

## Alertes décembre

### FOCUS

#### **L'impact du RGPD sur le droit de la commande publique, à propos de la nouvelle Fiche DAJ**

[https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions\\_services/daj/marches\\_publics/conseil\\_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/impact\\_RGPD\\_droit\\_Commande\\_Publique.pdf](https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/daj/marches_publics/conseil_acheteurs/fiches-techniques/preparation-procedure/impact_RGPD_droit_Commande_Publique.pdf)

Depuis, le 25 mai 2018, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (dit « *règlement général sur la protection des données* » - RGPD) est entré en application.

Or la réglementation relative à la protection des données à caractère personnel s'applique également aux contrats de la commande publique dès lors que ces derniers comprennent une prestation mettant en oeuvre un traitement de données à caractère personnel.

#### **Définitions de la personne concernée et du traitement automatisé**

Précisément, la donnée à caractère personnel s'entend de « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* » (RGPD, article 4.1), celle-ci étant qualifiée de « *personne concernée* » dans le RGPD. La nouvelle réglementation dispose encore qu'« *est réputée être une « personne physique 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* » (article 4.1, préc.).

Quant au traitement, il correspond à, « *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, telles que 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* » (RGPD, article 4.2 ).

#### **Terminologie du RGPD traduite en vocable marchés publics par la DAJ**

La fiche spécialement conçue par la DAJ est destinée à faciliter l’appréhension de cette réglementation par les praticiens de la commande publique. A cette fin, elle apporte plusieurs précisions lexicales :

- Le « *responsable du traitement* » (article 4.7 du RGPD : « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement (...)* ») doit être compris comme « l’acheteur au sens de l’ordonnance n°2015-899 du 23 juillet 2015 relative au droit des marchés publics » (*Fiche, p. 1*) ;

- Le « *sous-traitant* » (article 4.8 du RGPD : « *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* ») est désigné par la DAJ comme « le titulaire du marché public » (*Fiche, p. 1*). Dès lors, on ne sera pas surpris du fait que « le sous-traitant du sous-traitant (article 28.2 du RGPD : lorsque le « *sous-traitant recrute un autre sous-traitant* »), soit entendu comme « le sous-traitant au sens du droit de la commande publique » (*Fiche, p. 2*). Toutefois, la DAJ précise qu’ « en cas de coopération entre administrations, le responsable du traitement peut être une administration et le sous-traitant une autre administration. La qualification de « *sous-traitant* » au sens du RGPD n’est pas conditionnée par une externalisation auprès d’un opérateur économique » (*Fiche, p. 2*) ;

- L’« *autorité de contrôle* » (article 4.21 du RGPD : « *une autorité publique indépendante qui est instituée par un état membre en vertu de l'article 51* ») correspond quant à elle à « la Commission nationale de l’informatique et des libertés (CNIL) » (*Fiche, p. 2*).

### **Précisions sur l’impact du RGPD sur les marchés publics en cours d’exécution et ceux à conclure**

La DAJ rappelle que « tous les marchés publics comportant des traitements de données à caractère personnel dont la procédure a été lancée depuis le 25 mai 2018 doivent comporter des clauses relatives aux traitements de données à caractère personnel » (*Fiche, p. 2*).

S’agissant des marchés publics conclus avant le 25 mai 2018, « en application des dispositions de l’article 5.2.2 des CCAG (cahier des clauses administratives générales), les marchés publics donnant lieu à des traitements de données à caractère personnel doivent donner lieu à la passation d’un avenant, pour autant que l’acheteur ait visé un CCAG dans les pièces contractuelles » (*Idem*).

La DAJ précise encore que « l’article 5.2.3 des CCAG est devenu caduc, puisqu’il fait référence aux « *déclarations et autorisations administratives* » qui ont été, pour la plupart d’entre elles, supprimées par le RGPD au profit d’une logique de responsabilisation de l’ensemble des acteurs intervenant dans la chaîne d’un traitement de données à caractère personnel » (*Idem*).

Au final, cette distinction entre les marchés faisant référence aux CCAG et ceux n’y faisant pas référence (à notre sens, très rares) ne paraît pas fondamentale à la DAJ, car pour ces derniers « il est vivement recommandé de conclure des avenants afin de prendre en considération la nouvelle réglementation européenne » (*Idem*).

## **Modalités de conclusion des avenants de mise en œuvre du RGPD**

S'agissant des marchés publics conclus depuis l'entrée en vigueur de la réforme du droit de la commande publique de mars 2016, la DAJ précise que « les avenants pourront être conclus sur le fondement du 5° de l'article 139 du décret n°2016-360 du 25 mars 2016 relatif au droit des marchés publics » (*Idem*), ce qui signifie que cette modifications, quel qu'en soit son montant, n'est pas substantielle, pour reprendre les termes mêmes du texte précité.

Cette appréciation pourrait bien être discutée lorsque le marché est d'un faible montant ou lorsqu'il comporte la gestion d'importantes données nominatives, mais l'avis favorable de la DAJ vaut mieux que rien.

Par ailleurs, la question de savoir quelle serait la conduite à tenir si le titulaire refusait la signature du nouvel avenant (par exemple, au motif que les charges nouvelles qui lui sont imposées sont trop importantes, ou insuffisamment compensées financièrement) reste posée...

## **Conseils de rédaction**

Sur la manière de rédiger lesdits avenants, la DAJ conseille de se référer « au clausier type élaboré par la CNIL dans le guide « *RGPD : Guide du sous-traitant* » (édition septembre 2017) » (*Fiche, p. 2*). Elle aborde de manière plus détaillée, la rédaction de la clause d'autorisation « écrite préalable, spécifique ou générale, au recrutement d'un sous-traitant (au sens commande publique) lorsque ce dernier est chargé de traitements de données à caractère personnel » (*Fiche, p. 3*).

Selon le RGPD, « *Le sous-traitant ne recrute pas un autre sous-traitant sans l'autorisation écrite préalable, spécifique ou générale, du responsable du traitement. Dans le cas d'une autorisation écrite générale, le sous-traitant informe le responsable du traitement de tout changement prévu concernant l'ajout ou le remplacement d'autres sous-traitants, donnant ainsi au responsable du traitement la possibilité d'émettre des objections à l'encontre de ces changements* » (RGPD, art. 28.2).

Dès lors, la DAJ préconise d'insérer la clause suivante dans le cahier des charges : « *Le titulaire du présent marché public peut faire appel à un sous-traitant pour mener des activités de traitement de données à caractère personnel. Dans ce cas, il informe préalablement et par écrit l'acheteur public de tout changement envisagé concernant l'ajout ou le remplacement d'autres sous-traitants. Cette information, qui peut être effectuée dans la déclaration de sous-traitance, doit indiquer clairement les activités de traitement sous-traitées, l'identité et les coordonnées du sous-traitant et les dates du contrat de sous-traitance. L'acheteur dispose d'un délai de 21 jours à compter de la date de réception de la déclaration de sous-traitance contenant cette information pour présenter ses objections. Cette sous-traitance ne peut être effectuée que si l'acheteur public n'a pas émis d'objection pendant le délai susmentionné. Lorsque le sous-traitant est présenté au moment du dépôt de l'offre, la notification du marché public vaut non opposition de l'acheteur à la sous-traitance des activités de traitement de données indiquées dans la déclaration de sous-traitance* »

Pour autant, la DAJ n'exclut pas que l'acheteur « accorde... au titulaire du marché public une autorisation générale » (*Fiche, p. 3*), celle-ci prendra alors la forme d' « une clause en ce sens dans le cahier des charges du marché public » (*Idem*). De plus, la DAJ signale qu' « afin que l'acheteur public puisse donner son autorisation écrite préalable, le formulaire relatif à la déclaration de sous-traitance (formulaire DC4) a été mis à jour » (*Id.*).

### **Cas particuliers des achats mutualisés**

En matière de groupement de commande, la DAJ précise encore que « lorsqu'un achat mutualisé intervient dans le cadre d'une détermination commune des finalités et moyens d'un traitement (une appréciation au cas par cas est à réaliser sur la base de l'avis 1/2010 du 16 février 2010, relatif aux notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » du groupe des CNIL européennes – G29), ces responsables devront définir de façon transparente et par voie d'accord leurs obligations respectives, aux fins d'assurer le respect des exigences du RGPD, notamment en ce qui concerne l'exercice des droits des personnes dont les données sont traitées » (*Fiche, p. 3*).

Il est également conseillé de mettre en place « un point de contact » destiné à ces dernières, celui-ci étant précisé dans la convention constitutive du groupement, « et dont les grandes lignes devront être tenues à la disposition des intéressés », le tout afin de permettre aux personnes concernées d' « exercer leurs droits à l'égard et à l'encontre de chacun des responsables conjoints » (*Idem*).

### **Une fiche à enrichir**

Au final, la nouvelle fiche constitue un bon début, mais les acheteurs publics seront sans doute demandeurs de plus de précisions sur le champ d'application du RGPD (notamment sur les marchés les plus concernés, car – à dire vrai – et sauf à ce que soient introduits en tous lieux des objets connectés, on peut éprouver quelques difficultés à appréhender en quoi, un marché de fournitures ou de travaux devrait être impacté par la réglementation, ni même un marché de services tel que le nettoyage des locaux, ou la maintenance d'un ascenseur).

A titre d'illustration, la CNIL ne paraît pas étendre la nouvelle obligation à tous les sous-traitants (titulaires de marchés, on l'a vu). Son guide pour les PME, affirme en effet que « Vous êtes concerné, en qualité de **responsable de traitement**, si vous choisissez de confier la

*gestion de vos données personnelles à des prestataires qui seront vos sous-traitants (exemple : SSII, intégrateurs de logiciels, hébergeurs de données).*

*Vous êtes concerné, **en qualité de sous-traitant**, si votre entreprise traite des données personnelles sur instruction et pour le compte d'un autre organisme dans le cadre d'un service ou d'une prestation (exemple : vous effectuez des opérations de prospection commerciale pour le compte de vos clients) »*

(Guide BPI-CNIL TPE PME, p. 47

<https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/bpi-cnilduide-rgpd-tpe-pme.pdf>

De même, un clausier marchés publics établi par la DAJ, et aisément accessible aux acheteurs pourrait ne leur être pas totalement inutile...

## **Au Conseil constitutionnel**

### **La loi ELAN devant le conseil constitutionnel**

<http://lessocialistes.fr/saisine-du-conseil-constitutionnel-sur-la-loi-elan-2/>

Le projet de loi portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (ELAN), tel qu'adopté par le Parlement le 16 octobre 2018 a fait l'objet d'un recours de soixante députés devant le conseil constitutionnel. Selon les auteurs de la saisine, deux points poseraient problème :

- « l'atteinte manifeste au principe d'égalité, et au droit d'accès au logement des personnes en situation de handicap », à propos de la réduction des contraintes d'accessibilité ;

- « l'atteinte manifeste au droit à un environnement sain, au devoir de préservation et d'amélioration de l'environnement de l'Etat, ainsi qu'au principe de précaution », concernant différents assouplissements du droit de l'urbanisme et notamment de la loi littoral.

Ces questions demeurent toutefois étrangères aux questions relatives à la commande publique, abordés dans les articles 20 et suivants, à savoir l'extension du recours à la conception et réalisation pour la réalisation ou la réhabilitation des ouvrages nécessaires aux jeux olympiques et paralympiques de 2024, la réalisation de logements locatifs aidés par l'Etat, des centres régionaux des œuvres universitaires (jusqu'en 2021), des réseaux de communication électronique (jusqu'en 2022).

De plus, la réalisation de bâtiments neufs en conception-construction ne sera plus soumise conditionnée que par le seul du dépassement des objectifs thermiques résultant de la RT 2012.

Selon, M. Julien Denormandie, secrétaire d'État, intervenant dans un débat assez vif sur la constitutionnalité du recours au marché global, et sur les conséquences du non allotissement :

« il ne s'agit en aucun cas de généraliser la conception-réalisation, mais de laisser aux bailleurs la possibilité d'y recourir. Cela existe depuis 2009 et représente, de manière stable, environ 15 % des constructions. En moyenne, cela dure six mois de moins et coûte 6 % de moins » [https://www.senat.fr/cra/s20180719/s20180719\\_mono.html#par\\_15](https://www.senat.fr/cra/s20180719/s20180719_mono.html#par_15).

Sur le projet de loi ELAN : <https://www.senat.fr/petite-loi-ameli/2017-2018/721.html>

## **A la Direction des achats de l'Etat**

### **Publication par la Direction des Achats de l'Etat du programme d'achat de 2018 à 2021**

<https://www.economie.gouv.fr/dae/programmation-des-achats-letat>

La direction des achats de l'Etat (DAE) publie la programmation des achats que les ministères seront potentiellement amenés à réaliser sur la période d'octobre 2018 à fin 2021, hors achats de défense ou de sécurité.

Selon la Direction, « cette publication répond à la volonté de développer et d'améliorer le dialogue entre les acheteurs et les entreprises, ainsi que de simplifier l'accès des entreprises aux marchés de l'Etat. Elle doit permettre à celles-ci d'appréhender au mieux les besoins d'achats potentiels de l'Etat, de mettre en place la veille nécessaire sur la plate-forme de dématérialisation des procédures de marché de l'Etat PLACE (en s'inscrivant à l'alerte email), d'anticiper leur participation aux opportunités qui les intéressent ».

Par ailleurs, il est rappelé que « cette publication ne constitue pas un avis de pré-information tel que définis à l'article 31 du décret n°2016-360, que les acheteurs de l'Etat peuvent par ailleurs être amenés à publier. En outre, la programmation mise à disposition des entreprises a un caractère totalement prévisionnel et non exhaustif, est par construction susceptible d'évolutions et ne saurait en aucun cas être engageante pour les services de l'Etat concernés ».

Sur le fond, la programmation porte sur plus de 14 milliards d'euros de commande publique potentielle de l'Etat, c'est-à-dire les achats prévus par la direction des achats de l'Etat, les 13 plateformes régionales des achats de l'Etat ainsi que tous les ministères hormis le ministère de la culture.

On y trouvera également « le sujet sur lequel portera l'achat envisagé, la tranche du montant prévisionnel et la durée de celui-ci, sa portée géographique et organisationnelle ainsi que les dates potentielles de publication de la consultation sur PLACE et de notification ».

Enfin, le service acheteur porteur de l'achat envisagé est indiqué, « afin que les entreprises intéressées par plus d'informations puissent demander à être contactées par un acheteur via le guichet unique achats de l'Etat qui sera mis à disposition d'ici à la fin de l'année 2018 par la DAE sur ce site internet ».