



Avis n° 130/2018 du 28 novembre 2018

Objet : avant-projet d'arrêté du Gouvernement flamand portant exécution de la loi du 30 avril 1999 *relative à l'occupation des travailleurs étrangers* (CO-A-2018-164)

L'Autorité de protection des données (ci-après "l'Autorité") ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 ;

Vu la demande d'avis de Monsieur Philippe Muyters, Ministre flamand de l'Emploi, de l'Économie, de l'Innovation et du Sport, reçue le 7 novembre 2018 et vu les informations complémentaires à cette demande, reçues le 9 novembre 2018 ;

Vu 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, et abrogeant la Directive 95/46/CE* (Règlement général sur la protection des données, ci-après le RGPD) ;

Vu le rapport de Monsieur Willem Debeuckelaere ;

Émet, le 28 novembre 2018, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Ministre flamand de l'Emploi, de l'Économie, de l'Innovation et du Sport (ci-après "le demandeur") a sollicité, en extrême urgence, l'avis de l'Autorité sur les articles 40 à 65 inclus et 69 à 71 inclus de l'avant-projet d'arrêté du Gouvernement flamand *portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers* (ci-après "le Projet"). Cette demande a été complétée par des informations reçues le 9 novembre 2018.
2. Le Projet définit les conditions auxquelles des travailleurs étrangers peuvent être occupés dans notre pays. Il décrit les différents cas - et les modalités d'autorisation qui y sont liées - dans lesquels une telle occupation est possible. Des traitements de données ont évidemment lieu dans ce cadre et principalement à deux niveaux :
 - a) D'une part, au niveau des employeurs qui ont recours à de la main-d'œuvre étrangère et qui doivent, à cette fin, réclamer toutes sortes d'attestations et de pièces justificatives auprès de ces travailleurs (par ex. concernant la formation de ceux-ci).
 - b) D'autre part, au niveau de ce qu'on appelle l' "Autorité compétente" - il s'agit du service de Migration économique et Régulation du Département de l'Emploi et de l'Économie sociale du Ministère flamand de l'Emploi et de l'Économie sociale¹ - qui doit évaluer les demandes pour l'occupation de travailleurs étrangers.
3. L'Autorité émet dès lors à ce sujet un avis en extrême urgence, compte tenu des informations dont elle dispose et sous réserve d'éventuelles considérations complémentaires ultérieures. Le présent avis concerne l'intégralité du Projet et ne se limite donc pas aux articles au sujet desquels le demandeur avait sollicité un avis (voir ci-dessus le point 1) car d'autres dispositions du Projet impliquent aussi (peuvent aussi impliquer) des traitements de données à caractère personnel².

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Finalité

4. Conformément à l'article 5.1.b) du RGPD, le traitement de données à caractère personnel n'est autorisé que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes.

¹ Voir le point 3° de l'article 1^{er} du Projet.

² Voir par exemple les articles 9, 15 et 18 du Projet.

5. Dans le présent contexte, des données de travailleurs étrangers qui sont occupés ou souhaitent être occupés dans notre pays seront également traitées, et ce tant par leurs employeurs (potentiels) (et/ou leurs mandataires) que par l'Autorité compétente. En outre, des données des employeurs (potentiels) seront également traitées. Tous ces traitements s'inscrivent dans le cadre de la même finalité : l'évaluation visant à savoir si un travailleur étranger peut être admis sur le marché de l'emploi.
6. L'Autorité constate que cette finalité est déterminée, explicite et légitime.

2. Fondement juridique

7. Tout traitement de données à caractère personnel doit reposer sur un fondement juridique au sens de l'article 6 du RGPD. En outre, le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel, dont par exemple des données concernant la santé, est en principe interdit en vertu de l'article 9.1 du RGPD. Cette interdiction ne s'applique pas si le responsable du traitement peut invoquer un des motifs de justification de l'article 9.2. du RGPD.
8. Selon l'Autorité, les traitements en question de données à caractère personnel qui ne font pas partie des catégories particulières de l'article 9 du RGPD peuvent reposer sur :
 - a) l'article 6.1.c) du RGPD (obligation légale), en ce qui concerne la remise obligatoire de pièces et d'attestations par l'employeur à l'Autorité compétente, étant donné que cette remise est imposée dans de nombreux articles du Projet,
 - b) l'article 6.1.e) du RGPD (l'exécution d'une mission d'intérêt public), en ce qui concerne les traitements qui ont lieu au niveau de l'Autorité compétente.
9. Dans ce contexte, l'Autorité attire l'attention sur l'article 6.3 du RGPD qui - conjointement avec l'article 8 de la CEDH et l'article 22 de la Constitution - prescrit quels éléments essentiels de traitements de données trouvant leur fondement dans l'article 6.1.c) ou e) du RGPD doivent en principe être repris dans la réglementation. L'Autorité constate que certains éléments ont en partie été repris dans le Projet (par ex. la finalité) alors que d'autres aspects n'y figurent pas (comme par ex. la désignation du responsable du traitement et l'indication des délais de conservation - voir ci-dessous les points 18 et 19). L'Autorité insiste dès lors pour que les éléments encore manquants soient repris dans le Projet.
10. Dans ce cadre, l'Autorité attire également l'attention sur l'article 20 de la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* et sur l'article 16 du décret flamand du 8 juin 2018 contenant l'ajustement

des décrets au RGPD³, qui imposent aux autorités l'obligation de conclure des protocoles d'accord pour les échanges de données basés sur l'article 6.1.c) ou e) du RGPD. Un tel protocole d'accord doit par exemple être conclu pour l'échange de données entre l'Autorité compétente et l'Office des étrangers⁴. Comme le précise l'Exposé des motifs de la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, un tel protocole ne suffit toutefois pas et chaque échange réalisé sur la base de l'article 6.1.e) du RGPD doit donc, quoi qu'il en soit, disposer d'un fondement légal clair suffisant - comme expliqué au point 9 - avant que l'échange de données et la conclusion d'un protocole s'y rapportant ne soient possibles. L'Autorité demande dès lors d'encadrer explicitement l'échange entre l'Autorité compétente et l'Office des étrangers dans le Projet.

11. En outre, l'Autorité constate que le Projet part manifestement du principe que l'employeur doit toujours remettre toutes les pièces lui-même, avant de pouvoir occuper un travailleur étranger. Il n'est pas précisé que les documents seraient - dans la mesure du possible - réclamés directement auprès de la source authentique (ou qu'au moins, une vérification aurait lieu auprès de ces sources), ce qui constituerait pourtant une méthode souhaitable⁵ qui découle également de la réglementation existante en matière d'e-government⁶. À titre d'exemple, l'Autorité attire l'attention sur les dispositions suivantes du Projet : l'article 44, deuxième alinéa, 3° (preuve d'inscription au cadastre Limosa), l'article 57, 2° (acte de désignation du ministre du culte, qui est établi par le SPF Justice), l'article 61, 2° (attestation de l'Agence nationale exécutive du programme de volontariat européen). L'Autorité recommande dès lors de reprendre dans le Projet des dispositions dans lesquelles la consultation directe ou la vérification d'informations auprès de sources authentiques sont également possibles, afin que ces traitements disposent aussi d'une base légale explicite qui répond aux conditions de l'article 6.3 du RGPD.
12. En outre, dans le présent contexte, des catégories particulières de données à caractère personnel au sens de l'article 9.1 du RGPD seront également traitées⁷. À cet égard, l'Autorité

³ Il s'agit du décret *portant adaptation des décrets au 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, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données)*.

⁴ Il ressort des explications fournies par le demandeur le 9 novembre 2018 qu'il y aura des échanges de données entre ces deux instances publiques.

⁵ Voir la recommandation n° 09/2012 de la Commission de la protection de la vie privée (ci-après CPVP), prédécesseur en droit de l'Autorité

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_09_2012.pdf).

⁶ Voir l'article 3 du décret flamand du 18 juillet 2008 *relatif à l'échange électronique de données administratives*.

⁷ À titre d'exemple :

- Article 17 du Projet : "Art. 17. Les personnes suivantes sont admises au travail : (...)

fait remarquer que si le demandeur voulait fonder un tel traitement sur l'article 9.2.g) du RGPD, il doit démontrer l'intérêt public important qui nécessite le traitement de ces données. En outre, la réglementation qui encadre ce traitement doit contenir des mesures spécifiques⁸ pour veiller à la protection des droits et intérêts fondamentaux des personnes concernées et doit répondre aux mêmes exigences de qualité générales que celles décrites ci-dessus au point 9. Le Projet doit donc être adapté en ce sens afin d'être en conformité avec l'article 9 du RGPD.

13. L'Autorité constate enfin que des données relatives aux condamnations pénales et aux infractions⁹ peuvent également faire l'objet d'un traitement, traitement qui, en vertu de l'article 10 du RGPD, ne peut être autorisé que s'il est effectué sous le contrôle de l'autorité publique (ou s'il est autorisé par le droit de l'Union ou par le droit d'un État membre qui prévoit des garanties appropriées pour les droits et libertés des personnes concernées). En l'occurrence, le traitement de ce type de données sera exécuté par l'Autorité compétente, ce qui est conforme à l'article 10 du RGPD.

L'article 10 du RGPD doit en outre également être lu conjointement avec les articles 6 du RGPD, 22 de la Constitution et 8 de la CEDH, ce qui implique que - même si le traitement de ce type de données a lieu sous le contrôle d'une autorité - les éléments essentiels du traitement de ce type de données doivent aussi être définis dans la réglementation, ce qui n'a pas été fait complètement, comme précisé ci-dessus (voir le point 9 ci-dessus).

3. Principe de minimisation des données

14. L'article 5.1.c) du RGPD dispose que les données à caractère personnel doivent être limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées

14° les ministres des cultes reconnus, pour les activités relevant de leur ministère au sein d'une communauté culturelle locale, reconnus conformément à l'article 2, 79, 115, 151, 187 ou 230 du décret du 7 mai 2004 relatif à l'organisation matérielle et au fonctionnement des cultes reconnus ; (...)" [NdT : tous les passages du Projet sont des traductions libres réalisées par le Secrétariat de l'Autorité, en l'absence de traduction officielle].

Le traitement de telles informations est un traitement de données à caractère personnel qui révèle les convictions religieuses ou philosophiques.

- Article 19, deuxième alinéa du Projet : *"Pour l'application du premier alinéa, sont assimilées à des périodes de travail, les périodes d'incapacité totale de travail résultant d'une maladie, d'une maladie professionnelle ou d'un accident du travail alors que l'intéressé était occupé régulièrement par un employeur établi en Belgique."*

On ne peut donc pas exclure que lorsqu'il faut démontrer qu'un travailleur se trouvait dans cette situation, des données relatives à sa santé (au sens de l'article 4, point 15 du RGPD) seront traitées.

⁸ Le point 10 de l'avis n° 74/2018 de l'Autorité donne des exemples de mesures spécifiques possibles qui peuvent être imposées dans un tel contexte

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_74_2018.pdf).

⁹ Voir par exemple le point 8° de l'article 12 du Projet : *"Art. 12. L'admission au travail est refusée si: (...)"*

8° une sanction a été prononcée à l'encontre de l'employeur ou de l'entité hôte pendant une année précédant la demande en vertu de l'article 12/1, § 1^{er} de la loi du 30 avril 1999, de l'article 13/6, § 2 du décret relatif au contrôle des lois sociales du 30 avril 2004, de l'article 175/1, § 1^{er}, de l'article 181, § 1^{er} ou de l'article 181/1 du Code pénal social ; (...)"

Lorsqu'il faut démontrer qu'un employeur s'est par exemple vu infliger une sanction sur la base des dispositions susmentionnées du Code pénal social, des données au sens de l'article 10 du RGPD seront donc traitées.

(minimisation des données"). Dans ce cadre et de manière plus générale, l'Autorité rappelle également que la définition des types de données qui seront traitées par finalité est considérée comme étant un des éléments essentiels qui doivent en principe être déterminés dans la réglementation (voir également le point 9 ci-dessus).

15. Le Projet prescrit que les demandes d'obtention d'une autorisation pour occuper un travailleur étranger dans notre pays doivent se faire sur la base de certains formulaires et il indique, dans les grandes lignes, les données qui seront reprises dans ces formulaires. Le Projet donne également une énumération détaillée des pièces (comme par ex. une copie du contrat de travail, une copie du diplôme, etc.) qui doivent être transmises avec ces formulaires.
16. L'Autorité en prend acte et fait remarquer que dans les articles¹⁰ décrivant les données qui doivent figurer sur les différents formulaires de demande, il est chaque fois fait usage de la notion vague de "*données personnelles*". On vise peut-être par là des données d'identification - comme le nom du travailleur - mais cela ne ressort pas suffisamment de la formulation actuelle. Le texte existant fait même penser à la notion de "données à caractère personnel"¹¹, ce qui donne l'impression qu'on vise ainsi n'importe quelle information relative à une personne physique. L'Autorité demande dès lors de remplacer les termes susmentionnés par une énumération précise des données qui seront réclamées (par ex. nom, sexe, date de naissance, etc.).

4. Délai de conservation

17. Selon l'article 5.1.e) du RGPD, 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 traitées.
18. Le Projet ne prévoit pas de délai de conservation. À la lumière de l'article 6.3 du RGPD, l'Autorité demande - spécifiquement en ce qui concerne les traitements au niveau de l'Autorité compétente - d'encore prévoir des délais de conservation ou des critères de délimitation pour les délais de conservation (voir ci-dessus au point 9).

5. Responsabilité

19. L'article 4.7) du RGPD prévoit que pour les traitements dont les finalités et les moyens sont déterminés par la réglementation, le responsable du traitement est celui qui est désigné par la réglementation en question. Le Projet ne contient aucune disposition spécifique à cet égard.

¹⁰ Voir l'article 41, l'article 63, deuxième alinéa, l'article 65, § 1^{er}, deuxième alinéa et l'article 69 du Projet.

¹¹ Article 4, point 1) du RGPD.

Dans ses explications complémentaires, le demandeur précise que le Département flamand de l'Emploi et de l'Économie sociale intervient en tant que responsable du traitement. L'Autorité recommande de désigner ce département en tant que tel dans le Projet (et ce évidemment uniquement pour les traitements pour lesquels il est effectivement responsable).

20. Par souci d'exhaustivité – et sans préjudice de toutes les autres obligations imposées par le RGPD et la Loi-cadre en matière de protection des données¹² –, l'Autorité souligne l'obligation de tout responsable du traitement de vérifier s'il est nécessaire ou non de désigner un délégué à la protection des données (article 37 du RGPD)¹³ et/ou de réaliser une analyse d'impact relative à la protection des données (article 35 du RGPD)^{14 15}.

6. Droits des personnes concernées

21. L'Autorité prend acte du fait que le Projet ne prévoit aucune dérogation aux droits conférés par le RGPD.

7. Mesures de sécurité

22. L'article 32 du RGPD oblige le responsable du traitement à prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel. Ces mesures doivent assurer un niveau de sécurité approprié, compte tenu, d'une part, de l'état des connaissances en la matière et des coûts qu'entraîne l'application de ces mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels.

¹² Loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*.

¹³ Pour des directives en la matière, voir :

- Informations sur le site Internet de l'Autorité : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/dossier-thematique-delegue-a-la-protection-des-donnees>

- recommandation de la CPVP n° 04/2017 :

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2017.pdf)

- Lignes directrices du Groupe 29 (WP 243)

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/wp243rev01_fr.pdf)

¹⁴ Pour des directives en la matière, voir :

- Informations sur le site Internet de l'Autorité : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/analyse-dimpact-relative-a-la-protection-des-donnees>

- recommandation de la CPVP n° 01/2018.

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2018.pdf)

- Lignes directrices du Groupe 29 (WP 248)

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/wp248%20rev.01_fr.pdf)

¹⁵ Une analyse d'impact relative à la protection des données peut d'ailleurs aussi être réalisée dès le stade de préparation de la réglementation (comme par exemple le Projet et/ou son arrêté d'exécution). Voir à cet égard l'article 35.10 du RGPD et les points 90-91 de la recommandation de la CPVP n° 01/2018.

Voir aussi l'article 23 de la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*, qui prévoit l'obligation de réaliser quoi qu'il en soit une analyse d'impact relative à la protection des données pour l'activité de traitement, même si une analyse d'impact générale relative à la protection des données a déjà été réalisée dans le cadre de l'adoption de la base légale.

23. L'article 32 du RGPD se réfère à cet égard à plusieurs exemples de mesures afin d'assurer, au besoin, un niveau de sécurité adapté au risque :
- la pseudonymisation et le chiffrement des données à caractère personnel ;
 - des moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constantes des systèmes de traitement ;
 - des moyens permettant de rétablir la disponibilité des données à caractère personnel et l'accès à celles-ci dans des délais appropriés en cas d'incident physique ou technique ;
 - une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement.
24. Pour l'exécution concrète de ces mesures, l'Autorité renvoie à la recommandation¹⁶ visant à prévenir les fuites de données et aux mesures de référence¹⁷ qu'il convient de respecter dans le cadre de tout traitement de données à caractère personnel. L'Autorité souligne également l'importance d'une bonne gestion des utilisateurs et des accès¹⁸.
25. Les catégories particulières de données à caractère personnel au sens des articles 9 et 10 du RGPD requièrent des mesures de sécurité plus strictes. Les articles 9 et 10, § 2 de la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* indiquent quelles mesures de sécurité supplémentaires devront être prévues :
- désigner les catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel, avec une description précise de leur fonction par rapport au traitement des données visées ;
 - tenir la liste des catégories des personnes ainsi désignées à la disposition de l'Autorité ;
 - veiller à ce que ces personnes désignées soient tenues par une obligation légale ou statutaire, ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées.

¹⁶ Recommandation de la CPVP n° 01/2013

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2013.pdf).

¹⁷ Mesures de référence de la CPVP en matière de sécurité applicables à tout traitement de données à caractère personnel, Version 1.0, https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/mesures_de_reference_en_matiere_de_scurite_applicables_a_tout_traitement_de_donnees_a_caractere_personnel_0.pdf.

¹⁸ Voir également la recommandation de la CPVP n° 01/2008

(https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2008_0.pdf).

Plusieurs instances peuvent proposer à cet effet des solutions technologiques adaptées (comme par exemple la Banque-carrefour de la Sécurité Sociale).

26. Le Projet ne mentionne rien à propos de la sécurité des données à caractère personnel. Bien que cette obligation découle naturellement de la qualité de responsable du traitement, l'Autorité recommande de mieux encadrer l'obligation de sécurité dans le Projet.

III. CONCLUSION

27. À condition que les remarques suivantes soient intégrées dans le texte :
- intégrer tous les éléments essentiels des traitements de données envisagés dans le Projet (voir les points 9, 10, 18 et 19) ;
 - mettre le fondement juridique prévu dans le Projet pour le traitement de données sensibles en conformité avec les articles 9.1 et 10 du RGPD (voir les points 12 et 13) ;
 - préciser des garanties complémentaires afin d'assurer un niveau de sécurité approprié, en particulier au niveau de la gestion des utilisateurs et des accès (voir le point 26) ;

l'Autorité estime que le Projet peut offrir suffisamment de garanties quant à la protection des données à caractère personnel des personnes concernées.

PAR CES MOTIFS,

l'Autorité émet un **avis favorable** concernant l'avant-projet d'arrêté du Gouvernement flamand *portant exécution de la loi du 30 avril 1999 relative à l'occupation des travailleurs étrangers*, et ce à la condition expresse que les remarques susmentionnées soient intégrées.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere