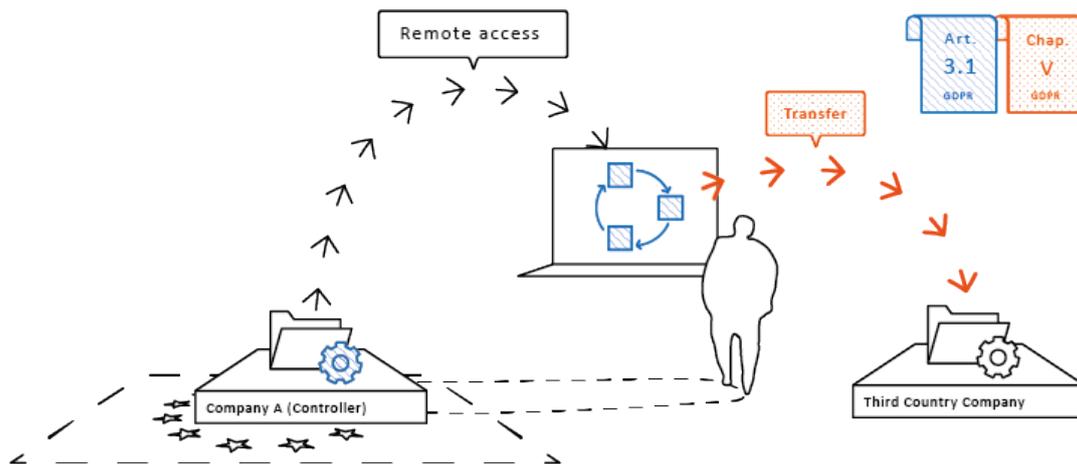
La société A établie en Allemagne, agissant en qualité de responsable du traitement, a engagé B, une société française, en tant que sous-traitant pour son compte. B souhaite elle-même déléguer une partie des activités de traitement qu'elle effectue pour le compte de A à un sous-traitant ultérieur C, qui est une société située dans un pays tiers, et donc transmettre à cette fin les données à C. Le traitement effectué par A et son sous-traitant B est effectué dans le cadre de leurs établissements dans l'UE et est donc soumis au RGPD en vertu de son article 3, paragraphe 1, tandis que le traitement par C est effectué dans un pays tiers. Par conséquent, le transfert de données du sous-traitant B au sous-traitant ultérieur C est un transfert vers un pays tiers, et le chapitre V du RGPD s'applique.



Exemple n° 8.1: un employé d'un responsable du traitement dans l'UE effectue un voyage d'affaires dans un pays tiers

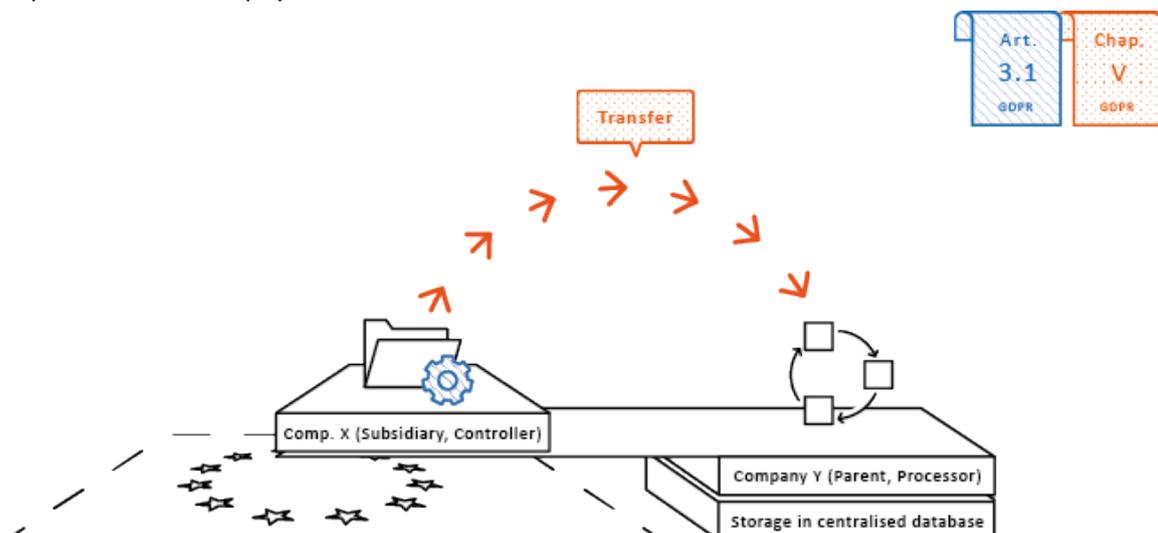
George, employé de A, une société établie en Pologne, se rend dans un pays tiers avec son ordinateur portable pour participer à une réunion. Pendant son séjour à l'étranger, George allume son ordinateur et accède à distance aux données à caractère personnel figurant dans les bases de données de sa société, pour terminer une note. Le fait que George emmène son ordinateur portable en voyage et accède à des données à caractère personnel à distance, depuis un pays tiers, ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel, étant donné que George n'est pas un

autre responsable du traitement, mais un employé, et qu'il fait donc partie intégrante du responsable du traitement (A). Par conséquent, la transmission est effectuée au sein d'un même responsable du traitement (A). Le traitement, y compris l'accès à distance et les activités de traitement effectuées par George après cet accès, est effectué par la société polonaise, c'est-à-dire un responsable du traitement établi dans l'Union, soumis à l'article 3, paragraphe 1, du RGPD.



Exemple n° 8.2: un employé d'un responsable du traitement dans l'UE effectue un voyage d'affaires dans un pays tiers

George, employé de A, une société établie en Pologne, se rend dans un pays tiers avec son ordinateur portable pour participer à une réunion. Pendant son séjour à l'étranger, George allume son ordinateur et accède à distance aux données à caractère personnel figurant dans les bases de données de sa société, pour terminer une note. Le fait que George emmène son ordinateur portable en voyage et accède à des données à caractère personnel à distance, depuis un pays tiers, ne constitue pas un transfert de données à caractère personnel, étant donné que George n'est pas un autre responsable du traitement, mais un employé, et qu'il fait donc partie intégrante du responsable du traitement (A). Par conséquent, la transmission est effectuée au sein d'un même responsable du traitement (A). Le traitement, y compris l'accès à distance et les activités de traitement effectuées par George après cet accès, est effectué par la société polonaise, c'est-à-dire un responsable du traitement établi dans l'Union, soumis à l'article 3, paragraphe 1, du RGPD. Il convient toutefois de noter que dans le cas où George, en sa qualité d'employé de A, enverrait ou rendrait accessibles des données à un autre responsable du traitement ou sous-traitant dans le pays tiers, le flux de données en question équivaldrait à un transfert au titre du chapitre V, en l'occurrence un transfert de l'exportateur (A) dans l'UE à cet importateur dans le pays tiers.



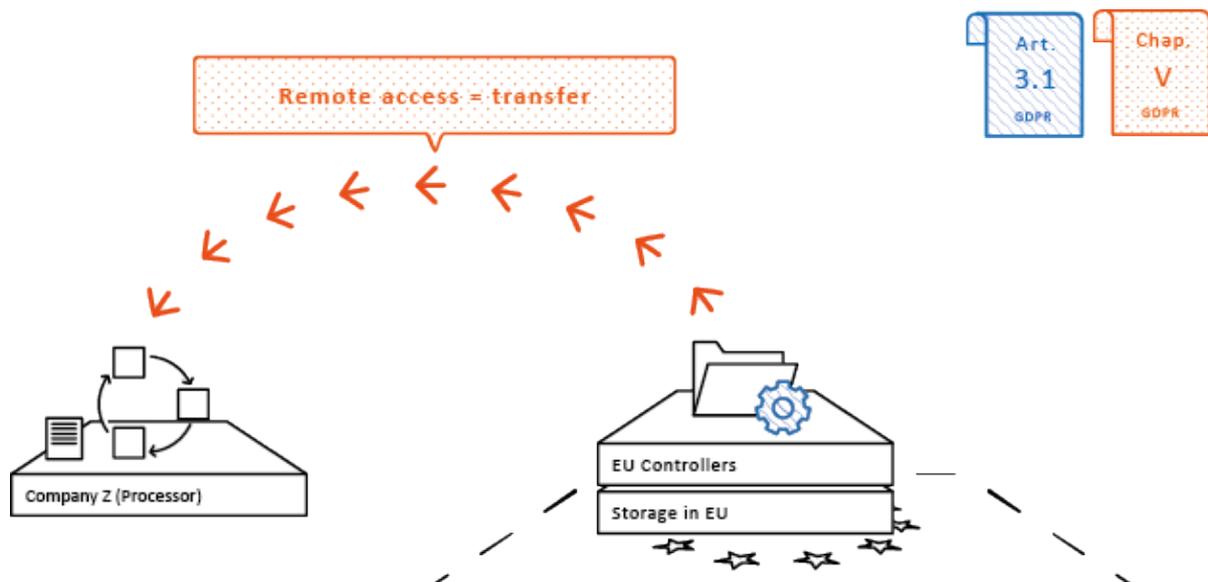
Exemple n° 9: une filiale (responsable du traitement) dans l'UE partage des données avec sa société mère (sous-traitant) dans un pays tiers

La société irlandaise X, qui est une filiale de la société mère Y dans un pays tiers, communique à la société Y les données à caractère personnel de ses employés, qui doivent être stockées dans une base de données centralisée des ressources humaines par la société mère dans le pays tiers. En l'espèce, la société irlandaise X traite (et divulgue) les données en sa qualité d'employeur et donc de responsable du traitement, tandis que la société mère est un sous-traitant. La société X est soumise au RGPD pour ce traitement en vertu de l'article 3, paragraphe 1, et la société Y est située dans un pays tiers. Cette divulgation peut donc être considérée comme un transfert vers un pays tiers au sens du chapitre V du RGPD.



Exemple n° 10: un sous-traitant dans l'UE renvoie des données à son responsable du traitement dans un pays tiers

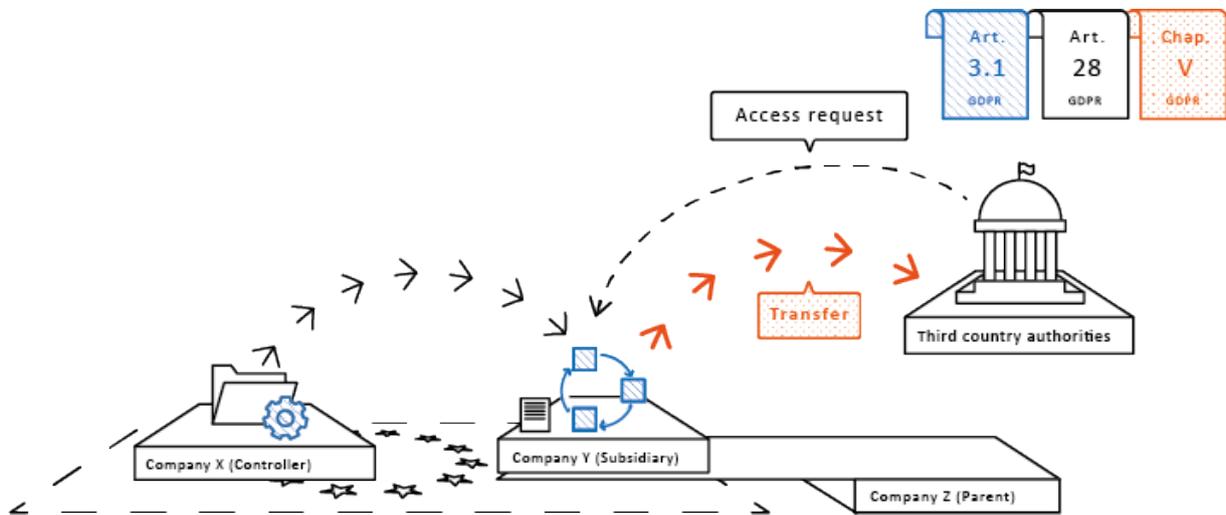
La société A, qui est un responsable du traitement ne disposant pas d'établissement dans l'UE, propose des biens et des services sur le marché de l'UE. La société française B traite des données à caractère personnel pour le compte de la société A. B retransmet ces données à A. Le traitement effectué par le sous-traitant B est régi par le RGPD pour les obligations spécifiques du sous-traitant en vertu de l'article 3, paragraphe 1, étant donné qu'il a lieu dans le cadre des activités de son établissement dans l'Union. Le traitement effectué par A est également régi par le RGPD, étant donné que l'article 3, paragraphe 2, s'applique à A. Mais, étant donné que A se trouve dans un pays tiers, la communication de données de B à A est considérée comme un transfert vers un pays tiers et, par conséquent, le chapitre V s'applique.



Exemple n° 11: accès à distance à des données dans l'UE par un sous-traitant d'un pays tiers agissant pour le compte de responsables du traitement de l'UE

Une société établie dans un pays tiers (la société Z), qui n'a pas d'établissement dans l'UE, propose des services en tant que sous-traitant à des sociétés situées dans l'UE. La société Z, agissant en qualité de sous-traitant pour le compte des

responsables du traitement de l'UE, accède à distance, par exemple à des fins d'assistance, à des données stockées dans l'UE. Étant donné que la société Z est située dans un pays tiers, cet accès à distance entraîne des transferts de données depuis les responsables du traitement de l'UE vers leur sous-traitant (société Z) dans un pays tiers, qui relèvent du chapitre V.



Exemple n° 12: un responsable du traitement dans l'UE utilise un sous-traitant dans l'UE qui est soumis à la législation d'un pays tiers

La société danoise X, agissant en qualité de responsable du traitement, engage la société Y établie dans l'UE en tant que sous-traitant pour son compte. La société Y est une filiale de la société mère d'un pays tiers Z. La société Y traite les données de la société X exclusivement dans l'UE et aucune société en dehors de l'UE, y compris la société mère Z, n'a accès aux données. En outre, il ressort du contrat conclu entre la société X et la société Y que cette dernière ne traite des données à caractère personnel que sur instruction documentée de la société X, sauf si le droit de l'Union ou le droit d'un État membre auquel la société Y est soumise l'y oblige. La société Y est cependant soumise à la législation d'un pays tiers dotée d'effet extraterritorial, ce qui signifie, en l'espèce, que la société Y peut recevoir des demandes d'accès de la part d'autorités d'un pays tiers. Étant donné que la société Y ne se trouve pas dans un pays tiers (mais est une société de l'Union soumise à l'article 3, paragraphe 1, du RGPD), la divulgation des données de la société responsable du traitement X à la société sous-traitante Y ne constitue pas un transfert et le chapitre V du RGPD ne s'applique pas. Comme indiqué précédemment, il est néanmoins possible que la société Y reçoive des demandes d'accès de la part d'autorités de pays tiers et, si la société Y se conformait à cette demande, cette divulgation de données serait considérée comme un transfert au titre du chapitre V. Lorsque la société Y répond à une demande en violation des instructions du responsable du traitement et donc de l'article 28 du RGPD, la société Y est considérée comme un responsable du traitement indépendant pour ce traitement en vertu de l'article 28, paragraphe 10, du RGPD. Dans cette situation, la société X du responsable du traitement devrait évaluer ces circonstances avant d'engager le sous-traitant, afin de veiller à ne faire appel qu'à des sous-traitants offrant des garanties suffisantes pour mettre en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin que le traitement soit conforme au RGPD, y compris à son chapitre V, et à ce que le traitement effectué par le sous-traitant soit encadré par un contrat ou un acte juridique, comme l'exige l'article 28 du RGPD.