



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 187/2021 du 12 octobre 2021

Objet : Demande d'avis concernant un avant-projet de Décret relatif à l'usage du Covid Safe ticket et à l'obligation du port du masque (CO-A-2021-221)

Le Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données (ci-après « l'Autorité »),
Présent.e.s : Mesdames Marie-Hélène Descamps et Alexandra Jaspar et Messieurs Yves-Alexandre de Montjoye et Bart Preneel ;

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 Ministre-Président wallon, Elio Di Rupo, reçue le 4 octobre 2021 ;

Vu l'extrême urgence invoquée par le demandeur d'avis ;

Vu le rapport d'Alexandra Jaspar ;

émet, le 12 octobre 2021, l'avis suivant :

I. OBJET ET CONTEXTE DE LA DEMANDE D'AVIS

1. Le Ministre-Président wallon a sollicité, le 4 octobre 2021, l'avis de l'Autorité concernant **un avant-projet de Décret relatif à l'usage du Covid Safe ticket et à l'obligation du port du masque** (ci-après « l'avant-projet » ou « l'avant-projet de décret »).
2. Pour rappel, 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 ») a été modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021 afin :
 - (1) d'étendre le champ d'application temporel du CST dans sa phase fédérale (le CST y est imposé pour les « évènements de masse » et les projets pilotes » jusqu'au 31 octobre 2021), et
 - (2) de permettre aux entités fédérées d'étendre le champ d'application temporel du CST au-delà de la phase fédérale (pour les « évènements de masse » et les « projets pilotes ») et d'étendre son champ d'application matériel au-delà des « évènements de masse » et des « projets pilotes ».
3. L'avant-projet de décret entend, notamment, faire usage de la possibilité donnée par l'accord de coopération du 14 juillet 2021 aux entités fédérées de **prévoir des modalités spécifiques pour l'usage du CST**. Ainsi, l'avant-projet :
 - Donne une **définition** plus stricte de la notion d'« évènements de masse » et de « **projets pilotes** » (article 2 de l'avant-projet)
 - Impose l'utilisation du CST **pour accéder aux « évènements de masse » et aux « projets pilotes » après la fin de la phase fédérale** (du 31 octobre 2021 au 31 janvier 2022) (articles 5 et 10 de l'avant-projet)
 - Impose, jusqu'au 31 janvier 2022, l'usage du CST **pour accéder aux évènements et établissements suivants** : les établissements de l'Horeca ; les dancings et discothèques ; les centres de sport et de fitness ; les foires commerciales et congrès ; les établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif ; les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables (articles 5 et 10 de l'avant-projet).
4. L'Autorité rappelle **qu'elle s'est déjà prononcée, dans son avis n° 124/2021** du 12 juillet 2021, sur les projets qui sont devenus les accords de coopération du 14 juillet 2021 (l'accord de coopération de rang législatif et son accord de coopération d'exécution). **Dans son avis n° 163/2021** du 23 septembre 2021, l'Autorité s'est prononcée sur les avant-projets d'accords de coopération modificatifs qui visent à étendre le champ d'application temporel et matériel du CST et à permettre aux entités

féderées d'y avoir recours. Dans son **avis n° 164/2021** du 28 septembre 2021, l'Autorité s'est prononcée sur l'avant-projet d'ordonnance relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière et dans son **avis n° 170/2021**, l'Autorité s'est prononcée sur un avant-projet d'arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune portant exécution de l'ordonnance relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière. **L'Autorité renvoie à ces différents avis** pour les aspects qui ne sont pas couverts par le présent avis.

5. L'Autorité souligne que le présent avis a été émis en extrême urgence, uniquement sur la base des informations dont elle dispose et sous réserve d'éventuelles considérations futures.

II. EXAMEN DE LA DEMANDE D'AVIS

6. Comme l'Autorité a déjà eu l'occasion de le souligner dans ses avis précédents, le fait pour toute personne de devoir prouver, à travers la **présentation du CST**, soit qu'elle a été vaccinée, soit qu'elle vient de réaliser un test qui s'est révélé négatif, soit qu'elle s'est rétablie du Covid-19 pour pouvoir accéder à des lieux et activités de la vie courante, **constitue une ingérence particulièrement importante dans le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel**. Ces droits ne sont toutefois pas absolus et peuvent être limités si cela s'avère nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un objectif d'intérêt général, c'est-à-dire qu'il faut démontrer que le recours au CST est une mesure pertinente, nécessaire et proportionnée à l'objectif qui est poursuivi. À ce propos, l'Autorité renvoie aux observations qu'elle a faites dans ses avis n° 124/2021, n° 163/2021, n° 164/2021 et n° 170/2021.

❖ Quant à l'objectif poursuivi par l'usage du CST et à la finalité des traitements de données qui ont lieu dans ce cadre

7. Conformément à l'article 5.1.b) du RGPD, un traitement de données à caractère personnel ne peut être réalisé que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes. En outre, comme l'Autorité l'a rappelé dans ses avis n° 163/2021 et 164/2021, l'article 6.3 du RGPD impose que **la finalité** des traitements de données nécessaires au respect d'une obligation légale, comme c'est le cas pour les traitements de données réalisés dans le cadre de l'usage du CST, soit définie de **manière déterminée et exhaustive** dans la norme qui impose cette obligation légale.
8. L'Autorité constate que les auteurs de l'avant-projet de décret ont cherché à se conformer à cette exigence en inscrivant dans le dispositif de l'avant-projet (article 4) que l'usage du CST « *vise prioritairement à réduire la pression sur le système des soins de santé afin d'éviter que la crise sanitaire n'entraîne des conséquences néfastes sur les soins de santé et sur l'état de santé générale de la* »

population ». L'Autorité relève **que l'usage du mot « prioritairement » laisse sous-entendre** que les traitements de données réalisés dans le cadre de l'usage du CST **pourraient aussi poursuivre (de manière « secondaire ») une autre finalité** que celle reprise de manière explicite dans le dispositif. Cette approche n'est **pas conforme au RGPD**. Le mot « prioritairement » sera **dès lors supprimé** de l'article 4 de l'avant-projet.

❖ **Quant à la nécessité et à la proportionnalité de l'utilisation du CST sur le territoire de la région de langue française**

9. Les articles 13bis et 13ter de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, tel qu'il a été modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021, permettent aux entités fédérées d'imposer le CST « *sur tout ou partie du territoire pour lequel elles sont compétentes* » « *si les conditions épidémiologiques locales l'exigent* » et « *en respectant et justifiant le principe de proportionnalité* ». Ces dispositions de l'accord de coopération prévoient également que « *les conditions épidémiologiques locales [...] seront évaluées par le Risk Assessment Group (RAG)* » qui est tenu de rendre un avis, lequel est non contraignant, dans un délai de cinq jours ouvrables à compter de la réception de la demande d'avis.
10. L'Autorité rappelle que les exigences de **nécessité** et de **proportionnalité** requièrent de **limiter l'usage du CST** à ce qui est **strictement nécessaire** – y compris d'un point de vue territorial – **pour atteindre l'objectif** poursuivi. Dans cette perspective, comme l'Autorité l'a déjà souligné dans ses avis n° 163/2021 et 164/2021, **l'évaluation de la situation épidémiologique doit être réalisée au regard de l'objectif du CST**, à savoir éviter qu'une circulation soutenue du virus Sars-Cov2 mène à une saturation (ou à une surcharge grave) du système hospitalier.
11. À ce propos, l'Autorité constate que le RAG a émis un rapport sur l'utilisation du CST en région wallonne dans lequel il indique que « *Sur base de l'évaluation épidémiologique en date du 29 septembre 2021, et référant vers l'avis générique du RAG sur l'utilisation du CST (en Annexe), le RAG recommande d'envisager l'utilisation du CST dans les secteurs prévus dans l'accord de coopération [...] dans la province de Liège, qui a un niveau d'alerte 3. Pour les autres provinces (qui ont un niveau d'alerte 2), le CST est recommandé pour les évènements. Pour toutes les provinces, le RAG estime que l'utilisation du CST doit être obligatoire pour les dancings et les discothèques* ». Dans son avis générique sur l'utilisation du CST du 29 septembre 2021, le RAG a souligné que « *Pour l'application ou la non-application d'un CST, il semble aussi préférable d'harmoniser les mesures au niveau provincial. Le niveau de la région Flandre ou Wallonie est trop grand (possibilité de différences importantes entre les provinces), et le niveau communal est trop petit (les gens iront dans la ou les communes voisines où aucun CST n'est utilisé)* ».

12. À la lumière de ce rapport du RAG, **l'Autorité s'interroge sur la nécessité et la proportionnalité du choix fait par les auteurs de l'avant-projet de décret d'imposer l'utilisation du CST sur l'ensemble du territoire de la région de langue française.** Certes, l'avis du RAG est non-contraignant et le Parlement wallon peut formellement s'en écarter, mais il reste tenu, conformément aux articles 13bis et 13ter de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, par l'obligation de démontrer que la situation épidémiologique locale exige le recours au CST. Or l'Exposé des motifs n'apporte pas une telle démonstration et ne justifie pas pourquoi le législateur estime nécessaire d'aller au-delà des recommandations du RAG. Si le législateur entend imposer l'utilisation du CST dans les provinces du Hainaut, du Brabant wallon, de Namur et de Luxembourg, c'est-à-dire au-delà de ce qui est recommandé par le RAG, **il devra apporter une justification factuelle et rigoureuse explicitant pourquoi la situation épidémiologique l'exige.** Cette justification doit, en tout état de cause, **respecter les principes de nécessité et de proportionnalité** et être en ligne avec le fait que **le CST ne peut être utilisé que pour atteindre sa finalité**, à savoir – pour rappel – éviter une surcharge hospitalière. L'Autorité souligne, à cet égard, que **la « simplicité » de la règle** ne constitue **pas une justification suffisante** pour imposer un recours généralisé au CST, étant donné qu'une telle mesure constitue une ingérence particulièrement importante dans l'exercice des droits et libertés.
13. Par ailleurs, il est prévu que l'utilisation élargie du CST sur le territoire de la région de langue française soit imposée entre le jour de la publication du décret au Moniteur belge jusqu'au 31 janvier 2021. L'avant-projet de décret indique toutefois qu'*« avant le 31 décembre 2021 [lire : 31 janvier 2022 ?], le Gouvernement peut anticipativement, selon les modalités fixées par lui, mettre fin aux effets du présent décret par arrêté »*. Le commentaire des articles précise que cette disposition vise à habiliter le *« Gouvernement à mettre anticipativement fin, selon les modalités fixées par lui, – en tout ou en partie - aux effets du présent décret s'il devait apparaître, avant le 31 janvier 2022, que la situation sanitaire s'améliore de telle sorte que le COVID Safe Ticket et/ou que le port du masque ne sont plus absolument nécessaires »*. L'Autorité rappelle qu'une mesure aussi intrusive dans les droits et libertés des personnes concernées n'est admissible que si elle s'avère strictement nécessaire et proportionnée pour éviter qu'une circulation soutenue du virus Sars-Cov2 mène à une saturation (ou à une surcharge grave) du système hospitalier. Dans cette perspective, l'Autorité estime que **l'avant-projet de décret doit imposer au Gouvernement de réévaluer, au moins mensuellement, la nécessité et la proportionnalité du maintien de l'obligation d'utilisation (élargie) du CST au regard de l'évolution de la situation épidémiologique.** Comme l'Autorité l'a souligné dans son avis n° 164/2021, une telle obligation de « monitoring » constitue, en effet, au vu des incertitudes actuelles et de l'évolution constante de la pandémie et des connaissances scientifiques, **une garantie adéquate et essentielle pour veiller à ce que l'ingérence dans le droit à la vie privée soit (et reste) strictement nécessaire et proportionnée au vu des circonstances.**

❖ **Concernant les évènements et les lieux pour lesquels l'avant-projet de décret impose un CST**

14. L'article 5 de l'avant-projet de décret entend imposer l'usage du CST pour les évènements et établissements suivants :
- 1° les évènements de masse ;
 - 2° les expériences et projets pilotes ;
 - 3° les établissements de l'Horeca ;
 - 4° les dancings et discothèques ;
 - 5° les centres de sport et fitness ;
 - 6° les foires commerciales et congrès ;
 - 7° les établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif ;
 - 8° les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables.
15. Tout d'abord, l'Autorité rappelle, comme elle l'a fait dans ses avis n° 163/2021 et 164/2021, que les entités fédérées doivent **respecter le principe de nécessité lorsqu'elles désignent les lieux et les événements pour lesquels elles imposent le recours au CST**. Pour rappel, une telle exigence implique que l'obligation de présenter un CST ne peut être imposée **que pour accéder aux lieux et événements** qui présentent effectivement **un risque important de transmission et/ou de super propagation** du virus **et** pour lesquels il apparaît que des **mesures alternatives moins attentatoires** au droit à la vie privée (comme celles qui sont reprises dans les protocoles en vigueur pour les secteurs concernés) **ne suffisent pas** pour diminuer la circulation du virus dans des proportions qui permettent de maintenir ces secteurs ouverts tout en évitant une surcharge hospitalière.
16. Comme elle l'a déjà soulevé dans son avis n° 164/2021, **l'Autorité doute de la nécessité de certains choix faits par les auteurs de l'avant-projet de décret**. En effet, dans le rapport du 31 août 2021, le GEMS indique, pour plusieurs lieux et événements, que des mesures alternatives moins attentatoires aux droits et libertés (en particulier le droit au respect de la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel) des personnes concernées (comme le port du masque, la ventilation¹ et le maintien des distances) peuvent effectivement suffire pour limiter le risque de transmission et/ou de super propagation². C'est le cas, par exemple, pour les évènements et les

¹ À ce propos, l'Autorité constate que l'arrêté ministériel du 28 octobre 2021, tel qu'il a été modifié le 27 septembre 2021, impose déjà aux organisateurs d'évènements et gestionnaires d'établissements des règles strictes en matière de ventilation pour les espaces clos.

² Contrairement à ce qu'avancent les auteurs de l'avant-projet de décret dans l'Exposé des motifs, les alternatives au CST ne se limitent pas à « *la fermeture [des secteurs] ou l'instauration de jauges très fortes [dans ces secteurs]* » (qui sont, effectivement, des mesures particulièrement attentatoires aux droits et libertés des citoyens et citoyennes). Comme le relève le GEMS dans son rapport du 31 août 2021, le maintien d'interventions non-pharmaceutiques, comme une ventilation suffisante, le maintien de distance et le port du masque, peuvent suffire, dans certains lieux et certaines circonstances, pour limiter la transmission et/ou la super-propagation du Sars-Cov-2. Dans ces conditions, l'affirmation faite dans l'Exposé des motifs selon laquelle « L'autorité n'aperçoit pas d'autres mesures moins attentatoires pour les droits et liberté qui permettraient d'atteindre

festivals qui se déroulent « en mode statique », pour les restaurants ou encore pour les cinémas, les théâtres et les musées³. L'Autorité doute dès lors de la nécessité de l'ingérence causée par le recours au CST dans de tels lieux puisque des mesures moins attentatoires doivent permettre, selon l'avis des experts du GEMS, d'atteindre l'objectif poursuivi. **L'avant-projet de décret devra donc être adapté sur ce point.**

17. Au-delà de cette première remarque fondamentale, l'Autorité a **plusieurs remarques plus ponctuelles** à formuler afin d'assurer la proportionnalité et la prévisibilité du dispositif.

✓ **Concernant la notion d'évènement de masse et d'expérience et projet pilote**

18. L'article 2, 5° de l'avant-projet de décret définit l'évènement de masse comme « *l'évènement non privé, accessible à un public de minimum 50 personnes quand il est organisé en intérieur ou pour un public de minimum 200 personnes quand il est organisé en extérieur, les collaborateurs et les organisateurs non compris, sous réserve de l'autorisation préalable de l'autorité locale compétente et du respect des modalités de l'accord de coopération applicable. Le nombre de personnes est évalué au regard du plus élevé des nombres, au regard de la capacité de l'espace concerné ou du nombre de personnes réellement invitées ou présentes* ».

19. L'article 2, 6° de de l'avant-projet de décret définit l'expérience et projet pilote comme « *l'activité non privée, présentant un certain degré de risque, organisé en intérieur et accessible à un public de minimum 50 personnes ou en extérieur pour un public de minimum 200 personnes, les collaborateurs et les organisateurs non compris, qui déroge aux mesures de police administrative visant à limiter la propagation du coronavirus COVID-19, qui contribue à la mise en pratique de modalités et de protocoles et qui constitue une expérience à visée de recherche afin d'acquérir des connaissances supplémentaires sur les modalités de sécurité et les risques de contamination dans le cas d'une activité similaire et où l'accès sera contrôlé par un COVID Safe Ticket ou par des mesures supplémentaires. Le nombre de personnes est évalué au regard du plus élevé des nombres au regard de la capacité de l'espace concerné ou du nombre de personnes réellement invitées ou présentes. L'activité ne sera qualifiée d'expérience ou de projet pilote que pour autant qu'elle aura été préalablement validée comme telle par le Commissariat Corona.* »

20. Ces deux définitions utilisent les mêmes critères pour quantifier le nombre de visiteurs, à savoir « *Le nombre de personnes est évalué au regard du plus élevé des nombres au regard de la capacité de*

l'objectif poursuivi » devrait être, à tout le moins, soutenue par une motivation plus détaillée pour établir la nécessité de l'utilisation du CST dans les lieux pour lesquels le GEMS considère que des mesures alternatives peuvent suffire pour atteindre l'objectif poursuivi par le CST.

³ Le GEMS ajoute « Cinemas, theatres and museums have safely reopened for a long time now (with no important clusters attached to it) »

l'espace concerné ou du nombre de personnes réellement invitées ou présentes ». L'Exposé des motifs indique à ce propos que « *pour éviter les discussions sur le comptage du nombre de personnes, il est précisé que ce nombre est déterminé sur la base du plus élevé des nombres suivants :*

- *La capacité théorique du lieu ;*
- *Le nombre de personnes invitées ;*
- *Le nombre de personnes présentes.*

Si l'un de ces nombre atteint la jauge de 50 ou 200 personnes, la jauge est réputée atteinte et l'évènement est un évènement de masse ou peut être qualifié de projet ou d'expérience pilote ».

21. L'Autorité **se demande si le critère de la « capacité théorique d'un lieu » n'est pas trop flou** pour assurer une prévisibilité suffisante à la définition de l'évènement de masse. Comment cette capacité théorique est-elle déterminée ? Si l'Autorité perçoit assez facilement comment la capacité théorique des salles de spectacles ou de cinéma est établie, il n'en est pas de même pour la « capacité théorique » d'un parc ou d'un autre lieu ouvert. En outre, **l'Autorité s'interroge sur la pertinence du critère concernant la « capacité théorique du lieu » au regard de la finalité de l'utilisation d'un CST** qui implique que celui-ci ne soit imposé que pour des lieux et évènements où la super-propagation du virus sont les plus probables. Or si un évènement rassemblant moins de 50 personnes (en intérieur) ou 200 personnes (en extérieur) se déroule dans un lieu dont la capacité théorique est supérieur à ces nombres, le maintien des distances y est grandement facilité ; ce qui diminue le risque de super-propagation du virus. Dans ces conditions, l'imposition d'un CST n'apparaît pas nécessaire. **Ce critère sera dès lors omis de la définition de l'évènement de masse et de l'expérience et projet pilote ou, à tout le moins, il y sera précisé qu'il ne pourra être utilisé que dans les cas où il n'existe aucune liste des invités ou des personnes présentes.**
22. En outre, afin d'assurer la clarté et la prévisibilité nécessaire, l'Autorité invite les auteurs de l'avant-projet **à reformuler la phrase qui identifie les critères pour quantifier le nombre de visiteurs afin qu'il n'y ait pas d'ambiguïté.** L'Autorité propose, par exemple, la formulation suivante : « *Le nombre de personnes est évalué au regard du plus élevé des deux nombres suivants : le nombre de personnes invitées ou le nombre de personnes réellement présentes* ».
23. L'Exposé des motifs précise encore que « *les manifestations ne sont pas considérées comme des évènements de masse au sens du présent projet de décret. Ces évènements sont, en effet, soumis à un autre contrôle administratif qui permet de mieux modaliser les mesures sanitaires adéquates* ». Cette exclusion ne ressort pas de manière explicite de la définition donnée à l'« évènement de masse » par l'avant-projet de décret. **Afin d'assurer la clarté et la prévisibilité requise, l'Autorité invite le demandeur à inscrire de manière plus explicite dans le dispositif de l'avant-projet que les manifestations sont exclues de la notion d'« évènements de masse ».** Par ailleurs, comme l'Autorité l'a déjà souligné dans son avis n° 164/2021, l'exclusion des manifestations du champ

d'application du CST participe à assurer la proportionnalité du dispositif, étant donné le caractère fondamental de la liberté de manifester.

✓ **Concernant les établissements de l'Horeca**

24. L'article 2, 7° de l'avant-projet de décret définit les établissements de l'Horeca comme « *tout lieu accessible au public, quelles que soient les conditions d'accès, dont l'activité principale et permanente consiste à préparer ou servir des repas et/ou des boissons pour consommation sur place, en particulier les établissements de restauration et les débits de boissons* ».
25. Le commentaire des articles indique que « *pour ce qui concerne les établissements de l'Horeca, il est précisé que ceci ne concerne pas les restaurants sociaux et les services relevant de l'aide alimentaire. Ceux-ci n'ont, en effet, qu'une vocation sociale et n'ont pas de finalité récréative, à la différence des établissements tels les restaurants, cafés ou bars* ». L'Autorité constate que cette exclusion, qui participe à assurer la proportionnalité de la mesure⁴, ne se retrouve pas dans le dispositif de l'avant-projet de décret. **L'avant-projet sera modifié afin d'y prévoir explicitement que le CST ne peut pas être utilisé pour règlementer l'accès aux restaurants sociaux et aux services relevant de l'aide alimentaire.** En outre, l'exigence de prévisibilité de la norme requiert **de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par « *restaurants sociaux et services relevant de l'aide alimentaire* ».**
26. L'Autorité constate que l'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit que le CST ne sera pas imposé « *dans les espaces extérieurs des établissements de l'Horeca* ». De même, l'Autorité relève que « *les personnes qui réalisent uniquement un achat en vue de l'emporter sans accéder à l'intérieur de l'établissement ou de l'événement* » ne sont pas considérées comme des « *visiteurs* » à qui l'obligation de présenter un CST peut être imposée (article 2, 13° de l'avant-projet de décret). Comme l'Autorité l'a déjà souligné dans son avis n° 164/2021, **ces exclusions participent à assurer la proportionnalité du CST.**

✓ **Concernant les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables**

27. L'article 2, 12° de l'avant-projet de décret définit les « établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables » comme « *hôpitaux et établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, en ce compris les centres de soins de jour, les centres de réhabilitation, les établissements pour personnes handicapées, les établissements psychiatriques ou les établissements*

⁴ Comme l'Autorité l'a déjà indiqué dans son avis n° 164/2021.

pour personnes souffrant de troubles mentaux »⁵. L'usage des termes « en ce compris » peut porter à confusion et laisser sous-entendre que les « les *centres de soins de jour, les centres de réhabilitation, les établissements pour personnes handicapées, les établissements psychiatriques ou les établissements pour personnes souffrant de troubles mentaux* » ne sont visés par la définition que s'ils concernent des personnes âgées. Tel est-il l'objectif des auteurs de l'avant-projet ? Pour assurer la prévisibilité des circonstances dans lesquelles le CST peut être utilisé, **la définition de la notion d'établissement de soins résidentiels pour personnes vulnérables sera revue afin de lever toute ambiguïté.**

28. L'Autorité relève que les « *personnes qui se rendent dans un établissement de soins résidentiels pour personnes vulnérables pour recevoir des soins, se présenter à une consultation ou qui participent ou sont impliquées dans la prestation de soins et qui, à ce titre, peuvent être identifiées par la direction ou l'organisation de ces établissements* » ne sont pas considérées comme des « *visiteurs* » à qui l'obligation de présenter un CST peut être imposée (article 2, 13° de l'avant-projet de décret). **Une telle exclusion du champ d'application personnel du CST participe à assurer la proportionnalité du dispositif.**
29. Le commentaire des articles ajoute qu'il est « *utile de préciser, dans un souci de clarté, que ne sont donc notamment pas considérés comme des visiteurs, les personnes suivantes : les visiteurs de résidents en fin de vie, en soins palliatifs ou présentant un syndrome de glissement, et ce sur base d'une appréciation du MCC / Médecin référent, ou du médecin traitant en concertation avec ceux-ci [...]; les livreurs, fournisseurs, techniciens venant pour un entretien, tout corps de métier n'entrant pas en contact avec les résidents ; [...] Les personnes ayant un stage. En ce compris un stage d'étude* ». Ces exclusions, qui participent pourtant à assurer la proportionnalité de l'ingérence causée par l'utilisation du CST dans les droits et libertés des personnes concernées, ne se retrouvent toutefois pas dans le dispositif de l'avant-projet de décret. **L'avant-projet sera modifié afin d'y prévoir explicitement que le CST ne peut pas être demandé à ces personnes qui ne sont pas considérées comme des « visiteurs » au sens de l'avant-projet de décret.**
30. En outre, l'Autorité se demande si **la proportionnalité de l'utilisation du CST** pour les visiteurs des hôpitaux et autres établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables ne requiert pas de **prévoir des exceptions à l'utilisation du CST pour les situations d'urgence**. À titre d'exemple, les proches d'un patient ou d'un résident hospitalisé en urgence doivent pouvoir, sans être tenu de présenter un CST, lui apporter les affaires nécessaires à son séjour et être présent pour lui fournir le support moral nécessaire pour faire face à une situation de crise imprévue.

⁵ L'Autorité souligne.

❖ **Concernant le recours « facultatif » / « optionnel » au CST**

31. L'article 5, alinéa 2, de l'avant-projet prévoit que « *Par dérogation à l'alinéa 1er, l'usage du COVID Safe Ticket n'est pas imposé :*
- 1° dans les foires commerciales et congrès et établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif rassemblant moins de 50 visiteurs simultanément ;*
- 2° dans les activités extérieures des centres sportifs et de fitness rassemblant moins de 200 personnes simultanément ;*
- 3° dans les espaces extérieurs des établissements de l'Horeca ».*
32. Dans le commentaire des articles, il est indiqué que « *Cette jauge [ndlr : de 50 personnes], par ailleurs, peut aussi mettre certains organisateurs dans une situation difficile quant à la protection de leurs visiteurs. Afin de ne pas contraindre ces organisateurs à arrêter leurs activités, faute de pouvoir adopter des mesures plus pertinentes, le décret autorise les organisateurs appartenant aux secteurs où la jauge de 50 personnes s'applique, à faire un usage volontaire du COVID Safe Ticket. Ceci signifie qu'il appartient à l'organisateur de choisir d'appliquer le COVID Safe Ticket. Il devra alors l'appliquer indistinctement à tous les visiteurs visés par les mesures. Le caractère volontaire ne concerne pas le visiteur lui-même, qui est tenu de respecter les règles propres à l'établissement ou à l'événement concerné* ».
33. L'intention des auteurs de l'avant-projet de décret est donc de permettre aux organisateurs de foires commerciales et de congrès rassemblant moins de 50 visiteurs et aux gestionnaires d'établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif rassemblant moins de 50 visiteurs d'avoir recours au CST, alors que cela ne leur est pas imposé par une obligation légale. L'Autorité a **plusieurs remarques** à formuler à ce propos.
34. Tout d'abord, l'intention des auteurs de l'avant-projet de décret de permettre aux organisateurs et gestionnaires d'utiliser le CST alors qu'ils n'y sont pas obligés ne ressort pas du dispositif de l'avant-projet de décret.
35. Ensuite, et plus fondamentalement, l'Autorité réitère ce qu'elle a déjà exposé dans ses avis n° 163/2021 et 164/2021 : **il n'est pas admissible de déléguer aux organisateurs et gestionnaires de certains lieux et événements le pouvoir de prendre la décision d'exiger (ou non) la présentation du CST qui, pour rappel, est un dispositif particulièrement intrusif dans le droit à la vie privée des personnes concernées.**
36. Aux termes du principe de légalité consacré par l'article 22 de la Constitution, **c'est, en effet, au législateur qu'il revient de déterminer les conditions dans lesquelles l'utilisation du CST**

est nécessaire et proportionnée à l'objectif poursuivi. Le pouvoir de prendre cette décision ne peut être délégué à des personnes privées qui, par définition, n'assument aucune responsabilité politique pour les décisions qu'elles prennent.

37. En outre, l'Autorité rappelle encore que la création et la lecture du CST constituent des traitements de données à caractère personnel qui doivent, comme tout traitement de données, reposer sur une des bases de licéité énoncées à l'article 6.1 du RGPD. Or l'Autorité relève que **les traitements de données réalisés dans le cadre de l'utilisation d'un CST ne seront licites que s'ils sont nécessaires au respect d'une obligation légale** à laquelle le responsable du traitement est soumis (article 6.1.c) du RGPD). En effet, aucune autre base de licéité de l'article 6 du RGPD ne pourrait être invoquée pour légitimer les traitements de données réalisés dans ce contexte⁶. Or, pour qu'il y ait une obligation légale au sens de l'article 6.1.c) du RGPD, il faut que le responsable du traitement (à savoir, en l'occurrence les organisateurs d'évènements et gestionnaires d'établissements) n'ait pas le choix de se conformer ou non à l'obligation⁷. Dans la mesure où un organisateur d'évènement ou un gestionnaire d'établissement utiliserait un CST pour réglementer l'accès des visiteurs alors que cette utilisation n'est pas imposée par l'avant-projet de décret, le traitement de données à caractère personnel ne pourrait pas être considéré comme « *nécessaire au respect d'une obligation légale* à

⁶ À ce propos, l'Autorité constate que les auteurs du projet d'ordonnance relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière ont maintenu la possibilité pour les organisateurs et exploitants de certains lieux et événements d'imposer l'utilisation du CST alors qu'ils n'y sont pas obligés par l'ordonnance (voir article 5 § 2, alinéa 2, du projet d'ordonnance, Doc., Ass. réun. C.C.C., 2021-2022, B-89/1, p. 58). L'Exposé des motifs cherche à répondre à la remarque de l'Autorité qui indiquait qu'une telle possibilité posait un problème fondamental au regard de l'exigence de l'article 6 du RGPD au terme duquel tout traitement doit reposer sur une des six bases de licéité qu'il liste, à savoir un consentement libre de la personne concernée, la nécessité pour l'exécution du contrat, la nécessité pour le respect d'une obligation légale, la nécessité pour la sauvegarde des intérêts vitaux d'une personne, la nécessité pour l'exécution d'une mission d'intérêt public, la nécessité pour les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée. Dans son avis n° 164/2021, l'Autorité soulignait, comme elle l'avait déjà fait dans son avis n° 163/2021, que la seule base de licéité qui pouvait fonder les traitements de données réalisés dans le cadre de l'utilisation du CST, était l'obligation légale. Ce constat implique que l'utilisation du CST n'est conforme au RGPD que si elle est nécessaire au respect d'une obligation légale. Or, pour qu'il y ait une obligation légale au sens de l'article 6.1.c) du RGPD, il faut que le responsable du traitement (à savoir, en l'occurrence les organisateurs d'évènements et gestionnaires d'établissements) n'ait pas le choix de se conformer ou non à l'obligation. Il ne suffit donc pas qu'une norme autorise un traitement pour que celui-ci puisse être considéré comme « nécessaire au respect d'une obligation légale ». Cherchant à répondre à l'avis de l'Autorité, les auteurs du projet d'ordonnance ont indiqué ce qui suit dans le commentaire des articles : « *Comme suite aux observations du Conseil d'État et de l'Autorité de protection des données, il est précisé que ceci signifie que c'est bien l'ordonnance qui permet d'autoriser l'organisateur de choisir d'appliquer le COVID Safe Ticket. Il devra alors l'appliquer indistinctement à tous les visiteurs visés par les mesures. Le caractère volontaire ne concerne pas le visiteur lui-même, qui est tenu de respecter les règles propres à l'établissement ou à l'évènement concerné. En vue de respecter les obligations en matière de protection de la vie privée, il est précisé que l'organisateur devra informer les visiteurs préalablement, ce qui leur permettra de consentir à ce traitement de données* ». Les auteurs du projet d'ordonnance semblent sous-entendre que le consentement pourrait constituer la base de licéité des traitements de données réalisés dans le cadre de l'utilisation du CST quand celle-ci n'est pas imposée par l'ordonnance. L'Autorité considère que tel ne pourra pas être le cas. En effet, aux termes du RGPD, le consentement ne peut constituer une base de licéité au traitement de données à caractère personnel que s'il est donné librement. Selon le considérant 42 du RGPD, « *Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice* ». Dans la mesure où l'accès à un évènement ou à un lieu est subordonné à une présentation d'un CST et qu'à défaut de montrer un CST la personne concernée ne peut pas accéder à l'évènement ou au lieu, le consentement donné par la personne concernée au traitement de ses données à caractère personnel n'est pas donné librement et ne peut donc servir de base de licéité. Le consentement de la personne concernée ne peut pas, non plus, être exigé au titre de « garantie complémentaire » parce que les personnes concernées ne disposent pas d'une alternative à la présentation de leur CST si elles souhaitent accéder aux évènements et lieux dont l'accès est subordonné à la présentation d'un CST.

⁷ Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données (prédécesseur du Comité européen de la protection des données), *Avis n° 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE*, adopté le 9 avril 2014, WP 217, p. 21-22.

laquelle le responsable du traitement est soumis ». **À défaut de pouvoir reposer sur autre base de licéité que l'article 6 du RGPD, la licéité du traitement de données à caractère personnel** réalisé dans ce contexte – et donc sa conformité aux articles 5.1.a) et 6 du RGPD – **paraît compromise**, ou en tout cas, extrêmement incertaine ; ce qui créera une **insécurité juridique manifeste** pour les secteurs concernés.

38. Les auteurs de l'avant-projet de décret doivent s'assurer que **l'utilisation du CST ne peut avoir lieu que lorsqu'il existe une obligation légale d'y avoir recours** et que les organisateurs et gestionnaires de certains lieux et évènements ne disposent d'aucun pouvoir d'appréciation en la matière, sous peine de créer une insécurité juridique manifeste en la matière. Comme l'Autorité l'a déjà souligné dans ses avis n° 163/2021 et n°164/2021, l'avant-projet de décret pourrait néanmoins prévoir que l'obligation légale d'utiliser le CST pour pouvoir accéder à certains lieux et évènements ne s'impose que s'il s'avère impossible, selon des critères à établir par l'avant-projet de décret même ou par le Gouvernement wallon, pour les organisateurs et exploitants de ces lieux et évènements d'y mettre en place des mesures alternatives pour limiter la propagation du virus qui soient moins attentatoires au droit à la protection des données à caractère personnel (comme l'existence d'une ventilation suffisante, le port du masque et le maintien des distances).

❖ Remarque finale

39. L'article 2, 2° de l'avant-projet de décret se réfère à l'accord de coopération d'exécution du 23 juillet 2021, entre l'Etat 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. **L'Autorité relève que cet accord de coopération a été remplacé par l'accord de coopération d'exécution du 27 septembre 2021** entre l'Etat 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 Belgique⁸. **L'avant-projet de décret sera modifié afin de faire référence au texte juridique qui est en vigueur.**

⁸ Voyez l'article 9 de cet accord de coopération du 27 septembre 2021 : « *Le présent accord de coopération d'exécution entre en vigueur le 1er octobre 2021 et remplace ainsi dans son intégralité les accords de coopération d'exécution du 23 juillet 2021 et du 20 septembre 2021* ».

PAR CES MOTIFS,

L'Autorité estime que les modifications suivantes doivent être apportées à l'avant-projet de décret :

- Reformuler la finalité des traitements de données à caractère personnel ayant lieu dans le cadre de l'utilisation du CST afin de veiller à ce que la norme définisse de manière déterminée et exhaustive cette finalité (cons. 8) ;
- Veiller à ce que le CST ne soit imposé que dans la stricte mesure où la situation épidémiologique l'exige et apporter, dans l'exposé des motifs, une justification factuelle et rigoureuse à ce propos, en particulier dans la mesure où le législateur entend aller au-delà de ce qui est recommandé par le RAG (cons. 9-12) ;
- Imposer au Gouvernement de réévaluer, au moins mensuellement, la nécessité et la proportionnalité du maintien de l'obligation d'utilisation (élargie) du CST au regard de l'évolution de la situation épidémiologique (cons. 13) ;
- Veiller à ce que la liste des lieux et événements pour lesquels l'utilisation du CST est obligatoire respectent les principes de nécessité et de proportionnalité (ce qui implique d'en exclure les lieux et événements pour lesquels des mesures alternatives peuvent effectivement suffire pour limiter le risque de transmission et/ou de super propagation) (cons. 14-16) ;
- Supprimer le critère de la capacité théorique d'un lieu dans la définition de la notion d'évènement de masse et de projet pilote ou, à tout le moins, y préciser que ce critère ne pourra être utilisé que dans les cas où il n'existe aucune liste des invités ou des personnes présentes (cons. 21) ;
- Reformuler la phrase qui identifie les critères pour quantifier le nombre de visiteurs afin de lever toute ambiguïté sur sa portée (cons. 22) ;
- Inscrire dans le dispositif de l'avant-projet que les manifestations sont exclues de la notion d'« événements de masse » (cons. 23) ;
- Inscrire dans le dispositif de l'avant-projet que le CST ne peut pas être utilisé pour réglementer l'accès aux restaurants sociaux et aux services relevant de l'aide alimentaire et définir ce qu'il y a lieu d'entendre par « restaurants sociaux et aux services relevant de l'aide alimentaire » (cons. 25) ;

- Revoir la définition de la notion d'« établissement de soins résidentiels pour personnes vulnérables » afin de lever toute ambiguïté (cons. 27) ;
- Inscrire dans le dispositif de l'avant-projet les différentes exclusions mentionnées dans le commentaire des articles concernant les visiteurs des établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables (cons. 29) ;
- Ne pas autoriser un recours facultatif/optionnel au CST qui serait laissé à l'appréciation des organisateurs et exploitants de certains lieux ou évènements (cons. 35-38) ;
- Faire référence à l'accord de coopération d'exécution du 27 septembre 2021 et non plus à celui du 23 juillet 2021 (cons. 39)

L'Autorité recommande de :

- Prévoir des exceptions à l'obligation de présenter un CST pour les visiteurs d'un établissement de soins résidentiels lorsqu'il s'agit de situations d'urgence (cons. 30).

Pour le Centre de Connaissances,
(sé) Alexandra Jaspar, Directrice