

Projet de loi

relative au traitement de données concernant la santé en matière d'assurance et de réassurance et portant modification de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances

Avis du Conseil d'État

(28 avril 2020)

Par dépêche du 3 janvier 2020, le Premier ministre, ministre d'État, a soumis à l'avis du Conseil d'État le projet de loi sous rubrique, élaboré par le ministre des Finances.

Au texte du projet de loi étaient joints un exposé des motifs, un commentaire de l'article unique et une fiche d'évaluation d'impact.

Selon la lettre de saisine, le projet de loi sous avis n'a pas d'impact sur le budget de l'État.

Les avis de la Chambre de commerce et de la Commission nationale pour la protection des données, ci-après « CNPD », ont été communiqués au Conseil d'État par dépêches respectivement des 6 et 13 février 2020.

Considérations générales

Le projet de loi sous examen a pour objet de modifier la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances en vue d'y insérer un nouveau chapitre *2bis* ayant spécifiquement trait au traitement de données concernant la santé. L'insertion de ce nouveau chapitre vise, d'après l'exposé des motifs, à combler le vide juridique qui existe depuis l'abrogation de la loi modifiée du 2 août 2002 relative à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et plus précisément de son article 7, paragraphe 3, qui réglait le traitement de données relatives à la santé par les compagnies d'assurance.

Le Conseil d'État souligne, à cet égard, que les données concernant la santé relèvent des catégories particulières de données à caractère personnel visées à l'article 9 du 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). Si, en principe, le traitement de telles données est interdit, le paragraphe 2 de l'article 9 du règlement (UE) 2016/679, précité, autorise des dérogations à l'interdiction de traiter des catégories particulières de données à caractère personnel sous certaines conditions. Ainsi, l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679 précise qu'il est possible

de déroger à l'interdiction de traitement si « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ». Une telle dérogation requiert ainsi l'intervention du législateur qui devra prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée.

Examen de l'article unique

Article unique

L'article sous revue se propose de donner une base légale aux traitements de données concernant la santé opérés par les compagnies d'assurance et de réassurance conformément à l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679 en insérant un nouvel article 181*bis* dans la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances.

Le Conseil d'État note, à l'instar de la CNPD, que le point 2 de l'article 181*bis* en projet sous avis prévoit une série de mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée visant à satisfaire à l'exigence énoncée à l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679.

Si les mesures prévues par la disposition sous avis, à titre de garanties pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée, trouvent l'accord du Conseil d'État, le texte proposé appelle toutefois deux remarques.

Le Conseil d'État constate tout d'abord que l'article 181*bis* ne mentionne pas de « motif d'intérêt public important » tel que visé à l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679.

Le Conseil d'État relève, à cet égard, que l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679 ne précise pas les motifs d'intérêt public qui sont susceptibles d'être invoqués afin de justifier la dérogation à l'interdiction de traitement des catégories particulières de données. L'approche retenue par le législateur européen diffère, sur ce point, de celle retenue à l'article 23 du même règlement, qui énumère les finalités visées en ce qui concerne les mesures législatives visant à limiter certains droits et obligations prévus par le règlement (UE) 2016/679. La loi belge se réfère aux « motifs d'intérêt public important » sans en préciser la portée¹. La loi française se réfère, quant

¹ Article 8 de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard de traitements de données à caractère personnel :

« § 1er. En exécution de l'article 9.2.g) du Règlement, les traitements ci-après sont considérés comme traitements nécessaires pour des motifs d'intérêt public important :

1° le traitement effectué par des associations dotées de la personnalité juridique ou par des fondations qui ont pour objet statutaire principal la défense et la promotion des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en vue de la réalisation de cet objet, à condition que ce traitement soit autorisé par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'autorité de contrôle compétente. Le Roi peut prévoir des modalités de ce traitement;

2° le traitement géré par la fondation d'utilité publique "Fondation pour Enfants Disparus et Sexuellement Exploités" pour la réception, la transmission à l'autorité judiciaire et le suivi de données concernant des personnes

à elle, aux « [...] traitements comportant des données concernant la santé justifiés par l'intérêt public et conformes aux dispositions du chapitre IX de la présente loi »². Le Conseil d'État pourrait concevoir un dispositif qui, outre d'invoquer l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679, se référerait aux motifs d'intérêt public importants, poursuivis par une législation sur le secteur des assurances. D'après l'exposé des motifs, « [l]es assurances participent à un intérêt public important, dans la mesure où l'assurance apporte à l'assuré la certitude qu'il sera indemnisé si c'est sur lui ou sur ses biens que le risque qui menace chacun de nous, individuellement aussi bien que collectivement se réalise ».

La phrase liminaire du nouvel article 181*bis* pourrait se lire comme suit :

« Conformément à l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du 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), et au regard des motifs d'intérêt public importants, inhérents aux contrats d'assurance et de réassurance réglés par la présente loi pour lesquels la santé de l'assuré constitue un élément déterminant, le traitement de données concernant la santé, à l'exception de données génétiques, est licite lorsqu'il est nécessaire à l'exécution de mesures précontractuelles en matière d'assurance ou de réassurance ou à l'exécution d'un contrat d'assurance ou de réassurance sous réserve : »

Le dernier alinéa du nouvel article 181*bis* prévoit le droit pour le responsable du traitement d'exclure une ou plusieurs des mesures énumérées au point 2. Cette exclusion devra, par ailleurs, être documentée et justifiée « en interne ».

qui sont suspectées, dans un dossier déterminé de disparition ou d'exploitation sexuelle, d'avoir commis un crime ou un délit;

3° le traitement de données à caractère personnel concernant la vie sexuelle, effectué par une association dotée de la personnalité juridique ou par une fondation, qui a pour objet statutaire principal l'évaluation, la guidance et le traitement des personnes dont le comportement sexuel peut être qualifié d'infraction, et qui est agréée et subventionnée par l'autorité compétente en vue de la réalisation de cet objet. Ces traitements, qui doivent être destinés à l'évaluation, la guidance et le traitement des personnes visées dans le présent paragraphe et qui ne peuvent porter que sur des données à caractère personnel qui, pour autant qu'elles soient relatives à la vie sexuelle, concernent les personnes visées dans le présent paragraphe, sont soumis à une autorisation spéciale individuelle accordée par le Roi, dans un arrêté royal délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'autorité de contrôle compétente.

L'arrêté visé à l'alinéa 1er, 3°, précise la durée de validité de l'autorisation, les modalités du traitement des données, les modalités de contrôle de l'association ou de la fondation par l'autorité compétente et la façon dont cette autorité informe l'autorité de contrôle compétente sur le traitement de données à caractère personnel effectué dans le cadre de l'autorisation accordée.

Sauf dispositions légales particulières, le traitement de données génétiques et biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique par ces associations et fondations est interdit.

§ 2. Le responsable du traitement et, le cas échéant, le sous-traitant établissent une liste des catégories de personnes, ayant accès aux données à caractère personnel avec une description de leur fonction par rapport au traitement des données visées. Cette liste est tenue à la disposition de l'autorité de contrôle compétente.

Le responsable du traitement et, le cas échéant, le sous-traitant veillent à ce que les personnes désignées soient tenues, par une obligation légale ou statutaire, ou par une disposition contractuelle équivalente, au respect du caractère confidentiel des données visées.

§ 3. La fondation visée au paragraphe 1er, alinéa 1er, 2°, ne peut tenir un fichier de personnes suspectes d'avoir commis un crime ou un délit ou de personnes condamnées. Elle désigne également un délégué à la protection des données. »

² Article 8 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

Le Conseil d'État a des réserves sérieuses par rapport à ce dispositif.

Il rappelle que l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679 constitue déjà une dérogation à l'interdiction de traitement des données concernant la santé si « le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important ». Dans le souci de sauvegarder les droits des personnes visées, les garanties prévues au point 2 du nouvel article 181*bis* sont destinées à encadrer cette dérogation. La possibilité de déroger à tout ou partie des mesures prévues aux lettres a) à j) risque d'avoir pour effet de dénaturer l'obligation imposée au point 2.

La loi belge précitée du 30 juillet 2018 énumère également des mesures supplémentaires à mettre en place par le responsable du traitement souhaitant traiter des données relatives à la santé, sans toutefois prévoir la possibilité pour le responsable du traitement d'y déroger³.

Il est vrai que l'alinéa en question est inspiré de l'article 65 de la loi du 1^{er} août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données, concernant le traitement de catégories particulières de données à caractère personnel mis en œuvre à des fins de recherche scientifique ou historique⁴. Il y a toutefois lieu de souligner que « [l]e responsable de traitement doit documenter et justifier pour chaque projet à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques l'exclusion, le cas échéant, d'une ou plusieurs des mesures énumérées à cet article ». L'article 65 précité se base

³ L'article 8, paragraphe 2, de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard de traitements de données à caractère personnel prévoit, en effet, que le responsable de traitement ou son sous-traitant devra ainsi établir une liste des personnes ayant accès à ces données avec une description précise de leur fonction, tenir cette liste à disposition de l'Autorité de protection des données et veiller à ce que ces personnes soient tenues à une obligation de confidentialité.

⁴ **Art. 65.** Compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement ainsi que des risques, dont le degré de probabilité et de gravité varie, pour les droits et libertés des personnes physiques, le responsable d'un traitement mis en œuvre à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques, doit mettre en œuvre les mesures appropriées additionnelles suivantes :

- 1° la désignation d'un délégué à la protection des données ;
- 2° la réalisation d'une analyse de l'impact des opérations de traitement envisagées sur la protection des données à caractère personnel ;
- 3° l'anonymisation, la pseudonymisation au sens de l'article 4, paragraphe 5, du règlement (UE) 2016/679 ou d'autres mesures de séparation fonctionnelle garantissant que les données collectées à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques, ne puissent être utilisées pour prendre des décisions ou des actions à l'égard des personnes concernées ;
- 4° le recours à un tiers de confiance fonctionnellement indépendant du responsable du traitement pour l'anonymisation ou la pseudonymisation des données ;
- 5° le chiffrement des données à caractère personnel en transit et au repos, ainsi qu'une gestion des clés conformes à l'état de l'art ;
- 6° l'utilisation de technologies renforçant la protection de la vie privée des personnes concernées ;
- 7° la mise en place de restrictions de l'accès aux données à caractère personnel au sein du responsable du traitement ;
- 8° des fichiers de journalisation qui permettent d'établir le motif, la date et l'heure de la consultation et l'identification de la personne qui a collecté, modifié ou supprimé les données à caractère personnel ;
- 9° la sensibilisation du personnel participant au traitement des données à caractère personnel et au secret professionnel ;
- 10° l'évaluation régulière de l'efficacité des mesures techniques et organisationnelles mises en place à travers un audit indépendant ;
- 11° l'établissement au préalable d'un plan de gestion des données ;
- 12° l'adoption de codes de conduite sectoriels tels que prévus à l'article 40 du règlement (UE) 2016/679 approuvés par la Commission européenne en vertu de l'article 40, paragraphe 9, du règlement (UE) 2016/679. Le responsable de traitement doit documenter et justifier pour chaque projet à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques l'exclusion, le cas échéant, d'une ou plusieurs des mesures énumérées à cet article.

sur l'article 9, paragraphe 2, point j), du même règlement (UE) 2016/679 qui prévoit une dérogation à l'interdiction de traitement si « le traitement est nécessaire à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques, conformément à l'article 89, paragraphe 1, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre qui doit être proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée ».

Le dispositif de l'article 65, précité, porte dès lors sur un autre type de traitement et est soumis à un cadre particulier. Un traitement de données concernant la santé à des fins de recherche scientifique ou historique, ou à des fins statistiques est moins « sensible » qu'un traitement opéré dans le secteur des assurances.

En outre, le Conseil d'État a du mal à saisir la portée de l'obligation de documenter et de justifier les dérogations aux mesures prévues au point 2 de l'article 181*bis* « en interne ». Une telle documentation ou justification « en interne » ne saurait conférer les garanties appropriées en matière de transparence aux personnes dont les données sont collectées.

Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que le dernier alinéa, n'est pas compatible avec l'article 9, paragraphe 2, lettre g), du règlement (UE) 2016/679. Par conséquent, le Conseil d'État doit émettre une opposition formelle.

Le Conseil d'État souligne, par ailleurs, au même titre que la CNPD, que les compagnies d'assurance et de réassurance demeurent soumises à l'ensemble des dispositions prévues par le règlement (UE) 2016/679, ce qui implique notamment que les personnes dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement peuvent de manière générale se prévaloir des droits prévus aux articles 13 à 22 du règlement (UE) 2016/679.

Observations d'ordre légistique

Intitulé

L'intitulé ne doit pas induire en erreur sur le contenu du dispositif. Pour fixer l'attention des personnes qui s'intéressent aux textes en cours d'élaboration et des lecteurs du journal officiel, il peut s'avérer utile d'indiquer dans l'intitulé d'un acte exclusivement modificatif la portée des modifications qu'il est envisagé d'apporter à un dispositif comportant un nombre important d'articles. En recourant à ces techniques, l'on évitera cependant de donner à l'acte modificatif un intitulé qui pourrait faire croire qu'il revêt un caractère autonome. Par conséquent, le Conseil d'État demande aux auteurs de reformuler l'intitulé de la manière qui suit :

« Projet de loi portant modification de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances en vue d'insérer un chapitre 2*bis* relatif au traitement de données concernant la santé ».

Article unique

Le Conseil d'État propose de reformuler la phrase liminaire comme suit :

« À la partie 2, titre II, sous-titre II, de la loi modifiée du 7 décembre 2015 sur le secteur des assurances, il est inséré après l'article 181, un chapitre 2*bis* nouveau intitulé « Traitement de données concernant la santé », libellé comme suit : ».

À l'occasion de l'insertion d'articles, le texte nouveau est précédé de l'indication du numéro correspondant qui est souligné, au lieu d'être mis en gras, pour mieux le distinguer du numéro des articles de l'acte modificatif.

Lorsqu'un acte est cité, il faut veiller à reproduire son intitulé tel que publié officiellement, indépendamment de sa longueur, sauf s'il existe un intitulé de citation. Partant, il faut écrire, à la première occurrence de l'intitulé du règlement européen en question, « 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) ». Aux occurrences suivantes, il peut exceptionnellement être recouru aux termes « règlement (UE) 2016/679 précité ».

À l'article 181*bis*, alinéa 1^{er}, point 1, le terme « et » est à remplacer par un point-virgule.

À l'article 181*bis*, alinéa 2, il convient de supprimer la virgule après le terme « traitement », de mettre les termes « le cas échéant » entre des virgules, et d'insérer le terme « chaque » devant ceux de « sous-traitant ».

Ainsi délibéré en séance plénière et adopté à l'unanimité des 22 votants, le 28 avril 2020.

Le Secrétaire général,

s. Marc Besch

La Présidente,

s. Agny Durdu