

Guidelines



Lignes directrices 3/2018 relatives au champ d'application territorial du RGPD (article 3)

Version 2.0

12 novembre 2019

Historique des versions

Version 2.0	12 novembre 2019	Adoption des lignes directrices après consultation publique
Version 1.0	16 novembre 2018	Adoption des lignes directrices pour consultation publique

Table des matières

Introduction.....	4
1 Application du critère d'établissement (article 3, paragraphe 1)	5
2 Application du critère de ciblage (article 3, paragraphe 2).....	15
3 Traitement dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public	25
4 Représentant des responsables du traitement ou des sous-traitants qui ne sont pas établis dans l'Union	26

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,

A ADOPTÉ LES LIGNES DIRECTRICES SUIVANTES:

INTRODUCTION

Le champ d'application territorial du règlement général sur la protection des données¹ (ci-après le «RGPD» ou le «règlement») est déterminé par l'article 3 du règlement et représente une évolution significative de la législation de l'Union européenne en matière de protection des données par rapport au cadre défini par la directive 95/46/CE². Le RGPD confirme en partie les choix établis par le législateur de l'Union et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) dans le cadre de la directive 95/46/CE. De nouveaux éléments importants ont toutefois été introduits. Plus important encore, l'objectif principal de l'article 4 de la directive était de définir de quel État membre le droit national est applicable, tandis que l'article 3 du RGPD définit le champ d'application territorial d'un texte directement applicable. En outre, si l'article 4 de la directive faisait mention du «[recours] [...] à des moyens» sur le territoire de l'Union pour faire entrer dans le champ d'application de la législation de l'Union en matière de protection des données les responsables du traitement qui n'étaient pas «établi[s] sur le territoire de la Communauté», l'article 3 du RGPD n'en fait pas mention.

L'article 3 du RGPD reflète l'intention du législateur de garantir une protection complète des droits des personnes concernées dans l'Union et d'établir, comme impératif en matière de protection des données, des conditions de concurrence équitables pour les entreprises actives sur les marchés de l'Union, dans un contexte de circulation mondiale des données.

L'article 3 du RGPD définit le champ d'application territorial du règlement sur la base de deux critères principaux: le critère d'«établissement», en vertu de l'article 3, paragraphe 1, et le critère de «ciblage», en vertu de l'article 3, paragraphe 2. Lorsque l'un de ces deux critères est rempli, les dispositions pertinentes du RGPD s'appliquent au traitement pertinent de données à caractère personnel par le responsable du traitement ou le sous-traitant concerné. En outre, l'article 3, paragraphe 3, confirme que le RGPD s'applique au traitement lorsque le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public.

Issues d'une interprétation commune des autorités chargées de la protection des données dans l'Union, les présentes lignes directrices visent à garantir une application cohérente du RGPD lorsqu'il s'agit de déterminer si un traitement particulier effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant relève du champ d'application du nouveau cadre juridique de l'Union. Dans les présentes

¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

lignes directrices, le comité européen de la protection des données (ci-après le «comité») définit et clarifie les critères permettant de déterminer l'application du champ d'application territorial du RGPD. Une telle interprétation commune s'avère également indispensable pour les responsables du traitement et les sous-traitants, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Union, afin que ces derniers puissent évaluer s'ils doivent se conformer au RGPD pour une activité de traitement donnée.

Étant donné que les responsables du traitement ou les sous-traitants qui ne sont pas établis dans l'Union, mais qui exercent des activités de traitement relevant de l'article 3, paragraphe 2, sont tenus de désigner un représentant dans l'Union, les présentes lignes directrices fourniront également des précisions sur le processus de désignation de ce représentant en vertu de l'article 27 et sur ses responsabilités et obligations.

À titre de principe général, le comité affirme que, lorsque le traitement de données à caractère personnel relève du champ d'application territorial du RGPD, toutes les dispositions du règlement s'appliquent à ce traitement. Les présentes lignes directrices préciseront les différents scénarios qui peuvent se présenter, en fonction du type d'activités de traitement, l'entité qui effectue ces activités de traitement ou la localisation de ces entités, et préciseront les dispositions applicables à chaque situation. Il est par conséquent essentiel que les responsables du traitement et les sous-traitants, en particulier ceux qui offrent des biens et des services au niveau international, procèdent à une évaluation minutieuse et *in concreto* de leurs activités de traitement, afin de déterminer si le traitement connexe de données à caractère personnel relève du champ d'application du RGPD.

Le comité souligne que l'application de l'article 3 vise à déterminer si une activité de traitement particulière, plutôt qu'une personne (morale ou physique), entre dans le champ d'application du RGPD. Par conséquent, certains traitements de données à caractère personnel effectués par un responsable du traitement ou un sous-traitant pourraient entrer dans le champ d'application du règlement, tandis que d'autres, effectués par ce même responsable du traitement ou sous-traitant pourraient, en fonction de l'activité de traitement, ne pas en relever.

Les présentes lignes directrices, initialement adoptées par le comité le 16 novembre 2018, ont été soumises à une consultation publique du 23 novembre 2018 au 18 janvier 2019 et ont été mises à jour en tenant compte des contributions et commentaires reçus.

1 APPLICATION DU CRITÈRE D'ÉTABLISSEMENT (ARTICLE 3, PARAGRAPHE 1)

L'article 3, paragraphe 1, du RGPD dispose que le *«règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union»*.

Il fait mention non seulement de l'établissement d'un responsable du traitement, mais aussi de l'établissement d'un sous-traitant. Par conséquent, le traitement de données à caractère personnel par un sous-traitant peut également être soumis au droit de l'Union du fait que le sous-traitant a un établissement situé sur le territoire de l'Union.

L'article 3, paragraphe 1, garantit que le RGPD s'applique au traitement effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant dans le cadre des activités d'un établissement de ce responsable du traitement ou sous-traitant sur le territoire de l'Union, quel que soit le lieu réel du traitement. Par conséquent, le comité recommande une approche à trois volets pour déterminer si le traitement des

données à caractère personnel relève ou non du champ d'application du RGPD, conformément à l'article 3, paragraphe 1.

Les sections suivantes donnent des précisions sur l'application du critère d'établissement, tout d'abord en examinant la définition d'un «établissement» dans l'Union au sens de la législation de l'Union en matière de protection des données, ensuite en examinant ce que l'on entend par «traitement effectué dans le cadre des activités d'un établissement sur le territoire de l'Union», et enfin en confirmant que le RGPD s'applique, que le traitement effectué dans le cadre des activités de cet établissement ait lieu ou non dans l'Union.

a) «Un établissement sur le territoire de l'Union»

Avant d'examiner ce que l'on entend par «un établissement sur le territoire de l'Union», il convient tout d'abord de déterminer qui est le responsable du traitement ou le sous-traitant pour une activité de traitement donnée. En vertu de l'article 4, point 7, du RGPD, on entend par «responsable du traitement» «la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement». En vertu de l'article 4, point 8, du RGPD, on entend par «sous-traitant» «la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement». Ainsi qu'il ressort de la jurisprudence pertinente de la CJUE et d'un avis³ antérieur du groupe de travail «Article 29», la détermination du statut de responsable du traitement ou de sous-traitant d'une entité aux fins de la législation de l'Union en matière de protection des données constitue un élément essentiel de l'évaluation de l'application du RGPD au traitement des données à caractère personnel en question.

Alors que la notion d'«établissement principal» est définie à l'article 4, point 16, le RGPD ne donne pas de définition du terme «établissement» aux fins de l'article 3⁴. Le considérant 22⁵ précise toutefois qu'un «établissement suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable. La forme juridique retenue pour un tel dispositif, qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard».

Cette formulation est identique à celle du considérant 19 de la directive 95/46/CE, auquel il a été fait référence dans plusieurs arrêts de la CJUE élargissant l'interprétation du terme «établissement», qui écarte toute approche formaliste selon laquelle une entreprise ne serait établie que dans le lieu où elle est enregistrée⁶. En effet, la CJUE a jugé que la notion d'établissement s'étendait à toute activité

³ Avis 1/2010 du groupe de travail «Article 29» sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant» (WP 169), adopté le 16 février 2010 et en cours de révision par le comité.

⁴ La définition de la notion d'«établissement principal» est principalement pertinente pour déterminer la compétence des autorités de contrôle concernées conformément à l'article 56 du RGPD. Voir les lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant la désignation d'une autorité de contrôle chef de file d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant (16/FR WP 244 rev.01), adoptées par le comité.

⁵ Considérant 22 du RGPD: «*Tout traitement de données à caractère personnel qui a lieu dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union devrait être effectué conformément au présent règlement, que le traitement lui-même ait lieu ou non dans l'Union. L'établissement suppose l'exercice effectif et réel d'une activité au moyen d'un dispositif stable. La forme juridique retenue pour un tel dispositif, qu'il s'agisse d'une succursale ou d'une filiale ayant la personnalité juridique, n'est pas déterminante à cet égard.*»

⁶ Voir en particulier les arrêts *Google Spain SL, Google Inc./AEPD, Mario Costeja González (C-131/12)*, *Weltimmo/NAIH (C-230/14)*, *Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU (C-191/15)* et *Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein (C-210/16)*.

réelle et effective, même minime, au moyen d'une installation stable⁷. Afin de déterminer si une entité établie à l'extérieur de l'Union dispose d'un établissement dans un État membre, il convient d'évaluer tant le degré de stabilité du dispositif que la réalité de l'exercice des activités dans cet autre État membre, en tenant compte de la nature spécifique des activités économiques et des prestations de services en question. Cela vaut tout particulièrement pour des entreprises qui s'emploient à offrir des services exclusivement sur l'internet⁸.

Le seuil pour une «installation stable⁹», (ou «dispositif stable» selon la terminologie employée dans le RGPD) peut en fait être assez bas lorsque les activités d'un responsable du traitement portent principalement sur la fourniture de services en ligne. Par conséquent, dans certaines circonstances, la présence d'un seul employé ou agent d'une entité d'un État tiers dans l'Union peut suffire pour constituer une installation stable (équivalente à un «établissement» au sens de l'article 3, paragraphe 1) si cet employé ou agent agit avec un degré de stabilité suffisant. À l'inverse, lorsqu'un employé est établi dans l'Union, mais que le traitement n'est pas effectué dans le cadre de ses activités sur le territoire de l'Union (c'est-à-dire que le traitement concerne des activités du responsable du traitement en dehors de l'Union), la simple présence d'un employé dans l'Union ne signifie pas que ce traitement entre dans le champ d'application du RGPD. En d'autres termes, la simple présence d'un employé sur le territoire de l'Union ne suffit pas en tant que telle à déclencher l'application du RGPD, puisque pour que le traitement en question relève du champ d'application dudit règlement, il doit également être effectué dans le cadre des activités de l'employé établi sur le territoire de l'Union.

La circonstance que l'entité d'un État tiers responsable du traitement des données ne possède ni filiale ni succursale dans un État membre n'exclut pas qu'elle puisse y posséder un établissement au sens de la législation de l'Union en matière de protection des données. Bien que la notion d'établissement soit large, elle n'est pas sans limites. Il s'avère impossible de conclure que l'entité d'un État tiers dispose d'un établissement sur le territoire de l'Union du seul fait que le site internet de l'entreprise est accessible dans l'Union¹⁰.

Exemple 1: Un constructeur automobile dont le siège social se trouve aux États-Unis possède à Bruxelles une succursale lui appartenant en totalité qui supervise toutes ses activités en Europe, y compris la commercialisation et la publicité.

La succursale belge peut être considérée comme une installation stable, qui exerce des activités réelles et effectives au regard de la nature de l'activité économique exercée par le constructeur automobile. En tant que telle, la succursale belge pourrait donc être considérée comme un établissement sur le territoire de l'Union, au sens du RGPD.

Dès lors qu'il est conclu qu'un responsable du traitement ou un sous-traitant est établi sur le territoire de l'Union, une analyse *in concreto* devrait être effectuée afin de déterminer si le traitement en question est effectué dans le cadre des activités de cet établissement et si l'article 3, paragraphe 1, s'applique en conséquence. Si un responsable du traitement ou un sous-traitant établi en dehors de l'Union exerce «une activité réelle et effective, même minime, [...] au moyen d'une installation stable», quelle que soit sa forme juridique (filiale, succursale, bureau, etc.), sur le territoire d'un État membre, ce responsable du traitement ou sous-traitant peut être réputé avoir un établissement dans cet État

⁷ Arrêt Weltimmo, point 31.

⁸ Arrêt Weltimmo, point 29.

⁹ Arrêt Weltimmo, point 30.

¹⁰ Arrêt de la CJUE du 28 juillet 2016, Verein für Konsumenteninformation/Amazon EU Sarl, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612, point 76 (ci-après l'«arrêt Verein für Konsumenteninformation»).

membre¹¹. Par conséquent, il importe de déterminer si le traitement des données à caractère personnel a lieu «dans le cadre des activités» d'un tel établissement, comme le souligne le considérant 22.

b) Traitement des données à caractère personnel effectué «dans le cadre des activités» d'un établissement

L'article 3, paragraphe 1, confirme qu'il n'est pas nécessaire que le traitement en question soit effectué «par» l'établissement concerné sur le territoire de l'Union; le responsable du traitement ou le sous-traitant sera soumis aux obligations prévues par le RGPD lorsque le traitement est effectué «dans le cadre des activités» de son établissement sur le territoire de l'Union. Le comité recommande de déterminer au cas par cas et sur la base d'une analyse *in concreto* si le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement ou du sous-traitant sur le territoire de l'Union aux fins de l'article 3, paragraphe 1. Chaque scénario doit être évalué en fonction de ses mérites propres, en tenant compte des faits particuliers de l'affaire.

Le comité estime que, aux fins de l'article 3, paragraphe 1, l'expression «*traitement dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant*» doit être comprise au regard de la jurisprudence pertinente. D'une part, en vue d'atteindre l'objectif consistant à assurer une protection efficace et complète, l'expression «dans le cadre des activités d'un établissement» ne saurait recevoir une interprétation restrictive¹². D'autre part, l'existence d'un établissement au sens du RGPD ne devrait pas être interprétée de manière trop large pour conclure que l'existence d'une présence sur le territoire de l'Union, même éloignée des activités de traitement de données d'une entité d'un État tiers, suffira à faire entrer ce traitement dans le champ d'application de la législation de l'Union en matière de protection des données. Certaines activités commerciales exercées par une entité d'un État tiers sur le territoire d'un État membre peuvent en effet être si éloignées du traitement de données à caractère personnel par cette entité que l'existence de l'activité commerciale sur le territoire de l'Union ne suffirait pas à faire entrer le traitement de données par ladite entité dans le champ d'application de la législation de l'Union en matière de protection des données¹³.

La prise en considération des deux facteurs suivants peut aider à déterminer si le traitement est effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant dans le cadre de son établissement sur le territoire de l'Union:

i) *Relation entre un responsable du traitement ou un sous-traitant en dehors de l'Union et son établissement local sur le territoire de l'Union*

Les activités de traitement de données d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant établi en dehors de l'Union peuvent être inextricablement liées aux activités d'un établissement local situé sur le territoire d'un État membre et, partant, déclencher l'applicabilité du droit de l'Union, même si cet établissement local ne joue en réalité aucun rôle dans le traitement lui-même¹⁴. Si une analyse des faits au cas par cas révèle l'existence d'un

¹¹ Voir en particulier le point 29 de l'arrêt *Weltimmo*, qui met l'accent sur une conception souple de la notion d'«établissement» et précise qu'«il convient d'évaluer tant le degré de stabilité de l'installation que la réalité de l'exercice des activités dans cet autre État membre, en tenant compte de la nature spécifique des activités économiques et des prestations de services en question».

¹² Arrêt *Weltimmo*, point 25, et arrêt *Google Spain*, point 53.

¹³ Mise à jour de l'avis 8/2010 sur le droit applicable à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire *Google Spain* (WP 179) du groupe de travail «Article 29», adoptée le 16 décembre 2015.

¹⁴ Arrêt de la CJUE du 13 mai 2014, *Google Spain*, C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317.

lien inextricable entre le traitement de données à caractère personnel effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant d'un État tiers et les activités d'un établissement sur le territoire de l'Union, le droit de l'Union s'appliquera à ce traitement par l'entité d'un État tiers, que l'établissement situé sur le territoire de l'Union joue ou non un rôle dans ce traitement des données¹⁵.

ii) Levée de recettes sur le territoire de l'Union

La levée de recettes sur le territoire de l'Union par un établissement local, dans la mesure où ces activités peuvent être considérées comme «inextricablement liées» au traitement de données à caractère personnel effectué en dehors de l'Union et aux personnes physiques sur le territoire de l'Union, peut indiquer que le traitement est effectué «dans le cadre des activités de l'établissement situé sur le territoire de l'Union» par un responsable du traitement ou un sous-traitant d'un État tiers et peut suffire à déclencher l'application du droit de l'Union audit traitement¹⁶.

Le comité recommande que les organisations non situées sur le territoire de l'Union procèdent à une évaluation de leurs activités de traitement, premièrement en déterminant si des données à caractère personnel sont traitées et, deuxièmement, en cernant les liens potentiels entre l'activité pour laquelle les données sont traitées et les activités de toute présence de l'organisation sur le territoire de l'Union. En cas d'existence d'un tel lien, la nature de ce lien sera essentielle pour déterminer si le RGPD s'applique au traitement en question et devra être évaluée notamment au regard des deux éléments susmentionnés.

Exemple 2: Un site de vente en ligne est exploité par une société basée en Chine. Les activités de traitement des données à caractère personnel de la société sont exclusivement effectuées en Chine. La société chinoise a établi un bureau européen à Berlin afin de diriger et de mettre en œuvre des campagnes de prospection commerciale et de commercialisation sur les marchés de l'Union.

Dans le cas présent, on peut considérer que les activités du bureau européen de Berlin sont inextricablement liées au traitement des données à caractère personnel effectué par le site chinois de vente en ligne, dans la mesure où les campagnes de prospection commerciale et de commercialisation sur les marchés de l'Union servent notamment à rentabiliser les services offerts par le site. Le traitement des données à caractère personnel par la société chinoise dans le cadre des ventes dans l'Union est en effet inextricablement lié aux activités menées par le bureau européen de Berlin dans le cadre des campagnes de prospection commerciale et de commercialisation sur les marchés de l'Union. Par conséquent, le traitement des données à caractère personnel effectué par la société chinoise dans le cadre des ventes dans l'Union peut être considéré comme effectué dans le cadre des activités du bureau européen en tant qu'établissement situé sur le territoire de l'Union. Cette activité de traitement de la société chinoise sera dès lors soumise aux dispositions du RGPD, en application de son article 3, paragraphe 1.

¹⁵ Mise à jour de l'avis 8/2010 sur le droit applicable à la lumière de l'arrêt de la CJUE dans l'affaire Google Spain (WP 179) du groupe de travail «Article 29», adoptée le 16 décembre 2015.

¹⁶ Tel peut être le cas, par exemple, pour tout opérateur étranger disposant d'un bureau de vente ou d'une autre présence sur le territoire de l'Union, même si ce bureau ne joue aucun rôle dans le traitement proprement dit des données, en particulier lorsque le traitement a lieu dans le cadre de l'activité commerciale sur le territoire de l'Union et que les activités de l'établissement visent les habitants des États membres dans lesquels il est situé (mise à jour WP 179).

Exemple 3: Une chaîne d'hôtels et de centres de villégiature en Afrique du Sud offre des forfaits sur son site internet, disponible en anglais, en allemand, en français et en espagnol. La société ne possède pas de bureau, de représentation ou d'installation stable sur le territoire de l'Union.

Dans le cas présent, en l'absence de représentation ou d'installation stable de la chaîne d'hôtels et de centres de villégiature sur le territoire de l'Union, il apparaît qu'aucune entité liée à ce responsable du traitement en Afrique du Sud ne peut être considérée comme un établissement sur le territoire de l'Union au sens du RGPD. Par conséquent, le traitement en question ne peut être soumis aux dispositions du RGPD, en application de l'article 3, paragraphe 1.

Il convient toutefois d'analyser *in concreto* si le traitement effectué par ce responsable du traitement établi en dehors de l'Union peut être soumis au RGPD, en application de l'article 3, paragraphe 2.

c) Application du RGPD à l'établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, que le traitement ait lieu ou non dans l'Union

En vertu de l'article 3, paragraphe 1, le traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union déclenche l'application du RGPD et des obligations qui en découlent pour le responsable du traitement ou le sous-traitant concerné.

L'article en question précise que le règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre des activités d'un établissement sur le territoire de l'Union «*que le traitement ait lieu ou non dans l'Union*». C'est la présence, par l'intermédiaire d'un établissement, d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union et le fait qu'un traitement est effectué dans le cadre des activités de cet établissement qui déclenchent l'application du RGPD à ses activités de traitement. Par conséquent, le lieu du traitement n'est pas un facteur pertinent pour déterminer si le traitement, effectué dans le cadre des activités d'un établissement sur le territoire de l'Union, relève ou non du champ d'application du RGPD.

Exemple 4: Une société française a mis au point une application de covoiturage destinée exclusivement à des clients au Maroc, en Algérie et en Tunisie. Le service n'est disponible que dans ces trois pays, mais toutes les activités de traitement des données à caractère personnel sont effectuées par le responsable du traitement en France.

Alors que la collecte des données à caractère personnel a lieu dans des pays tiers, le traitement ultérieur de ces données dans le présent cas est effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement sur le territoire de l'Union. Par conséquent, même si le traitement concerne des données à caractère personnel de personnes concernées qui ne se trouvent pas sur le territoire de l'Union, les dispositions du RGPD s'appliquent au traitement effectué par la société française, conformément à l'article 3, paragraphe 1.

Exemple 5: Une société pharmaceutique dont le siège social est situé à Stockholm effectue toutes ses activités de traitement des données à caractère personnel relatives à ses données d'essais cliniques dans sa filiale basée à Singapour.

Dans le cas présent, alors que les activités de traitement ont lieu à Singapour, ce traitement est effectué dans le cadre des activités de la société pharmaceutique à Stockholm, c'est-à-dire d'un

responsable du traitement établi sur le territoire de l'Union. Par conséquent, les dispositions du RGPD s'appliquent à ce traitement, conformément à l'article 3, paragraphe 1.

Pour déterminer le champ d'application territorial du RGPD, l'emplacement géographique sera un aspect important en vertu de l'article 3, paragraphe 1, en ce qui concerne le lieu d'établissement:

- du responsable du traitement ou du sous-traitant lui-même (est-il établi à l'intérieur ou à l'extérieur de l'Union?);
- de la présence commerciale d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant d'un État tiers (possède-t-il un établissement sur le territoire de l'Union?).

L'emplacement géographique ne constitue toutefois pas un facteur important aux fins de l'article 3, paragraphe 1, en ce qui concerne le lieu où le traitement est effectué ou en ce qui concerne la localisation des personnes concernées.

Le libellé de l'article 3, paragraphe 1, ne limite pas l'application du RGPD au traitement des données à caractère personnel des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union. Par conséquent, le comité estime que tout traitement des données à caractère personnel dans le cadre des activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union relèverait du champ d'application du RGPD, indépendamment du lieu ou de la nationalité de la personne concernée dont les données à caractère personnel sont traitées. Cette approche est étayée par le considérant 14 du RGPD, qui dispose que *«[l]a protection conférée par le présent règlement devrait s'appliquer aux personnes physiques, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence, en ce qui concerne le traitement de leurs données à caractère personnel.»*

d) Application du critère d'établissement au responsable du traitement et au sous-traitant

En ce qui concerne les activités de traitement relevant du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, le comité estime que ces dispositions s'appliquent aux responsables du traitement et aux sous-traitants dont les activités de traitement sont effectuées dans le cadre des activités de leur établissement respectif sur le territoire de l'Union. Tout en reconnaissant que les exigences relatives à l'établissement de la relation entre un responsable du traitement et un sous-traitant¹⁷ ne varient pas en fonction de l'emplacement géographique de l'établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant, le comité estime que, lorsqu'il s'agit de cerner les différentes obligations découlant de l'applicabilité du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 1, le traitement par chaque entité doit être considéré séparément.

Le RGPD prévoit des dispositions ou obligations différentes et spécifiques qui s'appliquent aux responsables du traitement et aux sous-traitants et, à ce titre, si un responsable du traitement ou un sous-traitant est soumis au RGPD en application de l'article 3, paragraphe 1, les obligations correspondantes leur seraient applicables respectivement et séparément. Dans ce contexte, le comité estime notamment qu'un sous-traitant sur le territoire de l'Union ne devrait pas être considéré comme un établissement d'un responsable du traitement au sens de l'article 3, paragraphe 1, du seul fait de sa qualité de sous-traitant pour le compte d'un responsable du traitement.

¹⁷ Conformément à l'article 28, le comité rappelle que les activités de traitement effectuées par un sous-traitant pour le compte d'un responsable du traitement sont régies par un contrat ou un autre acte juridique du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, qui lie le sous-traitant à l'égard du responsable du traitement, et que ce dernier fait uniquement appel à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du RGPD et garantisse la protection des droits des personnes concernées.

L'existence d'une relation entre un responsable du traitement et un sous-traitant ne déclenche pas nécessairement l'application du RGPD aux deux entités, si l'une de ces deux entités n'est pas établie sur le territoire de l'Union.

Une organisation qui traite des données à caractère personnel pour le compte et sur instruction d'une autre organisation (la société cliente) agira en tant que sous-traitant pour la société cliente (le responsable du traitement). Lorsqu'un sous-traitant est établi sur le territoire de l'Union, il sera tenu de se conformer aux obligations qui incombent aux sous-traitants en vertu du RGPD. Si le responsable du traitement qui donne des instructions au sous-traitant est également situé sur le territoire de l'Union, il sera tenu de se conformer aux obligations qui incombent aux responsables du traitement en vertu du RGPD. L'activité de traitement qui, lorsqu'elle est effectuée par un responsable du traitement, relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 1, ne sera pas exclue du champ d'application du règlement simplement parce que le responsable du traitement charge un sous-traitant non établi sur le territoire de l'Union d'effectuer ce traitement pour son compte.

i) Traitement effectué par un responsable du traitement établi sur le territoire de l'Union qui donne des instructions à un sous-traitant non établi sur le territoire de l'Union

Lorsqu'un responsable du traitement soumis au RGPD choisit de faire appel à un sous-traitant situé en dehors de l'Union pour une activité de traitement donnée, il devra néanmoins s'assurer au moyen d'un contrat ou d'un autre acte juridique que le sous-traitant traite les données conformément aux dispositions du RGPD. L'article 28, paragraphe 3, dispose que le traitement par un sous-traitant est régi par un contrat ou un autre acte juridique. Par conséquent, le responsable du traitement devra veiller à établir avec le sous-traitant un contrat répondant à toutes les exigences énoncées à l'article 28, paragraphe 3. En outre, il est probable que, pour s'assurer qu'il s'est conformé aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 28, paragraphe 1 (à savoir faire uniquement appel à un sous-traitant qui présente des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du règlement et garantisse la protection des droits des personnes concernées), le responsable du traitement devra peut-être envisager d'imposer, par contrat, les obligations que le RGPD impose aux sous-traitants qui y sont soumis. En d'autres termes, le responsable du traitement devrait veiller à ce que le sous-traitant non soumis au RGPD respecte les obligations, régies par un contrat ou un autre acte juridique du droit de l'Union ou du droit d'un État membre, visées à l'article 28, paragraphe 3.

Par conséquent, le sous-traitant situé en dehors de l'Union sera indirectement soumis à certaines obligations imposées par les responsables du traitement soumis au RGPD en vertu des dispositions contractuelles visées à l'article 28. En outre, les dispositions du chapitre V du RGPD peuvent s'appliquer.

Exemple 6: Un institut de recherche finlandais mène des recherches sur le peuple sami. L'institut lance un projet qui ne concerne que le peuple sami en Russie. Pour ce projet, l'institut fait appel à un sous-traitant établi au Canada.

Le responsable du traitement finlandais a pour devoir de ne recourir qu'à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes quant à la mise en œuvre de mesures appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du RGPD et garantisse la protection des droits des personnes concernées. Le responsable du traitement finlandais doit conclure un contrat de sous-traitance avec le sous-traitant canadien, et les obligations incombant au sous-traitant seront précisées dans cet acte juridique.

ii) *Traitement dans le cadre des activités d'un établissement d'un sous-traitant sur le territoire l'Union*

Si la jurisprudence nous permet de bien comprendre l'effet du traitement effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'Union, l'effet du traitement effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union est moins clair.

Le comité souligne qu'il importe de considérer séparément l'établissement du responsable du traitement et celui du sous-traitant pour déterminer si chaque partie est elle-même «établie dans l'Union».

La première question est de savoir si le responsable du traitement a lui-même un établissement dans l'Union et si le traitement est effectué dans le cadre des activités de cet établissement. Dans l'hypothèse où le traitement n'est pas considéré comme effectué dans le cadre des activités de l'établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'Union, le responsable du traitement ne sera pas soumis aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du RGPD (bien qu'il puisse encore relever du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2). À moins que d'autres facteurs entrent en jeu, l'établissement du sous-traitant sur le territoire de l'Union ne sera pas considéré comme un établissement à l'égard du responsable du traitement.

Se pose alors la question distincte de savoir si le sous-traitant traite des données dans le cadre des activités de son établissement sur le territoire de l'Union. Dans l'affirmative, le sous-traitant sera soumis aux obligations qui lui incombent en vertu de l'article 3, paragraphe 1, du RGPD. Cela ne signifie cependant pas que le responsable du traitement d'un État tiers sera soumis aux obligations qui incombent aux responsables du traitement en vertu du RGPD. En d'autres termes, un responsable du traitement d'un État tiers (tel qu'il est décrit ci-dessus) ne sera pas soumis aux dispositions du RGPD simplement parce qu'il choisit de faire appel à un sous-traitant dans l'Union.

En donnant des instructions à un sous-traitant dans l'Union, le responsable du traitement non soumis aux dispositions du RGPD n'effectue pas de traitement «dans le cadre des activités du sous-traitant sur le territoire de l'Union». Le traitement est effectué dans le cadre des activités du responsable du traitement; le sous-traitant fournit simplement un service de traitement¹⁸ qui n'est pas «inextricablement lié» aux activités du responsable du traitement. Comme il a été mentionné plus haut, dans le cas d'un sous-traitant établi sur le territoire de l'Union et effectuant un traitement pour le compte d'un responsable du traitement établi en dehors de l'Union et non soumis aux dispositions du RGPD en application de l'article 3, paragraphe 2, le comité estime que les activités de traitement du responsable du traitement ne seraient pas considérées comme relevant du champ d'application territorial du RGPD du simple fait que ce traitement est effectué pour son compte par un sous-traitant établi sur le territoire de l'Union. Toutefois, même si le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'Union et n'est pas soumis aux dispositions du RGPD en application de l'article 3, paragraphe 2, le sous-traitant, en raison de son établissement sur le territoire de l'Union, sera soumis aux dispositions pertinentes du RGPD en application de l'article 3, paragraphe 1.

Exemple 7: Aux fins du traitement des données à caractère personnel relatives à ses clients, une entreprise mexicaine de vente au détail conclut un contrat avec un sous-traitant établi en Espagne.

¹⁸ L'offre d'un service de traitement dans ce contexte ne peut pas non plus être considérée comme une offre de service aux personnes concernées dans l'Union.

L'entreprise mexicaine offre et oriente ses services exclusivement vers le marché mexicain et son traitement concerne exclusivement les personnes concernées situées en dehors de l'Union.

Dans le cas présent, l'entreprise mexicaine ne cible pas les personnes situées sur le territoire de l'Union en leur offrant des biens ou des services. De même, elle ne suit pas le comportement des personnes sur le territoire de l'Union. Par conséquent, le traitement effectué par le responsable du traitement, qui est établi en dehors de l'Union, n'est pas soumis aux dispositions du RGPD en application de l'article 3, paragraphe 2.

Les dispositions du RGPD ne s'appliquent pas au responsable du traitement en vertu de l'article 3, paragraphe 1, car ce dernier ne traite pas des données à caractère personnel dans le cadre des activités d'un établissement sur le territoire de l'Union. Le sous-traitant est établi en Espagne et, par conséquent, son traitement relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 1. Il sera tenu de se conformer aux obligations qui lui incombent en vertu du règlement pour tout traitement effectué dans le cadre de ses activités.

Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant établi dans l'Union qui effectue un traitement pour le compte d'un responsable du traitement qui ne possède pas d'établissement sur le territoire de l'Union aux fins de l'activité de traitement et qui ne relève pas du champ d'application territorial du RGPD conformément à l'article 3, paragraphe 2, le sous-traitant est soumis aux dispositions pertinentes suivantes du RGPD directement applicables aux sous-traitants:

- les obligations imposées aux sous-traitants en vertu de l'article 28, paragraphes 2, 3, 4, 5 et 6, relatives à l'obligation de conclure un contrat de sous-traitance, à l'exception de celles relatives à la fourniture d'une assistance au responsable du traitement dans le respect des obligations qui incombent à ce dernier au titre du RGPD;
- le sous-traitant ou toute personne agissant sous l'autorité du responsable du traitement ou sous celle du sous-traitant, qui a accès à des données à caractère personnel, ne peut pas traiter ces données, excepté sur instruction du responsable du traitement, à moins d'y être obligé par le droit de l'Union ou le droit d'un État membre, conformément à l'article 29 et à l'article 32, paragraphe 4;
- le cas échéant, le sous-traitant tient un registre de toutes les catégories d'activités de traitement effectuées pour le compte du responsable du traitement, conformément à l'article 30, paragraphe 2;
- le cas échéant, le sous-traitant coopère avec l'autorité de contrôle, à la demande de celle-ci, dans l'exécution de ses missions, conformément à l'article 31;
- le sous-traitant met en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées afin de garantir un niveau de sécurité adapté au risque, conformément à l'article 32;
- le sous-traitant notifie au responsable du traitement toute violation de données à caractère personnel dans les meilleurs délais après en avoir pris connaissance, conformément à l'article 33;
- le cas échéant, le sous-traitant désigne un délégué à la protection des données, conformément aux articles 37 et 38;
- les dispositions relatives aux transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales, conformément au chapitre V.

En outre, étant donné que ce traitement serait effectué dans le cadre des activités d'un établissement d'un sous-traitant sur le territoire de l'Union, le comité rappelle que le sous-traitant devra veiller à ce que son traitement reste licite au regard des autres obligations découlant du droit de l'Union ou du droit d'un État membre. L'article 28, paragraphe 3, précise également que «*le sous-traitant informe immédiatement le responsable du traitement si, selon lui, une instruction constitue une violation du*

présent règlement ou d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres relatives à la protection des données».

Conformément aux positions adoptées précédemment par le groupe de travail «Article 29», le comité estime que le territoire de l'Union ne peut être utilisé comme un «paradis de données», par exemple lorsqu'une activité de traitement s'assortit de problèmes éthiques inadmissibles¹⁹, et que certaines obligations légales allant au-delà de l'application de la législation de l'Union en matière de protection des données, en particulier les règles européennes et nationales concernant l'ordre public, devront en tout cas être respectées par tout -sous-traitant du traitement établi dans l'Union, indépendamment de sa situation géographique. Cet aspect important tient également compte du fait qu'en appliquant la législation de l'Union, les dispositions résultant du RGPD et des législations nationales connexes sont soumises à la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne²⁰. Toutefois, cela n'impose pas d'obligations supplémentaires aux responsables du traitement établis en dehors de l'Union en ce qui concerne les traitements ne relevant pas du champ d'application territorial du RGPD.

2 APPLICATION DU CRITÈRE DE CIBLAGE (ARTICLE 3, PARAGRAPHE 2)

L'absence d'établissement sur le territoire de l'Union ne signifie pas nécessairement que les activités de traitement effectuées par un responsable du traitement ou un sous-traitant établi dans un pays tiers seront exclues du champ d'application du RGPD, étant donné que l'article 3, paragraphe 2, définit les circonstances dans lesquelles le RGPD s'applique à un responsable ou à un sous-traitant non établi sur le territoire de l'Union, en fonction de leurs activités de traitement.

Dans ce contexte, le comité confirme qu'en l'absence d'établissement sur le territoire de l'Union, un responsable du traitement ou un sous-traitant ne peut bénéficier du mécanisme de guichet unique prévu à l'article 56 du RGPD. En effet, le mécanisme de coopération et de cohérence prévu par le RGPD ne s'applique qu'aux responsables du traitement et aux sous-traitants qui possèdent au moins un établissement sur le territoire de l'Union²¹.

Si les présentes lignes directrices visent à clarifier le champ d'application territorial du RGPD, le comité tient également à souligner que les responsables du traitement et les sous-traitants devront également tenir compte d'autres textes applicables, tels que la législation sectorielle de l'Union ou des États membres et les législations nationales. En effet, plusieurs dispositions du RGPD permettent aux États membres d'appliquer des conditions supplémentaires et de définir un cadre spécifique en matière de protection des données au niveau national dans certains domaines ou en fonction de situations de traitement spécifiques. Par conséquent, les responsables du traitement et les sous-traitants doivent s'assurer qu'ils connaissent et respectent ces conditions et cadres législatifs supplémentaires qui peuvent varier d'un État membre à l'autre. De telles variations dans les dispositions relatives à la protection des données applicables dans chaque État membre sont particulièrement notables en ce qui concerne les dispositions de l'article 8 (qui prévoit que l'âge auquel les enfants peuvent donner un consentement valable pour le traitement de leurs données par des services de la société de l'information peut varier entre 13 et 16 ans), de l'article 9 (traitement portant sur des catégories particulières de données à caractère personnel), de l'article 23 (limitations) ou les dispositions contenues au chapitre IX du RGPD (liberté d'expression et d'information, accès du public aux

¹⁹ Avis 1/2010 du groupe de travail «Article 29» sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant» (WP 169), adopté le 16 février 2010 et en cours de révision par le comité.

²⁰ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2012/C 326/02).

²¹ Lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant la désignation d'une autorité de contrôle chef de file d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant (16/FR WP 244 rev.01), adoptées par le comité.

documents officiels, numéro d'identification national, cadre des relations de travail, traitement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, secret, églises et associations religieuses).

L'article 3, paragraphe 2, du RGPD dispose que «*[l]e présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées: a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.*»

L'application du «critère de ciblage» aux personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union, conformément à l'article 3, paragraphe 2, peut être déclenchée par des activités de traitement effectuées par un responsable du traitement ou un sous-traitant non établi dans l'Union qui concernent deux types d'activité distincts, à condition que ces activités de traitement portent sur des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union. Outre qu'il ne s'applique qu'au traitement effectué par un responsable du traitement ou un sous-traitant non établi dans l'Union, le critère de ciblage vise surtout ce sur quoi les «activités de traitement» «portent», un point qui doit être examiné au cas par cas.

Le comité souligne qu'un responsable du traitement ou un sous-traitant peut être soumis aux dispositions du RGPD pour certaines de ses activités de traitement, mais non pour d'autres. L'élément déterminant pour l'application territoriale du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 2, réside dans l'examen des activités de traitement en question.

Pour évaluer les conditions d'application du critère de ciblage, le comité recommande dès lors une approche en deux volets, afin de déterminer d'une part que le traitement concerne des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union, et d'autre part si le traitement est lié à l'offre de biens ou de services ou au suivi du comportement des personnes concernées dans l'Union.

a) Personnes concernées dans l'Union

Le libellé de l'article 3, paragraphe 2, fait mention des «*données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union*». Par conséquent, l'application du critère de ciblage n'est pas limitée par la citoyenneté, le lieu de résidence ou tout autre type de statut juridique de la personne concernée dont les données à caractère personnel sont traitées. Le considérant 14 confirme cette interprétation et précise que «*[l]a protection conférée par le présent règlement devrait s'appliquer aux personnes physiques, indépendamment de leur nationalité ou de leur lieu de résidence, en ce qui concerne le traitement de leurs données à caractère personnel*».

Cette disposition du RGPD reflète le droit primaire de l'Union qui prévoit également un large champ d'application pour la protection des données à caractère personnel, qui ne se limite pas aux citoyens de l'Union. En effet, l'article 8 de la charte des droits fondamentaux dispose que le droit à la protection des données à caractère personnel n'est pas limité, mais conféré à «toute personne»²².

Si la localisation de la personne concernée sur le territoire de l'Union constitue un facteur déterminant pour l'application du critère de ciblage visé à l'article 3, paragraphe 2, le comité estime que la

²² Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 8, paragraphe 1, «Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant».

nationalité ou le statut juridique d'une personne concernée qui se trouve sur le territoire de l'Union ne saurait limiter ou restreindre le champ d'application territorial du règlement.

L'exigence selon laquelle la personne concernée doit être située dans l'Union doit être évaluée au moment où l'activité déclenchante pertinente a lieu, c'est-à-dire au moment de l'offre de biens ou de services ou au moment où le comportement est contrôlé, quelle que soit la durée de l'offre faite ou du contrôle effectué.

En ce qui concerne les activités de traitement liées à l'offre de services, le comité estime toutefois que la disposition vise les activités qui ciblent intentionnellement, plutôt que par inadvertance ou incidemment, des personnes dans l'Union. Par conséquent, si le traitement est lié à un service qui n'est offert qu'à des personnes situées à l'extérieur de l'Union, mais que le service n'est pas retiré lorsque ces personnes entrent dans l'Union, le traitement correspondant ne sera pas soumis aux dispositions du RGPD. Dans le cas présent, le traitement n'est pas lié au ciblage intentionnel de personnes dans l'Union, mais au ciblage de personnes à l'extérieur de l'Union, qui se poursuivra qu'elles restent en dehors de l'Union ou qu'elles se rendent dans l'Union.

Exemple 8: Une société australienne offre un service en ligne d'actualités et de vidéos, basé sur les préférences et les intérêts des utilisateurs. Les utilisateurs peuvent recevoir des mises à jour quotidiennes ou hebdomadaires. Le service est offert exclusivement aux utilisateurs situés en Australie, qui doivent fournir un numéro de téléphone australien lors de leur inscription.

Un abonné australien du service se rend en vacances en Allemagne et continue à utiliser le service.

Même si l'abonné australien utilisera le service pendant son séjour dans l'Union, le service ne «cible» pas les personnes dans l'Union, mais uniquement les personnes en Australie, de sorte que le traitement des données à caractère personnel par la société australienne ne relève pas du champ d'application du RGPD.

Exemple 9: Une jeune entreprise établie aux États-Unis, sans aucune présence commerciale ni établissement sur le territoire de l'Union, a mis au point une application de cartographie urbaine destinée aux touristes. L'application traite des données à caractère personnel relatives à la localisation des clients qui utilisent l'application (les personnes concernées) dès que ceux-ci commencent à utiliser l'application dans la ville qu'ils visitent, afin d'offrir une publicité ciblée de lieux à visiter, restaurants, bars et hôtels. L'application est disponible pour les touristes pendant qu'ils visitent New York, San Francisco, Toronto, Paris et Rome.

Au moyen de son application de cartographie urbaine, la jeune entreprise américaine cible spécifiquement des personnes dans l'Union (à savoir à Paris et à Rome) en leur offrant ses services lorsqu'ils se trouvent sur le territoire de l'Union. Le traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union dans le cadre de l'offre du service relève du champ d'application du RGPD, conformément à l'article 3, paragraphe 2, point a). En outre, le traitement des données relatives à la localisation des personnes concernées visant à offrir une publicité ciblée en fonction de leur localisation est également lié au suivi du comportement de ces personnes dans l'Union. Par conséquent, le traitement effectué par la jeune entreprise américaine entre également dans le champ d'application du RGPD, conformément à l'article 3, paragraphe 2, point b).

Le comité tient également à souligner que le seul fait de traiter les données à caractère personnel d'une personne qui se trouve sur le territoire de l'Union ne suffit pas à déclencher l'application du RGPD aux activités de traitement d'un responsable du traitement ou sous-traitant non établi dans l'Union. L'élément de «ciblage» des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union, que ce soit en leur offrant des biens ou des services ou en suivant leur comportement (comme précisé ci-après), doit toujours être présent en sus.

Exemple 10: Un citoyen des États-Unis voyage à travers l'Europe pendant ses vacances. Pendant son séjour en Europe, il télécharge et utilise une application d'actualités offerte par une entreprise des États-Unis. L'application s'adresse exclusivement au marché des États-Unis, comme en témoignent clairement les conditions d'utilisation de l'application et l'indication que le dollar américain est la seule devise disponible pour le paiement. La collecte par ladite société des données à caractère personnel relatives à ce touriste, par l'intermédiaire de l'application, n'est pas soumise aux dispositions du RGPD.

En outre, il convient de noter que le traitement des données à caractère personnel relatives à des citoyens ou à des résidents de l'Union qui a lieu dans un pays tiers ne déclenche pas l'application du RGPD, pour autant que ce traitement ne soit pas lié à une offre spécifique destinée à des personnes dans l'Union ou à un suivi de leur comportement dans l'Union.

Exemple 11: Une banque établie à Taïwan compte des clients de nationalité allemande qui résident à Taïwan. La banque n'est active qu'à Taïwan; ses activités ne s'adressent pas au marché de l'Union. Le traitement par la banque des données à caractère personnel de ses clients allemands n'est pas soumis aux dispositions du RGPD.

Exemple 12: Les autorités canadiennes de l'immigration traitent les données à caractère personnel des citoyens de l'Union lorsqu'ils entrent sur le territoire canadien afin d'examiner leurs demandes de visa. Ce traitement n'est pas soumis aux dispositions du RGPD.

b) Offre de biens ou de services aux personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes

La première activité qui déclenche l'application de l'article 3, paragraphe 2, est l'«offre de biens ou de services», une notion qui a été traitée plus avant dans le droit et la jurisprudence de l'Union, et dont il convient de tenir compte dans l'application du critère de ciblage. L'offre de services comprend également l'offre de services de la société de l'information, définie à l'article 1^{er}, paragraphe 1, point b), de la directive (UE) 2015/1535²³ comme «*tout service de la société de l'information, c'est-à-dire tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services*».

L'article 3, paragraphe 2, point a), précise que le critère de ciblage concernant l'offre de biens ou de services s'applique, qu'un paiement soit exigé ou non de la personne concernée. Par conséquent, la question de savoir si l'activité d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant non établi dans l'Union doit être considérée comme une offre d'un bien ou d'un service ne dépend pas du fait que le paiement soit effectué en échange du bien ou du service fourni²⁴.

²³ Directive (UE) 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information.

²⁴ Voir, en particulier, les arrêts de la CJUE du 26 avril 1988, *Bond van Adverteerders e. a./État néerlandais*, 352/85, point 16, et du 7 décembre 1993, *Wirth* [1993] Racc, C-109/92. I-06447, point 15.

Exemple 13: Une société des États-Unis, qui ne possède aucun établissement dans l'Union, traite les données à caractère personnel de ses employés qui étaient temporairement en voyage d'affaires en France, en Belgique et aux Pays-Bas à des fins de ressources humaines, notamment en vue de procéder au remboursement de leurs frais de logement et au paiement de leurs indemnités journalières, qui varient en fonction du pays où ils se trouvent.

Dans le présent cas, bien que l'activité de traitement soit spécifiquement liée à des personnes qui se trouvent sur le territoire de l'Union (c'est-à-dire des employés qui se trouvent temporairement en France, en Belgique et aux Pays-Bas), elle n'est pas liée à une offre de service à ces personnes, mais fait plutôt partie du traitement nécessaire pour que l'employeur puisse remplir ses obligations contractuelles et ses obligations en matière de gestion des ressources humaines liées à leur emploi. L'activité de traitement n'est pas liée à une offre de service. Par conséquent, elle n'est pas soumise aux dispositions du RGPD en application de l'article 3, paragraphe 2, point a).

Un autre élément clé à évaluer afin de déterminer si le critère de ciblage visé à l'article 3, paragraphe 2, point a), peut être rempli est de savoir si l'offre de biens ou de services vise une personne dans l'Union ou, en d'autres termes, si le comportement du responsable du traitement, qui détermine les moyens et objectifs du traitement, démontre son intention d'offrir des biens ou des services à une personne située sur le territoire de l'Union. Le considérant 23 du RGPD précise en effet qu'«[a]fin de déterminer si un tel responsable du traitement ou sous-traitant offre des biens ou des services à des personnes concernées qui se trouvent dans l'Union, il y a lieu d'établir s'il est clair que le responsable du traitement ou le sous-traitant envisage d'offrir des services à des personnes concernées dans un ou plusieurs États membres de l'Union».

Le considérant précise en outre qu'«[a]lors que la simple accessibilité du site internet du responsable du traitement, d'un sous-traitant ou d'un intermédiaire dans l'Union, d'une adresse électronique ou d'autres coordonnées, ou l'utilisation d'une langue généralement utilisée dans le pays tiers où le responsable du traitement est établi ne suffit pas pour établir cette intention, des facteurs tels que l'utilisation d'une langue ou d'une monnaie d'usage courant dans un ou plusieurs États membres, avec la possibilité de commander des biens et des services dans cette autre langue ou la mention de clients ou d'utilisateurs qui se trouvent dans l'Union, peuvent indiquer clairement que le responsable du traitement envisage d'offrir des biens ou des services à des personnes concernées dans l'Union».

Les éléments énumérés au considérant 23 font écho et sont conformes à la jurisprudence de la CJUE fondée sur le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale²⁵, et notamment son article 15, paragraphe 1, point c). Dans les affaires *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co* et *Hotel Alpenhof/Heller* (affaires jointes C-585/08 et C-144/09), la Cour a été invitée à clarifier ce que signifie «activité dirigée» au sens de l'article 15, paragraphe 1, point c), du règlement (CE) n° 44/2001 (*Bruxelles I*). La CJUE a estimé que, pour déterminer si un commerçant peut être considéré comme «dirigeant» son activité vers l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile, au sens de l'article 15, paragraphe 1, point c), du règlement (CE) n° 44/2001, le commerçant doit avoir manifesté sa volonté d'établir des relations commerciales avec ces consommateurs. Dans ce contexte, la CJUE a examiné des indices permettant de démontrer que le commerçant envisageait de commercer avec des consommateurs domiciliés dans d'autres États membres.

²⁵ Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

Si la notion de «direction d'une activité» diffère de celle d'«offre de biens ou de services», le comité estime que la jurisprudence dans les affaires *Pammer/Reederei Karl Schlüter GmbH & Co et Hotel Alpenhof/Heller (affaires jointes C-585/08 et C-144/09)*²⁶ pourrait être utile pour déterminer si des biens ou des services sont offerts à une personne concernée dans l'Union. Compte tenu des faits spécifiques de l'affaire, les facteurs suivants pourraient donc, entre autres, être pris en considération, éventuellement combinés les uns avec les autres:

- L'Union ou au moins un État membre est désigné par son nom en référence au bien ou au service offert;
- le responsable du traitement ou le sous-traitant paie un opérateur de moteur de recherche pour un service de référencement sur l'internet afin de faciliter l'accès des consommateurs de l'Union à son site; ou le responsable du traitement ou le sous-traitant a lancé des campagnes de commercialisation et de publicité destinées au public d'un État membre de l'Union;
- la nature internationale de l'activité en cause, telle que certaines activités touristiques;
- la mention d'adresses ou de numéros de téléphone spécifiques à joindre à partir d'un pays de l'Union;
- l'utilisation d'un nom de domaine de premier niveau autre que celui du pays tiers dans lequel le responsable du traitement ou le sous-traitant est établi, par exemple «.de», ou l'utilisation de noms de domaine de premier niveau neutres tels que «.eu»;
- la description d'itinéraires à partir d'un ou de plusieurs autres États membres vers le lieu de la prestation de service;
- la mention d'une clientèle internationale composée de clients domiciliés dans différents États membres de l'Union, notamment par la présentation de témoignages de tels clients;
- l'utilisation d'une autre langue ou d'une autre monnaie que celles habituellement utilisées dans le pays du commerçant, en particulier une langue ou une monnaie d'un ou plusieurs États membres de l'Union;
- le responsable du traitement des données propose la fourniture des biens dans les États membres de l'Union.

Comme il a déjà été mentionné, plusieurs des éléments susmentionnés, s'ils sont pris isolément, peuvent ne pas constituer une indication claire de la volonté d'un responsable du traitement d'offrir des biens ou des services aux personnes concernées dans l'Union. Par contre, chacun d'eux devrait être pris en considération dans toute analyse *in concreto* afin de déterminer si la combinaison des facteurs relatifs aux activités commerciales du responsable du traitement peut être considérée conjointement comme une offre de biens ou services destinés aux personnes concernées dans l'Union.

Il convient toutefois de rappeler que le considérant 23 confirme que la simple accessibilité du site internet du responsable du traitement, d'un sous-traitant ou d'un intermédiaire dans l'Union, la mention sur le site internet de son adresse électronique ou géographique, ou de son numéro de téléphone sans code international, ne constitue pas en soi une preuve suffisante pour démontrer la volonté du responsable du traitement ou du sous-traitant d'offrir des biens ou un service à une personne concernée qui se trouve sur le territoire de l'Union. Dans ce contexte, le comité rappelle que lorsque des biens ou des services sont fournis par inadvertance ou incidemment à une personne sur le

²⁶ Il est d'autant plus pertinent qu'en vertu de l'article 6 du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), à défaut de choix de la loi applicable, ce critère de «direction d'une activité» vers le pays de la résidence habituelle du consommateur est pris en considération pour déterminer la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle comme la loi applicable au contrat.

territoire de l'Union, le traitement connexe des données à caractère personnel ne relèverait pas du champ d'application territorial du RGPD.

Exemple 14: Un site internet, basé et géré en Turquie, offre des services de création, d'édition, d'impression et d'expédition d'albums de photos de famille personnalisés. Le site internet est disponible en anglais, en français, en néerlandais et en allemand et les paiements peuvent être effectués en euros. Le site indique que les albums de photos ne peuvent être livrés que par la poste en France, au Benelux et en Allemagne.

Dans le cas présent, il est clair que la création, l'édition et l'impression d'albums de photos de famille personnalisés constituent un service au sens du droit de l'Union. Le fait que le site internet soit disponible dans quatre langues de l'Union et que les albums de photos puissent être livrés par la poste dans six États membres de l'Union montre l'intention du site internet turc d'offrir ses services aux particuliers dans l'Union.

Par conséquent, il est clair que le traitement effectué par le site internet turc, en tant que responsable du traitement, est lié à l'offre d'un service aux personnes concernées dans l'Union et est soumis aux obligations et dispositions du RGPD, en vertu de son article 3, paragraphe 2, point a).

En application de l'article 27, le responsable du traitement devra désigner un représentant dans l'Union.

Exemple 15: Une société privée basée à Monaco traite les données à caractère personnel de ses employés à des fins de paiement des salaires. Un grand nombre de ses employés sont des résidents français et italiens.

Dans le cas présent, bien que le traitement effectué par la société porte sur des personnes concernées en France et en Italie, il ne s'inscrit pas dans le cadre d'une offre de biens ou de services. En effet, la gestion des ressources humaines, y compris le paiement des salaires par une société d'un pays tiers, ne peut être considérée comme une offre de service au sens de l'article 3, paragraphe 2, point a). Le traitement en question n'est pas lié à l'offre de biens ou de services aux personnes concernées dans l'Union (ni au suivi de leur comportement). Par conséquent, il n'est pas soumis aux dispositions du RGPD, conformément à l'article 3.

Cette évaluation est sans préjudice du droit applicable du pays tiers concerné.

Exemple 16: Une université suisse de Zurich lance son processus de sélection des candidats à un master, en leur mettant à disposition une plateforme en ligne sur laquelle ils peuvent télécharger leur curriculum vitae et leur lettre de motivation, ainsi que leurs coordonnées. Le processus de sélection est ouvert à tout étudiant possédant un niveau suffisant d'allemand et d'anglais et titulaire d'un diplôme de licence. L'université ne fait pas la promotion de ses masters auprès des étudiants des universités de l'Union et n'accepte que les paiements en francs suisses.

Comme il n'existe pas de distinction ni de spécification pour les étudiants de l'Union dans le processus de candidature et de sélection pour un master, il ne peut être établi que l'université suisse entend cibler les étudiants d'un État membre de l'Union en particulier. Un niveau suffisant d'allemand et d'anglais est une exigence générale qui s'applique à tout candidat, qu'il soit résident suisse, ressortissant de l'Union ou étudiant d'un pays tiers. Par conséquent, en l'absence d'autres facteurs indiquant le ciblage spécifique des étudiants dans les États membres de l'Union, il ne peut pas être établi que le traitement en question est lié à l'offre d'un service éducatif aux personnes concernées dans l'Union. Ce traitement ne sera donc pas soumis aux dispositions du RGPD.

L'université suisse propose également des cours d'été en relations internationales et fait la promotion de cette offre dans les universités allemandes et autrichiennes afin de maximiser la fréquentation des cours. Dans ce cas, l'université suisse entend clairement offrir ce service aux personnes concernées qui se trouvent dans l'Union. Par conséquent, le RGPD s'appliquera aux activités de traitement correspondantes.

c) Suivi du comportement des personnes concernées

Le deuxième type d'activité qui déclenche l'application de l'article 3, paragraphe 2, est le suivi du comportement des personnes concernées, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.

Le considérant 24 précise que «*[l]e traitement de données à caractère personnel de personnes concernées qui se trouvent dans l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union devrait également être soumis au présent règlement lorsque ledit traitement est lié au suivi du comportement de ces personnes dans la mesure où il s'agit de leur comportement au sein de l'Union*».

Pour que l'article 3, paragraphe 2, point b), déclenche l'application du RGPD, le comportement suivi doit d'abord concerner une personne concernée dans l'Union et, comme critère cumulatif, le comportement suivi doit avoir lieu sur le territoire de l'Union.

La nature de l'activité de traitement qui peut être considérée comme un suivi du comportement est précisée au considérant 24, qui indique qu'«*[a]fin de déterminer si une activité de traitement peut être considérée comme un suivi du comportement des personnes concernées, il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur l'internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit*». Alors que le considérant 24 porte exclusivement sur le suivi d'un comportement au moyen du pistage d'une personne sur l'internet, le comité estime que le pistage par d'autres types de réseaux ou de technologies impliquant un traitement des données à caractère personnel devrait également être pris en considération pour déterminer si une activité de traitement constitue le suivi d'un comportement, par exemple au moyen de dispositifs portables ou d'autres dispositifs intelligents.

Contrairement à l'article 3, paragraphe 2, point a), ni l'article 3, paragraphe 2, point b), ni le considérant 24 n'introduisent expressément un degré nécessaire d'«intention de cibler» de la part du responsable du traitement ou du sous-traitant afin de déterminer si l'activité de suivi déclencherait l'application du RGPD aux activités de traitement. L'utilisation du terme «suivi» implique que le responsable du traitement poursuit un objectif spécifique en vue de la collecte et de la réutilisation ultérieure des données pertinentes relatives au comportement d'une personne au sein de l'Union. Le comité n'estime pas que la collecte ou l'analyse en ligne de données à caractère personnel relatives à des personnes dans l'Union serait automatiquement considérée comme un «suivi». Il sera nécessaire de tenir compte de la finalité du traitement des données par le responsable du traitement et, en particulier, de toute analyse comportementale ou technique de profilage ultérieure impliquant ces données. Le comité tient compte du libellé du considérant 24, qui indique que pour déterminer si le traitement implique le suivi du comportement d'une personne concernée, le suivi des personnes physiques sur l'internet, y compris l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de profilage, constitue un facteur important.

Par conséquent, l'application de l'article 3, paragraphe 2, point b), lorsqu'un responsable du traitement ou un sous-traitant suit le comportement des personnes concernées qui se trouvent dans l'Union, pourrait englober un large éventail d'activités de suivi, en particulier:

- la publicité comportementale;
- les activités de géolocalisation, en particulier à des fins de commercialisation;
- le suivi en ligne grâce à l'utilisation de cookies ou d'autres techniques de suivi telles que la prise d'empreintes digitales;
- les services personnalisés d'analyse de l'alimentation et de la santé en ligne;
- la télévision en circuit fermé;
- les études de marché et autres études comportementales basées sur des profils individuels;
- la surveillance de l'état de santé d'une personne ou l'établissement de rapports réguliers connexes.

Exemple 17: Une société de conseil en commerce de détail établie aux États-Unis fournit des conseils sur l'aménagement d'un centre commercial en France, sur la base d'une analyse des mouvements des clients dans l'ensemble du centre, recueillis grâce au suivi Wi-Fi.

L'analyse des mouvements d'un client à l'intérieur du centre grâce au suivi Wi-Fi équivalra au suivi du comportement des personnes. Dans le cas présent, le comportement des personnes concernées a lieu dans l'Union puisque le centre commercial est situé en France. Par conséquent, la société de conseil, en tant que responsable du traitement, est soumise au RGPD en ce qui concerne le traitement de ces données à cette fin, en application de l'article 3, paragraphe 2, point b).

En application de l'article 27, le responsable du traitement devra désigner un représentant dans l'Union.

Exemple 18: Un développeur d'applications établi au Canada, qui ne dispose d'aucun établissement dans l'Union, suit le comportement des personnes concernées dans l'Union et est par conséquent soumis au GDPR, conformément à l'article 3, paragraphe 2, point b). Le développeur fait appel à un sous-traitant établi aux États-Unis pour l'optimisation et la maintenance des applications.

En ce qui concerne ce traitement, le responsable du traitement canadien a l'obligation de ne faire appel qu'à des sous-traitants appropriés et de veiller à ce que ses obligations découlant du RGPD apparaissent dans le contrat ou l'acte juridique régissant la relation avec son sous-traitant aux États-Unis, conformément à l'article 28.

d) Sous-traitant non établi dans l'Union

Les activités de traitement qui sont «liées» à l'activité de ciblage qui a déclenché l'application de l'article 3, paragraphe 2, relèvent du champ d'application territorial du RGPD. Le comité estime qu'il doit exister un lien entre l'activité de traitement et l'offre de biens ou de services, mais que tant le traitement effectué par un responsable du traitement que celui effectué par un sous-traitant sont importants et doivent être pris en considération.

Lorsqu'il s'agit d'un sous-traitant non établi dans l'Union, afin de déterminer si son traitement peut être soumis au RGPD en application de l'article 3, paragraphe 2, il est nécessaire de vérifier si les activités de traitement du sous-traitant «sont liées» aux activités de ciblage du responsable du traitement.

Le comité estime que, lorsque les activités de traitement d'un responsable du traitement sont liées à l'offre de biens ou de services ou au suivi du comportement des personnes dans l'Union («ciblage»), tout sous-traitant chargé d'effectuer cette activité de traitement pour le compte du responsable du traitement relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 2, en ce qui concerne ce traitement.

Le caractère de «ciblage» d'une activité de traitement est lié aux finalités et moyens de celle-ci; la décision de cibler des personnes dans l'Union ne peut être prise que par une entité agissant en tant que responsable du traitement. Une telle interprétation n'exclut pas la possibilité que le sous-traitant puisse participer activement aux activités de traitement liées à la réalisation des critères de ciblage (c'est-à-dire que le sous-traitant offre des biens ou des services ou qu'il effectue un suivi pour le compte et sur instruction du responsable du traitement).

Par conséquent, le comité estime que l'accent devrait être mis sur le lien entre les activités de traitement effectuées par le sous-traitant et l'activité de ciblage menée par un responsable du traitement.

Exemple 19: Une société brésilienne vend des ingrédients alimentaires et des recettes locales en ligne, mettant cette offre de biens à la disposition des personnes dans l'Union, en faisant la publicité de ces produits et en offrant la livraison en France, en Espagne et au Portugal. Dans ce contexte, la société charge un sous-traitant également établi au Brésil de proposer des offres spéciales pour ses clients en France, en Espagne et au Portugal sur la base de leurs commandes précédentes et d'effectuer le traitement des données connexes.

Les activités de traitement effectuées par le sous-traitant, sur instruction du responsable du traitement, sont liées à l'offre de biens aux personnes concernées dans l'Union. En outre, en proposant ces offres personnalisées, le responsable du traitement des données suit directement les personnes concernées dans l'Union. Par conséquent, le traitement effectué par le sous-traitant est soumis au RGPD, en application de l'article 3, paragraphe 2.

Exemple 20: Une société des États-Unis a mis au point une application «santé et mode de vie» qui permet aux utilisateurs d'enregistrer auprès de ladite société leurs indicateurs personnels (temps de sommeil, poids, tension artérielle, rythme cardiaque, etc.). L'application fournit ensuite aux utilisateurs des recommandations quotidiennes en matière d'alimentation et de sport. Le traitement est effectué par le responsable du traitement aux États-Unis. L'application est mise à la disposition des personnes dans l'Union et est utilisée par celles-ci. Aux fins du stockage des données, la société fait appel à un sous-traitant établi aux États-Unis (fournisseur de services en nuage).

Dans la mesure où la société des États-Unis suit le comportement des personnes dans l'Union, grâce à l'application «santé et mode de vie», elle «ciblera» les personnes dans l'Union, et son traitement des données à caractère personnel de ces personnes relèvera de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD.

En effectuant le traitement sur instruction et pour le compte de la société, la société des États-Unis, le fournisseur de services nuagiques/le sous-traitant effectue une activité de traitement «relative» au ciblage de personnes dans l'Union par son responsable du traitement. Cette activité de traitement effectuée par le sous-traitant pour le compte de son responsable du traitement relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 2.

Exemple 21: Une société turque propose des voyages culturels à forfait au Moyen-Orient en mettant à disposition des guides parlant anglais, français et espagnol. Les voyages à forfait sont notamment annoncés et proposés sur un site internet disponible dans les trois langues, permettant la réservation

et le paiement en ligne en euros et en livres sterling. À des fins de commercialisation et de prospection commerciale, la société charge un sous-traitant, un centre d'appels, établi en Tunisie, de contacter d'anciens clients en Irlande, en France, en Belgique et en Espagne afin d'obtenir un avis sur leurs voyages précédents et de les informer des nouvelles offres et destinations.

Le responsable du traitement effectue un «ciblage» en offrant ses services à des personnes dans l'Union et son traitement relèvera du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2.

Les activités de traitement du sous-traitant tunisien, qui fait la promotion des services du responsable du traitement auprès de personnes dans l'Union, sont également liées à l'offre de services du responsable du traitement et relèvent par conséquent du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2. En outre, dans ce cas particulier, le sous-traitant tunisien participe activement aux activités de traitement liées à la réalisation des critères de ciblage, en offrant des services pour le compte et sur instruction du responsable du traitement turc.

e) Interaction avec d'autres dispositions du RGPD et d'autres législations

Le comité évaluera également plus en détail l'interaction entre l'application du champ d'application territorial du RGPD énoncé à l'article 3 et les dispositions relatives aux transferts internationaux de données énoncées au chapitre V. Des lignes directrices supplémentaires pourraient être publiées à cet égard, le cas échéant.

Les responsables du traitement ou les sous-traitants non établis sur le territoire de l'Union seront tenus de se conformer à la législation nationale de leur propre pays tiers en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel. Toutefois, lorsque ce traitement concerne le ciblage de personnes dans l'Union en vertu de l'article 3, paragraphe 2, en plus d'être soumis à la législation nationale de son pays, le responsable du traitement sera également tenu de se conformer au RGPD. Cela serait le cas, que le traitement soit effectué ou non conformément à une obligation légale dans le pays tiers ou simplement par choix du responsable du traitement.

3 TRAITEMENT DANS UN LIEU OÙ LE DROIT D'UN ÉTAT MEMBRE S'APPLIQUE EN VERTU DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC

L'article 3, paragraphe 3, dispose que «[l]e présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union, mais dans un lieu où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public». Cette disposition est explicitée au considérant 25 qui énonce que «[l]orsque le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public, le présent règlement devrait s'appliquer également à un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union, par exemple qui se trouve auprès de la représentation diplomatique ou consulaire d'un État membre».

Par conséquent, le comité estime que le RGPD s'applique au traitement de données à caractère personnel effectué par les ambassades et consulats des États membres de l'Union situés en dehors de l'Union, puisque ce traitement relève du champ d'application du RGPD en vertu de l'article 3, paragraphe 3. La représentation diplomatique ou consulaire d'un État membre, en tant que responsable du traitement ou sous-traitant, serait alors soumise à toutes les dispositions pertinentes du RGPD, y compris en ce qui concerne les droits de la personne concernée, les obligations générales relatives au responsable du traitement et au sous-traitant et les transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers ou à des organisations internationales.

Exemple 22: Le consulat des Pays-Bas à Kingston, en Jamaïque, ouvre un processus de candidature en ligne pour le recrutement de personnel local afin de soutenir son administration.

Bien que ce consulat ne soit pas établi dans l'Union, le fait qu'il s'agisse d'une représentation consulaire d'un pays de l'Union où le droit d'un État membre s'applique en vertu du droit international public rend le RGPD applicable au traitement des données à caractère personnel, conformément à l'article 3, paragraphe 3.

Exemple 23: Un paquebot de croisière allemand voyageant dans les eaux internationales traite les données des clients à bord dans le but d'adapter l'offre de divertissement en croisière.

Bien que le paquebot navigue en dehors de l'Union, dans les eaux internationales, le fait qu'il batte pavillon allemand signifie qu'en vertu du droit international public, le RGPD est applicable à son traitement des données à caractère personnel, conformément à l'article 3, paragraphe 3.

Bien qu'elle ne soit pas liée à l'application de l'article 3, paragraphe 3, une situation différente est celle dans laquelle, en vertu du droit international, certaines entités, certains organismes ou certaines organisations établis dans l'Union bénéficient de privilèges et d'immunités tels que ceux prévus par la convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961²⁷, la convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 ou les accords de siège conclus entre des organisations internationales et les pays hôtes dans l'Union. À cet égard, le comité rappelle que l'application du RGPD est sans préjudice des dispositions du droit international, telles que celles régissant les privilèges et immunités des missions diplomatiques et représentations consulaires de pays tiers, ainsi que des organisations internationales. Parallèlement, il importe de rappeler que tout responsable du traitement ou sous-traitant qui relève du champ d'application du RGPD pour une activité de traitement donnée et qui échange des données à caractère personnel avec ces entités, organismes et organisations doit se conformer au RGPD, y compris, le cas échéant, à ses règles relatives aux transferts vers des pays tiers ou à des organisations internationales.

4 REPRÉSENTANT DES RESPONSABLES DU TRAITEMENT OU DES SOUS-TRAITANTS QUI NE SONT PAS ÉTABLIS DANS L'UNION

Les responsables du traitement ou les sous-traitants soumis au RGPD en application de son article 3, paragraphe 2, sont tenus de désigner un représentant dans l'Union. Par conséquent, un responsable du traitement ou un sous-traitant non établi dans l'Union, mais soumis au RGPD, qui ne désignerait pas de représentant dans l'Union, violerait le règlement.

Cette disposition n'est pas entièrement nouvelle puisque la directive 95/46/CE prévoyait déjà une obligation similaire. En vertu de la directive, cette disposition concernait les responsables du traitement non établis sur le territoire de la Communauté qui, aux fins du traitement de données à caractère personnel, recouraient à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire d'un État membre. Le RGPD impose l'obligation de désigner un représentant dans l'Union à tout responsable du traitement ou sous-traitant relevant du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, sauf s'il remplit les critères d'exemption visés à l'article 27, paragraphe 2. Afin de faciliter l'application de cette disposition spécifique, le comité juge nécessaire de fournir des lignes directrices supplémentaires sur le processus de désignation, les obligations d'établissement et les responsabilités du représentant dans l'Union conformément à l'article 27.

²⁷ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/french/conventions/9_1_1961.pdf

Il convient de noter qu'un responsable du traitement ou un sous-traitant non établi dans l'Union qui a désigné par écrit un représentant dans l'Union, conformément à l'article 27 du RGPD, ne relève pas du champ d'application de l'article 3, paragraphe 1, ce qui signifie que la présence du représentant dans l'Union ne constitue pas un «établissement» d'un responsable du traitement ou sous-traitant en application de l'article 3, paragraphe 1.

a) Désignation d'un représentant

Le considérant 80 précise que «[l]e représentant devrait être expressément désigné par un mandat écrit du responsable du traitement ou du sous-traitant pour agir en son nom en ce qui concerne les obligations qui lui incombent en vertu du présent règlement. La désignation de ce représentant ne porte pas atteinte aux responsabilités du responsable du traitement ou du sous-traitant au titre du présent règlement. Ce représentant devrait accomplir ses tâches conformément au mandat reçu du responsable du traitement ou du sous-traitant, y compris coopérer avec les autorités de contrôle compétentes en ce qui concerne toute action entreprise pour assurer le respect du présent règlement».

Par conséquent, le mandat écrit visé au considérant 80 régit les relations et les obligations entre le représentant dans l'Union et le responsable du traitement ou le sous-traitant établi en dehors de l'Union tout en ne portant pas atteinte aux responsabilités de ces deux derniers. Le représentant dans l'Union peut être une personne physique ou morale établie dans l'Union en mesure de représenter un responsable du traitement ou un sous-traitant établi en dehors de l'Union en ce qui concerne les obligations qui leur incombent respectivement au titre du RGPD.

Dans la pratique, la fonction de représentant dans l'Union peut être exercée sur la base d'un contrat de service conclu avec une personne ou une organisation, et peut dès lors être assumée par un large éventail d'entités commerciales et non commerciales, telles que des cabinets d'avocats, des cabinets de conseil, des sociétés privées, etc., à condition que ces entités soient établies dans l'Union. Un représentant peut également agir au nom de plusieurs responsables du traitement et sous-traitants de pays tiers.

Lorsque la fonction de représentant est assumée par une société ou tout autre type d'organisation, il est recommandé qu'une seule personne soit désignée comme contact principal et «responsable» pour chaque responsable du traitement ou sous-traitant représenté. D'une manière générale, il serait utile de préciser ces points dans le contrat de service.

Conformément au RGPD, le comité confirme que, lorsque plusieurs activités de traitement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant relèvent du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD (et qu'aucune des exceptions de l'article 27, paragraphe 2, du RGPD ne s'applique), le responsable du traitement ou le sous-traitant n'est pas tenu de désigner plusieurs représentants pour chaque activité distincte relevant de l'article 3, paragraphe 2. De même, le comité ne considère pas que la fonction de représentant dans l'Union soit compatible avec le rôle d'un délégué à la protection des données (ci-après le «DPD») externe qui serait établi dans l'Union. L'article 38, paragraphe 3, établit certaines garanties de base pour aider à faire en sorte que les DPD soient en mesure d'accomplir leurs tâches avec un degré suffisant d'autonomie au sein de leur organisation. En particulier, les responsables du traitement ou les sous-traitants sont tenus de veiller à ce que le DPD «ne reçoive aucune instruction en ce qui concerne l'exercice des missions». Le considérant 97 ajoute que les DPD, «qu'ils soient ou non des employés du responsable du traitement, devraient être en mesure d'exercer leurs fonctions et missions en toute indépendance»²⁸. Cette

²⁸ Lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant les délégués à la protection des données (DPD), WP 243 rev.01, adoptées par le comité.

exigence d'un degré suffisant d'autonomie et d'indépendance du délégué à la protection des données ne semble pas compatible avec la fonction de représentant dans l'Union. Le représentant est en effet soumis à un mandat d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant et agira en son nom et, partant, sous sa direction directe²⁹. Le représentant est mandaté par le responsable du traitement ou le sous-traitant qu'il représente et agit par conséquent en son nom dans l'exercice de sa mission. Ce rôle ne peut être compatible avec l'exercice indépendant des fonctions et des tâches du délégué à la protection des données.

En outre, et en complément à son interprétation, le comité rappelle la position déjà prise par le groupe de travail «Article 29» qui souligne qu'«il peut également y avoir conflit d'intérêts, par exemple, si un DPD externe est appelé à représenter le responsable du traitement ou le sous-traitant devant les tribunaux dans des affaires ayant trait à des questions liées à la protection des données»³⁰.

De même, étant donné la possibilité d'un conflit d'obligations et d'intérêts en cas de procédures coercitives, le comité ne considère pas la fonction d'un représentant du responsable du traitement dans l'Union comme compatible avec le rôle de sous-traitant de ce même responsable du traitement, en particulier en ce qui concerne le respect de leurs responsabilités respectives et le respect du règlement.

Bien que le RGPD n'impose aucune obligation au responsable du traitement ou au représentant lui-même de notifier la désignation de ce dernier à une autorité de contrôle, le comité rappelle que, conformément à l'article 13, paragraphe 1, point a), et à l'article 14, paragraphe 1, point a), les responsables du traitement fournissent, dans le cadre de leurs obligations d'information, des informations sur l'identité de leur représentant dans l'Union. Ces informations sont, par exemple, incluses dans les [avis de confidentialité et] informations initiales fournies aux personnes concernées au moment de la collecte des données. Un responsable du traitement non établi dans l'Union, mais relevant du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, qui n'informerait pas les personnes concernées qui se trouvent dans l'Union de l'identité de son représentant contreviendrait aux obligations de transparence qui lui incombent en vertu du RGPD. Ces informations devraient en outre être facilement accessibles aux autorités de contrôle afin de faciliter l'établissement d'un contact pour les besoins de la coopération.

Exemple 24: Le site internet visé à l'exemple 12, basé et géré en Turquie, offre des services de création, d'édition, d'impression et d'expédition d'albums de photos de famille personnalisés. Le site internet est disponible en anglais, en français, en néerlandais et en allemand et les paiements peuvent être effectués en euros ou en livres sterling. Le site indique que les albums de photos ne peuvent être livrés par la poste qu'en France, au Benelux et en Allemagne. Ce site étant soumis au RGPD, en application de son article 3, paragraphe 2, point a), le responsable du traitement doit désigner un représentant dans l'Union.

Le représentant doit être établi dans l'un des États membres où le service offert est disponible, dans ce cas en France, en Belgique, aux Pays-Bas, au Luxembourg ou en Allemagne. Le nom et les coordonnées du responsable du traitement et de son représentant dans l'Union doivent faire partie des informations accessibles en ligne aux personnes concernées lorsqu'elles commencent à utiliser le

²⁹ Un DPD externe agissant également en tant que représentant dans l'Union ne pourrait pas, par exemple, se trouver dans une situation où il est chargé, en tant que représentant, de communiquer à une personne concernée une décision ou une mesure prise par le responsable du traitement ou le sous-traitant qu'il a, en tant que DPD, jugée non conforme aux dispositions du RGPD et contre laquelle il s'est prononcé.

³⁰ Lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant les délégués à la protection des données (DPD), WP 243 rev.01, adoptées par le comité.

service en créant leur album de photos. Ils doivent également figurer dans l'avis de confidentialité général du site internet.

b) Exemptions de l'obligation de désignation³¹

Alors que l'application de l'article 3, paragraphe 2, entraîne l'obligation de désigner un représentant dans l'Union pour les responsables du traitement ou les sous-traitants établis en dehors de l'Union, l'article 27, paragraphe 2, prévoit une dérogation à la désignation obligatoire d'un représentant dans l'Union, dans deux cas distincts:

- J) le traitement est «occasionnel, n'implique pas un traitement à grande échelle des catégories particulières de données visées à l'article 9, paragraphe 1, ou un traitement de données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions visées à l'article 10, et n'est pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques, compte tenu de la nature, du contexte, de la portée et des finalités du traitement».

Conformément aux positions adoptées précédemment par le groupe de travail «Article 29», le comité estime qu'une activité de traitement ne peut être considérée comme «occasionnelle» que si elle n'est pas effectuée régulièrement et qu'elle a lieu en dehors du cours normal des affaires ou des activités du responsable du traitement ou du sous-traitant³².

En outre, bien que le RGPD ne définisse pas la notion de «traitement à grande échelle», le groupe de travail «Article 29» a recommandé précédemment dans ses lignes directrices WP243 concernant les délégués à la protection des données (DPD) que les facteurs suivants, en particulier, soient pris en considération pour déterminer si le traitement est mis en œuvre à grande échelle: le nombre de personnes concernées, soit en valeur absolue, soit en valeur relative par rapport à la population concernée; le volume de données et/ou le spectre des données traitées; la durée, ou la permanence, des activités de traitement des données; l'étendue géographique de l'activité de traitement³³.

Enfin, le comité souligne que l'exemption de l'obligation de désignation prévue à l'article 27 fait référence au traitement qui «n'est pas susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques»³⁴, ne limitant dès lors pas l'exemption au traitement qui n'est pas susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes concernées. Conformément au considérant 75, lors de l'évaluation du risque pour les droits et libertés des personnes concernées, il convient de tenir compte à la fois de la probabilité et de la gravité du risque;

ou

- J) le traitement est effectué par «une autorité publique ou un organisme public».

³¹ Une partie des critères et de l'interprétation énoncés dans les lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant les délégués à la protection des données (DPD), WP 243 rev.01, adoptées par le comité, peut servir de base pour les exemptions de l'obligation de désignation.

³² Prise de position du groupe de travail «Article 29» sur les dérogations à l'obligation de tenir un registre des activités de traitement conformément à l'article 30, paragraphe 5, du RGPD.

³³ Lignes directrices du groupe de travail «Article 29» concernant les délégués à la protection des données (DPD), adoptées le 13 décembre 2016 et révisées en dernier lieu le 5 avril 2017 (WP 243 rev.01), adoptées par le comité.

³⁴ Article 27, paragraphe 2, point a), du RGPD.

La qualification d'«autorité publique ou organisme public» pour une entité établie en dehors de l'Union devra être évaluée par les autorités de contrôle *in concreto* et au cas par cas³⁵. Le comité note que, compte tenu de la nature de leurs tâches et missions, les cas où une autorité publique ou un organisme public d'un pays tiers offrirait des biens ou des services à la personne concernée dans l'Union, ou suivrait son comportement au sein de l'Union, sont susceptibles d'être limités. c) Établissement dans un des États membres dans lesquels se trouvent les personnes physiques dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement

L'article 27, paragraphe 3, prévoit que «[l]e représentant est établi dans un des États membres dans lesquels se trouvent les personnes physiques dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement lié à l'offre de biens ou de services, ou dont le comportement fait l'objet d'un suivi». Lorsqu'une proportion significative des personnes concernées dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement se trouvent dans un État membre donné, le comité recommande, à titre de bonne pratique, que le représentant soit établi dans ce même État membre. Le représentant doit toutefois rester facilement accessible aux personnes concernées dans les États membres dans lesquels il n'est pas établi et dans lesquels les services ou les biens sont offerts ou le comportement fait l'objet d'un suivi.

Le comité confirme que le critère d'établissement du représentant dans l'Union est la localisation des personnes concernées dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement. Le lieu de traitement, même par un sous-traitant établi dans un autre État membre, ne constitue pas ici un facteur pertinent pour déterminer le lieu de l'établissement du représentant.

Exemple 25: Une société pharmaceutique indienne, qui n'a ni activité ni établissement dans l'Union et qui est soumise au RGPD conformément à l'article 3, paragraphe 2, parraine des essais cliniques réalisés par des chercheurs (hôpitaux) en Belgique, au Luxembourg et aux Pays-Bas. La majorité des patients participant aux essais cliniques se trouvent en Belgique.

La société pharmaceutique indienne, en tant que responsable du traitement, doit désigner un représentant dans l'Union établi dans l'un des trois États membres dans lesquels les patients, en tant que personnes concernées, participent aux essais cliniques (Belgique, Luxembourg ou Pays-Bas). Étant donné que la plupart des patients sont des résidents belges, il est recommandé que le représentant soit établi en Belgique. Si tel est le cas, le représentant en Belgique devrait cependant être facilement accessible aux personnes concernées et aux autorités de contrôle aux Pays-Bas et au Luxembourg.

Dans ce cas particulier, le représentant dans l'Union pourrait être le représentant légal du promoteur dans l'Union, conformément à l'article 74 du règlement (UE) n° 536/2014 relatif aux essais cliniques, à condition qu'il ne fasse pas office de sous-traitant au nom du promoteur des essais cliniques, qu'il soit établi dans un des trois États membres et que les deux fonctions soient régies par chaque cadre juridique et exercées dans le respect de ceux-ci.

c) Obligations et responsabilités du représentant

Le représentant dans l'Union agit au nom du responsable du traitement ou du sous-traitant qu'il représente en ce qui concerne les obligations qui incombent à ces derniers en vertu du GDPR. Sont notamment concernées les obligations relatives à l'exercice des droits des personnes concernées et, à cet égard et comme indiqué précédemment, l'identité et les coordonnées du représentant doivent

³⁵ Le RGPD ne définit pas la notion d'«autorité publique ou organisme public». Le comité estime qu'une telle notion doit être déterminée par le droit national. Par conséquent, les autorités publiques et organismes publics comprennent les autorités nationales, régionales et locales, mais le concept, en vertu des lois nationales applicables, comprend généralement aussi une série d'autres organismes régis par le droit public.

être fournies aux personnes concernées conformément aux articles 13 et 14. Bien qu'il ne soit pas lui-même responsable du respect des droits des personnes concernées, le représentant doit faciliter la communication entre les personnes concernées et le responsable du traitement ou le sous-traitant représenté, afin que l'exercice des droits des personnes concernées soit effectif.

En vertu de l'article 30, le représentant du responsable du traitement ou du sous-traitant tient notamment un registre des activités de traitement effectuées sous leur responsabilité. Le comité estime que, si la tenue de ce registre est une obligation imposée à la fois au responsable du traitement/sous-traitant et au représentant, le responsable du traitement ou le sous-traitant non établi dans l'Union est responsable du contenu principal et de la mise à jour du registre et doit simultanément fournir à son représentant toutes les informations exactes et actualisées afin que le registre puisse également être conservé et mis à disposition par le représentant à tout moment. Parallèlement, il incombe au représentant de pouvoir le fournir en application de l'article 27, par exemple, lorsque le représentant reçoit une notification d'une autorité de contrôle conformément à l'article 27, paragraphe 4.

Tel qu'il est précisé au considérant 80, le représentant devrait également accomplir ses tâches conformément au mandat reçu du responsable du traitement ou du sous-traitant, y compris coopérer avec les autorités de contrôle compétentes en ce qui concerne toute action entreprise pour assurer le respect du règlement. Dans la pratique, cela signifie qu'une autorité de contrôle prendrait contact avec le représentant pour toute question relative aux obligations de conformité d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant établi en dehors de l'Union, et que le représentant serait en mesure de faciliter tout échange d'informations ou de procédures entre une autorité de contrôle requérante et un responsable du traitement ou un sous-traitant établi en dehors de l'Union.

Avec l'aide d'une équipe, le cas échéant, le représentant dans l'Union doit par conséquent être en mesure de communiquer efficacement avec les personnes concernées et de coopérer avec les autorités de contrôle concernées. Cela signifie que cette communication devrait en principe avoir lieu dans la ou les langues utilisées par les autorités de contrôle et les personnes concernées ou, si cela entraîne un effort disproportionné, que d'autres moyens et techniques doivent être utilisés par le représentant afin de garantir une communication efficace. Par conséquent, la disponibilité d'un représentant est essentielle pour que les personnes concernées et les autorités de contrôle puissent facilement prendre contact avec le responsable du traitement ou le sous-traitant établi en dehors de l'Union. Conformément au considérant 80 et à l'article 27, paragraphe 5, la désignation d'un représentant dans l'Union ne porte pas atteinte aux responsabilités du responsable du traitement ou du sous-traitant au titre du RGPD et est sans préjudice des actions en justice qui pourraient être intentées contre le responsable du traitement ou le sous-traitant lui-même. Le RGPD n'établit pas une responsabilité substitutive du représentant en lieu et place du responsable du traitement ou du sous-traitant qu'il représente dans l'Union.

Il convient toutefois de noter que la notion de représentant a été introduite précisément dans le but de faciliter le contact avec les responsables du traitement ou les sous-traitants qui relèvent du champ d'application de l'article 3, paragraphe 2, du RGPD et d'assurer l'application effective de ce dernier. À cette fin, l'intention était de permettre aux autorités de contrôle d'engager des procédures coercitives par l'intermédiaire du représentant désigné par les responsables du traitement ou les sous-traitants non établis dans l'Union. Cette latitude inclut la possibilité pour les autorités de contrôle d'adresser au représentant les mesures correctrices ou les amendes et sanctions administratives infligées au responsable du traitement ou au sous-traitant non établi dans l'Union, conformément à l'article 58, paragraphe 2, et à l'article 83 du RGPD. La possibilité de tenir un représentant directement

responsable est toutefois limitée à ses obligations directes visées à l'article 30 et à l'article 58, paragraphe 1, point a), du RGPD.

Le comité souligne en outre que l'article 50 du RGPD vise notamment à faciliter l'application de la législation à l'égard des pays tiers et des organisations internationales, et que l'élaboration de nouveaux mécanismes de coopération internationale à cet égard est actuellement envisagée.