



Avis n° 104/2019 du 5 juin 2019

Objet : avis relatif au projet d'arrêté du Gouvernement flamand *portant exécution du décret du 29 mars 2019 portant création du Comité d'accompagnement en vue du suivi du monitoring des données personnelles dans le cadre des accords intersectoriels flamands pour les secteurs sociaux et non marchands* (CO-A-2019-124)

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 (ci-après "la LCA") ;

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 la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LTD") ;

Vu la demande d'avis de Monsieur Jo Van Deurzen, Ministre flamand du Bien-être, de la Santé publique et de la Famille, reçue le 12/04/2019 ;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspar, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données;

Émet, le 5 juin 2019, l'avis suivant :

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Dans le Cinquième Accord intersectoriel flamand pour les secteurs sociaux et non marchands (2018-2020), on peut lire ce qui suit aux pp. 53-54 :

"(...) Grâce à la mise en œuvre d'une collecte de données structurelle, les informations seront disponibles en plus grand nombre, plus rapidement et de manière plus exacte pour le monitoring et le rapportage de l'exécution des mesures. À cet effet, un outil de rapportage en ligne est mis à la disposition de tous les partenaires du présent accord AIF. (...) Les données dont la coordination AIF pouvait disposer jusqu'à présent ne se sont pas révélées suffisamment précises et étaient trop peu systématisées pour permettre un monitoring sérieux des mesures AIF. C'est pourquoi l'initiative a été prise d'organiser un flux de données structurel entre la coordination AIF et l'ONSS. (...) Ce nouveau flux de données fournira périodiquement des données au niveau des sous-secteurs au sujet de : la rémunération effective et des coûts salariaux, la mise à l'emploi (personnes, ETP, prestations, sous-commission paritaire, lieu d'occupation, etc.), les caractéristiques du personnel (entrée et sortie de service, statut, fraction d'occupation, âge, sexe, etc.). (...) Dans ce cadre, un Comité d'accompagnement est créé (...)." [Traduction libre effectuée par le Secrétariat de l'Autorité de protection des données, en l'absence de traduction officielle].

2. Le Comité d'accompagnement précité a été créé par décret du 29 mars 2019¹ (ci-après le décret). En ce qui concerne ce décret, l'avis de l'Autorité n'avait pas été demandé. L'Exposé des motifs² avait motivé cette situation comme suit :

- le décret vise simplement la création du Comité d'accompagnement ;
- ce comité n'intervient pas en tant que responsable du traitement, n'a pas accès à des données à caractère personnel et n'a aucune mission opérationnelle de traitement ;
- il ne vise pas à régler en soi le traitement de données à caractère personnel ;
- les missions et compétences se situent exclusivement au niveau de la gestion ;
- les produits sont toujours établis sur la base de données salariales et de mise à l'emploi pseudonymisées et agrégées.

¹ Décret du 29 mars 2019 portant création du Comité d'accompagnement en vue du suivi du monitoring des données personnelles dans le cadre des accords intersectoriels flamands pour les secteurs sociaux et non marchands (M.B. 17/04/2019).

² Parlement flamand, 1843 (2018-2019) n° 1, p. 4-5.

3. Il convient toutefois de constater qu'en ce qui concerne le Comité d'accompagnement qui n'agit pas en tant que responsable du traitement (voir point 2), le projet d'arrêté d'exécution (projet d'arrêté du Gouvernement flamand *portant exécution du décret du 29 mars 2019 portant création du Comité d'accompagnement en vue du suivi du monitoring des données personnelles dans le cadre des accords intersectoriels flamands pour les secteurs sociaux et non marchands*, ci-après le projet) est bien soumis pour avis.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

2.a. Base juridique

4. Tout traitement de données à caractère personnel doit reposer sur un fondement juridique au sens de l'article 6 du RGPD. Dans la mesure où le Comité d'accompagnement et/ou le Département Bien-être, Santé publique et Famille traitent des données à caractère personnel, celles-ci semblent reposer sur l'article 6.1.e) du RGPD, pour autant que l'Autorité puisse en juger.

5. Il ressort de l'article 8 du projet que des catégories particulières de données à caractère personnel au sens de l'article 9 du RGPD, dont le traitement est en principe interdit (article 9.1 RGPD), seront traitées, à savoir l'appartenance syndicale. Leur traitement n'est autorisé que s'il y a un fondement juridique, tant sur la base de l'article 6 (voir ci-dessus) que de l'article 9 du RGPD. En l'occurrence, le traitement peut se fonder sur l'article 9.2.g) du RGPD. Cela nécessite toutefois que des mesures adéquates et spécifiques soient prises pour la protection des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée.

6. En vertu des principes de transparence et de légalité consacrés dans les articles 8 de la CEDH et 22 de la Constitution, la loi ou le décret doit prévoir clairement dans quelles circonstances un traitement de données à caractère personnel est autorisé³ et en conséquence, déterminer quelles sont les données traitées, les personnes concernées, les conditions et finalités dudit traitement, la durée de conservation des données⁴ et les personnes y ayant accès⁵. L'Autorité a déjà eu l'occasion de rappeler ces principes⁶. Lorsque le traitement repose sur une base juridique de droit national, l'article 6.3 du RGPD exige également spécifiquement que les finalités de ce traitement soient définies dans cette base.

³ En ce sens, voir Cour constitutionnelle, Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, points B.9 e.s. et point B.13.3 en particulier.

⁴ La Cour constitutionnelle a reconnu que "*le législateur (...) pouvait régler de manière générale [la] conservation des données à caractère personnel, ainsi que la durée de cette conservation*", Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B.23.

⁵ Voir par exemple Cour constitutionnelle, Arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, point B.18. et Cour constitutionnelle, Arrêt n° 44/2015 du 23 avril 2015, points B.36.1 e.s.

⁶ Voir l'avis de l'APD n° 110/2018 du 17 octobre 2018, points 7-9.

7. Dans ce contexte, une délégation au Gouvernement "n'est pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur"⁷.

8. On examinera ci-après dans quelle mesure la réglementation concernée répond à ces exigences.

2.b. Finalité

9. L'article 3 du décret dispose que le Comité d'accompagnement est créé pour le "*suivi du monitoring des données personnelles*" comme convenu dans les Accords intersectoriels flamands pour les secteurs sociaux et non marchands. La mission du Comité ainsi formulée peut également être considérée comme la finalité en vue de laquelle des données à caractère personnel seront traitées. À la lumière du prescrit de l'article 5.1.b) du RGPD, il s'agit d'une finalité déterminée, explicite et légitime.

2.c. Proportionnalité des données traitées

10. L'article 5.1.c) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées ("minimisation des données"). L'article 2, 2° du décret définit les données à caractère personnel comme des "*données salariales et de mise à l'emploi pseudonymisées et agrégées de travailleurs employés dans les secteurs sociaux/non marchands flamands*". [Tous les passages du projet cités dans le présent avis ont été traduits librement par le Secrétariat de l'Autorité de protection des données, en l'absence de traduction officielle].

11. L'Autorité présume que lorsque le projet mentionne des données personnelles, on vise par là des données personnelles pseudonymisées et agrégées au sens de l'article 2, 2° du décret. Pour une bonne compréhension et afin d'éviter les malentendus, il est recommandé de renvoyer expressément à la définition du décret.

12. En ce qui concerne la pseudonymisation⁸, les considérants du RGPD précisent ce qui suit :

⁷ Voir également Cour constitutionnelle, Arrêt n° 29/2010 du 18 mars 2010, point B.16.1 ; Arrêt n° 39/2013 du 14 mars 2013, point B.8.1 ; Arrêt n° 44/2015 du 23 avril 2015, point B.36.2 ; Arrêt n° 107/2015 du 16 juillet 2015, point B.7 ; Arrêt n° 108/2017 du 5 octobre 2017, point B.6.4 ; Arrêt n° 29/2010 du 15 mars 2018, point B.13.1 ; arrêt n° 86/2018 du 5 juillet 2018, point B.7.2.

⁸ Voir à cet égard aussi les pp. 22-26 de l'avis 05/2014 sur les Techniques d'anonymisation du groupe de travail "Article 29" sur la protection des données :

https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_fr.pdf.

- Considérant 26 : *"(...) Les données à caractère personnel qui ont fait l'objet d'une pseudonymisation et qui pourraient être attribuées à une personne physique par le recours à des informations supplémentaires devraient être considérées comme des informations concernant une personne physique identifiable. (...)"*
- Considérant 28 : *"La pseudonymisation des données à caractère personnel peut réduire les risques pour les personnes concernées et aider les responsables du traitement et les sous-traitants à remplir leurs obligations en matière de protection des données. L'introduction explicite de la "pseudonymisation" dans le présent règlement ne vise pas à exclure toute autre mesure de protection des données."*

13. Les données personnelles pseudonymisées doivent toujours être qualifiées de données à caractère personnel étant donné que des données complémentaires sont conservées séparément, permettant de relier une donnée pseudonymisée à une personne physique spécifique (article 4.5) du RGPD).

14. Il ressort de l'article 2, 3° du décret qu'il s'agit plus particulièrement de données salariales et de mise à l'emploi qui sont pseudonymisées/agrégées. On peut en conclure que les catégories de données ont été définies dans le décret. Cela permet par la suite de les préciser plus avant dans un arrêté d'exécution du gouvernement.

15. L'Autorité constate que le projet soumis est problématique sur ce point. On ne peut déduire du projet quelles données salariales et de mise à l'emploi sont visées précisément. Il doit dès lors être adapté sur ce point. À l'heure actuelle, l'Autorité n'est pas en mesure d'évaluer si les données qui seront réclamées en vue du traitement ultérieur sont proportionnelles.

16. L'Autorité constate que le Cinquième Accord intersectoriel flamand pour les secteurs sociaux et non marchands (2018-2020) comporte bien des informations concrètes sur les données salariales et de mise à l'emploi en question (voir le point 1). Comme indiqué ci-avant, ces informations doivent être reprises dans le projet.

17. Par pur souci d'exhaustivité, l'Autorité constate que les données qui sont mentionnées expressément à la p. 54 du Cinquième Accord intersectoriel flamand pour les secteurs sociaux et non marchands (2018-2020) ne posent aucun problème à la lumière de l'article 5.1.c) du RGPD. Cela ne vaut bien entendu pas pour le terme "etc." à la fin de l'énumération, ce qui laisse la porte ouverte au traitement de données dont la proportionnalité ne peut être évaluée.

18. Plus on réunit des types de données à caractère personnel à pseudonymiser/agréger, plus il est difficile de les pseudonymiser/agréger de manière à ne pouvoir établir aucun lien direct avec une personne physique.

19. Il ressort de l'article 3, deuxième alinéa, 1° du projet que le Comité d'accompagnement établira les exigences de pseudonymisation et d'agrégation des données à caractère personnel. La définition de ces exigences ne sera pas une sinécure. Pour plus d'informations sur cette problématique, l'Autorité renvoie notamment à la recommandation 4 - 7 que la Commission de la protection de la vie privée a formulée dans son Rapport Big Data de 2017⁹.

20. L'article 3, premier alinéa du projet, tel que formulé actuellement, offre la possibilité au Comité d'accompagnement de réclamer des données à n'importe quelle institution qui répond aux conditions énoncées au deuxième alinéa. Compte tenu de la finalité mentionnée dans le décret, cette formulation est trop large. Il est parfaitement possible de décrire au moins le domaine dont les institutions qui disposent des données pertinentes font partie.

21. L'article 3, troisième alinéa du projet dispose que le Comité d'accompagnement conclura un contrat avec l'institution qui livrera les données personnelles sous forme pseudonymisée/agrégée. L'Autorité estime que cette disposition est superflue étant donné que, selon le cas, il existe, en vertu de la réglementation citée ci-dessous, une obligation soit de conclure un protocole, soit de demander une autorisation :

- article 8 du décret du 18 juillet 2008 *relatif à l'échange électronique de données administratives*, si l'institution qui fournit les données personnelles est une institution flamande ;
- article 20 de la LTD si l'institution qui fournit les données personnelles est une institution fédérale qui ne fait pas partie du réseau de la sécurité sociale ;
- article 15 de la loi du 15 janvier 1990 *relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale*.

22. L'article 5 du décret dispose que les organisations de travailleurs représentatives font partie du Comité d'accompagnement et que le Gouvernement déterminera quelles sont concrètement ces organisations et combien de représentants seront délégués. C'est ce que régit l'article 8 du projet (voir également le point 5). Le traitement de l'affiliation syndicale des représentants concernés n'est en l'occurrence pas excessif.

⁹ Ce rapport est disponible sur le site Internet de l'Autorité à l'adresse : https://www.autoriteprotectiondonnees.be/sites/privacycommission/files/documents/Rapport_Big_Data_2017.pdf.

2.d. Personnes concernées

23. Celles-ci doivent également être définies dans le décret ou par le Gouvernement dans les limites énoncées par le décret (points 6 et 7).

24. Le décret indique qui sont les personnes concernées. En premier lieu, il s'agit des travailleurs employés dans les secteurs sociaux/non marchands flamands (article 2, 2° du décret). On retrouve les secteurs précis à la lecture de l'article 7 du projet. Par ailleurs, il s'agit des personnes qui feront partie du Comité d'accompagnement (article 5 du décret), ce qui est précisé plus avant aux articles 7 à 10 du projet. Les données de ces dernières seront traitées en vue des travaux de ce Comité.

25. L'autorité en prend acte.

2.e. Délai de conservation des données

26. En vertu de l'article 5.1.e) du RGPD, les données à caractère personnel ne peuvent pas être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée excédant celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont traitées.

27. Comme indiqué au point 13, les données pseudonymisées sont encore et toujours des données à caractère personnel auxquelles l'article 5.1.e) du RGPD s'applique. L'Autorité constate que ni le décret, ni le projet ne prévoient le moindre délai de conservation des données à caractère personnel qui feront l'objet d'un traitement.

28. À la lumière de l'article 6.3 du RGPD, le délai de conservation (maximal) de ces données doit être prévu ou il convient pour le moins d'intégrer des critères permettant de déterminer ces délais de conservation.

29. Dans la mesure où les données agrégées dont il est question dans le décret et le projet sont de nature à ce qu'aucun lien ne puisse être établi avec une personne physique, il ne s'agit plus de données à caractère personnel et le prescrit de l'article 5.1.e) du RGPD n'intervient pas ; il n'est alors pas nécessaire de définir un délai de conservation.

2.f. Responsable du traitement

30. 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 peut être désigné par la réglementation en question.

31. Lorsqu'une personne concernée souhaite exercer les droits qui lui sont conférés par le RGPD, elle doit s'adresser au responsable du traitement. Le Comité d'accompagnement statue notamment sur toute demande de données personnelles auprès des institutions compétentes, sur les produits qui sont développés et créés, sur les mécanismes d'accès aux produits, il désigne un ou plusieurs sous-traitants, il accompagne le développement des produits et leur agrément (article 4 du décret) et il établit les exigences de la pseudonymisation et de l'agrégation des données personnelles (article 3 du projet). Les exigences de l'article 4.7) du RGPD sont donc réunies dans le chef du Comité d'accompagnement, il doit donc être qualifié de responsable du traitement ultérieur.

32. L'Autorité pense qu'un recours aux exceptions prévues à l'article 14.5 du RGPD n'est pas exclu et que les personnes concernées ne seront dès lors pas informées. Le projet doit donc préciser qui est le responsable du traitement afin que les personnes concernées sachent clairement à qui elle doivent éventuellement s'adresser.

2.g. Sous-traitants

33. En vertu de l'article 4, premier alinéa, 9° du décret, le Comité d'accompagnement peut faire appel à un ou plusieurs sous-traitants. L'article 5, premier alinéa du projet énumère cependant plusieurs conditions auxquelles ce sous-traitant doit répondre. L'Autorité ne voit pas quelle est la plus-value de ces conditions, vu le prescrit de l'article 28 du RGPD. En outre, l'article 5, premier alinéa, 3° est une paraphrase de l'article 28.3.e) du RGPD. L'applicabilité directe des règlements européens emporte l'interdiction de leur retranscription dans le droit interne parce qu'un tel procédé peut "(créer) *une équivoque en ce qui concerne tant la nature juridique des dispositions applicables que le moment de leur entrée en vigueur*"¹⁰.

34. On ne comprend pas clairement ce que l'on vise par la condition suivante : "*le traitement de données à caractère personnel relève de la mission légale du sous-traitant*". Veut-on signifier par cette formulation que seules des instances publiques peuvent être un sous-traitant ? Dans ce cas, il est préférable de le préciser clairement. N'importe quel employeur est en effet légalement obligé de traiter les données de ses travailleurs et pourrait dès lors entrer en considération pour être sous-traitant.

¹⁰ CJUE, 7 février 1973, Commission c. Italie (C-39/72), Recueil de jurisprudence, 1973, p. 101, § 17). Voyez, également et notamment, CJUE, 10 octobre 1973, Fratelli Variola S.p.A. c. Administration des finances italienne (C-34/73), Recueil de jurisprudence, 1973, p. 981, § 11 ; CJUE, 31 janvier 1978, Ratelli Zerbone Snc c. Amministrazione delle finanze dello Stato, Recueil de jurisprudence (C-94/77), 1978, p. 99, §§ 24-26.

35. L'Autorité constate que l'article 15 du projet désigne le Département Bien-être, Santé publique et Famille comme un sous-traitant au sens de l'article 4, premier alinéa, 9° du décret et donc aussi au sens de l'article 5 du projet. Cela ne dispense pas le Comité d'accompagnement de conclure un contrat de sous-traitance avec le département en question (article 28 du RGPD).

2.h. Personnes ayant accès

36. L'article 2, 3° du décret définit les produits comme : *les rapports de monitoring, tableaux et simulations et des données salariales et de mise à l'emploi traitées au niveau agrégé, qui sont exclusivement établis à des fins de préparation stratégique, de monitoring, d'exécution et d'évaluation des Accords intersectoriels flamands pour les secteurs sociaux et non marchands.*

37. Dans le projet, il convient de préciser si les entités qui disposent de ces rapports de monitoring, tableaux et simulations ont accès aux données pseudonymisées ou uniquement aux données anonymes (agrégées). Comme déjà indiqué, les données pseudonymisées sont encore et toujours des données à caractère personnel.

38. Il ressort de l'annexe IV du Cinquième Accord intersectoriel flamand pour les secteurs sociaux et non marchands (2018-2020) que les produits sont mis à disposition d'utilisateurs qui sont habilités à cet effet par le Comité d'accompagnement. À l'article 2 du projet, on mentionne à cet égard les membres du Comité d'accompagnement avec lesquels un contrat d'utilisation de produits est conclu. On ne sait pas clairement si les "utilisateurs" et les "membres" visent ou non les mêmes personnes/entités. En outre, on ne sait pas plus clairement qui on vise concrètement par ces termes. Il convient de le préciser également dans le projet. À cet égard, la transparence vis-à-vis des personnes concernées doit être assurée (voir également le point 32).

PAR CES MOTIFS, l'Autorité

1. estime que les adaptations suivantes s'imposent dans le projet :

- préciser ce que l'on vise par "données personnelles" (point 11) ;
- préciser les données salariales et de mise à l'emploi (points 15 - 17) ;
- décrire ou déterminer les institutions pertinentes qui peuvent fournir des données (point 20) ;
- établir le délai de conservation (points 26 et 27) ;
- identifier le responsable du traitement (points 31 et 32) ;
- supprimer la retranscription des conditions pour le sous-traitant (point 33) ;
- préciser si le sous-traitant peut ou non être exclusivement une instance publique (point 34) ;

- préciser si les rapports de monitoring, tableaux et simulations contiennent des données pseudonymisées ou exclusivement des données anonymes (agrégées) (point 37) ;
- déterminer les personnes/instances qui utilisent les produits (point 38) ;

2. attire l'attention sur la problématique de la pseudonymisation et de l'anonymisation (point 19).

(sé) An Machtens
L'Administratrice f.f.,

(sé) Alexandra Jaspar
Directrice du Centre de Connaissances