



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 268/2022 du 21 décembre 2022

Objet: Demande d'avis concernant un avant-projet de loi concernant des mesures de police administrative en matière de restrictions de voyage et de Formulaire de Localisation du Passager et modifiant diverses dispositions relatives au Comité de sécurité de l'information (CO-A-2022-299)

Version originale

Le Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données (ci-après « l'Autorité »),
Présent.e.s : Mesdames Marie-Hélène Descamps, Cédrine Morlière, Nathalie Raghenon et Griet Verhenneman et Monsieur Yves-Alexandre de Montjoye ;

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 du Vice-Premier ministre et ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargé de la Coopération au développement et de la Politique des Grandes villes, Frank Vandembroucke, reçue le 29 octobre 2022 ;

Vu les informations complémentaires reçues le 5 décembre 2022 ;

émet, le 21 décembre 2022, l'avis suivant :

I. OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Vice-Premier ministre et ministre des Affaires sociales et de la Santé publique, chargé de la Coopération au développement et de la Politique des Grandes villes (ci-après « le demandeur ») a sollicité l'avis de l'Autorité concernant un avant-projet de loi *concernant des mesures de police administrative en matière de restrictions de voyage et de Formulaire de Localisation du Passager et modifiant diverses dispositions relatives au Comité de sécurité de l'information* (ci-après « l'avant-projet »).
2. L'avant-projet de loi entend essentiellement fournir un cadre juridique autorisant le Roi à imposer, en dehors d'une situation d'urgence épidémique¹, des restrictions de voyage et l'utilisation du « *Passenger Locator Form* » (ci-après « PLF ») comme prévue par l'accord de coopération du 14 juillet 2021 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communautaire française concernant le traitement des données liées au certificat COVID numérique de l'UE et au Covid Safe Ticket, le PLF et le traitement des données à caractère personnel des travailleurs salariés et des travailleurs indépendants vivant ou résidant à l'étranger qui effectuent des activités en Belgique (ci-après « l'accord de coopération du 14 juillet 2021 »)².
3. En outre, l'avant-projet de loi entend répondre aux questions de la Commission européenne ainsi qu'aux critiques émises par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n° 110/2022 du 22 septembre 2022 concernant le rôle du Comité de sécurité de l'information (ci-après le « CSI ») et la nature juridique des délibérations qu'il adopte.
4. Les **dispositions de l'avant-projet de loi** qui visent à déterminer un **cadre juridique permettant au Roi d'imposer**, pour des motifs de santé publique, des **restrictions de voyage et l'utilisation du PLF** alors qu'aucune situation d'urgence épidémique n'a été déclarée, sont **similaires** à celles qui étaient reprises dans un avant-projet de loi *portant des mesures de police administrative en matière de restrictions de voyage et de Formulaire de Localisation du Passager*, sur **lequel l'Autorité s'est déjà prononcée dans son avis n° 233/2022** du 29 septembre 2022. Dans la mesure où il n'y a pas d'élément nouveau, **l'Autorité renvoie intégralement aux considérations qu'elle a émises dans son avis n° 233/2022** pour ce qui concerne les articles 1 à 11 de l'avant-projet de loi.

¹ Voyez la loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique.

² L'Autorité rappelle qu'elle s'est prononcée, dans son avis n° 124/2021, sur le projet d'accord de coopération qui est devenu l'accord de coopération du 14 juillet 2021. Comme l'Autorité l'a déjà relevé dans son avis n°233/2022, qui porte sur une version antérieure de l'avant-projet de loi qui est actuellement soumis à l'Autorité, l'Autorité a identifié, dans son avis n° 124/2021, plusieurs problèmes (et pistes de solution) concernant l'encadrement juridique du PLF. Toutefois, les législateurs n'y ont pas donné de suite.

5. Dans la suite de cet avis, l'Autorité examinera uniquement les articles 12 et 13 de l'avant-projet de loi qui portent sur le rôle du CSI et la nature juridique de ses délibérations.
6. Préalablement à cet examen, l'Autorité **rappelle le contexte normatif** dans lequel opère le CSI ainsi que les principales **critiques juridiques concernant l'attribution d'un pouvoir normatif** au CSI et les **principaux enseignements de l'arrêt n° 110/2022** de la Cour constitutionnelle.

a) Rôle du CSI et portée juridique de ses délibérations : rappel.

7. Pour rappel, le CSI joue un rôle dans **l'encadrement des communications de données** à caractère personnel dans le secteur fédéral, le secteur de la sécurité sociale et le secteur de la santé³. En effet, dans certaines circonstances, une communication de données à caractère personnel en provenance ou au sein de ces secteurs ne peut avoir lieu qu'après que celle-ci ait été autorisée par une délibération du CSI.
8. Le CSI a été créé par la loi du 5 septembre 2018 *instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du 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 « la loi du 5 septembre 2018 »).
9. La loi du 5 décembre 2018 a entendu reconnaître une certaine indépendance au CSI par rapport au pouvoir politique. En effet, ses membres sont nommés par la Chambre pour un terme de six ans et ils peuvent être déchargés de leur mission par la Chambre⁴, mais la loi prévoit qu'ils ne reçoivent d'instructions de personne et qu'ils ne peuvent être relevés de leur charge en raison des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent pour remplir leurs fonctions⁵. Il ressort des travaux préparatoires que le législateur a voulu soustraire le Comité de sécurité de l'information à tout contrôle hiérarchique⁶.
10. Par ailleurs, il ressort des travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018 que le législateur a voulu que le CSI ne soit considéré ni comme un responsable du traitement⁷, ni comme une autorité de

³ Il s'agit d'une autorité semblable aux anciens comités sectoriels, qui étaient institués au sein de l'ancienne Commission pour la protection de la vie privée, prédécesseur en droit de l'Autorité. Pour rappel, ces comités sectoriels ont été supprimés par la loi du 3 décembre 2017.

⁴ Article 4 de la loi du 5 septembre 2018

⁵ Article 5 de la loi du 5 septembre 2018.

⁶ Doc. parl., Chambre, 2017-2018, DOC 54-3185/001, p. 10

⁷ Dans son avis n° 63.202/2 sur l'avant-projet de loi qui est devenu la loi du 5 septembre 2018, le Conseil d'Etat avait estimé que le CSI pourrait devoir être qualifié de responsable du traitement « *puisque certaines 'délibérations' à prendre par le comité tendent à déterminer les finalités et les moyens de traitement des données traitées par les services publics* ». Toutefois, le législateur a confirmé sa volonté de ne pas instituer le CSI comme responsable du traitement. L'Autorité rappelle néanmoins que la notion de responsable du traitement est un concept fonctionnel qui vise à répartir les responsabilités en fonction des rôles réels des parties (CEPD, Lignes directrices 07/2020 concernant les notions de responsable du traitement et de sous-traitant

contrôle au sens du RGPD⁸. Le législateur ne souhaitait pas non plus que le CSI se substitue aux délégués à la protection des données des différentes institutions concernées par la mise en place du CSI⁹.

11. Le CSI comporte deux chambres : une chambre autorité fédérale et une chambre sécurité sociale et santé. Il peut également se réunir en chambres réunies.
12. **La chambre autorité fédérale** du CSI a pour mission, notamment¹⁰, d'émettre des délibérations préalables à une communication de données à caractère personnel par des services publics et des institutions publiques de l'autorité fédérale à des tiers autres que les institutions de sécurité sociale appartenant au réseau primaire, dans la mesure où les responsables du traitement de l'instance qui communique et des instances destinataires ne parviennent pas, en exécution de l'article 20 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel (ci-après « LTD »), à un accord concernant la communication ou au moins un de ces responsables du traitement demande une délibération et en a informé les autres responsables du traitement¹¹.
13. La **chambre sécurité sociale et santé** du CSI est chargée, notamment¹², de rendre des délibérations
 - (1) pour toute communication de données sociales à caractère personnel visée par l'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 (ci-après « la loi du 15 janvier 1990 »), ainsi que
 - (2) pour toute communication de données à caractère personnel relative à la santé, pour autant que cette délibération soit rendue obligatoire en vertu de l'article 42 de la loi du 13 décembre 2006

dans le RGPD, 2 septembre 2020 (version 1.0), p. 10). Dès lors, afin d'éviter ou, en tout cas, de limiter le risque, que le CSI puisse être requalifié en responsable du traitement (par exemple, par la Chambre contentieuse de l'Autorité ou par les juridictions), il convient de s'assurer que le cadre législatif qui détermine le rôle du CSI veille à ce que celui-ci ne détermine ni la finalité ni les moyens essentiels de la communication de données qui est soumise à sa délibération et que le pouvoir décisionnel qui lui est délégué est bien limité à ce que permet les règles de droit constitutionnel.

⁸ Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 8-10.

⁹ Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 8-10.

¹⁰ La chambre fédérale a également pour mission de :

- Assurer la mise à jour et la publication sur le site web du Service public fédéral Stratégie et Appui de la liste des délibérations qu'elle a accordées et publier annuellement sur ce site web un rapport sommaire de l'accomplissement de ses missions au cours de l'année écoulée,
- Soutenir les délégués à la protection des données qui sont désignés par les services publics et organismes publics de l'autorité fédérale sur le plan du contenu, entre autres en leur offrant une formation continue adéquate et en formulant des recommandations, notamment sur le plan technique (voyez l'article 35/1 de la loi du 15 août 2002 relative à la création et à l'organisation d'un intégrateur de services fédéral (ci-après « la loi du 15 août 2002 »).

¹¹ Voyez l'article 35/1 de la loi du 15 août 2002.

- ¹² La chambre « sécurité sociale et santé » a également pour mission de (article 46 de la loi du 15 janvier 1990):
- Formuler les bonnes pratiques qu'elle juge utiles pour l'application et le respect de cette loi du 15 janvier 1990 et de ses mesures d'exécution et des dispositions fixées par ou en vertu de la loi visant à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel relatives à la santé;
- Fixer les règles pour la communication de données anonymes en application de l'article 5, § 1er de la loi du 15 janvier 1990, et rendre des délibérations en la matière lorsque le demandeur souhaite déroger aux règles précitées;
- Fixer les règles pour l'interrogation des personnes d'un échantillon en application de l'article 5, § 2 de la loi du 15 janvier 1990, et rendre des délibérations en la matière lorsque le demandeur souhaite déroger aux règles précitées;

portant dispositions diverses en matière de santé ou d'une autre disposition fixée par ou en vertu de la loi (ci-après « la loi du 13 décembre 2006 »)¹³.

14. Les **chambres réunies** du CSI sont amenées à émettre des délibérations préalables à des communications de données dans certaines circonstances, comme, par exemple, lorsqu'une institution publique fédérale communique des données à une institution de sécurité sociale qui n'appartient pas au réseau primaire¹⁴.
15. Le législateur n'a pas déterminé, de façon explicite et complète, la portée du contrôle préalable exercé par le CSI par le biais des délibérations qu'il doit émettre afin d'autoriser certaines communications de données au sein du secteur public.
16. L'article 15 de la loi du 15 janvier 1990 indique que « *[a]vant de rendre sa délibération, la chambre sécurité sociale et santé du comité de sécurité de l'information examine si la communication est conforme à la présente loi et à ses mesures d'exécution* ». Dans les travaux préparatoires de la loi du 5 décembre 2018, il est précisé que la chambre sécurité sociale et santé du CSI vérifiera « *de manière préventive si les conditions de limitation de la finalité, de proportionnalité et de sécurité définies dans le GDPR sont remplies et [si] les mesures adéquates requises par le GDPR sont prises en ce qui concerne l'utilisation d'un numéro d'identification national dans ces secteurs* »¹⁵. Il ressort, en outre, de la pratique de la chambre sécurité sociale du CSI que celle-ci ne se contente, en effet, pas d'examiner si la communication de données est bien conforme à la loi du 15 janvier 1990 et ses arrêtés d'exécution, mais apprécie si la communication de données respecte les principes fondamentaux de la protection des données (limitation des finalités, minimisation des données, limitation de la conservation, intégrité et sécurité). La loi du 15 août 2012 ne donne aucune précision explicite concernant l'objet du contrôle préalable de la chambre fédérale du CSI. Les travaux préparatoires précisent toutefois que la chambre fédérale du CSI « *vérifie uniquement si les conditions de limitation de la finalité, de proportionnalité et de sécurité définies dans le RGPD sont remplies afin de permettre aux institutions de remplir leurs missions légales* »¹⁶. Il ressort, en outre, de la pratique de la chambre fédérale du CSI que celle-ci examine bien si la communication de données respecte les principes fondamentaux de la protection des données (limitation des finalités, minimisation des données, limitation de la conservation, intégrité et sécurité).

-
- Dispenser les institutions de sécurité sociale de l'obligation de s'adresser à la Banque-carrefour dans les cas déterminés par le Roi (conformément à l'article 12, alinéa 2 de la loi du 15 janvier 1990) ;
 - Soutenir les délégués à la protection des données sur le plan du contenu, entre autres en leur offrant une formation continue adéquate et en formulant des recommandations, notamment sur le plan technique;
 - Publier annuellement, sur le site web de la Banque-carrefour et sur le site web de la Plate-forme *eHealth*, un rapport sommaire de l'accomplissement de ses missions au cours de l'année écoulée qui accordera une attention particulière aux dossiers pour lesquels une décision n'a pu être prise dans les délais.

¹³ Voyez l'article 46 de la loi du 15 janvier 1990.

¹⁴ Article 35/1, § 1^{er}, al. 4 de la loi du 15 août 2012.

¹⁵ Doc. Parl., Ch., sess. ord., 2017-2018, n° 54-3185/001, p. 6.

¹⁶ Doc. Parl., Ch., sess. ord., 2017-2018, n° 54-3185/001, p. 9.

17. Dans ses délibérations, **le CSI peut subordonner son autorisation de communiquer des données au respect de certaines modalités** afin que la communication soit bien conforme au RGPD. C'est dans cette perspective que le législateur a prévu que « *Les délibérations du comité de sécurité de l'information sont motivées et ont une portée générale contraignante entre les parties et envers les tiers* »¹⁷. Comme le soulignent les travaux préparatoires, l'objectif était d'offrir « *à tous les acteurs la sécurité juridique quant au fait qu'un partage de données est autorisé au niveau juridique dans la mesure où ils respectent correctement les conditions prévues dans la délibération* »¹⁸. Le législateur a donc **délégué au CSI le pouvoir de prendre des décisions** concernant les modalités de certaines communications de données, mais **sans délimiter l'étendue de cette délégation**. En effet, la loi ne précise pas quelles sont les modalités du traitement qui peuvent être déterminées par une délibération du CSI.
18. Par ailleurs, il est arrivé que le législateur (ou le Gouvernement) confie au CSI le soin de définir certains des éléments essentiels d'une communication de données, à l'instar des destinataires de la communication¹⁹, y compris lorsque celle-ci entraîne une ingérence importante dans les droits et libertés des personnes concernées.

b) Difficultés juridiques entourant le rôle du CSI en matière d'encadrement des traitements de données à caractère personnel : état des lieux

19. L'attribution d'un pouvoir réglementaire au CSI a été critiquée par la section de législation du Conseil d'Etat²⁰, l'Autorité²¹ et, plus récemment, par la Cour constitutionnelle²².
20. **L'absence de contrôle hiérarchique** et de tutelle de la part du pouvoir exécutif sur les décisions (délibérations) du CSI et donc **l'absence de toute responsabilité politique** assumée par le pouvoir exécutif pour ces décisions rend, en effet, l'attribution d'un pouvoir réglementaire à cet organisme **difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge** (article 33, 37, 105 et 108 de la Constitution). Comme le Conseil d'Etat l'a rappelé à plusieurs reprises²³, l'attribution

¹⁷ Voyez l'article 46 § 2 de la loi du 15 janvier 1990 et l'article 35/1 § 4 de la loi du 12 août 2012. Nous soulignons.

¹⁸ Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 6 (c'est l'Autorité qui souligne)

¹⁹ Voyez, par exemple, l'article 11 § 1^{er}, de l'accord de coopération du 25 août 2020 entre l'Etat fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, concernant le traitement conjoint de données par Sciensano et les centres de contact désignés par les entités fédérées compétentes ou par les agences compétentes, par les services d'inspection d'hygiène et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présümées) infectées par le coronavirus COVID-19 se fondant sur une base de données auprès de Sciensano (ci-après l'accord de coopération du 25 août 2020), lu en combinaison avec l'article 10 § 3 de ce même accord de coopération.

²⁰ Voyez, notamment, l'avis n° 63.202/2 du 26 avril 2018 sur un avant-projet de loi *instituant le comité de sécurité de l'information et modifiant diverses lois concernant la mise en œuvre du 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*

²¹ Voyez, notamment, avis n° 36/2020 du 29 avril 2020 ; avis n° 42/2020 du 25 mai 2020 ; avis n° 64/2020 du 20 juillet 2020 ; avis n° 24/2021 du 2 mars 2021 ; avis n° 66/2021 du 6 mai 2021.

²² C.C., arrêt n° 110/2022 du 22 septembre 2022.

²³ Voyez, par exemple, avis n° 70.963/2 du 28 février 2022

d'une compétence réglementaire à un tel organe porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire²⁴ et la mise en œuvre de pareille habilitation échappe à tout contrôle parlementaire direct²⁵.

21. Le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle admettent néanmoins des **dérogations à ce principe** – et la création d'autorités administratives indépendantes disposant d'un pouvoir réglementaire – lorsque cela est nécessaire afin de se conformer à une **exigence imposée par le droit européen**²⁶. Pour pouvoir se prévaloir de cette exception, il faut qu'une norme de droit impose (et non pas « simplement » autorise) la création d'une autorité indépendante²⁷. Toutefois, en l'espèce, il n'y a **aucune exigence de droit européen qui prévoit, et donc a fortiori, impose la création du CSI** et encore moins d'exigence européenne de lui attribuer un pouvoir réglementaire. Cette exception ne peut donc être invoquée pour justifier la création du CSI et l'attribution d'un quelconque pouvoir réglementaire à cette autorité indépendante²⁸.
22. Hormis les cas où une exigence tirée du droit européen peut justifier de déroger au principe selon lequel le pouvoir réglementaire ne peut être attribué qu'à des organes politiquement responsables, le Conseil d'État et la Cour constitutionnelle admettent également qu'une délégation du pouvoir réglementaire à un organisme public indépendant est admissible si la **délégation** est d'une **portée limitée** (étant entendu que la loi doit préciser l'étendue de cette délégation), qu'elle n'emporte **qu'une compétence discrétionnaire fortement réduite**, et qu'elle est d'une **technicité telle** que l'on pouvait considérer que l'organisme est mieux placé pour élaborer la réglementation en connaissance de cause et exercer la compétence déléguée²⁹. En d'autres termes, une délégation à une autorité indépendante, tel que le CSI, n'est admissible que dans la mesure où cette délégation est très limitée et présente un caractère « non politique » en raison de sa portée secondaire ou

²⁴ Le principe de l'unité du pouvoir réglementaire est consacré par les articles 33, 37 et 108 de la Constitution et – pour les entités fédérées – par les articles 9 et 20 de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980. .

²⁵ En effet, pour rappel, le contrôle parlementaire du pouvoir exécutif s'exerce traditionnellement par l'intermédiaire du gouvernement et est sanctionné par le principe de la responsabilité politique du gouvernement. Or aucun ministre n'assume la responsabilité politique des décisions prises par le CSI, lequel n'est pas non plus directement politiquement responsable devant le Parlement.

²⁶ Pour le C.E., voyez les avis suivants : Avis C.E., n° 63.202/2 du 26 avril 2018, in Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 129 ; Avis C.E., n° 50.003/4 du 26 septembre 2011, p. 14. Pour la Cour constitutionnelle, voyez, notamment, C.C., arrêt du 18 novembre 2010, n° 130/2010.

²⁷ Il s'agit, en général, d'autorité chargée de la régulation d'un « marché », à l'instar de la CREG, de la FSMA, de l'IBPT, ou encore de l'APD.

²⁸ À ce propos, l'Autorité renvoie à l'arrêt n° 110/2022 de la Cour constitutionnelle dans lequel elle a jugé que « *B.39 Comme la section de législation du Conseil d'État l'a observé dans son avis n° 63.202/2 du 26 avril 2018 sur l'avant-projet de loi devenue la loi du 5 septembre 2018, le RGPD impose l'indépendance de l'autorité de contrôle et non celle des autorités publiques qui, ne recevant pas le statut d'une telle autorité de contrôle, traitent des données personnelles ou autorisent de tels traitements et doivent précisément être soumises au contrôle de l'autorité de contrôle*' (Doc. parl., Chambre, 2017-2018, DOC 54-3185/001, p. 129). *Les dispositions, mesures et conditions que les États membres peuvent adopter en vertu de l'article 6, paragraphe 2, de l'article 9, paragraphe 2, point i), et de l'article 9, paragraphe 4, du RGPD ne changent rien à ce constat* ».

²⁹ Pour le Conseil d'État, voyez, notamment, les avis suivants : Avis C.E., n° 63.202/2 du 26 avril 2018, in Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 140 ; Avis C.E., n° 67.425/3, 67.426/3 et 67.427/3 du 26 mai 2020, p. 11-12. Pour la Cour constitutionnelle, voyez, notamment, C.C., arrêt du 21 novembre 2013, n° 158/2013 ; C.C., arrêt du 11 juin 2015, n° 86/2015 ; C.C., arrêt du 9 juin 2016, n° 89/2016. Notez que le Conseil d'État requiert, en outre, qu'une autorité politiquement responsable ratifie la réglementation adoptée par l'organisme qui n'est pas politiquement responsable (Voyez, par exemple, C.E., Avis n° 58.106/2 du 30 septembre 2015). Toutefois, la Cour constitutionnelle ne requiert pas pareille exigence.

principalement technique³⁰. En tout état de cause, la **délégation** ne peut **jamais porter sur des éléments essentiels** de matières réservées à la loi par la Constitution³¹. À ce propos, l'Autorité rappelle que **l'article 22 de la Constitution** consacre un **principe de légalité** pour les ingérences dans le droit au respect de la vie privée ; ce qui implique – comme la Cour constitutionnelle l'a rappelé dans son arrêt n° 110/2022 – que « *les éléments essentiels des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même* »³². Il est, en outre³³, nécessaire, que l'organe à qui la délégation est confiée soit soumis à un **contrôle juridictionnel** et à un **contrôle parlementaire**³⁴.

23. Dans son arrêt n° 110/2022, la Cour constitutionnelle a jugé que la **délégation au CSI** du pouvoir de prendre des décisions en matière de traitement de données à caractère personnel n'était **pas conforme à la Constitution** parce que la loi **ne précisait pas le statut du CSI, ne délimitait pas son pouvoir d'appréciation** – ce qui permettait aux législateurs de lui déléguer le pouvoir de déterminer des éléments essentiels d'une communication de données –, et **ne garantissait pas aux personnes concernées que les délibérations du CSI étaient soumise au contrôle parlementaire**.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

24. Les **articles 12 et 13** de l'avant-projet de loi, qui modifient respectivement l'article 46 de la loi du 15 janvier 1990 et 35/1 de la loi du 15 août 2012, **cherchent à répondre aux critiques** formulées à l'encontre de l'attribution d'un pouvoir réglementaire au CSI et à **clarifier la portée juridique** des délibérations qu'il rend.
25. Afin que l'encadrement normatif des communications³⁵ de données à caractère personnel qui doivent faire l'objet d'une délibération du CSI respecte l'article 22 de la Constitution, il importe que **la loi délimite de manière suffisamment précise, et dans le respect des exigences du principe de**

³⁰ Voyez, notamment, C.E., avis n° 67.719 du 15 juillet 2020 ; C.E., avis n° 68.836 du 18 février 2021

³¹ Voyez, par exemple, C.E., Avis n° 58.106/2 du 30 septembre 2015.

³² Cons. B.11.2.

³³ Notez que la section de législation exige, en outre, une ratification par une autorité politiquement responsable des normes adoptées par un organe public indépendant (voyez, par exemple, Avis C.E., n° 63.202/2 du 26 avril 2018, in Doc. Parl., Ch., sess. ord. 2017-2018, n° 3185/001, p. 142). Toutefois, la Cour constitutionnelle n'impose pas une telle exigence.

³⁴ Voyez, par exemple, C.C., arrêt n° 110/2022 du 29 septembre 2022.

³⁵ L'Autorité rappelle qu'une communication de données constitue un traitement de données au sens de l'article 4.2 du RGPD. À ce propos, l'Autorité relève que, contrairement à ce qu'affirme le délégué du Ministre dans les informations complémentaires fournies, une communication de données n'est pas une uniquement un aspect d'un traitement de données, mais un traitement de données en tant que tel.

légalité, l'habilitation qu'elle donne au CSI pour intervenir dans l'encadrement de ces communications de données.

26. L'avant-projet de loi précise que « *Les délibérations du Comité de sécurité de l'information constituent des mesures administratives, qui peuvent être contestées auprès de la section du contentieux administratif du Conseil d'État, sur la base de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'État* »³⁶ (article 46 § 2, nouvel alinéa 1^{er}, de la loi du 15 janvier 1990 et article 35/5 § 4, nouvel alinéa 1^{er} de la loi du 15 août 2002). Il ajoute, en outre, que « *Les délibérations ne peuvent pas être contraires aux normes juridiques supérieures et [que] les parties qui participent à la communication des données à caractère personnel sont tenues de respecter les mesures contenues dans la délibération* » (article 46 § 2, nouvel alinéa 2, de la loi du 15 janvier 1990 et article 35/5 § 4, nouvel alinéa 2 de la loi du 15 août 2002).
27. Ces nouvelles dispositions n'apportent pas de modifications substantielles aux dispositions actuelles.
28. En effet, l'article 46 § 2, nouvel alinéa 1^{er}, de la loi du 15 janvier 1990 et l'article 35/5 § 4, nouvel alinéa 1^{er} de la loi du 15 août 2002 précisent que les délibérations du CSI constituent des « *mesures administratives* »³⁷ (actes et règlements) au sens de l'article 14 des lois coordonnées du Conseil d'Etat et qu'elles peuvent donc faire l'objet d'un recours en annulation devant la section du contentieux administratif du Conseil d'Etat. Or, il était déjà acquis que ces délibérations pouvaient faire l'objet d'un recours en annulation devant le Conseil d'Etat³⁸. En outre, en précisant que « *les délibérations sont motivées, ne peuvent pas être contraires aux normes juridiques supérieures* », l'article 46 § 2, nouvel alinéa 2, de la loi du 15 janvier 1990 et l'article 35/5 § 4, nouvel alinéa 2 de la loi du 15 août 2002 reprend ce qui se trouve déjà dans les dispositions en vigueur actuellement. Par ailleurs, les nouvelles dispositions entendent remplacer la précision selon laquelle les délibérations « *ont une portée générale contraignante entre les parties et envers les tiers* » par l'indication selon laquelle « *les parties qui participent à la communication des données à caractère personnel sont tenues de respecter les mesures contenues dans la délibération* ». En d'autres termes, les nouvelles dispositions **confirment**

³⁶ Cette disposition en projet entend remplacer la disposition qui dispose que « *Les délibérations du comité de sécurité de l'information ont une portée générale contraignante entre les parties et envers les tiers et elles ne peuvent pas être contraires aux normes juridiques supérieures* ».

³⁷ Sans préjudice des observations du Conseil d'Etat, l'Autorité se demande s'il ne serait pas plus adéquat d'utiliser les termes d'« *actes administratifs* » qui sont les termes communément utilisés en droit administratif pour désigner les actes accomplis par une autorité administrative en vue de réaliser des effets de droit, c'est-à-dire faire naître, modifier, transmettre ou éteindre des situations juridiques.

³⁸ D'une part, les travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018 indique que « *[...] outre les procédures de recours existantes contre les délibérations auprès du Conseil d'État et les tâches et compétences en vertu du RGPD que l'autorité de protection des données peut exercer de manière indépendante, un contrôle par l'autorité de protection des données est explicitement prévu, suite aux avis précités de la CPVP et du Conseil d'État* » (Doc. Parl., Ch., sess. ord., 2017-2018, n° 54-3185/001, p. 10, c'est l'Autorité qui souligne). Dans son arrêt n° 110/2022, la Cour constitutionnelle a rappelé que « *Les travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018 mentionnent enfin que les délibérations du Comité de sécurité de l'information peuvent faire l'objet d'un recours devant le Conseil d'État* » (cons. B. 37.2) et elle a dès lors jugé que « *les personnes concernées ne sont pas privées d'un recours juridictionnel contre les délibérations du Comité de sécurité de l'information* » (cons. B.38.2). Le délégué du Ministre a confirmé, à la suite d'une demande d'informations complémentaires, que « *Er wordt bevestigd dat de beraadslagingen van het IVC door de betrokkenen kunnen worden aangevochten bij de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State op basis van artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State* ».

le caractère juridiquement contraignant des délibérations pour les parties à la communication. Mais, il n'est plus fait mention de la portée générale des délibérations et de leurs effets vis-à-vis des tiers. L'Autorité relève toutefois qu'en déterminant des modalités d'une communication de données à caractère personnel qui lient les parties à cette communication (l'autorité qui communique les données et celle qui les réceptionne), une délibération du CSI produit des effets juridiques qui s'imposent aux tiers, y compris les personnes concernées dont les données à caractère personnel sont communiquées.

29. Par ailleurs, l'Autorité note que – contrairement à ce qu'exige le droit constitutionnel³⁹ – ni le cadre légal en vigueur ni les dispositions en projet ne délimitent la portée du pouvoir décisionnel délégué au CSI d'autoriser certaines communications de données. Il ressort des travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018, et de la pratique du CSI, que l'habilitation conférée au CSI vise principalement à lui permettre d'effectuer un **contrôle préalable de la licéité de la communication de données**. Il s'agit, en d'autres termes, de vérifier, de manière préventive, que le cadre légal en vigueur permet la communication de données qui fait l'objet de la délibération⁴⁰.
30. Bien que les travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018 précisent que le CSI « *ne se substitue pas [...] aux DPO respectifs au sein des différents départements* », l'Autorité relève que la mission qui consiste à contrôler préalablement la licéité de la communication de données s'apparente à une des missions que le RGPD confie au délégué à la protection des données (ci-après « DPD »), à savoir « *contrôler le respect du présent règlement, d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres en matière de protection des données et des règles internes du responsable du traitement ou du sous-traitant en matière de protection des données à caractère personnel, y compris en ce qui concerne la répartition des responsabilités, la sensibilisation et la formation du personnel participant aux opérations de traitement, et les audits s'y rapportant* ». Toutefois, dans la mesure où les auteurs de l'avant-projet de loi entendent confirmer l'attribution d'un pouvoir décisionnel au CSI (voir ci-dessous)⁴¹, celui-ci ne peut pas être considéré comme un DPD au sens du RGPD, étant donné que, comme la Commission de protection de la vie privée l'a déjà relevé dans sa recommandation 04/2017, le DPD a un « *rôle de conseil et d'accompagnement du responsable du traitement dans la mise en œuvre du RGPD et de contrôle* » et n'a pas de responsabilité opérationnelle ni décisionnelle dans la réalisation des traitements de données. Dans ses lignes directrices concernant les délégués à

³⁹ Articles 22, 33, 105 et 108 de la Constitution.

⁴⁰ À ce propos, l'Autorité rappelle que, selon l'intention du législateur, telle qu'elle est exprimée dans les travaux préparatoires de la loi du 5 septembre 2018, « *une délibération du comité de sécurité de l'information est certes une condition indispensable à la communication de données à caractère personnel dans les cas précités, mais elle ne comporte en soi pas d'obligation pour le responsable du traitement de procéder effectivement à la communication de données à caractère personnel. Ce dernier maintient à cet égard toute la liberté de juger lui-même de l'opportunité* ».

⁴¹ L'Autorité relève que si les auteurs de l'avant-projet de loi décidaient de supprimer tout pouvoir décisionnel du CSI et de muer celui-ci en un pouvoir de recommandation (non contraignant), le CSI pourrait être investi d'un rôle de « super- DPD » pour ce qui concerne les communications de données dans le secteur de la sécurité sociale et dans le secteur fédéral.

la protection des données⁴², le groupe de travail « Article 29 » confirme que le DPD ne peut pas participer à déterminer les finalités et les moyens d'un traitement de données.

31. Or il apparaît que le **CSI dispose du pouvoir d'imposer des modalités** à la communication de données qui fait l'objet de sa délibération. Toutefois, la loi ne définit pas l'étendue du pouvoir d'appréciation reconnu au CSI en matière d'encadrement de communication de données. Certes, tant l'Exposé des motifs que le commentaire des articles 12 et 13 de l'avant-projet de loi indiquent que les délibérations du CSI « *précisent les modalités d'application des normes définies ailleurs* » et « *ont une portée limitée et technique* »⁴³. Toutefois, comme la Cour constitutionnelle l'a rappelé dans son arrêt n° 110/2022, il convient de préciser, de manière suffisamment précise, **dans la loi** – et pas uniquement dans les travaux préparatoires – la **portée de l'habilitation** confiée au CSI, étant entendu, par ailleurs, que l'habilitation ne peut porter que sur « *l'exécution de mesures dont les éléments essentiels sont fixés préalablement par le législateur* »⁴⁴. Par conséquent, comme la Cour constitutionnelle l'a jugé dans son arrêt du 22 septembre 2022, les **éléments essentiels de la communication de données** – à savoir, la finalité poursuivie par la communication de données⁴⁵, mais également les catégories de données communiquées, les catégories de personnes concernées, les catégories de destinataires⁴⁶ – **doivent être fixés par une norme législative**⁴⁷, et non par une délibération du CSI. En ce qui concerne la détermination des modalités d'une communication de données à caractère personnel, le **CSI ne peut dès lors être habilité qu'à déterminer des éléments purement techniques** et qui emportent uniquement l'exercice d'un pouvoir

⁴² Groupe de travail « Article 29 », Lignes directrices concernant les délégués à la protection des données (DPD), adoptées le 13 décembre 2016 (version révisée et adoptée le 5 avril 2017), WP 243 rev.01, pp. 19-20.

⁴³ Interrogé sur la portée des modalités qui peuvent être imposées par le CSI dans ses délibérations, le délégué du Ministre a confirmé que « *Het betreft steeds maatregelen die een beperkte en technische draagwijdte hebben* ».

⁴⁴ Cons. B.37.1.

⁴⁵ Le commentaire des articles 12 et 13 de l'avant-projet de loi précise que « *le CSI ne peut donc pas étendre les finalités du traitement initial par l'instance qui fournit les données, ni offrir une base juridique pour des finalités de traitement par l'instance destinataire autres que celles qui sont prévues par ou en vertu du Règlement général sur la protection des données ou par ou en vertu d'une loi, d'un décret ou d'une ordonnance* » (c'est l'Autorité qui souligne). Contrairement à ce qu'indique cette phrase, le RGPD ne définit pas les finalités concrètes d'un traitement de données. Il ne définit pas non plus « *de grandes finalités* » ou des « *finalités globales* » qui devraient ensuite être précisées par le droit national. Le RGPD impose, par contre, que les traitements de données aient lieu pour des finalités déterminées, légitimes et explicites (article 5.1.b) du RGPD). Par ailleurs, l'article 6 du RGPD liste les différentes bases de licéité/base de légitimité (qui ne doivent pas être confondues avec les finalités d'un traitement) qui peuvent fonder un traitement de données à caractère personnel. Contrairement à ce que suggère le commentaire des articles et à ce qui a été avancé par le délégué du Ministre dans un échange avec l'Autorité, **la finalité d'un traitement de données ne peut donc jamais être prévue/définie directement par le RGPD**. Il conviendra de corriger le commentaire des articles à cet égard.

⁴⁶ À ce propos, l'Autorité relève que l'Exposé des motifs de l'avant-projet de loi et les informations complémentaires fournies par le délégué du Ministre peuvent laisser penser que seule la finalité constitue un élément essentiel du traitement de données qui ne peut pas être déterminé par le CSI. L'Autorité rappelle que la finalité est un élément essentiel de tout traitement de données (y compris de toute communication de données), mais que d'autres modalités de la communication – et en tout cas, les catégories de données, les catégories de personnes concernées et les catégories de destinataires – constituent également des éléments essentiels du traitement qui doivent être fixés par le législateur, et non par le CSI.

⁴⁷ L'Autorité rappelle, en outre, que cette norme législative doit d'ailleurs, préalablement à son adoption, être soumise à l'Autorité pour avis (article 36.4 du RGPD combiné à l'article 23 de la LCA).

discrétionnaire très limité, à l'instar des mesures de sécurité à mettre en œuvre par les parties à la communication de données.

32. Dès lors, au vu de ce qui précède, il convient, à travers l'avant-projet de loi, de préciser, dans la loi du 15 janvier 1990 et dans la loi du 12 août 2002, **l'étendue de l'habilitation** conférée au CSI en matière de communication de données comme suit : À travers sa délibération, le CSI **s'assure que la communication** de données qui fait l'objet de cette délibération **est licite** au regard du cadre normatif en vigueur, étant donné que ce cadre normatif doit déterminer toutes les modalités essentielles de ladite communication. Le CSI peut néanmoins, si cela s'avère nécessaire pour assurer une protection des données dès la conception et par défaut⁴⁸, **fixer les modalités techniques de ladite communication**, pour autant que la détermination de ces modalités techniques n'emporte que l'exercice une compétence discrétionnaire limitée. Le cas échéant, le CSI pourrait également être habilité à émettre des recommandations à l'attention du législateur ou du gouvernement pour combler d'éventuelles lacunes normatives dans l'encadrement du traitement visé.
33. Enfin, l'Autorité relève encore que la Cour constitutionnelle a jugé que le cadre normatif en vigueur privait les personnes concernées de la garantie de voir les délibérations du CSI soumises au contrôle parlementaire. L'avant-projet de loi entend répondre à cette critique en imposant une nouvelle obligation au CSI de faire rapport à la Chambre des représentants dans plusieurs cas, y compris après l'édiction d'une délibération (ou l'édiction de bonnes pratiques ou de règles en vertu de l'article 46 de la loi du 15 janvier 1990 ou de l'article 35/1 de la loi du 12 août 2012). Sans préjudice des remarques que le Conseil d'Etat pourra faire à ce propos, l'Autorité est d'avis que si l'étendue de l'habilitation conférée au CSI était précisée conformément au considérant 32 et que le CSI ne disposait dès lors que d'un pouvoir discrétionnaire très limité, la nouvelle obligation prévue par l'avant-projet de loi de faire rapport pourrait être considérée comme suffisante pour garantir le nécessaire contrôle parlementaire sur les délibérations (et autres décisions) prises par le CSI. Par contre, si l'avant-projet de loi ne délimitait pas plus précisément l'habilitation conférée au CSI et que le CSI continuait donc à disposer d'un pouvoir d'appréciation plus large, l'Autorité doute que la nouvelle obligation de faire rapport suffise pour garantir un contrôle parlementaire adéquat sur les délibérations (et autres décisions) prises par le CSI alors que la loi du 5 septembre 2018 continue à garantir l'indépendance du CSI et que la Chambre des représentants ne peut pas relever les membres du CSI de leur charge en raison des opinions qu'ils émettent ou des actes qu'ils accomplissent pour remplir leurs fonctions⁴⁹.

⁴⁸ Article 25 du RGPD.

⁴⁹ Article 5 de la loi du 5 septembre 2018.

34. **En conclusion**, c'est donc bien le **pouvoir décisionnel** reconnu au CSI **qui pose des difficultés juridiques**.
35. Si le CSI n'avait **aucun pouvoir décisionnel** et qu'il était institué « uniquement » afin de soutenir les DPD des institutions publiques fédérales, des institutions de santé et des institutions de sécurité sociale dans leur travail de contrôle du respect du RGPD lors des communications de données (un peu comme un « super DPO »), il n'y aurait **pas d'objection constitutionnelle à sa création**.
36. Toutefois, la décision du législateur de 2018 de **lui confier un pouvoir décisionnel** (sans délimiter explicitement l'étendue de ce pouvoir décisionnel) soulève, au moins, **deux difficultés juridiques majeures** :
- (1) Le CSI a été institué comme une autorité indépendante qui n'est soumise à aucun pouvoir hiérarchique d'une autorité politiquement responsable ; ce qui **porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire**.
 - (2) Sans délimitation explicite du pouvoir décisionnel du CSI, celui-ci a été amené à déterminer des modalités essentielles de communication de données ; ce qui est **contraire au principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution**.
37. Si le législateur entend maintenir un pouvoir décisionnel dans le chef du CSI, **la loi doit explicitement délimiter ce pouvoir décisionnel**, lequel **ne peut porter que sur des éléments techniques et secondaires et dont la détermination nécessite uniquement l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire très limité**.

PAR CES MOTIFS,

Afin que l'encadrement normatif des communications de données à caractère personnel qui doivent faire l'objet d'une délibération du CSI respecte le principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution, l'Autorité estime que l'avant-projet de loi doit préciser l'étendue de l'habilitation conférée au CSI de la manière suivante :

Dans le cadre de ses délibérations, le CSI contrôle préalablement à la communication de données envisagée que celle-ci est conforme au cadre normatif en vigueur. Ce faisant, il ne peut déterminer aucune modalité essentielle de la communication de données, mais il est néanmoins habilité, si cela s'avère nécessaire pour

assurer une protection des données dès la conception et par défaut, à fixer des modalités techniques de la communication de données, pour autant que la détermination de ces modalités techniques emporte uniquement l'exercice d'une compétence discrétionnaire restreinte.

Pour le Centre de Connaissances,
(s) Cédrine Morlière, Directrice