

**TRANSFERT DE DONNEES PERSONNELLES HORS DE L'UNION EUROPEENNE :
LA COMMISSION EUROPEENNE A L'ECOUTE DES ENTREPRISES**

Par Annabelle RICHARD, Avocat à la Cour - Attorney at Law (New-York Bar), et Tal POLLAK, juriste.

Le 5 février 2010, la Commission Européenne a adopté une décision « relative aux clauses contractuelles types pour le transfert des données à caractère personnel vers des sous-traitants établis dans des pays tiers » à l'Union européenne.

La directive 95/46/CE interdit aux ressortissants des Etats membres de transférer des données à caractère personnel hors de l'Union européenne sauf à ce que l'Etat de destination assure un niveau de protection conforme aux conditions définies dans la dite directive. Dans la pratique à ce jour, seule une poignée d'état remplis cette condition.

Toutefois, l'article 26, paragraphe 2, de la directive 95/46/CE prévoit que les Etats membres peuvent autoriser un transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat « *lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants; ces garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées* ».

Afin de faciliter la mise en œuvre de cette exception, la Commission Européenne a, dès 2001, proposé des clauses contractuelles types répondant aux exigences de l'article 26.

Les avantages découlant de l'utilisation des clauses contractuelles types de la Commission impliquent une reprise intégrale du texte des clauses types. Toute modification apportée aux clauses, dans la mesure où elle serait susceptible de modifier l'équilibre de la protection qu'elles accordent, délierait la CNIL et la Commission de leur obligation de considérer que le transfert a lieu dans des conditions satisfaisantes au regard de la directive 95/46/CE.

La Commission a approuvé le 27 décembre 2001 une série de clauses pour le transfert de données à caractère personnel d'un

responsable de traitement¹ établi dans un Etat membre de l'Union européenne vers un sous-traitant établi dans un pays tiers à l'Union européenne². Ce transfert doit être distingué du transfert des données à caractère personnel d'un responsable de traitement vers un autre responsable de traitement qui est régi par le décision de la Commission Européenne du 15 juin 2001.

La mise en place des clauses du 27 décembre 2001 a soulevé un certain nombre de critiques de la part des entreprises. Celles-ci estimaient que les clauses devraient tenir compte de l'évolution des pratiques de l'entreprise qui tendent vers une mondialisation croissante de l'activité de traitement de l'information. C'est donc pour répondre à ces critiques que la Commission a décidé de proposer un nouveau modèle de clauses contractuelles dans sa décision du 5 février 2010, pour les transfert de données personnelles d'un responsable de traitement dans l'Union Européenne vers un sous-traitant hors de l'Union.

En premier lieu, les clauses existantes ne prenaient pas en compte l'hypothèse, très fréquente, d'un transfert ultérieur des données du sous-traitant vers un autre sous-traitant³, lui-même établi dans un Etat tiers. Pour remédier à cette faille dans les clauses initiales, les nouvelles clauses proposées consacrent expressément l'hypothèse d'un transfert vers un sous-traitant ultérieur⁴ en définissant les conditions à remplir par le sous-traitant ultérieur. Tout d'abord, le responsable du traitement doit donner son accord écrit pour le transfert vers le sous-traitant ultérieur. Ensuite, le sous-traitant

¹ La personne qui transfère les données à caractère personnel au sous-traitant établi dans un Etat tiers à l'Union européenne.

² Le sous-traitant est l'importateur de données qui accepte de recevoir de l'exportateur de données des données à caractère personnel destinées à être traitées pour le compte de ce dernier et conformément à ses instructions.

³ La décision s'applique uniquement au cas où le sous-traitant initial et le sous-traitant ultérieur sont établis dans un Etat tiers à l'Union européenne, considérant 23.

⁴ Décision du 5 février 2010, clause 11.

ultérieur est soumis aux mêmes obligations que le sous-traitant initial. Enfin, en cas de manquement par le sous-traitant ultérieur aux obligations en matière de traitement des données qui lui incombent conformément au contrat avec le sous-traitant initial, celui-ci demeure responsable envers le responsable du traitement.

Il convient de noter que ces clauses ne peuvent s'appliquer dans le cas d'un transfert d'un sous-traitant initial dans l'Union Européenne à un sous-traitant ultérieur hors de l'Union Européenne.

En deuxième lieu, la personne concernée par le transfert des données, se voit attribuer un droit d'exercer un recours et d'obtenir réparation du sous-traitant ultérieur dans le cas où à la fois le responsable du traitement et le sous-traitant initial ont matériellement disparus, ont cessé d'exister en droit, ou sont devenus insolvable. Il est nécessaire de préciser que la responsabilité des différents détenteurs d'information dans la « chaîne » de transmission des données est une « responsabilité en cascade ». Autrement dit,

le premier responsable est le responsable du traitement, ensuite le sous-traitant initial et enfin le sous-traitant ultérieur. La personne concernée par le transfert des données et qui aurait subi un préjudice, devrait agir uniquement dans cet ordre.

Enfin, la décision du 5 février 2010 supprime la possibilité pour la personne concernée et le sous-traitant initial de porter l'affaire devant un organe d'arbitrage. Cette clause d'arbitrage qui figurait dans les clauses de 2001 a été critiquée par les entreprises, la jugeant trop contraignante.

S'agissant de l'application de la décision dans le temps. Tout contrat conclu entre un responsable de traitement et un sous-traitant en vertu de la décision du 27 décembre 2001 et avant le 15 mai 2010 reste en vigueur dans son intégralité. Toute modification substantielle au dit contrat affectant les clauses relatives au transfert de données, effectuée après le 15 mai 2010, devra être faite conformément aux dispositions de la décision du 5 février 2010.

Le cabinet Ichay & Mullenex Avocats s'est spécialisé dans la gestion des problématiques juridiques liées à l'activité des entreprises de nouvelles technologies. Il conseille ainsi de nombreux acteurs du e-commerce, de l'informatique, des médias, des télécoms et de la recherche dans la gestion de leurs affaires au quotidien, pour leurs projets de croissance interne ou externe et leur développement à l'international. L'ensemble des avocats du cabinet IMA a reçu une double formation en complétant leur formation française soit par une formation à l'étranger soit par une formation en école de commerce. Chacun d'entre eux est tourné vers la nouvelle économie et la mondialisation des échanges accompagnant leurs clients avec une vision pragmatique de la vie des affaires.

5, rue de Monceau 75008 Paris - France
Tel : +33 1 42 89 19 80
Fax : + 33 1 42 89 14 99
www.ichay-mullenex.fr