



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 66.750/4
du 18 décembre 2019

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
française 'en matière de dépistage d'anomalies congénitales en
Communauté française'

Le 25 novembre 2019, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Présidente et Ministre de l'Enfance, de la Santé, de la Culture, des Médias et des Droits de Femmes de la Communauté française à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'en matière de dépistage d'anomalies congénitales en Communauté française'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 18 décembre 2019. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Charles-Henri VAN HOVE, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Xavier DELGRANGE, premier auditeur chef de section et Anne-Stéphanie RENSON, auditeur adjoint.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 18 décembre 2019.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

FONDEMENT JURIDIQUE

1. Alors que l'actuel arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mai 2009 'en matière de dépistage des anomalies congénitales en Communauté française' se fonde sur le décret du 14 juillet 1997 'portant organisation de la promotion de la santé en Communauté française', l'arrêté en projet, qui entend le remplacer, se fonde exclusivement sur l'article 2, § 2, 8°, du décret du 17 juillet 2002 'portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »' (ci-après : le décret ONE). La note rectificative au Gouvernement de la Fédération Wallonie Bruxelles du 20 novembre 2019 indique qu'

« un nouvel ACGF relatif au dépistage des anomalies congénitales est nécessaire car il permet de remplacer l'arrêté qui était encore associé au décret de promotion de la santé de 1997 (AGCF du 27/05/2009 en matière de dépistage des anomalies congénitales en Communauté française) : ainsi la réglementation devient plus adaptée à la situation post-transfert de compétences [...] ».

2. Le décret ONE dispose, en son article 2, § 2, que :

« L'Office a pour missions transversales :

[...]

8° les programmes de médecines préventives ».

L'article 2, § 2, 8°, a été inséré par le décret du 4 décembre 2014 'modifiant le décret du 17 juillet 2002 portant réforme de l'Office de la Naissance et de l'Enfance, en abrégé « O.N.E. »'. Selon le commentaire de l'article,

« Dans le cadre de ces programmes, s'ajoutent de nouvelles compétences qui sont notamment les dépistages et pour les maladies métaboliques et la vaccination (il s'agit tant de définir les programmes de vaccination, que de faire les marchés et de mettre les vaccins à disposition, de faire livrer aux prescripteurs soit à tous les médecins). L'Office de la Naissance et de l'Enfance devient, *de facto*, le responsable du traitement des données à caractère personnel liées à ces compétences »¹.

¹ *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2014-2015, n° 29/1, p. 4.

Le décret du 4 décembre 2014 n'a toutefois pas eu pour objet de remplacer les articles 17*bis* et 17*ter* du décret du 14 juillet 1997 sur le fondement desquels a été pris l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 27 mai 2009 ².

3.1. L'adoption du projet examiné sur le fondement de l'article 2, § 2, 8°, du décret ONE et l'abrogation de l'arrêté du 27 mai 2009 se heurtent aux objections de légalité suivantes.

3.2. L'article 2, § 2, 8°, du décret ONE confie à l'ONE, organisme d'intérêt public doté de la personnalité juridique (article 1^{er} du décret ONE), la mission de gérer les programmes de médecines préventives. Les orientations et modalités de l'exercice de cette mission sont définies dans le contrat de gestion visé à l'article 26 du décret ONE.

Certes, l'article 3 du décret du 17 juillet 2002 prévoit :

« Après avis de l'Office, le Gouvernement peut arrêter les conditions auxquelles des institutions et services en matière d'accompagnement et d'accueil et de missions transversales peuvent être agréés par l'Office, en privilégiant les projets qui s'inscrivent dans les principes définis à l'article 2, § 3.

Après avis de l'Office, le Gouvernement peut arrêter les conditions et modalités suivant lesquelles l'agrément par l'Office ouvre le droit à l'octroi de subventions.

Les avis de l'Office prévus aux alinéas 1 et 2 sont donnés d'initiative ou à la demande du Gouvernement. Lorsque le Gouvernement sollicite ces avis, ceux-ci sont rendus endéans le mois. À défaut d'avis de l'Office dans le délai visé à l'alinéa 3, le Gouvernement peut arrêter les conditions et les modalités prévues aux alinéas 1 et 2 ».

Si cet article donne au Gouvernement un fondement légal pour énoncer des conditions d'agrément et de subventionnement des institutions et services intervenant en matière de programmes de médecines préventives, il ne l'habilite pas à établir ces programmes.

Ainsi que la section de législation l'a rappelé dans l'avis n° 56.863/2 donné le 23 décembre 2014 à propos de l'organisation des consultations pour enfants :

« Il résulte des articles 2 et 3 du décret que l'O.N.E. a pour mission d'organiser directement les consultations pour enfants mais qu'il peut, pour ce faire, agréer et subventionner des institutions et services.

² Il y a lieu de rappeler que le programme quinquennal sur la base duquel les programmes de médecine préventive doivent être établis a d'ailleurs été prolongé jusqu'à la fin de l'année 2019 par le décret-programme du 12 décembre 2018 'portant diverses mesures relatives à l'organisation du Budget et de la comptabilité, aux Fonds budgétaires, à l'Enseignement supérieur et à la Recherche, à l'Enfance, à l'Enseignement obligatoire et de promotion sociales, aux Bâtiments scolaires, au financement des Infrastructures destinées à accueillir la Cité des métiers de Charleroi, à la mise en œuvre de la réforme de la formation initiale des enseignants'. Un avant-projet de décret-programme 'portant diverses mesures relatives aux bâtiments scolaires, aux fonds budgétaires, à la culture, à la santé, à l'enseignement supérieur, à la recherche, au sport, aux hôpitaux universitaires, au personnel enseignant, à l'enseignement et à WBE' sur lequel la section de législation a donné, le 18 novembre 2019, l'avis n° 66.703/2-4 (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2019-2020, n° 28/1, pp. 31 à 46). Cet avant-projet prolonge le programme quinquennal jusqu'au 31 décembre 2020.

Lorsqu'il organise les consultations pour enfants, en vertu de l'article 4 du décret précité, l'O.N.E. doit se conformer au contrat de gestion, conclu entre son Conseil d'administration et le Gouvernement (article 26, § 1^{er}). Ce contrat définit les orientations et les modalités d'exercice des missions, notamment les tâches que l'O.N.E. assume en vue de l'exécution de ses missions et les moyens à mettre en œuvre pour les atteindre ainsi que les règles de conduite, les engagements et les objectifs à atteindre vis-à-vis des usagers et des acteurs du secteur (article 26, § 3)³.

Dans l'hypothèse d'intervention d'autres institutions ou services, le Gouvernement peut, sur avis de l'O.N.E., d'une part, arrêter les conditions auxquelles ces institutions et services peuvent être agréées par l'O.N.E. et, d'autre part, arrêter les conditions et modalités suivant lesquelles l'agrément par l'O.N.E. ouvre le droit à l'octroi de subventions (article 3).

2. Au regard des dispositions relatives à l'Office et des habilitations contenues dans le décret du 17 juillet 2002 précité, l'arrêté en projet contient des règles qui, à juste titre, se fondent sur ces habilitations et d'autres qui, concernant directement l'exercice des missions de l'Office, se substituent au contrat de gestion. La confusion des deux approches n'est pas admissible.

[...]

Il convient dès lors de distinguer clairement les missions effectuées directement par l'O.N.E. de celles accomplies par des institutions ou services qu'il agréé ou subventionne. S'agissant des premières, le Gouvernement n'est pas habilité par le décret à les organiser (comparer avec les habilitations figurant à l'article 6, mais qui ne vise que les institutions et service d'accueil, l'autre mission de l'O.N.E.). S'agissant des secondes, le Gouvernement peut intervenir, mais dans les limites fixées par l'article 3 du décret »⁴.

3.3. Par ailleurs, l'arrêté en projet organise en partie la collecte et le traitement de données à caractère personnel, en particulier des données relatives à des nourrissons (articles 15 à 18).

Dans son avis donné le 5 juin 2019 sur le projet examiné, l'Autorité de protection des données a notamment formulé l'observation suivante :

« L'Autorité souligne que les données génétiques sont des données à caractère personnel relatives à la santé tel que le prévoient l'article 9 et les considérants 34 et 35 du RGPD. L'article 4 du RGPD définit les données génétiques comme suit : '13) données génétiques' : les données à caractère personnel relatives aux caractéristiques génétiques héréditaires ou acquises d'une personne physique qui donnent des informations uniques sur la physiologie ou l'état de santé de cette personne physique et qui résultent, notamment, d'une analyse d'un échantillon biologique de la personne physique en question.

³ Note de bas de page n° 1 de l'avis cité : Note de bas de page 1 de l'avis cité : Voir à cet égard le Premier contrat de gestion de l'Office de la Naissance et de l'Enfance 2003-2005, *Moniteur belge* du 19 avril 2004.

⁴ Avis n° 56.863/2 donné le 23 décembre 2014 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 28 janvier 2015 'modifiant l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 9 juin 2004 portant réforme des consultations pour enfants', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/56863.pdf>.

Avant tout autre examen, l'Autorité constate que les traitements de données à caractère personnel effectués dans le cadre du projet d'arrêté d'exécution manquent d'une base légale. Ils prennent appui sur l'article 2, § 2, 8° du Décret du 17 juillet 2002 portant réforme de la Naissance et de l'Enfance. Si cette disposition fait mention de la compétence de l'ONE en matière de 'programmes de médecines préventives', elle ne prévoit pas les traitements de données envisagés ni leurs finalités et ne constitue donc pas une base légale valable justifiant les traitements de données envisagés dans le cadre du projet d'arrêté ».

Il résulte de l'article 22 de la Constitution et du principe de légalité qu'il consacre que les éléments essentiels d'un dispositif relatif au traitement de données à caractère personnel doivent être fixés dans la norme législative elle-même, à savoir les finalités du traitement, ainsi que les cas et conditions dans lesquels des données à caractère personnel sont traitées.

En réponse à l'avis de l'Autorité de protection des données, la « Note rectificative au Gouvernement de la Fédération Wallonie-Bruxelles » du 20 novembre 2019 figurant dans le dossier transmis à la section de législation précise :

« Un projet de décret est prévu qui intégrera cette nécessité pour l'ensemble des missions ONE requérant un traitement de données à caractère personnel, et pas uniquement pour ce programme de médecine préventive ».

Il s'ensuit que les dispositions du projet organisant les traitements de données à caractère personnel ne peuvent être adoptées en l'absence d'un dispositif légal encadrant ce traitement dans le respect des exigences de l'article 22 de la Constitution.

4. En conclusion, il revient au législateur décréteur d'adopter une base légale qui permette de fonder les dispositions de l'arrêté en projet qui ne peuvent s'appuyer sur les articles 2, § 2, 8°, et 3 du décret ONE, et ce, plus particulièrement en ce qui concerne les articles 15 à 18 du projet, dans le respect du principe de légalité énoncé par l'article 22 de la Constitution.

Il veillera, par la même occasion, à adapter en conséquence le décret du 14 juillet 1997.

Compte tenu de ce que le projet forme un ensemble dont les différents chapitres qui le composent sont interdépendants notamment au regard du rôle central accordé à l'ONE, la section de législation n'en poursuivra pas plus avant l'examen.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Charles-Henri VAN HOVE

Martine BAGUET