



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 68.621/2
du 27 janvier 2021

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française 'déterminant les catégories de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement au regard des finalités des espaces numériques et définissant les catégories de données à transmettre par les services du Gouvernement aux écoles en application des articles 6 et 11 du décret du 25 avril 2019 [relatif à] la gouvernance numérique du système scolaire et à la transmission des données numériques dans l'enseignement obligatoire'

Le 4 janvier 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Éducation 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 'déterminant les catégories de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement au regard des finalités des espaces numériques et définissant les catégories de données à transmettre par les services du Gouvernement aux écoles en application des articles 6 et 11 du décret du 25 avril 2019 portant sur la gouvernance numérique du système scolaire et à la transmission des données numériques dans l'enseignement obligatoire'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 27 janvier 2021. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK, assesseur, et Béatrice DRAPIER, greffier.

Le rapport a été présenté par Véronique SCHMITZ, auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 27 janvier 2021.

*

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.

FONDEMENTS JURIDIQUES

L'arrêté en projet vise, au titre de fondements juridiques, les articles 6, § 1^{er}, et 11, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 25 avril 2019 'relatif à la gouvernance numérique du système scolaire et à la transmission des données numériques dans l'enseignement obligatoire'.

L'article 6, § 1^{er}, fait partie du chapitre III (« Des espaces numériques »). Il dispose comme suit :

« Le Gouvernement fixe par arrêté la liste des données ou des catégories de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement en application d'une disposition légale, décrétales ou réglementaire et qui sont nécessaires au regard des finalités des espaces numériques visés à l'article 4.

Le Gouvernement identifie les bases de données à caractère personnel créées en application de dispositions décrétales ou réglementaires au sein de ses services et/ou au sein de l'ETNIC en sa qualité de sous-traitant qui sont nécessaires à l'exploitation des espaces numériques en précisant pour quel espace numérique elles sont nécessaires ».

L'article 11, § 1^{er}, placé dans le chapitre IV du décret, qui concerne la « transmission de données numériques par les services du Gouvernement vers les écoles », est rédigé de la manière suivante :

« Les données ou catégories de données anonymisées ou à caractère personnel nécessaires à l'exécution des dispositions légales, décrétales ou réglementaires sont transmises par les services du Gouvernement aux écoles organisées ou subventionnées au moyen de l'espace numérique visé à l'article 4, § 1^{er}, 1°, pour autant qu'un service numérique soit disponible.

Le Gouvernement fixe par arrêté la liste des données ou des catégories de données visées au paragraphe 1^{er} à transmettre par les services du Gouvernement aux écoles ».

Dans les documents parlementaires relatifs au décret précité, on peut lire notamment ce qui suit :

« La section de législation du Conseil d'État a remis son avis 65.450/2 sur le présent projet de décret en date du 18 mars 2019. Dans une première observation générale, la section de législation relève que 'de deux choses l'une :

– ou bien le projet se borne à organiser les systèmes électroniques de traitements de données à caractère personnel, traitements qui sont déjà prévus par des dispositions légales ou décrétales en matière d'enseignement ou rendus nécessaires par l'exécution de celles-ci : dans cette hypothèse, l'exigence de légalité formelle imposée par l'article 22 de la Constitution ne s'oppose pas à ce que le législateur habilite le Gouvernement à déterminer lesquelles de ces données et de ces traitements font l'objet de l'organisation des espaces numérisés prévus par le projet ;

– ou bien, si l'intention de l'auteur de l'avant-projet est de permettre d'autres traitements de données à caractère personnel que ceux qui sont déjà rendus nécessaires par l'exécution de textes légaux ou décrets existants, il convient alors que l'avant-projet définisse lui-même les éléments essentiels des traitements à caractère personnels qui pourront être effectués au moyen des espaces numériques définis à l'article 4'.

Le présent projet de décret vise bien la première hypothèse énoncée par la section de législation.

Afin de lever toute ambiguïté, l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, a été revu afin de bien préciser que 'Le Gouvernement fixe par arrêté la liste des données ou des catégories de données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement en application d'une disposition légale, décrétales ou réglementaire et qui sont nécessaires au regard des finalités des espaces numériques visés à l'article 4' »¹.

C'est dans ce cadre qu'il y a lieu d'examiner la mise en œuvre des habilitations contenues dans les articles 6, § 1^{er}, et 11, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 25 avril 2019.

OBSERVATION GÉNÉRALE

Le décret du 25 avril 2019 contient de nombreuses habilitations mais seules deux d'entre elles sont mises en œuvre en l'espèce.

Il est rappelé qu'en application de l'article 20 de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles',

« [l]e Gouvernement fait les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des décrets, sans pouvoir jamais ni suspendre les décrets eux-mêmes, ni dispenser de leur exécution ».

À ce sujet, on peut lire ce qui suit dans le rapport au Gouvernement :

« Le décret renvoie à d'autres habilitations du gouvernement en vue de préciser les modalités de son exécution. Ces dernières feront l'objet de projets ultérieurs d'arrêté du Gouvernement de la Communauté française et portent :

– en vertu de l'article 13, § 2, sur les cas où peuvent être communiquées à des tiers, les données communiquées à chaque Fédération de pouvoirs organisateurs et au pouvoir organisateur de l'enseignement organisé par la Communauté française, portant sur les informations nécessaires au soutien et à l'accompagnement du pilotage et

¹ *Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2018-2019, n° 810/1, p. 7.

servant exclusivement au suivi et à l'analyse de la qualité de l'enseignement dispensé dans les écoles relevant des pouvoirs organisateurs affiliés ou conventionnés à la Fédération de pouvoirs organisateurs ou relevant du pouvoir organisateur de l'enseignement organisé par la Communauté française ;

– en vertu de l'article 14, sur la transmission de données par les services du Gouvernement vers les instances Bassins EFE existantes lorsque la communication de ces données numériques est nécessaire à l'exécution de leurs missions ».

On peut également citer l'habilitation au Gouvernement contenue dans l'article 10, § 2, du décret du 25 avril 2019, qui concerne la transmission de données numériques par les écoles et les centres PMS vers les services du Gouvernement.

Non seulement il aurait été plus cohérent de mettre en œuvre ces habilitations dans un même texte mais surtout il appartient au Gouvernement d'exécuter l'ensemble des habilitations contenues dans le décret précité.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. La loi du 30 juillet 2018 'relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel' est citée à l'alinéa 1^{er}.

Celle-ci fait partie du cadre juridique du projet. Elle sera dès lors soit omise soit rédigée sous la forme d'un considérant placé après les visas ².

2. À l'alinéa 2, il y a lieu de remplacer les mots « portant sur » par les mots « relatif à » afin de viser l'intitulé exact du décret du 25 avril 2019. La même observation vaut pour l'intitulé du projet.

3. Les formalités préalables obligatoires doivent être visées au préambule dans l'ordre chronologique dans lequel elles ont été accomplies ³.

À ce sujet, les formalités visées aux alinéas 4 à 6 ont été respectivement accomplies les 28 octobre 2020, 17 septembre 2020 et 31 août 2020.

Par ailleurs, le visa de la formalité préalable visée à l'alinéa 4 doit être rédigé conformément au fait qu'elle a été accomplie au sein du Comité de négociation entre le Gouvernement de la Communauté française, Wallonie-Bruxelles Enseignement et les fédérations de pouvoirs organisateurs en application de l'article 1.6.5-6, alinéa 2, du Code de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire.

² *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.conseildetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 40.

³ *Ibidem*, recommandation n° 34, b).

Les alinéas 3 à 7 seront revus en conséquence.

DISPOSITIF

Article 1^{er}

1. À la fin du 1^o, il y a lieu d'ajouter le mot « obligatoire ».
2. Les définitions prévues aux 4^o et 7^o, correspondent à celles contenues dans l'article 1^{er}, § 2, 3^o et 10^o, du décret du 25 avril 2019.

En principe, il ne faut pas les rappeler dans un arrêté, tel que l'arrêté en projet, qui tend à porter exécution à ce décret. Si l'auteur du texte souhaite les maintenir dans un souci de lisibilité, il doit les rédiger en renvoyant aux articles précités du décret.

Les 4^o et 7^o seront soit omis soit revus en conséquence.

3. Au même titre que le sont les notions d'« identification » et d'« authentification », il s'indiquerait de définir également les notions de « communication » et de « navigation », dont il est question notamment à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, 2^o et 3^o, du projet afin d'éviter toute ambiguïté quant à leur portée, compte tenu de ce qu'en dépend la liste des données qui peuvent faire l'objet d'un traitement, conformément au paragraphe 2, alinéas 2 et 3, de la même disposition.

Article 2

1. À l'alinéa 1^{er} du paragraphe 1^{er}, les mots « du décret gouvernance numérique » seront insérés entre les mots « l'article 4 » et le signe et les mots « , est relative ».

- 2.1. Les paragraphes 1^{er} et 2 contiennent la liste des catégories de données et des données pouvant être recueillies au sein des espaces numériques visés à l'article 4, § 1^{er}, du décret du 25 avril 2019 sans les différencier selon qu'elles concernent respectivement chacun de ces espaces.

Ainsi qu'il a été exposé dans l'observation préalable, il résulte des fondements juridiques du texte en projet, d'une part, que ces données doivent faire l'objet d'un traitement en application d'une disposition légale, décrétales ou réglementaire et, d'autre part, qu'elles doivent être nécessaires au regard des finalités des espaces numériques visés à l'article 4 du décret du 25 avril 2019 (article 2, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du projet).

Sur le premier point, le commentaire de l'article 2 sera utilement complété par l'énumération des dispositions légales, décrétales et réglementaires ayant abouti à la liste des

« données strictement relatives à l'identification et à l'authentification », des « données de communication » et des « données de navigation et de traçabilité » (article 2, § 2, du projet) ⁴.

Sur le second point, l'auteur du texte devra pouvoir justifier, pour chacune des catégories de données énoncées, pour quel motif il y a lieu de les retenir dans la liste de l'article 2, § 2, non seulement en raison des dispositions légales, décrétales et réglementaires sur lesquelles il se base mais aussi dans quelle mesure il assure ainsi le respect de la condition de nécessité au regard des finalités des espaces numériques, ainsi que la prise en considération du principe de minimisation énoncé par l'article 5, paragraphe 1, c), du règlement (UE) n° 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 »).

À cet égard, il est rappelé qu'outre les finalités générales décrites à l'article 4, § 2, du décret du 25 avril 2019, des finalités particulières sont décrites aux paragraphes 3 à 5 de la même disposition selon que l'espace numérique dont il est question est destiné aux écoles (§ 3), aux fédérations de pouvoirs organisateurs et à WBE (§ 4) ou encore aux membres du personnel de l'enseignement (§ 5).

Or l'habilitation contenue à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret, que tend à exécuter l'article 2 en projet, précise que le Gouvernement arrête la liste des données qui font l'objet d'un traitement au regard de ces finalités.

Dès lors, sur la base de la double démarche dont il est question ci-dessus, à savoir l'énumération des textes pertinents et l'analyse de la nécessité du traitement des catégories de données à énumérer, il appartiendra à l'auteur du projet de différencier et de préciser dans le dispositif les listes de catégories de données pouvant être traitées selon qu'elles concernent respectivement chacun des trois espaces numériques visés à l'article 4 du décret du 25 avril 2019 en fonction notamment des finalités en cause. Pour chacun de ces trois espaces numériques, le texte déterminera alors, en les différenciant selon les finalités spécifiques aux ensembles de bases de données relevant respectivement de ces trois espaces numériques, les catégories de données relevant respectivement des trois sous-catégories actuellement énoncées à l'article 2, § 1^{er}, alinéa 2, du projet (données relatives à l'identification et à l'authentification, données relatives à la communication et données relatives à la navigation et à la traçabilité). Le projet est en effet actuellement déficient en ce qu'il conçoit de manière identique l'énumération des catégories de données pouvant être traitées au sein des trois espaces numériques sans tenir compte de leur spécificité et des différences de finalités qui sont assignées aux bases de données destinées à relever respectivement de chacun de ces « espaces ».

⁴ Les catégories de données pour lesquelles le commentaire n'est pas en mesure d'être complété par référence à la disposition qui permet leur traitement doivent être omises du dispositif.

2.2. Les questions suivantes se posent en tout cas et de manière plus particulière au sujet des données relatives à l'identification et à l'authentification (1°) et des données relatives à la navigation et à la traçabilité (2°).

1° Sur les données relatives à l'identification et à l'authentification (article 2, §§ 1^{er}, alinéa 2, 1°, et 2, alinéa 1^{er}, du projet), l'Autorité de protection des données a formulé notamment les observations suivantes :

« En vertu du principe de minimisation, seules les données pertinentes et strictement nécessaires pour cette finalité peuvent être traitées. À cet égard, les données 'nationalité', 'état civil', 'lieu et pays de naissance' apparaissent disproportionnées étant donné que les autres données d'identification identifient à suffisance la personne concernée. Concernant l'adresse de résidence principale, l'Autorité imagine qu'elle est traitée aux fins de prise de contact éventuelle par courrier ordinaire pour la communication des informations nécessaires sur l'utilisation des espaces numériques pour les usagers qui n'ont pas d'adresse de courrier électronique. Cela semble justifié dans cette hypothèse mais l'Autorité s'interroge sur la nécessité de cette donnée 'adresse privée' dans d'autres hypothèses. Quant aux données 'numéro de matricule' et 'numéro de dossier unique', elles feront l'objet d'une définition dans le projet d'Arrêté ou seront définies par référence à la définition légale de ces concepts qui existerait déjà en l'état actuel du droit positif »⁵.

Par ailleurs, sous cette réserve, il y a lieu de définir dans le dispositif les notions de « numéro de matricule », de « numéro de dossier unique », de « lien organisationnel » et de « permissions ».

2° sur les données relatives à la navigation et à la traçabilité (article 2, §§ 1^{er}, alinéa 2, 3°, et 2, alinéa 3, du projet), l'Autorité de protection des données a exposé ce qui suit :

« Quant aux données 'informations collectées via les cookies', au vu des informations complémentaires, il semble qu'il s'agisse d'informations nécessaires à l'évaluation de l'audience des espaces numériques récoltées à l'aide de cookies analytiques de première partie. Il convient de le clarifier dans le projet d'Arrêté [...] »⁶.

L'auteur du texte doit expliquer, dans l'article 2, § 2, alinéa 3, quelles sont précisément ces informations collectées via les cookies.

3. Il devrait résulter des suites qui seront réservées à l'observation n° 2 formulée ci-dessus que l'énoncé des catégories de données à l'article 2 devrait rencontrer les exigences de nécessité et de minimisation tirées du texte procurant le fondement décretal à cette disposition, lu à la lumière notamment du RGPD.

⁵ Avis n° 108/2020 du 5 novembre 2020 de l'autorité de protection des données, point 17.

⁶ Avis n° 108/2020 du 5 novembre 2020 de l'autorité de protection des données, point 24.

Il n'est donc pas certain que le paragraphe 3 de l'article 2 présente encore une utilité s'il tend également à contribuer au respect des principes de nécessité et de minimisation.

S'il était néanmoins maintenu, l'auteur du projet devrait s'en expliquer dans le rapport au Gouvernement et l'articulation du paragraphe 3 avec les dispositions précédentes de l'article 2 devrait être assurée. Il conviendrait alors, en tout état de cause, d'en clarifier le texte. La portée des mots « au cas par cas », figurant dans la deuxième phrase du même paragraphe 3, alinéa 1^{er}, n'apparaît en effet pas suffisamment. Ils ne permettent pas de déterminer à quel stade du recueil et de l'enregistrement des données dont les catégories sont énoncées au paragraphe 2 se fera la sélection envisagée par le texte.

À cette occasion, dès lors que cette sélection devrait nécessairement se faire sur la base de critères généraux, revêtant donc un caractère réglementaire, il conviendra de désigner le ministre compétent, et non l'administration (« le Ministère de la Communauté française ») comme dans la phrase à l'examen, pour énoncer ces critères.

4. L'article 2, § 4, porte sur la durée de conservation des données.

Une telle disposition doit répondre aux exigences du RGPD, en particulier à ses articles 5, paragraphe 1, e), et 89.

Sur ce point, l'avis n° 108/2020 de l'Autorité de protection des données a exposé ce qui suit :

« 27. L'Autorité attire l'attention de la Ministre compétente sur le fait que la durée de conservation des données à caractère personnel collectées à des fins de réalisation de statistiques pour l'amélioration des performances des espaces numériques devra par nature être plus courte que la durée de conservation des données nécessaires à des fins de la gestion de la sécurisation du système.

28. Quant aux données nécessaires à l'identification des usagers des espaces numériques et à la gestion de leur authentification et de leur autorisation d'accès aux espaces numériques, leur durée de conservation devra être équivalente à la durée pendant laquelle leur compte reste actif. Des procédures adéquates devront être mises en place pour éviter que des comptes soient encore actifs alors que les personnes titulaires desdits comptes ne sont plus en fonction ou ne représentent plus les organismes qu'elles doivent représenter pour avoir accès aux espaces numériques ».

Il ressort également du considérant 39 du préambule du RGPD qu'il y a lieu « de garantir que la durée de conservation des données soit limitée au strict minimum » et qu'« afin de garantir que les données ne sont pas conservées plus longtemps que nécessaire, des délais devraient être fixés par le responsable du traitement pour leur effacement ou pour un examen périodique ».

Le rapport au Gouvernement sera complété pour justifier chacun des délais retenus à la lumière de la présente observation.

Article 3

L'article 3, 1^o, paraît devoir être mis en rapport avec l'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 25 avril 2019, aux termes duquel

« [l]e Gouvernement identifie les bases de données à caractère personnel créées en application de dispositions décrétales ou réglementaires au sein de ses services et/ou au sein de l'ETNIC en sa qualité de sous-traitant qui sont nécessaires à l'exploitation des espaces numériques en précisant pour quel espace numérique elles sont nécessaires ».

La disposition à l'examen ne procure pas d'exécution à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, du décret puisque, loin d'« identifier » les bases de données évoquées par celui-ci, elle se borne, en son 1^o, à le reproduire en substance.

Le commentaire de l'article 3 du projet s'en explique dans les termes suivants :

« Le choix de ne pas citer nominativement les bases de données dans le projet d'arrêté résulte du caractère évolutif des espaces numériques et du besoin de disposer d'une formulation de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française qui rende possible l'absorption de l'évolution des espaces numériques ».

Il n'en demeure pas moins que l'habilitation décrétales resterait inexécutée en l'état.

La préoccupation de l'auteur du projet de tenir compte « du caractère évolutif des espaces numériques » pourrait être rencontrée en complétant l'énoncé, à rédiger, de la liste des actuelles bases de données par une habilitation au ministre lui permettant de l'adapter en fonction de cette évolution future, ce qui lui permettrait par exemple, s'il y a lieu, d'en supprimer, d'en ajouter ou d'en modifier les dénominations.

Dans l'énumération des bases de données qui figureront dans la liste en question, l'auteur du projet veillera, conformément à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 2, *in fine*, du décret du 25 avril 2019, à chaque fois « précis[er] pour quel espace numérique elles sont nécessaires ».

Article 4

1. L'article 4 du projet, qui tend à exécuter l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 25 avril 2019, donne lieu à la même critique que celle formulée sur l'article 2 (observation n^o 2).

L'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, point 1, du projet renvoie aux « catégories de données à caractère personnel mentionnées à l'article 2 ».

Compte tenu de ce que l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, du décret du 25 avril 2019 contient une habilitation particulière au Gouvernement concernant la transmission des données numériques par les services du Gouvernement vers les écoles, habilitation distincte

de celle contenue à l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret, l'auteur du projet sera attentif, par le renvoi fait vers l'article 2 du projet, qui exécute cette dernière disposition décréte, au caractère strictement nécessaire des catégories de données à énumérer à l'article 4 du projet au regard des finalités pouvant être poursuivies au regard de l'article 11, § 1^{er}, du décret. En effet, comme il résulte de l'observation n° 2 formulée sous l'article 2, celui-ci, qui exécute l'article 6, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, du décret, devrait énumérer des catégories de données par hypothèse plus larges que celles résultant de l'exécution de l'article 11, § 1^{er}, du décret puisqu'elles comprennent toutes les données traitées dans l'espace numérique destiné aux écoles.

2. Les données et variables énumérées à l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, points 2 à 6, reproduisent les cinq indicateurs de l'article 3, alinéa 1^{er}, de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté française du 24 octobre 2018 'fixant les modalités d'élaboration des plans de pilotage et de conclusion des contrats d'objectifs des écoles en application des articles 1.5.2-1 à 1.5.2-5 du Code de l'enseignement fondamental et de l'enseignement secondaire' ⁷.

Par contre, le point 7 de l'article 4, § 1^{er}, alinéa 2, du projet (« toute autre information en application de dispositions légales ou décréteales en matière d'enseignement ou d'autres dispositions légales ou décréteales nécessaires pour l'exécution de ces dispositions ») est trop vague.

Il convient donc de l'omettre étant donné qu'il n'assure pas la prévisibilité de la communication des informations qu'il vise ⁸.

3. Le paragraphe 2 précise que

« [l]es données visées à l'article 4, § 1^[er], alinéa 2, 2° à 6°[,] ne constituent pas des données à caractère personnel au sens du RGPD ».

De deux choses l'une. Soit l'intention est de qualifier ces données comme n'étant pas des données à caractère personnel parce qu'elles n'ont effectivement pas cette nature ; dans ce cas, la disposition n'a pas de portée normative. Soit l'intention est de soustraire cette catégorie de données à l'application du RGPD alors qu'elles constitueraient effectivement des données à caractère personnel, ce que le Gouvernement ne peut s'autoriser à faire.

⁷ Il y a lieu de reproduire ce nouvel intitulé dans le commentaire de l'article 4.

⁸ En ce sens, voir l'avis n° 108/2020 du 5 novembre 2020 de l'autorité de protection des données, point 34.

Quelle que soit l'hypothèse envisagée, la disposition sera omise pour les motifs exposés.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Béatrice DRAPIER

Pierre VANDERNOOT