

RGPD & marchés publics : quand le Conseil d'État s'en mêle...

Le Conseil d'État de Belgique a rendu, le 21 décembre dernier, un arrêt dans une affaire concernant un marché public, à l'occasion duquel il a dû connaître d'un moyen pris de la violation des dispositions du RGPD. À notre connaissance, il s'agit du premier arrêt abordant directement cette matière face à laquelle l'acheteur - ou le juriste de droit - public apparaît parfois désarmé¹. Pour cette raison, il convient de s'y intéresser.

I. Contexte

Un pouvoir adjudicateur actif dans le secteur de l'eau avait lancé une procédure de passation relative à un marché de services de recouvrement amiable et judiciaire de factures de consommation d'eau impayées, sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale.

Les documents du marché (cahier spécial des charges et contrats) prévoient des dispositions relatives au traitement des données à caractère personnel. Le pouvoir adjudicateur avait prévu une disposition spécifique traitant du transfert de ces données en dehors de l'UE et de l'accès à ces données à partir - toujours - d'un pays tiers, en prévoyant que ces transferts ou accès n'étaient autorisés que pour des pays assurant un niveau de protection adéquat des données, suivant une décision d'adéquation de la Commission européenne (en vertu de l'article 45 du RGPD).

À l'occasion de l'examen des offres déposées par les compétiteurs au marché, le pouvoir adjudicateur a été confronté à un soumissionnaire qui faisait appel à une filiale sous-traitante, située en Tunisie, qui, « dans la phase de recouvrement amiable », [prenait] en charge le traitement humain des dossiers, en ce compris l'activité de Call Center ».

Le pouvoir adjudicateur a considéré être en présence d'une offre affectée d'une irrégularité substantielle, devant à elle seule donc justifier l'écartement de celle-ci, au regard de la réglementation de la commande publique, dans la mesure où, pour reprendre les termes de la décision d'attribution du marché, « ce traitement implique incontestablement qu'il y ait transfert de données à caractère personnel (identité des débiteurs, adresse postale, adresse mail, numéro de téléphone...) et/ou accès à celle-ci en Tunisie, pays n'ayant pas fait l'objet d'une décision d'adéquation de la Commission européenne à la date de la remise de l'offre ». Aux termes de cette motivation, il a donc écarté l'offre de ce soumissionnaire.

¹ C.E. arrêt n° 246.532 du 23 décembre 2019. Venturi, disponible sur le site du Conseil d'Etat à l'adresse suivante : www.raadvt-consetat.be.

² Le lien entre les deux « matières » avait fait l'objet d'un Avis de la Commission fédérale des marchés publics, du 5 décembre 2018, relatif à la notion de « Sous-traitant » au sens du RGPD. L'avis est disponible à l'adresse suivante : www.publicprocurement.be/sites/default/files/documents/ptv1376_20181118_avis_sous-traitant_gdpr_0.pdf.

II. Recours

Le soumissionnaire écarté a tenté de suspendre la décision déclarant son offre irrégulière, en soutenant devant le Conseil d'État que le pouvoir adjudicateur avait, par les dispositions des documents du marché, irrégulièrement limité le recours à la possibilité de faire traiter et/ou transférer des données à partir de pays tiers, en n'autorisant pas que le prestataire démontre satisfaisamment ses obligations en matière de RGPD par le biais des mesures appropriées sur la base de l'article 46 du RGPD.

III. Position du Conseil d'Etat

A l'issue d'un examen en référé, la juridiction administrative va juger que « si les dispositions [...] des articles 45 et 46 du RGPD définissent les conditions auxquelles peuvent être autorisés des transferts de données en dehors de l'Union européenne, elles ne paraissent, *prima facie*, pas imposer au responsable de traitement l'obligation de recourir à ces différentes possibilités de transfert, de sorte que, pour un traitement de données particulier, le responsable du traitement peut envisager un transfert de données vers un pays bénéficiant d'une décision d'adéquation prise en vertu de l'article 45, mais ne pas souhaiter un tel transfert conformément au régime défini par l'article 46. Un tel choix peut notamment être déterminé par la manière dont le responsable du traitement entend concrètement prendre les mesures lui permettant d'assumer la responsabilité qui lui incombe en vertu de l'article 5.2 du RGPD. »³

Le sous-traitant, au sens de la réglementation « RGPD », ne peut, souligne la juridiction, s'appuyant sur l'article 28, point 3, a), du Règlement, « lui-même décider d'un transfert hors de l'Union européenne, dès lors qu'il ne peut agir, pour un traitement de données à caractère personnel, que conformément [...] aux instructions du responsable de traitement, lesquelles [...] sont d'ailleurs expressément requises pour les transferts vers des pays tiers [...] ».

³ Art. 76 de l'A.R. du 18 avril 2017 (secteurs classiques); art. 74 de l'A.R. du 18 juin 2017 (secteurs spéciaux).

⁴ P. 28 de l'arrêt.

Ces deux affirmations ont balisé « le choix posé par [le pouvoir adjudicateur] pour le marché litigieux [...]. En décidant ainsi que, dans le cadre de ce marché de recouvrement de créances, un sous-traitant (au sens du RGPD), ne pourrait transférer les données hors de l'Union européenne que dans un pays bénéficiant d'une décision d'adéquation, [le pouvoir adjudicateur] n'a, prime facie, pas violé les dispositions [du Règlement] », ayant « en effet, pu raisonnablement choisir de n'avoir égard qu'à l'hypothèse de transfert de données vers des pays tiers qui lui permette de s'assurer sans doute le plus facilement du respect des obligations qui lui incombent en sa qualité de responsable du traitement, au titre de l'article 5 du RGPD ».

IV. Que retenir ?

L'arrêt commenté constitue une piqûre de rappel utile à destination des pouvoirs adjudicateurs et des opérateurs économiques. À côté de la réglementation dédiée à la commande publique, les premiers doivent respecter les autres cadres légaux, tels que le RGPD, lorsqu'ils lancent une procédure de passation : les seconds, soumissionner

en conformité avec le même encadrement. Si l'on constate en pratique que de nombreux pouvoirs adjudicateurs se sont appropriés la matière du traitement des données personnelles, l'on ne peut que les inviter à être prudents lors de la rédaction des documents du marché relatifs à une procédure de passation. Un mauvais choix pourrait amener une autorité de contrôle ou une juridiction, comme en l'espèce le Conseil d'Etat, à suspendre ou annuler une décision d'attribution (ou plus généralement l'ensemble de la procédure). Il en va de même pour les soumissionnaires qui sont invités à respecter strictement les « règles du jeu » édictées pour un marché en particulier, sous peine de voir leur offre écartée pour irrégularité.

Christophe Dubois

Avocat au barreau de Bruxelles
Projeteur invité à la Haute Ecole Francisco Ferrer