



WOJCIECH RAFAŁ WIEWIÓROWSKI  
CONTRÔLEUR ADJOINT

Bruxelles, le 23 mai 2019

**C 2019-0145**

Veillez utiliser l'adresse

[edps@edps.europa.eu](mailto:edps@edps.europa.eu)

pour toute correspondance

**Objet: Consultation concernant l'application de clauses relatives à la protection des données dans vos contrats**

Madame/Monsieur,

Le 14 février, vous avez communiqué deux demandes de consultation concernant l'utilisation de clauses contractuelles types adoptées conformément à l'article 29, paragraphe 8, du règlement 2018/1725:

1. Vous avez reçu une demande d'information du *pouvoir adjudicateur 1* concernant les options d'utilisation conformément à l'article I.9.2., concernant leur contractant actuel, enregistré dans un pays tiers. Selon vous, la clause territoriale est restrictive en ce qui concerne l'accès aux procédures de passation de marchés et vous vous interrogez sur les moyens de garantir que ces clauses ne restreignent pas l'accès au marché tel que prévu à l'article 176 du règlement financier. Vous considérez que même si le RGPD n'est pas applicable, le règlement 2018/1725 s'applique au traitement de données à caractère personnel dans le cadre d'un contrat conclu entre le pouvoir adjudicateur et le contractant, quel que ce soit le territoire dans lequel les données seront traitées. Vous avez demandé au CEPD quelles seraient les options que le *pouvoir adjudicateur 1* devrait utiliser en vertu de l'article I.9.2 et si l'article I.9.2 pourrait être supprimé du contrat type.

2. Une seconde question a été transmise par le *pouvoir adjudicateur 2*, elle vise à déterminer avec clarté si le règlement 2016/0679 (le RGPD) ou le règlement 2018/1725 s'applique au traitement par le contractant de données à caractère personnel du personnel du pouvoir adjudicateur 2. Le *pouvoir adjudicateur 2* a soulevé la question de l'articulation entre les deux règlements dans le contrat: (i) à l'article II.4.3 du contrat-cadre type, il est prévu que le contractant doit se conformer au minimum au RGPD; tandis que (ii) l'article II.9.2 prévoit que le traitement de données à caractère personnel par le contractant doit satisfaire aux exigences du règlement 2018/1725. Selon vous, c'est l'article II.9.2 du contrat qui s'applique au contractant lorsqu'il traite des données à caractère personnel du personnel du responsable du traitement. À cet égard, vous vous demandez si les clauses contractuelles types actuelles des contrats types offrent une protection adéquate pour ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel du personnel du pouvoir adjudicateur.

## ***1. La consultation du pouvoir adjudicateur 1***

En ce qui concerne la question de l'accès aux procédures de passation de marchés, l'intention sous-tendant les options prévues aux points (i) à (v) de la section I.9.2 ne consiste absolument pas à restreindre la concurrence, mais bien à **protéger les droits et libertés fondamentaux des individus**. Les options proposées aux points (i) à (v) n'excluent pas (et ne doivent pas exclure) la participation de soumissionnaires/contractants établis dans des pays tiers, mais elles doivent prévoir des garanties juridiques et techniques appropriées concernant le traitement de données à caractère personnel auxquelles tous les soumissionnaires devront se conformer à égalité de conditions. Le choix entre les options prévues aux points (i) à (v) doit être effectué après une **évaluation au cas par cas réalisée par le responsable du traitement** en tenant compte de la probabilité et de la gravité du risque pour les droits et libertés des personnes en fonction de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement.

En cohérence avec le principe de responsabilité, c'est au responsable du traitement qu'il incombe d'évaluer et d'atténuer les risques. Dans ce cadre, ils doivent identifier les garanties juridiques et techniques appropriées pour assurer que tant le responsable du traitement que le sous-traitant (contractant, et - le cas échéant - tout sous-traitant du contractant) respectent leur obligations découlant du règlement 2018/1725. Même si le responsable du traitement conclut qu'il existe des risques ou des risques élevés pour les droits des personnes et conclut que la conformité avec le règlement ne peut être garantie que si les données ne sont stockées ou traitées ou qu'il n'y est accédé que sur le territoire d'un pays tiers déterminé et de l'EEE ou seulement au sein de l'UE, ces conditions n'excluent pas en elles-mêmes la participation de soumissionnaires établis dans des pays tiers. Il s'agit d'assurer la conformité avec le droit de l'UE (également imposée en tant que condition minimale) au moyen de garanties juridiques et techniques devant être intégrées dans les spécifications techniques, permettant la participation de tous les soumissionnaires à égalité de conditions. Cela signifie que ces garanties doivent être mises en place chaque fois que des données sont transférées à l'extérieur de l'UE/EEE, que ce soit par une entité non établie dans l'UE/EEE ou par une entité établie dans l'UE/EEE à un sous-traitant non établi dans l'UE/EEE. En outre, de nombreuses sociétés multinationales ou étrangères disposent de filiales dans l'EEE et proposent déjà des services sur mesure avec des centres de données en Europe pour atténuer les risques éventuels.

En ce qui concerne la **question du pouvoir adjudicateur 1**, nous confirmons que tout traitement de données à caractère personnel par le contractant ou d'autres contractants effectué pour le compte du *pouvoir adjudicateur 1* doit être effectué conformément au règlement 2018/1725, quel que soit le lieu d'établissement du contractant. Dans le cas qui nous occupe, le responsable du traitement (EUI) étant soumis au règlement 2018/1725, les opérations de traitement du contractant doivent également répondre aux obligations du règlement 2018/1725. Concernant toute partie du traitement pour laquelle le contractant n'agit pas conformément aux instructions de l'EUI, le contractant endosse un rôle de contrôleur pour ce traitement (voir article 29, paragraphe 10, du règlement 2018/1725). Dans ce cas exceptionnel, le contractant est soumis au RGPD sur la base de l'article 3 du RGPD, étant donné que:

- les candidats aux concours de l'EUI pour les fonctionnaires et les agents temporaires ou contractuels sont limités aux citoyens de l'UE, le contractant fournit des services aux citoyens de l'UE ou suit leur comportement et
- en outre, le contractant possède des établissements dans plusieurs États membres de l'UE.

Veuillez également noter que tous les cas où les données quittent le territoire de l'UE (y compris dans le cas d'un accès à partir d'un pays tiers) sont considérés comme un transfert international, lequel doit être conforme aux conditions énoncées au chapitre V du règlement 2018/1725, ce qui signifie qu'un degré équivalent de protection des données à caractère personnel doit être garanti. Il est exposé dans ce chapitre que les données à caractère personnel peuvent être

transférées à des pays tiers sur la base d'une décision d'adéquation de la Commission ou, à défaut, dans le cas où le responsable du traitement ou le sous-traitant a fourni des garanties appropriées (sur le fondement d'instruments juridiquement contraignants et exécutoires entre les autorités ou organismes publics; ou des clauses types de protection des données adoptées par la Commission ou le CEPD ou sur la base de règles d'entreprise contraignantes, ou de codes de conduite ou de mécanismes de certification conformément au RGPD) ou dans le cas où le CEPD a autorisé le transfert / les clauses. Il convient néanmoins de souligner que même si, en principe, un pays tiers offre un niveau équivalent de protection des données à caractère personnel pour les transferts internationaux, les risques pour les droits et libertés des personnes doivent être évalués au cas par cas, en tenant compte de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement et que des garanties contractuelles doivent être mise en œuvre en conséquence. Ceci est également conforme à l'obligation incombant au responsable du traitement énoncée à l'article 29, paragraphe 1, de faire 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 règlement 2018/1725 et garantisse la protection des droits de la personnes concernée.

En ce qui concerne le traitement effectué par le *pouvoir adjudicateur 1*, le responsable du traitement doit évaluer soigneusement les risques pour les droits et libertés des personnes. Nous attirons votre attention sur le 45<sup>e</sup> considérant du règlement 2018/1725, présentant certains exemples de risques, y compris dans des cas particuliers: lorsqu'il est procédé au traitement de données à caractère personnel révélant l'origine raciale ou ethnique, au traitement de données relatives à la santé; **lorsque des aspects personnels sont évalués**, en particulier l'analyse ou la prédiction d'aspects concernant la performance au travail, la fiabilité ou le comportement; ou lorsque le traitement porte sur une grande quantité de données à caractère personnel et sur un grand nombre de personnes concernées. Sur la base des informations disponibles, nous ne sommes pas en mesure de conseiller le pouvoir adjudicateur en ce qui concerne le contenu du contrat ni les spécifications techniques devant être publiées.

En tout état de cause, veuillez noter que **l'article I.9.2 ne peut être supprimé que pour les contrats dans le cadre desquels le traitement de données à caractère personnel n'est pas du tout externalisé**. Pour être conforme au règlement 2018/1725, l'article I.9.2 (a) doit énoncer l'objet et la finalité de l'opération de traitement, tandis que l'article I.9.2. (b) (i)-(iii) doit également être adapté avec soin pour toutes les opérations de traitement (en indiquant les pays dans lesquels les données à caractère personnel en cause peuvent être traitées, stockées, où il peut y être accédé). En tout état de cause, l'article I.9.2 (b) (iv) reste applicable. En ce qui concerne l'article I.9.2 (b)(v), il peut être utile d'explicitier dans le vade-mecum qu'il s'entend sans préjudice des dispositions énoncées aux points (i)-(iii) dans le cas où un contrôleur a choisi de ne stocker ou de ne traiter les données qu'au sein de l'UE ou de l'EEE, aucun transfert international ne peut avoir lieu.

## ***2. Consultation du pouvoir adjudicateur 2***

En ce qui concerne **la question du pouvoir adjudicateur 2**, nous souscrivons à votre interprétation, il incombe au contractant d'assurer que le traitement de données à caractère personnel effectué pour le compte d'une institution de l'UE le soit conformément au règlement 2018/1725, en concordance avec les articles I.9.2 et II.9.2.

Nous nous tenons à votre disposition pour toute autre question. Nous attendons de recevoir les documents du *pouvoir adjudicateur 1* pour nous livrer à une analyse plus fine.

Veuillez agréer, Madame, Monsieur, l'assurance de nos sentiments distingués.

[signé]  
Wojciech Rafał WIEWIÓROWSKI

Cc: (Délégué à la protection des données)