



Avis n° 32/2018 du 11 avril 2018

Objet : projet de décret concernant l'offre de services pour les personnes âgées et les personnes ayant des besoins d'aide, et concernant les soins palliatifs (CO-A-2018-019)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LVP"), en particulier l'article 29 ;

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 demande d'avis de Monsieur Antonios Antoniadis, Ministre de la Famille, de la Santé et des Affaires sociales de la Communauté germanophone, reçue le 22 février 2018 ;

Vu le rapport de Monsieur Frank De Smet ;

Émet, le 11 avril 2018, l'avis suivant :

Remarque générale préalable

La Commission attire l'attention sur le fait qu'une nouvelle réglementation européenne relative à la protection des données à caractère personnel a été promulguée récemment : le Règlement général 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 la Directive Police et Justice. Ces textes ont été publiés au journal officiel de l'Union européenne le 4 mai 2016^[1].

Le Règlement, couramment appelé RGPD (pour Règlement général sur la protection des données), est entré en vigueur vingt jours après sa publication, soit le 24 mai 2016, et est automatiquement applicable deux ans plus tard, soit le 25 mai 2018. La Directive Police et Justice doit être transposée dans la législation nationale au plus tard le 6 mai 2018.

Pour le Règlement, cela signifie que depuis le 24 mai 2016, pendant le délai d'exécution de deux ans, les États membres ont d'une part une obligation positive de prendre toutes les dispositions d'exécution nécessaires, et d'autre part aussi une obligation négative, appelée "devoir d'abstention". Cette dernière obligation implique l'interdiction de promulguer une législation nationale qui compromettrait gravement le résultat visé par le Règlement. Des principes similaires s'appliquent également pour la Directive.

Il est dès lors recommandé d'anticiper éventuellement dès à présent ces textes. Et c'est en premier lieu au(x) demandeur(s) de l'avis qu'il incombe d'en tenir compte dans ses (leurs) propositions ou projets. Dans le présent avis, la Commission a d'ores et déjà veillé, dans la mesure du possible et sous réserve d'éventuels points de vue complémentaires ultérieurs, au respect de l'obligation négative précitée.

^[1] 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).

Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil*

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=OJ%3AL%3A2016%3A119%3ATOC>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/NL/TXT/?uri=OJ:L:2016:119:TOC.>

I. OBJET DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Ministre de la Famille, de la Santé et des Affaires sociales de la Communauté germanophone, ci-après le demandeur, sollicite l'avis de la Commission sur un projet de décret concernant l'offre de services pour les personnes âgées et les personnes ayant des besoins d'aide, et concernant les soins palliatifs (ci-après le projet de décret).
2. Étant donné que l'article 85 du projet de décret annonce le 1^{er} janvier 2019 comme date d'entrée en vigueur, la Commission estime utile d'examiner d'ores et déjà cet avant-projet à la lumière du Règlement général sur la protection des données (RGPD).

Contexte

3. Le projet de décret prévoit la transposition partielle de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 *relative aux services dans le marché intérieur*. Plus particulièrement, le projet de décret décrit l'offre de services pour l'aide aux personnes et détermine tant les conditions d'agrément que le financement des prestataires de services.
4. L'article 4 du projet de décret définit l'aide aux personnes comme étant les "*activités de l'aide aux personnes et l'offre d'aide organisée* [Ndt : tous les extraits du projet de décret ont été traduits librement par le Secrétariat de la Commission en l'absence de traduction officielle]".
 - *Les activités de l'aide aux personnes* recouvrent une offre plutôt accessible de services visant à accroître le bien-être à domicile des personnes âgées ou des personnes ayant des besoins d'aide. Cela inclut (articles 8 et 9 du projet de décret) :
 - des services de transport ;
 - un soutien au deuil ;
 - des personnes de compagnie et des activités de loisirs ;
 - un accompagnement pour les personnes démentes ;
 - des activités de sensibilisation et des formations ; et
 - l'offre d'un système d'alarme personnel.
 - *L'offre d'aide organisée* porte sur l'aide à domicile, les services de structures résidentielles et les soins palliatifs. Cela inclut (articles 10 à 26 du projet de décret) :
 - aide à domicile : aide familiale et aide aux personnes âgées, garde-malade, aide-ménagère sociale, garde de jour, prise en charge 24h sur 24 et courts séjours ;
 - structures résidentielles : résidences pour seniors, service-flats, résidences médicalisées et maisons de repos pour personnes âgées ; et

- soins palliatifs.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Finalité

5. Conformément à l'article 5, 1, b) du RGPD, le traitement de données à caractère personnel n'est autorisé que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes.
6. L'article 5 du projet de décret exprime la finalité générale qui consiste à préserver et à améliorer la qualité de vie tant des personnes ayant des besoins d'aide que des personnes âgées. Le projet de décret entend atteindre cette finalité générale :
 - en renforçant la compétence d'entraide et les personnes de référence ;
 - en créant une offre d'aide spécialisée ;
 - en promouvant la santé et en prévenant les maladies ; et
 - en favorisant la formation d'un réseau entre les acteurs au sein d'une zone de soins résidentiels.
7. Ensuite, le projet de décret décrit les services qu'englobe chaque forme de service. Via cette description distincte, le projet de décret spécifie des sous-finalités précises pour chaque forme d'aide aux personnes que la Communauté germanophone entend organiser au moyen du projet de décret. Enfin, l'article 73 du projet de décret ajoute que les prestataires de services agréés peuvent uniquement traiter des données à caractère personnel pour l'exécution de leurs missions légales ou décrétales. Conformément au principe de limitation des finalités, cet article prévoit expressément que les données à caractère personnel ne peuvent être utilisées pour aucune autre finalité.
8. La Commission constate que les finalités du traitement de données sont déterminées, explicites et légitimes.

2. Fondement juridique

9. Tout traitement de données à caractère personnel doit reposer sur un fondement juridique au sens de l'article 6 du RGPD. En outre, le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel, dont les données relatives à la santé, est en principe interdit en vertu de l'article 9.1 du RGPD. Cette interdiction ne s'applique toutefois pas si le responsable du traitement peut invoquer un des motifs de justification de l'article 9.2 du RGPD. Le traitement de données pénales est uniquement possible selon les conditions définies à l'article 10 du RGPD.

10. Pour le traitement de données à caractère personnel qui n'appartiennent pas aux catégories particulières de l'article 9 du RGPD ou de l'article 10 du RGPD, le projet de décret peut invoquer l'article 6.1.e) du RGPD comme fondement juridique : l'exécution d'une mission d'intérêt public.
11. Pour le traitement de données relatives à la santé, l'article 74 du projet de décret prévoit que le traitement de données relatives à la santé doit se faire sous la responsabilité d'un professionnel des soins de santé. La Commission constate que le traitement de données relatives à la santé peut se fonder sur l'article 9.2.g) et 9.2.h) du RGPD. Dans un souci de cohérence avec la terminologie utilisée dans l'article 9.3 du RGPD, la Commission recommande de remplacer [Ndt :dans le projet de décret en néerlandais, puisqu'il n'existe pas de version française officielle] les termes "*een beroepsbeoefenaar uit de gezondheidszorg*" (un professionnel des soins de santé) par les termes "*een beroepsbeoefenaar die gebonden is aan het beroepsgeheim van artikel 458 Strafwetboek*" (un professionnel des soins de santé soumis à l'obligation de secret professionnel de l'article 458 du Code pénal). Par souci d'exhaustivité, la Commission fait remarquer que le contrôle d'un professionnel de la santé au sens de l'article 9.3 du RGPD est uniquement obligatoire dans la mesure où le fondement juridique du traitement est l'article 9.2.h) du RGPD.
12. L'article 75, 7° du projet de décret dispose que les prestataires de services et les inspecteurs agréés peuvent aussi traiter des données à caractère personnel susceptibles de révéler l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que des informations relatives à la vie sexuelle. La Commission observe que le demandeur n'indique pas le fondement juridique de l'article 9.2 du RGPD sur lequel s'appuie le traitement de ces catégories particulières de données.

Si le demandeur compte baser ce traitement sur l'article 9.2.g) du RGPD, il doit démontrer le motif d'intérêt public important nécessitant le traitement de ces données. En outre, le projet de décret ou un arrêté d'exécution doit prévoir des mesures spécifiques afin de veiller à la proportionnalité de ce traitement et aux droits fondamentaux des personnes concernées. À défaut d'une justification pour le traitement de cette catégorie particulière de données à caractère personnel et sans les garanties nécessaires, le projet de décret n'offre aucun fondement juridique afin de traiter ces données à caractère personnel particulières.

Le demandeur explique que le traitement de ces données à caractère personnel peut être nécessaire dans le cadre d'une inspection en vertu de l'article 78 du projet de décret. Cet article dispose que les prestataires de services agréés sont soumis au contrôle des inspecteurs désignés par le Gouvernement de la Communauté germanophone. Les inspecteurs

pourraient par exemple vérifier si l'on a servi de la viande de porc à un résident de religion islamique. La Commission estime que le simple contrôle du respect du régime souhaité et signalé (qui peut aussi être dû à des raisons médicales) doit suffire, sans que les détails de ce régime doivent être connus.

Vu l'absence d'un motif d'intérêt public important, la Commission considère dès lors illégitime de reconnaître l'article 75, 7° du projet de décret comme un (début de) fondement juridique pouvant donner lieu à un traitement systématique de ces données à caractère personnel.

13. L'article 75, 8° du projet de décret dispose que les prestataires de services et les inspecteurs agréés peuvent aussi traiter des données judiciaires. En vertu de la LVP, le traitement de données judiciaires - pour des litiges civils et pénaux - était en principe interdit, sauf si le responsable du traitement pouvait invoquer une exception de l'article 8, § 2 de la LVP. L'article 10 du RGPD limite la portée de cette interdiction de principe uniquement aux données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions. Le traitement de ces données nécessite une législation nationale qui prévoit les garanties appropriées. Le projet de décret n'offre pas ces garanties nécessaires et ne possède par conséquent pas de fondement juridique pour traiter les données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions au sens de l'article 10 du RGPD.

Le traitement de données judiciaires relatives à la capacité juridique d'une personne âgée ou d'une personne ayant des besoins d'aide sera néanmoins autorisé en vertu du RGPD sur la base du présent projet de décret. L'interdiction prévue à l'article 10 du RGPD porte uniquement sur des condamnations pénales et des infractions - les autres données judiciaires seront traitées en vertu du RGPD comme des données à caractère personnel normales, leur traitement pouvant également reposer sur l'article 6.1.e) du RGPD (voir le point 10).

3. Proportionnalité

14. L'article 5.1, c) du RGPD dispose que les données à caractère personnel doivent être limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées ("minimisation des données").
15. L'article 75 du projet de décret définit les différentes catégories de données que les prestataires de services et les inspecteurs agréés peuvent traiter. La deuxième phrase de l'article 75 ajoute à cela que ces personnes peuvent traiter les données à caractère personnel qui relèvent de ces catégories uniquement dans la mesure où ces données sont adéquates, pertinentes et non excessives. Le projet de décret identifie les catégories de données suivantes:

- données d'identité et de contact de la personne ;
- données d'identité et de contact du représentant de la personne ;
- données relatives à la situation familiale de la personne ;
- données relatives à la situation sociale et financière de la personne ;
- données relatives aux loisirs et aux intérêts de la personne ;
- données relatives à la santé et au développement de la personne ;
 - données relatives à la santé physique ;
 - données relatives à la santé mentale ;
 - données relatives au comportement ;
 - données relatives aux risques et aux facteurs de risques ;
 - données relatives aux aptitudes et aux compétences ;
- données au sens de l'article 6 de la LVP ;
- données judiciaires relatives à la personne.

16. Bien que la Commission salue l'ancrage décretaal des catégories de données, elle constate que cette description ne lui permet pas d'apprécier la proportionnalité du traitement de données. Cette description définit les limites du traitement de données mais ne permet pas de déterminer de manière univoque quelles catégories de données seront concernées par le traitement de données à caractère personnel pour une finalité / un service déterminé(e). La Commission insiste dès lors pour que l'arrêté d'exécution annoncé par l'article 75, deuxième alinéa du projet de décret définisse les catégories de données à caractère personnel par finalité / service. Cet arrêté d'exécution doit être soumis pour avis - comme prévu dans le projet de décret - à la Commission ou à la future Autorité de protection des données afin de pouvoir apprécier la proportionnalité des données traitées pour chaque forme de service. Enfin, il convient aussi de déterminer qui relève du dénominateur "personne". Le projet de décret devrait spécifier qu'il s'agit uniquement des données à caractère personnel de personnes âgées ou de personnes ayant des besoins d'aide.

4. Délai de conservation

17. Selon l'article 5.1.e) du RGPD, les données doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont traitées.
18. L'article 76 du projet de décret prescrit un délai de conservation maximal du 10 ans pour les données à caractère personnel de personnes âgées ou de personnes ayant des besoins d'aide. Ce délai prend cours au moment où il est mis fin au service. Au terme de ce délai, le

responsable du traitement détruit les données à caractère personnel, sauf si la législation relative aux archives s'y oppose. La Commission prend acte de cette modalité.

5. Responsabilité

19. L'article 4.7 du RGPD prévoit que pour les traitements dont les finalités et les moyens sont déterminés par la loi, le responsable du traitement est celui qui est désigné par la loi en question.
20. L'article 73 du projet de décret désigne les prestataires de services agréés comme étant les responsables du traitement. La Commission en prend acte. Par souci de clarté et d'exhaustivité, il est recommandé que le demandeur complète cette disposition comme suit : *'les responsables du traitement au sens de l'article 4(7) du règlement général sur la protection des données'* (voir le point 26).
21. Par souci d'exhaustivité, la Commission attire l'attention sur l'obligation de tout prestataire de services agréé de vérifier s'il est ou non nécessaire de désigner un délégué à la protection des données (article 37 du RGPD) et/ou d'effectuer une analyse d'impact sur la protection des données (article 35 du RGPD).

6. Mesures de sécurité

22. L'article 32 du RGPD oblige le responsable du traitement à prendre des mesures techniques et organisationnelles requises pour protéger les données à caractère personnel. Ces mesures doivent assurer un niveau de protection adéquat, compte tenu, d'une part, de l'état de la technique en la matière et des frais qu'entraîne l'application de ces mesures et, d'autre part, de la nature des données à protéger et des risques potentiels.
23. L'article 32 du RGPD se réfère à cet égard à plusieurs exemples de mesures afin d'assurer, au besoin, un niveau de sécurité adapté au risque :
 - la pseudonymisation et le chiffrement des données à caractère personnel ;
 - des moyens permettant de garantir la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité et la résilience constantes des systèmes de traitement ;
 - des moyens permettant de rétablir la disponibilité des données à caractère personnel et l'accès à celles-ci dans des délais appropriés en cas d'incident physique ou technique ;

- une procédure visant à tester, à analyser et à évaluer régulièrement l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles pour assurer la sécurité du traitement.

24. Pour l'exécution concrète de ces mesures, la Commission renvoie à sa recommandation¹ visant à prévenir les fuites de données et aux mesures de référence² qu'il convient de respecter dans le cadre de tout traitement de données à caractère personnel. Vu le caractère sensible des données qui peuvent être traitées dans le cadre du projet de décret, la Commission souligne l'importance d'une gestion correcte des utilisateurs et des accès³.

25. Les catégories particulières de données à caractère personnel, dont les données relatives à la santé, requièrent des mesures de sécurité plus strictes. En attendant la législation nationale d'exécution du RGPD qui encadrera davantage le traitement des catégories particulières de données à caractère personnel, l'article 25 de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP indique les mesures de sécurité supplémentaires qu'il convient d'envisager :

- désigner les catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel, avec une description précise de leur fonction par rapport au traitement des données visées ;
- tenir la liste des catégories des personnes ainsi désignées à la disposition de la Commission ;
- veiller à ce que ces personnes désignées soient tenues par une obligation légale ou statutaire ou par une disposition contractuelle au respect du caractère confidentiel des données visées⁴.

26. Le projet de décret ne mentionne rien à propos de la sécurité des données à caractère personnel. Bien que cette obligation découle naturellement de la qualité de responsable du traitement, la Commission recommande de mieux encadrer l'obligation de sécurité dans l'arrêté d'exécution.

¹ Recommandation d'initiative n° 01/2013 du 21 janvier 2013 *relative aux mesures de sécurité à respecter afin de prévenir les fuites de données*, disponible à l'adresse suivante : https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2013.pdf.

² Mesures de référence en matière de sécurité applicables à tout traitement de données à caractère personnel, Version 1.0, disponible à l'adresse suivante : https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/mesures_de_reference_en_matiere_de_securite_applicables_a_tout_traitement_de_donnees_a_caractere_personnel_0.pdf.

³ Voir également la recommandation n° 01/2008 du 24 septembre 2008 relative à la gestion des accès et des utilisateurs dans le secteur public, disponible à l'adresse suivante : https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2008_0.pdf.

⁴ Le projet de décret répond déjà à cette dernière exigence par l'obligation générale de confidentialité qui s'applique à tous les prestataires de services et à toutes les personnes impliquées dans l'exécution du projet de décret (article 72 du projet de décret).

7. Observations complémentaires

27. Étant donné que le projet de décret n'entre en vigueur que le 1^{er} janvier 2019, le demandeur doit remplacer toutes les références à la LVP par une référence au RGPD. Il recommandé qu'au lieu de référer à la Commission, le demandeur réfère à l' "Autorité de protection des données", qui est instaurée par l'article 3 de la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données* et qui succédera à la Commission à partir du 25 mai 2018.

III. CONCLUSION

28. Vu ce qui précède, la Commission estime que le projet de décret offre insuffisamment de garanties quant à la protection des données à caractère personnel des personnes concernées, à cause des éléments suivants :

- l'absence de fondement juridique pour le traitement de données à caractère personnel susceptibles de révéler l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que des informations relatives à la vie sexuelle (point 12) ;
- l'absence de fondement juridique pour le traitement de données judiciaires pour autant qu'elles concernent des condamnations pénales et des infractions au sens de l'article 10 du RGPD (point 13) ;
- la nécessité de définir dans l'arrêté d'exécution annoncé par l'article 75, deuxième alinéa du projet de décret, les catégories de données à caractère personnel par finalité / service et définir les personnes concernées afin de permettre un contrôle de la proportionnalité (point 16) ;

En plus la Commission souhaite de formuler les remarques suivantes:

- mieux encadrer l'obligation de sécurité dans l'arrêté d'exécution (point 26) ;
- adapter la terminologie du projet de décret au RGPD et à la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de Protection des données* (points 11, 20 et 27).

PAR CES MOTIFS,

la Commission émet un avis défavorable sur le projet de décret concernant l'offre de services pour les personnes âgées et les personnes ayant des besoins d'aide, et concernant les soins palliatifs.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere