



Autorité de protection des données
Gegevensbeschermingsautoriteit

Avis n° 43/2021 du 2 avril 2021

Objet: Projet d'ordonnance du Collège réuni de la Commission communautaire commune relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et aux services collectifs (CO-A-2021-036).

L'Autorité de protection des données (ci-après « l'Autorité »);

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 (ci-après « LCA »);

Vu le règlement (UE) 2016/679 *du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE* (ci-après « RGPD »);

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après « LTD »);

Vu la demande d'avis de Monsieur Alain Maron, membre du Collège réuni en charge de l'Action sociale et de la Santé, reçue le 18 février 2021 ;

Vu le rapport de Madame Alexandra Jaspar, Directrice du Centre de Connaissances de l'Autorité de protection des données ;

Émet, le 2 avril 2021, l'avis suivant :

A. Objet et contexte de la demande

1. Le demandeur sollicite l'avis de l'Autorité sur un projet d'ordonnance relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées et aux services collectifs (ci-après, le « projet »). Ce projet entend essentiellement fournir un nouveau cadre juridique aux établissements d'accueil ou d'hébergement des personnes âgées et aux services collectifs en région bruxelloise. Il abroge ainsi l'ordonnance du 24 avril 2008 relative aux établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées ainsi que l'ordonnance du 13 juillet 2007 visant à instaurer un moratoire sur le nombre de lits pour certains établissements d'accueil et d'hébergement pour personnes âgées.
2. Le projet d'ordonnance organise notamment les procédures relatives à l'obtention des autorisations spécifiques de mise en circulation et d'exploitation d'un établissement d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, aux autorisations de travaux dans ces établissements et à leur agrément. Le projet impose par ailleurs une série d'obligations aux établissements et aux services susvisés notamment en matière de respect du droit à la vie privée des personnes âgées, d'autonomie et de participation à la vie sociale, économique et culturelle. Le projet d'ordonnance prévoit enfin un mécanisme de contrôle des activités des établissements d'accueil ou d'hébergement ainsi que des procédures de modification, de suspension, de retrait de l'agrément ou des autorisations et prévoit également des sanctions administratives et pénales proportionnées en cas de manquements.
3. Dans ce contexte, l'Autorité comprend qu'il est nécessaire de traiter des données à caractère personnel afin, par exemple, d'évaluer le dossier administratif remis par le demandeur dans le cadre de la procédure d'octroi d'une autorisation spécifique de mise en service et d'exploitation ou de permettre au Collège réuni de contrôler les établissements d'accueil ou d'hébergement de personnes âgées. De leur côté, et pour ne citer que cet exemple-là, les établissements d'accueil ou d'hébergement ainsi que les services collectifs doivent également traiter certaines données à caractère personnel relatives à la santé de leurs résidents afin de remplir leurs missions en matière de soins.
4. Tels sont, en substance, les traitements de données mis en œuvre par le projet et faisant l'objet de la présente demande d'avis.

B. Examen de la demande d'avis

Fondements juridiques des traitements de données envisagés et remarques préliminaires

5. A titre de préambule, l'Autorité rappelle que, pour être licite, un traitement de données à caractère personnel doit reposer sur une des 6 bases de licéité prévues à l'article 6 du RGPD. Il ressort tant du formulaire de demande d'avis que de l'analyse de l'Autorité, que les traitements de données envisagés semblent pouvoir reposer sur l'article 6, 1 e) du RGPD et, en ce qui concerne plus particulièrement les catégories particulières de données à caractère personnel, sur l'article 9, 2, 2), h), du RGPD.
6. L'Autorité considère par ailleurs que certains des traitements de données à caractère personnel auxquels le projet d'ordonnance donne lieu constituent une ingérence relativement importante dans le droit à la protection des données des personnes concernées. En effet, dans l'exercice de leurs missions, tant le Collège réuni que les établissements d'accueil ou d'hébergement et les services collectifs seront nécessairement amenés à traiter des données relatives à la santé des personnes âgées mais aussi des données relatives au casier judiciaire des membres du personnel en contact avec ces personnes âgées (pour vérifier, par exemple, que le personnel de l'établissement satisfait bien à certaines conditions d'intégrité et de moralité requises par sa fonction¹).
7. Le fait que ces traitements de données à caractère personnel donnent lieu à une telle ingérence importante dans les droits et libertés des personnes concernées implique que les éléments essentiels de ces traitements de données à caractère personnel doivent être mentionnés dans une loi, un décret ou une ordonnance. Ces éléments essentiels sont : la (les) finalité(s) précise(s), l'identité du (des) responsable(s) du traitement, le type de données qui sont nécessaires à la réalisation de cette (ces) finalité(s), le délai de conservation des données, les catégories de personnes concernées dont les données seront traitées, les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données seront communiquées et les circonstances dans lesquelles elles seront communiquées, ainsi que la limitation éventuelle des obligations et/ou des droits mentionnés aux articles 5, 12 à 22 et 34 du RGPD .
8. L'Autorité constate que certains éléments essentiels font défaut ou appellent à des précisions supplémentaires qu'il conviendra d'apporter au texte (voy. ci-après).

¹ Article 14, §1^{er}, al. 2, 6° du projet d'ordonnance.

a. Finalités du traitement

9. Conformément à l'article 5.1.b) du RGPD², un traitement de données à caractère personnel n'est autorisé que pour des finalités déterminées, explicites et légitimes.
10. L'Autorité relève que les finalités du traitement sont prévues à l'article 36, §2 du projet qui dispose que :

« Les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs collectent de manière structurée et systématique des données sur les résidents, leurs représentants, les membres du personnel, le directeur et les administrateurs de l'établissement, la nature des besoins et attentes des résidents, les soins et services offerts, leur qualité et leur impact, afin de :

*1° disposer des **informations nécessaires** pour les soins, l'aide et les services au résident, afin que les soins, l'aide ou les services apportés par l'établissement ou le prestataire de services collectifs soient adaptés à l'évolution de la demande ou des besoins du résident ;*

*2° mettre à disposition du Collège réuni ou de son délégué les **informations nécessaires** pour contrôler la qualité des soins et services offerts aux résidents, ainsi que le respect des normes adoptées par le Collège réuni en vertu de l'article [14], et appliquer, le cas échéant, les sanctions prévues par la présente ordonnance ;*

3° transmettre au Collège réuni ou à son délégué les données lui permettant de financer de manière appropriée les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs, et d'adapter sa politique d'accueil et d'hébergement des personnes âgées à l'évolution des besoins sociaux. Dans la mesure du possible, ces données sont anonymisées ;

*4° disposer des **informations nécessaires** sur la compétence et l'intégrité des membres du personnel, des directeurs et des administrateurs qui sont nécessaires pour pouvoir garantir une offre de soins et de services de qualité et, le cas échéant, prendre des mesures particulières.³ »*

² Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données ou RGPD).

³ Article 36, §2 du projet d'ordonnance.

11. L'Autorité considère qu'en l'état actuel du projet d'ordonnance, les finalités ne sont pas suffisamment décrites ou le sont dans des termes trop vagues. Il conviendrait de reformuler les finalités des traitements prévues par cet article, par exemple, de la manière suivante :

1^o prêter les soins, l'aide et les services requis au résident, et ce, de façon adaptée à l'évolution de la demande ou des besoins du résident ;

2^o vérifier la compétence et l'intégrité des membres du personnel, des directeurs et des administrateurs qui sont nécessaires pour pouvoir garantir une offre de soins et de services de qualité et, le cas échéant, prendre des mesures particulières.

Les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs mettent à disposition du Collège réuni ou de son délégué les informations nécessaires pour contrôler la qualité des soins et services offerts aux résidents, ainsi que le respect des normes adoptées par le Collège réuni en vertu de l'article [14], et appliquer, le cas échéant, les sanctions prévues par la présente ordonnance.

Les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs transmettent au Collège réuni ou à son délégué les données lui permettant de financer de manière appropriée les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs, et d'adapter sa politique d'accueil et d'hébergement des personnes âgées à l'évolution des besoins sociaux. Dans la mesure du possible, ces données sont anonymisées.

12. Par ailleurs il conviendrait, d'une part, de définir les termes « informations nécessaires » en renvoyant par exemple à l'article 36§4 du projet d'ordonnance et, d'autre part, d'expliciter la finalité de financement des soins et services dans le chef d'Irisicare telle que décrite dans le formulaire de demande d'avis ainsi que le responsable du traitement pour le traitement de données qui en découle.

b. Responsables du traitement

13. L'article 4.7) du RGPD dispose que pour les traitements dont les finalités et les moyens sont déterminés par la réglementation, le responsable du traitement est celui qui est désigné en tant que tel dans cette réglementation⁴.

⁴ Article 4. 7) du RGPD.

14. A cet égard, l'Autorité relève que l'article 36, §6 du projet de loi dispose que :

« Les responsables du traitement dans le sens de l'article 4, 7) du règlement général sur la protection des données sont :

1° Irisicare pour le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de ses missions à l'égard des établissements et prestataires de services collectifs, en ce compris pour exercer le contrôle des normes d'agrément et de la qualité des soins et services offerts ;

2° les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs pour le traitement de données à caractère personnel dans le cadre de leurs missions et leur relation avec le résident. »

15. L'Autorité relève plusieurs éléments des dispositions du projet d'ordonnance :

- D'une part, il semble que les missions de contrôle prévues au chapitre V et explicitées l'article 36, §2 du projet sont attribuées au Collège réuni ou à son délégué et non à Irisicare directement ;
- D'autre part, l'Autorité relève que l'article 4§5 de l'ordonnance du 23 mars 2017 portant création de l'Office biconnunautaire de la santé, de l'aide aux personnes et des prestations familiales prévoit que « *la préparation et le suivi des agréments, les missions d'inspection et de contrôle, peuvent être confiés aux services du Collège réuni de la Commission communautaire commune qui agissent dans ce cadre comme services de l'Office* ».

16. D'après la compréhension de l'Autorité, on peut donc en conclure que les personnes qui seront chargées de contrôler la qualité des soins et le respect des normes adoptées par le Collège réuni agiront au nom et pour le compte d'Irisicare, le responsable du traitement.

17. Toutefois, à des nombreuses reprises, des dispositions du projet d'ordonnance telles que l'article 36, §2, 2° qui dispose que « *les établissements et prestataires de services collectifs mettent à disposition du Collège réuni les informations nécessaires au contrôle de la qualité des soins et du respect des normes* » peuvent semer la confusion et laisser à penser que c'est le Collège réuni qui revêtira la qualité de responsable du traitement. Dans ce contexte, il n'est pas aisés pour les personnes concernées de déterminer qui du Collège réuni ou d'Irisicare est en réalité responsable pour les traitements de données effectués.

18. En d'autres termes, sans aucune référence à l'article 4§5 de l'ordonnance du 23 mars 2017, l'Autorité considère qu'il peut être difficile pour le citoyen d'y voir clair dans les traitements de données réalisés et de connaître l'identité de l'organisme qui traite ses données à caractère personnel.
19. Dans un souci de prévisibilité pour le citoyen et dans le but de faciliter l'exercice de ses droits, il conviendrait de faire explicitement référence à cette disposition légale et de préciser, au sein des différentes dispositions concernées, que les services d'inspection agiront au nom et pour le compte d'Irisicare.
20. Il conviendrait, enfin, de tenir compte de l'éventuelle responsabilité du Collège réuni pour les éventuels traitements de données à caractère personnel réalisés dans le cadre de la procédure de retrait de l'agrément (pensez, par exemple, à la responsabilité du Collège pour les données à caractère personnel traitées dans le cadre de l'éventuelle audition des personnes concernées).

c. Proportionnalité du traitement

21. L'article 5.1.c) du RGPD prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées ("minimisation des données")⁵.
22. Comme déjà évoqué *supra*, la détermination des types ou catégories de données à caractère personnel qui seront traitées par finalité est considérée comme un des éléments essentiels du traitement qui doivent être définis dans la réglementation qui encadre les traitements de ces données à caractère personnel.
23. En l'occurrence, l'article 36, §4 du projet d'ordonnance dispose :

*« Dans le cadre de l'exercice de leurs activités, les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs collectent et traitent **au moins** les données suivantes :*

- 1^o les données à caractère personnel en vue de l'identification du résident concerné et de son représentant ;*
- 2^o les données de santé du résident qui sont pertinentes pour les soins, l'aide et les services ;*
- 3^o les données concernant les soins, l'aide et les services à offrir ;*
- 4^o les données à caractère personnel en vue de l'identification des membres du personnel, du directeur et des administrateurs ;*

⁵ Article 5.1.c) du RGPD.

*5° les données relatives à la compétence et à l'intégrité des membres du personnel, du directeur et des administrateurs, **notamment** :*

- a) la formation reçue ;
- b) un extrait du casier judiciaire.

Le Collège réuni peut, après avis de l'autorité de contrôle compétente visée à l'article 4, 21) du règlement général sur la protection des données, préciser la liste des données visées à l'alinéa 1er, y compris les données de santé visées à l'article 4, 15) du règlement précité. »⁶

24. De manière générale, il convient de reprendre dans le projet une liste exhaustive des catégories de données à caractère personnel qu'il est envisagé de traiter et de supprimer, ainsi, les termes « *au moins* » et « *notamment* » qui pourraient laisser à penser que des données autres que celles définies par le texte seront traitées.
25. Le projet prévoit que:

Les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs mettent à disposition du Collège réuni ou de son délégué les informations nécessaires pour contrôler la qualité des soins et services offerts aux résidents, ainsi que le respect des normes adoptées par le Collège réuni en vertu de l'article [14], et appliquer, le cas échéant, les sanctions prévues par la présente ordonnance.

Les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs transmettent au Collège réuni ou à son délégué les données lui permettant de financer de manière appropriée les établissements pour personnes âgées et les prestataires de services collectifs, et d'adapter sa politique d'accueil et d'hébergement des personnes âgées à l'évolution des besoins sociaux. Dans la mesure du possible, ces données sont anonymisées.

26. Si ces « informations » incluent des données à caractère personnel, il convient de préciser de quelles données il s'agit afin notamment de permettre à l'Autorité de vérifier qu'elles sont effectivement nécessaires à l'accomplissement des finalités avancées (contrôle de la qualité des soins, services et normes d'une part et financement et adaptation de la politique d'accueil de l'autre). Ou de faire référence à la législation prévoyant le traitement de ces données à ces fins par ces tiers et détaillant les catégories de données en question.

⁶ Article 36, §4, du projet d'ordonnance.

27. S'agissant des données relatives à la santé des résidents, l'Autorité a conscience qu'il est difficile de définir à ce stade, concrètement, les catégories de données à caractère personnel qui feront l'objet d'un traitement à la fois par les établissements d'accueil et d'hébergement et les prestataires de services collectifs.
28. L'Autorité constate que le projet d'ordonnance prévoit certaines garanties en ce que ces données dites « sensibles » ne seront traitées que « *par ou sous la responsabilité d'un professionnel qui est lié par le secret professionnel ou par une autre personne qui est tenue au secret* »⁷.
29. Si ces garanties permettent de baliser les éventuelles dérives liées au traitement de ces catégories de données à caractère personnel, l'Autorité est tout de même d'avis qu'il conviendrait de remplacer les termes « *qui sont pertinentes* » par « *qui sont nécessaires* » afin de prêter les soins, l'aide et les services. Ceci, afin de limiter le traitement aux données absolument nécessaires au regard des finalités qui ont été décrites.
30. En ce qui concerne ensuite les données relatives à la compétence et à l'intégrité des membres du personnel, du directeur et des administrateurs, il convient de supprimer le terme « *notamment* » dès lors qu'il semble que les données relatives à la formation et l'extrait de casier judiciaire semblent suffire au regard de l'objectif poursuivi, à savoir celui de vérifier l'intégrité des membres du personnel et de la direction. Si d'autres données sont nécessaires à cet effet, il y a lieu de les identifier dans le projet. L'Autorité se demande en quoi des données relatives aux administrateurs sont nécessaires pour garantir une offre de soins et de services de qualité. Le projet devra être adapté sur ce point.
31. S'agissant plus spécifiquement de l'extrait de casier judiciaire, il convient de remplacer le système décrit dans le projet qui repose sur la production d'un extrait de casier judiciaire par un mécanisme par lequel les établissements d'accueil ou d'hébergement pour personnes âgées, les services collectifs et Irisicare interrogent les services du casier judiciaire central en se limitant à la question de savoir si oui ou non le casier judiciaire de la personne concernée contient une condamnation qui l'empêche d'exercer l'emploi concerné.
32. L'Autorité estime en effet que la production de l'ensemble de l'extrait de casier judiciaire est disproportionnée dans la mesure où elle est susceptible de porter à la connaissance des acteurs précités certaines informations relatives aux condamnations de certains employés pour des faits qui ne remettent nullement en cause leur aptitude à exercer correctement leur métier et à être en contact avec les personnes âgées. L'interrogation des services du casier judiciaire devrait dès lors

⁷ Article 36, §3, al. 2 du projet d'ordonnance.

être ciblée sur l'existence ou non de condamnations suite à des infractions pertinentes manifestement incompatibles avec les fonctions concernées.

33. Enfin, l'Autorité constate enfin que l'article 7, §1^{er}, al. 2 prévoit le traitement de données relatives à « la parenté et les liens étroits avec d'autres personnes » dans le cadre de la constitution du dossier administratif de base. Elle ne comprend pas en quoi le traitement de ces données à caractère personnel est nécessaire et invite dès lors le demandeur à expliciter la finalité poursuivie par ce traitement.

d. Durée de conservation des données à caractère personnel

34. Selon l'article 5.1.e) du RGPD, les données à caractère personnel doivent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont traitées⁸.

35. L'Autorité constate que l'avant-projet d'ordonnance ne prévoit pas de durée de conservation des données à caractère personnel traitées. Il ressort ainsi du texte du projet d'ordonnance qu'il appartiendra au Collège réuni de déterminer la durée de conservation des données à caractère personnel après consultation de l'autorité de contrôle compétente⁹.

36. Premièrement, l'Autorité se demande si l'objectif du demandeur est de remettre la détermination de cette durée à la rédaction d'une ordonnance ultérieure du Collège réuni, ce qui lui paraît étrange.

37. L'Autorité relève par ailleurs relève que le demandeur ne précise pas à quelle « autorité de contrôle compétente » il fait référence. Elle se demande si elle sera amenée à être consultée une nouvelle fois par le demandeur à la suite des demandes de modifications formulées dans le présent avis ou si le demandeur entend viser une autre autorité, et si oui, laquelle et en vertu de quelle compétence.

38. Pour rappel, conformément à l'article 22 de la Constitution, les éléments essentiels du traitement, à savoir notamment la durée de conservation des données à caractère personnel, doivent figurer dans le texte normatif qui entend encadrer ce traitement de données à caractère personnel. Il convient dès lors de prévoir, *dès maintenant*, la durée de conservation appropriée et limitée en tout état de cause à la durée nécessaire à la réalisation des finalités telles que prévues à l'article 36 du projet d'ordonnance.

⁸ Article 5.1.e) du RGPD.

⁹ Voy par exemple article 36, §5, al. 2.

39. Ainsi, l'Autorité insiste sur le fait qu'il convient de déterminer les hypothèses dans lesquelles il n'y aura plus lieu de conserver toutes les données à caractère personnel traitées. Pensons, par exemple, à l'hypothèse du départ d'un résident ou d'un employé.

En ce qui concerne l'article 36, §4, al. 3, 3^o, 4^o et 36 §5 al. 2, 4^o, 5^o du projet d'ordonnance :

40. Ces dispositions de l'article 36 prévoient la possibilité pour le Collège réuni de déterminer, après avis de « l'autorité de contrôle compétente », « les instances auxquelles les données à caractère personnel seront communiquées » ainsi que « la forme et les modalités d'échange des données » .

41. En premier lieu, la remarque formulée par l'Autorité à propos de la référence à l'*« autorité de contrôle compétente »* s'applique mutatis mutandis à cette disposition.

42. En second lieu, l'Autorité rappelle que conformément à l'article 22 de la Constitution, les éléments essentiels du traitement, les destinataires éventuels des données à caractère personnel, doivent figurer dans un texte normatif. Il convient dès lors de prévoir dans le projet, les catégories de destinataires éventuels des données ainsi que les raisons pour lesquelles ces données leur seraient communiquées.

PAR CES MOTIFS,

L'Autorité estime qu'il convient :

- De reformuler les dispositions du projet d'ordonnance pour expliciter la qualité de responsable du traitement dans le chef d'IrisCare pour les missions de contrôle (voy. par exemple article 23, §2, al. 1^{er}) ;
- D'éventuellement expliciter la qualité de responsable du traitement dans le chef du Collège réuni notamment dans le cadre de la procédure de retrait de l'agrément ;
- De tenir compte des différentes remarques de l'Autorité en matière de proportionnalité des traitements de données envisagés (§§24-33) ;
- De prévoir un délai de conservation des données conformes aux finalités pour lesquelles ces données seront collectées ;

- De supprimer les dispositions de l'article 36 du projet d'ordonnance relatives à la communication ultérieure à des tiers des données à caractère personnel traitées ou, dans l'hypothèse où une communication à des tiers s'avérait **nécessaire** et **légitime**, de préciser l'identité des instances concernées par cette communication, les catégories de données transmises ainsi que la durée de conservation des données par ces tiers

(sé) Alexandra Jaspar
Directrice du Centre de Connaissances