



DIRECTION GENERALE
COORDINATION ET AFFAIRES JURIDIQUES
SERVICE DES MARCHÉS PUBLICS

AVIS DE LA COMMISSION DES MARCHES PUBLICS

Concerne : Notion de “sous-traitant” au sens du Règlement général sur la protection des données

Lors de sa réunion du 5 novembre 2018, la Commission des marchés publics a examiné la notion de « sous-traitant » au sens du Règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016 (ci-après RGPD).

Il semblerait que certains adjudicateurs considèrent que tout adjudicataire (et sous-traitant qui intervient dans l'exécution d'un marché) doit être qualifié de sous-traitant au sens du RGPD. Ils exigent dès lors de conclure un contrat de traitement de données.

Il est utile de préalablement, bien distinguer les termes suivants :

- le « sous-traitant » au sens de l'article 4 du RGPD, défini comme « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données à caractère personnel pour le compte du responsable du traitement* »,
- de l'« adjudicataire » visé à l'article 2, 16°, de la loi du 17 juin 2016 relative aux marchés publics (et du « sous-traitant » visé aux articles 12 et suivants de l'arrêté royal du 14 janvier 2013 établissant les règles générales d'exécution des marchés publics).

Les notions :

- se recourent, lorsque l'objet du marché est le traitement de données pour le compte du responsable de traitement. Dans un tel cas, l'adjudicateur doit conclure un contrat de traitement avec l'adjudicataire. Il en va de même lorsque l'exécution du marché implique un traitement de données pour le compte de l'adjudicateur (sans que cela n'en soit l'objet principal). En effet, la prestation à exécuter consiste dans le deux cas en un traitement de données à caractère personnel « pour le responsable du traitement » (l'adjudicateur), qui détermine la finalité et les moyens de ce traitement et donc donne des instructions précises. Par conséquent, la conclusion d'un contrat de traitement est nécessaire puisqu'il s'agit d'un sous-traitant au sens des articles 4,8) et 28.3 du RGPD (par ex. les services de secrétariat social).
- ne se recourent pas lors d'un marché public dont l'objet du marché est l'exécution de travaux, fourniture et services et dont l'exécution ne nécessite pas de traitement de données pour le compte de l'adjudicateur. C'est par exemple le cas pour l'immense majorité des marchés de travaux relatifs à la construction d'un bâtiment. Dans un tel cas, l'adjudicateur ne doit pas conclure un contrat de traitement avec l'adjudicataire.

Si des données personnelles doivent être traitées dans le cadre de l'exécution d'un tel marché, c'est l'adjudicataire qui détermine lui-même la finalité et les moyens du traitement. Il n'est donc pas correct de conclure, dans un tel cas, un contrat de traitement de données parce que le traitement n'a pas lieu pour le compte de l'adjudicateur (par le biais d'instructions précises en ce qui concerne l'objectif et les moyens). Conformément au RGPD, l'adjudicataire a le statut de responsable de traitement et non de sous-traitant.

Conclusion : les données à caractère personnel sont bien entendu transmises à l'adjudicataire dans le cadre de nombreux marchés publics (par exemple, le nom et les coordonnées du fonctionnaire dirigeant). Toutefois, le simple transfert de données à caractère personnel ne suffit pas à conclure que l'adjudicataire intervient également en tant que sous-traitant au sens du RGPD. Ce ne sera le cas que lorsque l'adjudicateur devra déterminer la finalité du traitement et les moyens de traitement (puisque les données sont traitées pour son compte) et fournit ainsi des instructions claires. Ce n'est qu'à ce moment-là que l'adjudicataire doit être considéré comme un sous-traitant au sens du RGPD et qu'un contrat de traitement des données doit être conclu.

La Présidente,

F. Audag-Dechamps