



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 72/2021 du 21 mai 2021

Objet : Demande d'avis sur le projet de décret et d'ordonnance conjoints de la Région wallonne, de la Communauté française, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française instituant un Défenseur des enfants commun (CO-A-2021-072)

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 « 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* (ci-après « 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 « LTD ») ;

Vu la demande d'avis de Madame Jean-Claude Marcourt, Président du Parlement wallon, reçue le 30 mars 2021 ;

Vu les informations complémentaires reçues en date du 21 avril 2021 ;

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

Émet, le 21 mai 2021, l'avis suivant :

OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Président du Parlement wallon a sollicité l'avis de l'Autorité sur les articles 3, alinéa 3, 5° et 4 du projet de décret et d'ordonnance conjoints de la Région wallonne, de la Communauté française, de la Région de Bruxelles-Capitale, de la Commission communautaire commune et de la Commission communautaire française instituant un Défenseur des enfants commun (ci-après « le projet de décret »).
2. Selon l'exposé des motifs, les modifications en projet visent à remplacer le titre de « délégué général aux droits de l'enfant » (ci-après « DGDE ») par celui de « Défenseur des enfants » et à élargir les compétences de l'actuel DGDE à la Région wallonne, à la Région de Bruxelles-capitale et à la Commission communautaire commune et à la Commission communautaire française afin de renforcer la transversalité des politiques en faveur des droits de l'enfant.
3. Pour autant que nécessaire, d'autres articles du projet de décret que ceux à propos desquels un avis est sollicité seront commentés d'initiative ci-après.

EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

4. L'avant-projet de décret soumis pour avis n'encadre pas à proprement parler les traitements de données à caractère personnel que le Défenseur des enfants est amené à réaliser dans l'exercice de ses missions de service public mais décrit ses missions de service public ainsi que les pouvoirs d'investigation dont il dispose.

Missions de service public du Défenseur des enfants – Ex-Délégué général aux droits de l'enfant

5. L'article 3 de l'avant-projet de décret décrit les missions de service public conférées au Défenseur des enfants en ces termes :

« Le Défenseur des enfants a pour mission de veiller à la sauvegarde des droits et intérêts des enfants.

Les Parlements, chacun pour ce qui le concerne ou conjointement et selon les modalités qu'ils déterminent, établissent pour chaque mandat une liste non exhaustive des domaines prioritaires dans lesquels le Défenseur des enfants exerce cette mission.

Dans l'exercice de sa mission, le Défenseur des enfants :

1° assure la promotion des droits et intérêts de l'enfant et organise des actions d'information sur ces droits et intérêts et leur respect effectif ;

2° informe les personnes privées, physiques ou morales, et les personnes de droit public des droits et intérêts des enfants ;

3° vérifie l'application correcte des lois, décrets, ordonnances et arrêtés qui concernent les enfants ;

4° soumet aux Gouvernements, aux Parlements et à toute autorité compétente à l'égard des enfants, toute proposition visant à adapter la réglementation en vigueur, en vue d'une protection plus complète et plus efficace des droits des enfants et fait en ces matières toute recommandation nécessaire ;

5° reçoit, de toute personne physique ou morale intéressée, les informations, les plaintes ou les demandes de médiation relatives aux atteintes portées aux droits et intérêts des enfants ;

6° mène à la demande des Parlements, chacun pour ce qui le concerne ou conjointement et selon les modalités qu'ils déterminent, toutes les investigations sur le fonctionnement des services administratifs des entités concernées par cette mission.

Les Gouvernements peuvent, conjointement ou séparément, attribuer des missions supplémentaires au Défenseur des enfants. »

6. Interrogé quant aux types de traitements de données à caractère personnel que le délégué général aux droits de l'enfant (DGDE) et le futur Défenseur des enfants réalise(ra) dans l'exercice de ses missions, le délégué a précisé que dans le cadre du traitement des plaintes et demandes de médiation qui sont adressées au délégué, *« les données suivantes sont récoltées (avec l'accord du bénéficiaire) pour ouvrir un dossier individuel : nom, prénom et date de naissance »* et que *« si le requérant en fait la demande, le DGDE a le devoir de garantir son anonymat »*. Il a également été précisé que le DGDE *« ne mène pas d'enquête à l'instar du Parquet »* tout en précisant que les *« investigations ont lieu exclusivement à la demande du/de la requérant.e dans le cadre du traitement d'une plainte individuelle. Les informations communiquées peuvent concerner toute personne physique et poursuivent une seule finalité : clarifier la situation afin de déterminer si les droits et intérêts de l'enfant ont pu être lésés. »*

7. L'Autorité constate que toutes les missions de service public conférées au Défenseur des enfants ne nécessitent pas de réaliser des traitements de données à caractère personnel et que, pour celles qui le nécessitent, elles n'impliquent pas nécessairement de devoir traiter des données à caractère personnel relatives à des mineurs déterminés. Il n'en demeure pas moins qu'il importe que ces missions de service public qui nécessitent de traiter des données à caractère personnel doivent être déterminées avec la plus grande clarté et exhaustivité possible. Tout d'abord, en vertu de l'article 6.1.e du RGPD, une autorité administrative indépendante telle que le Défenseur des enfants ne peut légitimement réaliser des traitements de données à caractère personnel que dans le cadre du strict nécessaire à l'exercice de la ou des missions de service public dont elle est investie. En vertu du principe de l'attribution des compétences administratives, qui est consacré par l'article 105 de la Constitution et l'article 78 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, les autorités administratives n'ont d'autres pouvoirs que ceux que leur attribuent formellement la Constitution et les lois et décrets portés en vertu de celle-ci. Dès lors, dans la mesure où la description de cette ou ces missions de service public participe au caractère légitime des traitements de données réalisés et peut également participer de la description claire, déterminée et explicite des finalités de ces traitements de données

à caractère personnel, il importe de veiller à ce que toute la prévisibilité requise soit assurée dans la norme d'attribution de pouvoirs/missions de service public.

8. Interrogé quant à la signification de mission de « vérification de l'application correcte des lois, décrets, ordonnances et arrêtés qui concernent les enfants » (art 3, al. 3, 3^o de l'avant-projet de décret), le délégué a précisé qu'il s'agit d'analyser toutes les lois, décrets et ordonnances qui présentent des effets directs ou indirects sur les enfants et leurs droits à la lumière de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant et, en exécution de cette mission, d'interpeller tous les niveaux de pouvoir pour formuler des recommandations et proposer des pistes d'amélioration des dispositifs législatifs en faveur d'une meilleure protection des droits de l'enfant. Par conséquent, il convient de préciser en ce sens cette mission de service public visée à l'article 3, al.3, 3^o étant donné que sa formulation large actuelle génère une confusion avec la mission du Ministère public.
9. Dans le même ordre d'idées, il convient de préciser le champ d'application de la saisine sur plainte, sur demande d'information ou de médiation qui peut être faite du Défenseur des enfants, actuellement décrite à l'article 3, al. 3, 5^o du projet de décret, en précisant ou définissant la notion « *d'atteintes portées aux droits et intérêts des enfants* » de manière à ce qu'il soit clair qu'il s'agit des droits et intérêts des enfants consacrés par la convention internationale relative aux droits de l'enfant ou de toute autre législation à désigner dans le dispositif du projet de décret. Une précision de la finalité concrète (« *clarifier la situation afin de déterminer si les droits et intérêts de l'enfant ont pu être lésés* » selon les informations complémentaires) des traitements de données que le Défenseur doit réaliser dans ce cadre sera également utilement faite.
10. Concernant cette mission de service public du Défenseur des enfants visée à l'article 3, al.3, 5^o du projet de décret, il ressort des informations complémentaires qu'un traitement de la plainte ou de la médiation peut être fait tout en préservant l'anonymat du ou des requérants. Il est dès lors indiqué de prévoir une disposition en ce sens dans le projet de décret selon laquelle tout requérant peut solliciter du Défenseur le traitement anonyme de sa requête. Un tel traitement implique du Défenseur des enfants qu'il s'abstienne de toute communication à des tiers et aux parties impliquées de données permettant raisonnablement d'identifier directement ou indirectement le requérant.
11. Enfin, même si le gouvernement se voit attribuer, à l'article 3, al. 4 du projet de décret, le pouvoir de conférer des missions supplémentaires au Défenseur des enfants, il convient que l'avant-projet de décret soit le plus exhaustif possible et qu'il décrive, à l'article 3, toutes les missions qui sont à ce jour accordées au DGDE (et qui seront à l'avenir assurées par le Défenseur des enfants). A ce sujet et sans viser à l'exhaustivité (ce qu'il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'assurer), l'Autorité relève qu'est omise la mission de surveillance du DGDE des institutions publiques de protection de la jeunesse (chargées de l'accueil, en régime ouvert ou fermé, des jeunes poursuivis du chef d'un fait qualifié

infraction qui font l'objet d'une mesure d'éloignement du milieu de vie) et des centres communautaires dans lesquels sont exécutées les mesures ou peines privatives de liberté prononcées à l'égard de jeunes ayant fait l'objet d'une décision de dessaisissement.

Pouvoirs d'investigation conférés au Défenseur des enfants

12. L'article 4 de l'avant-projet de décret détermine les pouvoirs d'investigation dont dispose le Défenseur des enfants en ces termes :

« Le Défenseur des enfants adresse aux autorités fédérales, aux autorités des régions et des communautés ainsi qu'aux autorités des provinces et des communes ou à toute institution dépendant de ces autorités, les interpellations et demandes d'investigation nécessaires à l'accomplissement de sa mission.

Dans les limites fixées par la Constitution, les lois, les décrets, les ordonnances et les arrêtés et dans celles de sa mission, le Défenseur des enfants a accès librement durant les heures normales d'activité à tous les bâtiments des services publics des entités concernées ou aux bâtiments d'institutions privées bénéficiant d'un subside de l'une ou des deux entités concernées.

Les responsables et les membres du personnel des services et institutions visés à l'alinéa 2 sont tenus de communiquer au Défenseur des enfants les pièces et informations nécessaires à l'exercice de sa mission, à l'exception de celles qui sont couvertes par le secret médical ou dont ils ont pris connaissance en leur qualité de confident nécessaire.

Le Défenseur des enfants peut prévoir des délais impératifs de réponse dûment motivés aux personnes visées à l'alinéa 3.

À défaut de réponse à la demande du Défenseur des enfants dans les délais impartis, ou en cas de refus motivé, le Défenseur des enfants dispose d'un recours auprès du Gouvernement dont dépend le service ou la subvention allouée à l'institution. Le Gouvernement est tenu de statuer dans le mois ou, en cas d'urgence spécialement motivée, lors de sa prochaine séance.

Durant le déroulement de cette procédure, les parties sont tenues à assurer la confidentialité de celle-ci. »

13. Interrogé quant au caractère adéquat des pouvoirs d'investigation du Défenseur des enfants au regard des missions de service public qui lui sont confiées, le délégué a précisé que *« le Défenseur des enfants ne peut pas, à l'instar du parquet, convoquer des personnes pour une audition. Dans le cadre d'une investigation et après accord du/de la requérant.e, le Défenseur des enfants pourra interpellier un service et demander à rencontrer ses membres et sa direction. Le Défenseur des enfants ne disposera d'aucun moyen coercitif. En cas de non-coopération du service en question, le Défenseur des enfants pourra interpellier les fonctionnaires dirigeants ou les Ministres de tutelle »*. L'Autorité en prend acte et relève qu'outre cette interpellation des fonctionnaires dirigeants et Ministre de tutelle, il peut être indiqué de prévoir que le Défenseur des enfants est habilité à saisir l'autorité investie de pouvoirs disciplinaires lorsqu'il prend connaissance de faits portant atteinte aux droits et intérêts des enfants qui sont susceptibles de justifier une sanction disciplinaire et à se voir communiquer la décision motivée de l'autorité disciplinaire à la suite de son interpellation.

14. Par ailleurs, en ce qui concerne l'article 4, al. 3 du projet de décret qui exclut les informations couvertes par le secret médical ou professionnel des informations pouvant être communiquées au Défenseur des enfants par les membres du personnel des institutions contrôlées, l'Autorité relève que, vu l'intérêt des enfants en jeu, il est indiqué de préciser qu'une telle limitation sera levée à la demande expresse de l'enfant ou de ses représentants légaux et que des informations couvertes par le secret médical ou le secret professionnel peuvent être communiquées sans ce consentement lorsqu'elles sont relatives à des privations, sévices, violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un enfant¹.
15. Bien que cet aspect relève plus du droit au respect de la vie privée que du droit à la protection des données à caractère personnel, l'Autorité relève qu'il appartient à l'auteur du projet de décret de veiller à la compatibilité du pouvoir de visiter les bâtiments d'institutions privées subsidiées avec les articles 15 et 22 de la Constitution, 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et 8 de la CEDH et à prévoir des garanties contre les risques d'abus dans le projet de décret, telle que l'obligation d'information préalable de cette visite sauf urgence motivée (risque de dissimulation de preuves) et moyennant autorisation judiciaire, ou encore l'obligation de disposer d'une autorisation judiciaire en cas d'opposition du responsable de l'institution privée et possibilité de contrôle judiciaire *a posteriori*). De plus, en ce qui concerne les visites d'institutions qui hébergent des mineurs privés de leur liberté, il est d'autant plus indiqué de prévoir un encadrement spécifique de ces visites vu qu'il s'agit de locaux habités (obligation de respect d'un horaire précis en ce qui concerne les visites dans des locaux habités, accord du jeune dont les locaux sont visités, autorisation judiciaire...²).
16. Selon les informations complémentaires obtenues du délégué, l'actuel Délégué général aux droits de l'enfant et ses collaborateurs sont liés par le secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal. A des fins de sécurité juridique, il est indiqué de prévoir explicitement dans le projet de décret que le Défenseur des enfants et les membres de son personnel qui sont chargés de fonctions nécessitant de recevoir des confidences sont tenus au respect du secret professionnel au sens de l'article 458 du Code pénal.
17. Par ailleurs, il est indiqué de prévoir dans le projet de décret une disposition qui impose au Défenseur des enfants et à ses agents en charge du traitement des plaintes, des médiations et des investigations de garantir le caractère confidentiel des données à caractère personnel dont ils ont connaissance dans l'exercice de leurs fonctions afin qu'elles ne soient traitées qu'aux fins de la réalisation des missions conférées au Défenseur des enfants. Pour le surplus, l'Autorité rappelle que l'article 32 du RGPD oblige tout 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

¹ A l'instar de ce qui est prévu par la loi française n°2011°33 du 29 mars 2011 relative au Défenseur des droits.

² Cf à ce sujet l'article 20 du décret du 15 juillet 1997 portant création d'un Commissariat aux Droits de l'Enfant et instituant la fonction de Commissaire aux Droits de l'Enfant et portant création d'une Commission de surveillance en rapport avec les établissements privatifs de liberté pour enfants et jeunes.

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, qui en l'espèce sont d'autant plus importants pour les données concernant des mineurs. Cela devra être pris en compte par le Défenseur des enfants dans la détermination de ses mesures organisationnelles et techniques qui encadrent les traitements de données à caractère personnel qu'il est amené à traiter dans l'exercice de ses missions.

Rapportage

18. L'article 7 du projet de décret impose au Défenseur des enfants la rédaction d'un rapport annuel sur ses activités, à envoyer aux Gouvernements et Parlements et à mettre à disposition du public sur son site internet, tout en précisant que « *l'identité d'un réclamant et de membres du personnel des autorités administratives ne peut y être mentionnée* ».
19. L'article 89, §1 du RGPD prévoit que tout traitement de données à caractère personnel à des fins statistiques doit être encadré de garanties appropriées assurant que des mesures techniques et organisationnelles soient en place pour assurer le respect du principe de minimisation et que, lorsque les finalités statistiques peuvent être réalisées au moyen de traitements ultérieurs qui ne permettent pas ou plus d'identifier les personnes concernées, cette dernière façon de procéder doit être appliquée.
20. A ce sujet, l'Autorité rappelle que l'identification d'une personne ne vise pas uniquement la possibilité de retrouver son nom et/ou son adresse mais également la possibilité de l'identifier par un processus d'individualisation, de corrélation ou d'inférence. L'Autorité relève également qu'il existe une différence entre des données pseudonymisées définies par l'article 4(5) du RGPD comme des données « qui ne peuvent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires » et des données anonymisées qui ne peuvent plus par aucun moyen raisonnable être attribuées à une personne précise et que seules ces dernières ne constituent plus des données à caractère personnel et sont donc exclues du champs d'application du RGPD, conformément à son considérant 26 »³. En matière d'anonymisation, l'Autorité renvoie à l'avis 05/2014 du Groupe de travail « article 29 » sur la protection des données, prédécesseur du Comité européen à la protection des données, sur les techniques d'anonymisation⁴. Si après analyse, il s'avère que les rapports du Défenseur des enfants contiennent des données pseudonymisées, il s'agit d'un traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD qui devra être encadré par toutes les garanties requises et

³ Pour plus d'informations, voir l'avis précité 05/2014 du Groupe de travail « article 29, point 2.2.3, p. 11

⁴ Avis 05/2014 du Groupe de travail « Article 29 », prédécesseur du Comité européen à la protection des données, sur les Techniques d'anonymisation adopté le 10 avril 2014, WP216, 0829/14/FR, disponible à l'adresse suivante https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp216_fr.pdf

répondre aux principes prévalant en la matière⁵ et concernant les techniques de pseudonymisation, il est renvoyé au rapport de l'Agence de l'Union européenne pour la cybersécurité relatif aux techniques et meilleures pratiques de pseudonymisation⁶.

21. Par conséquent, il convient de remplacer l'alinéa 3 de l'article 7 du projet de décret par les termes suivants : le Défenseur des enfants assurera que tout élément permettant raisonnablement d'identifier tout réclamant, membre du personnel des institutions contrôlées ou enfants ou jeunes concernés par l'exercice de ses missions ne soit pas mentionné dans son rapport annuel. Cette formulation, en plus de viser plus adéquatement la tâche du Défenseur des enfants en termes de pseudonymisation ou d'anonymisation, présente l'avantage de couvrir également les enfants et jeunes à propos desquels le Défenseur des enfants aura exercé ses missions.

Responsable de traitement

22. La détermination légale du ou des responsables du traitement d'un traitement de données à caractère personnel participe à la prévisibilité de la loi et à l'effectivité des droits des personnes concernées consacrés par le RGPD. Il est nécessaire de désigner l'entité qui, dans les faits, poursuit la finalité du traitement et en assure la maîtrise des éléments essentiels. En effet, si les Etats membres peuvent préciser l'application des règles du RGPD dans des domaines particuliers afin de garantir en ces domaines la cohérence et la clarté du cadre normatif applicable au traitement de données, ils ne peuvent à ce titre, déroger au RGPD ou se départir des définitions qu'il consacre. Ainsi que relevé par le Comité européen à la protection des données⁷, la définition de la notion de responsable du traitement reprise à l'article 4.7 du RGPD implique que le législateur doit désigner comme responsable du traitement l'entité qui dispose du pouvoir de maîtrise sur le traitement de données à caractère personnel en question.
23. Eu égard aux critères précités et au fait que le Défenseur des enfants exercera ses missions en toute indépendance, il peut être qualifié de responsable du traitement des traitements de données à caractère personnel qu'il est amené à réaliser dans l'exercice de ses missions de service public. Il convient de le préciser dans le projet de décret.

⁵ Il en va ainsi du principe de proportionnalité renvoyant à celui, plus spécifique, de « *minimisation* » des données impliquant que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard, des finalités pour lesquelles elles sont traitées, conformément à l'article 5, § 1er, c) du RGPD.

⁶ ENISA : <https://www.enisa.europa.eu/publications/data-pseudonymisation-advanced-techniques-and-use-cases> en <https://www.enisa.europa.eu/news/enisa-news/enisa-proposes-best-practices-and-techniques-for-pseudonymisation>;

⁷ Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR, version 1.0, adopted on 02 September 2020, p 10 et s,

PAR CES MOTIFS,

l'Autorité

considère que les adaptations suivantes du projet de décret s'imposent :

- a. Description exhaustive et précise des missions de service public conférées au Défenseur des enfants (cons. 11) ;
- b. Amélioration de la formulation de la mission de service public conférée au Défenseur des enfants à l'article 3, al. 3, 3° afin qu'elle reflète plus adéquatement l'intention de l'auteur du projet de décret et afin d'éviter de sous-entendre que le Défenseur des enfants est habilité à réaliser des traitements de données à caractère personnel pour les mêmes missions que le Ministère public (cons. 8) ;
- c. Définition ou précision, à l'article 3, al. 3, 5°, de la notion *d'atteintes portées aux droits et intérêts des enfants* » ainsi que de la finalité concrète pour laquelle le Défenseur des enfants réalisera des traitements de données à caractère personnel dans le cadre de cette mission (cons. 9) ;
- d. Ajout d'une disposition prévoyant la possibilité pour tout requérant de solliciter le traitement de sa plainte sous l'anonymat (cons. 10) ;
- e. Si nécessaire, habilitation du Défenseur des enfants à saisir l'autorité disciplinaire compétente lorsqu'il prend connaissance de faits révélant des atteintes portant aux droits et intérêts des enfants susceptibles de justifier une sanction disciplinaire et à se voir communiquer la décision motivée de l'autorité disciplinaire à la suite de son interpellation (cons. 13) ;
- f. A l'article 4, al. 3, levée de l'interdiction de communiquer des informations couvertes par le secret médical ou le secret professionnel en cas de demande expresse de l'enfant ou de ses représentants légaux ou sans ce consentement lorsqu'elles sont relatives à des privations, sévices, violences physiques, sexuelles ou psychiques commis sur un enfant (cons. 14) ;
- g. Mise en place de garanties procédurales pour assurer la compatibilité des visites des locaux d'institutions privées subsidiées et des locaux habités avec les articles 15 et 22 de la Constitution (cons. 15) ;
- h. Soumission du Défenseur des enfants au secret professionnel et ajout d'une disposition imposant un devoir de confidentialité aux membres pertinents du personnel du Défenseur des enfants (cons. 16 et 17) ;
- i. Correction de l'article 7, al. 3 encadrant le rapportage annuel que le Défenseur des enfants doit faire sur ses activités conformément au cons. 21 pour assurer un degré correct de pseudonymisation ou d'anonymisation et que cela couvre également les mineurs concernés ;

- j. Qualification du Défenseur des enfants comme responsable du traitement des traitements de données à caractère personnel qu'il est amené à réaliser dans l'exercice de ses missions de service public (cons. 20).

(sé) Alexandra Jaspard
Directrice du Centre de Connaissances