

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le Covid Safe Ticket wallon attire en justice

Jacques, Florian

Published in:

Administration Publique - Trimestriel

Publication date:

2023

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Jacques, F 2023, 'Le Covid Safe Ticket wallon attire en justice: coup de projecteur sur le rôle de l'Autorité de protection des données dans le processus d'élaboration des normes', *Administration Publique - Trimestriel*, numéro 1, pp. 185-199.

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.

des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues ».

Dès lors que le RGPD a un effet direct en droit belge, les parties demanderesses sont fondées à invoquer sa violation, violation qui constitue par répercussion une faute dans le chef de la défenderesse. *Prima facie*, cette violation du RGPD est avérée et entraîne l'illégalité apparente de l'accord de coopération du 28 octobre 2021.

En conséquence, en adoptant un décret portant assentiment à cet accord de coopération du 28 octobre 2021 qui semble illégal, la Région wallonne semble avoir commis une faute au sens de l'article 1382 du Code civil, qui pourrait être de nature à engager sa responsabilité. Outre qu'elle ne s'est vraisemblablement pas comportée comme un législateur prudent et diligent dès lors que cette question a fait l'objet d'un débat public, notamment à la Chambre, lors duquel l'opposition a relevé cette illégalité. Elle ne pouvait donc l'ignorer. [...]

26. [...] Il convient en conséquence de prononcer la décision qui suit, étant toutefois précisé que le tribunal ne peut ordonner « d'écarter » généralement et abstraitement, comme postulé, le CST alors que son application n'est pas formellement requise devant lui dans un cas particulier.

Il sera fait droit à la demande d'astreinte telle que postulée, n'étant pas acquis avec la certitude requise que la défenderesse se pliera volontiers à notre décision. Son défaut à l'audience n'étant pas de nature à dissiper cette crainte. Il convient toutefois de lui accorder un délai raisonnable pour s'exécuter, tout en tenant compte de l'urgence établie.

[...]

PAR CES MOTIFS,

[...]

Statuant par défaut, en référé et au provisoire,
Vu l'urgence,

Déclare la demande en réouverture des débats introduite par la partie défenderesse défaillante par requête déposée au greffe le 22 novembre 2021, irrecevable et l'écarte en conséquence des débats ;

Dit l'action introduite par les parties demanderesses recevable et leurs demandes fondées dans la mesure précisée ci-dessous ;

Constate la contrariété apparente de l'accord de coopération du 14 juillet 2021 tel que modifié par l'accord de coopération du 28 octobre 2021, et partant, du décret portant assentiment à cet accord de coopération du 28 octobre 2021, au

droit supranational de l'Union européenne, et singulièrement au RGPD ;

Constate la contrariété apparente du décret wallon du 21 octobre 2021 relatif à l'usage du Covid Safe Ticket et à l'obligation du port du masque, au droit supranational de l'Union européenne et son apparente violation du principe de légalité ;

Constate que ces diverses normes semblent également contrevenir au principe de proportionnalité des mesures restrictives de liberté qu'elles renferment par rapport aux buts poursuivis ;

Condamne en conséquence la Région wallonne à prendre toutes les mesures qu'elle estimera appropriées pour mettre un terme à cette situation d'illégalité apparente de l'usage du CST en Région wallonne, au préjudice des parties demanderesses, le cas échéant dans l'attente d'une décision au fond, sous peine d'une astreinte de 5 000 EUR par jour de retard qui deviendra exigible au-delà d'un délai de 7 jours à dater de la signification de la présente ordonnance.

[...].

*
* *

LE COVID SAFE TICKET WALLON ATTRAIT EN JUSTICE – COUP DE PROJECTEUR SUR LE RÔLE DE L'AUTORITÉ DE PROTECTION DES DONNÉES DANS LE PROCESSUS D'ÉLABORATION DES NORMES

par

Florian JACQUES

*Assistant-doctorant à la Faculté de droit
de l'UNamur, chercheur au NADI/CRIDS
et maître de conférences à l'Université de Liège*

INTRODUCTION

Dans une ordonnance prononcée en date du 30 novembre 2021, le tribunal de première instance de Namur, siégeant en référé, s'est prononcé, par défaut, sur la légalité du cadre juridique imposant l'utilisation du *Covid Safe Ticket* (ci-après « CST ») sur le territoire de la Région wallonne. Cette juridiction avait été saisie par une association sans but lucratif et plusieurs citoyens ayant fait le choix de ne pas se faire vacciner. Ces derniers invoquaient notamment qu'à défaut de se

faire vacciner, et sauf à effectuer plusieurs fois par semaine des tests antigéniques, l'accès à divers lieux, tels que les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables, devenait impossible. Durant la pandémie, les autorités publiques avaient en effet fait le choix de conditionner l'accès à divers lieux et activités à la présentation d'un « pass sanitaire ».

Au terme de son examen, la juridiction a notamment conclu à la contrariété apparente de l'accord de coopération du 14 juillet 2021¹ (ci-après « l'accord de coopération CST ») avec le droit de l'Union européenne ainsi qu'à l'illégalité apparente du décret wallon du 21 octobre 2021². En suite de quoi, le tribunal a décidé qu'imposer l'usage du CST en Région wallonne constituait une faute du législateur wallon de nature à engager la responsabilité de la Région wallonne. Partant, celle-ci a été condamnée à prendre « toutes mesures qu'elle estimera appropriées pour remédier à cette situation d'illégalité apparente [...] sous peine d'une astreinte de 5 000 euros par jour de retard ».

L'ordonnance du tribunal de première instance est intéressante à plusieurs égards, notamment en ce qu'elle aborde la question de la responsabilité de l'État pour le fait de légiférer³, le caractère potentiellement discriminatoire du CST ou encore le respect du principe de la légalité en matière pénale d'un texte lorsque sa compréhension impose au citoyen de prendre connaissance de longues FAQ. Toutefois, la présente contribution se concentre spécifiquement sur un élément

qui semble avoir été déterminant dans l'analyse réalisée par le tribunal, à savoir l'adoption d'une norme législative qui se rapporte à un traitement de données à caractère personnel sans consultation préalable de l'Autorité de protection des données (ci-après « APD ») instaurée en application du règlement général sur la protection des données⁴ (ci-après « RGPD »). Comme nous le commenterons encore, la dernière modification de l'accord de coopération CST ainsi que les normes portant assentiment à cet accord modificatif ont été adoptées sans consultation préalable de l'APD. Cette violation du RGPD a ainsi été considérée, par le tribunal, comme entraînant l'illégalité manifeste de cet accord de coopération.

Il doit cependant être précisé que l'ordonnance du tribunal a été réformée par un arrêt de la cour d'appel de Liège le 7 janvier 2022⁵. Aussi, certains enseignements issus de cet arrêt de la cour d'appel pourront également être mobilisés.

La première section de cette contribution est dédiée au cadre législatif applicable au CST ainsi qu'à une brève explication technique de ce dispositif. À cette occasion, il est exposé en quoi ce dispositif rentre dans le champ d'application du RGPD. La seconde section porte, quant à elle, sur l'obligation de consultation de l'APD dans le processus d'adoption des normes. En particulier, l'analyse réalisée démontre le caractère obligatoire de cette exigence ainsi que sa complémentarité avec l'exigence de consultation de la section de législation du Conseil d'État. Enfin, quelques lignes sont dédiées au sort pouvant être réservé à une norme législative adoptée sans consultation préalable d'une autorité de contrôle au sens du RGPD⁶.

SECTION 1. LÉGISLATION APPLICABLE ET FONCTIONNEMENT DU COVID SAFE TICKET

Dans les lignes qui suivent, nous exposons tout d'abord le cadre légal imposant le recours au CST qui était en vigueur à la date de l'ordonnance ici

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 ».

² 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.

³ Sur cette question, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, « La responsabilité extracontractuelle du fait de légiférer, vue d'ensemble », in D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics : XXII^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 331-393 ; F. BOUHON, « La responsabilité civile pour la faute du législateur – Anno 2020 », *J.T.*, 2020, pp. 745-749 ; M. VERDUSSEN, « La responsabilité civile du fait de légiférer en violation de la Constitution », in D. RENDERS (coord.), *La responsabilité des pouvoirs publics : XXII^e journées d'études juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 395-433. Sur la question des injonctions à légiférer lorsque la responsabilité de l'État est mise en cause pour le fait de légiférer, voy. spécifiquement S. VAN DROOGHENBROECK, « *Flandria, Anca, Ferrara... Urgenda* ? Entre réparation et prévention, de l'indemnisation à l'injonction », *J.T.*, 2020, pp. 750-754. Voy. aussi la seconde ordonnance relative au CST adoptée par le tribunal de première instance de Namur. Civ. Namur, div. Namur (9^e ch. réf.), 1^{er} mars 2022, inédit, R.R. n° 22/3/C.

⁴ Règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (« règlement général sur la protection des données »), *J.O.*, L 119, 4 mai 2016.

⁵ Liège (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, pp. 216-231. Pour un commentaire approfondi de cet arrêt, voy. F. BOUHON, « Le Covid Safe Ticket ébranlé, puis sauvé, demeure juridiquement fragile », *J.L.M.B.*, 2022, pp. 231-239.

⁶ Les recherches menées en vue de la rédaction de la présente contribution s'arrêtent au 16 mars 2023.

commentée (sous-section 1). Nous présentons ensuite un bref aperçu du fonctionnement technique du CST permettant de constater que celui-ci constitue un traitement de données à caractère personnel concernant la santé (sous-section 2).

SOUS-SECTION 1. APERÇU DE LA LÉGISLATION IMPOSANT L'UTILISATION DU COVID SAFE TICKET

À la date du prononcé de l'ordonnance du tribunal de première instance de Namur, il était nécessaire de consulter pas moins d'une dizaine de textes législatifs et réglementaires pour comprendre le dispositif mis en place par les autorités sur l'ensemble du territoire. Sur le plan supranational, tout d'abord, la matière est en partie⁷ régie par le règlement européen relatif au certificat Covid numérique de l'UE⁸ (ci-après le règlement « certificat Covid numérique de l'UE »). À l'échelon national ensuite, il fallait se référer à cinq textes législatifs qui sont un accord de coopération du 14 juillet 2021, un décret wallon, un décret de l'autorité flamande⁹, un décret de la Communauté germanophone¹⁰ ainsi qu'une ordonnance bruxelloise¹¹. Ces textes étaient mis en œuvre par un accord de coopération d'exécution¹², un arrêté du gouvernement de la Communauté germanophone¹³

et un arrêté du collège réuni de la COCOM¹⁴. Cet enchevêtrement de textes était enfin complété par l'arrêté royal¹⁵ pris en exécution de la loi relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique¹⁶ (ci-après « loi pandémie »).

L'accord de coopération du 14 juillet 2021, qui constitue la clé de voûte du CST, a connu plusieurs modifications successives¹⁷. Dans un premier temps, ce texte réservait uniquement l'utilisation du CST pour conditionner temporairement l'accès à des événements de masse, des projets pilotes ou des expériences¹⁸. Dans un second temps, un accord de coopération modificatif du 27 septembre 2021 a permis d'étendre la liste des lieux et événements dont l'accès pouvait être conditionné à la présentation d'un CST. Ont alors été inclus les dancings et discothèques ainsi qu'une série de « secteurs additionnels » limitativement énumérés, tels que les établissements horeca¹⁹. Tel que modifié, l'accord de coopération autorisait les entités fédérées à adopter des mesures législatives pour imposer l'utilisation du CST – sur tout ou partie du territoire pour lequel elles sont compétentes – pour conditionner l'accès (i) à tout ou partie des secteurs additionnels à partir du 1^{er} octobre 2021²⁰ et (ii) aux événements de masse, projets pilotes, dancings et discothèques à partir du 1^{er} novembre²¹. Dans un troisième et dernier temps, un second accord de coopération modificatif fut voté en date du 28 octobre 2021. Celui-ci remédiait aux problèmes découlant de

⁷ Comme expliqué *infra*, d'un point de vue technique, l'utilisation du CST repose sur le certificat Covid numérique de l'UE. Par ailleurs, le considérant 48 du règlement laisse une porte ouverte au traitement des données du certificat Covid numérique de l'UE pour d'autres finalités nationales. Voy. aussi. A. DESPONTIN et A. LACKNER, « Le Covid Safe Ticket : “cachez cette obligation que je ne saurais voir” », in A. JANSEN (coord.), *La vaccination contre la Covid-19 obligatoire en Belgique ?*, Limal, Anthemis, 2022, pp. 161-162.

⁸ Règlement (UE) n° 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, *J.O.*, L 221, 15 juin 2021. Ci-après le « règlement certificat Covid de l'UE ».

⁹ Décret de l'Autorité flamande du 29 octobre 2021 relatif au *Covid Safe Ticket*.

¹⁰ Décret de la Communauté germanophone du 1^{er} juin 2004 relatif à la promotion de la santé et à la prévention médicale tel que modifié par le décret du 29 octobre 2021.

¹¹ 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 du 29 octobre 2021.

¹² 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 ». Au 16 mars 2023, ce texte, au même titre que l'accord de coopération CST, est toujours en vigueur.

¹³ 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.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ Loi du 14 août 2021 relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique.

¹⁷ Il s'agit ici d'un rappel succinct de l'historique des modifications de l'accord de coopération CST. Pour une présentation plus détaillée de cette chronologie, voy. A. DESPONTIN et A. LACKNER, « Le Covid Safe Ticket : “cachez cette obligation que je ne saurais voir” », *op. cit.*, pp. 161-167.

¹⁸ Art. 12, § 1^{er}, de l'accord de coopération CST dans sa version du 14 juillet 2021. Voy. aussi art. 1, § 1^{er}, 4^o, 11^o et 12^o, 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.

¹⁹ Les « secteurs additionnels » visent spécifiquement (i) les établissements horeca, (ii) les centres de sport et de fitness, (iii) les foires commerciales et les congrès, (iv) les établissements des secteurs culturel, festif et associatif ainsi que (v) les établissements de soins résidentiels pour personnes vulnérables. Voy. art. 1^{er}, § 1^{er}, 21^o, de l'accord de coopération CST pour les définitions des différents secteurs additionnels visés. Voy. aussi art. 7 de l'accord de coopération d'exécution CST pour une énumération des établissements relevant des secteurs culturel, festif et récréatif.

²⁰ Art. 2bis, § 1^{er}, et 13bis, §§ 1^{er} et 2, de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021.

²¹ Art. 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.

l'activation de la loi pandémie dans la mesure où, avant modification, l'accord de coopération disposait qu'à compter de la mise en œuvre de la loi pandémie les normes adoptées par les entités fédérées devenaient inapplicables²². En substance, cette modification avait donc pour effet de suspendre les normes des entités fédérées uniquement en ce qu'elles réglementaient l'accès aux événements de masse, projets pilotes et discothèques²³. La faculté d'imposer l'utilisation du CST dans les secteurs additionnels restait par contre intacte.

En ce qui concerne spécifiquement le territoire de la Région wallonne, à dater du 1^{er} novembre 2021²⁴, l'obligation de présenter un CST pour accéder aux événements de masse, aux expériences et projets pilotes, ainsi qu'aux dancings et discothèques se fondait sur l'accord de coopération CST ainsi que de l'arrêté royal du 28 octobre 2021²⁵. L'utilisation du CST afin de contrôler l'accès aux secteurs additionnels était par contre encadrée par le décret wallon du 21 octobre 2021.

Sous-section 2. BREF APERÇU TECHNIQUE DU FONCTIONNEMENT DU COVID SAFE TICKET

À des fins de précision, il est nécessaire de distinguer le certificat Covid numérique de l'UE et le *Covid Safe Ticket* en tant que tel²⁶. Le droit de l'UE, et plus particulièrement le règlement Covid numérique de l'UE, impose aux États membres de délivrer, à leurs citoyens, des certificats Covid numériques – de vaccination, de test et de rétablissement²⁷ – afin de faciliter la libre circulation au sein de l'UE durant la pandémie de Covid-19²⁸. Sur le plan technique, les données à caractère personnel nécessaires à la création d'un certificat sont encodées soit dans la base de données

vaccinnetplus²⁹, soit dans une base de données créée au sein de *Sciensano*³⁰ en fonction du type de certificat devant être créé. Ces données font ensuite l'objet d'un traitement par l'agence *Digitaal Vlaanderen* afin de générer un certificat de vaccination, de test ou de rétablissement auquel un « QR code » est adjoint³¹. Enfin, le certificat est délivré au citoyen sur un support papier et/ou numérique. Lorsque le citoyen choisit la délivrance d'un certificat électronique, il peut installer une application numérique dénommée « CovidSafe » pour télécharger les certificats dont il est titulaire. À ce stade, les traitements de données réalisés ont uniquement vocation à mettre en œuvre le règlement Covid numérique de l'UE³².

Le *Covid Safe Ticket* à proprement parler pouvait, lui, être défini 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 facilités³³. Le fonctionnement de ce dispositif de contrôle nécessitait donc l'utilisation de deux éléments distincts. D'une part, le certificat Covid numérique de l'UE d'un citoyen et, d'autre part, l'application numérique dénommée « CovidScan » utilisée par une personne soumise à l'obligation de contrôler le CST. L'application intégrait un module appelé « module CST » permettant la lecture d'un certificat Covid de l'UE afin de

²⁹ Art. 11, § 2, 2^o, 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.

³⁰ 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.

³¹ 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 ; contrat de sous-traitance du 16 juin 2021 passé entre Sciensano et l'agence *Digitaal Vlaanderen*, p. 8. L'accès à ces contrats de sous-traitance a été obtenu sur la base des dispositions relatives à la publicité de l'administration. Précisons également que *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. art. 6, § 1^{er}, de l'accord de coopération CST.

³² À noter qu'au 16 mars 2023, ce texte est toujours d'application. Voy. article 17 du règlement certificat Covid numérique de l'UE tel que modifié par le règlement (UE) n° 2022/1034 du Parlement européen et du Conseil du 29 juin 2022 modifiant le règlement (UE) n° 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. Par le biais de ce règlement modificatif, le règlement reste d'application jusqu'au 30 juin 2023.

³³ Voy. en ce sens art. 1^{er}, § 1^{er}, 4^o, de l'accord de coopération CST.

²² Art. 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 du 28 octobre 2021, exposé des motifs, *Doc.*, 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 [...] ».

²³ Art. 2bis, § 3, al. 2, de l'accord de coopération CST.

²⁴ Date d'entrée en vigueur 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.

²⁵ Lecture combinée des art. 7, § 2, et 12, § 3, de l'arrêté royal du 28 octobre 2021 et de l'art. 2bis, § 3, de l'accord de coopération CST.

²⁶ Il s'agit ici d'un bref aperçu du fonctionnement technique du *Covid Safe Ticket*. Sur le sujet, voy. aussi E. DEGRAVE et F. JACQUES, « Le Covid Safe Ticket et la protection de la vie privée des citoyens », in C. LANSENS (coord.), *Les droits humains en temps de pandémie*, Bruxelles, Larcier, 2023, pp. 147-198.

²⁷ Pour une définition de ces catégories de certificats, voy. respectivement art. 3, § 1^{er}, a), b) et c), du règlement certificat Covid numérique de l'UE.

²⁸ Art. 1^{er} du règlement certificat Covid numérique de l'UE.

vérifier l'authenticité et la validité dudit certificat³⁴. Ce module permettait aussi de générer le CST du titulaire du certificat³⁵, qui pouvait avoir deux valeurs, en vue d'indiquer si cette personne remplissait les conditions d'accès à un événement ou à un lieu³⁶. Par conséquent, la notion de CST visait, 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*.

Il en résulte que le contrôle du CST du citoyen, en vue de lui permettre d'accéder à un lieu, constituait un traitement automatisé de données de santé tombant dans le champ d'application matériel du RGPD³⁷. En effet, le CST permettait aisément de déduire des informations concernant la santé de son titulaire puisque la simple possibilité de générer un CST valide indiquait que son titulaire était soit vacciné, soit avait consenti à un examen médical récemment, soit avait été précédemment malade³⁸.

SECTION 2. LE RGPD ET L'OBLIGATION DE CONSULTATION DANS LE PROCESSUS D'ADOPTION DE NORMES

Comme il l'a déjà été mentionné, le tribunal de première instance a conclu à l'illégalité apparente de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 notamment dans la mesure où ce texte n'avait pas été soumis à l'avis de l'APD.

Dans la présente section, nous présentons tout d'abord l'obligation d'établir une autorité de contrôle et de consulter celle-ci dans le cadre de l'adoption d'une norme (sous-section 1). À cette occasion, nous démontrons également, au moyen d'une comparaison, la complémentarité de l'avis de cette autorité avec celui de la section de législation du Conseil d'État lors de l'élaboration de règles établissant un traitement de données à caractère personnel (sous-section 2). Nous exposons ensuite en quoi l'adoption de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 porte atteinte à cette obligation de consultation

(sous-section 3). La question du sort réservé à une norme législative adoptée en l'absence de consultation de l'autorité de contrôle est enfin abordée (sous-section 4).

SOUS-SECTION 1. LA COMPÉTENCE D'AVIS DE L'AUTORITÉ DE CONTRÔLE

Élément clé en matière de protection des données à caractère personnel, le RGPD dédie un chapitre entier aux autorités de contrôle indépendantes³⁹. En application de l'article 51 de ce règlement, les États membres sont ainsi tenus d'instaurer « une ou plusieurs autorités publiques indépendantes [...] chargées de surveiller l'application du [...] règlement, afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union⁴⁰ [...] »⁴¹. En Belgique, l'autorité de contrôle compétente en la matière est l'APD instituée par la loi du 3 décembre 2017⁴² (ci-après « loi APD »).

Le RGPD dote les autorités de contrôle, en ce compris l'APD, d'une mission spécifique de conseil vis-à-vis des législateurs et gouvernements nationaux. L'article 36, § 4, du règlement dispose ainsi que « [l]es États membres consultent l'autorité de contrôle dans le cadre de l'élaboration d'une proposition de mesure législative devant être adoptée par un parlement national, ou d'une mesure réglementaire fondée sur une telle mesure législative, qui se rapporte au traitement ». Les lignes qui suivent nous permettent de formuler quelques observations sur (i) les catégories de normes visées par le champ d'application de cette disposition, (ii) le caractère obligatoire de cette consultation et (iii) le moment auquel cette consultation doit être effectuée.

³⁹ Il s'agit plus particulièrement du chapitre VI du RGPD qui ne contient pas moins de 9 articles. Sur ce sujet, voy. not. C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, A. DELFORGE et L. GÉRARD, « Quels contrôles ? », in *La protection des données à caractère personnel en Belgique*, Bruxelles, Politeia, 2019, pp. 135-189.

⁴⁰ Art. 51, § 1^{er}, RGPD. Ces autorités doivent par ailleurs être dotées de pouvoirs d'enquête, du pouvoir d'adopter des mesures correctrices ainsi que de pouvoirs d'autorisation et de consultation. Art. 58, §§ 1^{er}, 2 et 3, RGPD.

⁴¹ Les États membres sont de plus tenus de notifier à la Commission européenne la ou les autorités de contrôle instituées sur leur territoire. L'article 51, § 4, RGPD dispose à ce sujet que chaque État membre notifie à la Commission « les dispositions légales qu'il adopte en vertu du présent chapitre, au plus tard, le 25 mai 2018 et, sans tarder, toute modification ultérieure les affectant ».

⁴² Loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données telle que modifiée par la loi du 4 mars 2018 modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données, la loi du 24 mai 2018 modifiant la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données et la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

³⁴ Art. 17, § 2, 2^o, de l'accord de coopération CST.

³⁵ Art. 17, § 2, 2^o, de l'accord de coopération CST.

³⁶ Art. 4 de l'accord de coopération d'exécution CST.

³⁷ Art. 2, § 1^{er}, RGPD. Cette disposition précise que le RGPD s'applique aux traitements de données automatisés en tout ou en partie. Quant à la notion de « données concernant la santé », voy. art. 4, 15), RGPD.

³⁸ Cette interprétation semble pouvoir être confirmée au regard de la jurisprudence de la C.J.U.E., arrêt du 1^{er} août 2022, *Vyriausioji tarnybinės etikos komisija*, C-184/20, EU:C:2022:601, points 120 et 127.

En ce qui concerne tout d'abord les catégories de normes visées par la disposition, l'obligation de consultation ne se limite pas à l'adoption de mesures législatives. En effet, le texte impose aussi de consulter l'APD dans le cas de normes réglementaires adoptées en vue de l'exécution d'une norme législative instaurant un traitement de données à caractère personnel. En droit belge on notera d'ailleurs que la Cour constitutionnelle (ci-après « la Cour ») ne s'oppose pas à l'adoption de normes réglementaires en matière de traitements de données à caractère personnel pour autant qu'elles aient vocation à exécuter les éléments essentiels du traitement préalablement définis par le législateur⁴³. Il en résulte que tant les normes législatives que les normes réglementaires doivent être soumises à cette formalité lorsqu'elles ont trait à des traitements de données à caractère personnel.

Quant au caractère obligatoire de cette consultation, il a été suggéré qu'à la lecture du RGPD, il était permis de penser que la consultation de l'APD était uniquement requise pour un traitement de données dont une analyse d'impact relative à la protection des données (ci-après « AIPD »)⁴⁴ a préalablement établi que ledit traitement présente un risque élevé⁴⁵. Cependant, cette position ne semble généralement pas retenue. Ainsi, comme rappelé par le tribunal de première instance, le Conseil d'État considère qu'un avis de l'APD est nécessaire dès lors qu'une norme concerne un traitement de données au sens du RGPD⁴⁶. Cependant, cette position fut en outre celle de la cour d'appel de Liège dans l'arrêt du 7 janvier 2022. On notera par ailleurs que, comme le relève la Cour constitutionnelle, la réalisation d'une AIPD préalablement à l'adoption d'une norme instaurant un traitement de données est facultative⁴⁷. Cela conforte l'interprétation qui prône le caractère obligatoire de la consultation de l'APD

en toute hypothèse. À défaut, l'obligation de consulter l'APD lors de l'élaboration de la norme serait vidée de sa portée puisqu'elle serait conditionnée au choix de l'auteur de la norme de réaliser ou non la formalité facultative de l'AIPD. L'*European Data Protection Board* (ci-après « EDPB ») semble également aller en ce sens en rappelant que dès lors qu'une norme restreint les droits de la personne concernée consacrés dans le RGPD, l'autorité de contrôle doit être consultée⁴⁸ sans automatiquement imposer la réalisation d'une AIPD⁴⁹.

On ajoutera enfin qu'il résulte de la lecture de cette disposition que l'urgence ne semble pas permettre de déroger à cette obligation. De même, cette disposition ne permet pas de solliciter l'avis de l'APD *a posteriori*. En effet, l'article 36, § 4, du RGPD souligne que l'autorité de contrôle doit être consultée « dans le cadre de l'élaboration ». L'EDPB précise d'ailleurs que l'autorité de contrôle doit être consultée avant⁵⁰ l'adoption de la norme. Partant, une pratique consistant à demander l'avis de l'APD après adoption, dans l'urgence, d'une norme laisserait intact le manquement aux prescrits de l'article 36, § 4, du RGPD.

SOUS-SECTION 2. UNE COMPÉTENCE D'AVIS COMPLÉMENTAIRE À CELLE DU CONSEIL D'ÉTAT

Nous procédons, ci-après, à une comparaison entre, (i) d'une part, l'obligation de consultation de la section de législation du Conseil d'État et, (ii) d'autre part, l'obligation de consultation de l'autorité de contrôle au sens du RGPD. D'un point de vue théorique, cette comparaison se justifie dans la mesure où tant la haute juridiction administrative que l'APD sont amenées à procéder, en matière de protection des données, à un contrôle *a priori* de légalité, de constitutionnalité et de conventionnalité des normes⁵¹. De même, les avis rendus sont

⁴³ Voy. par exemple C.C., arrêt n° 29/2010 du 18 mars 2010, B.16.1. ; C.C., arrêt n° 27/2020 du 20 mars 2020, B.17. ; C.C., arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, B.13.1 ; C.C., arrêt n° 33/2022 du 10 mars 2022, B.13.1.

⁴⁴ L'analyse d'impact relative à la protection des données est visée à l'article 35 RGPD. Voy. à ce propos, F. DUMORTIER, « L'analyse d'impact relative à la protection des données », C. DE TERWANGNE et K. ROSIER (dir.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 211-221.

⁴⁵ C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, A. DELFORGE et L. GÉRARD, « Quels contrôles ? », in *La protection des données à caractère personnel en Belgique*, op. cit., p. 147.

⁴⁶ Voy. not. C.E. (sect. lég.), avis n° 67.692/1/V du 4 août 2020 relatif à un projet d'arrêté royal relatif à la lutte contre la tuberculose bovine, p. 19 ; C.E. (sect. lég.), avis n° 64.671/4 du 10 décembre 2018 relatif à un avant-projet de décret de la Région wallonne « insérant des dispositions relatives aux soins palliatifs dans le Code wallon de l'action sociale et de la santé », p. 3 ; C.E. (9^e ch.), 6 janvier 2021, n° 249.405, P. Verhaeghe.

⁴⁷ C.C., arrêt n° 2/2021 du 14 janvier 2021, B.7.2. Au sujet de cet arrêt, voy. aussi J. MONT et E. DEGRAVE, « L'enregistrement des empreintes digitales sur la carte d'identité est-il contraire au droit à la vie privée des citoyens ? », *R.D.T.I.*, 2020, n° 81, pp. 78-92.

⁴⁸ European Data Protection Board, « Guidelines 10/2020 on Restrictions under Article 23 GDPR », 13 octobre 2021, p. 16.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 15.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 16. L'EDPB mentionne : « [...] SAs shall be consulted before the adoption of the legislative measure to be adopted by a national parliament, or of a regulatory measure based on such a legislative measure [...] ».

⁵¹ Au sujet de l'APD, voy. Liège (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 224. La cour mentionne à propos de l'APD : « Elle analyse essentiellement le respect des textes en projet, les principes de légalité, de prévisibilité, de nécessité, de proportionnalité ainsi que les principes et règles issus du RGPD [...], des traités internationaux relatifs aux droits fondamentaux ». En pratique, l'APD examine généralement le respect de la légalité des normes au regard des dispositions constitutionnelles consacrant le droit à la vie privée et la protection des données. Voy. par exemple, Autorité de protection des données, avis n° 24/2021 du 2 mars 2021 relatif à un avant-projet de loi relatif aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique (CO-A-2021-044), p. 2 ; 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), pp. 4-6. Au sujet de la section

dans les deux cas consultatifs⁵². Nous comparons ces formalités au regard (i) des normes soumises à la formalité, (ii) de l'existence d'exception lorsque l'urgence est invoquée et (iii) de la présence d'une sanction explicite dans les textes législatifs imposant le recours à cette formalité durant le processus d'adoption de la norme.

En ce qui concerne les normes soumises au contrôle de la section de législation du Conseil d'État, il faut se référer à l'article 3, § 1^{er}, des lois coordonnées sur le Conseil d'État (ci-après « LCCE »). Conformément à cette disposition, sont obligatoirement soumis à cette formalité les avant-projets de normes législatives⁵³ ainsi que les projets d'arrêtés réglementaires des gouvernements⁵⁴. Pour les normes législatives émanant d'initiative parlementaire, la formalité de consultation est en principe facultative⁵⁵. Seules sont donc obligatoirement soumises au contrôle *ex ante* de la section de législation du Conseil d'État, les (futurs) normes dont l'initiative émane du pouvoir exécutif. Partant de ce constat, il peut en être déduit que l'obligation de consultation de l'APD présente un champ d'application plus large. En effet, l'article 36, § 4, du RGPD n'établit pas de distinction quant à l'auteur de l'initiative législative. Partant, toutes (futurs) normes législatives et réglementaires semblent être soumises à cette formalité⁵⁶.

Devant la section de législation du Conseil d'État, une distinction doit être établie en fonction de la norme concernée. Ainsi, en ce qui concerne les avant-projets de normes législatives, l'urgence permet d'obtenir un avis dans un délai réduit⁵⁷ mais ne peut permettre d'éluder la formalité de consultation de la section de législation⁵⁸. L'urgence spécialement motivée permet, par contre, de soustraire un projet de norme réglementaire à l'avis du Conseil d'État⁵⁹. Comme

nous l'avons mentionné, le RGPD ne prévoit pas d'exception relative à l'urgence lorsqu'il s'agit de consulter l'APD. De même, la loi APD prévoit seulement la possibilité d'obtenir un avis dans un délai réduit lorsque l'urgence spécialement motivée est invoquée⁶⁰.

Quant à l'existence d'une sanction, aucune sanction n'est prévue dans les LCCE en l'absence de consultation de la section de législation par l'auteur d'un avant-projet de norme législative⁶¹. Devant la section du contentieux administratif du Conseil d'État, l'absence de consultation de la section de législation peut par contre conduire à l'annulation d'une norme réglementaire, en particulier en l'absence de motivation suffisante de l'urgence⁶². À l'inverse des LCCE, le RGPD prévoit qu'une amende administrative peut être prononcée, par l'autorité de contrôle, en cas de violation des articles 25 à 39⁶³ du règlement⁶⁴. La mise en œuvre de cette sanction semble toutefois particulièrement malaisée vis-à-vis de l'auteur d'une norme. En effet, en cas de violation des articles précités, seul le responsable du traitement peut se voir imposer une amende administrative. Or, il n'y a pas automatiquement d'identité entre l'auteur de la norme et le responsable du traitement au sens du règlement⁶⁵.

de législation, voy. C.E. (3^e ch.), 11 avril 1995, n° 52.781, *Union nationale des mutualités neutres*.

⁵² En ce qui concerne la section de législation du Conseil d'État voy. J. SALOMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 214-217. À propos de l'APD, voy. Liège (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 224.

⁵³ Nous entendons par normes législatives les lois, les décrets et les ordonnances.

⁵⁴ Sous réserve de répondre aux « critères de "normativité" et de "généralité" suffisantes ». À ce sujet, voy. J. SALOMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., pp. 286-292.

⁵⁵ Article 4 des LCCE.

⁵⁶ Sous réserve toutefois que les premières concernent un traitement de données à caractère personnel et que les secondes aient vocation à exécuter les premières.

⁵⁷ Art. 84, § 1^{er}, 3^e, des LCCE.

⁵⁸ Lecture combinée des articles 3, § 1^{er}, et 3, § 2, des LCCE. Voy. aussi à ce sujet C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, Bruxelles, la Charte, 2019, p. 620.

⁵⁹ Art. 3, § 1^{er}, des LCCE ; Y. LEJEUNE, *Droit constitutionnel belge – Fondements et institutions*, 4^e éd., Bruxelles, Larcier, 2021, p. 290. Voy. aussi.

A. VAGMAN, « La section de législation du Conseil d'État : Quand un contrôle préventif, approfondi et transparent des projets législatifs et réglementaires a vocation à se concilier avec l'urgence constante de la vie politique », in J. SAMBON (dir.), *L'environnement, le droit et le magistrat*, Bruxelles, Larcier, 2021, p. 104. Cette autrice précise que l'urgence spécialement motivée doit être de nature à « démontrer que l'urgence est telle qu'il n'est pas possible de solliciter et d'attendre l'avis de la section de législation, même dans le délai limité à 5 jours ouvrable [...] ».

⁶⁰ Art. 26, § 1^{er}, de la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données.

⁶¹ J. SALOMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, op. cit., pp. 165-166 ; C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, op. cit., p. 191.

⁶² Voy. not. C.E. (8^e ch.), 17 mars 2021, n° 250.137, *association sans but lucratif Justice and Democracy* ; C.E. (11^e ch.), 7 mai 2015, n° 231.158, *SA Sagevas* ; C.E. (7^e ch.), 21 octobre 2004, n° 136.381, *Centre public d'action sociale d'Anvers*, 3.2.1-3.2.5.

⁶³ L'article 36 RGPD, en ce compris le paragraphe 4, est donc visé dans son intégralité.

⁶⁴ Art. 83, § 4, a), RGPD.

⁶⁵ À titre exemplatif, dans le cadre de l'accord de coopération CST, il est notamment prévu que les agences chargées de la vaccination du citoyen (telles que l'AVIQ en Région wallonne) sont responsables du traitement pour la création et la délivrance de certificats Covid de l'UE relatifs à la vaccination. Voy. les articles 4 et 15 de l'accord de coopération CST. Pour la vérification du CST préalablement à l'accès à un événement ou à un établissement, l'organisateur d'un événement ou le gestionnaire d'un établissement étaient désignés, par les autorités, comme responsable du traitement. Voy. à ce sujet Déclaration de confidentialité concernant le traitement de données et la protection des données dans le cadre du certificat Covid numérique – CovidSCAN.BE APP, v. 3, p. 2. Document disponible à l'adresse suivante : www.covidscan.be/front/pdf/privacy-statement-covidscan-app-v1-fr.pdf.

La comparaison réalisée ci-dessus peut être résumée comme suit :

Auteur de l'avis	Section de législation du Conseil d'État	Autorité de protection des données
Normes concernées et caractère facultatif ou obligatoire de la formalité	Avis obligatoire - Normes législatives dont l'initiative émane du pouvoir exécutif (avant-projets) - Arrêtés réglementaires (projet) Avis facultatif - Normes législatives d'initiative parlementaire (propositions)	Avis obligatoire - Normes législatives d'initiative parlementaire et exécutive portant sur un traitement de données (avant-projets et proposition) - Normes réglementaires fondées sur une norme législative portant sur un traitement de données.
Exception à la formalité en cas d'urgence	Avant-projets de normes législatives - Non Projets de normes réglementaires - Oui (urgence spécialement motivée)	Non L'urgence spécialement motivée permet uniquement une réduction de délai.
Sanction explicitement prévue en cas de manquement à la formalité.	Avant-projets de normes législatives - Non Projet de norme réglementaire - Non. L'annulation par le C.E. est cependant possible lorsque l'urgence spécialement motivée n'est pas établie.	Oui Amende possible en cas de non-respect de l'article 36. La sanction ne vise cependant pas l'auteur de la norme.

Au terme de cette comparaison, et au-delà de la question de la sanction qui peut être attachée à l'absence de consultation lors de l'élaboration de la norme, il apparaît que la compétence d'avis de la section de législation du Conseil d'État et celle de l'APD sont complémentaires, en ce qu'elles permettent de former un « filet de sécurité » dans le but de protéger les droits fondamentaux du citoyen au respect de la vie privée et de la protection des données. Cette affirmation se justifie, à notre sens, pour trois raisons. Premièrement, la consultation de l'APD permet d'assurer un contrôle des propositions de loi pour lesquelles l'avis du Conseil d'État est en principe facultatif. De même, elle assure qu'un contrôle est exercé sur certaines normes réglementaires dont le contenu échappe à la section de législation

telles que les accords de coopération d'exécution⁶⁶. Deuxièmement, quand bien même une norme réglementaire serait soustraite au contrôle *a priori* du Conseil d'État au motif de l'urgence, celle-ci ne pourra être adoptée qu'après avis de l'APD. Troisièmement, l'avis de l'APD permet de remédier à un potentiel contrôle limité de constitutionnalité et de conventionnalité résultant de l'invocation de l'urgence par l'auteur de la norme⁶⁷. En effet, bien que l'urgence spécialement motivée ne prive pas la haute juridiction administrative de la possibilité d'examiner le

⁶⁶ C.E. (sect. lég.), avis 69.730/VR du 9 juillet 2021 précité, p. 48. Le Conseil d'État y mentionne « [...] les accords de coopération d'exécution n'ont pas à être soumis pour avis au Conseil d'État ».

⁶⁷ En cas d'urgence spécialement motivée, l'APD disposera en effet d'un délai de quinze jours. Art. 26, § 1^{er}, de la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données.

fondement juridique⁶⁸ de la norme⁶⁹, la doctrine souligne qu'un avis rendu dans un délai réduit ne permet pas toujours à la section de législation de soulever l'ensemble des problèmes qu'un texte est susceptible de « poser au regard des normes de droit supérieur »⁷⁰.

SOUS-SECTION 3. LE PRÉCÉDENT DE L'ADOPTION DE L'ACCORD DE COOPÉRATION DU 28 OCTOBRE 2021

Comme nous l'avons vu, le recours obligatoire au CST pour conditionner l'accès à divers événements et établissements se fondait sur un accord de coopération au sens de l'article 92bis de la loi spéciale de réformes institutionnelles (ci-après « LSRI »⁷¹). Dès lors que cet accord avait pour effet d'imposer aux citoyens de se soumettre à un traitement de données concernant la santé avant de pouvoir accéder à un lieu ou un événement, ce texte était de nature à lier des Belges individuellement en au sens de l'article 92bis, § 1^{er}, alinéa 2, de la LSRI. Aussi, afin de produire ses effets, un tel accord devait faire l'objet d'une norme législative d'assentiment (à savoir une loi, un décret et/ou une ordonnance⁷²). Toute modification ultérieure de l'accord de coopération est soumise à la même exigence⁷³. Dans le cas de l'accord de coopération CST, cela signifie que sept assemblées parlementaires devaient adopter une norme législative d'assentiment, laquelle devait être soumise préalablement à un avis de l'APD. Il est donc singulier de noter que ces sept assemblées ont, malgré le rappel systématique du Conseil d'État sur la nécessité de

consulter l'APD⁷⁴, pris la décision d'adopter une norme portant assentiment à l'accord de coopération modificatif du 28 octobre 2021 sans procéder à la formalité de consultation préalable.

Une analyse des comptes-rendus parlementaires des différentes assemblées concernées démontre que l'absence d'avis de l'APD a systématiquement été soulignée sans pour autant que la décision d'adopter la norme d'assentiment ne soit reportée dans l'attente de l'avis de l'APD⁷⁵. À la Chambre, une demande expresse de suspension de la séance jusqu'à réception de l'avis de l'APD a d'ailleurs été rejetée⁷⁶. Outre le caractère urgent, invoqué afin de surmonter l'absence d'avis de l'APD, un argument ressort généralement des comptes-rendus de discussions au sein des différentes assemblées pour justifier cette décision de ne pas consulter l'APD. Selon cet argument, l'avis de l'APD n'aurait pas été nécessaire au motif que l'accord de coopération – auquel assentiment devait être donné – n'apportait aucun changement au traitement de données pour lequel des avis de l'autorité existaient déjà⁷⁷. Partant, selon

⁶⁸ La notion de fondement juridique fait l'objet d'une interprétation large et inclut un examen de la norme notamment au regard de la Constitution et du droit européen. A. VAGMAN, « La section de législation du Conseil d'État : Quand un contrôle préventif, approfondi et transparent des projets législatifs et réglementaires a vocation à se concilier avec l'urgence constante de la vie politique », *op. cit.*, p. 109.

⁶⁹ Art. 84, § 3, des LCCE.

⁷⁰ J. SALMON, J. JAUMOTTE et E. THIBAUT, *Le Conseil d'État de Belgique*, *op. cit.*, p. 265.

⁷¹ Selon le Conseil d'État, les différentes parties à l'accord de coopération justifiaient leur compétence pour conclure celui-ci dès lors que les Communautés et Régions pouvaient s'appuyer sur « leur compétence, ou sur la compétence exercée par elles, en matière de médecine préventive » et que l'autorité fédérale entendait, quant à elle, s'appuyer sur sa compétence résiduelle, notamment, en matière de police sanitaire. Voy. C.E. (sect. lég.), avis n° 69.730/VR du 9 juillet 2021 sur un avant-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, p. 36.

⁷² C. BEHRENDT et M. VRANCKEN, *Principes de droit constitutionnel belge*, *op. cit.*, p. 477.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ Voy. not. C.E. (sect. lég.), avis n° 70.390/VR du 27 octobre 2021 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne portant assentiment à l'accord de coopération du 26 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet et du 27 septembre 2021, p. 6 ; C.E. (sect. lég.), avis n° 70.389/VR du 27 octobre 2021 sur un avant-projet de décret de la Communauté française portant assentiment à l'accord de coopération du 26 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet et du 27 septembre 2021, p. 6 ; C.E. (sect. lég.), avis n° 70.386/VR sur un avant-projet d'ordonnance portant assentiment de l'accord de coopération visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, p. 20 ; C.E. (sect. lég.), avis n° 70.384/VR sur un avant-projet de loi portant assentiment de l'accord de coopération visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, p. 20.

⁷⁵ Voy. projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif du 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 ; Projet d'ordonnance portant assentiment de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, discussion générale, Ass. réun. C.C.C., 2021-2022, séance du 29 octobre 2021, n° 6, p. 18 et p. 20 ; 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. 5 ; 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., précité, p. 18. 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., précité, p. 7 ; Ontwerp van decreet houdende instemming met het samenwerkingsakkoord van 28 oktober 2021 strekkende tot wijziging van het samenwerkingsakkoord van 14 juli 2021, discussion générale, *Parl. St.*, précité ; Dekretentwurf zur Billigung des Zusammenarbeitsabkommens vom 28. Oktober 2021 zur Änderung des Zusammenarbeitsabkommens vom 14. Juli 2021, discussion générale, *Ausf. Ber.*, précité, p. 11.

⁷⁶ Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif de 28 octobre 2021 visant à la modification de l'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.

⁷⁷ Voy. not. 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., Parl. Comm. fr., 2021-2022, séance du 28 octobre 2021, n° 6 (2021-2022), p. 18 ; Projet de loi portant assentiment à l'accord de coopération législatif de 28 octobre 2021 visant à la

les propos d'Alain Maron, l'APD ne devait être consultée qu'au sujet de « textes qui prévoient un nouveau traitement de données à caractère personnel ou qui modifient un traitement existant »⁷⁸.

Cet argument prête toutefois le flanc à la critique. En effet, avant modification, l'accord de coopération prévoyait qu'à la date d'activation de la loi pandémie, l'obligation de contrôle du CST dans les secteurs additionnels prenait fin. Si toutefois les autorités souhaitaient imposer, à nouveau, l'utilisation du CST elles devaient alors adopter un nouvel accord de coopération de rang législatif justifiant, sur la base des circonstances épidémiologiques, le recours au CST⁷⁹. Confronté à l'argument selon lequel la modification de l'accord de coopération n'adaptait pas le traitement de données à caractère personnel, le Conseil d'État avait précisé que l'avis de l'APD s'imposait « dès lors que le champ d'application de la réglementation existante du traitement de données [...] » était modifié⁸⁰. Nous partageons cette position puisqu'en permettant aux entités fédérées de continuer à imposer le CST dans les secteurs additionnels – après activation de la loi pandémie – le champ d'application temporel du traitement de données s'en trouvait modifié⁸¹. En outre, sous l'angle de la protection des données, la disposition dans sa version initiale, pourrait être interprétée comme instaurant un mécanisme de sauvegarde ayant vocation à assurer aux personnes concernées qu'à la survenance d'un événement particulier – tel que la mise en œuvre d'une loi en matière d'urgence épidémique – le traitement de données serait suspendu et sa nécessité réévaluée en fonction des secteurs concernés. En ce sens, la suppression d'un tel mécanisme nous semble pouvoir être qualifiée de modification substantielle du traitement de données⁸².

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.

⁷⁸ Projet d'ordonnance portant assentiment de l'accord de coopération du 28 octobre 2021 visant à la modification de l'accord de coopération du 14 juillet 2021, discussion générale, Ass. réun. C.C.C., 2021-2022, séance du 29 octobre 2021, n° 6, p. 18.

⁷⁹ Art. 2bis, § 3, de l'accord de coopération CST tel que modifié par l'accord de coopération du 27 septembre 2021.

⁸⁰ C.E. (sect. lég.), avis n° 70.389/VR du 27 octobre 2021, précité, p. 6.

⁸¹ Sur le plan des effets, le traitement de données s'en trouvait ainsi prolongé.

⁸² Il faut également mentionner qu'à la date du 28 octobre 2021, l'APD ne s'était pas prononcée sur l'utilisation du CST en Communauté flamande. En effet, en Communauté flamande, seule la *Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens* a été consultée préalablement à l'adoption des normes portant assentiment aux accords de coopération successifs. Or, à cette date, cette dernière présentait deux spécificités dont l'APD était susceptible de tenir compte au stade de l'examen de la proportionnalité et de la nécessité du traitement de données. Premièrement, le taux de vaccination y était substantiellement plus élevé qu'ailleurs en Belgique. Ainsi, à la date du 20 octobre 2021, 79,78 % de la population était entière-

Sous-section 4. RÉFLEXIONS SUR LE SORT DES NORMES LÉGISLATIVES ADOPTÉES EN CONTRARIÉTÉ À L'ARTICLE 36, § 4, DU RGPD

L'absence de consultation de l'APD, préalablement à l'adoption de l'accord de coopération CST du 28 octobre 2021, paraît avoir été déterminante dans le raisonnement de la juridiction namuroise. Ainsi, lors de l'examen de l'existence d'une faute, dans le chef de la Région wallonne, le tribunal a relevé que cette dernière ne pouvait ignorer la nécessité de consulter l'APD dès lors que le Conseil d'État avait rappelé cette obligation qui, de surcroît avait été soulevée en débat public à la Chambre. Dès lors, selon le tribunal, le comportement de la Région wallonne ne pouvait être assimilé à celui d'un « législateur prudent et diligent ».

Si la cour d'appel de Liège constate également l'existence d'une faute dans le chef de la Région, la solution retenue diffère cependant. En effet, celle-ci a décidé que la constatation de l'absence de demande d'avis de l'APD et « la balance des intérêts en cause ne peut permettre de faire droit aux demandes des intimées »⁸³. Selon Frédéric Bouhon, cette position pourrait être justifiée par une mise en balance, inhérente à la procédure en référé, entre la nécessité de réparer le dommage des intimées – découlant de l'absence de consultation de l'APD – et la volonté de protéger le droit à la vie par le biais de l'utilisation du CST⁸⁴. Ce même auteur souligne aussi que, quand bien même un tel comportement constitue une faute, l'existence d'un lien de causalité entre l'absence de consultation et le dommage des intimées pouvait être questionnée⁸⁵.

Aussi, il peut être constaté que l'absence de consultation de l'APD doit être qualifiée de

ment vaccinée en Flandre, contre 68,46 % en Wallonie et 54 % à Bruxelles. Voy. Sciensano, « Covid 19 – bulletin épidémiologique hebdomadaire », 22 octobre 2021, p. 24, disponible sur <https://covid-19.sciensano.be/fr/covid-19-situation-epidemiologique>. Deuxièmement, aucune de ses provinces ne dépassait le niveau d'alerte 2 sur l'échelle établie par le *Risk Assessment Group* pour l'évaluation de la situation épidémiologique. Voy. Risk Assessment Group, *Gebruik van het Covid Safe Ticket in de Vlaamse Gemeenschap*, 20 octobre 2021, p. 1, disponible sur <https://covid-19.sciensano.be/fr/covid-19-informations-scientifiques>. Dans ce contexte, l'APD avait d'ailleurs critiqué la volonté du législateur wallon de ne pas limiter l'utilisation du CST, dans les secteurs additionnels, à la seule province de Liège – seule province dont le niveau d'alerte atteignait 3 – conformément à ce que préconisait que le *Risk Assessment Group*. Voy. 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), pp. 5-6. Pour l'évaluation desdits seuils, voy. aussi Risk Assessment Group, *Nouveaux seuils pour la gestion de risques et le dépistage préventif*, 8 juillet 2021, disponible sur <https://covid-19.sciensano.be/fr/covid-19-informations-scientifiques>.

⁸³ Liège (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, pp. 231.

⁸⁴ F. BOUHON, « *Le Covid Safe Ticket* ébranlé, puis sauvé, demeure juridiquement fragile », *op. cit.*, p. 237.

⁸⁵ *Ibid.*

fautive dans le chef du législateur. Néanmoins, dans une procédure en référé – et en fonction des intérêts en présence – cette faute ne se traduira pas automatiquement par le prononcé d’une injonction à réparer le dommage du requérant. Partant, il est permis de se demander si l’évitement de cette formalité peut être sanctionné, *ex post*, par le biais d’un recours en annulation devant la Cour constitutionnelle.

Dans ce contexte, il est préalablement nécessaire de souligner que la consultation obligatoire de l’APD, découlant de l’article 36, § 4, du RGPD, appartient au processus d’élaboration des normes. Or, la Cour constitutionnelle se déclare généralement sans compétence lorsqu’il s’agit de « contrôler le processus ou les modalités d’élaboration » d’une norme législative⁸⁶ à l’exception des mécanismes de fédéralisme coopératifs légalement assimilés à des règles répartitrices de compétences⁸⁷. C’est notamment pour cette raison que la juridiction constitutionnelle considère que l’adoption d’une norme en violation de l’article 3 des LCCE – imposant la consultation de la section de législation – échappe à son contrôle⁸⁸. Cependant, dans deux arrêts – et singulièrement dans un arrêt traitant de l’absence de consultation de l’APD (voy. *infra* à ce sujet) – la Cour semble avoir élargi le nombre d’hypothèses où le contrôle du processus d’élaboration des lois relève de sa compétence⁸⁹. À la lecture de ces arrêts, la Cour affirme sa compétence pour se prononcer sur des questions liées au processus d’adoption des lois (i) « lorsque les règles qui contribuent à définir ce processus sont considérées comme des règles qui déterminent les compétences respectives de l’autorité fédérale, des communautés et des régions » mais également (ii) lorsque les règles contribuant à définir ce processus peuvent être considérées comme tendant à « garantir les droits et libertés reconnus par le titre II [...] de la Constitution »⁹⁰.

⁸⁶ Voy. par exemple. C.C., arrêt n° 2017/82 du 22 juin 2017, B.14.1 ; C.C., arrêt n° 33/2019 du 28 février 2019, B.16.1 ; C.C., arrêt n° 147/2019 du 24 octobre 2019, B.4.2.

⁸⁷ Art. 30bis de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle. Sur ce sujet, voy. spécifiquement G. ROSOUX, *Contentieux constitutionnel*, Bruxelles, Larcier, 2021, pp. 139-143.

⁸⁸ Voy. C.A., arrêt n° 73/95 du 9 novembre 1995, B.1.4. ; C.A., arrêt n° 97/99 du 15 septembre 1999, B.12. ; C.C., arrêt n° 153/2015 du 29 octobre 2015, B.46.

⁸⁹ En ce sens, voy. K. MUYLLE, « Grondwettigheidsstoetsing van de totstandkoming van wetgeving na het Doel-arrest van het Grondwettelijk Hof », *T.V.W.*, 2021, pp. 16-17.

⁹⁰ C.C., arrêt n° 121/2019 du 26 septembre 2019, B.13.2. ; C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, B.30.1. À noter également que dans ces deux arrêts, la Cour mentionne la possibilité de contrôler le processus d’adoption des lois lorsque les règles contribuant à définir ce processus sont considérées comme contribuant au respect de la loyauté fédérale.

Dans le cadre de la présente contribution, il nous semble toutefois nécessaire de distinguer deux cas de figure différents qui sont analysés ci-après. Le premier (a) concerne, à l’instar d’une affaire portée devant la Cour constitutionnelle⁹¹, la consultation, par l’auteur de la norme, d’une autorité de contrôle ne répondant pas à l’entièreté des exigences inscrites dans le RGPD. Le second (b) a trait à une décision consistant à purement et simplement se passer de l’avis de l’autorité de contrôle, comme ce fut le cas dans le cadre du litige soumis au tribunal de première instance de Namur.

a) *L’absence de consultation d’une autorité répondant aux exigences du RGPD*

Dans un arrêt du 16 février 2023, la Cour constitutionnelle a annulé plusieurs dispositions d’un décret de l’autorité flamande du 18 décembre 2020 relatif au suivi des contacts dans le cadre du Covid-19⁹² au motif que, dans le processus ayant conduit à son adoption, une autorité de contrôle instaurée par une entité fédérée avait été consultée en lieu et place de l’APD fédérale. Dans les faits, ce décret avait été uniquement soumis à l’avis de la « *Vlaamse toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens* »⁹³ (ci-après la « VTC »). Cette dernière, créée en 2018, a pour compétence de contrôler les traitements de données à caractère personnel réalisés par les autorités publiques flamandes⁹⁴. En suite de la création de cette autorité, une pratique consistant à uniquement soumettre des normes à l’avis préalable de la VTC s’est développée au nord du pays⁹⁵. Bien que le RGPD et la

⁹¹ C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023.

⁹² Décret de l’Autorité flamande du 8 décembre 2020 modifiant le décret du 21 novembre 2003 relatif à la politique de santé préventive et le décret du 29 mai 2020 portant organisation de l’obligation de déclaration et du suivi des contacts dans le cadre du Covid-19.

⁹³ Sur ce sujet, voy. spécifiquement C. DE TERWANGNE, E. DEGRAVE, A. DELFORGE et L. GÉRARD, « Quels contrôles ? », in *La protection des données à caractère personnel en Belgique*, op. cit., pp. 144-146.

⁹⁴ Art. 10, § 1^{er}, du décret du 18 juillet 2008 relatif à l’échange électronique de données administratives tel que modifié par le décret du 8 juin 2018 contenant l’ajustement des décrets au règlement (UE) n° 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l’égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE. Ci-après le « décret VTC ».

⁹⁵ M. SAMAIN, « Comment la Flandre a régionalisé la protection des données », 15 janvier 2021, disponible sur www.lecho.be/economie-politique/belgique/flandre/comment-la-flandre-a-regionalise-la-protection-des-donnees/10277456.html.

⁹⁶ Ainsi, à titre exemplatif, le décret de l’autorité flamande imposant le recours au CST dans les secteurs additionnels a uniquement fait l’objet d’un avis de la VTC. Voy. *Vlaamse Toezichtcommissie voor de verwerking van persoonsgegevens*, « Advies wetgeving VTC nr. 2021/91 », van Oktober 2021. À noter qu’il ne s’agit pas là d’un cas isolé puisque les décrets de l’Autorité flamande portant assentiment à l’accord de coopération CST

loi instaurant l'APD autorisent la création de cette autorité⁹⁷, il est permis de se demander si son avis peut se substituer à celui de l'APD.

Dans cet arrêt, et sur la question de l'absence de consultation de l'APD fédérale, la Cour raisonne en deux temps. Dans un premier temps, la Cour décide, en substance, que les entités fédérées sont compétentes pour instaurer des autorités de contrôle en matière de protection des données. À défaut d'instaurer une telle autorité, elles doivent consulter l'APD fédérale. Par contre dès lors qu'une autorité est créée par une entité fédérée, les règles de répartition de compétence n'imposent pas de consulter, de manière additionnelle, l'APD fédérale⁹⁸. Dans un second temps, la Cour vérifie toutefois si la consultation de la VTC répond aux exigences de l'article 36, § 4, du RGPD lu en combinaison avec l'article 22 de la Constitution garantissant le droit au respect de la vie privée⁹⁹. La Cour répond par la négative¹⁰⁰ après avoir notamment constaté que la VTC n'a pas été notifiée auprès de la Commission européenne¹⁰¹⁻¹⁰².

ainsi qu'à l'accord de coopération modificatif ont uniquement été soumis pour avis à la VTC.

⁹⁷ Art. 4 de la loi du 4 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données.

⁹⁸ C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, B.30.3 et B.30.4. Il faut ici relever que la position de la Cour s'oppose diamétralement à la jurisprudence du Conseil d'État. Selon le Conseil d'État, l'adoption des règles générales relatives à la limitation du droit au respect de la vie privée relevait de la compétence de l'autorité fédérale. Les entités fédérées sont quant à elles compétentes pour adopter, dans le respect de ces règles générales, des règles spécifiques – notamment afin de rendre ces règles générales plus concrètes ou plus protectrices – dans le cadre de l'exercice de leurs compétences propres. Voy. C.E. (sect. lég.), avis n° 61.267/2/AG du 27 juin 2010 sur un avant-projet de loi réformant la Commission de la protection de la vie privée, pp. 11, 12 et 15. Dès lors, d'après le Conseil d'État, les entités fédérées peuvent instaurer des autorités chargées du contrôle de ces règles spécifiques. L'APD reste, elle, compétente pour contrôler la conformité des normes régionales et communautaires au regard des règles générales en matière de traitement de données. Voy. C.E. (sect. lég.), avis n° 69.18/1 du 6 mai 2021 sur un avant-projet d'ordonnance modifiant l'ordonnance du 27 octobre 2016 visant à l'établissement d'une politique de données ouvertes (*Open Data*) et portant transposition de la directive 2019/1024/UE du Parlement et du Conseil du 20 juin 2019 (refonte) concernant les données ouvertes et la réutilisation des informations du secteur public, pp. 8-9.

⁹⁹ C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, B.30.5.

¹⁰⁰ C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, B.30.6. à B.30.9.

¹⁰¹ Cette exigence de notification est inscrite à l'article 51, § 4, RGPD. Les différentes notifications réalisées par les États membres peuvent être consultées sur le site internet de la Commission européenne à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu/eu-countries-gdpr-specific-notifications_en. La seule notification réalisée par la Belgique peut quant à elle être consultée à l'adresse suivante : https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/be_notification_51.4_84.2_85.3_publish_0.pdf.

¹⁰² À noter également que la Cour constate qu'aucune procédure n'a été établie afin de faire en sorte que la présence de plusieurs autorités de contrôle au sein de l'État garantisse le respect, par lesdites autorités, du mécanisme de contrôle de la cohérence prévu à l'article 63 RGPD. De manière additionnelle on relèvera que la VTC ne dispose pas du pouvoir d'imposer des amendes administratives ce qui est en contradiction avec l'article 51, paragraphe 2, i), RGPD. Voy. art. 10/7, § 2, du décret VTC. Ce point n'est pas abordé par la Cour.

Si *in fine* cet arrêt sanctionne l'absence de consultation de l'APD durant l'élaboration d'un décret, la prudence impose de ne pas en tirer, pour enseignement, qu'une norme législative adoptée sans consultation préalable d'une autorité de contrôle pourra systématiquement être annulée. En effet, au regard de la structure de l'arrêt, l'annulation partielle du décret du 18 décembre 2020 semble découler de l'absence de conformité de cette norme au regard des règles répartitrices de compétences¹⁰³. Il ne peut donc être exclu que la Cour se soit déclarée compétente pour contrôler le processus d'adoption de la norme pour cette raison. Dès lors, l'arrêt de la Cour pourrait être interprété comme signifiant que les règles de répartition de compétences s'opposent à ce qu'une entité fédérée consulte, dans le processus d'adoption d'une norme, une autorité de contrôle fédérée en lieu et place de l'autorité de contrôle fédérale lorsque l'autorité de contrôle fédérée ne répond pas aux exigences fixées par le RGPD.

b) L'absence de consultation de l'APD peut-elle conduire à l'annulation de la norme ?

Si l'interprétation que nous proposons ci-dessus, de l'arrêt de la Cour constitutionnelle, devait être retenue, les enseignements de ce dernier semblent difficilement applicables aux faits portés devant le tribunal de première instance de Namur. En particulier, si la consultation, par une entité fédérée, d'une autorité de protection des données qui ne répond pas aux exigences du RGPD est contraire aux règles répartitrices de compétences, il pourrait ne pas en être de même pour l'absence de demande d'avis d'une autorité de protection des données, faute de toute demande de consultation.

Pour autant, la Cour semble laisser la porte ouverte à se déclarer compétente pour contrôler le processus d'adoption d'une norme « lorsque les règles qui contribuent à définir ce processus tendent à garantir les droits et libertés reconnus par le titre II de la Constitution ». Il s'impose donc de vérifier si, comme suggéré par certains auteurs, l'obligation de consultation de l'APD constitue une formalité qui, dans le processus d'élaboration des normes contribue à garantir le droit fondamental au respect de la vie privée. Le cas échéant,

¹⁰³ L'examen quant au fond de la Cour distingue l'examen de la conformité aux règles répartitrices de compétences de l'examen de la compatibilité avec les dispositions du titre II de la Constitution. Le passage B.30. de l'arrêt est rattaché à l'examen de la conformité aux règles répartitrices de compétences. Quant à l'exposé de cette structure, voy. spécifiquement C.C., arrêt n° 26/2023 du 16 février 2023, B.16.

la Cour pourrait alors se déclarer compétente pour vérifier le respect de cette exigence préalablement à l'adoption d'une norme législative.

En particulier se pose la question d'une éventuelle application de la méthode « du tout indissociable » qui, selon Marc Verdussen, peut être définie comme un raisonnement voulant que lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause »¹⁰⁴. En d'autres termes, il faut ici vérifier si des dispositions conventionnelles, dont la portée est analogue à l'article 22 de la Constitution, autorisent la Cour à prendre en compte la garantie consacrée dans le RGPD – qui consiste en la consultation d'une autorité de contrôle préalablement à l'adoption d'une norme – lors de l'examen de la conformité d'une norme législative avec cette disposition constitutionnelle. Cette méthode du « tout indissociable » a d'ailleurs été appliquée par le tribunal de première instance de Namur qui, pour justifier de l'illégalité apparente de l'accord de coopération du 28 octobre 2021, avait précisé que « l'article 36.4 du RGPD fait partie intégrante – avec la loi du 30 juillet 2018 –, du bloc de constitutionnalité avec l'article 22 de la Constitution »¹⁰⁵ [...].

Bien que, pour l'heure¹⁰⁶, la Cour constitutionnelle n'ait pas expressément consacré l'existence d'un tout indissociable incluant l'article 22 de la Constitution et le RGPD, il faut mentionner que, dans un arrêt de 2010, la Cour a déjà décidé que les obligations inscrites dans la directive 95/46¹⁰⁷ ayant précédé le RGPD formaient avec la loi du 8 décembre 1992¹⁰⁸ et la Convention 108 « un ensemble indissociable des garanties qui sont reproduites à l'article 22 de la Constitution »¹⁰⁹.

¹⁰⁴ M. VERDUSSEN, *Justice constitutionnelle*, Bruxelles, Larcier, 2012, p. 132. Sur la méthode du « tout indissociable », voy. aussi G. ROSOUX, *Vers une « dématérialisation » des droits fondamentaux ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 136-164.

¹⁰⁵ Ce passage du jugement ne trouve pas d'écho dans l'arrêt de la cour d'appel.

¹⁰⁶ Les recherches menées dans le cadre de la présente contribution s'arrêtent au 16 mars 2023.

¹⁰⁷ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.*, L 281, 23 novembre 1995. Ci-après la « directive 95/46 ».

¹⁰⁸ Loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel. Cette loi transposait la directive 95/46.

¹⁰⁹ C.C., arrêt n° 29/2010 du 18 mars 2010, B.5.3. Voy. aussi C.C., arrêt n° 148/2022 du 17 novembre 2022, B.16.2. La Cour y précise que le législateur ordonnancier est lié par les garanties minimales du RGPD.

Dans ce contexte on relèvera que le droit au respect de la vie privée est notamment consacré à l'article 8 de la C.E.D.H. et à l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par ailleurs, le droit fondamental à la protection des données à caractère personnel fait l'objet d'une consécration explicite à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux. Dans la mesure où le RGPD précise les règles en la matière¹¹⁰ et traduit un renforcement de ce droit fondamental¹¹¹, une intégration du RGPD dans le bloc de constitutionnalité nous paraît, avant tout, subordonnée à la reconnaissance de l'existence d'un « tout indissociable » formé notamment de l'article 22 de la Constitution et de l'article 8 de la Charte. L'obligation de consultation d'une autorité de contrôle pourrait, selon nous, déjà découler des §§ 2 et 3 de cette disposition. En effet, le second paragraphe de cet article dispose, en substance, que les données à caractère personnel doivent être « traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement [...] ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi ». Le troisième paragraphe précise ensuite, « [l]e respect de ces règles est soumis au contrôle d'une autorité indépendante ». Or, les dispositions de la Charte s'adressent, avant tout aux États membres de l'UE¹¹². À la lecture de ces deux paragraphes, il apparaît donc que (i) le respect de certaines garanties s'impose aux États membres lors du traitement de données à caractère personnel et que (ii) le respect de ces garanties est soumis à un contrôle. Cependant, dans les explications relatives à la Charte¹¹³, la nature de ce contrôle n'est nullement précisée. Rien n'indique donc que le contrôle effectué par une autorité doit uniquement être réalisé *ex post*. Partant, la Charte pourrait être interprétée comme imposant aussi un contrôle *ex ante* réalisé par voie d'avis d'une autorité de contrôle.

Quant à l'intégration de la protection des données à caractère personnel et, plus particulièrement, de l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux au

¹¹⁰ Voy. not. le premier considérant du RGPD précisant que « [l]a protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est un droit fondamental » et faisant référence explicite à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union.

¹¹¹ R. TINIÈRE, « Article 8. – Protection des données à caractère personnel », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK, *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruxelles, Bruylant, 2019, p. 220.

¹¹² Art. 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. En ce sens, et se prononçant à propos de cette disposition, la cour d'appel de Liège a précisé que le droit de l'UE était « bien applicable en l'espèce, notamment à travers le RGPD ». Voy. Liège (réf.), 7 janvier 2022, *J.L.M.B.*, 2022, p. 227.

¹¹³ Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, *J.O.*, C 303, 14 décembre 2007.

sein du bloc de constitutionnalité national, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle est encore changeante. Un examen des décisions de la Cour ne permet pas de dégager une jurisprudence constante en la matière lorsqu'une violation des articles 7 et 8 de la Charte, de l'article 8 de la C.E.D.H. et de l'article 22 de la Constitution est invoquée. Ainsi, dans certains arrêts, la Cour se limite à reconnaître que l'article 8 de la C.E.D.H. et/ou l'article 7 de la Charte forment, avec l'article 22 de la Constitution, un tout indissociable (n'incluant pas l'article 8 de la Charte) tout en précisant généralement que le droit au respect de la vie privée possède « une portée étendue et englobe notamment la protection des données à caractère personnel »¹¹⁴. Néanmoins, dans d'autres arrêts, la Cour a jugé que ces mêmes dispositions devaient, au même titre que l'article 8 de la Charte, être considérées comme ayant une portée analogue à l'article 22 de la Constitution en ce qu'elles concernent les traitements de données à caractère personnel¹¹⁵. Lorsque cette seconde approche est retenue, l'existence d'un « tout indissociable » incluant le RGPD et l'article 22 de la Constitution nous semble pouvoir être reconnu par la Cour. En effet, cet acte de droit dérivé de l'Union, doté d'effet direct, précise le rôle de l'autorité de contrôle consacrée dans l'article 8 de la Charte ayant une portée analogue à celle de l'article 22 de la Constitution.

CONCLUSION

Bien que l'ordonnance du 30 novembre 2021 du tribunal de première instance ait été réformée par la suite, celle-ci aura permis de propulser sur le devant de la scène l'exigence de consultation de l'APD durant le processus législatif. De la même manière, cette décision permet de mettre en lumière la problématique plus large que constitue la décision de plusieurs assemblées parlementaires d'adopter une norme en violation des dispositions du RGPD.

Au terme de la présente analyse, il ressort que l'obligation de consultation de l'APD est une formalité obligatoire, qui doit être réalisée préalablement à l'adoption de toutes normes législatives et réglementaires relatives à un traitement de données

à caractère personnel. Par ailleurs, au travers du RGPD, le législateur européen instaure, dans le processus d'adoption des normes qui touchent à la protection des données des citoyens, une procédure de consultation complémentaire à la compétence d'avis de la section de législation du Conseil d'État. En particulier, cette obligation a vocation à (i) s'appliquer à certaines normes susceptibles d'échapper au contrôle *a priori* de la section de législation et (ii) permettre d'assurer un contrôle de légalité et conventionnalité lorsque l'urgence invoquée par l'auteur de la norme a pour effet de réduire substantiellement le temps dont dispose la section de législation pour rendre un avis.

Il apparaît également que la mise en œuvre concrète, par les États membres, de l'article 36, § 4, du RGPD semble difficile à réconcilier avec les situations d'urgence dès lors qu'aucune exception ne couvre ce cas de figure dans le règlement. Gageons néanmoins qu'à l'avenir, le législateur de l'urgence saura se souvenir du rappel qui aura été fait par les juges de référé. En effet, sur ce point, Namur et Liège semblent s'accorder. Le défaut de consultation de l'autorité de protection des données, préalablement à l'adoption d'une norme, malgré le rappel formulé par le Conseil d'État, constitue une faute dans le chef du législateur. Il ne peut être exclu que dans un autre contexte – et notamment lorsqu'une norme ne poursuit pas pour objectif la protection du droit à la vie – la balance des intérêts penche en faveur de la nécessité de réparer le dommage résultant d'une absence d'avis de l'APD.

Malgré l'importance du rôle de l'APD dans le processus d'adoption d'une norme législative, la présente contribution démontre que l'effectivité de l'article 36, § 4, du RGPD est frappée d'une certaine fragilité. En effet, si pour l'heure, la Cour constitutionnelle a déjà annulé une norme législative ayant fait l'objet d'un avis d'une autorité de contrôle sans que cette autorité ne réponde toutefois à l'ensemble des exigences inscrites dans le RGPD, celle-ci ne s'est pas encore prononcée sur le sort à réserver à une norme qui serait adoptée sans aucune consultation préalable de l'autorité de contrôle. Bien que des recours en annulation aient été introduits contre les normes d'assentiment à l'accord de coopération du 28 octobre 2021, il semble que l'absence de consultation de l'APD n'ait pas été soulevée par les demandeurs en annulation¹¹⁶. Partant, il semble

¹¹⁴ Voy. not. C.C., arrêt n° 110/2022 du 22 septembre 2022, B.7.3 et B.7.4 ; C.C., arrêt n° 33/2022 du 10 mars 2022, B.4.3., B.4.4. et B.5.1. ; C.C., arrêt n° 158/2021 du 18 novembre 2021, B.5.3. ; C.C., arrêt n° 27/2020 du 20 février 2020, B.6.3. et B.6.4. ; C.C., arrêt n° 135/2019 du 17 octobre 2019, B.15.3., B.16.1. et B.17.4.2 ; C.C., arrêt n° 29/2018 du 15 mars 2018, B.10.3 et B.11.

¹¹⁵ Voy. C.C., arrêt n° 162/2022 du 8 décembre 2022, B.7.4. ; C.C., arrêt n° 2/2021 du 14 janvier 2021, B.15.1 ; C.C., arrêt n° 153/2018 du 8 novembre 2018, B.8.5.

¹¹⁶ Voy. C.C., arrêt n° 71/2022 du 19 mai 2022 ; C.C., arrêt n° 10/2022 du 20 janvier 2022. Ces deux arrêts rejettent des demandes de suspension.

également que cette problématique spécifique n'a pas encore été portée devant la Cour constitutionnelle. Toutefois, comme nous l'avons démontré, la Cour semble avoir tendance à élargir sa compétence lorsqu'il s'agit de contrôler le respect de règles entourant le processus d'adoption d'une norme notamment lorsque lesdites règles visent à garantir le respect des libertés fondamentales inscrites dans la Constitution. Dans ce contexte, nous pensons que le RGPD pourrait être considéré comme formant un « tout indissociable » avec l'article 22 de la Constitution *a fortiori* dans la mesure où le juge constitutionnel a déjà décidé que l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux – lequel consacre l'importance des autorités de contrôle – avait une portée analogue à l'article 22 de la Constitution. À défaut d'une telle approche, il est à craindre qu'une impunité soit consacrée lorsque cette disposition est contournée en Belgique, ce qui risquerait de nuire à l'effectivité du droit de l'Union.

COMMISSIONS D'ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS

Courant 2022, Stéphane Tellier, premier auditeur au Conseil d'État et président de la commission d'accès aux documents administratifs (« CADA ») wallonne, a suggéré au Comité de rédaction de la revue *Administration publique* l'idée d'une chronique recensant une sélection de décisions des différentes CADA.

L'idée fut immédiatement accueillie avec enthousiasme et ce premier numéro de 2023 fut visé pour débiter l'exercice.

La portée de cette sélection se veut comparable aux chroniques de jurisprudence bien connues des lecteurs de la revue. Il ne s'agit en aucun cas de commenter sous cette rubrique les décisions ou avis sélectionnés, mais bien de les porter à la connaissance de nos lecteurs dans une approche objective, en pointant les verbos susceptibles d'orienter au mieux leur lecture ou recherche.

La périodicité de cette chronique se veut également comparable à celle des chroniques de jurisprudence de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'État et de la Cour de cassation, sous lesquelles elle viendra s'insérer.

Cette nouvelle rubrique a été rendue possible grâce à l'impulsion de Stéphane Tellier et à la participation active à la sélection des décisions

pertinentes, voire à la rédaction de la chronique, de Luc Donnay (Président de la CADA fédérale, Conseiller d'État et Maître de conférences à l'ULiège), Marc Oswald (Président de la CADA de la Région de Bruxelles-Capitale, Premier Président du Conseil du Contentieux des Étrangers), Jérôme Sohier (membre de la CADA de la Communauté française, avocat et Maître de conférences à l'ULB) et Stéphane Tellier ainsi que des collègues et équipes des commissions d'accès aux documents administratifs dans lesquelles ils siègent. Qu'ils en soient tous sincèrement et chaleureusement remerciés.

ACTUALITÉS EN BREF

Chronique établie et coordonnée par
Luc DONNAY, Marc OSWALD,
Jérôme SOHIER, Stéphane TELLIER,
Muriel VANDERHELST et Gaëlle WERQUIN

COMMISSION D'ACCÈS AUX ET DE RÉUTILISATION DES DOCUMENTS ADMINISTRATIFS – ÉTAT FÉDÉRAL

– AVIS N° 2022-45, *SOCIÉTÉ PRIVACY PRAXIS C. L'ASBL SMALS*, DU 29 AOÛT 2022

Publicité de l'administration – Notions – Autorité administrative

Publicité de l'administration – Article 32 de la Constitution – Champ d'application – Directive (UE) 2019/1024 concernant l'*open data* et la réutilisation des informations du secteur public – Référence non pertinente

Autorité administrative – Notion évolutive – Critère – Application à la Smals – Pas une autorité administrative

Publicité de l'administration – Commission d'accès aux documents – Compétences – Compétence *ratione personae*

Conformément à son article 1^{er}, la loi du 11 avril 1994 n'est d'application que si Smals peut être considérée comme une autorité administrative