

Avis sur la notification en vue d'un contrôle préalable reçue du délégué à la protection des données (DPD) de la Banque européenne d'investissement (BEI) à propos du dossier "Enregistrement et conservation des contrats conclus par et entre la Banque et des consultants externes"

Bruxelles, le 14 juillet 2006 (Dossier 2004-301)

1. Procédure

Le 20 juillet 2004, le contrôleur européen de la protection des données (CEPD) a envoyé une lettre à tous les délégués à la protection des données (DPD) leur demandant d'établir un inventaire des dossiers susceptibles de faire l'objet d'un contrôle préalable tel que prévu par l'article 27 du Règlement (CE) 45/2001. Il a demandé que lui soient communiqués tous les traitements sujets au contrôle préalable, y compris ceux ayant débuté avant sa nomination, pour lesquels le contrôle prévu par l'article 27 ne pourrait en aucun cas être considéré comme étant préalable, mais qui devaient faire l'objet d'un contrôle "ex-post". Après réception et étude des inventaires, le CEPD a recensé certains thèmes prioritaires et a choisi un nombre de traitements faisant l'objet d'un contrôle préalable "ex-post".

Le DPD a estimé que les "dossiers des consultants (personnel externe de la BEI)" relevaient de l'article 27. À l'annexe de la lettre du CEPD du 30 novembre 2004, le dossier a été inscrit, à première vue, au nombre de ceux soumis au contrôle préalable, compte tenu des brèves informations reçues, et un numéro de dossier lui a été attribué.

Le 22 juin 2005, le CEPD a reçu une notification en vue d'un contrôle préalable concernant l'enregistrement et la conservation des contrats conclus par et entre la Banque et des consultants externes. Le même jour, le CEPD a demandé que lui soit expliqué en quoi ce traitement demandait un contrôle préalable, mais n'a pas obtenu de réponse.

Le 12 décembre 2005, le CEPD a reçu la même notification en vue d'un contrôle préalable à propos de l'enregistrement et de la conservation des contrats conclus par et entre la Banque et des consultants externes. Cette notification incluait des lignes directrices relatives au recrutement et à la gestion de consultants et prestataires de services externes (ci-après "les lignes directrices en matière de consultance" ou "les lignes directrices")¹ et cinq annexes: annexe A, demande d'achat de services de consultance; annexe B, titre du projet, cahier des charges; annexe C, évaluation ex-post; annexe D, lignes directrices de mise en œuvre; annexe E, gestion des marchés.

Le 13 décembre 2005, le CEPD a une nouvelle fois demandé au DPD concerné d'indiquer les raisons précises justifiant son contrôle préalable du dossier, le renvoi à l'article 27, paragraphe 1, du règlement (CE) n° 45/2001 étant vague. Le 4 janvier 2006, le DPD a fait savoir que l'article 27, paragraphe 2, point b), était un motif justifiant un contrôle préalable ex-post, car il s'agit en l'espèce d'évaluer le travail des consultants.

Le 24 janvier 2006, après avoir reconnu que le dossier justifiait un contrôle préalable, le CEPD a envoyé au DPD une série de questions sur ce dossier. Le 15 février 2006, il a été informé que le système faisait alors l'objet d'une transformation et il lui a été proposé de lui

¹ Approuvées en premier lieu en novembre 1997, réexaminées en juillet 2000, novembre 2001, avril 2002, février 2004, septembre 2004 et janvier 2005.

en rendre compte dès que le nouveau système serait approuvé au sein de la Banque. Le 23 février 2006, après avoir examiné en détail, les modifications internes que la Banque prévoyait d'apporter à la procédure de traitement des données, le CEPD a maintenu la suspension de la procédure de contrôle préalable jusqu'à ce que le projet de règles internes lui soit communiqué, dans un délai d'un mois. Il a en outre indiqué qu'il attendait la réponse à sa demande d'informations complémentaires datée du 24 janvier 2006.

Le 21 avril 2006, après avoir appris du DPD que l'élaboration et l'adoption des règles internes relatives au traitement des données concernant les consultants externes n'avaient pas progressé aussi vite que prévu et que les réponses au questionnaire envoyé auparavant n'étaient pas prêtes, le CEPD a décidé de maintenir la suspension de la procédure de contrôle préalable.

Après un échange d'informations avec le DPD le 18 mai 2006 et après réception, le 24 mai 2006, de la proposition du DPD, le CEPD a décidé, le 2 juin 2006, de procéder au contrôle préalable des opérations de traitement des données, sur la base des informations figurant dans le dossier, étant donné qu'il n'avait pas reçu de réponse à sa demande d'informations complémentaires et que la rédaction des règles internes n'avait pas progressé aussi vite que prévu.

Le 27 juin 2006, le CEPD a demandé au DPD de plus amples précisions sur le dossier, qu'il a immédiatement reçues.

Le 5 juillet 2006, le CEPD a suspendu la procédure pendant douze jours afin de permettre au DPD, le cas échéant, de formuler des observations sur le dossier et de fournir de plus amples informations.

2. Examen du dossier

Les abréviations utilisées dans le présent avis sont les suivantes:

- **RH:** Ressources humaines
- **SG:** Secrétaire Général
- **AG:** Administration Générale
- **ASA:** Service Achats
- **FC/Compta:** Finance/ Comptabilité

2.1. Les faits

La Banque européenne d'investissement (ci-après "la BEI" ou "la Banque") fait appel, pour son propre compte, à des consultants ou services externes pour effectuer certaines activités de nature intellectuelle pour différentes raisons: la spécificité du travail, l'urgence, le besoin de disposer d'un avis indépendant, de compétences techniques ou juridiques pour aider un emprunteur et l'externalisation (chapitre 2.1 des lignes directrices en matière de consultance).

Les lignes directrices de la BEI en matière de consultance s'appliquent aux consultants et aux services. Le terme "consultant" recouvre aussi bien les sociétés de consultance que les consultants indépendants, les consultants individuels ou les experts externes qui sont habituellement membres d'une organisation professionnelle. Les traducteurs indépendants et les anciens membres du personnel peuvent également être assimilés à des consultants. Quant aux "services", ils doivent, en principe, être obtenus uniquement auprès de sociétés qui peuvent libérer certains de leurs employés afin qu'ils travaillent pour des tiers dans le cadre d'un marché de services. Si les compétences doivent provenir d'un expert de la société ou si une personne possédant telle qualification et telle expérience est nécessaire pour réaliser ces tâches, le nom de ladite personne peut être indiqué lors de la conclusion du marché.

Les procédures habituelles de la Banque s'appliquent chaque fois que l'on envisage de recruter un consultant qui effectue ou qui a effectué des services pour la Banque.

Il peut arriver que des consultants ou des employés mis à disposition par une société travaillent dans les locaux de la BEI.

Les données à caractère personnel sont traitées par la Banque européenne d'investissement afin de s'assurer de la bonne exécution des tâches indiquées dans les contrats de consultance et de la bonne application, par les prestataires de services, des règles de la BEI en matière de recrutement et de gestion des consultants.

Description globale de la procédure d'appel d'offres:

Les procédures de sélection, de gestion et d'évaluation des consultants et services externes sont énoncées dans les lignes directrices relatives au recrutement et à la gestion de consultants et prestataires de services externes. Ces lignes directrices sont elles-mêmes fondées sur les principes énoncés dans les directives communautaires relatives aux marchés publics. Elles tiennent compte des principes énoncés dans la directive 92/50/CEE du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation des marchés publics de services ainsi que des principes du droit du travail adoptés à Luxembourg le 19 mai 1994.

Principales étapes de la procédure d'appel d'offres:

- La direction concernée remplit le formulaire de demande d'achat de services de consultance et élabore le cahier des charges pour la mission.
- Avant de lancer la procédure de sélection, la demande d'achat de services, à laquelle est annexé le cahier des charges doit être envoyée au Responsable de la conformité (consultants). Celui-ci, après avoir vérifié que le formulaire précise, le cas échéant, le motif qui justifie le recours au consultant et comporte des informations relatives aux projets correspondants, les envoie aux SG/AG/ASA pour enregistrement dans PeopleSoft (nom du consultant, prix, durée du contrat, etc.). Afin d'accélérer le processus, il est recommandé d'envoyer une copie de la demande simultanément aux SG/AG/ASA. Toutefois, si une procédure de sélection à laquelle participent plusieurs soumissionnaires est requise (habituellement pour des marchés d'un montant supérieur ou égal à 35 000 EUR), la demande d'achat de services ne doit être envoyée au SG/AG/ASA que lorsque le nom de l'adjudicataire est connu.
- Les SG/AG/ASA et le Responsable de la conformité (consultants) conseillent la direction sur la procédure de sélection qu'il convient de suivre. Cette procédure est déterminée par le coût total attendu (hors TVA) des services (chapitre 6.2 des lignes directrices).
- Les SG/AG/ASA procèdent à l'enregistrement des informations pertinentes dans PeopleSoft et communiquent à la direction concernée le numéro d'ordre d'achat et le numéro du marché.
- Pour toutes les offres (pour des marchés d'un montant supérieur ou égal à 35 000 EUR), la direction qui a commandé les travaux doit mettre en place un comité d'évaluation (chapitre 7 des lignes directrices).
- Ce comité d'évaluation définit les critères de sélection et leur pondération respective (chapitre 6.1 des lignes directrices).
- Une fois l'adjudicataire sélectionné, la direction concernée prépare un contrat (en deux exemplaires originaux) en collaboration avec les SG/AG/ASA et le Responsable de la conformité (consultants) (chapitre 8 des lignes directrices).
- Après approbation par le Responsable de la conformité (consultants), le contrat est signé par la direction qui a commandé les travaux et par le SG ou le directeur de l'AG (pour des montants supérieurs ou égaux à 125 000 EUR) ou par le SG, l'AG ou le chef de division de l'ASA (pour des montants inférieurs à 125 000 EUR) (chapitre 9 des lignes directrices).
- Après achèvement des tâches assignées, le membre du personnel chargé des relations avec le consultant évalue la qualité des travaux réalisés (chapitre 10 des lignes directrices).

- Le paiement final a lieu dès que l'évaluation ex-post a été achevée et enregistrée par la direction concernée.

Le formulaire de demande d'achat de services de consultance comporte les informations suivantes: le nom du projet, le nom et l'adresse du promoteur, le nom et l'adresse du consultant, des indications permettant de déterminer si le consultant est un ancien membre du personnel de la BEI (dates d'entrée en fonction et de départ), s'il existe des frais remboursables (oui/non), s'il s'agit d'un projet autonome (oui/non, sinon, il convient d'indiquer les projets connexes sous "Observations"), les coûts si la durée du marché/des travaux va au-delà de l'année en cours, des indications sur les dépenses pour l'année suivante, des précisions à la section "Observations" sur la ou les raisons pour lesquelles il est fait appel à un consultant (conformément au chapitre 2.1 des lignes directrices), une brève explication du choix du consultant, les signatures (direction concernée, visa d'un agent de la direction du budget) et la date.

Le cahier des charges est obligatoire, qu'il s'agisse de travaux de consultance ou de prestations de services. Le cahier des charges pour les travaux de consultance (ou la "portée des services" en cas de prestations de services) sert de point de départ à la sélection et au recrutement d'un consultant. Le contenu du cahier des charges est un élément essentiel pour permettre aux candidats potentiels de présenter des offres précises ainsi que pour réduire la possibilité de demandes d'extension et limiter le coût des travaux de consultance ou des services.

Ce document doit être annexé à la demande soumise au directeur général² en vue du recrutement de consultants et doit avoir été approuvé par le directeur général concerné, avec la demande, avant d'entamer la procédure de sélection de concert avec les SG/AG/ASA et le Responsable de la conformité (consultants). Lorsqu'une direction prend la décision de faire appel à des consultants pour des services ou des activités dans le domaine de l'informatique, le cahier des charges doit être approuvé par le service informatique, afin que les services ou activités entrepris soient compatibles avec l'ensemble des systèmes de la Banque ou s'intègrent dans le programme en place. (En outre, le service informatique doit parapher le contrat avant sa signature.)

Le cahier des charges ainsi que, le cas échéant, l'offre du consultant ou du prestataire de services sont annexés au contrat.

Selon la nature des tâches assignées, le cahier des charges doit ou peut inclure:

- a) les qualifications requises ou la définition détaillée de toutes les tâches possibles;
- b) une description détaillée des tâches à entreprendre et le calendrier correspondant;
- c) les informations et les comptes rendus que doit remettre le consultant, et la date d'achèvement des travaux;
- d) la définition des facteurs critiques de succès et des indicateurs clés de performance.

À titre d'exemple, le cahier des charges comporte d'habitude les principales sections suivantes: le titre du projet, l'historique, l'objectif (y compris les facteurs critiques de succès), les tâches à réaliser, les prestations à fournir en vertu du contrat et le calendrier de leur mise en œuvre, les qualifications, compétences et expérience requises, les informations à communiquer dans l'offre, les conditions d'un contrat de travail (y compris l'obligation pour l'adjudicataire d'accepter le contrat-type de la Banque et les conditions générales annexés au cahier des charges), les critères de sélection et d'attribution (qui doivent être formellement définis une fois que le panel d'évaluation aura été créé; il conviendrait que ces critères reflètent les facteurs critiques de succès décrits ci-dessus), la procédure d'appel d'offres à suivre (y compris des indications pour l'obtention de précisions sur le dossier d'appel d'offres, les délais et formalités pour soumissionner et, le cas échéant,

² Au sens des lignes directrices, le terme "directeur général" s'applique également au cadre de rang le plus élevé des directions et des départements autonomes.

des informations concernant le nombre de soumissionnaires à inviter à faire une présentation détaillée, etc.).

Les facteurs critiques de succès contribuent à définir les critères de sélection, puisqu'ils visent à déterminer les tâches essentielles sur les plans stratégique, technique, organisationnel ou procédural.

Les indicateurs clés de performance informent le consultant ou le prestataire de services du niveau de qualité attendu et de la manière dont les travaux seront évalués.

Les critères de sélection et leur pondération respective:

La décision de faire appel à un consultant ou un prestataire de services doit être prise sur la base de critères de sélection prédéfinis, tant généraux que propres au projet. Le comité de sélection mis en place pour évaluer les offres est chargé de définir ces critères.

Les critères généraux de sélection incluent habituellement:

- la qualification et l'expérience du consultant ou du prestataire de services,
- la qualification et l'expérience des principaux responsables proposés (lorsqu'il s'agit d'un bureau d'études),
- l'aptitude à effectuer les services demandés (par exemple, au regard de la situation financière et des capacités techniques du consultant),
- le coût des services et
- le calendrier.

Les critères de sélection propres au projet tiennent compte des particularités de chaque projet. Dans la pratique, ces critères constituent les facteurs critiques de succès d'un projet donné: par exemple, l'adéquation du plan de travail et de la méthodologie proposés pour satisfaire au cahier des charges.

Pour chaque cas, le comité de sélection détermine la pondération attribuée aux différents critères en fonction de la nature des tâches assignées.

Conformément aux lignes directrices, les critères de sélection et leur pondération respective doivent être définis à l'avance et appliqués avec objectivité et transparence, afin de garantir à tous les candidats éventuels un traitement équitable et sans discrimination.

Avant de publier l'appel d'offres, les critères de sélection convenus et leur pondération respective doivent être communiqués au Responsable de la conformité (consultants), dont la tâche est de vérifier s'ils sont appropriés et conformes aux principes généraux qui sous-tendent les procédures de sélection des consultants.

Choix de la procédure appropriée

Les SG/AG/ASA et le Responsable de la conformité (consultants) recommandent aux directions la procédure de sélection à suivre. Cette procédure est déterminée en fonction du coût total attendu (hors TVA) des services et tient compte des services, dont la liste figure dans les différentes annexes de la directive 92/50/CEE.

Évaluation des offres:

Pour les marchés d'un montant inférieur à 35 000 EUR, si l'on vise à obtenir plus d'une offre, il convient de suivre la procédure d'achat habituelle. Sinon, pour toutes les offres (pour des marchés d'un montant inférieur à 35 000 EUR) et en cas de publication de l'appel à la concurrence internationale dans le Journal officiel de l'UE, un comité est créé pour évaluer les offres selon les critères indiqués dans les lignes directrices. Dans certains cas, le Responsable de la conformité (consultants) peut décider de participer à titre d'observateur aux travaux du comité; dans d'autres cas, sa présence est obligatoire. Il a pour tâche de

veiller, en conjonction avec les SG/AG/ASA et les services responsables, au respect des règles régissant la passation des marchés publics, en particulier la directive 92/50/CEE.

Le comité rend compte par écrit du processus de sélection et soumet au Directeur général/Chef de département concerné sa proposition d'attribution du marché. Son rapport et la décision fondée sur celui-ci sont ensuite conservés dans la direction compétente et notifiés au Responsable de la conformité (consultants) avant la signature du contrat. Le rapport doit rendre compte de manière détaillée du processus de sélection et indiquer notamment si le consultant proposé (société ou individu) a déjà travaillé pour la Banque sur des projets apparentés au cours des deux dernières années.

Dans le cadre des procédures ouvertes et restreintes, tout contact avec les candidats ou soumissionnaires avant l'attribution du marché est strictement interdit, à moins qu'il s'agisse d'éclaircir ou de compléter le contenu des offres ou les exigences de l'utilisateur, et à condition que cela n'entraîne aucune discrimination. Les demandes d'éclaircissement doivent se faire par écrit et les réponses doivent être communiquées à tous les candidats ou soumissionnaires.

Attribution du marché:

La direction qui a commandé les travaux prépare un projet de contrat qu'elle soumet au Responsable de la conformité (consultants) pour approbation. Les contrats types de consultance et de prestation de services de la Banque sont disponibles en anglais et en français dans le répertoire public de la direction générale des affaires juridiques (Directions/JU/Consultants-services). Deux versions originales doivent être élaborées.

Tout écart par rapport au contrat type ou toute modification de celui-ci nécessite l'approbation préalable du Responsable de la conformité (consultants). Ce dernier paraphe le contrat après avoir vérifié, ce qui vaut approbation de la procédure.

La direction concernée envoie deux exemplaires originaux du contrat au consultant pour qu'il les signe. Le consultant en conserve un et renvoie l'autre à la direction concernée. Un exemplaire du contrat accompagné de la demande d'achat de services de consultance doit être transmis au Responsable de la conformité (consultants) dès que possible. La version originale du contrat ou une copie certifiée conforme doit être envoyée aux SG/AG/ASA.

Les SG/AG/ASA transmettent les informations ou documents nécessaires aux RH.

Dans tous les contrats est indiqué le nom du membre du personnel responsable des contacts avec le consultant. Les lignes directrices définissent plus avant la procédure de signature du contrat.

Conservation des contrats:

Si un avis d'appel d'offres a été publié au Journal officiel de l'Union européenne (JOUE), les contrats conservés par les services achats centraux sont détruits après une période de 10 ans à compter de la fin du marché. Pour les autres soumissionnaires, cette durée est réduite à 5 ans à compter de la décision d'attribution du marché.

Dans les cas où il n'y a pas publication au JOUE, les contrats conservés par les services achats centraux seront détruits après 5 ans.

Évaluation ex-post:

Le travail des consultants doit en permanence être supervisé et contrôlé. Après achèvement du marché, le membre du personnel chargé des relations avec le consultant évalue la qualité des travaux réalisés sur la base d'un formulaire. Ce formulaire se compose des rubriques ci-après:

- *Informations générales*: Direction/Division, nom de la société de consultance, nom du (des) consultant(s) (Ancien employé de la BEI à la retraite), nom du superviseur, projet, date de début et de fin, durée (jours ouvrables, mois), date du contrat, informations sur les coûts, nombre de consultants/personnes.
- La partie *Évaluation* contient l'évaluation proprement dite, les coûts estimés et réels, la durée estimée et la durée effective, le respect du cahier des charges et une évaluation de la qualité.

Pour les marchés d'un montant inférieur à 200 000 EUR, le formulaire d'évaluation doit être signé par le membre du personnel chargé du consultant et approuvé par le Chef de division concerné. Pour les marchés d'un montant supérieur à 200 000 EUR, le rapport doit être signé par le Directeur général/Chef de département concerné. Une copie du formulaire d'évaluation doit être adressée aux SG/AG/ASA et au Responsable de la conformité (consultants) dans le mois suivant l'achèvement du marché. La direction concernée et FC/Compta ne doivent pas approuver le paiement de la facture finale tant que le formulaire d'évaluation n'est pas rempli.

C'est au Responsable de la conformité (consultants) qu'il incombe de stocker les évaluations des performances dans une base de données centrale. Il veille à ce que les évaluations passées soient prises si l'on envisage de recourir au même consultant pour une future mission.

Rapport annuel au Comité de direction:

Un rapport annuel sur le recours aux consultants, ainsi que sur le respect des lignes directrices applicables, est élaboré par le Responsable de la conformité (consultants) sur la base des informations fournies par les directions concernées, essentiellement par le biais des éléments pertinents fournis aux SG/AG/ASA et au Responsable de la conformité (consultants). Ce rapport porte uniquement sur les prestations de services achevées au cours de l'année considérée.

Résolution des différends:

En cas de désaccord sur la procédure à suivre, le Responsable de la conformité (consultants) consulte le Comité de conformité (consultants), qui se compose du Secrétaire général, du Directeur général (ou de son représentant) et du Chef de l'audit interne. Le Comité peut, après avoir entendu le Directeur général concerné, mettre fin à tout marché ayant été conclu sans tenir compte de ces lignes directrices.

Si la direction à laquelle il a signalé une transgression des règles et intimé l'obligation de recommencer la procédure n'a pas respecté cet ordre, le Responsable de la conformité (consultants) en informe immédiatement le Comité de conformité (consultants).

Droits des personnes concernées:

Dans les contrats, il est fait référence au règlement (CE) n° 45/2001.

Mesures de sécurité:

Seul un nombre limité de personnes a accès aux données à caractère personnel contenues dans les contrats de consultance. Les dossiers sont conservés sous clé.

2.2. Aspects juridiques

2.2.1 Contrôle préalable

La notification en vue d'un contrôle préalable concerne le traitement de données à caractère personnel (c'est-à-dire "toute information concernant une personne physique identifiée ou

identifiable" - article 2, point a), du règlement (CE) n° 45/2001, ci-après dénommé "le règlement"). Le traitement en question est effectué par un organe communautaire pour l'exercice d'activités qui relèvent du champ d'application du droit communautaire (article 3, paragraphe 1, du règlement). Le CEPD recommande donc d'éviter de mentionner le droit luxembourgeois dans le cadre de la protection des données³.

Lors du processus de sélection et d'évaluation ex-post, les données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ont trait à des personnes physiques qui accomplissent des activités intellectuelles et dont la compétence et le comportement sont évalués. Tel est clairement le cas lorsque la BEI passe un marché avec une personne physique, mais également, bien souvent, lorsqu'elle passe un marché avec une société. Dans toutes ces situations, ce sont en définitive des personnes physiques agissant *personnellement* ou pour le compte de leur sociétés qui sont évaluées ou qui seront directement affectées par le résultat d'une évaluation, et il n'y a quasiment aucun doute quant à leur identité. Le considérant 8 du règlement précise que *"il y a lieu d'appliquer les principes de la protection à toute information concernant une personne identifiée ou identifiable. Afin de déterminer si une personne est identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens susceptibles d'être raisonnablement utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier ladite personne."* En dépit du fait que le formulaire d'évaluation ex-post semble ne mentionner que les sociétés, si la BEI a conclu un marché avec ces dernières pour réaliser le travail, en réalité, l'évaluation ex-post constitue également une évaluation du travail des employés à qui la société a confié la tâche à accomplir. Non seulement leur nom peut être mentionné dans le contrat (si les compétences doivent être apportées par un expert de la société, ou si une personne dotée d'une qualification et d'une expérience donnée est requise pour réaliser les tâches), mais ils peuvent avoir travaillé dans les locaux de la Banque, ou encore leur identité peut être découverte sans effort excessif à partir des pièces justificatives annexées à l'offre. Aux fins de l'évaluation, ces personnes deviennent donc identifiables. L'évaluation ex-post de la société comprend donc aussi l'évaluation du travail accompli par la personne à qui la société l'a confié. L'évaluation ex-post constitue également pour elle des données à caractère personnel.

D'après la notification, le traitement effectué dans le cadre de la procédure d'appel d'offres en cause comprend une partie manuelle et une partie automatisée (format PSFT). En tout état de cause, le traitement manuel est en principe réalisé aux fins de la manipulation des dossiers sur support papier des consultants, de la sélection des adjudicataires, puis de la conservation des documents originaux de l'appel d'offres, de la conclusion du contrat et de la conservation de l'évaluation ex-post relative au travail des consultants. Le traitement des données à caractère personnel fait donc partie d'un système d'archivage et l'article 3, paragraphe 2, du règlement est dès lors applicable.

Le contrôle préalable porte sur les traitements de données effectués tant dans le cadre de la procédure d'appel d'offres que dans celui de l'évaluation ex-post. La première phase, qui est couverte implicitement du fait de l'intitulé du traitement ("Enregistrement et conservation des contrats conclus par et entre la Banque et des consultants externes"), est décrite dans la documentation jointe en annexe à la notification au CEPD, et la dernière phase est couverte parce que le DPD a précisé que les résultats des consultants sont évalués et utilisés ultérieurement aux fins de l'attribution de futurs marchés.

L'article 27, paragraphe 1, du règlement soumet au contrôle préalable du contrôleur européen de la protection des données tous *"les traitements susceptibles de présenter des risques particuliers au regard des droits et libertés des personnes concernées du fait de leur nature, de leur portée ou de leurs finalités"*. Le paragraphe 2 prévoit une liste de traitements susceptibles de présenter de tels risques, parmi lesquels les traitements *"destinés à évaluer des aspects de la personnalité des personnes concernées, tels que leur compétence, leur rendement ou leur comportement"* (point b)).

³ La loi luxembourgeoise du 19 mai 1994 portant réglementation du travail intérimaire et du prêt temporaire de main-d'oeuvre est mentionnée dans les lignes directrices dans le cadre plus large du recrutement et de la gestion de consultants et de prestataires de services externes.

Les traitements examinés dans le présent dossier relèvent de l'article 27, paragraphe 2, puisqu'ils impliquent l'évaluation d'aspects de la personnalité (que ce soit le comportement ou la compétence) des consultants ou des employés d'une société à trois moments au moins: 1) l'évaluation des soumissionnaires d'un appel d'offres; 2) l'évaluation de la qualité du travail des consultants après achèvement des tâches qui leur ont été confiées; 3) le Responsable de la conformité (consultants) conserve les évaluations des performances dans une base de données centrale et s'assure que les évaluations passées sont prises en compte lorsqu'on envisage de recourir au même consultant pour de futures missions.

Étant donné que le contrôle préalable est destiné à faire face à des situations susceptibles de présenter certains risques, le CEPD devrait donner son avis avant le début de l'opération de traitement. En l'espèce, le traitement a cependant déjà eu lieu. En tout état de cause, il ne s'agit pas d'un problème grave dans la mesure où toutes les recommandations que pourrait formuler le CEPD peuvent encore être adoptées, et ce d'autant que les règles internes relatives aux traitements des dossiers des consultants externes sont encore à l'état de projet.

La notification du DPD a été reçue le 12 décembre 2005. En vertu de l'article 27, paragraphe 4, du règlement, le présent avis doit être rendu dans un délai de deux mois, autrement dit au plus tard le 13 février 2006. La procédure a été suspendue entre le 13 décembre 2005 et le 4 janvier 2006 (22 jours), entre le 24 janvier 2006 et le 24 mai 2006 (120 jours) et entre le 5 et le 17 juillet 2006 (12 jours). L'avis devrait donc être rendu au plus tard le 17 juillet 2006.

2.2.2. Licéité du traitement

Le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que s'il est licite au sens de l'article 5 du règlement. En l'espèce, c'est l'article 5, point a), qui s'applique: "*le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission effectuée dans l'intérêt public sur la base des traités instituant les Communautés européennes ou d'autres actes législatifs adoptés sur la base de ces traités ou relevant de l'exercice légitime de l'autorité publique dont est investi l'institution ou l'organe communautaire.*". Passer des marchés avec des consultants externes peut être considéré comme raisonnablement nécessaire et comme relevant de l'exercice légitime de l'autorité publique dont est investie la BEI. Cette tâche doit être exécutée avec la vigilance requise et sur la base de critères objectifs.

D'après la notification, les lignes directrices relatives au recrutement et à la gestion de consultants et de prestataires de services externes (voir référence au point 2.1. "les faits") constituent la base juridique spécifique du traitement examiné dans le présent dossier. Ces lignes directrices reposent sur les principes établis dans les directives communautaires relatives aux marchés publics (et elles prennent en compte certains principes du droit du travail luxembourgeois)⁴.

Les conditions concernant la base juridique dépendront du traitement. La nécessité de fournir des garanties juridiques peut varier et doit être évaluée en tenant compte des risques présentés par le traitement. Étant donné qu'il s'agit en l'espèce d'évaluer la compétence et le comportement de personnes physiques, ce qui présente un risque spécifique pour les personnes concernées, la nature juridique des lignes directrices doit être précisée: si, en principe, ces lignes directrices sont considérées comme des actes n'ayant pas d'effets juridiquement contraignants, cette question dépend en fait de la nature de la décision qui en porte approbation. La Banque devrait éclaircir ce point et publier sa position.

2.2.3. Qualité des données

Les données doivent être "*adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement* "

⁴ Des lignes directrices particulières peuvent être établies pour certains services qui sont exemptés de l'application de la directive 92/50/CEE (Annexe I A (note de bas de page 3) services financiers relatifs à l'émission, à l'achat, à la vente et au transfert de titres ou d'autres instruments financiers) ou énumérés à l'annexe I B de cette même directive (par ex., les services juridiques)

(Article 4, paragraphe 1, point c), du règlement). Les données en cause peuvent porter sur l'identité (nom du consultant ou des principaux responsables proposés par la société, nationalité, sexe et adresse du consultant); il peut s'agir de données permettant d'évaluer la capacité du consultant à remplir un contrat (parcours professionnel, expérience antérieure, qualifications, surface financière) ou contenues dans le rapport d'évaluation du travail accompli par le consultant, établi par le service concerné de la BEI.

Il n'existe pas de règles prévoyant systématiquement le type de données qui peuvent figurer dans un dossier d'appel d'offre: la nature des données dépend dans une large mesure de la tâche à accomplir. Le CEPD estime que le rôle du Responsable de la conformité (consultants), qui consiste à passer en revue les critères de sélection et leur pondération respective pour s'assurer qu'ils sont adéquats et conformes aux principes généraux qui sous-tendent les procédures de sélection des consultants, permet de garantir que les données collectées sont adéquates et pertinentes pour la procédure d'appel d'offre. Les données à caractère personnel contenues dans le formulaire d'évaluation ex-post semblent adéquates et pertinentes au regard des finalités de leur collecte.

Les données doivent être traitées "*loyalement et licitement*" (Article 4, paragraphe 1, point a), du règlement). La licéité du traitement a déjà été examinée (voir le point 2.2.2 ci-dessus). La loyauté porte quant à elle sur les informations fournies aux personnes concernées (voir le point 2.2.7). Le CEPD juge important, pour garantir cette loyauté, que la BEI précise les règles relatives à l'utilisation de l'évaluation ex-post lorsqu'on envisage de faire appel à des consultants pour de futures missions.

"Les données à caractère personnel doivent être exactes et, si nécessaire, mises à jour" (Article 4, paragraphe 1, point d), du règlement). L'exactitude des données semble garantie dans la procédure d'appel d'offre, puisque les personnes physiques qui présentent les documents contenant les données à caractère personnel les concernent en sont responsables. Quant au système d'évaluation ex-post, un mécanisme devrait être mis en place afin de garantir aux personnes concernées un droit d'accès aux données à caractère personnel les concernant et un droit de rectification de ces données, de sorte que leurs dossiers d'évaluation puissent être aussi complets que possible. (Pour des observations complémentaires sur le droit d'accès et de rectification, voir le point 2.2.6).

2.2.4. Conservation des données

Conformément à l'article 4, paragraphe 1, point e) du règlement, *"les données à caractère personnel doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement"*.

Lorsque l'avis d'appel d'offre a été publié au Journal officiel (JO), les contrats conservés par les services achats centraux sont détruits après une période de 10 ans à compter de la fin du marché. Le CEPD suppose que, tout comme l'offre est annexée au contrat, les pièces justificatives (par exemple, les documents relatifs à l'expérience et aux qualifications des consultants) transmises pour répondre à l'appel d'offre le sont aussi. Il suppose également que le délai de conservation de 5 ans à compter de la décision d'attribution du marché prévu pour les autres soumissionnaires concerne l'offre et les pièces justificatives des soumissionnaires n'ayant pas été retenus.

S'il n'y a pas eu de publication au JO, les contrats conservés par les services achats centraux sont détruits après 5 ans. Le CEPD suppose que les mêmes règles s'appliquent aux données figurant dans les documents des soumissionnaires n'ayant pas été retenus.

Le CEPD souhaiterait que des règles précises soient établies en ce qui concerne la conservation des contrats et des pièces justificatives ou documents de référence contenant des données à caractère personnel. Une justification suffisante devrait être fournie, au regard de la finalité du traitement, pour les périodes de 5 et 10 ans prévues pour la conservation des

contrats et des pièces justificatives contenant des données à caractère personnel sur les consultants.

Aucun délai ne semble avoir été fixé pour les autres documents: les rapports d'évaluation ex-post, y compris les exemplaires conservés par les SG/AG/ASA et le Responsable de la conformité (consultants); les rapports écrits du comité contenant des données à caractère personnel sur les soumissionnaires ayant participé à la procédure de sélection, qui sont conservés par le Directeur général/Chef de département concerné.

Le CEPD recommande, aux fins de la protection des données à caractère personnel, que les règles internes fixent clairement la durée de conservation de ces documents au regard des finalités pour lesquelles les données ont été collectées et traitées ultérieurement. Par exemple, dans le cas de la conservation des évaluations ex-post, il faudrait tenir compte du fait que le rapport sur l'évaluation des offres devrait notamment mentionner si le consultant proposé (société ou personne physique) a déjà travaillé pour la BEI sur des projets connexes au cours des deux années précédentes. Cette période de deux ans peut inspirer les rédacteurs des nouvelles règles internes lorsqu'ils fixeront le délai de conservation des données figurant dans les évaluations ex-post.

Même si la notification écarte les finalités statistiques, le CEPD appelle l'attention de la personne responsable du traitement sur l'article 4, paragraphe 1, point e), du règlement: *"L'institution ou l'organe communautaire prévoit, pour les données à caractère personnel qui doivent être conservées au-delà de la période précitée à des fins [...] statistiques [...], soit qu'elles ne seront conservées que sous une forme qui les rend anonymes, soit, si cela est impossible, qu'elles ne seront stockées qu'à condition que l'identité de la personne concernée soit cryptée. Les données ne doivent en tout cas pas être utilisées à des fins autres que [...] statistiques [...]"*. Cet article semble applicable, par exemple, au rapport annuel présenté au Comité de direction sur le recours aux consultants.

2.2.5. Transfert des données

Le traitement devrait également être examiné à la lumière de l'article 7, paragraphe 1, du règlement. Il y est précisé que *"les données à caractère personnel ne peuvent faire l'objet de transferts entre institutions ou organes communautaires ou en leur sein que si elles sont nécessaires à l'exécution légitime de missions relevant de la compétence du destinataire"*.

Les traitements dont il est question ici comprennent de nombreux transferts de données au sein de l'institution (comme indiqué au point 2.1.), car les documents en cause contiennent diverses données à caractère personnel sur les consultants. Voici des exemples de destinataires: Responsable de la conformité (consultants), SG/AG/ASA, RH, Chef de division/Chef de département/Directeur général concerné, Audit interne de la BEI, services achats centraux, Comptabilité (pour la facturation), etc.

Selon la notification, les seuls destinataires de données à caractère personnel qui soient extérieurs à la BEI semblent être les conseils externes en cas de différend.

Les transferts de données décrits dans les lignes directrices et dans le formulaire de notification sont conformes à l'article 7 du règlement, étant donné qu'ils semblent nécessaires à l'exécution légitime de missions relevant de la compétence du destinataire.

2.2.6. Droit d'accès et de rectification

Conformément à l'article 13 du règlement, la personne concernée a le droit d'obtenir, sans contrainte, à tout moment dans un délai de trois mois à partir de la réception de la demande d'information et gratuitement, du responsable du traitement: des informations au moins sur les finalités du traitement, les catégories de données sur lesquelles il porte, les destinataires auxquels les données sont communiquées, la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine

de ces données et une confirmation que des données la concernant sont ou ne sont pas traitées. L'article 14 prévoit que: "*la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement la rectification sans délai de données à caractère personnel inexactes ou incomplètes*".

Les règles relatives à l'accès aux documents (contenant les données à caractère personnel du consultant) soumis dans le cadre de l'appel d'offres et à l'accès à l'évaluation ex-post du consultant devraient être clairement définies et mises à la disposition des personnes concernées (voir le point 2.2.7 ci-dessous).

Le système devrait prévoir le droit de rectifier les données à caractère personnel inexactes ou incomplètes. Les consultants (ou les employés de la société qui ont exécuté le travail pour celle-ci) devraient avoir la possibilité de formuler des observations sur l'évaluation ex-post de leur travail, de façon à garantir que les données figurant dans le dossier sont aussi complètes que possible. C'est également une exigence d'équité, car les évaluations ex-post sont prises en compte ultérieurement lorsque l'on envisage de faire appel au même consultant pour lui confier une mission.

L'article 20 du règlement énonce les motifs éventuels d'une limitation du droit d'accès et de rectification. Il n'y est faite aucune mention dans le dossier, mais si la BEI envisageait des limitations de ces droits, elle devrait les justifier conformément à l'article 20 du règlement.

2.2.7. Information de la personne concernée

Le règlement prévoit que la personne concernée doit être informée lorsque ses données à caractère personnel font l'objet d'un traitement; il énumère une liste d'informations à fournir, que ce soit dans les cas où les données sont collectées auprès de la personne concernée (Article 11) ou dans les cas où les données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée (Article 12).

C'est lorsque les consultants communiquent des données à caractère personnel aux fins d'appel d'offres (qualifications, etc.) que l'article 11 s'applique; dans les autres cas, les données à caractère personnel ne sont pas obtenues auprès des personnes concernées elles-mêmes - et c'est donc l'article 12 qui s'applique (par exemple, lorsque le membre du personnel chargé des relations avec le consultant évalue la qualité du travail accompli, ou lorsque l'évaluation ex-post conservée dans la base de données centrale du Responsable de la conformité (consultants) est prise en compte pour une mission particulière).

Le CEPD approuve l'exigence des lignes directrices selon laquelle la terminologie des informations fournies dans les règles doit être compréhensible. C'est le cas du cahier des charges, qui sert de point de départ à la sélection et au recrutement des consultants, et qui contient les indications relatives à la nature des données à caractère personnel à fournir dans l'offre. L'énoncé du cahier des charges joue un rôle essentiel pour permettre aux candidats potentiels de faire des offres précises; de la sorte, la qualité des données communiquées pour l'appel d'offres est garantie, dans un souci d'équité, au niveau tant de l'appel d'offres lui-même que de l'évaluation ex-post.

Le CEPD approuve également l'exigence selon laquelle, afin de garantir un traitement équitable et non discriminatoire de tous les candidats potentiels, les critères de sélection (notamment les informations relatives à la qualité et à l'expérience du consultant, à sa surface financière et à sa compétence technique) et leur pondération respective doivent être définis à l'avance et de manière objective et transparente. En ce qui concerne l'évaluation du travail accompli, le CEPD juge approprié, aux fins de la loyauté dans la protection des données, que des indicateurs clés de performance informent le consultant ou le prestataire de service du niveau de qualité attendu et de la manière dont son travail sera évalué.

Même s'il est fait référence au règlement (CE) n° 45/2001 dans les contrats, le CEPD appelle l'attention du responsable du traitement sur le fait que les informations relatives à l'identité du responsable du traitement, aux finalités du traitement, aux destinataires, à l'existence pour les

personnes concernées d'un droit d'accès à leurs données à caractère personnel et d'un droit de rectification de ces dernières (par exemple dans l'évaluation ex-post et les documents transmis pour répondre à l'appel d'offre) devraient être fournies en vertu dudit règlement. L'article 11, paragraphe 1, point d), exige du responsable du traitement qu'il fournisse les informations relatives au caractère obligatoire ou facultatif de la réponse aux questions ainsi qu'aux conséquences éventuelles d'un défaut de réponse. Les consultants devraient être clairement informés quant au type de données à caractère personnel qu'ils doivent communiquer pour l'appel d'offres et aux conséquences d'un défaut de réponse.

Pour des raisons d'équité, le CEPD juge nécessaire que les personnes concernées soient également informées de la base juridique du traitement, des délais de conservation des données et du droit de saisir à tout moment le CEPD.

Les personnes concernées devraient être informées de la procédure et des règles selon lesquelles l'évaluation ex-post de leur travail sera prise en compte lorsque leur dossier sera examiné en vue de leur confier de futures missions.

2.2.8. Mesures de sécurité

Comme indiqué dans le formulaire de notification, seul un nombre limité de personnes a accès aux informations à caractère personnel contenues dans les contrats de consultance. Les dossiers sont conservés sous clé.

Le CEPD appelle l'attention du responsable du traitement sur ce point du règlement: il y a lieu de veiller à ce que l'article 22 du règlement soit pleinement respecté, tant en ce qui concerne le traitement automatisé qu'en ce qui concerne le traitement manuel.

Empêcher toute diffusion ou tout accès non autorisés, toute destruction accidentelle ou illicite, toute perte accidentelle ou toute altération, ainsi que toute autre forme de traitement illicite sont les principaux objectifs de cette disposition. Pour y parvenir, diverses mesures techniques et organisationnelles devraient être mises en place. Des mesures de sécurité devraient être prévues à toutes les étapes de la procédure: pour le traitement automatisé, mais aussi pour les documents sur support papier transmis aux fins de la sélection, pour les contrats, les évaluations ex-post, et toutes les copies (contenant des données à caractère personnel) réalisées et diffusées au sein de l'institution pour les finalités prévues.

Conclusion:

Il n'y a aucune raison de conclure à une violation des dispositions du règlement, pour autant que les éléments figurant ci-après soient pris en compte dans leur intégralité:

- Il convient d'éviter de citer le droit luxembourgeois dans le cadre de la protection des données.
- Il convient de préciser et de publier quelle est la nature juridique des lignes directrices et de la décision portant approbation desdites lignes directrices.
- La BEI devrait préciser les procédures et les règles relatives à l'utilisation de l'évaluation ex-post lorsqu'elle envisage de faire appel à des consultants pour de futures missions.
- Un mécanisme devrait être mis en place pour garantir à la personne faisant l'objet d'un traitement le droit d'accès aux données la concernant et le droit de rectification de ces données. Le système devrait prévoir le droit de rectifier les données à caractère personnel, notamment le droit pour les consultants de formuler des observations sur l'évaluation ex-post de leur propre travail.
- Il convient d'établir des règles précises pour la conservation des contrats et des pièces justificatives ou documents de référence contenant des données à caractère personnel. Une justification suffisante devrait être fournie, au regard de la finalité du traitement, pour les

périodes de 5 et 10 ans prévues pour la conservation des contrats et des pièces justificatives contenant des données à caractère personnel sur les consultants.

- Les règles internes devraient fixer clairement la durée de conservation des autres documents (les évaluations ex-post et les copies qui en ont été faites, les rapports écrits du comité contenant des données à caractère personnel sur les soumissionnaires, etc.) au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et traitées ultérieurement.
- Si des données à caractère personnel sont conservées à des fins statistiques, il y a lieu de respecter l'article 4, paragraphe 1, point e), du règlement.
- Les règles relatives à l'accès aux documents (contenant les données à caractère personnel du consultant) soumis dans le cadre de l'appel d'offres et à l'accès des consultants à leur évaluation ex-post devraient être clairement définies et mises à la disposition des personnes concernées.
- Si une limitation du droit d'accès et de rectification était envisagée par la BEI, elle devrait être justifiée conformément à l'article 20 du règlement.
- Il convient de fournir aux personnes concernées des informations relatives à l'identité du responsable du traitement, aux finalités du traitement, aux destinataires des données à caractère personnel, à l'existence d'un droit d'accès aux données à caractère personnel les concernant et d'un droit de rectification de ces dernières, aux conséquences du fait de ne pas fournir les données à caractère personnel requises dans un appel d'offres, à la base juridique du traitement, aux délais de conservation des données et au droit de saisir à tout moment le CEPD.
- Des mesures techniques et organisationnelles appropriées devraient être mises en place pour sécuriser le traitement automatisé et le traitement manuel à toutes les étapes de la procédure.

Fait à Bruxelles, le 14 juillet 2006.

Peter HUSTINX
Contrôleur européen de la protection des données