

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le Covid Safe Ticket et la protection de la vie privée des citoyens

Degrave, Elise; Jacques, Florian

Published in:

Les droits humains en temps de pandémie

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Degrave, E & Jacques, F 2023, Le Covid Safe Ticket et la protection de la vie privée des citoyens. dans *Les droits humains en temps de pandémie: perspectives internationales, européennes et comparées*. Bibliothèque de droit public, Larcier , Bruxelles, pp. 147-198.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

TITRE 4

LE *COVID SAFE TICKET* ET LA PROTECTION DE LA VIE PRIVÉE DES CITOYENS

Elise Degrave

Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Namur

Directrice de recherches et chercheuse au Nadi/Crids

et

Florian Jacques

Assistant à la Faculté de droit de l'Université de Namur

Chercheur au Nadi/Crids

Introduction

Pendant plusieurs mois, le pass sanitaire belge, appelé « *Covid Safe Ticket* » (ci-après « CST ») s'est immiscé dans le quotidien des citoyens, au gré de leurs activités sportives, culturelles ou gustatives.

Alors que la présentation de ce pass n'est plus exigée depuis le 7 mars 2022, il faut d'entrée de jeu préciser que le cadre légal applicable à ce dispositif est, à tout le moins en partie, toujours en vigueur. En particulier, l'accord de coopération 14 juillet 2021¹ (ci-après « l'accord

1. 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 tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021 et l'accord de coopération du 28 octobre 2021. Ci-après « l'accord de coopération CST ».

de coopération CST »), qui constitue la pièce centrale de l'encadrement législatif du CST reste en vigueur.

Bien qu'en principe l'accord de coopération CST ne permette plus d'imposer le CST sur tout ou partie du territoire national après le 30 juin 2022², il ne peut être entièrement exclu qu'un tel outil soit une nouvelle fois utilisé à l'avenir. En effet, le législateur européen a fait le choix de prolonger la durée d'application du règlement relatif au certificat COVID numérique de l'UE³ (ci-après le règlement « certificat COVID numérique de l'UE ») – sur lequel repose le fonctionnement technique du CST – jusqu'au 30 juin 2023⁴. Par ailleurs, le législateur n'a adopté aucune loi en vue d'encadrer, pour l'avenir, ce dispositif de contrôle. Dès lors que l'accord de coopération subsiste, ce texte pourrait théoriquement être modifié afin de permettre, à nouveau, l'utilisation du CST en cas de résurgence de l'épidémie⁵. Aussi, face à une volonté politique de ne pas « jeter aux oubliettes » le CST, cet outil ne peut être considéré comme faisant définitivement partie du passé⁶.

Durant la période où cette mesure fut applicable, elle était encadrée par des normes embroussaillées, mêlant aspects techniques et juridiques.

Quelles données sont enregistrées sur le CST ? Qui y a accès ? Pour quoi faire ? Ce sont autant de questions sur lesquelles se penche la présente étude, au travers de l'analyse de la transparence, de la légalité et de la proportionnalité de cet outil qui pourrait marquer l'entrée dans une « société du pass ».

2. Voy. l'article 33bis de l'accord de coopération CST. La date du 30 juin 2022 correspondait à la date à laquelle le règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) cessait initialement d'être applicable.

3. Règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19 tel que modifié Règlement (UE) 2022/1034 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant le règlement (UE) 2021/953 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats COVID-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat COVID numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19, J.O., L 173, 30 juin 2022. Ci-après le « règlement certificat COVID de l'UE ».

4. Article 17 du règlement certificat COVID de l'UE.

5. À tout le moins jusqu'au 30 juin 2023.

6. La ministre wallonne Christie Morreale a notamment mentionné une volonté de ne pas « supprimer complètement le CST mais de simplement le ranger dans une boîte à outils ». voy. <https://www.rtf.be/article/le-gouvernement-wallon-se-prepare-a-la-fin-du-cst-des-le-passage-au-code-jaune-10941197>. En ce même sens, le ministre fédéral Frank Vandenbroucke considère qu'il faut « réfléchir à l'avenir du CST, lequel est un instrument qui conservera son utilité ». Voy. <https://www.rtf.be/article/coronavirus-en-belgique-frank-vandenbroucke-appelle-a-ne-pas-relacher-la-vigilance-10960489>.

CHAPITRE I.

LE FONCTIONNEMENT DU CST

La première partie de la présente étude est dédiée au fonctionnement du CST en tant que traitement de données à caractère personnel au sens du règlement général sur la protection des données⁷ (ci-après « RGPD »). Dans un premier temps, le cadre légal qui a été applicable à ce dispositif de contrôle qu'est le CST est décrit. À cette occasion nous verrons quelles sont les nombreuses activités de la vie courante du citoyen dont l'exercice s'est vu conditionné, au fil des modifications législatives, à la présentation d'un *pass* sanitaire.

Dans un second temps, nous exposons comment cet outil numérique fonctionne d'un point de vue technique. À cette fin, nous présentons, d'une part, le fonctionnement technique du certificat COVID numérique de l'Union européenne sur lequel repose le CST et, d'autre part, le CST et ses différentes composantes.

Enfin, dans un troisième temps, nous nous intéressons à la transparence du CST. À ce propos, trois éléments essentiels de ce traitement de données sont abordés. Il s'agit plus particulièrement (i) des données à caractère personnel qui sont traitées, (ii) des acteurs impliqués dans le traitement de données au sens du RGPD et (iii) des flux de données qu'implique la mise en place de ce dispositif de contrôle du citoyen.

7. Règlement (EU) 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, *J.O.*, L 119, 4 mai 2016. Ci-après « RGPD ».

Section 1. Cadre légal applicable et présentation du dispositif

À titre préliminaire, il est nécessaire de relever qu'en 2021 et début 2022 – période durant laquelle le CST fut utilisé⁸ – la compréhension de l'encadrement législatif du CST, en Belgique, était une tâche ardue pour le juriste et, *a fortiori* pour le citoyen. En effet, afin de comprendre le dispositif mis en place par les autorités, il était requis de consulter et d'analyser pas moins d'une dizaine de textes législatifs et réglementaires.

Sur le plan supranational, tout d'abord, la matière est en partie régie par le règlement européen relatif au certificat COVID numérique de l'UE. Ainsi qu'expliqué dans la présente contribution, d'un point de vue technique, l'utilisation COVID Safe Ticket repose sur le certificat COVID numérique de l'UE.

À l'échelon national ensuite, il fallait se référer à cinq textes législatifs et quatre textes réglementaires. En ce qui concerne les textes législatifs sont visés un accord de coopération du 14 juillet 2021, un décret wallon⁹, un décret de l'autorité flamande¹⁰, un décret de la Communauté germanophone¹¹ ainsi qu'une ordonnance bruxelloise¹². Ces textes étaient mis en œuvre par un accord de coopération d'exécution¹³, un arrêté du gouvernement de la Communauté germanophone¹⁴ et un arrêté du Collège

8. La présente contribution se base sur les textes en vigueur en date du 10 novembre 2021. Ces textes ont connu de nombreuses modifications et, des modifications postérieures à la date de rédaction de cette contribution ne peuvent être exclues.

9. Décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque.

10. Décret de l'Autorité flamande du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket.

11. Décret de la Communauté germanophone du 1er juin 2004 relatif à la promotion de la santé et à la prévention médicale tel que modifié par le décret du 29 octobre 2021.

12. Ordonnance de la Commission communautaire commune du 14 octobre 2021 relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière telle que modifiée par l'ordonnance 29 octobre 2021.

13. Accord de coopération d'exécution du 15 octobre 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 d'exécution CST ». Ce texte, au même titre que l'accord de coopération CST est toujours en vigueur.

14. Arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 21 janvier 2021 fixant des mesures visant à prévenir la propagation du coronavirus (COVID-19) tel que modifié par l'arrêté du 29 octobre 2021.

réuni de la COCOM¹⁵. Cet enchevêtrement de textes était finalement complété par l'arrêté royal¹⁶ adopté en exécution de la loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique¹⁷ (ci-après « loi pandémie »).

Tel que mentionné dans l'accord de coopération, le CST peut être utilisé afin de réguler l'accès à une large palette d'événements et de lieux. Sont ainsi visés par ce dispositif les événements de masse, les expériences et projets pilotes, les dancings et discothèques ainsi qu'un ensemble d'établissements et facilités, énumérés limitativement. Cette dernière catégorie comprend (i) les établissements horeca, (ii) les centres de sport et de fitness, (iii) les foires commerciales et les congrès, (iv) les établissements des secteurs culturels, festifs et associatifs ainsi que (v) les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables¹⁸ (ci-après dénommés « les secteurs additionnels »).

Au sujet de la mise en œuvre du CST, il faut mentionner d'emblée que l'accord de coopération du 14 juillet 2021, encadrant son utilisation, a fait l'objet de modifications successives. Dans sa version initiale, ce texte prévoyait que le CST était uniquement utilisé pour conditionner l'accès à des événements de masse, des projets pilotes ou des expériences¹⁹. L'accord de coopération renvoyait toutefois à l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 pour définir la notion d'événement de masse²⁰.

15. Arrêté du 15 octobre 2021 du Collège réuni de la Commission communautaire commune portant exécution de l'ordonnance du 14 octobre 2021 relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière.

16. Arrêté royal du 28 octobre 2021 portant les mesures de police administrative nécessaires en vue de prévenir ou de limiter les conséquences pour la santé publique de la situation d'urgence épidémique déclarée concernant la pandémie de coronavirus COVID-19.

17. Loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique.

18. Voy. article 1^{er}, § 1^{er}, 21° de l'accord de coopération CST pour les définitions des différents secteurs additionnels visés. Voy. aussi l'article 7 de l'accord de coopération d'exécution CST pour une énumération des établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif.

19. Article 12, § 1^{er} de l'accord de coopération CST dans sa version du 14 juillet 2021. Voy. aussi les articles 1, § 1^{er}, 4°, 1, § 1^{er}, 11° et 1, § 1^{er}, 12° de cet accord de coopération. Les définitions de CST, d'événement de masse et d'expériences/projets pilotes restreignent explicitement l'utilisation du CST à ces catégories d'événements.

20. Article 1, § 1^{er}, 11° de l'accord de coopération CST dans sa version du 14 juillet 2021. À la lecture de l'arrêté ministériel, il ressort qu'à dater du 13 août 2021, afin d'un être qualifié d'événement de masse, un événement se déroulant à l'extérieur devait répondre à deux conditions cumulatives, à savoir accueillir entre 5000 et 7500 participants et avoir été préalablement autorisé par les autorités locales compétentes. Voy. l'article 1^{er}, 25° et l'article 15, § 5 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 portant des mesures d'urgence pour limiter la propagation du coronavirus COVID-19 tel que modifié par l'arrêté ministériel du 27 juillet 2021 (ci-après « l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 »). La notion d'événement de masse a évolué au gré des modifications de l'arrêté ministériel du 28 octobre

L'accord de coopération du 27 septembre 2021 apporte plusieurs modifications substantielles à ce texte. Tout d'abord, la définition du CST est modifiée afin d'y préciser qu'outre les évènements de masse et projets pilotes, son utilisation peut également être imposée dans les dancings et discothèques ainsi que dans les secteurs additionnels. Par cette modification, le CST a été rendu obligatoire sur l'ensemble du territoire, pour réguler l'accès aux dancings et discothèques entre le 1^{er} et le 28 octobre 2021²¹. Ensuite, l'accord de coopération permettait aux entités fédérées d'adopter une norme législative afin d'imposer – sur tout ou partie du territoire pour lequel elles sont compétentes – l'utilisation du CST pour conditionner l'accès à tout ou partie des secteurs additionnels entre le 1^{er} octobre et le 31 octobre 2021²². Cette mesure ne pouvait être adoptée qu'à la double condition que les circonstances épidémiques locales exigent l'utilisation du CST et que l'entité fédérée justifie son action au regard du principe de proportionnalité²³. Une faculté similaire était laissée aux entités fédérées à dater du 1^{er} novembre 2021 avec la différence notable que leur compétence n'était plus limitée aux secteurs additionnels²⁴. Il était toutefois prévu qu'à compter de l'activation de la loi pandémie, les normes adoptées par les entités fédérées étaient rendues inapplicables²⁵.

2020. Dans sa dernière mouture, la notion d'événement de masse visait (i) les évènements se déroulant à l'intérieur pour lesquels entre 500 et 75000 participants étaient accueillis et (ii) les évènements se déroulant à l'extérieur pour lesquels entre 750 et 75000 participants étaient accueillis.

21. Afin de comprendre l'utilisation du CST pour conditionner l'accès aux dancings et discothèques, il convient de se référer aux articles 2bis, §§ 1^{er} et 2, 13bis et 13ter de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021 ainsi qu'à l'article 8bis de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 tel que modifié par l'arrêté ministériel du 27 septembre 2020. Les articles 2bis, 13bis et 13ter de l'accord de coopération CST ne permettaient pas aux entités fédérées d'imposer l'utilisation du CST dans les dancings et discothèques avant le 1^{er} novembre 2021. L'article 8 de l'arrêté ministériel du 28 octobre 2020 dispose enfin que ces lieux ne peuvent reprendre leurs activités qu'à la condition d'utiliser le CST.

22. Article 2bis, § 1^{er} et article 13bis, §§ 1^{er} et 2 de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021.

23. À ce sujet, l'article 13bis, § 5 de l'accord de coopération CST qui prévoit notamment une évaluation des conditions épidémiologiques locales par le *Risk Assessment Group*.

24. Articles 2bis, § 2 et 13ter, §§ 1^{er} et 2 de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021.

25. Articles 2bis, § 3 de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021 ; Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif de 28 octobre 2021, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ch., 2021-2022, n° 2288/01, p. 4. Ce texte mentionne explicitement la nécessité d'adapter « la réglementation concernant les secteurs additionnels, telle que prévue dans l'accord de coopération législatif CST lors de la déclaration de la situation d'urgence épidémique, afin que (i) d'une part les décrets/ordonnances déjà en vigueur ne soient plus suspendus ou inapplicables, mais puissent continuer à s'appliquer ».

L'accord de coopération du 28 octobre 2021 auquel assentiment a été donné par les entités fédérées et l'autorité fédérale sans consultation préalable de l'autorité de protection des données²⁶ (ci-après « APD ») contient les dernières modifications apportées à ce texte. Les modifications introduites par ledit accord prévoient qu'à dater de la déclaration d'urgence épidémique les normes adoptées par les entités fédérées ne sont plus rendues automatiquement inapplicables en ce qui concerne l'utilisation du CST dans les secteurs additionnels²⁷. Ces textes sont uniquement suspendus en ce qu'ils réglementent l'accès aux événements de masses, projets pilotes et discothèques²⁸. En outre, dès lors que la loi pandémie est activée il est prévu que l'utilisation du CST pour contrôler l'accès à ces mêmes lieux est encadrée par l'accord de coopération CST²⁹. L'adoption dans l'urgence de cet accord, ainsi que l'assentiment donné à ce texte dans la précipitation par les entités fédérées, semblent dictés par la volonté politique de ne pas voir l'utilisation du CST privée de base légale à Bruxelles et d'éviter un report

26. L'article 36, § 4 du RGPD prévoit la consultation obligatoire et préalable de l'autorité de contrôle lors de l'adoption de mesures législatives instaurant un traitement de données. En ce sens, voy. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 10/2020 on restrictions under Article 23 GDPR*, 13 October 2021, p. 16. Alors que le Conseil d'État a systématiquement souligné la nécessité de recueillir l'avis de l'Autorité de protection des données avant de donner assentiment à l'accord de coopération, l'ensemble des assemblées législatives du pays a décidé de ne pas solliciter l'avis de l'APD. Voy. par exemple, accord de coopération du 28 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, avis du Conseil d'État, *Doc.*, Parl. w., 2021-2022, n° 704/1, p. 37. Le Conseil d'État souligne « *Het advies van de Gegevensbeschermingsautoriteit over het wijzigende samenwerkingsakkoord moet nog worden ingewonnen. De omstandigheid dat, zoals de gemachtigde aanvoert, er geen aanpassingen zijn betreffende de verwerking van gevoelige persoonsgegevens, doet daar geen afbreuk aan, aangezien het toepassingsgebied van de bestaande regeling van de verwerking van persoonsgegevens door het samenwerkingsakkoord wordt gewijzigd* ». À la suite de cette décision, une plainte anonyme a été déposée à l'encontre de la Belgique devant la Commission européenne pour violation du RGPD. Voy. P. LALOUX, « Nouvelle plainte européenne contre la Belgique pour entorse à la vie privée », *Le Soir*, 22 novembre 2021. À noter que, dans une décision 30 novembre 2021, le tribunal de première instance de Namur, siégeant en référé, a décidé que le choix d'adopter le décret d'assentiment à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 constituait une faute de nature à engager la responsabilité de la Région Wallonne. Voy. Civ. Namur, div. Namur (9^e ch. Réf.), 30 novembre 2021, inéd., R.R. n° 21/20C ; V. VUYLSTEKE et L. TODTS, « La contestation en justice des mesures Covid-19 : quelques réflexions », *Pli juridique*, 2021, n° 58, pp. 6-7. Bien que l'ordonnance du 30 novembre 2021 du tribunal de première instance ait été réformée par la Cour d'appel de Liège, cette dernière a elle aussi décidé que le défaut de consultation de l'APD constituait une faute dans le chef de la Région wallonne. Voy. Liège, (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 227.

27. Article 2bis, § 3, alinéa 1^{er} de l'accord de coopération CST.

28. Article 2bis, § 3, alinéa 2 de l'accord de coopération CST.

29. Article 2bis, § 3, alinéa 4 de l'accord de coopération CST.

de l'entrée en application du CST en Wallonie suite à l'activation de la loi pandémie³⁰.

À partir du 28 octobre 2021, date de la déclaration de l'urgence épidémique par voie d'arrêté royal³¹, l'utilisation du CST fut obligatoire pour l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes ainsi qu'aux dancings et discothèques sur la base de l'accord de coopération CST ainsi que de l'arrêté royal du 28 octobre 2021³². L'utilisation du CST afin de contrôler l'accès aux secteurs additionnels était par contre encadrée par les différentes normes des entités fédérées.

Dans le courant du mois de mars 2022, les entités fédérées ont décidé de priver d'effets les normes adoptées pour imposer l'utilisation du CST dans les secteurs additionnels³³. De même l'arrêté royal déclarant l'urgence épidémique et l'arrêté royal du 28 octobre 2021 ont été abrogés³⁴. Il en découle que le CST ne peut plus être imposé pour réglementer l'accès aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes ainsi qu'aux dancings et discothèques.

30. En ce sens, les discussions parlementaires relatives à l'adoption de la loi portant assentiment à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 mentionnent que « [...] malgré le fait que la loi fédérale Pandémie soit activée. Les mesures en cours, notamment à Bruxelles, doivent pouvoir continuer à être appliquées [...] ». Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif de 28 octobre 2021 visant à la modification d'accord de coopération du 14 juillet 2021, discussion générale, C.R.I.V., Ch., 2021-2022, séance du 28 octobre 2021, n° 55 PLEN 137, p. 8. Voy. également les discussions parlementaires relatives au décret wallon portant assentiment à cet accord de coopération où monsieur le Ministre-président Di Rupo précise « [...] Le Covid Safe Ticket doit rentrer en application le 1^{er} novembre. Les questions fréquentes ont été mises en ligne et revues régulièrement. Le call center est mis en place. [...] La modification nécessaire est juste que l'on puisse indiquer que la décision du Fédéral ne supprime pas – c'est ce que nous avons mis dans notre accord de coopération – purement et simplement les effets édictés par les entités fédérées ». Projet de décret portant assentiment à l'accord de coopération du 28 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, discussion générale, C.R.I.C., Parl. w., 2021-2022, séance du 28 octobre 2021, n° 48 (2021-2022), p. 2.

31. Arrêté royal du 28 octobre 2021 portant la déclaration de la situation d'urgence épidémique concernant la pandémie de coronavirus COVID-19.

32. Lecture combinée des articles 7, § 2, 12, § 3 de l'arrêté royal du 28 octobre 2021 et de l'article 2bis, § 3 de l'accord de coopération CST.

33. Voy. arrêté du Gouvernement wallon n° 2 du 5 mars 2022 mettant fin à l'utilisation du COVID Safe Ticket et limitant l'obligation du port du masque ; décret de la Région wallonne du 24 mars 2022 portant confirmation de l'arrêté du Gouvernement wallon n° 2 du 5 mars 2022 mettant fin à l'utilisation du COVID Safe Ticket et limitant l'obligation du port du masque ; arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 10 mars 2022 modifiant l'arrêté du Gouvernement du 21 janvier 2021 fixant des mesures visant à prévenir la propagation du coronavirus (COVID-19) ; arrêté du Collège réuni de la Commission communautaire commune du 6 mars 2022 portant arrêt anticipé de l'utilisation du COVID Safe Ticket ; arrêté du Gouvernement flamand du 5 mars 2022 relatif à la fin de vigueur du décret du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket.

34. Loi du 11 mars 2022 abrogeant le maintien de la situation d'urgence épidémique concernant la pandémie de coronavirus COVID-19.

Comme mentionné précédemment, le règlement certificat COVID numérique de l'UE, l'accord de coopération CST et l'accord de coopération d'exécution CST subsistent toutefois. Sous réserve d'une modification de l'article 33bis de l'accord de coopération, le recours au CST pourrait être une nouvelle fois imposé dans l'hypothèse d'une dégradation de la situation épidémique³⁵. Dans ce cas de figure, il ne peut être exclu que le cadre juridique applicable présente, à nouveau, de fortes similarités avec celui présenté ci-avant. Sur le plan technique, des similitudes ne peuvent non plus être écartées. En effet, la décision de ne plus imposer l'utilisation du CST se traduit par l'impossibilité d'utiliser l'application numérique COVIDscan (voy. *infra* au sujet de cette application).

Section 2. Fonctionnement technique du Covid Safe Ticket

Pour comprendre le fonctionnement du CST, il est avant tout nécessaire de distinguer (i) le certificat COVID numérique de l'UE et (ii) le COVID Safe ticket en tant que tel. Dans les lignes qui suivent, ces deux notions sont présentées. Après avoir exposé la définition légale du certificat COVID numérique de l'UE et son fonctionnement technique, nous présentons le fonctionnement technique du COVID Safe Ticket. À cette occasion, nous détaillons les différents éléments mobilisés pour son utilisation, à savoir l'application COVIDsafe ainsi que l'application COVIDscan et le module CST de cette application.

§ 1. Le certificat covid numérique de l'UE – aspects légaux

Dans le cadre de la présente contribution, le règlement certificat COVID numérique de l'UE ne peut être élué dans la mesure où ce texte impose aux États membres de délivrer à leurs citoyens des certificats COVID numériques³⁶ afin de faciliter la libre circulation au sein de l'UE durant la pandémie de COVID 19³⁷. Au sens de ce règlement, un certificat COVID numérique de l'UE est défini comme faisant référence à un certificat interopérable, délivré dans le contexte de la pandémie de COVID-19 et contenant des informations relatives à

35. L'urgence épidémique pourrait également être à nouveau déclarée sur la base de la loi pandémie.

36. Article 3, § 2 du règlement certificat COVID de l'UE.

37. Article 1^{er} du règlement certificat COVID de l'UE.

la vaccination, aux résultats des tests ou au rétablissement de son titulaire³⁸. En pratique, ce règlement européen permet donc à un citoyen d'obtenir trois catégories différentes de certificats, à savoir, des certificats de vaccination, des certificats de test et des certificats de rétablissement. Les certificats de vaccination ont pour objectif de confirmer que leurs titulaires se sont vus administrer un vaccin contre la COVID 19³⁹. Les certificats de test confirment que leurs titulaires ont été soumis à un test pour détecter une éventuelle contamination et contiennent le résultat et la date de ce test⁴⁰. Enfin, les certificats de rétablissement attestent du fait que leurs titulaires se sont rétabli des suites d'une infection à la COVID-19⁴¹.

D'ores et déjà, nous soulignons que ces certificats relèvent de la notion de données concernant la santé⁴² au sens du RGPD puisqu'ils révèlent des informations relatives à l'état de la santé de leurs titulaires. Ainsi, un certificat de vaccination permet d'attester du fait que son titulaire a reçu une ou plusieurs doses d'un vaccin. Un certificat de test permet d'apprendre deux informations à propos de son titulaire, à savoir, d'une part, que son titulaire a consenti à un examen médical au cours des 48 à 72 heures qui précèdent la présentation, à un tiers, de son certificat et, d'autre part, que l'examen médical établit qu'au moment dudit examen, cette personne n'était pas infectée. Enfin, un certificat de rétablissement révèle que son titulaire a été contaminé par la COVID-19 au cours des 6 derniers mois.

§ 2. Le certificat COVID numérique de l'UE – Fonctionnement technique

Au niveau national, le fonctionnement technique du certificat COVID numérique de l'UE peut être résumé de la manière suivante.

Dans un premier temps, les données à caractère personnel nécessaires à la création d'un certificat de vaccination sont encodées dans

38. Article 2, 1) du règlement certificat COVID de l'UE.

39. Article 3, § 1^{er}, a) du règlement certificat COVID de l'UE ; Article 1, § 1^{er}, 5^o de l'accord de coopération CST.

40. Article 3, § 1^{er}, b) du règlement certificat COVID de l'UE ; Article 1, § 1^{er}, 6^o de l'accord de coopération CST.

41. Article 3, § 1^{er}, c) du règlement certificat COVID numérique de l'UE. La délivrance de ce certificat requiert toutefois que son titulaire puisse établir, au moyen des résultats d'un test qu'il a été contaminé précédemment par la COVID-19. À cette condition, s'ajoute le fait que ce test positif devra dater de moins de 180 jours. Voy. le considérant 43 et l'Annexe du règlement certificat COVID numérique de l'UE ; Article 1, § 1^{er}, 7^o de l'accord de coopération CST.

42. Article 4, 15) du RGPD.

la base de données *vaccinnetplus*⁴³ par les agences et entités responsables de la vaccination du citoyen. Quant aux données requises pour la création des certificats de test et de rétablissement, celles-ci font l'objet d'une déclaration obligatoire, notamment par les laboratoires et médecins⁴⁴, auprès de la base de données I créée au sein de *Sciensano*⁴⁵.

Dans un second temps, un sous-traitant de ces entités⁴⁶, à savoir l'agence *Digitaal Vlaanderen* (ci-après « *Digitaal Vlaanderen* ») reçoit, quotidiennement, une copie des données de vaccination récentes issues de la base de données *vaccinnetplus*⁴⁷. Pour les certificats de test et de rétablissement, une copie des données issues de la base de données I est également communiquée à *Digitaal Vlaanderen* par *Sciensano*⁴⁸. Ces données sont ensuite traitées afin de générer un certificat de vaccination, de test ou de rétablissement auquel un code-barre, ou « QR code », est adjoint. L'analyse d'impact relative à l'application COVIDScan (voy. *infra*)

43. Article 11, § 2, 2° de l'accord de coopération CST. *Vaccinnet* est une base de données créée par l'article 9 de l'arrêté du Gouvernement flamand du 16 mai 2014 portant diverses dispositions en exécution du décret du 21 novembre 2003 relatif à la politique de santé préventive et modifiant des arrêtés d'exécution de ce décret.

44. Banque de données chez *Sciensano* dans le cadre de la lutte contre la propagation du coronavirus COVID-19, v.7.0, 12 avril 2021, p. 2. Disponible à l'adresse suivante : https://www.sciensano.be/sites/default/files/20210416_kennisgeving_burgers_centrale_database_sciensano_v7_fr.pdf.

45. Voy. à ce sujet, l'article 6 de l'accord de coopération du 25 août 2020 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune, concernant le traitement conjoint de données par *Sciensano* et les centres de contact désignés par les entités fédérées compétentes ou par les agences compétentes, par les services d'inspections d'hygiène et par les équipes mobiles dans le cadre d'un suivi des contacts auprès des personnes (présümées) infectées par le coronavirus COVID-19 se fondant sur une base de données auprès de *Sciensano*.

46. *Digitaal Vlaanderen* est désigné comme sous-traitant des agences et entités en charge de la vaccination et de *Sciensano* dans le cadre de l'accord de coopération CST. Voy. article 6, § 1^{er} de l'accord de coopération CST.

47. Contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *Digitaal Vlaanderen*, p. 10. Dans le cadre de la présente contribution les auteurs ont obtenu l'accès à ce contrat sur la base des dispositions relatives à la publicité de l'administration.

48. Contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre *Sciensano* et l'agence *Digitaal Vlaanderen*, p. 8. Dans le cadre de la présente contribution les auteurs ont obtenu l'accès à ce contrat sur la base des dispositions relatives à la publicité de l'administration.

mentionne, à ce propos, qu'une plateforme centrale est alimentée par la base de données *vaccinnetplus*⁴⁹ ainsi que par *Sciensano*^{50 51}.

Dans un troisième temps, le certificat est délivré au citoyen sur un support papier et/ou sur un support numérique⁵². En Belgique, lorsque le citoyen choisit la délivrance d'un certificat électronique, il peut installer une application numérique dénommée « COVIDSafe » qui est utilisée pour la délivrance des différents certificats COVID numériques de l'UE. Celle-ci permet au citoyen de s'authentifier et de télécharger, via la plateforme centrale, les certificats dont il est titulaire⁵³. À ce stade, les traitements de données réalisés mettent en œuvre le règlement européen et concernent donc uniquement la création et la délivrance des certificats COVID de l'UE.

§ 3. Le COVID Safe Ticket

L'accord de coopération CST définit un COVID Safe Ticket comme étant le résultat de la lecture du certificat COVID numérique de l'UE au moyen de l'application COVIDScan afin de réguler l'accès à une série d'événements, d'établissements et de facilités⁵⁴.

Concrètement, le fonctionnement de ce dispositif de contrôle nécessite l'utilisation de deux éléments distincts. D'une part le certificat COVID numérique de l'UE et, d'autre part, une application numérique dénommée COVIDScan. Le certificat COVID numérique de l'UE est détenu par le citoyen au format papier ou au format numérique sur l'application COVIDSafe. Cette dernière permet à son utilisateur de récupérer les

49. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, v.02.02, s.d., p. 10. Disponible à l'adresse suivante : https://www.covidscan.be/20211025-DPIA_CovidScan_v2.02.pdf (consulté la dernière fois le 25 novembre 2021).

50. *Ibid.*, p. 10. Il est mentionné dans l'analyse d'impact de l'application COVIDScan *Sciensano* alimente la plateforme centrale avec les informations nécessaires pour la création des certificats de rétablissement.

51. À noter qu'il est toutefois permis de s'interroger quant à la création d'une éventuelle base de données centralisée des certificats COVID numériques de l'UE. En effet, l'accord de sous traitance passé entre *Sciensano* et *Digitaal Vlaanderen* mentionne « Digitaal Vlaanderen zal bij elke wijziging in de Sciensanodatabank een kopie krijgen van de gegevens en zal deze opnemen in de certificatedatabank. [...] » afin de décrire le traitement de données consistant en la création de certificats de test et de rétablissement. Voy. contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre *Sciensano* et l'agence *Digitaal Vlaanderen*. p. 8.

52. Article 3, § 2 du règlement certificat COVID numérique de l'UE.

53. Voy. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, v.02.02, op. cit., p. 10.

54. Article 1^{er}, § 1^{er}, 4^e de l'accord de coopération CST.

certificats dont il est titulaire mais aussi d'afficher ledit certificat ainsi que son QR code sur l'écran de son appareil⁵⁵.

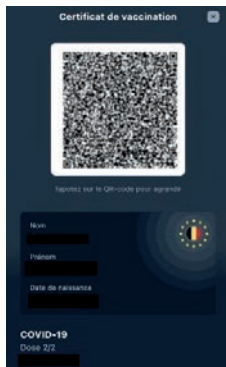


Illustration d'un certificat COVID numérique de l'EU sur l'application COVIDSafe.

Quant à l'application numérique COVIDScan, elle se compose de deux modules distincts⁵⁶. Le premier vise à permettre la libre circulation des personnes au sein de l'EU pendant la pandémie et, de ce fait, met en œuvre les exigences du règlement européen. Ce module permet notamment aux opérateurs de services de transports de voyageurs⁵⁷ de lire le QR code présent sur le certificat COVID numérique d'un voyageur entrant sur le territoire de l'UE et de vérifier l'authenticité et la validité de son certificat. Le second module, aussi appelé « module CST » permet également la lecture d'un certificat COVID de l'UE afin de vérifier l'authenticité et la validité dudit certificat.

En outre, ce second module permet, après traitement des données contenues dans un QR code⁵⁸, de générer le CST du titulaire du certificat⁵⁹. Ce CST peut alors avoir deux valeurs et indiquera si une personne peut, ou non, accéder à un événement ou un lieu^{60 61}. Préalablement à la génération du CST, l'application COVIDScan vérifie si le certificat

55. Article 1^{er}, § 1^{er}, 14° de l'accord de coopération CST.

56. Article 17, § 2 de l'accord de coopération CST.

57. Article 10, § 4 de l'accord de coopération CST.

58. Article 3 de l'accord de coopération d'exécution CST.

59. Article 17, § 2, 2° de l'accord de coopération CST.

60. Article 4 de l'accord de coopération d'exécution CST.

61. Deux différences notables doivent également être soulignées. D'une part, l'utilisateur de l'application sera cette fois l'organisateur d'un événement ou le gestionnaire d'un lieu et, d'autre part, la finalité poursuivie n'est plus de faciliter la libre circulation au sein de l'UE mais de réguler et de contrôler l'accès du citoyen à un lieu ou un établissement.

présenté n'est pas temporairement suspendu afin d'empêcher l'utilisation du CST par une personne vaccinée ayant été testée positive au COVID-19. À cette fin, *Digitaal Vlaanderen* établit une liste comprenant les identifiants uniques des certificats vaccinaux devant être temporairement suspendus⁶². Ladite liste est mise à jour toutes les heures et transférée – à des fins de stockage local – dans l'application COVIDScan par *Digitaal Vlaanderen*^{63 64}.

Il en résulte que la notion de CST vise, en tant que telle, uniquement le résultat affiché sur l'écran d'un appareil – tel qu'un smartphone – après traitement des données contenues dans le certificat COVID numérique de l'UE au moyen du module CST de l'application COVIDscan.

À l'instar d'un certificat COVID numérique de l'UE, le CST et l'indication selon laquelle son titulaire peut accéder à un événement ou un lieu, doivent être qualifiés de données à caractère personnel sensibles⁶⁵. De telles indications permettent aisément de déduire des informations concernant la santé de son titulaire puisque la simple possibilité de

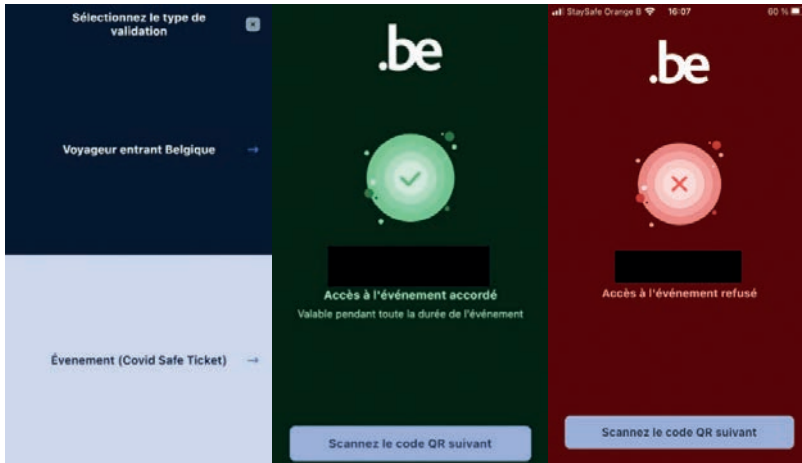
62. Voy. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, v.02.02, *op. cit.*, p. 10.

63. Avenant au contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *Digitaal Vlaanderen*, s.d., p. 3.

64. La création et la mise à jour de la liste des certificats de vaccination temporairement suspendus font, à l'heure de la rédaction de cette contribution, l'objet d'une enquête formelle de l'APD. À la date du 13 octobre, l'APD a précisé que cette liste constituait une potentielle fuite de données concernant plus de 39.000 personnes. Voy. Autorité de protection des données, « L'APD se penche sur une potentielle faille de sécurité de l'application CovidScan », *op. cit.*, 13 octobre 2021. Disponible à l'adresse suivante : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/lapd-se-penche-sur-la-potentielle-faille-de-securite-de-lapplication-covidscan>. En pratique, la liste des identifiants uniques des certificats est cryptée et stockée localement dans l'application. Toutefois la clé de déchiffrement se trouverait également dans l'application et permettrait donc de prendre connaissance de ladite liste. Voy. P. LALOIX, « Vie privée : les failles du COVID Safe Ticket débusquées », *Le Soir*, 13 octobre 2021. Cette possibilité est d'ailleurs consacrée dans l'analyse d'impact de l'application COVIDSafe qui mentionne « *Ondanks dat de ID's reeds als beschermd kunnen beschouwd worden, zal de lijst getekend, geëncrypteerd en de ID's van vaccinatiecertificaten die tijdelijk geschorst zijn bijkomend gehashed op het internet worden aangeboden. Het dient erkend te worden dat dit slechts als een verhoging van de veiligheid kan beschouwd worden. Gezien de verdeling van de lijst dient te gebeuren naar een ongekende en ongecontroleerde groep van gebruikers zullen ook de sleutels om de lijst te decrypteren moeten beschikbaar gemaakt worden en kan nadien via toepassing van de hash gevalideerd worden of een certificaat identificatienummer voorkomt in de lijst. Deze laatste maatregelen verhogen wel de complexiteit om de lijst te ontcijferen maar sluiten als allestaande veiligheidsmaatregel niet voldoende de mogelijkheid uit om na te gaan of een certificaat identificatienummer voorkomt op de lijst* ». Voy. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, v.02.02, *op. cit.*, p. 21.

65. En ce sens, l'APD considère les données traitées dans le cadre du Covid Safe Ticket comme étant très sensibles. Voy. Autorité de protection des données, « L'APD se penche sur une potentielle faille de sécurité de l'application CovidScan », *op. cit.*

générer un CST valide indique que son titulaire est soit vacciné, soit a consenti à un examen médical récemment, soit a été précédemment malade. L'absence de mention de la « nature » du certificat permettant de générer le CST ne modifie aucunement cette affirmation puisqu'un CST valide se rapporte nécessairement à l'une de ces hypothèses.



Ci-dessus, de gauche à droite : (i) illustration des modules de l'application COVIDScan, (ii) illustration d'un CST permettant l'accès à un lieu ou événement, (iii) illustration d'un CST ne donnant pas accès à un lieu ou événement.

Section 3. La transparence du CST : analyse des éléments essentiels de cet outil

La présente section est dédiée à la présentation de trois éléments clés des traitements de données réalisés dans le cadre de la création et la délivrance des certificats numériques de l'UE et de la vérification du CST en vue de conditionner l'accès à un événement ou un lieu. Après avoir exposé les données à caractère personnel qui sont effectivement traitées pour créer et délivrer un certificat COVID numérique mais aussi lors de la génération d'un CST, nous présentons les différents responsables du traitement – principaux débiteurs des obligations contenues dans le RGPD⁶⁶ – et les éventuels sous-traitants impliqués. Enfin, les flux de données découlant de ces activités de traitement sont explicités.

66. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la*

§ 1. Les données traitées

Afin de créer et de délivrer un certificat COVID numérique de l'UE, certaines données à caractère personnel sont traitées indépendamment du certificat concerné⁶⁷ alors que d'autres données sont propres à la catégorie à laquelle appartient le certificat. Tant le règlement européen que l'accord de coopération CST mentionnent que les certificats de vaccination, de test et de rétablissement contiennent respectivement des données relatives au vaccin administré⁶⁸, au test auquel le titulaire a été soumis⁶⁹ ou aux antécédents d'infection du titulaire⁷⁰. Ces deux textes font toutefois référence à des « catégories de données ». Aussi, il faut se référer à l'annexe du règlement certificat COVID numérique de l'UE pour connaître les informations qui sont effectivement traitées. Sans prétendre à l'exhaustivité nous nous contenterons de relever, qu'à titre exemplatif, ces certificats contiennent des informations telles que la date de vaccination de la personne, le nombre de doses de vaccin reçues, la date et le résultat d'un test de détection auquel une personne a consenti ou encore la date à laquelle une personne aura été testée positive au coronavirus en vue de la délivrance d'un certificat de rétablissement⁷¹.

En Belgique, la création et la délivrance des certificats COVID numériques de l'UE nécessitent, en outre, le traitement du numéro d'identification national du titulaire⁷² ainsi que la résidence principale du titulaire^{73 74}.

protection des données (RGPD/GPDR). Analyse approfondie, coll. du CRIDS, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 372.

67. Il s'agit du nom et du prénom du titulaire, de sa date de naissance, de l'identité de l'autorité ayant délivré le certificat ainsi qu'un code d'identification unique attribué au certificat.

68. Article 5, § 2 du règlement certificat COVID numérique de l'UE.

69. Article 6, § 2 du règlement certificat COVID numérique de l'UE.

70. Article 7, § 2 du règlement certificat COVID numérique de l'UE.

71. Voy. annexe du règlement certificat COVID numérique de l'UE.

72. Article 11, § 1^{er}, 2^o de l'accord de coopération CST. À ce sujet, l'article 8 de la loi du 15 janvier 1990 relative à l'institution et à l'organisation d'une Banque-carrefour de la sécurité sociale précise que ce numéro correspond soit au numéro d'identification du Registre national, soit au numéro d'identification de la Banque carrefour de la sécurité sociale.

73. Article 11, § 1^{er}, 3^o de l'accord de coopération CST.

74. Au sujet de cette dernière information, on mentionnera au passage que l'APD avait recommandé, afin de respecter le principe de minimisation des données, que celle-ci soit uniquement traitée lorsque le titulaire d'un certificat demandait à obtenir son certificat au format papier, par voie postale. Voy. Autorité de protection des données, Avis n° 124/2021 du 12 juillet 2021 concernant un projet d'accord de coopération 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

Sur le plan des traitements de données liés à l'utilisation du CST et de son contrôle au moyen de l'application COVIDScan, il faut distinguer les données effectivement consultables par l'utilisateur de l'application – c'est-à-dire les données du CST – des données traitées afin de générer le CST. Concernant les premières, l'accord de coopération précise que le CST contient uniquement le nom et le prénom de l'utilisateur, l'indication de la possibilité ou de l'impossibilité d'accès du visiteur à un lieu ainsi que la durée de validité du CST⁷⁵. Les textes encadrant l'utilisation du CST n'apportent pas de réponse claire quant aux données effectivement traitées lors de la génération d'un CST mais laissent entendre que les données traitées pour la génération du CST ne se limitent pas à celles affichées sur le CST. Alors que l'accord de coopération d'exécution CST mentionne que le CST est généré au moyen du traitement des données contenues dans le QR code du certificat numérique de l'UE, l'accord de coopération CST dispose que les catégories de données du certificat COVID de l'UE sont traitées pour générer un COVID Safe Ticket⁷⁶.

§ 2. Les acteurs impliqués au sens du RGPD

Dans le cadre du déploiement et de l'utilisation du CST en Belgique, plusieurs acteurs se voient attribuer la qualité de responsable du traitement ou de sous-traitant au sens du RGPD ⁷⁷ pour différentes opérations de traitement de données à caractère personnel. Ci-après nous identifions ces acteurs pour deux opérations de traitement distinctes, à

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 (CO-A-2021-139 & CO-A-2021-140), n° 29. Bien que le rapport au Roi de l'accord de coopération CST aille en ce sens, cette exigence ne trouve aucun écho dans le corps du texte de l'accord de coopération. Par ailleurs, le contrat de sous-traitance passé entre les agences et entités chargées de la création et la délivrance des certificats et *Digitaal Vlaanderen* laisse même entendre un traitement systématique de cette donnée. Voy. Contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *Digitaal Vlaanderen*, p. 10. Ce document énumère les données traitées pour la création d'un certificat. Il n'y est nullement précisé que la résidence principale du titulaire est traitée uniquement pour délivrer un certificat à son titulaire par voie postale.

75. Article 13, § 2 de l'accord de coopération CST.

76. Voy. article 3 de l'accord de coopération d'exécution CST et les articles 12, § 3 et 13, § 1^{er} de l'accord de coopération CST.

77. Sur les notions de responsable du traitement et de sous-traitant, voy. les définitions inscrites aux articles 4, 7) et 4, 8) du RGPD. Voy. également les lignes directrices de l'European Data Protection Board y relatives : EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, 02 September 2020. Voy. aussi A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GPDR). Analyse approfondie, op. cit.*, pp. 378-381.

savoir (i) la création et la délivrance d'un certificat COVID numérique de l'UE et (ii) le contrôle du CST pour conditionner l'accès à un événement ou un établissement.

En ce qui concerne la création et la délivrance des certificats COVID de l'UE, l'identité du responsable du traitement diffère en fonction de la nature du certificat. Ainsi, pour les certificats de vaccination, six entités et agences⁷⁸ sont désignées comme responsables du traitement⁷⁹. Il s'agit des autorités chargées de la vaccination du citoyen. *Sciensano* est lui désigné comme responsable du traitement pour la création et la délivrance des certificats de test et de rétablissement⁸⁰. L'accord de coopération CST attribue un rôle de sous-traitant à *Digitaal Vlaanderen* pour la fourniture des services opérationnels nécessaires à ces opérations de traitement⁸¹. Dans le cadre de la création et la mise à jour de la liste des certificats vaccinaux suspendus – sur la base desquels il n'est temporairement plus possible de générer un CST – ces mêmes acteurs sont impliqués dans le traitement de données. *Sciensano* d'une part agirait comme responsable du traitement pour le transfert des données relatives aux résultats de tests positifs⁸² et les agences en charge de la vaccination seraient responsables du traitement pour la création et la

78. Sont spécifiquement visés, la Commission communautaire commune, la Commission communautaire française, l'Office de la Naissance et de l'Enfance, l'Agence wallonne de la santé, de la protection sociale, du handicap et des familles, het Agentschap Zorg en Gezondheid et Ministerium der Deutschsprachigen Gemeinschaft.

79. Lecture combinée des articles 4 et 15 de l'accord de coopération CST et de l'article 7, § 1^{er} de l'accord de coopération du 21 mars 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 de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19.

80. Articles 5 et 15 de l'accord de coopération CST.

81. Article 6, § 1^{er} de l'accord de coopération CST.

82. Protocole d'encadrement de traitement de données au sens de l'article 20 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, entre *Sciensano* et AZG, AVIQ, COCOM, MDG et ONE concernant l'accès aux données de tests positifs pour la génération de Covid Safe Tickets, s.d., p. 4. Document disponible à l'adresse suivante : https://www.sciensano.be/sites/default/files/20211018_protocol_cst_vaccination_suspended_fr.pdf (consulté la dernière fois le 2 décembre 2021). Sur le sujet des protocoles d'échange de données entre administrations, voy. M. KNOCKAERT, « La loi du 30 juillet 2018 : l'échange de données à caractère personnel au sein du secteur public », *R.D.T.I.*, 2019/1, pp. 5-24.

mise à jour de cette liste⁸³. *Digitaal Vlaanderen* établirait ladite liste en qualité de sous-traitant⁸⁴.

Pour la vérification du CST préalablement à l'accès à un évènement ou un établissement, l'accord de coopération n'identifie pas explicitement le responsable du traitement. Néanmoins, ce texte et ceux adoptés par les entités fédérées créent une obligation, dans le chef de l'organisateur d'un évènement ou du gestionnaire d'un établissement pour lequel l'accès est conditionné à l'utilisation du CST, de traiter les données à caractère personnel de ses visiteurs⁸⁵ (c'est-à-dire d'utiliser l'application COVIDScan⁸⁶ afin de générer le CST des visiteurs et, si nécessaire leur refuser l'accès⁸⁷). Aussi bien la politique de confidentialité de l'application COVIDScan⁸⁸ que l'analyse d'impact y relative⁸⁹ identifient l'utilisateur de l'application COVIDScan comme étant le responsable du traitement réalisé via cette application. En d'autres termes, les textes encadrant ce dispositif ont eu pour effet d'imposer la qualification de responsable du traitement à de nombreux acteurs privés et, par extension, de les soumettre au respect du RGPD. Ce raisonnement semble avoir été avalisé, à tout le moins implicitement, par l'APD. Dans plusieurs avis, cette dernière souligne en effet la nécessité d'une base de licéité dans le chef des organisateurs et exploitants de certains lieux

83. *Ibid.*, p. 4. Déclaration de confidentialité concernant le traitement de données et la protection des données dans le cadre du certificat Covid numérique – COVIDSCAN. BE APP, v.2, p. 3. Document disponible à l'adresse suivante : <https://www.covidscan.be/front/pdf/privacy-statement-covidscan-app-v1-fr.pdf> (consulté la dernière fois le 1^{er} décembre 2021). Avenant au contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen, s.d.*, p. 1.

84. Protocole d'encadrement de traitement de données [...] entre *Sciensano* et *AZG, AVIQ, COCOM, MDG* et *ONE* concernant l'accès aux données de tests positifs pour la génération de Covid Safe Tickets, *op. cit.*, p. 10 ; Avenant au contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen, s.d.*, p. 1.

85. Lecture *a contrario* de l'article 12, § 2 de l'accord de coopération CST. Cette disposition mentionne que la lecture du CST n'est pas obligatoire sauf si (i) l'évènement est notamment un évènement de masse, (ii) l'établissement en question répond à la définition de discothèque ou (iii) une entité fédérée a adopté une norme encadrant son utilisation.

86. L'article 13, § 6 impose aux organisateurs et gestionnaires l'utilisation de l'application COVIDScan. Cette même disposition interdit la génération d'un CST par d'autres moyens que le module CST de l'application COVIDScan.

87. Article 12, § 2, alinéa 3 de l'accord de coopération CST.

88. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, v.02.02, *op. cit.*, p. 14.

89. Déclaration de confidentialité concernant le traitement de données et la protection des données dans le cadre du certificat Covid numérique – COVIDSCAN. BE APP, v.2, p. 2. Document disponible à l'adresse suivante : <https://www.covidscan.be/front/pdf/privacy-statement-covidscan-app-v1-fr.pdf> (consulté la dernière fois le 1^{er} décembre 2021).

et événements lorsqu'ils utilisent le CST (voy. *infra* à ce sujet)⁹⁰. Il est permis, au passage, de s'interroger sur la charge régulatoire imposée à ces acteurs en raison des choix opérés par le législateur dès lors qu'en raison de la nature des données traitées, nombre d'entre eux pouvaient théoriquement se voir imposer la réalisation d'une analyse d'impact⁹¹ ainsi que la tenue d'un registre des activités du traitement⁹².

§ 3. Les flux de données générés par le CST

La création d'un certificat COVID numérique de l'UE, nécessite, sur le plan national le traitement de données du citoyen issues de multiples bases de données. À ce sujet, l'accord de coopération CST prévoit que les données nécessaires à la création d'un certificat de vaccination sont issues de la base de données *vaccinnetplus*. Les données traitées pour établir un certificat de test ou de rétablissement proviennent de la Base de données I créée pour permettre le traçage des contacts dans la lutte contre la COVID-19⁹³. Le numéro d'identification national du titulaire est, quant à lui, issu de l'une de ces deux bases de données en fonction du type de certificat établi⁹⁴. Enfin, le nom, le prénom, la date de naissance et la résidence principale du titulaire sont obtenus via le Registre national⁹⁵. Il ne s'agit cependant pas là des seuls flux de

90. Autorité de protection des données, Avis n° 164/2021 du 28 septembre 2021 concernant un avant-projet d'ordonnance relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière (CO-A-2021-210), n°s 30 et 31 ; Autorité de protection des données, Avis n° 163/2021 du 23 septembre 2021 concernant un avant-projet d'Accord de coopération visant à la modification de 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, (CO-A-2021-204 et CO-A-2021-205), n°s 30 à 33. Autorité de protection des données, Avis n° 187/2021 du 12 octobre 2021 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), n°s 33 à 37.

91. À ce sujet on relèvera toutefois que le Groupe 29 laisse ouverte la possibilité de réutilisation d'une analyse d'impact pour évaluer plusieurs opérations de traitement similaires en termes de nature, de portée, de contexte, de finalités et de risques. L'AIPD de l'application COVIDScan pourrait dès lors être réutilisée par ces responsables du traitement. Voy. Groupe de travail « Article 29 », *Lignes directrices concernant l'analyse d'impact relative à la protection des données (AIPD) et la manière de déterminer si le traitement est « susceptible d'engendrer un risque élevé » aux fins du règlement (UE) 2016/679*, 4 octobre 2017, WP 248 rév. 01, pp. 8-9.

92. Article 30, § 5 et article 35, § 3, c) du RGPD.

93. Article 11, § 2, 3° de l'accord de coopération CST.

94. Article 11, § 2, 2° et 3° de l'accord de coopération CST.

95. Article 11, § 2, 1° de l'accord de coopération CST.

données institués par l'accord de coopération puisqu'il est également prévu que les centres de contact désignés par les entités fédérées sont autorisés à traiter des données afin de pouvoir répondre aux questions des titulaires de certificats de test et de rétablissement⁹⁶.

En plus de ces flux de données, identifiables à la lecture de l'accord de coopération CST, d'autres transferts de données découlent du contrat de sous-traitance passé entre les agences responsables de la création d'un certificat et *Digitaal Vlaanderen*. Ainsi, on comprend, à la lecture de ce document que *Digitaal Vlaanderen* recourt à un sous-traitant ultérieur qui a lui-même recours cette fois aux services de cinq sous-traitants ultérieurs. Parmi ces cinq entités l'une d'entre elles fait appel aux services d'un sous-traitant ultérieur⁹⁷. Il n'est toutefois pas mentionné quelle est l'implication exacte de ces divers sous-traitants ultérieurs dans le traitement de données relatif à la création et à la délivrance des certificats ni l'étendue des données qu'ils sont amenés à traiter.

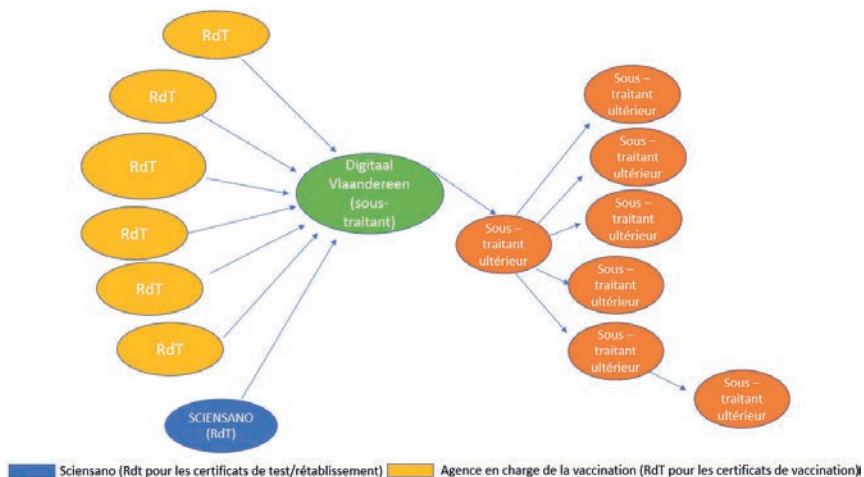


Schéma présentant la chaîne de sous-traitance pour la délivrance des certificats COVID numériques de l'UE.

96. Articles 8, § 3 et 9, § 3 de l'accord de coopération CST. À cette fin, les employés de ces centres traitent des informations relatives à l'existence de l'un de ces certificats dans le chef du titulaire et sont en mesure de savoir si ledit certificat a été délivré à son titulaire.

97. Annexe 2 du Contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen*.

L'implication de divers sous-traitants ultérieurs soulève cependant la question de la transparence du traitement vis-à-vis du citoyen dès lors que les politiques de confidentialité de l'application COVIDSafe et des certificats numériques n'y font pas référence⁹⁸. Certes, les articles 13 et 14 du RGPD consacrent uniquement une obligation d'informer la personne concernée des destinataires éventuels des données traitées⁹⁹ et non de l'identité des sous-traitants et sous-traitants ultérieurs impliqués dans le traitement. Toutefois, l'EDPB précise que le terme de « destinataire » recouvre également les sous-traitants éventuels¹⁰⁰. Au regard de la sensibilité des données traitées, on peut donc se demander si le citoyen ne possède pas un intérêt légitime à être informé du fait que le traitement de données ne se limite pas à une relation entre l'agence chargée de lui délivrer un certificat et un unique sous-traitant, *a fortiori* si les GAFAM sont impliqués dans le traitement. Ainsi que nous le commenterons encore, il a notamment été fait appel aux services d'Amazon pour l'hébergement de la liste des certificats de vaccination temporairement suspendus¹⁰¹.

98. Ces documents sont respectivement consultables aux adresses suivantes <https://covid-safe.be/fr/confidentialite-et-donnees> et <https://covid-safe.be/fr/privacyverklaring-covid-certificaat> (consultés la dernière fois le 29 novembre 2021).

99. Articles 13, § 1^{er}, e) et 14, § 1^{er}, e) du RGPD.

100. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, *op. cit.*, p. 30.

101. À ce propos, voy. spécifiquement les pages 191 à 196 du présent ouvrage.

CHAPITRE II.

RÉFLEXIONS SUR LA LÉGALITÉ DU CST

Tel que décrit dans la première partie de la présente contribution, le CST, en tant qu'outil de contrôle d'accès implique diverses opérations de traitement des données du citoyen qui constituent des ingérences dans le droit fondamental à la protection de la vie privée garanti à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et à l'article 22 de la Constitution. À ce propos, la Cour européenne des droits de l'homme a, à plusieurs reprises, précisé que la « protection des données à caractère personnel joue un rôle fondamental pour l'exercice du droit au respect de la vie privée »¹⁰². Partant, la protection des données doit être vue comme une composante essentielle de la vie privée¹⁰³. Aussi, lorsque l'État décide d'établir et de délivrer au citoyen un certificat COVID numérique mais également de réutiliser ce certificat à des fins de contrôle, ces ingérences doivent être prévues par une « loi ». En Belgique, le principe de légalité impose le respect d'une double exigence, à savoir d'une part celle de la légalité formelle et, d'autre part, celle de la légalité matérielle¹⁰⁴.

102. Cour eur. D.H., arrêt *S et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, § 103 ; Cour eur. D.H. arrêt *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, § 43.

103. Cette interprétation est confirmée par la Cour constitutionnelle. Voy. notamment C.C., 5 octobre 2017, n° 108/2017, B.6.4 ; C.C., 15 mars 2018, n° 29/2018, B.11.

104. G. ROSOUX, « Le principe de légalité : intervention d'un législateur et prévisibilité de la « loi », in *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, 1^{re} éd., Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 869-870 ; C. FIEVET, « Utilisation des données de consommation énergétique et lutte contre les adresses fictives : contours et alentours de l'arrêt n° 29/2018 de la Cour constitutionnelle », *R.B.D.C.*, 2018, p. 321.

Comme rappelé par le Conseil d'État¹⁰⁵ et la Cour constitutionnelle¹⁰⁶, le principe de légalité formelle vise à garantir aux citoyens que tout traitement de données, et de manière plus large toute ingérence dans le droit à la vie privée, soit organisé par une loi au sens formelle du terme. En application de ce principe, la Constitution réserve donc au législateur la compétence de porter atteinte au droit à la vie privée en adoptant des normes de valeur législative (c'est-à-dire une loi, un décret ou une ordonnance bruxelloise). En pratique, la légalité formelle s'oppose donc à l'instauration d'un traitement de données à caractère personnel par le biais d'une norme réglementaire. L'importance de cette exigence est par ailleurs renforcée par le principe de licéité inscrit dans le RGPD¹⁰⁷ qui impose non seulement le respect des règles en matière de protection des données mais aussi de l'ensemble du droit applicable¹⁰⁸. Plusieurs avis du groupe 29¹⁰⁹ vont en ce sens et interprètent

105. Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération 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, avis n° 69.730/VR du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch., 2020-2021, n° 2129/001, p. 35 ; projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération du 12 mars 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 de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19, avis n° 68.844/VR du Conseil d'État, *Doc. parl.*, n° 1853/001, Ch. repr., 2020-2021, p. 43.

106. C.C., 18 octobre 2006, n° 151/2006, B. 5.6. Voy. également C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B. 10.2. ; C.C., 5 octobre 2017, n° 108/2017, B.6.4.

107. Article 5, § 1^{er}, a) du RGPD.

108. À noter que ce principe reçoit également, en doctrine, une interprétation restreignant ce principe à l'exigence que le traitement de données repose sur l'une des hypothèses de licéité énumérée dans le règlement. En ce sens, voy. A. BENSOUSSAN, *La protection des données personnelles de A à Z*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 176-177 ; B. DOCKIR, « Principes généraux de la protection des données », in *Droit du numérique*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 416-417 ; A. BEELEN, *Guide pratique RGPD*, Bruxelles, Bruylant, 2018, p. 30. D'autres auteurs, auxquels nous appartenons, optent toutefois pour l'interprétation plus large exposée ci-dessus. Voy. F. JACQUES, « Personnalisation des prix – Regard européen sur la pratique », *R.D.T.I.*, 2020, n° 78-79, p. 64 ; C. DE TERWANGNE, « Les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel et à sa licéité », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GPDR). Analyse approfondie*, op. cit., pp. 88-89 ; O. TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, op. cit., pp. 115-116 ; V. DELFORGE, D. GOBERT et J.-P. MOINY, « Blocage de site web à contenu illégal : la Cour de justice affine sa jurisprudence », *R.D.T.I.*, 2014, n° 55, pp. 52-53 ; K. ROSIER, et S. GILSON, « Licéité de la preuve et droit au respect de la vie privée : principes et sanctions », *R.D.T.I.*, 2008, n° 31, p. 256.

109. Groupe de travail « article 29 », Opinion 01/2015 on Privacy and Data Protection Issues relating to the Utilisation of Drones, 16 juin 2015, WP 231, p. 13 ; Groupe de travail « article 29 », Opinion 4/2004 on the Processing of Personal Data by means of

l'exigence de licéité comme imposant la conformité des traitements de données aux principes constitutionnels applicables en droit interne¹¹⁰. En d'autres termes, la conformité d'un traitement de données au RGPD impose également aux pouvoirs publics le respect de l'exigence de légalité formelle inscrit dans la Constitution.

La légalité matérielle vise, quant à elle, à assurer la qualité, la clarté et la prévisibilité de la norme afin de permettre au citoyen de déterminer précisément à quelles conditions et dans quelles circonstances les autorités publiques peuvent s'ingérer dans son droit à la protection de la vie privée¹¹¹. Cette exigence a pour effet de créer, dans le chef du législateur, une obligation de déterminer, dans la norme, les éléments essentiels du traitement. À ce propos, sont généralement considérées comme tels (i) la finalité du traitement (c'est-à-dire dire les objectifs ou buts poursuivis par le traitement de données), (ii) les catégories de données traitées ainsi que le mode de collecte des données, (iii) les catégories de personnes concernées, (iv) les catégories de destinataires des données (c'est-à-dire les personnes autorisées à traiter ces données) et (v) la durée de conservation des données¹¹². À cette liste d'éléments essentiels, l'APD ajoute le responsable du traitement¹¹³.

Video Surveillance, 11 février 2004, WP 89, p. 16 ; Groupe de travail « Article 29 », Opinion 8/2001 on the processing of personal data in the employment context, 13 septembre 2001, WP48, p. 18.

110. Groupe de travail « Article 29 », Opinion 03/2013 on purpose limitation, 2 avril 2013, WP 203, pp. 19-20. En ce sens, voy. aussi le considérant 41 du RGPD, lequel mentionne « Lorsque le présent règlement fait référence à une base juridique ou à une mesure législative, cela ne signifie pas nécessairement que l'adoption d'un acte législatif par un parlement est exigée, sans préjudice des obligations prévues en vertu de l'ordre constitutionnel de l'État membre concerné ».

111. C.C., 15 mars 2018, n° 29/2018, B.13.2 ; C.C., 16 mai 2013, n° 66/2013, B.11.1.

112. Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération 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, avis n° 69.730/VR du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 2129/001, p. 35 ; projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique, avis n° 68.936/AG du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 1951/001, p. 119 ; Voy. aussi E. DEGRAVE, « L'e-gouvernement et l'exigence constitutionnelle de légalité », in *L'e-gouvernement et la protection de la vie privée*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 165-167 ; E. DEGRAVE, « Traçage, fichage, profilage – La vie privée touchée par le Covid », in F. BOUHON, E. SLAUTSKY et S. WATTIER (dir.), *Le droit public belge face à la crise du COVID-19*, op. cit., pp. 785-805.

113. Voy. Autorité de protection des données, Avis n° 27/2021 du 17 mars 2021 relatif à un Projet d'accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Région wallonne, la Communauté germanophone et la Commission communautaire commune concernant le transfert de données nécessaires aux entités fédérées, aux autorités locales

Enfin, le RGPD, en tant que règlement européen doté d'effet direct, doit être pris en considération lors de l'examen de la légalité d'une norme instaurant un traitement de données. En effet, selon la méthode dite du « tout indissociable », lorsqu'une disposition conventionnelle trouve écho dans une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, les garanties conventionnelles constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites au sein de la Constitution¹¹⁴. S'appuyant sur cette méthode, le tribunal de première instance de Namur, siégeant en référé, a décidé que le RGPD, au même titre que la loi du 30 juillet 2018 faisait partie du « bloc de constitutionnalité » garantissant le respect du droit à vie privée. Partant, la violation de ce texte, par le législateur, serait de nature à entraîner l'illégalité d'une norme instaurant un traitement de données¹¹⁵.

Dans la seconde partie de cette contribution nous analysons certains aspects du cadre législatif régissant le CST au regard du principe de légalité. À cette occasion, il sera expliqué que le traitement de données consistant à établir une liste de certificats temporairement suspendus ne respecte pas l'exigence de légalité formelle. En ce qui concerne l'exigence de légalité matérielle, nous verrons que la finalité du traitement, en tant qu'élément essentiel du traitement de données, ne semble pas à la hauteur des standards établis par le RGPD. Enfin nous porterons notre attention sur deux aspects du traitement dont la compatibilité avec le RGPD doit être questionnée. Premièrement la base de licéité du traitement instaurée par le législateur semble faire parfois défaut. Deuxièmement, nous verrons que certaines exigences de la loi du 30 juillet 2018¹¹⁶ ne semblent pas avoir été suffisamment prises en compte lors de la mise en œuvre concrète du CST.

ou aux services de police en vue du respect de l'application de la quarantaine ou du test de dépistage obligatoires des voyageurs en provenance de zones étrangères et soumis à une quarantaine ou à un test de dépistage obligatoire à leur arrivée en Belgique (CO-A-2021-050), n° 12 ; Autorité de protection des données, Avis n° 138/2020 du 18 décembre 2020 relatif à un projet d'arrêté royal concernant l'enregistrement et le traitement de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19 (CO-A-2020-147), n° 11.

114. E. DEGRAVE, « L'e-gouvernement et l'exigence constitutionnelle de légalité », in *L'e-gouvernement et la protection de la vie privée*, op. cit., p. 162.

115. Civ. Namur, div. Namur (9^e ch. Réf.), 30 novembre 2021, inéd., R.R. n° 21/20C. À propos du « bloc de constitutionnalité » évoqué par la magistrate, qui comprend notamment l'article 22 de la Constitution et la législation fédérale en la matière, voy. not. E. DEGRAVE, « L'article 22 de la Constitution et les traitements de données à caractère personnel », J.T., 2009, pp. 362-371.

116. Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Ci-après « loi du 30 juillet 2018 ».

Section 1. La liste de suspension temporaire des certificats vaccinaux – un traitement de données ne respectant pas le principe de légalité formelle

L'accord de coopération CST constitue la pièce maitresse de l'enca-drement législatif du CST puisque, d'une part, ce texte régit l'utilisation du CST pour conditionner l'accès à certains lieux et événements sur l'en-semble du territoire, et, d'autre part il donne compétence aux entités fédérées pour imposer l'utilisation du CST dans les secteurs addition-nels. Sur le plan de la légalité formelle, l'APD considère qu'un accord de coopération au sens de la loi spéciale de réformes institutionnelles du 8 août 1980 constitue un instrument adéquat pour régir un traitement de données à caractère personnel. Cette position semble résulter du fait que les parties prenantes donnent assentiment à ce texte au moyen d'une norme votée par une assemblée délibérante¹¹⁷.

L'accord de coopération CST contient toutefois une délégation au pouvoir exécutif. En effet l'article 17, § 5 dispose que « le fonctionne-ment d'applications COVIDScan et les traitements de données utiles dans ce cadre sont régis par un accord de coopération d'exécution ». Interrogé par le Conseil d'État au sujet de la compatibilité de cette dis-position avec le principe de légalité, le gouvernement avait répondu que cette délégation visait techniquement à assurer le respect du principe de minimisation des données en s'assurant que le CST affiche unique-ment le nom de son titulaire sur fond vert ou rouge¹¹⁸. Dès lors que cette disposition n'instaurait pas de « nouveaux traitements de données », le Conseil d'État avait considéré que la délégation n'était pas incompat-ible avec le principe de légalité, moyennant toutefois une formulation

117. Autorité de protection des données, Avis n° 27/2021 du 17 mars 2021, *op. cit.*, n° 13. Voy. aussi. Autorité de protection des données, Avis n° 16/2021 du 10 février 2021 relatif à un Projet d'accord de coopération 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 de données relatives aux vaccinations contre la COVID-19 (CO-A-2021-021), n° 13.

118. Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française, la Communauté germanophone, la Commission communautaire commune, la Région wallonne et la Commission communau-taire 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, avis n° 69.730/VR du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 2129/001, pp. 35-36.

plus claire de la disposition¹¹⁹. La Cour constitutionnelle ne s'oppose d'ailleurs pas à une telle délégation dans la mesure où celle-ci est suffisamment précise et porte sur l'exécution d'éléments essentiels du traitement préalablement définis par le législateur¹²⁰. En d'autres termes, la délégation semble permise lorsqu'elle concerne des aspects purement techniques du traitement, à condition que les éléments tels que la finalité du traitement soient consacrés dans une norme de valeur législative.

Dans un premier temps, l'accord de coopération d'exécution du 14 juillet 2021 semble avoir rencontré cette exigence. En substance il prévoyait, entre autres, que le CST ne pouvait afficher que deux valeurs (à savoir « donne accès » ou « ne donne pas accès » à un événement). Une annexe à ce texte comprenait en outre les règles de génération du CST¹²¹. Cela visait à assurer, par exemple, qu'un CST ne puisse être généré sur la base d'un certificat de vaccination qu'après écoulement d'un délai de 14 jours à dater du moment où le citoyen a reçu le nombre de doses de vaccin propre à son schéma de vaccination¹²². Cet accord de coopération a été abrogé et remplacé par l'accord de coopération d'exécution du 27 juillet 2021. Bien que ce second accord d'exécution reprenne, dans les grandes lignes, le contenu du précédent, il contient aussi une modification substantielle en son article 5, § 4. L'ajout de ce nouveau paragraphe prévoit la suspension, pour une durée de 11 jours, d'un certificat vaccinal lorsque des résultats de test établissent que son titulaire est positif au coronavirus¹²³. C'est sur la base de cette disposition qu'une liste de suspension temporaire de certificats de vaccination peut être établie et injectée dans l'application COVIDScan toutes les heures.

Ce faisant, l'accord de coopération d'exécution définit une nouvelle finalité de traitement initialement non-prévue dans l'accord de coopération CST, à savoir « empêcher une personne vaccinée mais faisant l'objet d'un test positif d'accéder à un événement ou lieu conditionné

119. Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération 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, avis n° 69.730/VR du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Ch. repr., 2020-2021, n° 2129/001, pp. 35-36.

120. Voy. par exemple C.C., 18 mars 2010, n° 29/2010, B. 16.1. ; C.C., 20 mars 2020, n° 27/2020, B.17. ; C.C., 15 mars 2018, n° 29/2018, B.13.1.

121. Articles 3, 4 et 5 de l'accord de coopération d'exécution CST.

122. Lecture combinée de l'article 6 et annexe I de l'accord de coopération d'exécution CST du 14 juillet 2021.

123. À l'heure de la rédaction de la présente contribution, cette exigence est inscrite dans l'article 5, § 4 de l'accord de coopération d'exécution CST du 15 octobre 2021.

à la présentation du CST »¹²⁴. Alors que l'accord de coopération CST prévoit le traitement de données afin de délivrer un certificat COVID numérique aux citoyens et de conditionner l'accès à une série de lieu ou d'évènement à la présentation de ce même certificat, l'accord d'exécution ajoute ici une finalité visant à identifier des citoyens vaccinés mais positifs à la COVID-19 pour pouvoir leur refuser d'accéder à un lieu ou un évènement. La qualification de « finalité supplémentaire » peut également se déduire du contrat de sous-traitance entre les autorités en charge de la vaccination et *Digitaal Vlaanderen* puisque la mise en œuvre de cette possibilité a nécessité l'adoption d'un avenant à ce contrat. Afin de qualifier les opérations requises à l'établissement d'une « liste noire des certificats de vaccination », le terme « finalité de traitement » est explicitement employé dans cet avenant¹²⁵. Par ailleurs, la création d'une liste de certificats vaccinaux suspendus doit, à notre sens, être qualifiée de « nouveau traitement de données ». Certes, une copie du contenu de la Base de données I est régulièrement communiquée par *Sciensano* à *Digitaal Vlaanderen* pour la création des certificats de test et de rétablissement. Toutefois, pour créer la liste de suspension, de nouvelles opérations de croisement de données sont techniquement rendues nécessaires. À cette fin il semble indispensable d'identifier de façon unique le citoyen dont les résultats de test sont positifs au moyen de son numéro de registre national¹²⁶, de vérifier s'il est titulaire d'un certificat de vaccination et, le cas échéant, d'inscrire l'identifiant de son certificat dans la liste.

Bien que la volonté d'empêcher des personnes vaccinées mais contaminantes de pouvoir utiliser un certificat de vaccination pour générer un CST, et accéder à lieu, puisse être considérée comme légitime, il n'en reste pas moins que la création d'une liste identifiant les certificats vaccinaux de ces personnes constituait une nouvelle finalité et impliquait de nouvelles opérations de traitement de données. Dès lors que la finalité du traitement est un élément essentiel du traitement, la Constitution réserve sa détermination au législateur. De même, il est permis de remettre en question la clarté de l'habilitation créée au profit du pouvoir exécutif. On peut légitimement s'interroger sur la possibilité, pour le citoyen, de pouvoir raisonnablement prévoir – sur la base d'une disposition dont la *ratio legis* annoncée est de garantir la minimisation

124. Formulation issue du protocole d'encadrement de traitement de données [...] entre *Sciensano* et AZG, AVIQ, COCOM, MDG et ONE concernant l'accès aux données de tests positifs pour la génération de Covid Safe Tickets, *op. cit.*, p. 6.

125. Avenant au contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen*, *s.d.*, p. 3.

126. *Ibid.*, p. 6.

des données – que l’identifiant unique de son certificat de vaccination est susceptible de figurer sur une liste de personnes vaccinées mais malades.

Aussi, étant donné que la finalité de création d’une liste de suspension temporaire est inscrite dans une norme réglementaire, ce traitement de données apparaît comme contraire au principe de légalité. L’absence de commentaires de l’APD sur cette disposition réglementaire étonne également. Partant, on peut se demander si elle n’a pas été ajoutée postérieurement à l’avis de l’APD relatif à l’accord d’exécution du 27 septembre 2021. De surcroît, l’APD n’a pas été consultée préalablement à l’adoption de l’accord de coopération d’exécution du 15 octobre 2021 malgré le fait que le RGPD impose la consultation préalable de l’autorité de contrôle lors de l’adoption de (i) normes législatives instaurant des traitements de données et (ii) de mesures réglementaires prises en exécution de ces normes¹²⁷. Quand bien même le traitement visant à établir une liste de suspension résulterait d’une modification postérieure à l’avis de l’APD, le gouvernement devait solliciter un avis avant l’adoption de l’accord de coopération d’exécution du 15 octobre 2021 contenant une modification substantielle par rapport au texte déjà présenté à l’autorité.

Section 2. Une absence de finalité claire

Tout traitement de données à caractère personnel doit respecter les principes contenus dans l’article 5 du RGPD¹²⁸. L’analyse de l’ensemble de ces principes n’est cependant pas l’objet de la présente contribution¹²⁹. Aussi, nous portons ici notre attention sur le principe dit de « limitation des finalités ». En particulier, ce principe met en lumière que les données doivent uniquement être traitées pour des finalités *déterminées, explicites et légitimes*¹³⁰. La formulation *déterminée* implique, à tout le moins, que la finalité du traitement ne soit pas excessivement large

127. Article 36, § 4 du RGPD.

128. Ces principes sont : (i) le principe de licéité, de loyauté et de transparence ; (ii) le principe de limitation des finalités ; (iii) le principe de minimisation des données ; (iv) le principe d’exactitude ; (v) le principe de limitation de la conservation ; (vi) le principe d’intégrité et de confidentialité et (vii) le principe de responsabilité.

129. Pour une analyse exhaustive de ces différents principes, le lecteur est notamment invité à consulter les contributions suivantes : C. DE TERWAGNE, « article 5 Principles relating to processing of personal data », in C. KUNER, L. BYGRAVE, C. DOCKSEY et L. DRECHSLER (dir.), *The EU General Data Protection Regulation : A commentary*, Oxford, Oxford university press, 2020, pp. 309 et s.

130. Article 5, § 1^{er}, b) du RGPD.

ou formulée de manière floue¹³¹. Tel que soulignée par le groupe 29, cette exigence est essentielle parce qu'elle contribue à la prédictibilité du traitement pour la personne concernée. Le fait qu'une finalité soit *explicite* signifie que celle-ci ne peut être cachée¹³² ou ambiguë mais également que le législateur doit, lors de la définition d'une finalité, faire montre de pédagogie et s'efforcer à l'expliquer le plus clairement possible¹³³. Selon l'APD cette exigence fait aussi obstacle à l'inscription des finalités du traitement dans les travaux préparatoires¹³⁴. Celles-ci ne peuvent donc se déduire des travaux préparatoires mais doivent être inscrites dans la norme. Dans ce contexte, il est nécessaire de distinguer (i) la finalité poursuivie dans l'accord de coopération afin de conditionner l'accès aux événements de masse, aux projets pilotes et aux discothèques et dancings de (ii) la finalité poursuivie dans les textes qui ont été adoptés par les entités fédérées afin d'encadrer l'utilisation du CST dans les secteurs additionnels.

Au regard de ces exigences, la finalité du traitement de données réalisé lors de l'utilisation du CST, telle qu'inscrite dans l'accord de coopération CST, ne semble pas répondre à la définition de finalité déterminée et explicite. En effet, l'accord de coopération se borne à définir le CST comme étant le résultat de la lecture du certificat COVID numérique de l'UE, au moyen d'une application numérique afin de réguler l'accès à un lieu ou un événement. Outre le caractère particulièrement vague, voire incomplet de cette finalité, celle-ci est loin de constituer une fin en soi. Tout au plus, cette finalité peut être qualifiée de simple moyen

131. En ce sens, Groupe de travail « article 29 », Opinion 03/2013 on purpose limitation, *op. cit.*, WP 203, pp. 15-16 : *a purpose that is vague or general, such as for instance « improving users' experience », « marketing purposes », « IT-security purposes » or « future research » will – without more detail – usually not meet the criteria of being « specific ».*

132. *Ibid.*, p. 17. En ce sens, le Groupe de travail « article 29 » mentionne : *In other words, purposes, must be clearly revealed [...].*

133. E. DEGRAVE, *L'Egouvernement et la protection de la vie privée – Légalité, transparence et contrôle*, *op. cit.*, p. 192.

134. Voy. en ce sens : Autorité de protection des données, Avis n° 134/2019 du 3 juillet 2019 concernant le projet d'arrêté du Gouvernement wallon relatif aux conditions de détention et de commercialisation au sein des élevages pour chiens et chats, des établissements commerciaux pour animaux et des pensions pour chiens et chats (CO-A-2019-131), n°s 23 à 25 ; Autorité de protection des données, Avis n° 122/2019 du 19 juin 2019 sur les articles 2.2, 2.7 et 4.8, § 1^{er} du projet d'arrêté royal relatif à la navigation de plaisance (CO-A-2019-128) n°s 10 à 12 ; Autorité de protection des données, Avis n° 149/2019 du 4 septembre 2019 concernant un Projet d'arrêté royal modifiant l'AR/CIR 92 afin de déterminer le contenu des fiches individuelles que les institutions de pension doivent remettre par voie électronique à l'administration fiscale en application de l'article 321ter du Code des impôts sur les revenus 1992 (CO-A-2019-159), n°s 8 à 10.

pouvant être utilisé pour atteindre un but¹³⁵. La problématique étant qu'à la lecture de l'accord de coopération CST, il est difficile d'identifier le but que cherche à atteindre le législateur en conditionnant l'accès à un lieu en traitant les données concernant la santé du citoyen.

En ce qui concerne l'utilisation du CST afin de conditionner l'accès aux secteurs additionnels, les entités fédérées avaient, pour partie, choisi de mentionner explicitement la finalité du traitement. Il s'agissait plus particulièrement de la région wallonne et de la communauté germanophone. *A contrario*, le texte de l'ordonnance Bruxelloise et le décret flamand restaient silencieux sur la finalité poursuivie. Quand la finalité du traitement était mentionnée, celle-ci était à géométrie variable. Dans le décret wallon, la finalité annoncée était sanitaire puisque le texte disposait que l'utilisation du CST visait à réduire la pression sur le système des soins de santé afin d'éviter les conséquences néfastes sur l'état de santé général de la population¹³⁶. La finalité poursuivie en région de langue allemande paraissait être plus large. Outre un objectif sanitaire, à savoir limiter la propagation du virus et éviter la surcharge du système des soins de santé, l'utilisation du CST visait à atteindre l'objectif économique d'éviter la fermeture des secteurs additionnels¹³⁷.

Il en résulte qu'au sud du pays, l'utilisation du CST, dans les secteurs additionnels, poursuivait une finalité tantôt sanitaire, tantôt économique et sanitaire. À Bruxelles et au nord du pays, aucune finalité n'était explicitement mentionnée lorsqu'il s'agissait d'imposer le CST comme outil de régulation d'accès dans les secteurs additionnels. Une conclusion similaire s'impose à propos de l'utilisation du CST, à l'échelle nationale, lorsqu'il est utilisé afin de contrôler l'accès aux événements de masse et aux discothèques. Il est en conséquence permis de s'interroger sur la finalité qui était effectivement poursuivie dans ces cas de figure. Les travaux préparatoires laissent sous-entendre une finalité d'ordre sanitaire et économique en visant à diminuer la circulation du virus afin de limiter la pression sur les soins de santé tout en évitant, par la même occasion, la fermeture de certains secteurs et les annulations

135. E. DEGRAVE, *L'Egouvernement et la protection de la vie privée – Légalité, transparence et contrôle*, op. cit., pp. 189-190 et références citées.

136. Article 4 du décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque.

137. Article 10.6.5. du décret de la Communauté germanophone du 1er juin 2004 relatif à la promotion de la santé et à la prévention médicale tel que modifié par le décret du 29 octobre 2021.

d'évènements¹³⁸. Cependant, malgré les recommandations formulées par l'APD¹³⁹, cette finalité est absente de l'accord de coopération et de partie des textes adoptés par les entités fédérées. Aussi, on peut se demander, si le silence des textes n'indiquait pas une finalité d'utilisation du CST comme un incitant à la vaccination du citoyen¹⁴⁰ tout en évitant le débat épineux d'une éventuelle obligation vaccinale. Il est en tout cas regrettable que le législateur laisse place à un tel doute quant à la finalité effectivement poursuivie.

Section 3. L'utilisation du CST dans les secteurs additionnels – une base de licéité parfois défailante

Le principe de licéité inscrit à l'article 5 du RGPD est complété par l'article 6, § 1^{er} du RGPD. Ce dernier requiert que chaque traitement de données repose sur l'une des six bases de licéité énumérées de manière exhaustive et limitative¹⁴¹. Le contrôle de l'existence d'un CST valide dans le chef du citoyen, par le biais de l'application COVIDScan est donc également soumis à cette exigence¹⁴² qui implique que le responsable du traitement – *in casu*, entre autres, l'exploitant d'un lieu – puisse invoquer une base de licéité inscrite dans le RGPD. De plus, comme il l'a été expliqué, le CST et l'indication selon laquelle son

138. Voy. notamment. Voorstel van decreet over het Covid Safe Ticket, exposé des motifs, *Parl. St.*, VI. Parl., 2021-2022, n° 989/1, p. 3 ; Projet d'ordonnance relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Ass. réun. C.C.C., 2021-2022, B-89/1, p. 2 et p. 4.

139. Autorité de protection des données, Avis n° 163/2021 du 23 septembre 2021, *op. cit.*, n°s 12 et 13 ; Autorité de protection des données, Avis n° 164/2021 du 28 septembre 2021, *op. cit.*, n°s 8 et 9.

140. En ce sens, on relèvera que l'article 5, § 1^{er}, 4° de l'ordonnance du 14 octobre 2021 mentionne le taux de vaccination comme étant l'un des critères à prendre en considération lors de la décision d'imposer l'utilisation du CST. Voy. également le préambule de l'arrêté de police du 14 octobre 2021 du Ministre-Président maintenant certaines restrictions sanitaires dans la lutte contre le COVID-19 et portant abrogation de l'arrêté de police du 30 septembre 2021. Il y est explicitement mentionné « Qu'eu égard à la détérioration de la situation épidémiologique sur le territoire de la Région de Bruxelles-Capitale depuis la fin de l'été ainsi que le constat d'un taux de vaccination toujours trop faible, le Collège Réuni a sollicité l'avis du RAG au sujet de la nécessité d'étendre l'utilisation du CST en Région de Bruxelles-Capitale ».

141. Voy. C.J., arrêt *Asociación Nacional de Establecimientos Financieros de Crédito (ASNEF) and Federación de Comercio Electrónico y Marketing Directo (FECEMD) c. Administración del Estado*, 24 novembre 2011, affaires jointes C-468/10 et C-469/10, EU : C : 2011 : 777, pts 30 et 31.

142. À ce propos, la simple consultation de données relève que la notion de traitement de données à caractère personnel au sens du RGPD. Voy. article 4, 2) du RGPD.

titulaire peut accéder à un événement ou un lieu, doivent être qualifiées de données sensibles. L'article 9 du RGPD – qui interdit, en principe le traitement des données concernant la santé – trouve également à s'appliquer lors du contrôle du CST. À ce sujet, l'EDPB tend à considérer qu'outre le respect des principes inscrit à l'article 5, le responsable du traitement doit justifier d'une base de licéité contenue dans l'article 6 du RGPD mais également être en mesure d'invoquer l'un des motifs inscrits à l'article 9, § 2 afin de pouvoir lever l'interdiction de traitement applicable aux données sensibles¹⁴³.

Vis-à-vis de l'utilisation du CST, l'existence d'une base de licéité semble avoir fait défaut en fonction de la situation géographique du responsable du traitement. Tel que mentionné, l'accord de coopération laisse aux entités fédérées la liberté d'imposer le recours au CST pour réglementer l'accès aux secteurs additionnels. Dans la mise en place de cette mesure, les entités fédérées avaient toutefois opté pour des approches différentes. Sur le territoire de langue française de la Région wallonne et en Communauté germanophone, dans les secteurs additionnels, la vérification du CST des visiteurs était rendue obligatoire^{144 145}. En d'autres termes, les organisateurs et les exploitants n'avaient d'autres choix que de procéder au contrôle du CST de leurs visiteurs. Dans ce cas de figure, l'APD considère que la base de licéité du traitement, dans le chef des organisateurs et exploitants, consiste dans le respect d'une obligation légale¹⁴⁶.

143. Voy. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux*, 13 avril 2021, p. 36 ; European Data Protection Board, *Guidelines 02/2021 on virtual voice assistants*, 7 juillet 2021, p. 23 ; EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Lignes directrices 3/2019 sur le traitement des données à caractère personnel par des dispositifs vidéo*, 29 janvier 2020, p. 17.

144. Voy. l'article 5 du décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket. Ainsi que l'article 3.7. de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 21 janvier 2021 fixant des mesures visant à prévenir la propagation du coronavirus.

145. À noter toutefois qu'il existe des exceptions à cette obligation qui sont susceptibles de varier en fonction du texte concerné. À titre d'exemple, en Communauté germanophone, le CST est rendu obligatoire pour les centres de fitness et pour les compétitions sportives (i) se déroulant à l'intérieur et (ii) auxquelles participent plus de 50 visiteurs. Voy. article 3.7., 6° de l'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 21 janvier 2021 fixant des mesures visant à prévenir la propagation du coronavirus. Par opposition, en Région wallonne, le CST est rendu obligatoire aussi bien pour les visiteurs des centres de fitness que pour les visiteurs des centres de sport. Aucune exception n'est prévue pour les visiteurs des centres de sport lorsqu'une activité se déroule en intérieure et réunit moins de 50 visiteurs.

146. Autorité de protection des données, Avis n° 187/2021 du 12 octobre 2021, *op. cit.*, n° 36 et n° 37 ; Autorité de protection des données, Avis n° 164/2021 du 28 septembre 2021, *op. cit.*, n° 30 ; Autorité de protection des données, Avis n° 163/2021 du 23 septembre 2021, *op. cit.*, n° 32.

À Bruxelles, il existait toutefois une différence notable. D'une part, – et à l'instar de ce que prévoyait le décret wallon – l'ordonnance bruxelloise prévoyait que le CST ne devait pas être imposé notamment pour les congrès ou dans les établissements du secteur culturel lorsque moins de 50 visiteurs étaient présents simultanément¹⁴⁷. D'autre part – et contrairement à ce que prévoyait le décret wallon – cette même disposition permettait aux organisateurs de ces événements et établissements d'imposer la présentation du CST quand bien même la jauge des 50 visiteurs n'était pas atteinte. Dans ce cas de figure, l'utilisation du CST était alors simplement facultative. Enfin, le nord du pays avait choisi d'opter pour un recours facultatif au CST dans certains établissements de soins pour personnes vulnérables limitativement énumérés¹⁴⁸ mais également pour tous secteurs additionnels où le décret ne créait pas d'obligation expresse de recourir au CST¹⁴⁹.

À ce stade, il convient donc de rechercher la base de licéité sur laquelle le traitement de données pouvait reposer lorsque le responsable du traitement choisissait volontairement d'imposer l'utilisation du CST. À notre sens quatre bases de licéité peuvent théoriquement être envisagées. Il s'agit du traitement de données nécessaire (i) aux fins d'intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement, (ii) à la sauvegarde des intérêts vitaux du visiteur, (iii) au respect d'une obligation légale ou encore (iv) du consentement du visiteur¹⁵⁰.

En ce qui concerne tout d'abord le traitement de données nécessaire à l'exécution d'une obligation légale, cette base de licéité ne semble pouvoir être valablement invoquée. En effet, il est nécessaire de distinguer l'hypothèse d'une simple autorisation légale de traitement telle qu'elle était consacrée dans le décret flamand et l'ordonnance bruxelloise, de l'hypothèse d'une obligation légale de traitement, à laquelle le responsable du traitement ne peut se soustraire. Cette interprétation est également retenue par l'APD qui précise qu'afin de pouvoir invoquer cette base de licéité, il est nécessaire que « le responsable du traitement (à savoir, en l'occurrence les organisateurs d'événements et

147. Article 5, § 2, alinéa 2 de l'ordonnance de la Commission communautaire commune du 14 octobre 2021 relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière. Certains cinémas invoquent cette disposition pour ne pas imposer l'utilisation du CST dans les sales accueillant moins de 50 spectateurs. Voy. X., « Le Covid Safe Ticket dans tous les cinémas ? Le Nova reste ouvert sans CST », BX1, mis en ligne le 28 octobre 2021, consulté le 18 novembre 2022.

148. Article 3 du décret de l'Autorité flamande du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket.

149. Article 4 du décret de l'Autorité flamande du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket.

150. Ces bases de licéité sont inscrites à l'article 5, § 1^{er}, a), c), d) et f) du RGPD.

gestionnaires d'établissements) n'ait pas le choix de se conformer ou non à l'obligation »¹⁵¹.

Quant au consentement du visiteur, il faut avant tout préciser que le consentement, au sens du RGPD fait référence à une manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant¹⁵² soient traitées. Afin de répondre à cette définition, il est nécessaire qu'un consentement remplisse quatre conditions cumulatives¹⁵³, parmi lesquelles, une exigence de liberté du consentement. Ceci implique que la personne concernée doit avoir réellement été en mesure d'exercer un choix quant au traitement de ses données¹⁵⁴. Cela signifie aussi que le consentement n'est pas libre lorsque la personne concernée est contrainte à consentir ou est susceptible de subir un préjudice à défaut de consentir au traitement de données¹⁵⁵. Dans le cas présent, l'existence d'un préjudice semble inévitable dans le chef du visiteur, dès lors qu'à défaut de consentir au traitement de ses données, il se voyait refuser l'accès à un événement ou un lieu¹⁵⁶, voire s'exposait à des sanctions¹⁵⁷. De même, l'existence d'un préjudice ne peut être écartée dans le chef d'une personne n'ayant pu accéder, en raison du refus de présenter un CST, à un congrès auquel elle aurait été inscrite par son employeur. Partant, cette base de licéité devrait également être écartée.

151. Autorité de protection des données, Avis n° 187/2021 du 12 octobre 2021, *op. cit.*, n° 37. À noter que, dans son avis l'APD fait sienne la position du groupe 29. Voy. Groupe de travail « Article 29 », *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*, 9 avril 2014, WP 217, pp. 21-22.

152. Article 4, 11) du RGPD.

153. Voy. à ce sujet EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679*, 4 mai 2020, pp. 7-23.

154. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679*, *op. cit.*, p. 8.

155. En ce sens, voy. le considérant 42 du RGPD.

156. À noter que l'article 12, § 2, 3° ne prévoit pas explicitement le refus d'accès à un événement ou un établissement en cas de non-présentation du CST par le visiteur. Le refus d'accès est uniquement consacré en l'absence de la possibilité de générer un CST valide ou en l'absence de possibilité de vérifier l'identité du titulaire du CST. Toutefois, la possibilité de refuser l'accès à un visiteur ne désirant pas que ses données soient traitées peut être déduite de la finalité du CST, à savoir réguler l'accès à un événement ou un établissement. De plus, afin d'éviter de s'exposer à des sanctions, l'organisateur ou le gestionnaire est incité à ne pas admettre un visiteur qui refuse de présenter son CST. Les travaux préparatoires du décret wallon consacrent le fait que l'accès doit être refusé à une personne ne « détenant pas de CST ». Voy. Projet de décret relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque, commentaire des articles, *Doc. parl.*, Parl. w., 2021-2022, n° 695/1, p. 8.

157. Voy. Par exemple, l'article 7, § 2 du décret de la Région wallonne du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket.

Pour ce qui est des deux dernières bases de licéité, le responsable du traitement pourrait trouver des arguments de nature à justifier, *a priori*, leur utilisation. Le responsable du traitement pourrait d'abord considérer que la vérification du CST de ses visiteurs était nécessaire à la poursuite d'un intérêt légitime qui lui est propre tel qu'éviter la contamination de ses employés ou d'autres visiteurs de son établissement. En ce sens, le Groupe 29, a déjà mentionné que la préservation de la santé du personnel d'une entreprise peut constituer un intérêt légitime¹⁵⁸. Cependant cette même base de licéité impose au responsable du traitement de réaliser une mise en balance entre l'intérêt légitime poursuivi et les intérêts ou libertés et droits de ses visiteurs – en ce compris leur droit fondamental au respect de la vie privée¹⁵⁹ – avant de débiter le traitement¹⁶⁰. Dans le contexte de cette mise en balance, on relèvera qu'aux yeux de l'APD le recours au CST constitue une intrusion particulièrement importante dans le droit à la vie privée¹⁶¹ dès lors qu'il conditionne l'accès à un lieu à la divulgation d'informations relatives à l'état de santé du visiteur¹⁶².

Par ailleurs, il pourrait être soutenu qu'en imposant le CST, le responsable du traitement réalisait un traitement de données nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux du visiteur, des autres visiteurs ou de ses employés¹⁶³. À l'appui de cette affirmation, le considérant 46 du RGPD envisage l'application de cette base de licéité dans le contexte du suivi de la propagation d'une épidémie. Néanmoins, le Groupe 29 est d'avis que cette base de licéité doit recevoir une interprétation restrictive, faire l'objet d'une analyse au cas par cas et ne viser que les situations où une menace importante d'atteintes à la santé existe¹⁶⁴. Le Groupe 29 émet également des doutes quant à la possibilité d'invoquer cette base

158. Groupe de travail « Article 29 », *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*, *op. cit.*, pp. 26-27. Voy. aussi O. TAMBOU, « Grands principes clés », in *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, 1^{re} éd., Bruxelles, Bruylant, 2020, p. 149.

159. O. TAMBOU, « Grands principes clés », in *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, *op. cit.*, p. 149.

160. C. DE TERWANGNE, « définition clés et champ d'application du RGPD », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GPDR). Analyse approfondie*, *op. cit.*, p. 140.

161. Autorité de protection des données, *Avis n° 163/2021 du 23 septembre 2021*, *op. cit.*, n° 31 ; Autorité de protection des données, *Avis n° 164/2021 du 28 septembre 2021*, *op. cit.*, n° 30.

162. Autorité de protection des données, *Avis n° 124/2021 du 12 juillet 2021*, *op. cit.*, n° 39.

163. On pensera notamment aux complications médicales que peuvent entraîner les contaminations par la COVID-19.

164. Groupe de travail « Article 29 », *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*, *op. cit.*, pp. 22-23.

de licéité lorsque le traitement de données est opéré uniquement à des fins préventives dans le cadre d'épidémies. De manière additionnelle, l'EDPB ne fait nullement mention de cette base de licéité dans son avis relatif au traçage des contacts en lien avec l'épidémie de COVID-19¹⁶⁵.

Ainsi, lorsque le recours au CST était facultatif et laissé à l'appréciation du gestionnaire d'un lieu, deux des bases licéité identifiées doivent être exclues et de très sérieux doutes doivent être émis en ce qui concerne les deux autres. Sans doute, les auteurs de l'analyse d'impact de l'application COVIDScan étaient conscients de la faiblesse de ces deux dernières bases de licéité puisque ladite analyse les exclut explicitement lorsqu'il s'agit d'identifier un fondement à ce traitement de données¹⁶⁶. On ne peut que regretter l'insécurité juridique dans laquelle certains de nos législateurs avaient choisi de plonger les organisateurs et gestionnaires de certains lieux et événements. En consacrant la possibilité de recourir, de façon facultative au CST, le législateur avait également fait le choix d'exposer certains responsables du traitement à une potentielle sanction pour non-respect du RGPD. Ainsi, dans l'hypothèse où le gestionnaire d'un musée bruxellois avait fait le choix d'imposer le CST alors même que son établissement était fréquenté par moins de 50 personnes, il aura agi dans le respect du cadre légal applicable tout en violant simultanément – et peut-être inconsciemment – le RGPD. On regrettera également ce choix du législateur en dépit des multiples avis de l'APD dans lesquels l'autorité avertissait qu'à défaut d'une réelle obligation légale de recourir à l'utilisation du CST, le traitement de donnée ne pouvait reposer sur une base de licéité¹⁶⁷. On regrettera enfin le flou consacré dans l'analyse d'impact de l'application COVIDScan quant à la base de licéité du traitement lors de l'utilisation facultative du CST¹⁶⁸.

165. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Lignes directrices 4/2020 relatives à l'utilisation de données de localisation et d'outils de recherche de contacts dans le cadre de la pandémie de COVID-19*, 21 avril 2020.

166. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, *op. cit.*, p. 39.

167. Autorité de protection des données, Avis n° 187/2021 du 12 octobre 2021, *op. cit.*, n° 37 ; Autorité de protection des données, Avis n° 163/2021 du 23 septembre 2021, *op. cit.*, n° 32 ; Autorité de protection des données, Avis n° 164/2021 du 28 septembre 2021, *op. cit.*, n° 30.

168. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, *op. cit.*, p. 39. Il est particulièrement étonnant de constater qu'à la page 39 de l'analyse d'impact, laquelle est dédiée à l'identification de la base de licéité du traitement, toutes les bases de licéité inscrites à l'article 6, § 1^{er} du RGPD sont dans un premier temps exclues comme fondement du traitement.

Section 4. La liste de suspension – une chaîne de sous-traitance qui pose question

À la lecture de l'analyse d'impact de l'application COVIDScan, et plus particulièrement de la section dédiée à la sous-traitance du traitement, une phrase ne manque pas de retenir l'attention du lecteur. Celle-ci mentionne en substance *qu'Amazon Web Services* est utilisé pour permettre la fourniture de la liste des certificats temporairement suspendus¹⁶⁹. Ladite analyse d'impact souligne également que la liste cryptée des certificats suspendus est distribuée au moyen d'*Amazon S3*¹⁷⁰. Dans la mesure où les services « *Amazon S3* » sont, en fait, des services d'hébergement en ligne de type *cloud*¹⁷¹ l'analyse d'impact expose donc que la liste des certificats suspendus a été hébergée dans un *cloud* d'*Amazon*. À ce sujet, le contrat de sous-traitance passé entre les agences et entités chargées de la création et la délivrance des certificats de vaccination et *Digitaal Vlaanderen*, met en lumière que la société luxembourgeoise *Amazon Web Services EMEA SARL* (ci-après « *Amazon* ») se trouve au bout de la chaîne de sous-traitance propre aux traitements de données réalisés pour la création des certificats COVID de l'UE et le fonctionnement du CST. Dans cette chaîne de sous-traitance complexe, *Amazon* est le sous-traitant de l'un des sous-traitants ultérieurs de *Digitaal Vlaanderen* :

169. CovidScan applicatie België – Gegevensbeschermingseffectbeoordeling, *op. cit.*, p. 14.

170. *Ibid.*, p. 22 mentionnant « De « Suspension list » wordt getekend, versleuteld en de ID's in de lijst zijn gehashed voordat deze lijst wordt aangeboden via een s3 bucket ».

171. Voy. la description des services *Amazon S3* disponible à l'adresse suivante : <https://aws.amazon.com/fr/s3/>.

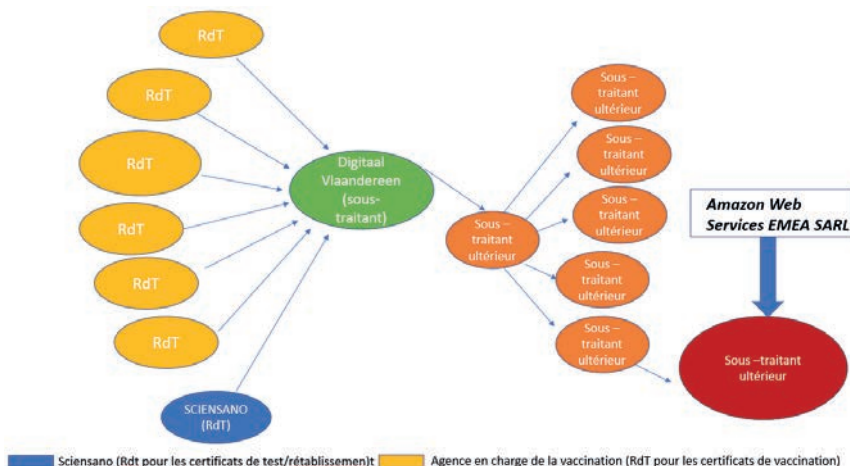


Schéma identifiant la place d'Amazon dans la chaîne de sous-traitance relative aux traitements donnés concernant la tenue et la mise à jour d'une liste des certificats vaccinaux suspendus.

Sans entrer ici dans un débat visant à décrédibiliser le choix de recourir aux services d'un géant du web pour l'hébergement de la liste des certificats suspendus, nous formulons plusieurs réflexions objectives quant à ce choix organisationnel. Les premières portent sur la gouvernance des données des citoyens alors que les secondes ont trait au respect des exigences du RGPD qui concernent l'encadrement contractuel de la relation entre un responsable du traitement et ses sous-traitants.

Sur le plan de la gouvernance des données du citoyen, deux éléments méritent d'être soulignés. Premièrement, les services d'hébergement de données d'Amazon sont prestés par une société de droit luxembourgeois. Toutefois, cette société est une filiale entièrement détenue par la société de droit américain *Amazon.com Inc.*¹⁷². De ce fait, Amazon est théoriquement soumis au *Cloud Act* lequel permet aux autorités américaines de solliciter, des entreprises américaines et de leurs filiales établies sur le territoire de l'UE, l'accès aux données de citoyens de l'UE^{173 174}. Certes, le RGPD contient un mécanisme visant

172. À ce sujet, voy. le FAQ d'Amazon Web Services Europe disponible à l'adresse suivante : <https://aws.amazon.com/fr/legal/aws-emea/>.

173. A. CASSART, « Premières réflexions sur le Cloud Act : contexte, mécanismes et articulations avec le RGPD », *R.D.T.I.*, 2018, p. 46.

174. On notera également que, depuis un arrêt du 16 juillet 2020 de la Cour de justice de l'Union européenne, il n'existe plus de décision d'adéquation de la Commission pour légitimer le transfert de données à caractère personnel vers le territoire des États-Unis. Voy. C.J. (gde ch.), arrêt *Facebook Ireland et Schrems*, 16 juillet 2020,

à interdire les transferts de données aux autorités administratives ou juridictions des pays tiers¹⁷⁵. Néanmoins, comme le souligne A. Cassart, l'existence du RGPD et du *Cloud Act* mettent les géants du web dans une situation inconfortable en raison du conflit de loi inévitable entre ces textes¹⁷⁶. Partant, une bonne approche de la gouvernance des données devrait consister à éviter le choix de sous-traitants soumis à des exigences contradictoires en matière de transfert de données à caractère personnel. En ce sens, on relèvera qu'en France la CNIL recommande d'éviter le recours aux outils numériques proposés par les sociétés américaines notamment dans le cadre de la recherche¹⁷⁷. Deuxièmement, le RGPD impose au responsable du traitement de faire uniquement appel à des sous-traitants présentant les garanties suffisantes pour répondre aux exigences du règlement¹⁷⁸. Dans ce contexte, on notera que l'APD a très récemment approuvé, un code de conduite européen pour les solutions informatiques de type *cloud*¹⁷⁹. Alors que cet outil vise à atteindre une plus grande protection des données traitées dans le *cloud*, la décision de faire appel à un sous-traitant n'ayant pas adhéré à ce code¹⁸⁰ ne manque pas de surprendre.

Sur le plan de l'encadrement de la relation entre les agences chargées de la vaccination et *Digitaal Vlaanderen*, il faut rappeler qu'en application du RGPD, lorsque le responsable du traitement fait appel aux services d'un sous-traitant, cette relation doit être régie par un *contrat ou un autre acte juridique*. Bien que le RGPD n'interdit pas le recours par un sous-traitant,

C-311/18, EU:C:2020:559. Voy. aussi F. JACQUES, « "Uncle Sam is watching you". Retour sur les enseignements de l'arrêt *Schrems II* de la Cour de justice de l'Union européenne », *J.T.*, 2021, pp. 246-249.

175. Article 48 du RGPD.

176. A. CASSART, « Premières réflexions sur le *Cloud Act* : contexte, mécanismes et articulations avec le RGPD », *op. cit.*, pp. 51-52.

177. Commission nationale de l'informatique et des libertés, « La CNIL appelle à des évolutions dans l'utilisation des outils collaboratifs états-unis pour l'enseignement supérieur et la recherche », 27 mai 2021. Disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-appelle-evolutions-dans-utilisation-outils-collaboratifs-etatsunien-enseignement-superieur-recherche>.

178. Article 28, § 1^{er} du RGPD.

179. Autorité de protection des données, « L'Autorité de protection des données approuve son premier code de conduite européen », 20 mai 2021. Disponible sur <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/citoyen/lautorite-de-protection-des-donnees-approuve-son-premier-code-de-conduite-europeen> ; Autorité de protection des données, Decision n° 05/2021 of 20 May 2021 relating to approval decision of the « Eu Data Protection Code of Conduct for Cloud Service Providers » by the General Secretariat of the Belgian Data Protection Authority (AH-2018-0084) ; European Data protection Board, Opinion 16/2021 on the draft decision of the Belgian Supervisory Authority regarding the « EU Data Protection Code of Conduct for Cloud Service Providers » submitted by Scope Europe, 19 May 2021.

180. La liste des sociétés ayant adhéré à ce code est consultable à l'adresse suivante <https://eucoc.cloud/en/home/>. À la date du 10 décembre 2021, Amazon ne faisait pas partie des adhérents à ce code.

à un sous-traitant ultérieur, il prévoit que préalablement à la désignation d'un sous-traitant ultérieur, le sous-traitant initial doit obtenir l'autorisation générale ou spécifique du responsable du traitement¹⁸¹. La différence entre ces deux modalités d'autorisation repose sur le sort réservé au silence des parties qui devra, selon le cas être interprété comme un refus ou une autorisation de recourir aux services d'un sous-traitant ultérieur¹⁸². Il est aussi prévu que la relation entre le sous-traitant initial et le sous-traitant ultérieur doit être encadrée par un contrat imposant les mêmes obligations en matière de protection des données que celles inscrites dans l'accord passé entre le sous-traitant initial et le responsable du traitement¹⁸³. La *ratio legis* étant ici d'éviter une diminution du niveau de protection accordé aux données traitées en raison du recours à un sous-traitant ultérieur¹⁸⁴. Ces exigences appellent à la formulation de deux observations.

Tout d'abord, le contrat de sous-traitance passé entre les autorités chargées de la vaccination et *Digitaal Vlaanderen* contient, en annexe, une liste des sous-traitants ultérieurs de *Digitaal Vlaanderen* – en ce compris *Amazon* – ayant été approuvés par les responsables du traitement. Bien que ne l'indiquant pas explicitement, ce contrat semble contenir un mécanisme d'autorisation spécifique pour la désignation d'éventuels sous-traitants ultérieurs en stipulant que le recours, par *Digitaal Vlaanderen* à un sous-traitant ultérieur requiert une autorisation préalable¹⁸⁵. Le contrat semble donc exclure la possibilité de déduire une autorisation en cas de silence du responsable du traitement. Le recours aux services d'*Amazon* dans la chaîne de sous-traitance semble toutefois incompatible avec l'essence même de ce mécanisme d'autorisation spécifique. En effet, ce même contrat met en lumière que la relation entre l'un des sous-traitants ultérieurs de *Digitaal Vlaanderen* et *Amazon* est régie par un contrat d'adhésion¹⁸⁶, à savoir l'*addendum* en matière de traitement de données d'*Amazon*¹⁸⁷. Ce dernier prévoit

181. Article 28, § 2 du RGPD.

182. EUROPEAN DATA PROTECTION BOARD, *Guidelines 07/2020 on the concepts of controller and processor in the GDPR*, op. cit., p. 43.

183. Article 28, § 3 du RGPD.

184. A. DELFORGE, « Les obligations générales du responsable du traitement et la place du sous-traitant », in C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le Règlement général sur la protection des données (RGPD/GPDR). Analyse approfondie*, op. cit., p. 404.

185. Contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen*, op. cit., pp. 4-5.

186. AWS GDPR data processing addendum, s.d. Document disponible à l'adresse suivante : https://d1.awsstatic.com/legal/aws-gdpr/AWS_GDPR_DPA.pdf (consulté la dernière fois le 12 décembre 2021).

187. Annexe III au contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre les agences et entités responsables pour la création et la délivrance des certificats de vaccination et l'agence *digitaal vlaanderen*, p. 19.

un mécanisme d'autorisation générale, au profit d'Amazon pour désigner d'autres sous-traitants ultérieurs¹⁸⁸. Il en résulte donc une incohérence frappante. Dans un premier temps, les parties ont opté pour un mécanisme protecteur en restreignant la possibilité d'élargir la liste des acteurs du traitement des données du citoyen sans autorisation préalable des pouvoirs publics. Cependant, dans un second temps, le contrat d'adhésion passé entre Amazon et l'un des sous-traitants de *Digitaal Vlaanderen* amoindrit cette protection en permettant à Amazon d'élargir la chaîne de sous-traitance et, de facto, de transférer des données à d'autres sous-traitants ultérieurs.

Enfin, l'inscription du numéro d'identification unique d'un certificat dans une liste de certificats temporairement suspendus constitue un traitement de données concernant la santé¹⁸⁹. Aussi, la loi du 30 juillet 2018 impose au responsable du traitement d'adopter des mesures supplémentaires. À cette fin, il doit notamment établir une liste désignant les catégories de personnes ayant accès aux données sensibles qui doit être tenue à la disposition de l'autorité de contrôle compétente et comprendre une description précise des fonctions de ces personnes dans le cadre du traitement de données¹⁹⁰. Cette même obligation s'applique par ailleurs aux éventuels sous-traitants du responsable du traitement¹⁹¹.

Dans la mesure où cette obligation pèse également sur un sous-traitant et que le RGPD impose que le contrat passé entre un sous-traitant et un sous-traitant ultérieur maintienne les mêmes obligations que celles liant le responsable du traitement et le sous-traitant, cette mesure de protection supplémentaire devrait également s'appliquer à Amazon. Le fait qu'Amazon soit une société de droit luxembourgeois ne semble pas la prémunir du respect de cette obligation. En effet, le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 concerne les traitements de données réalisés par les responsables de traitements établis sur le territoire belge indépendamment de l'État dans lequel le traitement est réalisé¹⁹². Dans la pratique, en raison du contrat d'adhésion liant Amazon et le sous-traitant ultérieur de *Digitaal Vlaanderen* – qui, par nature, empêche toute négociation du contenu de ce contrat – il semble irréaliste de considérer que cette obligation a été imposée à Amazon. La simple mention du fait

188. AWS GDPR data processing addendum, *op. cit.*, p. 3.

189. Cette inscription requiert en effet que le titulaire du certificat ait préalablement été diagnostiqué comme étant contaminé par la COVID-19.

190. Article 9 de la loi du 30 juillet 2018.

191. Voy. l'article 9, 1° et 2° de la loi du 30 juillet 2018 qui dispose que cette liste est établie et tenue à la disposition de l'autorité de contrôle compétente « par le responsable du traitement ou, le cas échéant, par le sous-traitant ».

192. Article 4, § 1^{er} de la loi du 30 juillet 2018.

qu'Amazon et son personnel n'accèdent pas aux données de ses clients sauf lorsque cela est rendu nécessaire pour les besoins du service fourni ou en raison d'une obligation légale ne permet pas de rencontrer les exigences de la loi du 30 juillet 2018 en la matière¹⁹³. Pour l'ensemble de ces raisons, il apparaît que le traitement de données consistant à établir une liste des certificats de vaccination temporairement suspendus est susceptible de ne pas avoir rempli les exigences du RGPD et de la loi du 30 juillet 2018.

193. AWS GDPR data processing addendum, *op. cit.*, p. 2.

CHAPITRE III.

LA PROPORTIONNALITÉ DU CST

Si l'article 22 de la Constitution impose qu'une loi organise l'ingérence dans la vie privée, c'est aussi pour amener le législateur à se poser trois questions-clés relatives à la proportionnalité de cette ingérence.

Ces trois questions, appliquées au CST, sont les suivantes :

- Quel est l'objectif légitime poursuivi par le CST ?
- Le CST est-il pertinent pour atteindre cet objectif ?
- Le CST est-il nécessaire pour atteindre cet objectif ?

À plusieurs reprises, l'APD a rappelé ces différentes questions, afin d'amener les législateurs compétents à affiner les normes encadrant le CST, ce qu'ils ont fait avec plus ou moins de soin. On les analyse ici.

Section 1. L'objectif légitime poursuivi par le CST

À la lecture de plusieurs normes encadrant le CST, on constate que l'objectif de cet outil demeure fardé d'un flou certain. S'agit-il de garantir une sécurité sanitaire aux personnes rassemblées dans un même lieu, après avoir pu s'assurer, grâce aux CST, qu'elles n'amèneraient pas le virus avec elle ? Ou s'agit-il de stimuler la vaccination en compliquant la vie des personnes non vaccinées ?

De manière constante, dans chacun des avis relatifs au CST, l'APD réclame que cet objectif légitime, déterminé et explicite, soit inscrit dans la norme légale qui l'organise.

À l'occasion de l'avis rendu sur le premier accord de coopération encadrant le CST, l'APD a souligné que « ni l'Exposé général ni les commentaires des articles ne formalisent explicitement l'objectif d'intérêt général poursuivi par le CST »¹⁹⁴. C'est à l'APD que l'on doit l'énonciation

194. APD, avis n° 124/2021 du 12 juillet 2021, *op. cit.*, n° 43.

claire de cet objectif, au départ de ce qu'elle indique avoir compris du texte soumis à son avis. Ainsi, l'objectif est de « permettre l'organisation d'événements de masse [...] tout en évitant que cela aboutisse à une saturation des hôpitaux et des unités de soins intensifs »¹⁹⁵. Elle considère que cet objectif est légitime¹⁹⁶.

Par ailleurs, l'exigence d'un objectif légitime se combine, lorsqu'il est question de données à caractère personnel, avec l'exigence d'une finalité déterminée et explicite, imposée par l'article 5 du RGPD dont il a été question précédemment. C'est pourquoi, l'APD réclame que cette finalité soit la plus précise et exhaustive possible.

Pour cette raison, l'APD désapprouve le fait de recourir au terme « prioritairement » car il « 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 »¹⁹⁷. Et d'affirmer que « cette approche n'est pas conforme au RGPD »¹⁹⁸.

Section 2. La pertinence du CST

Une fois l'objectif déterminé, il convient de vérifier que le CST est un outil pertinent au regard de cet objectif. En d'autres termes, il faut s'assurer que cet outil est suffisant pour atteindre cet objectif, qu'il est suffisamment « énergique » pour ce faire.

C'est ce que l'APD a également rappelé à plusieurs reprises, insistant sur le fait que le législateur doit apporter une justification qui soit « 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 »¹⁹⁹. Il doit le démontrer, « à l'aide d'éléments factuels et concrets »²⁰⁰.

Par ailleurs, puisque le CST est conditionné à la situation épidémiologique, lorsqu'elle en évalue la pertinence et la nécessité²⁰¹ du CST, l'APD ne se fie pas à ses seules compétences juridiques et techniques. Elle fonde ses analyses sur des études scientifiques portant notamment sur l'efficacité des vaccins et des tests. À cet égard, l'APD recourt, par

195. *Ibid.*, n° 43.

196. APD, avis n° 163/2021, *op. cit.*, n° 13.

197. APD, avis n° 187/2021, *op. cit.*, n° 8.

198. *Ibid.*

199. APD, avis n° 187/2021, *op. cit.*, n° 12.

200. APD, avis n° 124/2021, *op. cit.*, n° 43.

201. Voy. *infra*.

exemple, à l'avis²⁰² du « *Risk Assessment Group* » (RAG) pour « Groupe d'évaluation du risque » qui est un organe coordonné par l'Institut public *Sciensano*, regroupant experts (hygiénistes, médecins généralistes, microbiologistes, etc.) et des membres des administrations compétentes en matière de santé. Il est chargé d'évaluer le risque sanitaire et d'analyser l'impact des mesures prises²⁰³.

S'agissant de la pertinence du CST, l'APD relève que, sur la base de « plusieurs études scientifiques récentes, réalisées notamment par des instituts de santé publique »²⁰⁴, on constate que le CST « pourrait entraîner un faux sentiment de sécurité puisque les personnes vaccinées, testées négatives ou rétablies disposent d'un CST leur permettant d'accéder aux "événements de masse" et autres lieux "où la transmission et/ou la super propagation sont les plus probables" »²⁰⁵ alors qu'il n'est pas exclu qu'elles puissent être infectées et transmettre le virus, ce qui pourrait s'avérer contre-productif au regard de l'objectif poursuivi »²⁰⁶.

C'est d'ailleurs en constatant la non pertinence du CST que, le 1^{er} mars 2022, le tribunal de première instance de Namur, saisi pour la deuxième fois d'une action en référé, a affirmé que la Région wallonne avait engagé sa responsabilité civile en décidant de « ne pas lever un tel régime ou de ne pas procéder à son adaptation »²⁰⁷, alors que « l'évolution de [la] pandémie et de l'état de la science ne permettent plus de considérer la nécessité impérieuse de maintenir tel quel un régime attentatoire aux libertés et droits fondamentaux en regard des objectifs poursuivis »²⁰⁸. Partant, la Région wallonne fut condamnée, sous peine d'astreinte, à « prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour réparer les effets de la situation dommageable, *prima facie*, résultant de l'application du *Covid Safe Ticket* sur son territoire »²⁰⁹.

202. Voy. *infra*.

203. Voy. notamment. les informations fournies par *Sciensano*, accessibles ici https://covid-19.sciensano.be/sites/default/files/Covid19/RAG_Houserules_FR.pdf (consulté la dernière fois le 16 décembre 2021).

204. On regrette néanmoins que ces études ne soient pas citées.

205. L'APD renvoie à « l'exposé général, p. 9 ».

206. APD, avis n° 163/2021, *op. cit.*, n° 15.

207. Civ. Namur (9^e chambre réf.), 1^{er} mars 2022, feuillet n° 25.

208. *Ibid.*, feuillet n° 24.

209. *Ibid.*, feuillet n° 25.

Section 3. La nécessité du CST

Lorsqu'elle analyse la nécessité du CST, l'APD s'assure « qu'il n'y a pas de moyens moins intrusifs » permettant d'atteindre l'objectif poursuivi et que « les avantages apportés par ce dispositif dépassent les inconvénients et les risques (y compris le risque d'accoutumance et de normalisation sociale des comportements qui portent atteinte aux droits fondamentaux ainsi que le risque de "glisser" vers une société de surveillance) qu'il introduit »²¹⁰. En d'autres termes, le CST ne doit pas être simplement utile. Il doit être le moyen incontournable pour atteindre l'objectif poursuivi.

C'est pourquoi, l'utilisation du CST doit être clairement et explicitement balisée dans la norme légale qui l'organise.

Tout d'abord, il importe de définir précisément *les situations* dans lesquelles le CST est exigé. Par exemple, l'APD a rappelé, à plusieurs reprises, l'importance de définir clairement les termes « événements de masse », en précisant notamment ce que signifie « masse ». « L'événement doit-il rassembler 100, 1000, 10 000 ou 100 000 personnes pour être qualifié d'"événement de masse" »²¹¹ ? En outre, 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 »²¹².

Dans le même sens, *l'usage des données à caractère personnel* figurant sur le CST doit également être clairement délimité. Ainsi, « toute conservation des données reprises dans le CST est strictement interdite »²¹³, compte tenu du « risque important que la collecte de ces données présenterait pour le droit au respect de la vie privée (présence d'une personne à un événement et lieu à un moment donnés, potentiellement plusieurs fois par jour) »²¹⁴.

Le territoire sur lequel le CST est utilisé doit également être limité à ce qui est strictement nécessaire. Sur la base d'un rapport du RAG,

210. Voy. notamment. APD, avis n° 124/2021, *op. cit.*, n° 43.

211. APD, avis n° 124/2021, *op. cit.*, n° 49. À ce sujet, on notera qu'en l'état, la notion d'événement de masse n'est pas définie dans une norme législative. À l'heure actuelle, il faut se référer à l'arrêté royal du 28 octobre 2021. La définition de cette notion, et de *facto*, celle nombre de personnes potentiellement concernées par ce traitement de données est donc laissé à l'appréciation du pouvoir exécutif.

212. APD, avis n° 187/2021, *op. cit.*, n° 12.

213. APD, avis n° 124/2021, *op. cit.*, n° 52.

214. APD, avis n° 163/2021, *op. cit.*, n° 19.

l'APD s'est étonnée de l'obligation du CST sur l'ensemble du territoire de langue française, alors que le RAG recommandait de ne l'utiliser à l'époque qu'à Liège, qui était « à un niveau d'alerte 3 ». Ce fut l'occasion pour elle de rappeler que, bien que les avis du RAG sont non contraignants, le Parlement wallon « 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 »²¹⁵.

Enfin, l'évolution de la pandémie impose de *réévaluer régulièrement* la nécessité du CST, tout comme sa pertinence d'ailleurs. En effet, moins le virus circule, moins il risque de provoquer une saturation hospitalière, moins le CST apparaît pertinent et nécessaire. C'est pourquoi, l'APD estime que la norme légale qui encadre le CST doit imposer au Gouvernement une « obligation de "monitoring" »²¹⁶, qui consiste à « 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 »²¹⁷. Cette obligation s'impose « au vu des incertitudes actuelles et de l'évolution constante de la pandémie et des connaissances scientifiques »²¹⁸. Elle constitue donc 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.

215. APD, avis n° 187/2021, *op. cit.*, n° 12.

216. APD, avis n° 187/2021, *op. cit.*, n° 13.

217. *Ibid.*

218. *Ibid.*

CONCLUSION

Pendant plusieurs mois, le CST a été utilisé comme outil de politique publique pour stimuler la vaccination. Son utilisation pour imposer la vaccination a même été évoquée²¹⁹. Cet outil fonctionne grâce à l'utilisation des données que chaque citoyen a été obligé de fournir à l'État, dans le cadre du traçage et de la vaccination, et qui ont été réutilisées ensuite pour le fonctionnement du CST. Par ailleurs, il a un impact non négligeable sur plusieurs facettes du quotidien des individus, qu'il s'agisse de leur liberté d'aller et venir, du droit à la culture, du droit à la protection de la vie privée et ce, sur l'ensemble du territoire. Enfin, il induit, insidieusement, plusieurs changements sociétaux non négligeables : des citoyens ont été amenés à contrôler d'autres citoyens, et à leur imposer des sanctions d'ordinaire réservées à la justice pénale (on pense, par exemple, au refus d'accéder à certains lieux). Avec cet outil, le contrôle d'identité n'est plus réservé à la police, puisqu'il peut être effectué par tout qui contrôle le CST. Enfin, l'accès à des services et des lieux est conditionné par l'état de santé de la personne par rapport à la COVID-19.

Partant, il est regrettable que le CST ne fasse toujours pas l'objet d'un débat démocratique au Parlement. C'est d'autant plus surprenant que de nombreuses auditions d'experts ont été organisées à ce sujet²²⁰, mettant en évidence les enjeux qui sous-tendent le CST, tant s'agissant de la transparence, de la légalité que de la proportionnalité de cet instrument, ainsi que de son rôle de « nudge » qui pousse à gouverner sans légiférer. Une décision claire de nos parlementaires au sujet du

219. Le 21 décembre, le ministre fédéral Frank Vandenbroucke a affirmé sa volonté de limiter le CST aux seules personnes vaccinées. <https://www.lesoir.be/413600/article/2021-12-21/frank-vandenbroucke-veut-limiter-le-covid-safe-ticket-aux-personnes-vaccinees>. Voy. aussi B. DEMONTY ET D. COPPI, « Le commissariat corona freine sur la vaccination obligatoire, mais accepte un pass vaccinal », *Le Soir*, 13 janvier 2022.

220. S'agissant de la question des traitements de données relatifs au CST et à une éventuelle obligation vaccinale, la Commission de santé de la Chambre a décidé d'auditionner Paul de Hert (VUB), Franck Dumortier (VUB), Elise Degrave (UNamur) et Matthias Dobbelaere. L'audition a eu lieu le 8 mars 2022 et est accessible ici : <http://www.lachambre.be/media/index.html?language=fr&sid=55U2626>.

CST permettrait, dans la foulée, de décider de l'obligation – ou non – d'imposer la vaccination, de manière franche et assumée politiquement.

Ce débat serait d'autant plus nécessaire que le CST n'est pas sans risque. À cet égard, les analyses de l'APD, s'agissant particulièrement de la nécessité du CST, sont percutantes. Il est remarquable, par exemple, que l'APD prenne la peine de détailler l'ensemble des risques, de manière concrète et limpide, y compris ceux qui pourraient surgir à plus long terme et que l'on a tendance à ne pas (vouloir) voir dans une situation dite d'« urgence », bien que l'urgence dure depuis bientôt deux ans.

On doit en effet s'inquiéter d'une tendance, en période de crise, à élargir l'utilisation du CST durant un temps de plus en plus long et dans des secteurs de plus en plus nombreux²²¹.

Cette extension territoriale et temporelle du CST fait craindre que l'on perde de vue la pertinence et la nécessité de cet outil pour atteindre un objectif précis, celui d'éviter la saturation des hôpitaux. Progressivement on s'habitue, et on peut craindre que cet outil persiste, et soit utilisé pour d'autres maladies que la COVID-19. Pedro Facon, le commissaire Corona, avait d'ailleurs émis l'idée de l'utiliser pour la grippe.

Cette progressive banalisation du CST doit être mise en lien avec une banalisation grandissante de la carte d'identité électronique. En effet, l'e-id contient une puce électronique et, depuis peu, un QR code. On doit, dès aujourd'hui, se demander si, pour endiguer le problème de la fracture numérique, il ne serait pas tentant de permettre la lecture du CST au départ de la puce ou du QR code de l'e-id.

Cette pratique permettrait d'endiguer la fracture numérique puisque certaines personnes n'ont pas de smartphone mais toutes ont une e-id. Dans le même temps, cela permettrait de contrôler l'identité.

221. En janvier 2022, les entités fédérées avaient d'ailleurs choisi de prolonger la durée de l'utilisation du CST. Voy. Arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone du 31 janvier 2022 modifiant l'arrêté du Gouvernement du 21 janvier 2021 fixant des mesures visant à prévenir la propagation du coronavirus (COVID-19) ; Décret de l'Autorité flamande du 26 janvier 2022 modifiant le décret du 29 octobre 2021 relatif au COVID Safe Ticket, en ce qui concerne le relèvement de la limite d'âge inférieure pour l'utilisation du COVID Safe Ticket et l'association de la fin de vigueur du décret du 29 octobre 2021 à l'urgence épidémique ; Ordonnance de la Commission Communautaire Commune du 14 janvier 2022 prolongeant le champ d'application temporel de l'ordonnance du 14 octobre 2021 relative à l'extension du COVID Safe Ticket en cas de nécessité découlant d'une situation épidémiologique particulière ; Décret wallon du 14 janvier 2022 modifiant le décret du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du COVID Safe Ticket et à l'obligation du port du masque.

En outre, la puce de l'e-id contient déjà les empreintes digitales de chaque citoyen. Le contrôle du CST sur l'e-id ne serait-elle pas également l'occasion de vérifier le profil sécuritaire de la personne, au départ de ses empreintes digitales ?

La vigilance est donc de mise, face à cette « société du pass » naissante, qui risque de conditionner les libertés au respect d'un profil jugé sécurisé, et dont l'e-id sera le précieux sésame pour ouvrir la porte des restaurants, des théâtres, des concerts aux personnes qui pourront se prévaloir d'un « risque zéro » sur le plan sanitaire et peut-être judiciaire.