



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

**Master 2 Recherche Droit privé Général
Dirigé par M. le Professeur Laurent LEVENEUR
2020**

**Contrat et protection des données
personnelles.**

Étude des articles 26, 28 et 46 du RGPD.

Loïc BREHIN

Sous la direction de Mme. le Professeur Cécile PERES

Remerciements

Mes remerciements vont à Madame le Professeur Cécile Pérès pour avoir accepté d'encadrer ce mémoire ainsi que pour sa disponibilité et ses précieux conseils.

Je tiens également à remercier Élixa pour son soutien et sa relecture attentive.

Principales abréviations

AJ Contrat	Actualité juridique Contrat
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
CCiv.	Code civil
CCE	Communication commerce électronique
CCT	Clauses contractuelles types
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
D.	Recueil Dalloz
G29	Groupe de travail de l'article 29
JCP	Semaine juridique Edition Générale
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
RDC	Revue des contrats
RDP	Revue du droit public
Rép. dt. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. dt. com.	Répertoire de droit commercial
Rép. dt. eur.	Répertoire de droit européen
Rép. dt. int.	Répertoire de droit international
RGPD	Règlement (UE) 2016/679 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)
TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
UE	Union européenne

Sommaire

<u>INTRODUCTION</u>	6
<u>PARTIE 1 : L'INTEGRATION DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES</u>	18
CHAPITRE 1 : LA PLACE DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	18
CHAPITRE 2 : LE REGIME DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	32
<u>PARTIE 2 : LA CONFRONTATION DU CONTRAT AU DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES</u>	48
CHAPITRE 1 : LA COMPATIBILITE DU CONTRAT AVEC LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	48
CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE LIMITEE DU CONTRAT POUR LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	64
<u>CONCLUSION</u>	76
<u>BIBLIOGRAPHIE</u>	78
<u>INDEX ALPHABETIQUE</u>	85
<u>TABLE DES MATIERES</u>	86

« La liberté dans le cyberspace ne viendra pas de l'absence d'Etat. La liberté, comme partout, y viendra d'un certain type d'Etat ».

Lawrence Lessig¹

¹ L. Lessig, *Code and other laws of the cyberspace*, Basic Books, 1999, p. 5, nous traduisons (texte original : « Liberty in cyberspace will not come from the absence of the state. Liberty there, as anywhere, will come from a state of a certain kind »).

Introduction

1. Selon l'ancienne présidente de la CNIL, Mme. Falque-Pierrotin, « *en ce début de XXIème siècle, la protection des données personnelles apparaît comme le socle de la protection des personnes dans un univers complexe et numérique* »². Il est vrai que, si la récolte massive de données personnelles peut contribuer à la lutte contre le Covid-19, elle peut aussi permettre la mise en place d'un système de notation sociale que Georges Orwell n'aurait pas imaginé³.

2. Aux termes de l'article 4, paragraphe 1 du RGPD, on entend par données à caractère personnel « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée* ») ». Le texte précise qu'est réputée être une personne identifiable « *une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale* ». Le critère central est donc celui de l'identification⁴, entendue non pas comme la façon dont une personne s'identifie mais comme la capacité objective d'identifier la personne concernée⁵. Si ce n'est la limitation aux personnes physiques, la définition se veut particulièrement large. Il suffit que la personne soit identifiable ; une donnée qui ne permet pas en elle-même d'identifier une personne physique est personnelle si son recoupement avec une ou plusieurs autres données le permet. En outre, comme l'indique l'adverbe « *notamment* », la liste contenue dans le texte n'est pas exhaustive. Ne sont pas seulement visés les informations de l'état civil ou les autres éléments classiques d'identification (adresse, numéro etc.) mais l'ensemble des « *caractéristiques de la personne* »⁶. Enfin, en vertu du principe de neutralité technologique⁷, la qualification est indifférente du support sur lequel

² I. Falque-Pierrotin, « Préface », in A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *Informatique et Libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, Les intégrales, 2015, p. 8.

³ P. Croquet, « En Chine, un système de notation des citoyens encore flou mais aux ébauches effrayantes », *Le Monde.fr*, 28 décembre 2018.

⁴ Pour une critique : C. Castets-Renard, « Traitement algorithmique des activités humaines : le sempiternel face-à-face homme/machine », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2016, p. 239 qui estime que la protection des seules données à caractère personnel est insuffisante car il n'est pas nécessaire de pouvoir identifier les personnes pour mettre en œuvre des procédés de profilage et prendre des décisions à leur égard.

⁵ Sur ces deux aspects de l'identification : F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012, n° 199, p. 199.

⁶ C. Castets-Renard, « La protection des données personnelles dans les relations internes à l'Union européenne », *Rep. dt. eur.*, 2018, n° 19.

⁷ RGPD, considérant 15.

est contenu la donnée : peu importe qu'elle soit conservée sous forme analogique ou numérique. On distingue les données personnelles de droit commun ainsi définies des données personnelles dites sensibles, listées à l'article 9, paragraphe 1 du RGPD. Il s'agit des données dont le traitement révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ainsi que des données biométriques dont le traitement permet d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé et des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique. Cette distinction emporte une différence de régime importante car, si le traitement des données personnelles ordinaires doit seulement respecter certaines conditions de licéité, celui des données sensibles est par principe interdit, même si des dérogations existent.

3. Car elles constituent une émanation de la personne et compte-tenu des dangers du fichage, un régime de protection des données personnelles a progressivement été institué. Le droit à la protection des données personnelles a même acquis, dans l'ordre juridique de l'UE, la valeur de droit fondamental avec l'adoption en 2000 de la charte européenne des droits fondamentaux⁸, à laquelle le traité de Lisbonne a conféré valeur contraignante. Les données sont protégées lors de leur traitement, entendu comme « *toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel* »⁹. Est en particulier exigée une base de traitement¹⁰, c'est-à-dire une raison justifiant le traitement et le rendant licite. La protection consiste également, et de plus en plus, en l'octroi de droits à la personne concernée¹¹, tels que le droit à l'effacement (aussi dit « droit à l'oubli »)¹² ou le droit à la portabilité des données¹³.

4. La France a fait figure de précurseur en la matière avec la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ce texte a été adopté suite à l'émotion suscitée par la publication en 1974 d'un article intitulé « *SAFARI ou la chasse aux français* ». ¹⁴ Il révélait le projet du gouvernement d'instaurer un « Système Automatisé pour

⁸ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 8.

⁹ RGPD, art. 4, §2. Le texte poursuit en précisant qu'il peut s'agir de « *la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction* » des données.

¹⁰ RGPD, art. 6, §1.

¹¹ RGPD, chapitre 3.

¹² RGPD, art. 17 consacrant la solution énoncée dans l'arrêt CJUE, Grande chambre, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12.

¹³ RGPD, art. 20.

¹⁴ P. Boucher, « SAFARI ou la chasse aux français », *Le Monde*, 21 mars 1974.

les Fichiers Administratifs et le Répertoire des Individus » qui aurait permis à l'administration d'accéder à l'ensemble des informations relatives à une personne à partir de son numéro de sécurité sociale. Il faut dire que la crainte du fichage étatique était particulièrement forte dans notre pays en raison du rôle prétendument joué par le numéro de sécurité sociale dans les opérations de déportation durant la seconde guerre mondiale¹⁵. Compte-tenu de ce contexte et du fait que « *dans les années 1970 le développement de l'informatique concernait essentiellement les très grandes entreprises et les administrations pour des raisons de coût et de volume* »¹⁶, la loi de 1978 visait avant tout à encadrer les fichiers administratifs. En principe et sauf intervention législative, un tel fichier ne pouvait être mis en place que par un texte réglementaire soumis à la CNIL ; les fichiers privés devaient quant à eux seulement être déclarés à l'autorité. La principale mesure du texte était l'instauration de cette autorité administrative indépendante chargée de veiller à son application. Ce choix inspirera les législateurs étrangers et les autorités européennes. Bien que toujours en vigueur, la loi de 1978 a en effet été considérablement amendée pour tenir compte des textes successivement adoptés au niveau européen¹⁷.

5. Le premier fut adopté dans le cadre du Conseil de l'Europe : la Convention n°108 sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 29 janvier 1981, ratifiée par la France par une loi du 19 octobre 1982. Mais, c'est surtout dans le cadre communautaire que le droit des données s'est développé. La première étape fut la directive 95/46/CE 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 données¹⁸. Comme son titre l'indique, elle avait un double objectif : protection des personnes et réalisation du marché intérieur. Les autorités européennes voulaient en effet éviter que la multiplication des lois nationales sur la protection des données, devenues obsolètes et parfois contradictoires, ne porte atteinte au développement de l'économie numérique, alors en germe. Si la directive se fonde sur le modèle de la loi de 1978, elle innove sur plusieurs points : elle ne distingue plus entre la nature publique ou privée du fichier mais selon sa finalité et la nature des données ; elle exige une base de traitement pour que celui-ci soit licite ; elle encadre davantage les flux

¹⁵ V. sur le caractère infondé de cette croyance collective : G. Desgens-Pasanau, *La protection des données personnelles*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2018, n° 2, p. 2.

¹⁶ A. Debet, « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », *RDP*, 2016, p. 17.

¹⁷ Ne sont ici rappelés que les textes de portée générale, à l'exclusion des textes sectoriels (v. par ex. la directive 2002/58 du 12 juillet 2002 relative à la protection des données dans le secteur des communications électroniques).

¹⁸ Transposée en droit français par la loi n° 2004-801 du 6 août 2004 modifiant la loi du 6 janvier 1978.

internationaux de données. En outre, le consentement acquiert pour la première fois un rôle déterminant en pouvant constituer une base de traitement, « *ce qui n'est pas forcément très protecteur* »¹⁹.

6. Un processus de réforme fut initié en 2008. L'objectif était de tenir compte des évolutions technologiques et de mettre fin à la « *fragmentation de la mise en œuvre de la protection des données dans l'Union* »²⁰ liée au recours à une directive. Surtout, si les principes et objectifs prévus par la directive demeuraient satisfaisants, on ne pouvait que constater que la protection conférée aux individus était largement ineffective, malgré des procédures de déclarations préalables, lourdes, coûteuses et devenues inadaptées à la généralisation des traitements de données. Cette réforme²¹ se concrétisa avec l'adoption le 27 avril 2016 du RGPD, entré en application le 25 mai 2018. Sur le fond, le RGPD reprend pour l'essentiel les principes contenus dans la directive de 1995. La différence majeure concerne la façon de les mettre en œuvre, avec le passage d'une logique de formalité administrative à une « *logique de responsabilisation* » dite d'*accountability*²². Cette évolution s'accompagne d'un changement destiné à renforcer la sécurité juridique : les obligations posées par le texte ne sont plus des obligations de résultat mais des obligations de moyens renforcées²³. A en effet été consacrée une « *approche par les risques* » qui « *consiste à adapter les mesures organisationnelles de protection des données en fonction des risques précis identifiés vis-à-vis de la personne concernée* »²⁴. En outre, les autorités de contrôle doivent adapter le montant des sanctions prononcées, qui peuvent désormais atteindre 4% du chiffre d'affaire mondial, en fonction de la bonne foi du responsable du traitement et des diligences qu'il a mis en œuvre²⁵.

7. Ce bref rappel de l'évolution du droit des données personnelles permet de percevoir que la matière est traversée par plusieurs oppositions de logiques. D'abord, une opposition entre une logique économique et une logique de protection des personnes. En effet, si la loi de 1978 a été adoptée dans un contexte de préoccupations pour les libertés publiques, elle n'a jamais

¹⁹ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 24, p. 38.

²⁰ RGPD, Considérant 9.

²¹ Deux autres textes furent adoptés dans le cadre de cette réforme : la directive 2016/680 du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données ; le règlement 2018/1807 du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'UE.

²² V. *infra* n° 31.

²³ G. Desgens-Pasanau, *op. cit.*, n° 17, p. 8.

²⁴ *Ibid.*

²⁵ RGPD, art. 83.

entendu interdire ni même réduire drastiquement la possibilité de traiter des données personnelles, ce qui aurait freiné net le développement de l'informatique. Le législateur a voulu définir le cadre dans lequel une activité jugée socialement et économiquement utile, le traitement de données personnelles, devait être exercée pour ne pas que soit portée excessivement atteinte aux intérêts des personnes concernées²⁶. Cette ambivalence traverse également les textes européens. L'enjeu économique est néanmoins devenu de plus en plus prégnant au fur et à mesure que s'est développée l'économie numérique, sans peut-être que l'on se demande suffisamment si tous les services qui la composent sont vraiment, si ce n'est économiquement, socialement utiles.

8. Ensuite, une opposition entre une logique objectiviste et une logique subjectiviste²⁷. La logique objectiviste est celle qui prévalait initialement dans la loi de 1978. Celle-ci prévoyait essentiellement des obligations administratives dont le respect était contrôlé par la CNIL et ne contenait que peu de droits subjectifs, les quelques droits de ce type reconnus à la personne concernée (droits à l'information, à l'accès et à la rectification de ses données personnelles et l'opposition à de tels traitements) n'ayant pas vocation à jouer un rôle important. Le législateur estimait en effet que la protection des données personnelles était un enjeu de liberté publique et que la personne concernée était inapte à protéger elle-même ses droits. Par la suite, la logique subjectiviste s'est néanmoins développée, évolution significative du phénomène contemporain de « *pulvérisation du droit en droits subjectifs* » identifié par le doyen Carbonnier²⁸. Cette approche subjectiviste peut elle-même se diviser entre une logique personnaliste et une logique réaliste. La première repose sur l'érection du droit à la protection des données personnelles en droit de la personnalité²⁹. Est alors mis l'accent sur le renforcement des droits dont disposent les personnes concernées à l'égard des responsables du traitement. Pour certains, cela permettrait aux personnes de maîtriser leur présence numérique et donc leur identité en ligne³⁰.

²⁶ Un auteur a ainsi proposé de qualifier le droit des données personnelles de police administrative spéciale, entendue comme un ensemble de limitations à l'exercice d'une liberté, prévues par des textes et que l'administration doit faire respecter, afin d'assurer un équilibre entre l'exercice de cette liberté, qui est ainsi reconnue, et d'autres impératifs d'intérêt général (N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157 ; *Le droit des données personnelles : une police administrative spéciale*, thèse, Paris I, 2014).

²⁷ V. sur ces différentes logiques : N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », précité.

²⁸ J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 1996, p. 121.

²⁹ V. par ex. J. Rochfeld, « La vie tracée ou le code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 619 (spéc. n° 14, p. 634).

³⁰ *Ibid.*

Pour d'autres, que l'on ne penserait pas spontanément à rapprocher³¹, il s'agit de contribuer à l'*empouvoirement* (néologisme issu du concept anglo-saxon d'*empowerment*) des individus. Séduisante en apparence, cette conception peut néanmoins se heurter à deux écueils. D'une part, celui de l'effectivité. En effet, car elle repose sur des droits subjectifs, la protection conférée aux individus nécessite que leurs titulaires les mettent œuvre, ce à quoi ils ne sont pas forcément enclins³². Certains des tenants de cette approche en sont d'ailleurs conscients et estiment que les droits individuels doivent être complétés par des réponses collectives³³. D'autre part, celui de masquer les enjeux d'intérêt général³⁴. La seconde logique, réaliste, consisterait à reconnaître aux personnes un droit réel de propriété sur leurs données personnelles³⁵. Elles seraient ainsi en mesure de les monnayer en les cédant aux responsables du traitement, qui les exploitent aujourd'hui gratuitement alors qu'ils en tirent un grand bénéfice. Cela ne permettrait néanmoins qu'une protection limitée car, une fois qu'elles les auraient aliénées, les personnes concernées perdraient toute maîtrise sur leurs données. Si le droit positif refuse toujours de consacrer un tel droit réel, il n'ignore pas une certaine patrimonialisation des données³⁶ ; à vrai dire, il fait place à ces différentes conceptions.

9. Le droit positif des données personnelles accorde également un rôle important au contrat, défini par le nouvel article 1101 du code civil comme « *un accord de volonté entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Cette définition du contrat mérite d'être complétée par deux précisions. D'une part, si le principe est celui du consensualisme³⁷ et si le terme contrat renvoie avant tout au *negotium*, il désigne souvent « *dans la pratique, [l']écrit destiné à constater l'accord des parties contractantes* »³⁸. Cette précision doit être gardée à l'esprit car l'on verra que l'usage

³¹ World Economic Forum, Rapport, « Unlocking the Value of Personal Data : From Collection to Usage », 2013 ; Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Documentation française, 2014, p. 25.

³² Rapp. J. Carbonnier, *op. cit.*, p. 125 : « Les droits subjectifs vident le droit objectif de son contenu, mais ils ne le remplacent pas. C'est qu'ils n'ont pas la force immédiate des règles de droit, mais seulement un accès à cette force ».

³³ J. Rocheld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », *Les biens numériques* (dir. E. Netter et A. Chaigneau), PUF, coll. CEPRISCA, 2015, n°12, p. 233.

³⁴ Pour ne donner que deux exemples : le risque de manipulation des résultats électoraux (B. Barraud, « Se souvenir de *Cambridge Analytica* », *La revue européenne des médias et du numérique*, 2018, 48, p. 90), celui de la mainmise d'entreprises privées sur la recherche médicale (L. Belot, « Les données de santé, un trésor mondialement convoité », *Le monde.fr*, 2 mars 2020).

³⁵ Génération Libre, Rapport, « Mes datas sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles », 2018, p. 22 et s. ; pour une position plus nuancée, v. : M. Destreguil, « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *RJPF*, 2019, 3, p. 5.

³⁶ V. *infra* n° 11.

³⁷ CCiv., art. 1172.

³⁸ G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} éd., 2018, v. « Contrat ».

fait du contrat par les textes relatifs à la protection des données personnelles ne procède pas nécessairement d'une analyse théorique de l'instrument utilisé. D'autre part, si « *le contrat est plus qu'une addition de clauses* »³⁹, la réglementation du contrat par le droit des données personnelles passe souvent par l'encadrement de certaines d'entre elles. Il convient donc de préciser que le terme clause s'entend classiquement d'une « *disposition particulière d'un acte juridique [...] ayant pour objet soit d'en préciser les éléments ou les modalités [...], soit de l'assujettir à un régime spécial, parfois même dérogatoire au droit commun* »⁴⁰.

10. L'existence de liens entre le contrat et la protection des données personnelles n'allait pas de soi. Le droit des données présentait à l'origine, tant par son objet que par ses modalités de mise en œuvre, une forte dimension « administrativiste ». Le droit comparé montre néanmoins qu'il n'en va pas nécessairement ainsi. Aux États-Unis, où il n'existe pas de réglementation fédérale générale (*omnibus*)⁴¹ sur la *privacy* mais seulement des textes sectoriels⁴², la logique contractuelle est centrale s'agissant des traitements réalisés par des personnes privées. En effet, conformément aux enseignements de la doctrine *Law and Economics*⁴³, le marché est perçu comme le mode de régulation adéquat en matière de données personnelles. D'une part, il n'est, en principe, pas exigé d'autres conditions que le consentement du consommateur pour le transfert de ses données au professionnel. Le juge et l'administration, par le biais de la *Federal Trade Commission* (FTC), cherchent seulement à s'assurer que ce consentement est effectif et éclairé, en imposant notamment des obligations d'information⁴⁴. D'autre part, la protection des données personnelles en cas de traitement ultérieur (par exemple, en cas de sous-traitance ou de cession d'un fichier informatique) passe essentiellement par l'encadrement du contenu des contrats entre professionnels, qui sont règlementés par différentes administrations qui ont généralisé certaines réglementations sectorielles⁴⁵.

³⁹ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, PUF, 5^{ème} éd., 2019, n° 186, p. 218.

⁴⁰ G. Cornu (dir.), *op. cit.*, v. « Clause ».

⁴¹ Au niveau des États fédérés, la Californie est le seul État disposant d'une réglementation ayant un champ d'application étendu, sans être général puisque limité aux relations de consommation : *California Consumer Privacy Act of 2018*, obs. S. Le Strujon, *Rev. UE*, 2020, p. 41.

⁴² Par exemple : *Privacy Act of 1974* concernant les données personnelles collectées par le gouvernement ; *Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996* concernant les données de santé ; *Children's Online Privacy Protection Act of 1998* concernant la collecte en ligne des données des enfants.

⁴³ R.A. Posner, « An economic theory of privacy », *Regulation*, Mai-juin 1978, p. 19.

⁴⁴ P.M. Schwartz et K-N. Peifer, « Transatlantic Data Privacy Law », *The Georgetown Law Journal*, 2017, p. 115 (spéc. p. 136).

⁴⁵ P.M. Schwartz, « Comparative Contractual Privacy Law: The U.S. and EU », 2015, Disponible sur : www.law.uchicago.edu%2Ffiles%2Ffile%2Fschwartz_comparative_contractual_privacy_law.pdf&usg=AOvVaw3Nvs8O1P3N4LeluLb9hK5Y

11. En Europe également, différentes évolutions ont entraîné la montée en puissance du contrat dans la protection des données personnelles. Premièrement, les données occupent une place centrale dans l'économie numérique, comme l'exprime l'expression à la mode depuis quelques années « les données sont le nouveau pétrole » (*data is the new oil*). D'une part, comme le pétrole, les données sont devenues une valeur économique, objet de transaction voire de spéculation. Il faut dire que la valeur produite par les données en Europe de nos jours est estimée à 1 000 milliards d'euros, soit 8% du PIB européen⁴⁶. D'autre part, les données constituent la « matière première » nécessaire à la production de multiples biens ou services numériques. C'est le cas pour les entreprises dont le modèle d'affaire est le *data to value* que Mmes. Benabou et Rochfeld synthétisent ainsi : « rassembler les informations numériques laissées dans le sillage de la navigation ; réaliser des sociotypes des internautes ; les cribler de manière permanente de messages publicitaires pour, ultimement, déclencher le clic d'achat »⁴⁷. Mais c'est aussi le cas pour de multiples autres entreprises, d'Uber qui géolocalise ses chauffeurs aux entreprises de secteurs traditionnels qui cherchent à exploiter les données qu'elles détiennent pour optimiser leurs flux de production ou démarcher plus efficacement leurs clients. Compte tenu de leur valeur et de leur utilité, et ce sans que le droit européen ne leur reconnaisse expressément un caractère patrimonial, les données sont fréquemment « monétisées, cédées, revendues, transférées et sous-traitées »⁴⁸ : autant d'opérations qui prennent appui sur des contrats. Deuxièmement, en raison de la « subjectivisation » de la protection des données personnelles, la matière a fait l'objet d'une « contractualisation ». Son expression la plus significative est le rôle donné au consentement ou au contrat pour justifier un traitement ou d'autres opérations⁴⁹. Troisièmement, la protection des données personnelles est concernée par la tendance contemporaine de la multiplication des normes privées et des règles de « droit souple »⁵⁰. Le contrat a alors vocation à jouer un rôle majeur, qu'il s'agisse d'édicter ces normes ou de les consacrer pour leur donner une valeur contraignante⁵¹.

⁴⁶ V-L. Benabou et J. Rochfeld, *A qui profite le clic ?*, Corpus, Odile Jacob, 2015, p. 20.

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ J. Rochfeld, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », précité, n° 3, p. 224.

⁴⁹ V. *infra* n° 12.

⁵⁰ Sur « l'enchevêtrement des normes et des acteurs » dans le RGPD : C. Castets-Renard, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 331.

⁵¹ V. sur cette utilisation du contrat pour « renforcer » des principes non contraignants : M. Mekki, « Le contrat : entre liberté et solidarité », *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité* (dir. A. Supiot), Collège de France, OpenEdition Books, p.93 (spéc. n°49).

12. Ces différentes évolutions font que l'on relève dans le RGPD de multiples points de contact entre le contrat et la protection des données personnelles⁵². Trois d'entre eux méritent d'être signalés même s'ils ne seront pas étudiés. En premier lieu, le consentement peut constituer une base de traitement⁵³ et permettre certaines dérogations⁵⁴. Si ce consentement est distinct du consentement au contrat dans le cadre duquel est réalisé le traitement et s'il présente des caractéristiques propres, il ne révèle pas moins une logique contractuelle. En deuxième lieu, le lien est encore plus étroit dans le cas de la « nécessité contractuelle ». La nécessité pour l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et le responsable du traitement ou de mesures précontractuelles constitue en effet une base de traitement⁵⁵. Elle peut également justifier une décision automatisée, le texte permettant aussi celle-ci en cas de nécessité pour la conclusion d'un contrat⁵⁶, ou un transfert de données en dehors de l'UE, le texte rajoutant alors au contrat conclu avec la personne concernée⁵⁷ celui qui est conclu dans son intérêt⁵⁸. En troisième lieu, le règlement encourage le recours à des codes de bonne conduite et à la certification. Dans les deux cas, les responsables du traitement ou sous-traitants qui souhaitent justifier ainsi de leur conformité doivent prendre « *l'engagement contraignant et exécutoire, au moyen d'instruments contractuels ou d'autres instruments juridiquement contraignants* » de respecter les « *garanties appropriées* » prévues par ces mécanismes⁵⁹.

13. Nous nous concentrerons sur trois autres dispositions du RGPD. D'une part, le règlement impose dans deux situations la conclusion de contrats, qu'il soumet à certaines exigences. L'article 26 du RGPD prévoit que, en cas de pluralité de responsables du traitement, les responsables conjoints⁶⁰ doivent conclure un « *accord* » définissant de manière transparente leurs obligations respectives pour assurer le respect des exigences du règlement, notamment en ce qui concerne l'exercice des droits de la personne concernée. L'article 28 dispose, quant à lui, que le traitement par un sous-traitant doit être régi par un « *contrat ou autre acte juridique* »

⁵² On peut aussi identifier de tels points de contact en dehors des textes relatifs à la protection des données : recours aux règles du droit commun des contrats ou des contrats spéciaux pour imposer des obligations sur la protection des données (personnelles ou non), utilisation des mécanismes contractuels du droit de la consommation...

⁵³ RGPD, art. 6, §1, a).

⁵⁴ Traitement pour une finalité différente (RGPD, art. 6, §4) ; traitement de données sensibles (RGPD, art. 9, §2) ; traitement automatisé (RGPD, art. 22, §2) ; transfert de données en dehors de l'UE (RGPD, art. 49, §1).

⁵⁵ RGPD, art. 6, §1, b).

⁵⁶ RGPD, art. 22, §2, a).

⁵⁷ RGPD, art. 49, §1, b).

⁵⁸ RGPD, art. 49, §1, c).

⁵⁹ RGPD, art. 40, §3 pour les codes de bonne conduite ; art. 42, §2 pour la certification.

⁶⁰ Malgré le vocabulaire utilisé, la responsabilité des « responsables conjoints » n'est pas nécessairement conjointe au sens du droit civil (v. *infra* n° 100).

qui lie le sous-traitant à l'égard du responsable du traitement, définit l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du traitement, le type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées, et les obligations et les droits du responsable du traitement. Le texte précise que ce contrat doit être écrit et contenir un certain nombre de clauses garantissant un niveau suffisant de protection des données, l'utilisation de clauses types étant possible. En pratique, ces accords ne font généralement pas l'objet d'actes spécifiques mais sont intégrés dans les contrats qui servent de support aux opérations impliquant un traitement conjoint ou une sous-traitance du traitement, tels qu'un contrat de *cloud computing* ou un contrat d'infogérance. D'autre part, selon l'article 46, les « *garanties appropriées* » permettant un transfert de données en dehors de l'UE peuvent reposer sur des clauses contractuelles. En effet, un transfert n'est possible que dans l'un des cas prévus par le RGPD⁶¹. Ils sont libres si la commission a adopté une décision constatant que le pays de destination assure un niveau de protection adéquat⁶². A défaut, le transfert est autorisé si sont prévues des « *garanties appropriées* » et « *à la condition que les personnes concernées disposent de droits opposables et de voies de droit effectives* »⁶³.

14. Pourquoi ce choix ? Parce que les articles 26, 28 et 46 du RGPD reposent sur une logique commune, que nous détaillerons par la suite : le contrat y est vu comme une norme d'application, comme un outil permettant de mettre en œuvre les principes prévus par le règlement et de conférer des droits à la personne concernée. En outre, ces dispositions ont été peu étudiées par la doctrine, à l'inverse, par exemple, du consentement. Celui-ci a fait l'objet d'études détaillées, tant s'agissant de ses caractéristiques que de ses fonctions⁶⁴, alors même que, compte-tenu de l'existence de multiples alternatives permettant de fonder un traitement ou une dérogation, l'exigence d'un consentement n'a pas été « *généralisée comme peuvent le croire aujourd'hui certains* »⁶⁵. La contractualisation fondée sur les articles 26, 28 et 46 du RGPD présente pourtant des intérêts pratiques comme théoriques.

⁶¹ RGPD, art. 44.

⁶² RGPD, art. 45.

⁶³ RGPD, art. 46, §1. Dans le cas des groupes de sociétés ou des entreprises engagées dans une activité conjointe, ces garanties peuvent aussi reposer sur des règles d'entreprise contraignantes (§2, b). Celles-ci peuvent être issues de contrats entre les sociétés du groupe mais aussi de règlements intérieurs ou d'actes unilatéraux. Pour cette raison et car elles renvoient à des mécanismes relevant plus du droit des affaires que du droit civil, nous avons décidé de les exclure de notre étude.

⁶⁴ V. par exemple : A. Debet, « Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *CCE*, 2018, 4, n°9.

⁶⁵ *Ibid.*

15. D'un point de vue pratique d'abord, la stipulation obligatoire de ce qu'il est convenu d'appeler les « clauses RPGD » complexifie la rédaction d'un nombre toujours plus important de contrats et comporte de nombreux enjeux, notamment financiers⁶⁶. Il est en effet fréquent que les contrats entre professionnels, dans le domaine de l'informatique ou non, impliquent le traitement ou la sous-traitance du traitement de données personnelles⁶⁷. Les transferts de données en dehors de l'UE ne sont pas non plus exceptionnels. Le recours au *cloud computing*, c'est-à-dire « *au stockage, au traitement et à l'utilisation de données contenues dans des ordinateurs distants et auxquelles on accède par internet* »⁶⁸, s'est en effet généralisé. Cette externalisation du stockage des données et des applications est financièrement intéressante, notamment pour les petites entreprises, car elle permet de ne payer que les services effectivement utilisés et de ne pas avoir à investir dans des infrastructures coûteuses. Cette forme de sous-traitance soulève néanmoins des problèmes de sécurité, de protection des données personnelles⁶⁹ voire de souveraineté⁷⁰ car le marché est dominé par de grandes entreprises non-européennes, qui peuvent elles-mêmes héberger les données dans des pays tiers.

16. D'un point de vue théorique ensuite, ces dispositions confèrent un rôle atypique au contrat qui n'est plus uniquement le support d'obligations servant les intérêts des parties, ou au moins de l'une d'entre elles. Elles sont aussi un nouvel exemple de « *l'interventionnisme de la puissance publique dans le domaine contractuel* »⁷¹. L'immixtion du contrat dans la protection des données personnelles interroge tout autant. En effet, fondé à l'origine sur une logique publiciste, le droit de la protection des données personnelles ne laissait guère place à la volonté des personnes privées. Cela se comprend aisément car ce droit vise justement à limiter la possibilité de disposer librement d'un élément émanant de la personne. En outre, le droit de la protection des données et le droit des contrats présentent des caractéristiques opposées. Le premier est une matière récente, construite dans les années 1970 à partir de textes « *techniques et complexes* »⁷² et aujourd'hui largement européenne. Le second est une matière relevant

⁶⁶ H. Lebon et F. Boissart, « Les clauses sur la protection des données personnelles : un enjeu toujours plus important lors des négociations contractuelles », *CCE*, 2016, 6, n°44.

⁶⁷ Le contrat par lequel une clinique confie à un laboratoire des analyses médicales s'analyse, par exemple, comme un contrat de sous-traitance de données personnelles.

⁶⁸ Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exploiter le potentiel de l'informatique en nuage en Europe (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), SWD (2012) 271 final, COM (2012) 529 final, n° 2, p. 5.

⁶⁹ CNIL, « Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud computing* », 2012, p. 1.

⁷⁰ S. Caulier, Numérique : le cloud, enjeu de souveraineté, *Le Monde.fr*, 16 février 2020.

⁷¹ L. Jossierand, « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, p. 19.

⁷² A. Debet, « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », précité.

encore de la compétence du législateur national, certes récemment réformée mais dont les concepts fondamentaux sont issus d'une longue construction historique caractérisée par une relative stabilité. Au vu de ces contradictions, Mme. Debet estime que « *l'acclimatation de la protection des données à caractère personnel, plutôt issue des libertés publiques, au droit privé est sans doute plus complexe que son introduction dans le domaine du droit public* »⁷³. S'agissant de l'institution du droit privé qui nous intéresse plus particulièrement, elles soulèvent une interrogation majeure : le recours au contrat est-il satisfaisant ou a-t-il eu lieu sans que l'on pense suffisamment aux spécificités de l'instrument utilisé ?

17. Répondre à cette question nécessite de procéder à une analyse en deux temps. Il convient dans un premier temps de mener une analyse objective pour déterminer l'ampleur des interactions entre le contrat et la protection des données personnelles, pour faire apparaître leurs finalités afin de pouvoir par la suite apprécier si les objectifs poursuivis sont atteints et, enfin, pour préciser leurs modalités du point de vue de la technique juridique. L'analyse doit, dans un second temps, être approfondie et scruter les éventuelles contradictions selon une double perspective. D'une part, il faut se demander si l'intrusion de la protection des données personnelles dans le contrat ne porte pas atteinte à la logique contractuelle et, le cas échéant, si cette atteinte est justifiée. D'autre part, il convient de déterminer si le contrat est un instrument efficace pour la protection des données personnelles. L'étude permettra de conclure que c'est sous ce second angle que le recours au contrat se révèle le plus problématique.

18. Ainsi, nous étudierons successivement l'intégration du contrat dans le droit de la protection des données personnelles (partie 1) et la confrontation du contrat au droit de la protection des données personnelles (partie 2).

⁷³ *Ibid.*

Partie 1 : L'intégration du contrat dans le droit de la protection des données personnelles

19. Il convient, d'abord, de cerner l'ampleur exacte des interactions entre le contrat et la protection des données personnelles induites par les articles 26, 28 et 46 du RGPD. Pour cela il faut étudier quand et pourquoi le contrat a été intégré au droit de la protection des données personnelles, autrement dit la place de celui-là dans celui-ci (chapitre 1). Puis, il faut déterminer les conséquences de cette intégration, ce qui conduit à étudier le régime du contrat dans le droit de la protection des données personnelles (chapitre 2).

Chapitre 1 : La place du contrat dans le droit de la protection des données personnelles

20. Le contrat a acquis une place croissante en droit des données personnelles. Sa progression (section 1) s'explique par les fonctions qui lui sont attribuées (section 2).

Section 1 : La progression du contrat

21. Les hypothèses de contractualisation se sont multipliées : à la contractualisation du transfert de données personnelles apparue à la fin des années 1980 (paragraphe 1) ont succédé les obligations de contractualiser la sous-traitance en 1995 (paragraphe 2) puis le traitement conjoint en 2016 (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La contractualisation du transfert

22. Dans une économie mondialisée et numérique, la libre-circulation des données est le principe, affirmé dans l'Union par les textes européens et au niveau mondial par l'OCDE⁷⁴. Cette seconde affirmation est contredite par le RGPD qui ne permet les transferts en dehors de l'UE que dans certains cas bien définis⁷⁵. En raison de l'existence de « paradis de données »,

⁷⁴ Lignes directrices de l'OCDE du 23 septembre 1980 régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel, art. 16 : « Les pays membres devraient prendre toutes les mesures raisonnables et appropriées pour assurer que les flux transfrontières de données de caractère personnel, et notamment le transit par un pays Membre, aient lieu sans interruption et en toute sécurité ».

⁷⁵ RGPD, art. 44.

c'est-à-dire de « *pays ayant des lois sur la protection des données personnelles moins strictes, voire sans lois* »⁷⁶, les transferts risqueraient en effet de compromettre les objectifs du texte dès lors que les données, une fois exportées, ne sont plus soumises à la réglementation européenne mais uniquement à celle du pays d'importation⁷⁷. Il est donc nécessaire « *d'ancrer la protection des données à caractère personnel* »⁷⁸ aux transferts. Pour cela, le RGPD prévoit, sauf exceptions, l'obligation de prévoir des garanties appropriées lorsque le transfert a lieu vers un pays n'ayant pas fait l'objet d'une décision d'adéquation.

23. Le contrat est vite apparu comme un mécanisme permettant de prévoir de telles garanties. Comme l'exprime M. Huet, « *le postulat à la base du système est que, même dans des pays ne disposant pas de législation ou de mécanismes protecteurs des données personnelles, des entreprises ou des organismes peuvent prendre des engagements de nature à pallier l'absence de dispositif national, et à rendre juridiquement acceptable le transfert des informations en cause* »⁷⁹. Autrement dit, l'idée est que si la protection des données personnelles n'a rien d'universel, la possibilité de s'obliger volontairement grâce à un acte juridique est commune à tous les systèmes. Ainsi, la solution contractuelle au transfert de données est apparue en 1989 en dehors des textes (A), avant d'être consacrée par la directive (B) puis consolidée par le RGPD (C).

A. Apparition de la solution contractuelle en dehors des textes

24. Dans sa version initiale, la loi de 1978 contenait une seule disposition relative aux transferts de données vers l'étranger : son article 24 qui donnait pouvoir à la CNIL d'interdire un transfert dans le secteur privé « *en vue d'assurer le respect des principes* » prévus par la loi. C'est sur le fondement de ce texte qu'elle a développé une doctrine utilisant le contrat pour assurer la protection des données personnelles en cas de transfert à l'occasion de « l'affaire Fiat ». La société Fiat France avait déclaré un traitement impliquant la transmission

⁷⁶ Convention 108, rapport explicatif, pt. 9.

⁷⁷ Si l'on exclut le cas des missions diplomatiques, le RGPD s'applique aux responsables du traitement ou sous-traitants se trouvant dans l'UE ou qui ne s'y trouvent pas mais ciblent des personnes concernées situées dans l'UE (RGPD, art. 3). Quand bien même il proposerait ses services à des responsables ou sous-traitants situés dans l'UE, l'importateur qui n'y a aucun établissement et ne cible pas des européens n'est donc pas soumis au RGPD. Il peut toutefois l'être si, par exemple, le responsable du traitement sous-traite le traitement à une entreprise ayant un établissement dans l'UE et que celle-ci transfère les données dans un établissement situé dans un pays tiers. Sur le champ d'application territorial du RGPD, v. : F. Jault-Seseke et C. Zolynski, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé », *D.*, 2016, p. 1874.

⁷⁸ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 1596, p. 648.

⁷⁹ J. Huet, « Les contrats encadrant les transferts de données personnelles », *CCE*, 2001, 5, p. 8.

d'informations sur les cadres de l'entreprise vers la direction centrale des ressources humaines, rattachée à la société mère située en Italie, pays dépourvu de législation relative à la protection des données personnelles et n'ayant pas ratifié la Convention 108. Dans une délibération du 11 juillet 1989, l'autorité a décidé que la société Fiat Italie devait, à peine d'interdiction du transfert, s'engager par contrat avec la société Fiat France « à *appliquer au traitement et à l'utilisation des données faisant l'objet d'échanges, les dispositions protectrices des droits de l'homme et des libertés fondamentales contenues dans la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des données à caractère personnel, ainsi que dans la loi du 6 janvier 1978 relative à l'Informatique, aux Fichiers et aux Libertés* »⁸⁰. La solution a été confirmée la même année dans le cas d'un réseau européen d'échange de données relatives au cancer⁸¹.

25. C'est aussi en 1989⁸² que le Comité consultatif de la Convention 108 du Conseil de l'Europe a commencé à réfléchir à la solution contractuelle. Ces travaux ont abouti en 1992 à la publication conjointe, avec la Commission des Communautés européennes et la Chambre de commerce internationale, d'un contrat type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des transferts internationaux⁸³. Contrairement à la « doctrine Fiat », il ne visait pas à incorporer dans le contrat l'intégralité d'une législation nationale sur la protection des données. En outre, le recours à ce contrat type n'était pas impératif et les parties étaient libres d'élaborer des clauses sur mesure. Ces principes seront consacrés par le protocole additionnel à la Convention 108 du 8 novembre 2001 et, surtout, dans la directive de 1995.

B. Consécration de la solution contractuelle par la directive

26. L'article 26, paragraphe 2 de la directive de 1995 a consacré la solution contractuelle en disposant qu'« *un État membre peut autoriser un transfert, ou un ensemble de transferts, de données à caractère personnel vers un pays tiers n'assurant pas un niveau de protection adéquat [...], lorsque le responsable du traitement offre des garanties suffisantes au regard de*

⁸⁰ CNIL, 11 juillet 1989, Délibération n°89-78 relative à la transmission d'informations relatives aux cadres supérieurs de la société Fiat France à la société Fiat à Turin.

⁸¹ CNIL, 26 septembre 1989, Délibération n°89-98 portant avis sur la participation de l'Institut Gustave Roussy de Villejuif à un réseau télématique européen d'échange de données sur le cancer, dénommé Eurocode, mis en œuvre par l'Organisation européenne de recherche et de traitement du cancer (E.O.R.T.C.).

⁸² Conseil de l'Europe, rapport, « Guide relatif à l'élaboration de clauses contractuelles régissant la protection des données lors de communications de données à caractère personnel à des tiers non soumis à un niveau de protection des données adéquat », 2002, n° 10, p. 4.

⁸³ Conseil de l'Europe, Commission européenne et CCI, étude, « Contrat-type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières des données et rapport explicatif », 1992.

la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes, ainsi qu'à l'égard de l'exercice des droits correspondants; ces garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles appropriées ». Sur le fondement du paragraphe 4 la chargeant d'adopter des clauses contractuelles types (CCT), la Commission a élaboré différents jeux de clauses. Pour les transferts de responsable du traitement à responsable du traitement, elle a rédigé deux jeux alternatifs en 2001⁸⁴ et en 2004⁸⁵, le second ayant été adopté pour répondre aux demandes de la pratique qui estimait que le premier « manquait de souplesse »⁸⁶ et se démarque du premier en prévoyant une responsabilité non pas solidaire mais conjointe. Pour les transferts de responsables du traitement à sous-traitant, un premier jeu a été adopté en 2001⁸⁷ avant qu'il ne soit remplacé par un second en 2010⁸⁸, pour tenir compte de la pratique de la sous-traitance ultérieure. Les décisions de la Commission avaient un effet contraignant pour les États membres, le paraphe 4 de l'article 26 précisant que « les États membres prennent les mesures nécessaires pour se conformer » aux décisions. En principe, les transferts fondés sur les CCT ne devaient donc pas être autorisés par une autorité de contrôle, l'objectif étant d'offrir une solution contractuelle valable avec certitude dans toute l'UE. Tel n'était cependant pas l'avis de certains États qui conditionnaient ces transferts à autorisation. C'était le cas de la France, l'ancien article 69 de la loi de 1978 exigeant que le transfert fondé sur des clauses contractuelles soit autorisé par la CNIL, sans distinguer selon que les opérateurs aient recours aux clauses de la commission ou à des clauses *ad hoc*. Le recours aux CCT n'était en effet que facultatif. Les responsables du traitement pouvaient aussi recourir à des clauses qu'ils avaient eux-mêmes rédigés ou à des CCT élaborées par des autorités nationales. Sauf dans le cas du transfert de sous-traitant à sous-traitant pour lequel il n'existe pas de CCT⁸⁹, le recours à des clauses *ad hoc* n'a néanmoins pas eu de succès en pratique, d'autant que les autorités de contrôle y étaient plutôt réticentes en raison de la surcharge de travail qu'impliquaient l'examen des clauses et la notification à la Commission des autorisations de transfert imposée par l'article 26, paragraphe

⁸⁴ Décision 2001/497/CE du 15 juin 2001 relative aux CCT pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE.

⁸⁵ Décision du 27 décembre 2004 modifiant la décision 2001/497/CE en ce qui concerne l'introduction d'un ensemble alternatif de CCT pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers.

⁸⁶ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 1765, p. 699.

⁸⁷ Décision 2002/16/CE du 27 décembre 2001 relative aux CCT pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitant établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE.

⁸⁸ Décision 2010/87/UE relative aux CCT pour le transfert de données à caractère personnel vers des sous-traitant établis dans des pays tiers en vertu de la directive 95/46/CE.

⁸⁹ On en parle pourtant depuis plusieurs années et le groupe de travail de l'article 29, qui réunit les « CNIL » européennes, a fait une proposition en ce sens (G29, WP 214, « Document de travail 1/2014 du 21 mars 2014 relatif à un projet de clauses contractuelles *ad hoc* « sous-traitant établi dans l'Union européenne vers un autre sous-traitant établi hors de l'Union européenne » »).

3. A l'inverse, si « la rigidité des mécanismes de responsabilité envisagés ont eu pour effet d'en décourager l'usage dans un premier temps »⁹⁰, le recours aux CCT de la Commission s'est répandu après l'adoption du second jeu de clauses en 2004. Surtout, l'invalidation en 2015 de l'accord *Safe Harbor*⁹¹ permettant le transfert de données personnelles vers les États-Unis sans prévision de « garanties suffisantes »⁹² a obligé les exportateurs de données à se tourner vers d'autres mécanismes. Aussi, à la veille du RGPD, ces derniers avaient massivement recours à la solution contractuelle et il n'est donc guère étonnant que le règlement l'ait consolidée.

C. Consolidation de la solution contractuelle par le RGPD

27. L'article 46 du RGPD confirme la pluralité des clauses pouvant apporter des « garanties appropriées » pour un transfert de données : CCT adoptées par la Commission⁹³, CCT adoptées par les autorités nationales qui doivent désormais être approuvées par la Commission ; clauses contractuelles *ad hoc*. Il clarifie surtout le régime des transferts fondés sur ces différents types de clauses sans laisser de place à des spécificités nationales : les transferts fondés sur des CCT, qu'il s'agisse de celles de la Commission ou des autorités nationales, n'ont pas à être autorisés par une autorité de contrôle ; ceux qui sont fondés sur des clauses *ad hoc* doivent en revanche l'être par l'autorité de contrôle compétente. Est également supprimée l'exigence de notification à la Commission des autorisations accordées. L'objectif du règlement semble donc être de faciliter le recours aux CCT. Plusieurs éléments conduisent néanmoins à s'interroger sur le devenir de la solution contractuelle. D'abord, le règlement a également facilité le recours à d'autres mécanismes permettant de prévoir des garanties appropriées : certification, codes de conduites et règles contraignantes d'entreprises. En outre, le *Safe Harbor* a été remplacé par un nouvel accord avec les États-Unis intitulé *Privacy Shield*⁹⁴ tandis que les CCT entre responsables du traitement et sous-traitants sont sous la menace d'une invalidation à la suite d'un recours en ce sens pendant devant les juridictions irlandaises, qui

⁹⁰ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 1746, p. 694.

⁹¹ CJUE, 6 octobre 2015, *Maximilian Schrems c/ Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14.

⁹² Décision 2000/520/CE du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la « sphère de sécurité ».

⁹³ Dans l'attente de leur adaptation, les CCT édictées sous l'empire de la directive restent en vigueur.

⁹⁴ Décision 2016/1250/UE de la Commission du 12 juillet 2016 relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis.

ont posé une question préjudicielle à la Cour de justice qui doit se prononcer dans les prochains mois⁹⁵. Pour l'heure, la solution contractuelle reste toutefois couramment utilisée⁹⁶.

Paragraphe 2 : La contractualisation de la sous-traitance

28. Dans sa version initiale, la loi de 1978 n'encadrait pas spécifiquement la sous-traitance. La multiplication des traitements de données et leur complexification ont néanmoins impliqué le recours à des opérateurs spécialisés. C'est sous l'empire de la directive que l'on s'est mis à distinguer entre le « responsable du traitement » et le « sous-traitant », qui agit pour le compte du premier⁹⁷. L'article 35 de la loi Informatique et libertés dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004 précisait, conformément à l'article 17 de la directive, que la relation entre le responsable et le sous-traitant devait être régie par un contrat qui « *comporte l'indication des obligations incombant au sous-traitant en matière de protection de la sécurité et de la confidentialité des données et prévoit que le sous-traitant ne peut agir que sur instruction du responsable du traitement* ». Cette contractualisation était primordiale car le sous-traitant n'était pas directement assujéti aux obligations du droit des données personnelles. Seul le responsable du traitement y était soumis et il lui revenait d'en exiger le respect par le sous-traitant, qui n'était « *tenu que par des obligations contractuelles de confidentialité et de sécurité* »⁹⁸. Cette « *immunité* »⁹⁹ du sous-traitant était devenue inadaptée aux nouvelles formes d'externalisation informatique, telles que le *cloud computing*, dans le cadre duquel le sous-traitant dispose souvent de marges de manœuvre étendues pour déterminer les modalités du traitement. Le RGPD soumet donc directement le sous-traitant aux mêmes obligations que le responsable du traitement¹⁰⁰ ; il est aussi passible de sanctions administratives¹⁰¹ et peut voir sa responsabilité civile engagée¹⁰² s'il ne les respecte pas. Dans le même temps, l'article 28 du règlement détaille désormais le contenu obligatoire du contrat de sous-traitance et précise qu'il doit être conclu par écrit. Il donne également pouvoir à la Commission et aux autorités de

⁹⁵ *Data Protection Commissioner c/ Facebook Ireland Limited, Maximilian Schrems*, Aff. C-311/18.

⁹⁶ Selon le groupement d'intérêt *Digitaleurope*, « les CCT représentent l'instrument juridique principal invoqué à l'appui de ces transferts » (H. Saugmandsgaard Øe, conclusions, 19 décembre 2019, aff. C-311/18, note 25).

⁹⁷ Loi du 6 janvier 1978 dans sa rédaction issue de la loi du 6 août 2004, art. 35 ; RGPD, art.1, §8.

⁹⁸ CNIL, Document de synthèse, « Les questions posées pour la protection des données personnelles par l'externalisation hors de l'Union européenne des traitements informatiques », 9 septembre 2010, p. 6.

⁹⁹ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 551, p. 269.

¹⁰⁰ V. par exemple pour l'obligation de sécurité du traitement : RGPD, art. 32, §1.

¹⁰¹ RGPD, art. 83.

¹⁰² RGPD, art. 82.

contrôle d'adopter des CCT satisfaisant ces exigences¹⁰³. Ni la Commission, ni la CNIL n'ont encore adopté de CCT ayant valeur normative mais les parties peuvent utiliser « l'exemple de clauses » publié par la CNIL en 2017¹⁰⁴ ou s'inspirer de clauses types adoptées sous l'empire de la directive, notamment les clauses types spécifiques au *cloud computing*¹⁰⁵ qui n'ont pas encore été mises à jour¹⁰⁶. Le passage de la directive au règlement implique donc à la fois un renforcement de l'obligation de contractualisation et une diminution de son intérêt au regard de la protection des données, puisque le sous-traitant est directement assujéti aux obligations du RGPD. Au regard, en revanche, des intérêts particuliers des parties et en particulier du partage de la responsabilité, la contractualisation est toujours aussi importante, compte-tenu notamment du montant accru des sanctions pouvant être prononcées.

Paragraphe 3 : La contractualisation du traitement conjoint

29. Sous l'empire de la directive, « la loi du 6 janvier 1978 [prévoyait] des mentions obligatoires uniquement dans les contrats de sous-traitance »¹⁰⁷. Si l'idée de coresponsabilité du traitement était déjà présente dans la directive¹⁰⁸, la relation entre coresponsables n'avait pas à être contractualisée. Le règlement reprend et précise la notion en énonçant que « lorsque deux responsables du traitement ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement, ils sont les responsables conjoints du traitement »¹⁰⁹. Il faut dire que les hypothèses de traitement conjoint se sont multipliées en raison, d'une part, de la complexification de l'organisation des administrations et des sociétés privées qui fait que plusieurs entités « relativement autonomes » sont parfois impliquées dans un traitement¹¹⁰ et, d'autre part, de l'apparition d'hypothèses d'externalisation où le prestataire détermine les finalités et les moyens du traitement. Le RGPD rend en outre obligatoire la formalisation de la relation entre

¹⁰³ Sous l'empire de la directive, la Commission n'avait pas adopté des CCT et, si les autorités nationales l'avaient fait, ces modèles n'avaient aucune valeur normative.

¹⁰⁴ CNIL, « Guide du sous-traitant – Edition septembre 2017 », 2017.

¹⁰⁵ CNIL, « Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud computing* », précité, p. 12 et s.

¹⁰⁶ Nous qualifierons par la suite ces modèles de « clauses types » mais il faut garder à l'esprit qu'il ne s'agit pas de CCT adoptées conformément à l'article 28 du RGPD.

¹⁰⁷ A. Bensoussan, *Informatique et libertés*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2010, n°3500, p. 215.

¹⁰⁸ Directive 95/46/CE, art. 2, d) : « « responsable du traitement » : la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données à caractère personnel » (nous soulignons).

¹⁰⁹ RGPD, art. 26, §1.

¹¹⁰ A. Delforge, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD / GDPR). Analyse approfondie* (dir. C. de Terwangne et K. Rosier), coll. du CRIDS, Larcier, 2018, n° 4, p. 372.

responsables conjoints. Si le texte utilise le terme « *accord* » et non celui de contrat, les commentateurs sont unanimes pour dire qu'il doit s'agir d'une contractualisation¹¹¹ La logique du texte semble le vouloir car il s'agit de partager des obligations. Si la responsabilité conjointe pose problème c'est en effet car elle « *rend les choses plus complexes et donc moins transparentes pour la personne concernée qui se retrouve face à plusieurs interlocuteurs qui auront parfois tendance à se renvoyer la balle* »¹¹². L'objectif de la contractualisation est donc de préciser les obligations de chacun en matière de protection des données et, pour faciliter la mise en œuvre de leurs droits, les grandes lignes de l'accord doivent être communiquées aux personnes concernées¹¹³. Le contrat est ainsi tourné vers les tiers, ce qui est révélateur des fonctions originales qu'il remplit en matière de protection des données.

Section 2 : Les fonctions du contrat

30. Le contrat a généralement pour fonction de servir les intérêts économiques des parties et de créer des obligations nouvelles. En apparence, ces fonctions classiques du contrat ne se retrouvent pas dans le droit des données personnelles¹¹⁴. Celui-ci attribue au contrat plusieurs rôles atypiques, que l'on peut distinguer pour mieux les comprendre mais qui se rapportent tous à une même logique : une fonction d'outil de conformité (paragraphe 1), une fonction règlementaire (paragraphe 2) et une fonction sociale (paragraphe 3).

Paragraphe 1 : La fonction d'outil de conformité

31. Le RGPD a consacré le concept d'*accountability*, traduit dans la version française par le terme de « responsabilité ». Il se rapproche de celui de *compliance*¹¹⁵ (conformité) qui, bien que difficile, à définir¹¹⁶, se caractérise principalement par le passage d'une logique *ex post* à une logique *ex ante* : il ne s'agit plus uniquement de sanctionner les manquements aux règles de droit mais également le fait de ne pas avoir prévenu de telles atteintes.

¹¹¹ A. Delgorge, *op. cit.*, n° 47, p. 393 ; Notes ss. art. 26 RGPD, *Code de la protection des données personnelles 2020*, Dalloz, 2019 ; F.-L. Simon et A. Bounedjoum, « RGPD : quelles nouvelles règles en matière de responsabilité et quels impacts sur les contrats ? », *AJ Contrat*, 2018, p. 172 ; E. Le Quellenec, « Les contrats informatiques et la protection des données à caractère personnel : aspects pratiques », *AJ Contrat*, 2019, p. 420.

¹¹² A. Delforge, *op. cit.*, n° 14, p. 378.

¹¹³ RGPD, art. 26, §2.

¹¹⁴ Elles n'ont pour autant pas disparu des contrats en question : v. *infra* n° 96.

¹¹⁵ C. Zolynski, « *Compliance* et des droits des données personnelles », *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge* (dir. N. Borga, J.C. Marin et J.C. Roda), Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 129.

¹¹⁶ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *D.*, 2016, p. 1871.

L'*accountability* implique l'obligation de mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au règlement¹¹⁷. Les responsables du traitement ont donc l'obligation de documenter leur conformité afin d'être en mesure d'en rendre compte aux autorités de contrôle, ce qui est la contrepartie de l'abandon de l'obligation de déclaration préalable ; c'est explicitement ainsi que la Commission a présenté la contractualisation imposée par l'article 28 en matière de sous-traitance¹¹⁸. L'objectif est d'améliorer l'effectivité de la réglementation ainsi que d'alléger la tâche des autorités administratives, devenues incapables de contrôler l'ensemble des traitements¹¹⁹. Cela passe par une certaine délégation du contrôle aux responsables du traitement, qui peuvent être obligés de désigner un délégué à la protection des données personnelles¹²⁰ ou de veiller à ce que leurs contractants soient en conformité avec le RGPD. En réalité, cette logique de conformité n'est pas complètement nouvelle. En effet, si la déclaration préalable était centrale pour la mise en place d'un traitement, d'autres opérations nécessitaient déjà de justifier de mesures techniques et organisationnelles appropriées, à commencer par le transfert de données et la sous-traitance. Comme on l'a vu, le recours au contrat n'est d'ailleurs pas apparu dans le RGPD. En outre, depuis la loi du 6 août 2004, les responsables du traitement étaient dispensés de l'obligation de déclaration s'ils désignaient un « correspondant informatique et liberté », ancêtre du délégué à la protection des données.

32. La logique de conformité peut donc fournir une clé de lecture de ce qui a motivé le recours au contrat. Les fonctions qui lui sont attribuées se rattachent aux deux versants de la *compliance*, qui évoque selon Mme. Zolynski « à la fois la soumission à un ordre supérieur et une certaine adhésion à des valeurs à diffuser »¹²¹. Le premier volet renvoie à la logique procédurale de la *compliance* et à l'obligation de démontrer sa conformité ; le contrat a alors une fonction probatoire (A). Le second renvoie à sa dimension préventive : la *compliance* doit permettre une prise de conscience *a priori* de la nécessité de la conformité¹²² ; le contrat a alors une fonction pédagogique (B).

¹¹⁷ RGPD, art. 24, §1.

¹¹⁸ Commission européenne, « Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation », 2012 : « Article 28 introduces the obligation for controllers and processors to maintain documentation of the processing operations under their responsibility, instead of a general notification to the supervisory authority required by Articles 18(1) and 19 of Directive 95/46/EC. »

¹¹⁹ C. Zolynski, *op. cit.*, n° 5, p. 131.

¹²⁰ RGPD, art. 37.

¹²¹ C. Zolynski, *op. cit.*, n°1, p. 129.

¹²² Rappr. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *op. cit.* : « De nature morale, la *compliance* se situe dans l'éthique des affaires ».

A. La fonction probatoire

33. En tant qu'instrument de conformité, le contrat a d'abord une fonction probatoire¹²³ : il permet au responsable du traitement de documenter qu'il a pris des mesures appropriées et que ses partenaires doivent aussi respecter de telles mesures pour le traitement des données dont il a la charge. En cas de contrôle par une autorité, le responsable du traitement ou le sous-traitant pourra présenter ses contrats pour tenter de démontrer sa conformité ou, au moins, montrer qu'il a entrepris des diligences pour obtenir une atténuation de la sanction.

34. L'absence de toute contractualisation là où elle est obligatoire constitue en elle-même un défaut de contractualisation mais, à l'inverse, l'existence d'un contrat ne saurait établir à elle seule la conformité. Encore faut-il que les mesures appropriées soient effectivement mises en place et respectées. On pourrait donc arguer que la contractualisation révèle une logique formaliste qui n'aurait pas disparu avec la suppression de l'obligation de déclaration préalable¹²⁴. Elle peut néanmoins permettre aux autorités de se dégager du temps pour mener des enquêtes approfondies, comportant des investigations techniques, dans les dossiers stratégiques¹²⁵. Dans les dossiers jugés moins importants, par exemple ceux qui concernent des petites entreprises qui réalisent peu de traitements, elle peut en effet se limiter à un contrôle formel des contrats, en comptant sur le fait qu'ils soient effectivement respectés. La contractualisation elle-même n'est en effet pas dépourvue d'intérêt.

B. La fonction pédagogique

35. La plupart des stipulations rendues obligatoires par le RGPD reprennent ou précisent des obligations prévues par le règlement qui, sauf dans le cas du transfert, seraient de toute façon applicables. Ainsi, le contrat de sous-traitance doit par exemple contenir l'engagement du sous-traitant de prendre toutes les mesures requises en vertu de l'article 32¹²⁶, qui pose une obligation de sécurité du traitement tant pour le responsable du traitement que pour le sous-traitant¹²⁷. Cette contractualisation d'obligations textuelles n'est cependant pas nécessairement

¹²³ V. en ce sens : E. Le Quellenec, *op. cit.*

¹²⁴ V. *infra* n° 104 et s.

¹²⁵ Rappr. N. Ochoa, *op. cit.* : « l'objectif [de la proposition de règlement de 2012] est de permettre d'adapter les moyens des autorités nationales de contrôle - dont la CNIL - à l'ampleur de la tâche à accomplir, en les recentrant sur leurs fonctions stratégiques de contrôle des traitements considérés comme les plus risqués ».

¹²⁶ RGPD, art. 28, §3, c).

¹²⁷ La question de la contractualisation des obligations textuelles sera approfondie par la suite : v. *infra* n° 78 et s.

neutre. En effet, le rappel ou la précision des obligations du RGPD par le contrat peut avoir une fonction pédagogique. Nous nous référons ici à la figure du contrat pédagogique identifiée par Mme. Rochfeld qui le définit comme « *le contrat marquant l'adhésion (celle-ci peut être imposée) de la volonté individuelle à des droits et obligations existants, intervenants pour rappeler ces derniers à leur destinataire aux fins de prise de conscience, et instituant ou reprenant une sanction en relation avec la violation de ces derniers* »¹²⁸. Elle n'est pas la seule à avoir relevé cette fonction du contrat : M. Revet évoque lui aussi la « *fonction didactique de la clause légale* », entendue comme celle reprenant l'énoncé d'un texte, car elle permet à celui qui ne rédige pas l'acte de prendre conscience de ses droits et devoirs légaux¹²⁹.

36. Il n'est pas surprenant qu'une telle fonction du contrat ait émergé en matière de droit des données personnelles. En effet, selon Mme. Rochfeld, l'apparition du contrat pédagogique résulte de la complexification contemporaine du droit, dont il convient de garantir la lisibilité et l'accessibilité. Or, la protection des données personnelles est une matière relativement nouvelle et éminemment technique, à la frontière du droit et de l'informatique. La contractualisation vise à s'assurer que les parties prennent en compte cette problématique et réfléchissent aux mesures qu'il convient de mettre en œuvre ainsi qu'à leur partage. On peut espérer que, dès lors qu'elles ont pris conscience des mesures à prendre, elles les respecteront car il se peut, notamment dans le cas des responsables de traitement dont le cœur de métier n'est pas l'informatique, que ce soit plus par ignorance que par mauvaise foi que la législation informatique et liberté ne soit pas respectée. Il reste néanmoins que la contractualisation peut aussi rajouter à la complexité en imposant la rédaction de clauses et annexes qui alourdissent les documents contractuels.

Paragraphe 2 : La fonction règlementaire

37. Plus que permettre la conformité à une norme supérieure, le contrat peut contribuer à l'établissement et à la diffusion d'une norme. En lien avec la logique d'*accountability*, prévaut une « démarche de corégulation » : les responsables et sous-traitants sont invités à définir eux-

¹²⁸ J. Rochfeld, « La contractualisation des obligations légales. La figure du contrat pédagogique », *Repenser le contrat* (dir. G. Lewkowicz et M. Xifaras), Méthodes du droit, Dalloz, 2009, p. 261 et s. (spéc. p. 268).

¹²⁹ T. Revet, « La clause légale », *Mélanges Michel Cabrillac*, LexisNexis, Dalloz, 1999, p. 277 (spéc. p. 288) ; Rapp., en matière de protection des données, E. Le Quellenec, *op. cit.* : « La vertu qu'il faut reconnaître à toute contractualisation est de permettre aisément aux parties de définir leurs droits et obligations respectives ».

mêmes les mesures de mise en conformité qu'ils estiment les plus adaptées à leur situation¹³⁰ et à en assurer le respect, en leur sein et dans le cadre de leurs relations contractuelles. Cette démarche s'inscrit dans le cadre plus large du « *développement de [...] normes de droit souple, caractéristique de la compliance* »¹³¹. C'est ce qui explique qu'un auteur évoque les normes de sources contractuelles parmi la pluralité des normes qui coexistent dans le système du RGPD¹³².

38. On aurait alors pu parler de fonction normative du contrat. Il s'agit de l'expression utilisée par Mme. Clavel pour désigner le fait que le contrat dépasse sa fonction économique d'échange lorsqu'il véhicule des normes, par exemple, relatives à la protection de l'environnement ou au respect des droits fondamentaux¹³³. Cet auteur rattache cette fonction aux travaux de M. Ancel¹³⁴ qui a distingué le contenu obligationnel, les prestations auxquels s'obligent les parties, de la force obligatoire du contrat, qu'il assimile à l'effet normatif du contrat qui peut s'imposer aux parties sans qu'elles ne soient tenues à aucune obligation. Ainsi, pour M. Ancel, « *l'acte contractuel n'est pas seulement producteur de droits [subjectifs], mais, [...] plus fondamentalement, il est d'abord producteur de droit, de règles juridiques* »¹³⁵. Il illustre notamment cette distinction par l'exemple du contrat-cadre qui ne comporte pas d'obligation de conclure de contrats d'applications : ses stipulations s'imposent aux parties alors même qu'elles ne s'obligent à rien. On pourrait tenter de faire un parallèle avec la protection des données personnelles. Les parties à un contrat de sous-traitance doivent obligatoirement prévoir des obligations de confidentialité et de sécurité¹³⁶ qu'elles s'obligent à respecter mais qui vont surtout constituer des normes encadrant le traitement. Ces normes s'imposent au sein de leur organisation (les parties devront par exemple inclure des clauses de confidentialité dans les contrats conclus avec leurs salariés) et à leurs éventuels partenaires. Elles doivent donc répondre de leur respect dans des cas où elles ne sont personnellement soumises à aucune prestation positive. Il nous semble néanmoins qu'un tel raisonnement dépasserait la pensée de M. Ancel. Surtout, la question de savoir si le contrat a ou un non un effet normatif est une question délicate, dont la résolution implique notamment de définir ce

¹³⁰ G. Desgens-Pasanau, « RGPD : entre incertitudes et occasions manquées », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 335.

¹³¹ C. Zolynski, *op. cit.*, n° 18, p. 136 qui parle aussi de « délégation normative ».

¹³² C. Castets-Renard, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », précité.

¹³³ S. Clavel, « L'intégration de considérations éthiques dans le droit des contrats du commerce international », Cours inédit, Académie de droit international de La Haye, 2019 ; v. aussi, évoquant la fonction normative du contrat : M. Mekki, *op. cit.*, n° 29.

¹³⁴ P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.*, 1999, p. 771.

¹³⁵ *Ibid.*, n° 7.

¹³⁶ RGPD, art. 28, §3, b) et c).

qu'est une norme et de savoir si une norme peut être individuelle¹³⁷. Il ne s'agit pas de reculer devant la difficulté mais il nous semble illusoire de prétendre prendre position sur cette question, en quelques lignes, au détour d'une sous-partie d'un mémoire ne portant pas sur ce sujet. En outre, quand bien même nous trancherions en faveur de la reconnaissance d'un effet normatif du contrat tel qu'il est défini par la doctrine civiliste, nous n'identifierions pas la fonction atypique du contrat que celui-ci nous semble jouer en matière de protection des données personnelles.

39. Nous avons donc retenu l'expression de fonction règlementaire, utilisée par une doctrine étrangère pour désigner le fait que les contrats commerciaux contiennent de plus en plus de stipulations « règlementaires » relatives, par exemple, à la protection des données ou de l'environnement¹³⁸. Ce choix se justifie pour deux raisons. D'une part, on retrouve en matière de protection des données un aspect mis en avant par cette doctrine : l'usage du contrat pour véhiculer le respect d'une règle « le long de la chaîne de valeur », c'est-à-dire qu'un responsable va en imposer le respect à son sous-traitant, qui va faire de même et ainsi de suite. Ainsi, en matière de sous-traitance, lorsque le sous-traitant souhaite lui-même faire appel à un sous-traitant, il doit imposer à ce dernier les mêmes obligations en matière de protection des données que celles contenues dans le contrat avec le responsable¹³⁹. On retrouve surtout cet usage du contrat en matière de transfert car, dans ce cas, les importateurs ne sont pas soumis à la règle par le seul effet du règlement et le contrat est utilisé pour diffuser les standards européens au niveau international. Cet usage ne ressort pas du texte du RGPD lui-même mais des CCT édictées par la Commission. En cas de transfert ou de sous-traitance ultérieur, ces clauses imposent à l'importateur de conclure avec l'importateur ou le sous-traitant ultérieur un contrat écrit imposant à ce dernier les mêmes obligations que celles contenues dans les CCT¹⁴⁰. D'autre part, si le contrat est utilisé pour édicter des règles, il ne s'agit pas de règles concurrentes de la réglementation textuelle mais de règles précisant comment les principes prévus par le RGPD seront suivis dans un cas particulier, comme le ferait un règlement d'application. Ainsi, ce que doivent respecter ceux qui réalisent concrètement le traitement, ce n'est pas tant que le RGPD

¹³⁷ V. sur ce débat : J. Ghestin, *La formation du contrat, Tome 1*, Traité de droit civil, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013, n° 69 et s., p. 59 et s. qui défend l'effet normatif du contrat.

¹³⁸ F. Cafaggi, « The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures », *Fordham Law Journal*, 2013, p. 1556.

¹³⁹ RGPD, art. 28, §4.

¹⁴⁰ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, Clause II (les clauses prévoient également la possibilité d'un transfert vers un pays ayant fait l'objet d'une décision d'adéquation ou en cas d'information des personnes concernées, le consentement explicite étant dans tous les cas requis s'il s'agit de données sensibles) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, Clause 5.

que les règles issues du contrat précisant comment les principes du RGPD sont mis en œuvre, notamment sur le plan technique. C'est ce qui ressort de l'article 28 du RGPD qui dispose que « *le traitement est régi par un contrat* », ce qui fait penser au contrat international « régi » par une loi nationale.

Paragraphe 3 : La fonction sociale

40. Lorsqu'il est utilisé pour garantir la protection des données personnelles, le contrat protège les droits et intérêts des personnes concernées, tiers au contrat. C'est cette remise en cause, au moins théorique, de la relativité du contrat qui nous conduit à parler de fonction sociale du contrat¹⁴¹. Elle se retrouve dans les trois cas de contractualisation que nous étudions. S'agissant du traitement conjoint, le contrat sert avant tout à organiser le partage entre les responsables de leurs obligations vis-à-vis des personnes concernées et à préciser comment ils répondront à leurs demandes. S'agissant de la sous-traitance, toutes les stipulations obligatoires listées à l'article 28 visent à assurer la protection des données de la personne concernées. S'agissant, enfin, du transfert, le contrat, comme les autres modes de prévision de « *garanties appropriées* », doit conférer des « *droits opposables* » à la personne concernée¹⁴², ce qui passe concrètement par une stipulation pour autrui¹⁴³.

41. Nous avons, à ce stade, montré l'existence d'un renouvellement des fonctions attribuées au contrat par le droit des données personnelles. Il convient désormais d'étudier comment ce renouvellement est mis en musique, ce qui implique d'analyser plus en détail les règles relatives au contrat contenues par ce droit.

¹⁴¹ Nous reprenons l'expression de S. Clavel, *op. cit.* qui l'utilise pour mettre en avant les cas où le contrat ne sert pas l'intérêt économique des parties mais l'intérêt général. Elle est également utilisée par M. Mekki, *op. cit.* (qui l'utilise pour évoquer les cas où le contrat contribue à la régulation sociale et à la mise en place de mécanismes de solidarité mais en montre également les limites) ainsi que par B. Fauvarque-Cosson, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *D.*, 2016, p. 324 (qui l'utilise, sans la définir, à propos des cas où le contrat est un instrument de protection de l'environnement, ce qui renvoie là aussi au cas où le contrat n'est pas au service de l'intérêt privé des parties). En matière de protection des données personnelles, J. Rochfeld, « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *RDC*, 2014, p. 119 estime que le contrat connaîtrait une « socialisation » s'il était « sommé d'intégrer, pour sa validité et au-delà de ses parties, le respect de droits de tiers ».

¹⁴² RGPD, art. 46, §1.

¹⁴³ V. *infra* n° 53.

Chapitre 2 : Le régime du contrat dans le droit de la protection des données personnelles

42. Le droit des données personnelles contient des règles relatives au régime du contrat, le terme régime étant entendu ici largement comme l'ensemble des règles applicables à une notion¹⁴⁴. On y retrouve en effet des règles applicables aux trois étapes de la « vie » du contrat : la formation qu'il encadre (section 1) ; l'exécution, ou plutôt l'inexécution, qu'il tente de prévenir (section 2) ; l'extinction, qui soulève la question du sort des données (section 3).

Section 1 : L'encadrement de la formation du contrat

43. Le droit des données personnelles prévoit d'abord, et avant tout, un certain nombre d'exigences relatives à la formation du contrat. Il convient d'en préciser la teneur (paragraphe 1) avant d'en déterminer la nature (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : La teneur des exigences

44. Le droit des données personnelles contient trois types d'exigences relatives à la formation du contrat : celle de choisir un contractant présentant des garanties suffisantes (A), celle de conclure un contrat sous forme écrite (B) et celle de prévoir un contenu obligatoire (C).

A. Un contractant présentant des garanties suffisantes

45. L'obligation de contracter avec un partenaire « *présentant des garanties suffisantes* » n'est prévue explicitement par le RGPD que dans le cas de la sous-traitance¹⁴⁵. Elle existe pourtant également dans les cas du traitement conjoint et du transfert car elle ressort de la logique du texte voire de l'obligation respecter le règlement. En effet, comme l'exprime d'ailleurs l'article 28 puisqu'il prévoit l'obligation de faire appel à un sous-traitant présentant des garanties suffisantes « *de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent*

¹⁴⁴ S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Lexiques, Dalloz, 2019, p. 914, v. « Régime juridique (d'une notion) ».

¹⁴⁵ RGPD, art. 28, §1 : « Lorsqu'un traitement doit être effectué pour le compte d'un responsable du traitement, celui-ci fait *uniquement appel à des sous-traitants qui présentent des garanties suffisantes* quant à la mise en œuvre de mesures techniques et organisationnelles appropriées de manière à ce que le traitement réponde aux exigences du présent règlement et garantisse la protection des droits de la personne concernée » (nous soulignons).

règlement », l'exigence liée au choix du contractant se confond avec l'obligation générale de prendre des mesures permettant de s'assurer que le traitement est assuré conformément au RGPD¹⁴⁶. S'agissant du transfert d'abord, la conformité au règlement n'implique pas seulement pour l'exportateur de « prévoir » des garanties suffisantes mais également de s'assurer que l'importateur est à même de les respecter. Le principe de responsabilité impose au responsable du traitement situé dans l'UE et responsable du respect du RGPD de faire appel à un importateur présentant des garanties suffisantes, ou du moins d'entreprendre des démarches permettant de rechercher si tel est le cas. Cela ressort explicitement de certaines des CCT édictées par la Commission. Dans le cas du transfert de responsable à responsable, la version de 2001 ne dit rien à ce sujet mais celle de 2004 impose à l'exportateur de prendre l'engagement qu'il « *a entrepris des démarches raisonnables pour s'assurer que l'importateur de données est à même de satisfaire aux obligations juridiques qui lui incombent en vertu des [...] clauses* »¹⁴⁷. Dans le cas du transfert de responsable à sous-traitant, les clauses de 2010 prévoient une exigence similaire¹⁴⁸, qui ressort de toute façon du croisement des règles relatives à la sous-traitance et au transfert. S'agissant du traitement conjoint ensuite, l'objectif étant que la pluralité de responsables soit neutre au regard du respect du règlement et des droits de la personne concernée, le principe de responsabilité implique là encore que chaque responsable se renseigne sur la capacité de son partenaire à respecter la réglementation sur la protection des données.

46. Le fait que l'exigence du choix d'un contractant présentant des garanties suffisantes se confonde avec l'obligation de respecter le règlement implique-il qu'elle ne concerne pas, à proprement parler, le contrat ? Non, car elle vient limiter la liberté contractuelle dans son volet liberté de choisir son contractant. A cet égard, cette exigence soulève une question particulière : implique-t-elle une obligation de motiver le choix du contractant ? En droit commun des contrats, une telle exigence n'existe pas¹⁴⁹. En droit des données personnelles, en revanche, elle s'impose, mais il ne s'agit pas d'une obligation de préciser à son partenaire ou à la personne éconduite pourquoi l'on a choisi de contracter ou non avec elle. En effet, si le principe de

¹⁴⁶ RGPD, art. 24.

¹⁴⁷ Clause I, b).

¹⁴⁸ Clause 4, c).

¹⁴⁹ Com., 7 avril 1998, n° 96-13.219, *Bull. civ. IV*, n° 126 : le concédant a le droit de traiter avec le cocontractant de son choix et n'est pas tenu de motiver sa décision ni de communiquer les critères selon lesquels ce choix est exercé. Si cet arrêt concerne la concession, la généralité de l'attendu indique que la solution dépasse ce cas particulier, d'autant que le pourvoi se réfère au « principe de la liberté de choix du partenaire dans les contrats conclus *intuitu personae* ». En outre, cette absence d'obligation de motivation ressort du principe de liberté contractuelle (M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 64, p. 76) et de l'absence d'obligation générale de motivation en droit des contrats, qui fait relever celle-ci du domaine de la liberté et non de l'exigence, sauf lorsqu'elle est imposée par un texte (v. D. Houtcieff, « La motivation en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas*, décembre 2019, p. 34).

responsabilité implique d'entreprendre des démarches pour rechercher si le contractant présente des garanties suffisantes, il exige aussi, dans son volet obligation de documentation, d'être en mesure d'attester que de telles démarches ont été entreprises. Le meilleur moyen est certainement de conserver une trace de ce qui a motivé le choix de tel ou tel contractant.

B. Une forme écrite

47. Là encore, l'exigence de conclure un contrat écrit n'est explicitement prévue que dans le cas de la sous-traitance¹⁵⁰. Est-ce à dire que la rédaction d'un écrit n'est pas exigée dans les deux autres cas étudiés ? Non, la rédaction des textes, qui imposent que les parties prévoient dans leur contrat certaines obligations, n'a de sens que si l'on envisage le contrat comme un écrit. En effet, dans un contrat oral, ces obligations produiraient leurs effets par le seul effet de la loi et cela n'aurait pas de sens d'attendre que les parties, de manière active, les stipulent. En outre, certains auteurs estiment qu'un écrit est requis par le principe de transparence¹⁵¹, qui veut que l'accord – ou du moins ses grandes lignes – puisse être communiqué à la personne concernée¹⁵². En pratique, en effet, l'existence d'un écrit, rend la communication ou la mise à disposition (par exemple sur une page internet) beaucoup plus commode. C'est néanmoins surtout, selon nous, le principe d'*accountability* qui impose un écrit à titre probatoire pour pouvoir démontrer que l'on a bien conclu un accord de traitement conjoint ou des clauses prévoyant des garanties appropriées dans le cas d'un transfert. Cette exigence générale d'un écrit pourrait avoir d'importantes conséquences pratiques car tous les contrats informatiques n'étaient pas rédigés et « *la plupart [...] ne reposaient que sur la base d'un simple bon de commande avec parfois un descriptif technique associé, appelé [...] « statement of work »* »¹⁵³.

C. Un contenu obligatoire

48. Le RGPD définit, plus ou moins précisément selon les cas, le contenu des contrats réalisant des opérations relatives aux données personnelles. Il s'agirait d'une manifestation de l'ordre public¹⁵⁴, dans sa version moderne plus que dans sa version classique car il ne pose pas des interdits mais « *vise à aménager autoritairement le contenu de certains contrats afin*

¹⁵⁰ RGPD, art. 28, §9.

¹⁵¹ RGPD, art. 26 pour la responsabilité conjointe ; art. 15§2 pour le transfert.

¹⁵² Le Quellenec, *op. cit.*

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ A. Danis-Fatôme, « Ordre public et protection des données à caractère personnel », *AJ Contrat*, 2019, p. 366.

d'orienter l'activité contractuelle »¹⁵⁵. Le règlement rend ainsi obligatoire la stipulation d'un certain nombre de clauses, d'où l'expression fréquente en pratique de « clauses RGPD ». Pour satisfaire aux exigences du texte, les contractants ont généralement recours à des clauses types. Cela leur permet en effet de s'épargner des efforts inutiles dès lors que le règlement impose un contenu et qu'il serait vain de vouloir faire preuve d'originalité. Les CCT peuvent également avoir un régime plus favorable (dispense d'autorisation en cas de transfert par exemple) et garantir une certaine sécurité juridique car recourir à des clauses rédigées par les autorités de contrôle permet *a priori* d'être certain qu'elles seront considérées comme à même de garantir la conformité.

49. Il serait fastidieux et peu intéressant de lister l'intégralité des stipulations obligatoires prévues par le RGPD ou les clauses types, à moins de rentrer dans le détail des mesures techniques à mettre en œuvre pour satisfaire ces exigences, ce qui conduirait à sortir de notre champ d'étude. Nous nous contenterons donc de présenter brièvement le contenu obligatoire des contrats de traitement conjoint (1), de sous-traitance (2) et de transfert (3).

1. Traitement conjoint

50. L'article 26 du RGPD prévoit que le contrat entre responsables du traitement conjoint doit préciser lequel des contractants doit remplir les différentes obligations prévues par le règlement, en particulier celles relatives à l'information de la personne concernée. Le texte ne fait pas mention des éléments précis devant être stipulés. La seule indication est que l'accord doit refléter la réalité¹⁵⁶, c'est-à-dire respecter le partage effectif des tâches entre les partenaires. Pour éviter que, malgré tout, un responsable ne soit tenté de se décharger de toute obligation en matière de protection des données, l'accord n'est pas opposable aux personnes concernées qui peuvent exercer leurs droits à l'égard de chacun des coresponsables¹⁵⁷.

2. Sous-traitance

51. L'article 28 précise de manière beaucoup plus détaillée le contenu du contrat de sous-traitance. Celui-ci doit définir l'objet et la durée du traitement, la nature et la finalité du

¹⁵⁵ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 488, p. 563.

¹⁵⁶ RGPD, art. 26, §2.

¹⁵⁷ RGPD, art. 26, §3.

traitement, le type de données à caractère personnel et les catégories de personnes concernées, ainsi que les obligations et les droits du responsable du traitement. Il doit surtout contenir un certain nombre d'obligations à la charge du sous-traitant¹⁵⁸ : il doit par exemple veiller à ce que les personnes autorisées à traiter les données à caractère personnel s'engagent à respecter la confidentialité – ce qui constitue une promesse de porte-fort – ou prendre les mesures requises pour garantir la sécurité du traitement. Plusieurs de ces stipulations mettent à la charge du sous-traitant une obligation d'assistance du responsable¹⁵⁹.

3. *Transfert*

52. Selon l'article 46, les clauses contractuelles doivent prévoir des « garanties appropriées », c'est-à-dire imposer un standard de protection des données personnelles et des droits de la personne concernée équivalent au standard européen. Pour cela, elles mettent à la charge de l'exportateur comme de l'importateur un certain nombre d'obligations. Le premier doit par exemple s'engager à répondre aux demandes de renseignements de la personne concernée ou des autorités de contrôle¹⁶⁰. Le second doit notamment mettre en place les mesures techniques et organisationnelles appropriées pour empêcher une fuite ou un accès non-authorized aux données, mettre en place des procédures assurant que les tiers qu'il autorise à accéder aux données respectent et préservent la confidentialité et la sécurité des données ou s'engager à coopérer de bonne foi avec les autorités de contrôle et la personne concernée¹⁶¹.

53. Le contrat doit également contenir des clauses garantissant, selon l'expression de l'article 46, des droits opposables et des voies de droit effectives aux personnes concernées. D'une part, le contrat doit conclure des clauses relatives au droit applicable et aux litiges. Les CCT désignent toutes le droit du pays où l'exportateur est établi¹⁶² car le droit de l'importateur pourrait venir contredire les engagements de l'importateur. Si elles peuvent permettre le recours à des modes alternatifs de règlement des différends, elles confèrent également la possibilité à la personne concernée d'agir devant les juridictions de l'Etat de l'exportateur¹⁶³. D'autre part

¹⁵⁸ RGPD, art. 28, §2, a) à h).

¹⁵⁹ V. *infra* n° 63 et s.

¹⁶⁰ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clauses 4, c) et d) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause I, d).

¹⁶¹ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause II.

¹⁶² CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 10 ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause IV ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 9.

¹⁶³ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 7, §1, b) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause V, c) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 7, §2.

et surtout, le contrat de transfert doit contenir une clause dite de « tiers bénéficiaire », c'est-à-dire une stipulation pour autrui. En effet, dans le cas du transfert, « *la situation des tiers concernés par les données est originale : ils sont au centre du dispositif, le contrat étant principalement fait pour assurer leur protection* »¹⁶⁴. Une stipulation pour autrui est donc nécessaire pour que, par dérogation à l'article 1199, alinéa 1^{er} du code civil, ils puissent demander l'exécution du contrat, qui fait naître des droits à leur profit. Elle leur permet de demander l'exécution en nature des droits qui leur sont conférés par les clauses contractuelles (droit à l'information, droit d'accès, droit de rectification), si les stipulants ne s'exécutent pas spontanément¹⁶⁵. Elle leur permet également, en cas d'inexécution, d'agir en responsabilité civile contractuelle. On peut relever que la stipulation pour autrui peut être rétractée tant qu'elle n'a pas été acceptée par le bénéficiaire¹⁶⁶ et que la personne concernée n'a pas nécessairement été en situation de l'accepter. La rétractation de la part de l'exportateur constituerait indéniablement une violation du RGPD mais *quid* en cas de rétractation de l'importateur, qui n'est pas soumis à la réglementation européenne ? C'est alors l'exécution en nature qui poserait difficulté car, s'agissant de la responsabilité civile, les personnes concernées pourraient poursuivre l'exportateur pour l'entier dommage¹⁶⁷. Elles pourraient aussi agir sur le fondement de la responsabilité civile extracontractuelle pour manquement à une obligation contractuelle valant fait illicite générateur de responsabilité délictuelle à leur égard¹⁶⁸. Cette voie leur permettrait de contourner l'éventuelle absence ou rétractation de la stipulation pour autrui ou, plus vraisemblablement, une éventuelle clause liée aux litiges ou à la responsabilité qui rendrait plus difficile l'indemnisation sur le fondement contractuel. En effet, si les clauses types sont censées en être exemptes¹⁶⁹, des clauses *ad hoc* pourraient en contenir. Dans ce cas, le principe de non-cumul des responsabilités ne s'opposerait pas à l'action du bénéficiaire quand bien même il pourrait aussi agir en responsabilité contractuelle¹⁷⁰ ; la solution inverse conduirait à reconnaître que le contrat peut nuire au tiers.

¹⁶⁴ J. Huet, *op. cit.*

¹⁶⁵ CCiv., art. 1206, al. 1.

¹⁶⁶ CCiv., art. 1206, al. 2.

¹⁶⁷ V. *infra* n° 100.

¹⁶⁸ Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. civ.*, n° 9 ; Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, publié.

¹⁶⁹ La désignation des juridictions de l'Etat de l'exportateur par le contrat – même si elle n'est pas présentée comme exclusive – pourrait se révéler défavorable au tiers résidant dans un autre Etat membre. Sur le fondement délictuel, on peut en effet retenir, comme *lex loci delicti* permettant d'assoir la compétence juridictionnelle, le lieu du dommage (en pratique, l'Etat de la victime) et non uniquement le lieu du fait générateur de responsabilité en cas de dissociation entre les deux (CPC, art. 46 ; CJCE, 30 novembre 1976, *Mines de Potasses d'Alsace*, aff. 21/76).

¹⁷⁰ Civ. 2^e, 23 janvier 1959, n° 57-10.063, *Bull. civ. II*, n° 80 : en cas de stipulation pour autrui tacite, le bénéficiaire peut renoncer à la stipulation et agir en responsabilité délictuelle (add. Com., 19 juin 1951, *D.*, 1951, p. 717, note Ripert non consultable) ; V. aussi, incluant la stipulation pour autrui parmi les exceptions au principe de non-cumul : H. Boucard, « Responsabilité contractuelle », *Rép. dt. civ.*, 2018, n° 60 et s.

Paragraphe 2 : La nature des exigences

54. Étudier la nature des exigences relatives à la formation du contrat revient à se demander si elles constituent des conditions de validité. Autrement dit, un contrat qui ne contient pas, par exemple, l'une des énonciations obligatoires prévues par le RGPD encourent-il la nullité ? Le RGPD et la loi de 1978 évoquent les sanctions administratives et pénales ainsi que la responsabilité civile encourues en cas de violation des obligations qu'ils contiennent mais sont silencieux sur les sanctions contractuelles. La nullité n'est pour autant pas à exclure car elle n'est pas nécessairement textuelle. Elle peut aussi être virtuelle, le respect d'une règle étant alors, dans le silence du texte, sanctionné par la nullité dès lors que « *les intérêts que tend à sauvegarder cette règle [sont] suffisamment importants pour justifier une telle sanction* »¹⁷¹. Certains auteurs estiment donc que le RGPD constitue un « *droit spécial des contrats* »¹⁷² ou qu'il fait du contrat informatique un « *contrat nommé pour ses dispositions traitant des données personnelles* »¹⁷³. Pour notre part, il nous semble que le règlement ne pose pas directement des règles de droit des contrats ; ce n'est pas son objet et il s'agirait d'un dépassement des compétences de l'UE¹⁷⁴. Si une nullité pouvait être prononcée en cas de manquement aux exigences du RGPD, ce serait nécessairement par l'intermédiaire du droit interne des contrats. Deux voies sont envisageables : la contrariété à l'ordre public et l'extra-commercialité.

55. Les exigences contractuelles du RGPD et de la loi Informatique et Libertés pourraient relever de l'ordre public. Les contrats qui ne les respecteraient pas encourraient la nullité sur le fondement des articles 6¹⁷⁵, 1102, alinéa 2¹⁷⁶ ou 1162¹⁷⁷ du code civil si le juge venait à estimer qu'elles étaient non seulement d'ordre public mais aussi sanctionnées par la

¹⁷¹ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 138, p. 174.

¹⁷² C. Alleaume, « Les données à caractère personnel comme objet des contrats », *AJ Contrat*, 2019, p. 373 qui estime également que le texte contient « de véritables conditions de formation du contrat de sous-traitance ».

¹⁷³ E. Le Quellenec, *op. cit.*

¹⁷⁴ Le règlement se fonde sur l'article 16 du TFUE autorisant l'UE à adopter des règles relatives au traitement des données à caractère personnel et, selon le principe des compétences d'attribution, les actes de l'Union ne peuvent contenir que des dispositions correspondantes à la base juridique invoquée (V. Constantinesco et V. Michel, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. dt. eur.*, 2011, n° 62 et s.). C. Alleaume, *op. cit.* estime que, dès lors que le RGPD établit des « règles relatives à la libre circulation des données » (RGPD, art. 1^{er}), il contient des règles de droit des contrats relatives aux actes permettant la collecte et le transfert de données. Néanmoins, le choix de retenir comme base juridique l'art. 16 TFUE, à l'exclusion des dispositions relatives au marché intérieur sur lesquelles s'appuyait la directive de 1995, conduit à écarter ce raisonnement.

¹⁷⁵ « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs ».

¹⁷⁶ « La liberté contractuelle ne permet pas de déroger aux règles qui intéressent l'ordre public ».

¹⁷⁷ « Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties ».

nullité. Si l'exigence de conformité à l'ordre public est généralement envisagée sous l'angle de la licéité du contenu, les articles 6 et 1102 en font une condition de validité plus large ; l'ensemble des exigences contractuelles du RGPD, et non pas uniquement celles relatives aux stipulations obligatoires, pourrait donc s'y rattacher. Le fait que les textes du droit des données personnelles ne relèvent pas du droit des contrats au sens strict n'y ferait pas obstacle. L'ordre public n'est pas nécessairement textuel, tel étant le cas lorsque le législateur dispose que tel contrat ou clause est prohibé ou qu'une règle est édictée à peine de nullité de toute convention contraire. Il peut aussi être virtuel. Il s'agit d'une notion souple qui peut recouvrir des règles qui n'ont pas en premier lieu vocation à régir les contrats si cela est nécessaire pour garantir leur effectivité. Dans le silence d'un texte, le juge peut juger que le respect d'une disposition (ou, plus largement, aux termes de l'article 1102, d'une « règle ») est « *nécessaire à la sauvegarde des intérêts de la société française* »¹⁷⁸. Compte-tenu de l'importance de la protection des données personnelles à l'époque contemporaine, ne serait-il pas le cas des règles contenues dans le RGPD ?¹⁷⁹ Répondre par l'affirmative permettrait d'annuler les contrats ne respectant pas les exigences de contenu obligatoire ou l'obligation de conclure un contrat de sous-traitance écrit. *Quid* en revanche s'agissant des exigences relatives au choix du contractant et, surtout, des cas où un écrit n'est pas expressément requis et où la logique du texte en fait plutôt une condition *ad probationem* ? Si la nullité pourrait être envisagée dans le premier cas car l'article 1102 fait de l'ordre public une limite à la liberté contractuelle envisagée dans toutes ses composantes, tel ne nous semble pas le cas dans la seconde hypothèse. Dans tous les cas, il faudrait en fait se demander quelle était l'intention du législateur ou du moins l'esprit de la règle pour déterminer si elle peut être sanctionnée par la nullité, ce qui pourrait être source de complications. Ce n'est de toute façon pas la voie empruntée par la jurisprudence.

56. Dans un arrêt remarquable de 2013¹⁸⁰, la Cour de cassation a annulé la cession d'un fichier client au double visa des anciens articles 1128 du code civil et 22 de la loi de 1978, qui prévoyait l'obligation de déclaration préalable : la vente « *d'un tel fichier, qui n'ayant pas été déclaré, n'était pas dans le commerce, avait un objet illicite* ». La voie ouverte par cette décision pourrait connaître des prolongements. Certes, la Cour n'avait pas fait application de l'ensemble des conditions de la loi de 1978 et ne s'était appuyée que sur l'exigence formelle de

¹⁷⁸ F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 487, p. 562.

¹⁷⁹ En ce sens : C. Alleaume, *op. cit.*

¹⁸⁰ Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037, *Bull. civ. IV*, n°108.

déclaration préalable¹⁸¹, supprimée par le RGPD. Mais, il ne faut pas s'arrêter au fondement retenu et relever le fait qu'il s'agit d'un cas d'extra-commercialité pour non-respect d'une réglementation impérative¹⁸². Le raisonnement de la Cour de cassation ne consiste pas à dire que les données personnelles ne sont pas dans le commerce mais qu'il faut respecter les exigences du droit des données personnelles pour qu'elles le soient¹⁸³. Parmi celles-ci, figurait l'obligation de déclaration préalable, sur laquelle s'est exclusivement concentrée la Cour, certainement pour des raisons d'opportunité car il était plus simple pour le juge du contrat de se limiter à ce contrôle (qui suffisait en l'espèce à annuler le contrat) que de vérifier le respect des exigences de fond, ce qui l'aurait conduit à affronter la complexité d'un droit qu'il n'est pas habitué à utiliser. Mais il faut aussi garder à l'esprit qu'il s'agissait de l'obligation permettant à la CNIL d'opérer son contrôle et dont le non-respect justifiait donc l'intervention d'un autre acteur. Or, sa suppression a eu comme contrepartie le renforcement de la contractualisation¹⁸⁴. Le formalisme contractuel peut donc être vu comme le pendant du formalisme administratif qui existait avant le RGPD, notamment en ce qu'il vise à faciliter le travail des autorités de contrôle. La solution instaurée par l'arrêt de 2013 pourrait donc perdurer pour les contrats réalisant des opérations relatives à des données personnelles qui ne respecteraient pas les conditions fixées par le RGPD pour que ces opérations soient licites. La suppression formelle de la référence à la commercialité en droit commun des contrats depuis l'ordonnance de 2016 n'y ferait pas obstacle car l'exigence de commercialité peut être incluse dans l'exigence de licéité du contenu¹⁸⁵ et car elle se retrouve toujours dans certains droits spéciaux¹⁸⁶. Cette voie serait plus appropriée que celle de l'ordre public car elle pourrait conduire, non pas à se demander si telle ou telle disposition est d'ordre public et sanctionnée par la nullité, mais à envisager dans son ensemble une réglementation impérative. Il faudrait pour cela que le juge franchisse le pas qu'il n'a pas voulu faire, mais que porterait en germe l'arrêt de 2013¹⁸⁷, en ne limitant pas son contrôle aux exigences formelles, même si, pour

¹⁸¹ Ce choix a été critiqué par certains auteurs qui ont reproché à la Cour l'excès de « formalisme » de la solution (par ex. : A. Debet, « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors du commerce », *JCP*, 2013, p. 1619), d'autant que les juges ont commis quelques maladresses dans l'application de l'article 22 car l'obligation de déclaration préalable était en l'espèce à la charge de celui qui demandait la nullité.

¹⁸² V. la typologie proposée par F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 508 et s., p. 588 et s.

¹⁸³ En ce sens : A. Debet, *op. cit.* V. aussi J. Rochfeld, « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », précité pour qui les données personnelles sont des « biens aliénables ».

¹⁸⁴ V. *supra* n° 31.

¹⁸⁵ En ce sens : G. Chantepie et M. Latina, « Le nouveau droit des obligations », Hors coll., Dalloz, 2^{ème} éd., 2018, n° 403, p. 349.

¹⁸⁶ CCiv., art. 1598 pour la vente par exemple.

¹⁸⁷ Rappr. : J. Rochfeld, *op. cit.* qui considère que contrôler « l'ensemble des conditions mises à la constitution licite d'un fichier de données et à sa cession [...] serait dans la logique du pas que la Cour de cassation a franchi ».

s'acclimater au droit des données personnelles, il pourrait d'abord ne s'intéresser qu'aux formes et énonciations obligatoires, qui rappellent ce qu'il connaît dans d'autres matières.

57. Indépendamment du fondement retenu, l'éventuelle nullité appelle trois observations. S'agissant d'abord de son étendue, la nullité ne serait utile que si elle touchait le contrat dans son entier et non une seule clause puisque le RGPD impose des énonciations devant figurer dans le contrat pour que l'opération dans son ensemble soit licite. S'agissant ensuite de son caractère, la contrariété à l'ordre public comme l'extra-commercialité conduisent à retenir une nullité absolue car si les intérêts privés – de la personne concernée – ne sont pas étrangers aux droits des données, celui-ci vise avant tout à protéger l'intérêt général¹⁸⁸. S'agissant enfin de son utilité, la nullité n'est forcément de la sanction la plus pertinente car elle pourrait être invoquée par l'une des parties, indifférente à la protection des données mais qui souhaiterait voir tomber le contrat. Pour qu'elle ait un sens, il faudrait surtout qu'il y ait effectivement restitution ou destruction des données par celui qui les a reçues grâce au contrat¹⁸⁹. Son prononcé montrerait néanmoins l'attachement du juge au respect de la protection des données personnelles. Il inciterait aussi les professionnels du secteur de l'informatique à respecter le droit des données personnelles pour éviter que leurs conventions ne soient invalidées¹⁹⁰.

Section 2 : La prévention de l'inexécution du contrat

58. Le droit des données personnelles contient peu de dispositions relatives à la sanction de l'inexécution des stipulations qu'il impose. Des CCT prévoient un droit de résiliation conventionnelle¹⁹¹. Mais, dans le RGPD¹⁹², la sanction des stipulations obligatoires se confond avec celle du règlement et n'est donc pas intéressante du point de vue du droit des contrats. En revanche, le droit des données contient des mécanismes de prévention de l'inexécution. Il n'est en effet pas indifférent au respect du contrat car les stipulations de celui-ci ne satisfont pas seulement les intérêts privés des parties, à qui il reviendrait de faire respecter ou non leurs droits, mais aussi l'intérêt des personnes concernées et l'intérêt général. Cette prévention peut passer par le contrôle (paragraphe 1) ou l'assistance du cocontractant (paragraphe 2).

¹⁸⁸ CCiv., art. 1179.

¹⁸⁹ V. *infra* n° 67 et s.

¹⁹⁰ Rappr. A. Debet, *op. cit.* pour qui l'arrêt de 2013 va « inciter un secteur d'activité très dynamique à être particulièrement vigilant s'agissant de ses obligations déclaratives ».

¹⁹¹ Par ex. : CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause VI.

¹⁹² Sur l'application des sanctions du droit des contrats : v. *infra* n° 108 et s.

Paragraphe 1 : La prévention par le contrôle du cocontractant

59. Ce premier mécanisme de prévention de l'inexécution ne se retrouve pas en matière de traitement conjoint car les deux parties ont alors un rôle similaire et sont jugées également capables, et responsables, de respecter le droit des données personnelles. Dans les autres cas, l'exportateur et le responsable du traitement sont chargés du contrôle de leur cocontractant, le terme contrôle devant être pris dans ses deux sens : la direction (A) et la vérification (B).

A. Direction

60. La direction d'une partie par l'autre se retrouve avant tout en matière de sous-traitance. En effet, le sous-traitant ne peut, en principe, traiter les données que sur instruction documentée du responsable du traitement, ce qui doit être prévu dans le contrat¹⁹³. Autrement dit, le responsable du traitement se voit attribuer un droit unilatéral de déterminer les conditions du traitement. Plus qu'un droit, il s'agirait d'un devoir car le responsable est obligé de l'exercer et ne peut y renoncer au profit du sous-traitant puisque la direction du sous-traitant est une caractéristique de la sous-traitance. A défaut, l'opération, et donc le contrat, encourent la requalification, le RGPD précisant que si, en violation du texte, un sous-traitant détermine les finalités et les moyens du traitement, il est considéré comme un responsable du traitement¹⁹⁴. En matière de transfert de responsable à sous-traitant, la direction de l'importateur sous-traitant est d'ailleurs présentée comme une obligation de l'exportateur par les CCT¹⁹⁵.

B. Vérification

61. Le responsable du traitement et l'exportateur ont le droit voire l'obligation de vérifier la bonne exécution par le sous-traitant ou l'importateur de ses obligations et d'agir en conséquence. Cette soumission de l'importateur et du sous-traitant aux vérifications de leur contractant est d'abord présentée comme une obligation pesant sur leur tête. Ainsi, le contrat de sous-traitance doit prévoir l'obligation pour le sous-traitant de mettre « *à la disposition du*

¹⁹³ RGPD, art. 28, §3, a).

¹⁹⁴ RGPD, art. 28, §10.

¹⁹⁵ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 4, b) : l'exportateur accepte et garantit qu'il « a chargé, et chargera pendant toute la durée des services de traitement de données à caractère personnel, l'importateur de données de traiter les données à caractère personnel transférées pour le compte exclusif de l'exportateur de données et conformément au droit applicable à la protection des données et aux présentes clauses ».

responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect des obligations prévues [par l'article 28] et pour permettre la réalisation d'audits »¹⁹⁶. De même, les CCT prévoient que l'importateur doit se soumettre à la vérification ou certification de la conformité aux clauses¹⁹⁷. Mais, il s'agit également d'une obligation pour le responsable du traitement¹⁹⁸ ou l'exportateur. En effet, l'obligation d'assurer la conformité des traitements dont ils sont responsables leur interdit de se désintéresser de ce que fait l'importateur ou le sous-traitant. Certaines CCT font d'ailleurs explicitement de la vérification une obligation pesant sur l'exportateur ou le responsable du traitement¹⁹⁹. Sous l'empire de la directive, la CNIL a aussi pu condamner un responsable du traitement, à la suite d'une fuite de données imputable au sous-traitant, pour ne pas avoir pris toutes précautions utiles pour assurer la sécurité des données et, en particulier, pour n'avoir fait procéder à aucun audit²⁰⁰.

62. Ce droit ou devoir de vérification passe en effet par la mise en place d'audits. Dans le cas de la sous-traitance, celui-ci peut par exemple inclure l'audit du lieu où se trouvent les serveurs sur lesquels les données sont traitées et stockées, l'audit de la logique (l'algorithme) utilisées au cours des différentes étapes du traitement ou l'audit des mesures de sécurité mises en place par le sous-traitant²⁰¹. Si les parties le souhaitent, elles peuvent préciser ou limiter les mesures pouvant être mises en œuvre par le responsable ou l'exportateur, qui doivent toujours permettre une vérification effective des modalités du traitement.

Paragraphe 2 : La prévention par l'assistance du cocontractant

63. Ce second mécanisme de prévention pourrait se retrouver dans les trois types de contrats étudiés. Une certaine logique de coopération semble être inhérente au traitement conjoint puisque les responsables *déterminent conjointement* les modalités du traitement. Nous n'utiliserons néanmoins que des illustrations tirées de la sous-traitance et du transfert car les obligations d'assistance matérielle (A) ou informationnelle (B) y sont plus détaillées.

¹⁹⁶ RGPD, art. 28, §3, h).

¹⁹⁷ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, d) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause II, g) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 5, f) (v. également la clause 12, §2 prévoyant une obligation similaire pour le sous-traitant ultérieur).

¹⁹⁸ V. sous l'empire de la directive, l'opinion du G29 estimant qu'il s'agit d'un « devoir de supervision » (*duty of supervision*) : G29, WP 232, « Opinion 02/2015 on C-SIG Code of Conduct on Cloud Computing », p. 11.

¹⁹⁹ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 4, e) et j) (l'exportateur doit veiller au respect des clauses) ; CNIL, exemple de clauses pour la sous-traitance, 2017, clause V, §4.

²⁰⁰ CNIL, délibération 2014-298, 7 août 2014 validée par CE, 30 décembre 2015, n° 385019, *Société Orange, Lebon*.

²⁰¹ Groupe de travail de l'article 29, opinion précitée, p. 11.

A. Obligations d'aide matérielle

64. Les obligations d'assistance matérielle existent en matière de sous-traitance, car le présumé – qui n'est pas nécessairement vérifié car de nombreux contrats n'ayant rien à voir avec l'informatique peuvent impliquer la sous-traitance de données personnelles – est que le sous-traitant est plus compétent que le responsable en la matière²⁰². Le contrat doit ainsi contenir, d'une part, l'obligation pour le sous-traitant d'aider le responsable du traitement, par des mesures techniques et organisationnelles appropriées, dans toute la mesure du possible, à s'acquitter de son obligation de donner suite aux demandes des personnes concernées²⁰³ et, d'autre part, celle de l'aider à garantir le respect des articles 32 à 36, compte tenu de la nature du traitement et des informations à la disposition du sous-traitant²⁰⁴. Cette seconde obligation renvoie à la sécurité du traitement, à la notification à l'autorité de contrôle et à la personne concernée en cas de fuite de données, à la réalisation d'études d'impact et à l'éventuelle consultation préalable de l'autorité de contrôle. L'expression « dans toute la mesure du possible » ainsi que la référence à la nature du traitement et aux informations disponibles indiquent qu'il s'agit d'obligations de moyen. Sauf lorsqu'il s'agit également d'un cas de sous-traitance, ces obligations ne se retrouvent pas en matière de transfert, où fleurissent en revanche les obligations d'information.

B. Obligations d'information

65. En matière de sous-traitance, compte-tenu du présumé que l'on vient de rappeler, les obligations d'information sont à la charge du sous-traitant. Celui-ci doit informer immédiatement le sous-traitant s'il estime qu'une instruction constitue une violation du droit des données personnelles²⁰⁵. C'est la seule obligation d'information explicitement contenue dans le RGPD. Mais, cette disposition, combinée à l'obligation de choisir un sous-traitant présentant des garanties appropriées, fonderait pour certains un véritable devoir de conseil à la charge du sous-traitant, tel qu'il existe en matière de contrats informatiques²⁰⁶.

²⁰² Cf. l'obligation de choisir un sous-traitant présentant des garanties suffisantes (v. *supra* n° 45).

²⁰³ RGPD, art. 28, §3, e).

²⁰⁴ RGPD, art. 28, §3, f).

²⁰⁵ RGPD, art. 28, §3, *in fine*.

²⁰⁶ A. Cruquenaire et J.-F. Henrotte, « Le devoir de conseil dans le RGPD : *bis repetita placent* ? », *Mélanges Yves Poullet*, Coll. du CRIDS, Larcier, 2018, p. 599 ; A. Banck, « GDPR et sous-traitance : un nouveau devoir de conseil ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 36 ; *add.* G. Desgens-Pasanau, *La protection des données personnelles*, précité, n° 118, p. 49.

66. En matière de transfert, en revanche, les obligations d'information sont réciproques. D'une part, les CCT prévoient l'obligation pour l'importateur d'informer l'exportateur de toute législation nationale qui pourrait compromettre l'exécution des clauses²⁰⁷ voire, plus généralement, s'il est dans l'incapacité de s'y conformer pour quelque raison que ce soit²⁰⁸. Dans un tel cas, les clauses prévoient généralement la possibilité pour l'exportateur de suspendre le transfert ou de résilier le contrat²⁰⁹. Le risque est donc que l'importateur soit réticent à satisfaire son obligation d'information car elle pourrait lui faire perdre un contrat. D'autre part, l'exportateur doit aider l'importateur à respecter le standard européen de protection des données. Pour cela, il peut être amené à lui communiquer les textes pertinents²¹⁰.

Section 3 : Le sort des données lors de l'extinction du contrat

67. Le sort des données lors de l'extinction du contrat est une problématique importante dès lors que leur protection est, justement, assurée par celui-ci. Elle soulève deux enjeux principaux : la restitution des données et le maintien de leur protection si la partie qui les a reçues grâce au contrat les conserve. Nous les évoquerons conjointement en distinguant plutôt selon que l'extinction est non pathologique (paragraphe 1) ou pathologique (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Extinction non pathologique

68. L'extinction peut être dite non pathologique lorsqu'elle procède, par exemple, de l'arrivée du terme ou de la mise en œuvre d'une faculté de résiliation. Il faut alors partir d'un exercice de qualification. D'une part, le contrat en cause peut porter à titre principal sur la mise à disposition de données. Il en va par exemple ainsi de la cession d'un fichier client. Dans ce cas, « *l'opération de transfert de données est une cession d'information, ou du moins une mise à disposition définitive, et donc relève de la catégorie des contrats translatifs de propriété* »²¹¹. Partant, il n'y a pas d'obligation de restitution des données à la fin du contrat. D'autre part, le traitement de données personnelles peut n'être que l'accessoire d'une prestation principale. Il en va ainsi en matière d'infogérance ou du *cloud computing* ; la prestation principale est la

²⁰⁷ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, a) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause II, c) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 5, b).

²⁰⁸ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 5, a).

²⁰⁹ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, a) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 5, a) et b).

²¹⁰ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause I, c)

²¹¹ J. Huet, *op. cit.*

prestation de services informatiques. Dans le cas du *cloud computing*, la qualification est débattue²¹² : certains plaident pour la qualification en dépôt²¹³ ; d'autres lui préfèrent une qualification en contrat d'entreprise car un dépôt ne pourrait pas porter sur une chose immatérielle ni n'être constitué par une obligation accessoire – et non principale – de garde de la chose²¹⁴. L'argument le plus convaincant, et qui exclut la qualification en dépôt, nous semble être celui tiré du fait que les données sont téléchargées et non remises ; il n'y a donc pas remise de la chose mais simplement transfert de copies²¹⁵. Quoi qu'il en soit, il s'agit d'un contrat n'emportant pas transfert de propriété et l'exclusion de la qualification en dépôt n'empêche pas que le contrat fasse naître des obligations similaires à celles qui prévalent pour ce contrat²¹⁶. La restitution des données s'impose donc. Le droit des données vient compléter ces réponses du droit commun. Le contrat de sous-traitance doit contenir l'obligation pour le sous-traitant, au terme de la prestation de service, de, selon le choix du responsable du traitement, supprimer les données ou les renvoyer au responsable, en détruisant les copies, à moins qu'une obligation textuelle ne l'oblige à les conserver²¹⁷. L'expression « terme de la prestation de service » doit être entendue largement et ne renvoie pas qu'à l'arrivée du terme du contrat. De manière générale, y compris dans l'hypothèse d'un traitement conjoint par exemple, celui qui conserverait des données alors qu'il était censé les restituer serait en faute au regard du RGPD. Le traitement ne serait plus finalisé puisque la finalité aurait disparu²¹⁸ et la personne concernée pourrait demander la suppression des données la concernant²¹⁹. S'agissant du transfert, les CCT relatives à la sous-traitance rappellent l'obligation de destruction ou restitution²²⁰ tandis que celles relatives au transfert de responsable à responsable (qui s'appliquent plutôt pour les cessions) prévoient le maintien des obligations relatives à la protection des données en cas de résiliation²²¹, maintien qui ne peut toutefois pas être perpétuel²²².

²¹² V. sur ce débat et sur les obligations relatives à la protection des données pouvant être tirées du droit commun G. Brunaux, « Cloud computing, protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux? », *D.*, 2013, p. 1158.

²¹³ J. Huet, *op. cit.* ; P.-Y. Gautier, « Du contrat de dépôt dématérialisé : l'exemple du *cloud computing* », *La communication numérique* (dir. B. Teyssié), éd. Panthéon-Assas, 2012, p. 157.

²¹⁴ P. Le Tourneau, « Dépôt », *Rép. dt. com.*, 2018, n°4.

²¹⁵ G. Brunaux, *op. cit.*

²¹⁶ V. par ex. : Civ. 1^{ère}, 19 mai 1992, n° 90-19.995, *Bull. civ. I*, n° 146 : un contrat de soin et d'hébergement fait naître pour la clinique une obligation de surveillance des bijoux dont la patiente s'est dessaisie.

²¹⁷ RGPD, art. 28, §3, g).

²¹⁸ Cf. RGPD, art. 5 et art. 6.

²¹⁹ RGPD, art. 17, §1, a).

²²⁰ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clause 12, §1.

²²¹ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 9 ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause VI, d).

²²² CCiv, art. 1210.

Paragraphe 2 : Extinction pathologique

69. L'extinction est pathologique en cas de nullité ou de résolution pour inexécution. Dans le premier cas, la disparition est rétroactive. La restitution effective des données est alors essentielle pour que la sanction par la nullité ait un sens ; sinon, celui qui aurait reçu les données pourrait continuer à les traiter sans encadrement contractuel. Dans le second, selon que les prestations échangées aient ou non trouvé leur utilité au fur et à mesure de l'exécution réciproque²²³, il n'y pas nécessairement lieu à restitution. En outre, l'article 1230 du code civil dispose que la résolution peut laisser survivre les clauses « *destinées à produire effet même en cas de résolution, telles les clauses de confidentialité et de non-concurrence* ». Cette liste n'est pas exhaustive et il serait dans la logique des stipulations relatives à la protection des données (parmi lesquelles, des clauses de confidentialité) de produire effet après la résolution. En effet, si le sous-traitant ou le responsable conjoint conserve des données à l'issue du contrat, il reste soumis à l'obligation de conformité au RGPD, que les clauses visent essentiellement à préciser. Certaines CCT de transfert stipulent d'ailleurs le maintien de ces stipulations en cas de résiliation ; on peut estimer qu'il en va de même en cas de résolution, d'autant qu'elles prévoient que l'exportateur peut résilier le contrat en cas d'inexécution de l'importateur²²⁴. S'agissant des restitutions, celui qui conserverait les données sans y avoir droit serait en faute au regard du droit des données²²⁵. Le cas problématique est celui du transfert. En cas de nullité, l'importateur doit restituer ou détruire les données mais il n'est pas passible de sanctions puisqu'il n'est pas soumis au RGPD. Il faut espérer que l'exportateur demande la restitution, ce dont il n'a pas forcément intérêt, tandis que l'effectivité de la restitution ou destruction est difficile à contrôler car, à défaut de contrat, il n'existe plus de mécanisme de vérification.

70. Cette difficulté montre que des limites peuvent apparaître lorsque l'on cherche à utiliser un instrument conçu pour servir des intérêts privés pour atteindre un objectif d'intérêt général. Maintenant que l'on a fait le point sur l'ampleur des interactions entre le contrat et la protection des données personnelles, il est donc nécessaire d'en faire une étude critique.

²²³ CCiv., art. 1229.

²²⁴ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, a) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause VI.

²²⁵ Cf. *supra* n° 68 ; s'agissant du droit à l'effacement, s'appliquerait l'art. 17, §1, a) (disparition de la finalité) en cas d'extinction non rétroactive et l'art. 17, §1, d) (traitement illicite) en cas d'extinction rétroactive car, la finalité étant réputée n'avoir jamais existée, le traitement est considéré être illicite depuis le début.

Partie 2 : La confrontation du contrat au droit de la protection des données personnelles

71. Étudier la confrontation du contrat au droit de la protection des données personnelles ne revient pas à faire le postulat d'une opposition entre eux. Le terme confrontation doit être entendu au sens de comparaison. Il s'agit d'approfondir l'analyse des interactions entre le contrat et la protection des données en les étudiant successivement au regard des caractéristiques essentielles de chacun des termes de la comparaison. En se plaçant, successivement du côté du contrat puis du droit de la protection des données personnelles, l'analyse conduit à relever la compatibilité du contrat avec la protection des données personnelles (chapitre 1) puis à regretter l'efficacité limitée du contrat pour la protection des données personnelles (chapitre 2).

Chapitre 1 : La compatibilité du contrat avec la protection des données personnelles

72. Le droit des données personnelles révèle un usage singulier du contrat. Si l'on pourrait douter de sa compatibilité avec le mécanisme contractuel (section 1), on peut en définitive affirmer celle-ci (section 2).

Section 1 : Doutes sur la compatibilité avec le mécanisme contractuel

73. L'article 1101 du code civil définit le contrat comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* ». Cette définition renvoie à une conception classique du contrat, qui est caractérisé par une procédure, l'accord de volontés, et des effets, portant sur des obligations. Compte tenu du rôle donné à la volonté, et sans parler de théorie de l'autonomie de la volonté qui n'a jamais été consacrée par le Code civil²²⁶, cette conception accorde une place importante à la liberté

²²⁶ J.-E.-M. Portalis, « Exposé des motifs du titre préliminaire », *Écrits et discours juridiques et politiques*, PUAM, 1988, p. 77 : « Des jurisconsultes ont poussé le délire jusqu'à croire que des particuliers pouvaient traiter entre eux comme s'ils vivaient dans ce qu'ils appellent l'état de nature, et consentir tel contrat qui peut convenir à leurs intérêts, comme s'ils n'étaient gênés par aucune loi [...] Le maintien de l'ordre public dans la société est la loi suprême. Protéger des conventions contre cette loi suprême, ce serait placer des volontés particulières au-dessus de la volonté générale, ce serait dissoudre l'Etat ».

individuelle et donc, pour ce qui nous intéresse, à la liberté contractuelle. Le choix de la conserver à l'occasion de la réforme a pu être regretté²²⁷. La doctrine moderne a en effet critiqué et complété la conception classique. D'une part, des auteurs ont mis en avant la diversification des effets du contrat qui pourrait être créateur de normes juridiques²²⁸. D'autre part, d'autres ont minimisé, voire écarté²²⁹, la place de l'accord de volonté comme critère du contrat et montré que le contrat vise avant tout à satisfaire des intérêts²³⁰. Ainsi, Mme. Lequette a récemment proposé de définir le contrat comme « *une norme juridique qui constitue le cadre d'une opération finalisée par les intérêts des parties* »²³¹. Si ce renouvellement de la notion de contrat ne doit pas être ignoré, la conception classique reste pertinente, d'autant que les travaux contemporains visent pour la plupart à la préciser, non à la contredire²³². Aussi, pour faire une synthèse on peut retenir que le contrat est, d'une part, un accord de volontés libres, servant les intérêts des parties et, d'autre part, qu'il a pour effet principal et pas nécessairement exclusif de créer des obligations nouvelles. Le droit des données personnelles semble heurter ce noyau dur de la notion de contrat. On peut donc douter de sa compatibilité avec le mécanisme contractuel. D'une part, s'agissant de la procédure contractuelle, tant la place des intérêts individuels que celle de liberté contractuelle se trouvent minimisés (paragraphe 1). D'autre part, s'agissant des effets du contrat, celui-ci est utilisé pour relayer des obligations textuelles (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Au regard de la procédure contractuelle

74. On peut d'abord douter de la compatibilité de la protection des données personnelles avec le mécanisme contractuel dès lors qu'elle implique un dépassement des intérêts individuels (A) et une atteinte à la liberté contractuelle (B).

A. Dépassement des intérêts individuels

75. Quelle que soit la définition qu'elle retient, la doctrine s'accorde pour dire que le contrat est au service des intérêts individuels des parties. D'une part, si l'on retient une approche

²²⁷ S. Lequette, « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2018, p. 541.

²²⁸ P. Ancel, *op. cit.* ; J. Ghestin, *op. cit.* ; *Id.*, « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147.

²²⁹ G. Rouhette, *Contribution critique à l'étude de la notion de contrat*, Thèse, Paris, 1965. Recensée par L. Castro, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 51.

²³⁰ S. Lequette, *op. cit.*

²³¹ *Ibid.*

²³² J. Ghestin, « La notion de contrat », *op. cit.*

centrée sur la volonté, le contrat est avant tout un engagement volontaire. Certes, l'on peut tout à fait concevoir qu'une personne s'oblige pour gratifier autrui si elle en a de solides raisons²³³, qui ne sont d'ailleurs pas nécessairement purement désintéressées. Mais, de manière générale, sauf à se fonder sur une vision de l'Homme meilleur qu'il ne l'est réellement, une personne accepte de contracter quand elle estime que cela est dans son intérêt car, à raisonner sur le cas classique d'un contrat commutatif, elle regarde l'avantage qu'elle obtient comme équivalent à celui qu'elle reçoit²³⁴. Partir du principe que le contrat n'est qu'au service des intérêts individuels n'est en rien problématique car une conjonction, encadrée par le droit, des intérêts individuels peut aboutir à une organisation pacifiée de la société²³⁵ et que l'intérêt général peut être poursuivi par d'autres instruments. D'autre part, si l'on retient une approche renouvelée du contrat, telle que celle proposée par Mme. Lequette, ce sont toujours les intérêts *des parties* qui sont pris en charge par le contrat. Dans tous les cas, placer la poursuite des intérêts des parties au cœur de la notion de contrat est cohérent avec sa fonction économique puisque, traditionnellement, il est « *avant tout le reflet juridique d'une opération économique* »²³⁶.

76. Le droit des données personnelles retient une conception bien différente du contrat car les stipulations qu'il impose servent à garantir la protection des données personnelles, soit un objectif d'intérêt général, ainsi que les droits des personnes concernées, soit les intérêts des tiers²³⁷. Comme l'on peut difficilement attendre que les parties adoptent spontanément de telles stipulations, s'ajoute une atteinte à la liberté contractuelle.

B. Atteinte à la liberté contractuelle

77. Dans bien des domaines, les dispositions d'ordre public se sont multipliées. Constater les atteintes à la liberté contractuelle est donc devenu chose fréquente. Mais, dans le cas qui nous intéresse, l'atteinte n'est-elle pas si grande que l'on quitte le domaine du contrat ? Les exigences relatives à la formation du contrat contenues dans le droit des données

²³³ Le contrôle des motifs en matière de libéralités est ainsi renforcé (CCiv., art. 1135, al. 2).

²³⁴ CCiv., art. 1107.

²³⁵ V. sur le « libéralisme des causes secondes » qui guidait les rédacteurs du Code civil : Y. Lequette « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, Brill, 2017, n°39, p. 67 : « Il s'agit, partant du constat que l'homme est irrémédiablement imparfait et égoïste, de lui laisser les défauts de sa nature et de les faire tourner au bien de la société en usant de dispositifs adaptés – famille, propriété, contrat, responsabilité civile – qui prennent appui sur une recherche raisonnable de l'intérêt particulier. Autrement dit, ils ont tablé pour organiser la société civile sur le fait que les hommes portent très naturellement plus d'attention à leurs intérêts propres qu'à ceux d'autrui ».

²³⁶ M. Mekki, *op. cit.*, n°4.

²³⁷ V. *supra* n° 40.

personnelles viennent limiter trois des quatre volets de la liberté contractuelle exprimés à l'article 1102 du code civil : la liberté de choisir son cocontractant, celle de déterminer la forme et celle de déterminer le contenu. Dans la plupart des cas, les parties se contentent de recopier des clauses types dont la stipulation et le contenu n'émanent en rien de leur volonté. On peut légitimement se demander ce qu'il y a de contractuel dans une telle opération, d'autant que les obligations prévues par ces clauses sont souvent les mêmes que celles imposées par les textes.

Paragraphe 2 : Au regard des effets du contrat

78. On peut ensuite douter de la compatibilité avec le mécanisme contractuel car le contrat est utilisé par le droit des données personnelles comme un relai d'obligations textuelles. Une fois que l'on a fait ce constat (A), il faut tenter de trouver les explications (B) de cette situation atypique avant de se demander qu'elles pourraient en être les conséquences (C).

A. Constat

79. En matière de transfert, le contrat sert à exporter des obligations textuelles (1) tandis que, dans les autres cas, il ne fait que les reprendre (2).

1. Le cas du transfert de données : « l'exportation » des obligations textuelles

80. Pour garantir un niveau approprié de protection des données, les clauses contractuelles peuvent prévoir l'application de l'intégralité de la législation pertinente de l'Etat de l'exportateur. Les CCT pour le transfert de responsable à responsable prévoient cette possibilité²³⁸ mais pas celles relatives à la sous-traitance. Ce n'est de toute façon qu'une option et les parties peuvent toujours²³⁹ préférer appliquer des principes de traitement fixés par le contrat²⁴⁰. Mais, ceux-ci doivent garantir le respect des éléments fondamentaux de la réglementation européenne : finalisation des traitements, transparence pour la personne concernée, sécurité et confidentialité ou encore interdiction de principe des décisions

²³⁸ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, b) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause II, h), i).

²³⁹ CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2001, clause 5, b) ; CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause II, h), ii) ; CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clauses 4, d) et 5, c).

²⁴⁰ Ou, dans le cas des pays ayant fait l'objet d'une décision d'adéquation conditionnée, comme les États-Unis, le droit du pays de l'importateur sous réserve du respect des conditions fixées par la décision (certification par ex.).

automatisées²⁴¹. Aussi, les parties ne peuvent pas véritablement s'éloigner du modèle du droit européen. Dans un cas comme dans l'autre, le contrat sert donc à exporter la réglementation européenne et est entièrement au service de celle-ci, non des parties. En même temps, son utilité est incontestable puisqu'il sert à relayer des obligations qui ne seraient sinon pas applicables. Tel n'est pas le cas lorsque les parties seraient de toute façon assujetties à ces obligations.

2. Les autres cas : la reprise des obligations textuelles

81. En dehors du cas du transfert, le contrat se contente pour une large part de reprendre des obligations textuelles. En matière de traitement conjoint, le contrat ne vise pas à créer des obligations nouvelles mais à préciser comment les responsables conjoints se partagent les obligations relatives à la protection des données, notamment à l'égard des personnes concernées ; il est inopposable à la personne concernée, qui peut s'adresser au responsable pour demander l'exécution d'une obligation qui existe indépendamment du contrat. En matière de sous-traitance également le contrat se contente de reprendre les obligations du RGPD. Parfois, le contrat doit simplement énoncer que le sous-traitant s'engage à respecter les obligations prévues par d'autres dispositions du règlement²⁴². Sinon, il doit contenir une obligation qui n'est pas formulée par ailleurs²⁴³. Mais, les parties sont obligées par le règlement de prévoir des stipulations contractuelles dont le contenu est déterminé par le texte. L'intermédiation par le contrat est donc purement artificielle puisque le règlement pourrait s'appliquer directement sans celle-ci ; les parties peuvent d'ailleurs être sanctionnées directement sur le fondement du règlement si elles ne prévoient pas et ne respectent pas ou plus les principes relatifs à la protection des données qui doivent être rappelés dans le contrat. On peut donc y voir un cas de « clause légale », phénomène étudié par M. Revet qui le définit ainsi : « *la clause légale est la stipulation contractuelle dont le libellé provient (directement ou en qualité d'accessoire) d'un texte normatif [...] : un contrat contient ce type de clause parce qu'elle est formulée par la loi (lato sensu) en vue d'être reprise dans l'instrumentum des actes entrant dans le champ d'application du texte qui l'impose* »²⁴⁴. Ces clauses sont présentées par les textes comme des

²⁴¹ V. par ex. : CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, annexe A.

²⁴² Ex : RGPD, art. 28, §3, c) : « prend toutes les mesures requises en vertu de l'article 32 » ; d) : « respecte les conditions visées aux paragraphes 2 et 4 pour recruter un autre sous-traitant ».

²⁴³ Ex : RGPD, art. 28, §3, b) : « veille à ce que les personnes autorisées à traiter les données à caractère personnel s'engagent à respecter la confidentialité ou soient soumises à une obligation légale appropriée de confidentialité » ; h) : « met à la disposition du responsable du traitement toutes les informations nécessaires pour démontrer le respect des obligations prévues au présent article et pour permettre la réalisation d'audits, y compris des inspections, par le responsable du traitement ou un autre auditeur qu'il a mandaté, et contribuer à ces audits ».

²⁴⁴ T. Revet, *op. cit.*, n° 5, p. 280.

stipulations contractuelles à part entière, contrairement aux cas où est seulement imposé le rappel dans l'acte d'une disposition légale²⁴⁵. Il y a néanmoins une confusion entre la loi et le contrat car il ne s'agit que de « *stipulations virtuelles* »²⁴⁶. La contractualisation en matière de protection des données pourrait aussi se rapprocher du phénomène de la contractualisation d'obligations légales, c'est-à-dire des contrats reprenant des obligations légales préexistantes²⁴⁷, mais l'on verra que la situation est, en fait, différente. Dans tous les cas, ce besoin que trouve le règlement à exiger qu'il soit répété par le contrat demande à être expliqué.

B. Explications

82. La transformation du contrat en instrument servant à relayer des obligations textuelles peut s'expliquer par deux phénomènes contemporains affectant la loi (*lato sensu*) : d'une part, l'opposition entre territorialité de la loi et ubiquité du numérique (1) ; d'autre part, la perte d'autorité du commandement législatif (2).

1. *Territorialité de la loi et ubiquité du numérique*

83. Le site d'une entreprise française peut être consulté par un italien qui y rentre des données personnelles et être hébergé en Inde ; une entreprise belge peut avoir recours aux services de *cloud computing* d'une entreprise chinoise pour utiliser depuis Bruxelles un logiciel hébergé à Pékin. Rappeler ainsi que le numérique est caractérisé par l'ubiquité est presque devenu un lieu commun. Le fait que les données numériques soient à la fois partout et nulle part ne signifie pas que tous les droits ni aucun ne trouvent à s'appliquer mais la détermination du droit applicable pose nécessairement question²⁴⁸. On peut y voir une simple question de droit international privé mais la problématique est d'autant plus complexe lorsque, à la question technique du rattachement à un Etat, se greffe une opposition de valeurs ; il en va ainsi en matière de protection des données car le modèle européen, s'il n'est pas parfait, vise à assurer une forte protection des données personnelles, érigée en droit fondamental, ce qui n'a rien d'universel. En outre, de nouvelles formes de réglementation doivent être développées pour

²⁴⁵ Elles se distinguent aussi des cas où le rappel de la loi est purement volontaire (sur lesquels, v. C. Pérès, « Le renvoi à la loi ou la reproduction de la loi dans l'acte notarié », *JCP N*, 2012, 4, p. 34).

²⁴⁶ T. Revet, *op. cit.*

²⁴⁷ J. Rochfeld, *La contractualisation des obligations légales. La figure du contrat pédagogique*, précité.

²⁴⁸ Sur les solutions de conflit de lois en matière de données personnelles, v. : D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 2, Partie spéciale*, Thémis, PUF, 4^{ème} éd., 2017, n° 644-1, p. 39.

régir des situations qui ne pourraient pas être incluses dans le champ d'application spatial, même extraterritorial, d'un texte²⁴⁹. C'est dans cette logique que s'inscrit le recours au contrat en matière de transfert de données. Il permet en effet « d'atteindre » des personnes qui ne sont pas soumises au droit européen mais qui traitent des données transférées par des personnes qui le sont. L'idée est de déléguer à des personnes privées le contrôle d'une réglementation à la place des pouvoirs publics territorialement incompétents²⁵⁰. D'une part, le contrôle de l'importateur serait délégué à l'exportateur. Celui-ci est soumis à un devoir de vérification²⁵¹ et incité à faire respecter les clauses car il reste responsable du traitement et, partant, passible de sanctions administratives. D'autre part, l'impossibilité de prononcer des sanctions administratives contre l'importateur serait supplée par la possibilité d'une action de la personne concernée, créancière grâce au contrat. En effet, si, un responsable de traitement français transfère des données vers un pays tiers, la CNIL pourrait le condamner, notamment si le contrat ne prévoit pas de garanties suffisantes ou n'est pas respecté. L'importateur, lui, n'est pas passible de sanctions. La personne concernée pourrait, par contre, agir sur le fondement du contrat pour demander son exécution forcée ou l'engagement de la responsabilité de l'importateur. En matière de transfert, la contractualisation montre donc une volonté d'extension territoriale de l'autorité de la loi. Dans les autres cas, à l'inverse, elle montre plutôt un affaiblissement de l'autorité de la loi.

2. *Perte d'autorité du commandement législatif*

84. La reprise par le contrat de traitement conjoint ou de sous-traitance des obligations textuelles liées à la protection des données personnelles peut d'abord s'expliquer par la complexité et la nouveauté de la matière ; elle permet de rappeler aux parties qu'elles doivent prendre en compte cette problématique dans leurs relations²⁵². Mais, on peut aussi estimer qu'elle est significative d'une perte d'autorité de la loi. Le fait que celle-ci trouve le besoin d'être reprise dans un acte juridique de droit privé signifie en effet qu'elle estime nécessaire que les parties expriment – formellement il est vrai car il ne s'agit pas d'une réelle volonté contractuelle – leur consentement aux obligations qu'elle contient pour s'appliquer pleinement. Elle devrait pourtant avoir la légitimité et l'autorité pour s'imposer d'elle-même. Mme. Rochfeld, dans son étude sur la contractualisation des obligations légales, estime ainsi que celle-

²⁴⁹ Plus exactement, qui ne pourraient l'être qu'en atteignant un degré d'exorbitance par rapport aux critères d'application spatiale traditionnels qui ne serait pas accepté par les autres États.

²⁵⁰ Sur les limites évidentes d'une telle délégation, v. *infra* n° 107 et s.

²⁵¹ V. *supra* n° 61.

²⁵² Cf. la fonction pédagogique de la contractualisation (v. *supra* n° 35 et s).

ci traduit un affaiblissement de la place de la loi dans la hiérarchie des normes²⁵³. Quoiqu'il en soit, cette confusion entre la loi et le contrat n'est pas sans conséquences pour ce dernier²⁵⁴.

C. Conséquences

85. A l'extrême, le relai d'obligation textuel par un acte pourrait faire douter de sa qualification contractuelle (1). Plus certainement, cela altère son régime (2).

1. *Remise en cause de la qualification contractuelle envisageable*

86. Si l'on ne raisonne que sur les contrats de traitement conjoint et de sous-traitance, le fait que le contrat se contente de reprendre des obligations textuelles pourrait faire douter de la qualification contractuelle même de l'acte. En effet, dans une telle situation, l'on peut suivre deux approches²⁵⁵. Selon une première, substantielle, un acte qui ne crée aucune obligation nouvelle et se contente de rappeler des droits et obligations préexistantes ne peut être qualifié de contrat. Selon une seconde, formelle, dès lors que des obligations sont contenues dans un acte conclu selon la procédure contractuelle, il s'agit d'obligations contractuelles. Dans l'affaire du plan d'aide au retour à l'emploi (PARE)²⁵⁶, la jurisprudence a montré une préférence pour la première : à défaut de véritable manifestation d'une volonté de contracter, il ne pourrait y avoir de contrat²⁵⁷. Sans aller jusqu'à l'exclusion de la qualification contractuelle, et l'on verra par la suite qu'elle ne serait pas justifiée dans les cas qui nous intéressent²⁵⁸, le relai par le contrat d'obligations textuelles pourrait altérer son régime.

2. *Le régime du contrat altéré : l'application de la loi dans le temps*

87. Le principal point de régime affecté par le fait que le contrat relaye des obligations textuelles a trait à l'application de la loi dans le temps²⁵⁹ : si une clause légale est modifiée par

²⁵³ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 270.

²⁵⁴ Ni pour la loi, mais ce n'est pas notre objet d'étude.

²⁵⁵ J. Rochfeld, *op. cit.*, p. 266.

²⁵⁶ Aujourd'hui disparu, le PARE était un contrat conclu entre les demandeurs d'emploi et l'administration. Il rappelait les obligations légales (notamment de recherche d'emploi) des premiers et celles de la seconde de fournir des indemnités de chômage et des services d'accès à l'emploi.

²⁵⁷ CA Paris, 21 septembre 2004, n° 04-10728 ; confirmé par Soc., 31 janvier 2007, n° 04-19.464, *Bull. civ. V*, n° 15.

²⁵⁸ V. *infra* n° 95.

²⁵⁹ D'autres questions auraient pu être envisagées, notamment celle de l'éventuelle limitation du contrôle de validité des clauses au regard du droit commun. Une clause légale pourrait-elle, par exemple, être déclarée abusive

une loi postérieure à la conclusion du contrat, faut-il modifier celui-ci ? Autrement dit, comment faut-il interpréter le principe de l'application immédiate de la loi nouvelle aux situations postérieures découlant de l'article 2 du code civil et, plus précisément, faut-il appliquer les principes de résolution des conflits de lois dans le temps propres au contrat (application de la loi ancienne à la validité et aux effets, passés comme futurs²⁶⁰, du contrat) ? S'agissant des clauses légales du droit de la consommation, en particulier de celles relatives au crédit à la consommation de l'ancien article L.311-10 du code de la consommation, la jurisprudence a répondu par la négative : celui qui a la maîtrise de la rédaction de l'acte (le prêteur) doit modifier le contrat pour l'adapter à la loi nouvelle²⁶¹. On peut estimer, avec M. Revet²⁶², qu'une telle solution est injuste car elle revient « à transférer sur la tête [du contractant] la négligence de la puissance publique » et qu'il ne faudrait pas sanctionner celui qui s'en tient aux clauses légales en vigueur au jour de la conclusion du contrat. En outre, une telle solution est, dans une certaine mesure car le principe de survie de la loi ancienne en matière contractuelle n'est pas absolu²⁶³, contradictoire avec une nature contractuelle de la clause légale. Si une fois incorporée par ce biais dans le contrat, la loi devenait une véritable clause, la validité de la clause conclue sous l'empire du droit ancien devrait persister et les prévisions fondées dessus mériteraient d'être respectées comme celles fondées sur les autres stipulations.

88. Qu'en est-il en matière de droit des données personnelles ? La question est importante car, avec le RGPD, la matière a récemment fait l'objet d'une modification importante ; la réponse est ambivalente. D'une part, en matière de sous-traitance et de traitement conjoints²⁶⁴, le principe est celui de l'application immédiate du RGPD. Ainsi, ce n'est pas parce que les parties reprenaient ou précisaient les principes textuels pour que leur traitement et leur contrat soient licites qu'elles ont échappé aux modifications ultérieures des textes. Elles ont dû réviser leurs contrats antérieurs au RGPD²⁶⁵, ce qui conduit à dire que leurs

sur le fondement de l'art. 1171 CCiv ou est-ce que cela reviendrait à contrôler la légalité de la loi ? La question ne risque néanmoins pas de se poser en matière de contrats relatifs à la protection des données personnelles.

²⁶⁰ Com., 15 juin 1962, *Bull. civ. III*, n° 313.

²⁶¹ Bordeaux, 30 avril 1998, n° 96000326.

²⁶² T. Revet, *op. cit.*, n° 7, p. 284.

²⁶³ En droit interne, le législateur peut prévoir l'application immédiate de la loi nouvelle, sous réserve de respecter les exigences constitutionnelles et, notamment, de justifier, d'un motif d'intérêt général (Cons. constit., 8 septembre 2017, n° 2017-752 DC).

²⁶⁴ Cela ressort d'une interprétation *a contrario* du règlement tirée du fait que, contrairement à ce qui prévaut en matière de transfert, rien n'est dit sur une survie des clauses adoptées sur le fondement des anciens textes. Il s'agit aussi de la position de la CNIL en matière de sous-traitance : CNIL, « Guide du sous-traitant – Edition septembre 2017 », précité, p. 8 en faveur d'une révision des contrats en cours.

²⁶⁵ Le refus de l'une des parties à propos de la modification, qui peut être tout à fait légitime (par exemple dans le cas d'une petite entreprise ne pouvant supporter les nouvelles obligations du RGPD), doit conduire à la résiliation.

obligations en la matière ne sont pas purement contractuelles. D'autre part, en matière de transfert, a été prévu un « système du grand père » : les CCT adoptées sous l'empire de la directive demeurent en vigueur jusqu'à leur modification, remplacement ou abrogation²⁶⁶. Certes, les nouvelles décisions adoptant des CCT fixeront leurs modalités d'application dans le temps et pourraient prévoir une adaptation des contrats en cours. Néanmoins, ce système montre la volonté des rédacteurs de ne pas remettre en cause immédiatement ces derniers. Ils ont ainsi fait preuve d'un certain respect pour ce qui a déjà été négocié ainsi que pour les prévisions des contractants, en particuliers celles des « nombreux intervenants qui se sont appuyés sur ces clauses pour légaliser leurs transferts de données, spécialement après l'arrêt Schrems »²⁶⁷. La solution peut s'expliquer par des préoccupations propres à la question des transferts mais révèle aussi que la dimension contractuelle des actes prévus par le RGPD n'est pas purement formelle. A bien y réfléchir, il n'y a pas d'incompatibilité avec le mécanisme contractuel.

Section 2 : Affirmation de la compatibilité avec le mécanisme contractuel

89. On peut affirmer la compatibilité du droit des données personnelles avec le mécanisme contractuel. En effet, s'il entraîne une atteinte indéniable à la liberté contractuelle, celle-ci est justifiée (paragraphe 1). Surtout, cette atteinte ne doit pas être exagérée et une part de logique contractuelle est préservée (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Une atteinte à la liberté contractuelle justifiée

90. Si l'on revient aux fondements de la liberté contractuelle, l'on perçoit que l'atteinte qui lui y est portée par les dispositions étudiées du RGPD est légitime. L'on peut pour cela se référer au *Discours préliminaire*²⁶⁸. Portalis y exprime que « les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse ». Autrement dit, la principale justification de la liberté contractuelle est que les parties contractent sur ce qui relève de leurs intérêts individuels. Deux séries d'arguments la renforcent. D'une part, ceux qui ont trait à la responsabilité individuelle : les individus sont responsables de leurs propres intérêts et il ne faudrait pas que l'intervention de la loi encourage la négligence. Comme le dit, toujours, Portalis : « un homme qui traite

²⁶⁶ RGPD, art. 46, §5.

²⁶⁷ A. Delforge, *op. cit.*, n° 30, p. 310.

²⁶⁸ J.-E.-M. Portalis, *Discours préliminaire*, Fenet I, p. 463, cité par H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil : Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., 1998, p. 40-41.

avec un autre homme doit être attentif et sage ; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison ». D'autre part, ceux qui ont trait aux dangers d'une atteinte excessive à la liberté de contracter : *« on multipliera les formes à l'infini, et on n'accordera qu'une protection ruineuse aux citoyens ; et le remède deviendra pire que le mal* ». On peut rajouter que, pour que le législateur puisse protéger les intérêts des parties à leur place, encore faut-il qu'il les connaissent. Or, ces intérêts ne sont pas communs à tous les contractants et varient selon les circonstances. Tant que cela est possible, mieux vaut alors laisser toute liberté aux parties qui sont les meilleures juges de leurs intérêts.

91. Ces justifications ne se retrouvent pas dans les contrats relatifs au traitement de données personnelles. En effet, les contractants ne traitent alors pas, seulement, sur ce qui les intéressent mais aussi sur une émanation de la personnalité d'autrui. Pour le dire simplement : on ne peut pas demander aux parties d'être les meilleurs juges des intérêts des personnes concernées. Puisqu'on ne peut pas attendre que les parties prennent spontanément en compte les intérêts des personnes concernées, tiers au contrat, et prévoient des clauses garantissant la protection de leurs données personnelles, l'atteinte à la liberté contractuelle se justifie. Dès lors, si les parties souhaitent conclure un contrat affectant les intérêts de tiers sans que ceux-ci ne prennent part à la conclusion de l'acte, elles doivent respecter un ordre public garantissant le respect de ces intérêts. Mais, un tel contrat affecte également leurs intérêts propres et il ne faut pas déduire de l'existence d'une atteinte à la liberté de contracter, certes conséquente mais qu'il ne faut pas exagérer, que la logique contractuelle est totalement écartée.

Paragraphe 2 : Une logique contractuelle partiellement préservée

92. Malgré les atteintes – indéniables – qui lui sont portées, la logique contractuelle est partiellement préservée. On la retrouve en effet si l'on ne s'intéresse pas qu'aux clauses relatives à la protection des données mais à l'opération contractuelle dans son ensemble (A). Même s'agissant de ces clauses, une part de liberté contractuelle est préservée (B).

A. Dans l'opération contractuelle

93. Les « clauses RGPD » s'insèrent généralement dans un contrat plus vaste organisant un traitement de données personnelles, lequel rend nécessaire de telles stipulations. Prendre du recul et considérer, non pas seulement les stipulations relatives à la protection des données, mais le contrat dans son ensemble permet de retrouver la logique contractuelle.

94. En effet, l'atteinte à la liberté contractuelle, aussi grave soit-elle, ne concerne que ces clauses. Il ne s'agit pas d'un cas de contrat forcé ou légal²⁶⁹, c'est-à-dire ni d'un cas où la conclusion de l'acte est imposée par la loi, ni d'un cas où la loi conclut un contrat à la place des parties en considérant comme acquise la rencontre des volontés. Les contractants ne sont pas « *liés d'autorités par un contrat dont la conclusion leur est obligatoirement imposée, sans qu'ils aient à manifester en ce sens aucune volonté et quand bien même ils exprimeraient une volonté contraire* »²⁷⁰. En effet, rien ne les oblige à conclure un contrat de gérance informatique impliquant la sous-traitance de données personnelles ou un contrat de *cloud computing* impliquant un transfert de données en dehors de l'UE. Simplement, si elles le font, elles devront prévoir certaines stipulations, qui sont des conditions de licéité de l'opération qu'elles ont décidé – en toute liberté – de réaliser.

95. Ensuite, et dans le même ordre d'idées, si le droit des données personnelles impose la reprise d'obligations textuelles par le contrat, seules les clauses relatives à la protection des données sont concernées. Pour le surplus, prévalent la libre négociation et la liberté contractuelle, sous les réserves habituelles du déséquilibre contractuel²⁷¹ et des dispositions impératives applicables. La présence de clauses légales n'implique donc pas d'incompatibilité avec le mécanisme contractuel. Selon M. Revet, on pourrait en douter car le contrat suppose que « *les parties participent [...] à l'obligatorité des droits que cet acte leur confère et des devoirs qu'il leur impose* »²⁷². Mais, l'auteur la réfute par deux arguments tout à fait transposables aux contrats étudiées : les clauses légales ne forment qu'une partie de l'acte et, quand bien même elles en constitueraient la quasi-totalité, la volonté des parties reste requise pour que la clause légale accède au statut de stipulation contractuelle. De même, considérer le

²⁶⁹ L. Jossierand, « Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit *de salaire différé*) », *D.*, 1940, p. 5.

²⁷⁰ *Ibid.*, p. 6.

²⁷¹ *V. infra* n° 116 et s.

²⁷² T. Revet, *op. cit.*, n° 12, p. 292.

contrat dans son ensemble conduit à réfuter l'exclusion de la qualification contractuelle²⁷³. Contrairement au cas du PARE par exemple, dans les contrats qui nous intéressent, ce ne sont pas les obligations principales qui sont des obligations légales préexistantes mais seulement certaines des obligations accessoires qui conditionnent la licéité des obligations principales²⁷⁴. Pour prendre un exemple, la loi n'oblige pas l'entreprise X à gérer le système informatique de l'entreprise Y et celle-ci à payer un prix alors que, indépendamment du PARE, l'administration était obligée de verser des indemnités aux personnes sans emplois et celles-ci devaient chercher activement un emploi. Les contrats de traitement conjoint, de sous-traitance ou de transfert ne se bornent donc pas à répéter des obligations légales et il n'y a pas de raison d'exclure la qualification contractuelle.

96. Enfin, garder à l'esprit que le contrat ne se limite pas aux stipulations relatives à la protection des données conduit à écarter l'idée que les fonctions classiques du contrat seraient mises de côté et qu'il ne jouerait plus que des fonctions nouvelles, notamment celle de protéger les intérêts des tiers. En effet, si l'on considère le contrat dans son ensemble, il reste au service des intérêts des parties et revêt bien une fonction économique. Si des parties concluent un contrat prévoyant l'externalisation de la gestion d'un service informatique en dehors de l'UE, ce n'est pas dans le but de stipuler des « garanties appropriées » et de conférer des droits aux personnes concernées mais pour l'une de faire des économies de coût, pour l'autre d'en retirer un prix²⁷⁵. Elles ne prévoient de telles stipulations que de manière accessoire, parce qu'elles y sont contraintes par les textes ; si l'on ne regarde que les obligations principales, on ne s'éloigne guère de la conception commune du contrat. Mais même s'agissant des stipulations relatives à la protection des données, à bien y regarder, une part de logique contractuelle est maintenue.

B. Dans les clauses relatives à la protection des données

97. Pour les clauses relatives aux obligations sur la protection des données, le droit des données personnelles laisse subsister une part, certes subsidiaire mais indéniable, de liberté et plus généralement de « logique » contractuelles. En premier lieu, les parties ne sont jamais obligées de recourir à des clauses types et peuvent préférer rédiger leurs propres stipulations,

²⁷³ V. *supra* n° 86.

²⁷⁴ Plus précisément, de celles consistant en des prestations relatives au traitement de données personnelles.

²⁷⁵ De même, pour reprendre des exemples souvent cités, si des opérateurs du commerce international contractent, ce n'est pas pour protéger l'environnement ou garantir la protection des droits fondamentaux, à moins qu'ils y voient un intérêt commercial. Il n'est alors pas certain qu'on puisse vraiment parler de fonction sociale du contrat.

même s'il est vrai qu'elles ne peuvent pas faire preuve d'une grande originalité et que le recours à des clauses types leur est souvent plus favorable²⁷⁶. En second lieu, et surtout, le RGPD, la loi de 1978 et les clauses types imposent le respect de certaines obligations mais laissent néanmoins, à leur égard, une place pour la négociation.

98. D'abord, les parties doivent ou peuvent préciser la façon de mettre en œuvre ces obligations. Il peut s'agir d'un impératif ; les parties sont notamment tenues de remplir des annexes ou appendices précisant les mesures techniques mises en œuvre pour satisfaire certaines obligations. Certes, toutes ces mesures ont pour finalité d'assurer le respect d'obligations légales donc on pourrait ne pas y voir de négociation véritablement libre. Néanmoins, les parties peuvent librement choisir les mesures, les outils, les délais ou le niveau de coût du moment qu'ils sont à même de satisfaire l'obligation légale. La précision des obligations textuelles peut aussi être purement facultative. C'est le cas par exemple s'agissant de l'obligation d'assistance du responsable du traitement par le sous-traitant pour la notification des failles de sécurité et l'exercice des droits de la personne concernée²⁷⁷. Les clauses légales imposées par le RGPD ne prévoient que l'existence de cette obligation et les parties ont intérêt à en préciser les modalités concernant les moyens à utiliser pour fournir l'assistance, les délais ou le point de savoir si l'aide doit être spontanée ou fournie sur demande du responsable. De telles précisions, librement négociées, permettent de prévenir les différends qui pourraient naître au sujet des obligations que les textes imposent sans en détailler le contenu.

99. Ensuite, les parties peuvent se répartir la titularité de certaines obligations. A cet égard, leur liberté n'est pas absolue car elles ne doivent pas dénaturer la répartition des rôles imposée par les textes²⁷⁸. Mais, une alternative leur est librement ouverte pour certaines obligations. Par exemple, l'information de la personne concernée au moment de la collecte des données peut être assurée par le responsable du traitement ou par le sous-traitant²⁷⁹. De même, la réponse aux demandes des personnes concernées relatives à l'exercice de leurs droits peut être à la charge, d'une part, soit du responsable, soit du sous-traitant²⁸⁰ et, d'autre part, soit de l'exportateur, soit de l'importateur dans le cas d'un contrat de transfert²⁸¹. Par ailleurs,

²⁷⁶ V. *supra* n° 48.

²⁷⁷ V. *supra* n° 64.

²⁷⁸ En particulier, le sous-traitant n'est pas censé déterminer les moyens et finalités du traitement et son obligation d'assistance du responsable est inhérente à sa mission.

²⁷⁹ V. par ex. CNIL, exemple de clauses pour la sous-traitance, 2017, clause IV, §7.

²⁸⁰ V. par ex. CNIL, exemple de clauses pour la sous-traitance, 2017, clause IV, §8.

²⁸¹ V. par ex. CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause I, d).

s'agissant des obligations dont la titularité est partagée par les parties, telle que l'obligation de sécurité du traitement, le contrat peut librement indiquer qui doit prendre telle ou telle mesure visant à assurer le respect de cette obligation. La répartition sera alors un aspect important des négociations et il est conseillé que le contrat prévoit une « *description factuelle du rôle de chacun* »²⁸². La répartition contractuelle sera en effet déterminante en matière de responsabilité.

100. Enfin, les parties peuvent se servir du contrat pour aménager leur responsabilité civile²⁸³ car ses stipulations seront prises en compte tant au stade de l'obligation que de la contribution à la dette. S'agissant, d'abord, de l'obligation à la dette, il faut distinguer selon que les partenaires sont ou non tous soumis au RGPD. S'ils le sont tous, l'article 82 prévoit que les responsables ou sous-traitants, qui ont participé au même traitement et qui n'établissent pas que le dommage ne leur pas imputable, sont responsables *in solidum*²⁸⁴ à l'égard de la victime. En revanche, si l'un prouve que le dommage ne lui est pas imputable, il n'a pas à indemniser la victime. Dès lors, lorsqu'elles négocient le contrat, les parties peuvent avoir à l'esprit qu'il sera un instrument de preuve utile pour démontrer qu'un dommage, causé par l'inexécution d'une obligation à la charge de l'autre partie, ne leur est pas imputable. Si toutes les parties ne sont pas soumises au RGPD, autrement dit dans le cas du transfert, seul l'exportateur sera soumis au régime de responsabilité prévu par le règlement et pourra être tenu d'indemniser intégralement la victime, le dommage lui étant nécessairement imputable en cas de transfert illicite. En revanche, l'importateur ne sera responsable *in solidum* que si cela est prévu par le contrat²⁸⁵. S'agissant, ensuite, de la contribution à la dette, les stipulations librement négociées seront décisives à deux égards. D'une part, les parties peuvent stipuler des clauses limitatives ou élusives de responsabilité qui joueront dans leurs rapports dans les conditions prévues par le droit commun. D'autre part, indépendamment ou à défaut de clauses relatives à la

²⁸² F.-L. Simon et A. Bounedjoun, « RGPD : quelles nouvelles règles en matière de responsabilité et quels impacts sur les contrats ? », précité.

²⁸³ S'agissant des responsabilités administratives et pénales, si l'autorité ou le juge peut tenir compte du contrat car celui-ci peut indiquer qui devait satisfaire à telle ou telle obligation, le responsable du traitement comme l'exportateur peuvent être sanctionnés pour un manquement attribuable à leur partenaire (v. *supra* n° 61). Les parties ne peuvent pas non plus stipuler que l'une devra rembourser l'amende administrative ou pénale payée par l'autre car cela porterait atteinte à la nature personnelle et punitive de la sanction.

²⁸⁴ A. Danis-Fatôme, « Contrat et détermination des responsabilités subséquentes à la violation de la réglementation relative à la protection des données personnelles », *RDC*, 2018, p. 555.

²⁸⁵ Il n'est pas impossible que les prochaines CCT reprennent les dispositions de l'article 82 pour les adapter au RGPD, la directive ignorant la question de la responsabilité civile. Toutefois, plus de deux ans après l'entrée en application du règlement, la Commission ne semble pas pressée d'adopter de nouvelles CCT et, surtout, s'agissant du transfert de responsable à responsable, le passage d'une responsabilité solidaire dans le jeu de clauses de 2001 à une responsabilité conjointe dans celui de 2004 était intentionnel et majoritairement apprécié au motif qu'il éviterait de décourager l'usage des CCT (A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 1746, p. 694).

responsabilité, la contribution à la dette est fonction de l'imputabilité du dommage à chaque coresponsable²⁸⁶. Puisque le texte prévoit qu'un responsable du traitement ou sous-traitant n'est responsable que si le dommage lui est imputable, l'on peut faire deux interprétations pour résoudre cette incohérence apparente. Soit le texte ne régit les recours contributifs que dans les cas où l'une des parties n'a pas réussi à prouver, dans l'instance relative à l'indemnisation de la personne concernée, que le dommage ne lui est pas imputable mais y parvient dans le cadre du recours contributif. Soit, et c'est certainement l'interprétation à retenir, le texte permet, en substance, de revenir au droit commun, qui prévoit que la contribution est fonction de la gravité des fautes²⁸⁷ et de la contribution causale de chacune des fautes au dommage²⁸⁸. Autrement dit, au stade de l'obligation, une partie est obligée *in solidum* dès lors que le dommage lui est, ne serait-ce que pour une part infime, imputable tandis qu'il faut tenir compte de l'imputabilité causale effective des fautes au stade de la contribution. C'est donc en réalité à ce second stade plus qu'au premier que les stipulations négociées par les parties seront décisive : au premier, le juge pourra être tenté de retenir, pour favoriser l'indemnisation et compte-tenu du devoir de vérification pesant sur le responsable du traitement et l'exportateur, que le dommage est imputable à toutes les parties ; au second, en revanche, il vérifiera quelle partie devait réaliser l'obligation dont l'inexécution a causé le dommage et déterminera la contribution en conséquence.

101. *In fine*, les questions de la titularité des obligations et de la responsabilité étant tout sauf anodines pour les parties, il reste en matière de protection des données une place non négligeable pour la négociation²⁸⁹ et l'on ne peut pas dire que la logique contractuelle est totalement écartée. Ces négociations, car il ne pourrait à vrai dire pas en aller autrement, sont guidées par les intérêts des parties. Le partage des obligations et de la responsabilité qui en résulte n'est pas toujours celui qui est le mieux à même d'assurer la protection des données. Si l'atteinte au mécanisme contractuel par la protection des données personnelles n'est donc pas irrésistible, le mécanisme contractuel ne permet pas nécessairement de protéger efficacement les données personnelles.

²⁸⁶ RGPD, art. 82, §5.

²⁸⁷ Civ. 3, 26 avril 2006, n° 05-10.100, *Bull. civ. III*, n° 100.

²⁸⁸ Civ. 3, 13 juin 1990, n° 88-18.095 et n° 88-19.188, *Bull. civ. III*, n° 148.

²⁸⁹ En théorie car, en pratique, les contrats informatiques sont souvent d'adhésion (v. *infra* n° 116 et s.).

Chapitre 2 : L'efficacité limitée du contrat pour la protection des données personnelles

102. L'efficacité du contrat comme instrument de protection des données personnelles se heurte à plusieurs limites. Certaines d'entre elles peuvent être dites objectives car elles tiennent à l'objet utilisé, le contrat (section 1) ; d'autres subjectives car elles tiennent aux sujets intéressés par le contrat, les parties mais aussi les personnes concernées (section 2).

Section 1 : Limites objectives : la portée réglementaire limitée du contrat

103. Lorsqu'il est utilisé pour défendre l'intérêt général et les droits des tiers, le contrat n'a pas la même force qu'une règle de droit générale et impersonnelle, édictée et défendue par les pouvoirs publics. Sa fonction réglementaire²⁹⁰ connaît des limites que l'on l'envisage en tant qu'*instrumentum* (paragraphe 1) ou que *negotium* (paragraphe 2).

Paragraphe 1 : Limites du contrat en tant qu'*instrumentum*

104. Les fonctions attribuées au contrat, l'exigence d'un écrit et la reprise d'obligations textuelles montrent que le droit des données personnelles considère d'abord, voire avant tout, le contrat en tant qu'*instrumentum*²⁹¹. Relever les limites du contrat en tant qu'*instrumentum* revient ici à pointer les limites d'un formalisme qui n'est peut-être pas véritablement efficace et, en tout cas, pas suffisant en soi pour orienter les comportements des parties²⁹².

105. D'une part, il faut que les stipulations soient adaptées aux spécificités des traitements de données mis en œuvre pour que la contractualisation soit efficace. Or, en pratique, il se pourrait qu'un grand nombre de « petits » responsables de traitement, et notamment ceux dont le cœur de métier n'est pas l'informatique, aient tendance à se contenter de recopier des CCT voire les stipulations obligatoires prévues par le RGPD. Mettre en œuvre des études approfondies pour déterminer les mesures à mettre en œuvre requiert en effet des

²⁹⁰ V. *supra* n° 37 et s.

²⁹¹ V. *supra* n° 47.

²⁹² Une partie de la doctrine (v. par ex. F. Terré, P. Simler, Y. Lequette et F. Chénéde, *op. cit.*, n° 339, p. 377 et s.) dénonce les limites du formalisme dans le cas, plus courant, où celui-ci vise à protéger l'une des parties en contribuant à son information. Ici, l'objectif du formalisme et ses limites sont différents (on ne retrouve pas, par exemple, la question de l'articulation avec le devoir général d'information).

efforts et des connaissances qu'ils n'ont pas forcément. Quant aux grands prestataires de services informatiques, ils proposent souvent des contrats standards²⁹³ dont les stipulations sont « *trop fréquemment génériques et inadaptées aux catégories de données traitées comme à la nature des traitements* »²⁹⁴. L'une comme l'autre de ces pratiques ne permettent pourtant pas de se mettre en conformité avec le RGPD car il faut *a minima* adapter les clauses types aux particularités du traitement et décrire les mesures techniques mises en place pour garantir la sécurité de ce dernier. A défaut, une clause « *purement cosmétique pourrait en soi caractériser une violation du RGPD* »²⁹⁵. Vérifier et sanctionner l'adéquation des clauses nécessite de contrôler les contrats alors que la contractualisation vise, notamment, à limiter les contrôles grâce à la sensibilisation des parties²⁹⁶. Mais, l'on ne voit pas bien ce qu'il y a de pédagogique dans le fait que les parties remplissent les trous de clauses types sans se demander si elles sont adaptées à leur situation. Bien souvent, il résultera seulement du RGPD un alourdissement du formalisme et le maintien de lourdeurs administratives, que le règlement voulait alléger.

106. D'autre part, il faut que les stipulations soient effectivement suivies d'effets. Le vérifier implique que les autorités réalisent des contrôles, non plus seulement des contrats mais des mesures effectivement mises en œuvre, ce qui vient, là aussi, contredire l'idée que la sensibilisation permise par la contractualisation suffirait. Autre possibilité, la contractualisation serait efficace si les stipulations prévues par le contrat étaient efficacement sanctionnées grâce à des mécanismes contractuels ; le vérifier implique de s'intéresser au *negotium*.

Paragraphe 2 : Limites du contrat en tant que *negotium*

107. S'intéresser à la substance du contrat conduit à se pencher sur les obligations qu'il renferme. Celles-ci jouent un rôle particulier puisque le droit des données personnelles attribue notamment au contrat la fonction de poser des règles relatives à la protection des données dont le respect serait contrôlé par des personnes privées, créancières grâce au contrat. Mais, tant les sanctions de l'inexécution pouvant être mises en œuvre par le cocontractant (A) que l'action en responsabilité de la personne concernée (B) connaissent des limites lorsqu'elles sont censées servir à assurer le respect d'une réglementation publique.

²⁹³ Sur les limites liées au caractère d'adhésion de nombreux contrats informatiques : v. *infra* n° 116 et s.

²⁹⁴ E. Le Quellenec, *op. cit.*

²⁹⁵ E. Le Quellenec, *op. cit.*

²⁹⁶ V. *supra* n° 37 et s.

A. Limites des sanctions de l'inexécution

108. Les sanctions de l'inexécution contractuelle ne sont pas nécessairement adaptées à la fonction règlementaire attribuée au contrat. En effet, la logique des sanctions contractuelles et celle des sanctions règlementaires différent. Les premières visent à inciter voire contraindre à l'exécution ainsi que, dans le cas d'un contrat synallagmatique, à rétablir l'équilibre commutatif²⁹⁷ ; les secondes visent à assurer le respect des obligations règlementaires ainsi qu'à inciter à l'adoption de mesures correctrices²⁹⁸. En outre, le créancier est, sauf peut-être dans une situation, libre de mettre en œuvre la sanction qu'il souhaite voire aucune. Ce n'est que la menace d'une sanction sur le fondement du droit des données personnelles qui pourrait l'inciter à demander une sanction appropriée. Mais cela n'est pas systématique et le créancier peut échapper à une sanction administrative en demandant une sanction contractuelle qui n'est pas la plus efficace au regard de la protection des données. Dans tous les cas, on voit la complexité générée par le fait de faire passer par un contrat la mise en œuvre de la réglementation et l'on constate que le contrat est insuffisant en lui-même puisque c'est l'existence de sanctions administratives qui lui confèrent une certaine utilité. Enfin, certaines règles, issues notamment des CCT, limitent étrangement l'efficacité des sanctions contractuelles. Passer rapidement en revue les différentes sanctions de l'inexécution prévues par le code civil permet de mettre en lumière ces limites.

109. Certaines sanctions ne sont clairement pas adaptées. Il en va ainsi de la réduction de prix²⁹⁹ puisque, au regard des objectifs du droit des données personnelles, peu importe que le créancier des obligations relatives à la protection des données obtienne une réduction de prix si ces obligations ne sont pas respectées. Il en va de même pour la responsabilité contractuelle³⁰⁰ car c'est l'exécution en nature des obligations relatives à la protection des données qui importe, certainement pas par équivalent. La sanction par la résolution ou résiliation est également, dans une certaine mesure, inadaptée³⁰¹. Une telle sanction est certes moins inadéquate que les deux précédentes si celui qui a fourni les données en obtient la restitution ou la destruction. Elle est

²⁹⁷ F. Caffaggi, *op. cit* (spéc. p. 1614) estime que les sanctions contractuelles visent à indemniser la victime et à inciter le créancier à faire le choix « optimal » entre exécuter et ne pas exécuter. Nous ne reprenons pas exactement ces fonctions car, d'une part, les sanctions contractuelles visent à fournir au créancier ce qui lui est dû, pas à l'indemniser et, d'autre part, que les arbitrages entre exécuter ou ne pas exécuter, tels que ceux qui existent dans le cadre de la doctrine de *common law* de l'*efficient breach of contract*, n'ont pas lieu d'être en droit français.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ CCiv., art. 1223.

³⁰⁰ CCiv., art. 1231 et s.

³⁰¹ CCiv., art. 1224 et s.

celle que pourrait être incité à demander le créancier car elle lui permettrait d'éviter une sanction, ou une atteinte à sa réputation, à cause du comportement de son partenaire. Elle peut donc être la plus commode pour le créancier mais n'est pas totalement satisfaisante dans une logique règlementaire car elle n'incite pas vraiment le débiteur à modifier ses pratiques. Cela est particulièrement vrai en matière de transfert, alors que certaines CCT prévoient pourtant un mécanisme de résiliation conventionnelle³⁰². En effet, l'objectif est de diffuser le standard européen de protection des données grâce au contrat. Il faudrait donc inciter les importateurs à le respecter, pas mettre fin aux contrats dès lors qu'ils ne le font pas. Certes, la volonté d'éviter la perte de tous leurs contrats pourrait les inciter à le faire mais tous leurs contractants ne sont pas nécessairement européens et tous ne demanderont pas forcément non plus la résiliation. Ils pourraient donc garder de mauvaises pratiques pour les contrats qu'ils conservent alors que, s'ils sont amenés à en changer pour les contrats conclus avec des européens, ces pratiques pourraient avoir tendance à se généraliser. En outre, s'il peut y avoir maintien des obligations relatives à la protection des données lorsque l'importateur conserve celles-ci³⁰³, il est peu probable que l'exportateur vérifie éternellement leur respect dans le cadre d'un contrat qui n'est plus en cours et dont il ne retire plus rien. Il reste néanmoins que la résiliation est la seule solution lorsque l'inexécution est nécessairement définitive. C'est la raison pour laquelle les CCT pour le transfert vers un sous-traitant stipulent que l'exportateur peut demander la résiliation (ou la suspension du transfert) lorsque l'importateur est dans l'incapacité de se conformer aux instructions de l'exportateurs, notamment si une législation l'en empêche³⁰⁴. Si les clauses présentent cette possibilité de demander la résiliation comme un droit contractuel de l'exportateur, cela devrait être pour lui une obligation sur le fondement du droit des données. C'est l'avis exprimé par l'avocat général de la CJUE qui estime que, à défaut, les CCT de transfert vers un CCT devraient être invalidées en ce qu'elles ne permettraient pas « *d'entourer le transfert de garanties appropriées* »³⁰⁵. Dans ce cas, l'inaction persistante de l'exportateur devrait être supplée par l'interdiction du transfert par les autorités³⁰⁶.

³⁰² CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause VI.

³⁰³ V. *supra* n° 69.

³⁰⁴ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clauses 5, a) et b).

³⁰⁵ H. Saugmandsgaard Øe, conclusions, 19 décembre 2019, aff. C-311/18, pt. 132 : « Le fait que l'exportateur soit investi d'un droit, dans ses relations bilatérales avec l'importateur, de suspendre le transfert ou de résilier le contrat lorsque ce dernier se trouve dans l'incapacité d'honorer les clauses types ne porte pas préjudice à l'obligation pesant sur l'exportateur de procéder ainsi au regard des exigences de protection des droits des personnes concernées découlant du RGPD ».

³⁰⁶ RGPD, art. 58, §2, j).

110. D'autres sanctions sont plus adaptées à la logique réglementaire, mais rien n'oblige le créancier à les choisir. L'exception d'inexécution³⁰⁷ pourrait se révéler efficace si le prix n'a pas été intégralement payé car sa rétention pourrait inciter le débiteur à exécuter ses obligations³⁰⁸. Surtout, l'exécution forcée en nature³⁰⁹ et la mise en œuvre d'une clause pénale³¹⁰ seraient les sanctions les plus adaptées. D'une part, s'agissant de l'exécution forcée, l'on retrouve presque une logique réglementaire puisqu'elle permet de contraindre le débiteur à respecter la réglementation transposée et précisée dans le contrat. Le problème est que ce ne n'est pas forcément celle que le créancier sera le plus incité à choisir. En effet, sa mise en œuvre implique de demander au juge qu'il prononce l'exécution forcée puis de vérifier si l'exécution est effective, sachant qu'à défaut le créancier pourrait être sanctionné dès lors qu'il reste responsable du traitement. Lorsqu'il est confronté à un cocontractant peu respectueux de la protection des données voire peu scrupuleux, il pourrait donc rationnellement préférer s'en séparer rapidement en résolvant le contrat, surtout si le contrat contient une clause résolutoire, ce qui lui permettrait d'éviter de subir une sanction administrative et un dommage réputationnel sans fournir autant d'efforts. D'autre part, si la responsabilité contractuelle en tant qu'exécution par équivalent n'est pas adaptée à la logique réglementaire, la clause pénale, en tant que peine privée, peut être un instrument adéquat pour inciter le débiteur à mettre en œuvre ses obligations. D'ailleurs, la CNIL recommande leur utilisation dans le cas, particulièrement problématique pour la protection des données, du *cloud computing*³¹¹. Elle préconise ainsi la stipulation dans ces contrats « d'engagements de niveaux de services » (ou *service level agreements*), c'est-à-dire d'« engagements contraignants pour le prestataire sur le niveau de service, devant notamment prévoir des pénalités pour le prestataire en cas de non-respect des engagements contractuels ». La stipulation de clauses pénales mériterait d'être généralisée dans tous les contrats impliquant le traitement de données car elle permettrait d'améliorer l'efficacité du devoir de vérification du sous-traitant ou de l'importateur pesant sur le responsable du traitement ou l'exportateur. Ce serait en effet un moyen efficace d'inciter l'autre partie à prendre des mesures correctrices suite à un audit, sous réserve du déséquilibre contractuel ou de considérations commerciales qui pourraient dissuader le créancier de les mettre en œuvre. Pourtant, de manière assez surprenante, la version de 2004 des CCT de transfert de responsable

³⁰⁷ CCiv., art. 1219 et s.

³⁰⁸ Il reste que l'exception d'inexécution verrait sa raison d'être bouleversée puisque les obligations relatives à la protection des données ne sont pas véritablement la contrepartie du prix que doit payer le créancier.

³⁰⁹ CCiv., art. 1221 et s.

³¹⁰ CCiv., art. 1231-5.

³¹¹ CNIL, « Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud computing* », précité, p. 10.

à responsable exclut la stipulation de pénalités³¹². Cette exclusion peut s'expliquer par la volonté de prévoir des stipulations correspondant d'avantage aux attentes des parties que le modèle de 2001. Cela a peut-être été fait au détriment de la protection des données, qui reste l'objectif premier des CCT, d'autant que d'autres stipulations peuvent constituer des obstacles à l'action en responsabilité civile de la personne concernée.

B. Limites de l'action en responsabilité civile de la personne concernée

111. Les limites de l'action en responsabilité civile de la personne concernée viennent limiter l'efficacité de l'encadrement contractuel du transfert de données. Il n'est ici question que du transfert car, dans les autres cas, l'action de la personne concernée ne serait pas fondée sur un droit contractuel. En matière de transfert, en revanche, elle est directement créancière grâce au contrat qui renferme une stipulation pour autrui et son action est censée suppléer à l'impossibilité de prononcer des sanctions contre l'importateur³¹³. Le problème est qu'elle se révèle inadaptée (1) et peut se heurter à un obstacle important (2).

1) *L'inadaptation de l'action en responsabilité civile*

112. L'action en responsabilité civile est inadaptée en matière d'atteinte aux données personnelles. Cela avait été pointé par M. Huet dès 2001 : « *en la matière, le préjudice sera souvent diffus, difficile à prouver dans son existence ou dans son étendue, et ses causes seront souvent mal identifiées* », quand il ne sera pas tout simplement ignoré par la personne concernée³¹⁴. Si cet auteur s'exprimait ainsi à propos du cas particulier des contrats encadrant les transferts de données personnelles, il avait soulevé une limite générale du mécanisme de la responsabilité en matière de protection des données. En effet, sauf dans des cas exceptionnels tels qu'une fuite de données bancaires, les dommages individuels sont en général peu importants. Ils peuvent se limiter au fait que l'adresse e-mail de la personne concernée ait été divulguée et qu'elle reçoive des publicités non désirées voire au simple fait qu'elle sache que des informations la concernant aient été divulguées en violation du droit des données. En même temps, les atteintes à la protection des données peuvent causer des préjudices considérables à la collectivité prise dans son ensemble : influence sur le résultat d'élections, orientation des

³¹² CCT pour le transfert de responsable à responsable, 2004, clause III, a).

³¹³ V. *supra* n° 91.

³¹⁴ J. Huet, « Les contrats encadrant les transferts de données personnelles », précité.

comportements de consommation etc. Mais, une personne concernée³¹⁵ pourrait difficilement invoquer ces dommages dans le cadre d'une action en responsabilité civile puisqu'il ne s'agit pas de préjudices personnels et que, même si elle affirmait en avoir souffert, il est peu probable que son préjudice soit jugé direct ou qu'un lien de causalité soit établi. Ainsi, comme l'avait soulevé M. Huet³¹⁶, il y a une grande différence entre la situation de l'exportateur, passible de sanctions administratives et pénales, et celle de l'importateur, qui peut seulement voir engagée sa responsabilité civile. Et, quand bien même la personne concernée arriverait à réunir les conditions permettant d'engager celle-ci, son préjudice serait peu élevé. La responsabilité civile est donc une sanction peu dissuasive qui ne peut pas remplacer les sanctions administratives.

113. L'inadaptation de l'action en responsabilité civile par rapport à la fonction qui lui est attribuée est renforcée par les dispositions du RGPD et certaines stipulations des CCT sur le partage de la responsabilité entre les parties. D'une part, l'exportateur peut être tenu de réparer l'intégralité du préjudice³¹⁷ ; d'autre part, certaines CCT ne permettent à la personne concernée d'agir contre l'importateur que si l'exportateur a matériellement disparu, a cessé d'exister en droit ou est devenu insolvable³¹⁸. Dans une logique classique de responsabilité civile, ces dispositions ne seraient pas gênantes puisqu'elles n'entravent pas l'indemnisation de la victime. Au contraire, il est plus facile pour elle d'agir contre l'exportateur, situé dans l'UE voire dans son Etat, et d'obtenir de sa part une réparation intégrale. Le problème est que la responsabilité civile est aussi censée inciter à protéger les données personnelles. Or, l'importateur ne l'est pas si seul l'exportateur risque de voir sa responsabilité engagée, ce qui montre, là encore, les limites des mécanismes du droit privé lorsqu'ils sont utilisés pour faire respecter une réglementation impérative³¹⁹. Même s'agissant de la responsabilité de l'exportateur, un obstacle pourrait empêcher l'engagement de sa responsabilité.

2) *Un obstacle à l'action en responsabilité civile*

114. L'action en responsabilité civile de la personne concernée se fonde sur la stipulation pour autrui contenue dans les clauses contractuelles. « *L'effectivité de ces clauses*

³¹⁵ Ni même un groupement de personnes concernées dans le cadre d'une action collective (à ce sujet, v. C. Zolynski, « Les nouveaux contours de l'action de groupe et de l'action collective au lendemain de la loi pour la protection des données : un empowerment renforcé », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 470).

³¹⁶ J. Huet, *op. cit.*

³¹⁷ RGPD, art. 82, §4. V. *supra* n° 100.

³¹⁸ CCT pour le transfert de responsable à sous-traitant, 2010, clauses 6, §1 et §2.

³¹⁹ V. *infra* n° 118 pour un affinement de ce raisonnement.

n'est toutefois pas certaine, car elle dépend du droit applicable au contrat »³²⁰. En effet, si le droit français se révèle particulièrement favorable aux tiers, qui peuvent invoquer la stipulation pour autrui voire une faute contractuelle constitutive d'un fait illicite générateur de responsabilité délictuelle à leur égard³²¹, tel n'est pas le cas du droit de tous les États membres. En particulier, si la stipulation pour autrui est reconnue dans la plupart des pays de droit continental, elle est difficilement admise en *common law* en raison de la doctrine dite de la *privity of contract*. En droit anglais, elle n'a pu être admise que grâce à une loi de 1999 qui l'a toutefois enfermée dans des conditions assez strictes, ce qui avait été pointée comme une limite de l'encadrement contractuel des transferts lorsque le droit anglais était applicable³²². Après le *Brexit*, la question ne se pose plus à propos du droit anglais mais du droit irlandais, ce qui pourrait se révéler particulièrement problématique puisque de nombreuses entreprises du secteur du numérique, notamment américaines, ont leur siège européen dans cet Etat et que les CCT désignent comme droit applicable celui du pays où l'exportateur est établi³²³. En effet, la stipulation pour autrui est par principe exclue en droit irlandais qui retient une conception stricte de l'effet relatif. Or, alors que la loi de transposition de la directive prévoyait une exception à la doctrine de la *privity of contract* dans le cas du transfert de données personnelles³²⁴, le *Data protection bill* adopté en 2018 par le Parlement irlandais n'a pas retenu de disposition similaire. Comme l'a relevé le Barreau irlandais³²⁵, il est donc probable qu'un contrat de transfert régi par le droit irlandais ne puisse pas contenir de stipulation pour autrui conférant des droits opposables à la personne concernée comme l'exige l'article 46 du RGPD.

Section 2 : Limites subjectives : le déséquilibre des forces en présence

115. La conception du contrat et du rôle – actif – des personnes intéressées au contrat retenue par le droit des données personnelles montre que celui-ci a négligé un élément bien connu du droit contemporain des contrats, le déséquilibre fréquent de la relation contractuelle (paragraphe 1), ainsi que ce qui était pourtant le postulat de départ du droit des données, à savoir la faiblesse de la personne concernée (paragraphe 2).

³²⁰ A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *op. cit.*, n° 1777, p. 702.

³²¹ Ass. plén., 6 octobre 2006, n° 05-13.255, *Bull. civ.*, n° 9 ; Ass. plén., 13 janvier 2020, n° 17-19.963, publié.

³²² J. Huet, *op. cit.*

³²³ V. *supra* n° 53.

³²⁴ Data protection acts 1988 and 2003, Section 11(6).

³²⁵ Law society of Ireland, Law society submission on the Data protection bill 2018, 2018, p. 7.

Paragraphe 1 : Le déséquilibre fréquent de la relation contractuelle

116. Le droit des données personnelles semble avoir ignoré un élément pourtant identifié depuis longtemps par la doctrine et central dans le droit contemporain des contrats : le fait que les relations contractuelles puissent être déséquilibrées et ses diverses conséquences, notamment le caractère d'adhésion de certains contrats. Cette négligence limite l'efficacité de ses dispositions relatives au contrat et plus généralement des fonctions qu'il attribue à celui-ci car elles font fi de la réalité contractuelle.

117. On en trouve la principale illustration dans le fait que l'efficacité des stipulations contractuelles servant à protéger les données personnelles requiert un rôle actif de l'exportateur ou du responsable de traitement faisant appel à un sous-traitant. Le RGPD part du principe que les contrats sont équilibrés et que celui qui fait appel à un sous-traitant ou transfère des données pourra négocier les stipulations du contrat et fixer les modalités du traitement³²⁶, non pas tant parce que ce serait une partie forte mais parce que c'est elle qui est censée profiter de la prestation de traitement et qu'elle reste le responsable principal du traitement³²⁷. Une telle conception peut correspondre à la réalité de certains « gros » contrats informatiques conclus par de grandes entreprises ou administrations qui sont en position d'en négocier le contenu et qui disposent d'un personnel compétent pour fixer les modalités du traitement et suivre l'exécution du contrat. Mais, elle ne correspond pas à la multitude de contrats conclus par de petites organisations avec des géants du numérique. Il s'agit alors de contrats d'adhésion rédigés par le sous-traitant ou l'importateur (les deux positions pouvant se combiner, notamment dans le cas des contrats de *cloud computing*) et le responsable ou l'exportateur font souvent appel à des prestataires parce qu'ils ne peuvent réaliser eux-mêmes les traitements de données ; il est donc incohérent d'exiger d'eux un suivi technique de la prestation. Cette réalité contractuelle contredit la logique du règlement et rend inefficace plusieurs des mécanismes qu'il prévoit pour garantir la protection des données. D'abord, en exigeant que les clauses relatives à la protection des données soient adaptées aux spécificités des traitements³²⁸, « *les exigences du RGPD vont à rebours d'une tendance lourde au contrat d'adhésion* » en matière

³²⁶ V. *supra* n° 60.

³²⁷ Seul l'exportateur est soumis à l'article 82 du RGPD ; un sous-traitant n'est tenu pour responsable du dommage causé par le traitement que s'il n'a pas respecté les obligations prévues par le présent règlement qui incombent spécifiquement aux sous-traitants ou qu'il a agi en-dehors des instructions licites du responsable du traitement ou contrairement à celles-ci (RGPD, art. 82, §2).

³²⁸ V. *supra* n° 105.

de contrats informatiques³²⁹. En pratique, il sera impossible pour le responsable du traitement ou l'exportateur d'obtenir une adaptation des clauses, et il subira les conséquences de la rédaction imposée par son cocontractant puisqu'il reste le responsable principal du traitement. Il en va de même s'agissant des instructions qu'est censé adresser le responsable au sous-traitant, lequel ne doit pas fixer les finalités et moyens du traitement ni agir en dehors des instructions documentées du responsable³³⁰. En pratique, un sous-traitant tel que *Amazon Web Services* ne reçoit pas des instructions individuelles de la part de tous ses contractants. La logique est même fréquemment renversée, le sous-traitant proposant au responsable d'adhérer à une clause intitulée « instructions du responsable »³³¹. Un tel contrat devrait être requalifié en traitement conjoint³³² mais les requalifications sont loin d'être systématiques. Enfin, le devoir de contrôle pesant sur le responsable et l'exportateur³³³ se révèle souvent inapproprié puisque ceux-ci, de par leur position de faiblesse et leur ignorance technique, pourront difficilement imposer au sous-traitant ou à l'importateur qu'il change ses modalités de traitement si elles se révèlent non conformes aux stipulations contractuelles, ce qu'ils ne détecteront parfois même pas.

118. Le caractère déséquilibré de la relation peut être renforcé par certaines stipulations, notamment celles relatives à la responsabilité civile. Le contrat dont le contenu est imposé par le sous-traitant ou l'importateur peut en effet prévoir un partage de responsabilité défavorable au responsable ou à l'exportateur. Au regard de l'incitation à la protection des données, cela peut être problématique puisque c'est le sous-traitant qui met en œuvre le traitement, parfois selon des modalités qu'il a lui-même fixé. Cela peut l'être encore plus en matière de transfert puisque la responsabilité civile est censée suppléer à l'absence de sanctions administratives. A cet égard, il faut préciser ce que l'on a dit précédemment³³⁴ car il faut distinguer selon les situations de fait. D'une part, l'exportateur peut être la partie forte (par exemple, une grande entreprise de services informatiques qui a recours à un sous-traitant japonais spécialisé dans un type spécifique de traitement de données) ou la filiale européenne d'un groupe multinational

³²⁹ E. Le Quellenec, *op. cit.*

³³⁰ RGPD, art. 28, §3, a) et §10.

³³¹ J. Lindqvist, « New challenges to personal data processing agreements: is the GDPR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things? », *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, 26, p. 45 (spéc. p. 54) : « In reality, the 'instructions process' is often turned on its head and the cloud provider (processor) has drafted standard terms that it presents to its clients (controllers) with a clause stating something like 'These are your instructions to us. Is this ok? Good, then sign here!' ».

³³² RGPD, art. 28, §10.

³³³ V. *supra* n° 59 et s.

³³⁴ V. *supra* n° 113.

(par exemple, Google France qui transfère des données vers la société mère située aux États-Unis). Dans ce cas, il est opportun que l'exportateur supporte l'intégralité de l'indemnisation puisque cela facilite l'indemnisation de la victime et que soit l'exportateur peut imposer à son contractant le respect de ses obligations en matière de protection des données, soit la charge de l'indemnisation est supportée par le même groupe de sociétés. D'autre part, l'exportateur peut être la partie faible (par exemple, une PME qui contracte avec une entreprise de *cloud computing* dont les serveurs sont situés en Inde). Dans ce cas, du point de vue de l'incitation à au respect des stipulations encadrant le transfert, faire peser toute la responsabilité sur l'exportateur n'est pas nécessairement le choix opportun³³⁵, sauf à considérer que cela permet de les inciter à bien choisir leurs contractants mais leur choix est parfois limité et ils ne connaissent pas nécessairement, avant même de contracter, les pratiques de leurs partenaires. Si les conclusions quant à l'opportunité de tel ou tel partage de responsabilité ne sont donc pas univoques, on peut regretter que le droit des données personnelles n'ait pas cherché à distinguer selon les situations. Une analyse plus approfondie des réalités contractuelles permettrait d'améliorer l'efficacité de la protection des données. En matière de transfert notamment, il serait peut-être souhaitable que des dispositions impératives prévoient, pour les situations déséquilibrées, que chaque partie supporte une part de la responsabilité, au moins au stade de la contribution à la dette. Cela viendrait encore limiter la liberté contractuelle mais permettrait d'accroître l'efficacité du mécanisme contractuel pour la protection des données.

Paragraphe 2 : La faiblesse de la personne concernée dans l'économie numérique

119. En attribuant un rôle actif à la personne concernée, en matière de transfert où son action en responsabilité civile est censée suppléer à l'absence de sanctions administratives mais également en matière de traitement conjoint où le contrat est censé permettre la mise en œuvre des droits des personnes concernées, le droit des données personnelles semble avoir négligé un de ses postulats fondateurs : la faiblesse de la personne concernée. Les rédacteurs de la loi de 1978 avaient en effet choisi d'instaurer une autorité administrative chargée de la protection des données personnelles et de ne que conférer que peu de droits subjectifs à la personne concernée car ils étaient conscients que celle-ci serait peu à même de les défendre.

³³⁵ La solution inverse nuirait toutefois à l'indemnisation de la personne concernée mais la responsabilité civile n'est de toute façon pas le mécanisme le plus adéquat pour protéger ses droits.

120. Cette logique s'est peu à peu érodée alors même, du fait de la multiplication et de la complexification des traitements de données, que la faiblesse de la personne concernée s'est accrue. En effet, si l'existence d'un fichier pouvait être ignoré par les personnes concernées, leur fonctionnement, si tant est qu'on puisse utiliser le terme, n'avait rien d'incompréhensible. Tout autre est le fonctionnement des algorithmes actuels de traitement de données qui n'ont rien de transparent pour les personnes dont les données sont traitées. Or, ce « *défait de transparence engendre une asymétrie d'information et donc une asymétrie de pouvoir des individus* »³³⁶. L'ignorance caractérise en effet la situation des personnes concernées par rapport au traitement de leurs données, et cette ignorance est amenée à se renforcer. Cette ignorance se retrouve à quatre niveaux³³⁷. Premièrement, au niveau de la nature des données collectées ; les personnes concernées ne savent par exemple pas toujours que leurs données sont collectées. Deuxièmement, au niveau des traitements de données mis en œuvre ; elles ne connaissent par exemple pas les croisements de données opérés. Troisièmement, au niveau des algorithmes utilisés ; elles ne sont par exemple pas au courant des instructions composant l'algorithme et de ses finalités. Quatrièmement, au niveau des méthodes de l'algorithme, qui peuvent échapper à la connaissance des personnes les mieux informées voire de ceux qui mettent en œuvre le traitement lorsqu'il s'agit d'un algorithme utilisant des techniques d'intelligence artificielle.

121. Dans ce contexte, il est vain de compter sur les « droits opposables » conférés aux personnes concernées pour garantir la protection des données comme c'est le cas en matière de transfert. Quand bien mêmes certaines personnes, particulièrement préoccupées par la protection de leurs données et bien informées, pourraient exceptionnellement les mettre en œuvre, ils ne peuvent permettre d'orienter les comportements des responsables du traitement ou sous-traitants, alors que la protection des données est pourtant un impératif d'intérêt général.

³³⁶ C. Castets-Renard, « Traitement algorithmique des activités humaines : le sempiternel face-à-face homme/machine », précité, n° 6.

³³⁷ *Ibid.*

Conclusion

122. L'étude cherchait à déterminer si le recours au contrat par le droit des données personnelles, et plus spécifiquement par les articles 26, 28 et 46 du RGPD, n'avait pas eu lieu sans qu'il soit suffisamment tenu compte des spécificités de l'instrument utilisé. Nous avons vu que la place acquise par le contrat, les fonctions atypiques qui lui sont attribuées et le fait que son régime en soit affecté rendaient la question d'autant plus légitime. L'étude s'est donc ensuite employée à identifier d'éventuelles contradictions entre le contrat et le droit de la protection des données personnelles. A cet égard, on a soulevé les doutes importants qui pouvaient exister quant à la compatibilité de la protection des données avec le mécanisme contractuel, en particulier parce qu'elle le réduirait à être un relai d'obligations textuelles et non pas un instrument au service des intérêts des parties. Mais, l'atteinte à la logique contractuelle n'est pas irrésistible ; on la retrouve si l'on considère le contrat dans son ensemble mais aussi, dans une certaine mesure, s'agissant des stipulations relatives à la protection des données. Quoiqu'il en soit, l'atteinte est légitime car les parties contractent sur une émanation de la personnalité d'autrui. Plus problématique est l'efficacité du contrat pour la protection des données. Plusieurs fois, en effet, on a relevé l'inadéquation des mécanismes contractuels lorsqu'ils ne sont pas utilisés pour satisfaire des intérêts individuels mais pour permettre la poursuite d'un intérêt général. Cela n'est pas très grave lorsque la protection contractuelle complète d'autres mécanismes, d'inspiration publiciste ou pénale, comme c'est le cas en matière de traitement conjoint ou de sous-traitance. La contractualisation n'est, en effet, pas dépourvue d'intérêts et peut bel et bien contribuer à la sensibilisation des individus ainsi qu'à la précision de principes généraux qui n'apportent pas d'indications claires sur les comportements à adopter dans des situations concrètes. En revanche, la contractualisation ne peut suffire, en elle-même, à assurer la protection des données personnelles car les mécanismes du droit privé ne peuvent remplacer les pouvoirs d'une autorité administrative. Le cas le plus problématique est donc celui de l'encadrement contractuel du transfert de données.

123. En définitive, sans qu'il soit possible d'apporter une réponse univoque, plusieurs éléments – la considération insuffisante du fonctionnement des sanctions contractuelles, le rôle inadapté attribué à une stipulation pour autrui, l'appréhension imparfaite de la réalité contractuelle et de sa diversité, l'absence de prise en compte de données bien identifiées telles que les limites du formalisme ou l'existence de contrats d'adhésion – laissent penser que l'usage

du contrat par le droit des données personnelles néglige certaines des spécificités de l'instrument utilisé.

124. Cet usage du contrat n'est pourtant pas amené à reculer car il s'inscrit dans un mouvement plus large de privatisation du droit des données personnelles³³⁸. Celui-ci pourrait réjouir le privatiste qui voit son champ d'étude s'élargir. Mais, le juriste attaché à sa matière sait qu'il faut en délimiter les frontières. Les institutions du droit privé risquent en effet d'être dénaturées en étant mises au service d'objectifs pour lesquelles elles n'ont pas été conçues et qu'elles ne peuvent efficacement atteindre. Laisser les individus poursuivre leurs intérêts personnels, dans les limites de réglementations impératives sanctionnées par la puissance publique et d'un ordre public protégeant les valeurs essentielles de la société, peut satisfaire l'intérêt collectif. En revanche, leur déléguer la charge de la protection des tiers risque de n'aboutir qu'à un altruisme de façade tandis que demander aux individus de défendre eux-mêmes leurs droits lorsqu'ils sont structurellement inaptes à le faire est voué à l'échec.

³³⁸ V. à ce sujet : A. Debet, « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », précité ; N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », précité.

Bibliographie

Ouvrages et thèses

V-L. Benabou et J. Rochfeld, *A qui profite le clic ?*, Corpus, Odile Jacob, 2015

A. Bensoussan, *Informatique et libertés*, Francis Lefebvre, 2^{ème} éd., 2010

N. Borga, J.C. Marin et J.C. Roda (dir.), *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Thèmes et commentaires, Dalloz, 2018, p. 129

D. Bureau et H. Muir Watt, *Droit international privé : Tome 2, Partie spéciale*, Thémis, PUF, 4^{ème} éd., 2017

J. Carbonnier, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Flammarion, 1996

G. Chantepie et M. Latina, « Le nouveau droit des obligations », Hors coll., Dalloz, 2^{ème} éd., 2018

A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *Informatique et Libertés. La protection des données à caractère personnel en droit français et européen*, Lextenso, Les intégrales, 2015

G. Desgens-Pasanau, *La protection des données personnelles*, LexisNexis, 3^{ème} éd., 2018

M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations : Tome 1, Contrat et engagement unilatéral*, Thémis, PUF, 5^{ème} éd., 2019

J. Ghestin, *La formation du contrat, Tome 1*, Traité de droit civil, LGDJ, 4^{ème} éd., 2013

Y. Lequette « Les mutations du droit international privé : vers un changement de paradigme ? », *RCADI*, Brill, 2017

G. Lewkowicz et M. Xifaras (dir.), *Repenser le contrat*, Méthodes du droit, Dalloz, 2009

H. Mazeaud, L. Mazeaud, J. Mazeaud et F. Chabas, *Leçons de droit civil : Tome 2, Premier volume, Obligations, Théorie Générale*, 9^{ème} éd., 1998

E. Netter et A. Chaigneau (dir.), *Les biens numériques*, PUF, coll. CEPRISCA, 2015

N. Ochoa, *Le droit des données personnelles : une police administrative spéciale*, thèse, Paris 1, 2014

A. Supiot (dir.), *Face à l'irresponsabilité : la dynamique de la solidarité*, Collège de France, OpenEdition Books

F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, Les obligations*, Précis, Dalloz, 8^{ème} éd., 2012

C. de Terwangne et K. Rosier (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD / GDPR). Analyse approfondie*, coll. du CRIDS, Larcier, 2018

B. Teyssié (dir.) *La communication numérique*, éd. Panthéon-Assas, 2012

Encyclopédies et dictionnaires

H. Boucard, « Responsabilité contractuelle », *Rép. dt. civ.*, 2018

C. Castets-Renard, « La protection des données personnelles dans les relations internes à l'Union européenne », *Rep. dt. eur.*, 2018

V. Constantinesco et V. Michel, « Compétences de l'Union européenne », *Rép. dt. eur.*, 2011

G. Cornu (dir.), *Vocabulaire juridique*, Quadrige, PUF, 12^{ème} éd., 2018

S. Guinchard et T. Debard (dir.), *Lexique des termes juridiques*, Lexiques, Dalloz, 2019

P. Le Tourneau, « Dépôt », *Rép. dt. com.*, 2018

Articles de revues scientifiques ou de mélanges

C. Alleaume, « Les données à caractère personnel comme objet des contrats », *AJ Contrat*, 2019, p. 373

P. Ancel, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD. Civ.*, 1999, p. 771

A. Banck, « GDPR et sous-traitance : un nouveau devoir de conseil ? », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 36

B. Barraud, « Se souvenir de *Cambridge Analytica* », *La revue européenne des médias et du numérique*, 2018, 48, p. 90

G. Brunaux, « Cloud computing, protection des données : et si la solution résidait dans le droit des contrats spéciaux? », *D.*, 2013, p. 1158

F. Cafaggi, « The regulatory functions of transnational commercial contracts: new architectures », *Fordham Law Journal*, 2013, p. 1556

C. Castets-Renard, « Brève analyse du règlement général relatif à la protection des données personnelles », *Dalloz IP/IT*, 2016, p. 331

C. Castets-Renard, « Traitement algorithmique des activités humaines : le sempiternel face-à-face homme/machine », *Cahiers Droit, Sciences & Technologies*, 2016, p. 239

L. Castro, « Deux ouvrages récents sur l'idée de contrat », *Arch. phil. dr.*, 1968, p. 51

A. Danis-Fatôme, « Contrat et détermination des responsabilités subséquentes à la violation de la réglementation relative à la protection des données personnelles », *RDC*, 2018, p. 555

A. Danis-Fatôme, « Ordre public et protection des données à caractère personnel », *AJ Contrat*, 2019, p. 366

A. Debet, « Un fichier non déclaré à la CNIL est une chose hors du commerce », *JCP*, 2013, p. 1619

A. Debet, « La protection des données personnelles, point de vue du droit privé », *RDP*, 2016, p. 17

A. Debet, « Le consentement dans le RGPD : rôle et définition », *CCE*, 2018, 4, n°9

G. Desgens-Pasanau, « RGPD : entre incertitudes et occasions manquées », *Daloz IP/IT*, 2016, p. 335

M. Destreguil, « Plaidoyer en faveur d'une approche propriétaire des données personnelles », *RJPF*, 2019, 3, p. 5

B. Fauvarque-Cosson, « L'entreprise, le droit des contrats et la lutte contre le changement climatique », *D.*, 2016, p. 324

M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la *compliance* », *D.*, 2016, p. 1871

J. Ghestin, « La notion de contrat », *D.*, 1990, p. 147

D. Houtcieff, « La motivation en droit des contrats », *Revue de droit d'Assas*, décembre 2019, p. 34

J. Huet, « Les contrats encadrant les transferts de données personnelles », *CCE*, 2001, 5, p. 8

F. Jault-Seseke et C. Zolynski, « Le règlement 2016/679/UE relatif aux données personnelles. Aspects de droit international privé », *D.*, 2016, p. 1874

L. Josserand, « Le contrat dirigé », *D.*, 1933, p. 19

L. Josserand, « Le contrat forcé et le contrat légal (contrat dit *de salaire différé*) », *D.*, 1940, p. 5

H. Lebon et F. Boissart, « Les clauses sur la protection des données personnelles : un enjeu toujours plus important lors des négociations contractuelles », *CCE*, 2016, 6, n°44

E. Le Quellenec, « Les contrats informatiques et la protection des données à caractère personnel : aspects pratiques », *AJ Contrat*, 2019, p. 420

S. Lequette, « La notion de contrat. Réflexions à la lumière de la réforme du droit commun des contrats », *RTD civ.*, 2018, p. 541

S. Le Strujon, « Le *California Consumer Privacy Act* : premier pas vers un RGPD américain ? », *Rev. UE*, 2020, p. 41

J. Lindqvist, « New challenges to personal data processing agreements: is the GDPR fit to deal with contract, accountability and liability in a world of the Internet of Things? », *International Journal of Law and Information Technology*, 2018, 26, p. 45

N. Ochoa, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *RFDA*, 2015, p. 1157

C. Pérès, « Le renvoi à la loi ou la reproduction de la loi dans l'acte notarié », *JCP N*, 2012, 4, p. 34

R.A. Posner, « An economic theory of privacy », *Regulation*, Mai-juin 1978, p. 19

T. Revet, « La clause légale », *Mélanges Michel Cabrillac*, LexisNexis, Dalloz, 1999, p. 277

J. Rochfeld, « La vie tracée ou le code civil doit-il protéger la présence numérique des personnes ? », *Mélanges en l'honneur du professeur Jean Hauser*, Dalloz, LexisNexis, 2012, p. 619

J. Rochfeld, « Une nouvelle source en droit des contrats : la loi Informatique et libertés », *RDC*, 2014, p. 119

P.M. Schwartz et K-N. Peifer, « Transatlantic Data Privacy Law », *The Georgetown Law Journal*, 2017, p. 115

F.-L. Simon et A. Bounedjoun, « RGPD : quelles nouvelles règles en matière de responsabilité et quels impacts sur les contrats ? », *AJ Contrat*, 2018, p. 172

C. Zolynski, « Les nouveaux contours de l'action de groupe et de l'action collective au lendemain de la loi pour la protection des données : un empowerment renforcé », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 470

Articles de presse généraliste

L. Belot, « Les données de santé, un trésor mondialement convoité », *Le monde.fr*, 2 mars 2020

P. Boucher, « SAFARI ou la chasse aux français », *Le Monde*, 21 mars 1974

S. Caulier, Numérique : le cloud, enjeu de souveraineté, *Le Monde.fr*, 16 février 2020

P. Croquet, « En Chine, un système de notation des citoyens encore flou mais aux ébauches effrayantes », *Le Monde.fr*, 28 décembre 2018

Divers

S. Clavel, « L'intégration de considérations éthiques dans le droit des contrats du commerce international », Cours inédit, Académie de droit international de La Haye, 2019

CNIL, « Recommandations pour les entreprises qui envisagent de souscrire à des services de *Cloud computing* », 2012

CNIL, « Guide du sous-traitant – Edition septembre 2017 », 2017

Commission européenne, Communication au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Exploiter le potentiel de l'informatique

en nuage en Europe (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE), SWD (2012) 271 final, COM (2012) 529 final

Conseil de l'Europe, Commission européenne et CCI, étude, « Contrat-type visant à assurer une protection équivalente des données dans le cadre des flux transfrontières des données et rapport explicatif », 1992

Conseil de l'Europe, rapport, « Guide relatif à l'élaboration de clauses contractuelles régissant la protection des données lors de communications de données à caractère personnel à des tiers non soumis à un niveau de protection des données adéquat », 2002

Conseil d'État, *Le numérique et les droits fondamentaux*, Documentation française, 2014

Génération Libre, Rapport, « Mes datas sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles », 2018

Law society of Ireland, Law society submission on the Data protection bill 2018, 2018

P.M. Schwartz, « Comparative Contractual Privacy Law: The U.S. and EU », 2015, Disponible sur :

www.law.uchicago.edu/files/file/schwartz_comparative_contractual_privacy_law.pdf&usg=AOvVaw3Nvs8O1P3N4LeluLb9hK5Y

World Economic Forum, Rapport, « Unlocking the Value of Personal Data : From Collection to Usage », 2013

Index alphabétique

Les chiffres désignent les numéros de paragraphe

A

Accountability, 6, 31.

Audit, 62.

C

Clause

- *Ad hoc*, 26.
- Définition, 9.
- Contractuelles types, 26, 28, 48.
- Légale, 35, 81.

Cloud computing

- Définition, 15.
- Qualification, 68.

Commerce juridique, 56.

Compliance, 31 et s.

Consentement, 5, 12.

Contrat

- D'adhésion, 105, 117.
- Définition, 9.
- Fonctions, 30 et s., 75, 96.
- Forcé, 94.
- Notion, 73.

Convention n° 108, 5.

D

Devoir de conseil, 65.

Données personnelles

- Définition, 2.
- Protection, 3s.
- Sensible, 2.
- Traitement, 3.
- Valeur économique, 11.

Droits de la personne concernée

- Présentation, 3.
- Limites, 119 et s.

Droits objectifs et subjectifs

, 8.

E

États-Unis, 10.

F

Formalisme, 34, 56, 104

et s.

I

Inexécution

,

- Prévention, 58 et s.
- Sanction, 108 et s.

L

Liberté contractuelle, 46,

77, 90 et s., 92 et s.

Loi

,

- Application dans le temps, 87 et s.
- Autorité, 84.

M

Motivation, 46.

N

Nécessité contractuel, 12.

Norme, 37 et s.

Nullité, 54 et s.

O

Obligation

d'information, 55 et s.

Ordre public, 48, 55.

R

Responsabilité civile, 53, 100, 111 et s., 118.

Restitutions, 67 et s.

S

Stipulation pour autrui, 53, 114.

T

Transfert de données, 12, 22 et s., 52 et s., 80, 83, 111 et s.

Table des matières

INTRODUCTION	6
PARTIE 1 : L'INTEGRATION DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	18
CHAPITRE 1 : LA PLACE DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	18
SECTION 1 : LA PROGRESSION DU CONTRAT	18
Paragraphe 1 : La contractualisation du transfert	18
A. Apparition de la solution contractuelle en dehors des textes	19
B. Consécration de la solution contractuelle par la directive	20
C. Consolidation de la solution contractuelle par le RGPD	22
Paragraphe 2 : La contractualisation de la sous-traitance	23
Paragraphe 3 : La contractualisation du traitement conjoint	24
SECTION 2 : LES FONCTIONS DU CONTRAT	25
Paragraphe 1 : La fonction d'outil de conformité	25
A. La fonction probatoire	27
B. La fonction pédagogique	27
Paragraphe 2 : La fonction règlementaire	28
Paragraphe 3 : La fonction sociale	31
CHAPITRE 2 : LE REGIME DU CONTRAT DANS LE DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	32
SECTION 1 : L'ENCADREMENT DE LA FORMATION DU CONTRAT	32
Paragraphe 1 : La teneur des exigences	32
A. Un contractant présentant des garanties suffisantes	32
B. Une forme écrite	34
C. Un contenu obligatoire	34
1. <i>Traitement conjoint</i>	35
2. <i>Sous-traitance</i>	35
3. <i>Transfert</i>	36
Paragraphe 2 : La nature des exigences	38

SECTION 2 : LA PREVENTION DE L'INEXECUTION DU CONTRAT	41
Paragraphe 1 : La prévention par le contrôle du cocontractant	42
A. Direction	42
B. Vérification	42
Paragraphe 2 : La prévention par l'assistance du cocontractant	43
A. Obligations d'aide matérielle	44
B. Obligations d'information	44
SECTION 3 : LE SORT DES DONNEES LORS DE L'EXTINCTION DU CONTRAT	45
Paragraphe 1 : Extinction non pathologique	45
Paragraphe 2 : Extinction pathologique	47
PARTIE 2 : LA CONFRONTATION DU CONTRAT AU DROIT DE LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	48
CHAPITRE 1 : LA COMPATIBILITE DU CONTRAT AVEC LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	48
SECTION 1 : DOUTES SUR LA COMPATIBILITE AVEC LE MECANISME CONTRACTUEL	48
Paragraphe 1 : Au regard de la procédure contractuelle	49
A. Dépassement des intérêts individuels	49
B. Atteinte à la liberté contractuelle	50
Paragraphe 2 : Au regard des effets du contrat	51
A. Constat	51
1. <i>Le cas du transfert de données : « l'exportation » des obligations textuelles</i>	51
2. <i>Les autres cas : la reprise des obligations textuelles</i>	52
B. Explications	53
1. <i>Territorialité de la loi et ubiquité du numérique</i>	53
2. <i>Perte d'autorité du commandement législatif</i>	54
C. Conséquences	55
1. <i>Remise en cause de la qualification contractuelle envisageable</i>	55
2. <i>Le régime du contrat altéré : l'application de la loi dans le temps</i>	55
SECTION 2 : AFFIRMATION DE LA COMPATIBILITE AVEC LE MECANISME CONTRACTUEL	57
Paragraphe 1 : Une atteinte à la liberté contractuelle justifiée	57
Paragraphe 2 : Une logique contractuelle partiellement préservée	58
A. Dans l'opération contractuelle	59

B. Dans les clauses relatives à la protection des données	60
CHAPITRE 2 : L'EFFICACITE LIMITEE DU CONTRAT POUR LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES	64
SECTION 1 : LIMITES OBJECTIVES : LA PORTEE REGLEMENTAIRE LIMITEE DU CONTRAT	64
Paragraphe 1 : Limites du contrat en tant qu'<i>instrumentum</i>	64
Paragraphe 2 : Limites du contrat en tant que <i>negotium</i>	65
A. Limites des sanctions de l'inexécution	66
B. Limites de l'action en responsabilité civile de la personne concernée	69
1) <i>L'inadaptation de l'action en responsabilité civile</i>	69
2) <i>Un obstacle à l'action en responsabilité civile</i>	70
SECTION 2 : LIMITES SUBJECTIVES : LE DESEQUILIBRE DES FORCES EN PRESENCE	71
Paragraphe 1 : Le déséquilibre fréquent de la relation contractuelle	72
Paragraphe 2 : La faiblesse de la personne concernée dans l'économie numérique	74
CONCLUSION	76
BIBLIOGRAPHIE	78
INDEX ALPHABETIQUE	85
TABLE DES MATIERES	86