



CONSEIL D'ÉTAT

section de législation

avis 71.442/2
du 1^{er} juin 2022

sur

un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté
germanophone 'relatif à la compensation des désavantages et à
la protection des notes dans le cadre de la formation dans
les classes moyennes'

Le 2 mai 2022, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Ministre de l'Éducation et de la Recherche scientifique de la Communauté germanophone à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 10 juin 2022 ^{*}, sur un projet d'arrêté du Gouvernement de la Communauté germanophone 'relatif à la compensation des désavantages et à la protection des notes dans le cadre de la formation dans les classes moyennes'.

Le projet a été examiné par la deuxième chambre le 1^{er} juin 2022. La chambre était composée de Pierre VANDERNOOT, président de chambre, Patrick RONVAUX et Christine HOREVOETS, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Esther CONTI, greffier assumé.

Le rapport a été présenté par Roger WIMMER, premier auditeur.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 1^{er} juin 2022.

^{*} Par un courriel du 3 mai 2022.

*

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

1. Le projet modifie l'arrêté du Gouvernement du 27 juin 2013 'relatif à la formation de base dans la formation et la formation continue dans les classes moyennes et les PME' et l'arrêté du Gouvernement du 30 août 2018 'relatif aux examens et à l'évaluation de la formation de base dans les classes moyennes' pour régler la compensation des désavantages et la protection des notes dans le cadre de la formation dans les classes moyennes.

Il prend pour fondement juridique notamment l'article 7, § 7, 6^o, du décret du 16 décembre 1991 'relatif à la formation et à la formation continue des Classes moyennes et les PME', lequel dispose que :

« [l]e Gouvernement arrête sur avis de l'Institut :

[...]

6^o les conditions d'organisation des cours, tests et examens ».

Le chapitre VIII^{ter}, comportant les articles 93.33 à 93.46, du décret du 31 août 1998 'relatif aux missions confiées aux pouvoirs organisateurs et au personnel des écoles et portant des dispositions générales d'ordre pédagogique et organisationnel pour les écoles ordinaires et spécialisées', inséré par le décret de la Communauté germanophone du 20 juin 2016 'portant des mesures en matière d'enseignement – 2016', règle la compensation des désavantages et la protection des notes dans l'enseignement fondamental et secondaire ordinaire et spécialisé organisé ou subventionné par la Communauté germanophone.

Les dispositions en projet aux articles 2 à 19, 22 et 23 du projet reproduisent, sous réserve de certaines adaptations, les dispositions décrétales précitées.

De nombreuses dispositions du projet ont trait à un traitement de données à caractère personnel ¹.

2. Par son arrêt n° 33/2022, du 10 mars 2022, la Cour constitutionnelle a jugé ce qui suit :

« B.13.1. L'article 22 de la Constitution réserve au législateur compétent le pouvoir de fixer dans quels cas et à quelles conditions il peut être porté atteinte au droit au respect de la vie privée. Il garantit ainsi à tout citoyen qu'aucune ingérence dans l'exercice de ce droit ne peut avoir lieu qu'en vertu de règles adoptées par une assemblée délibérante, démocratiquement élue.

¹ C'est le cas des dispositions en projet aux articles 4, 5, 6, 10, 11, 12 et 19 du projet.

Une délégation à un autre pouvoir n'est toutefois pas contraire au principe de légalité, pour autant que l'habilitation soit définie de manière suffisamment précise et qu'elle porte sur l'exécution de mesures dont les éléments essentiels ont été fixés préalablement par le législateur.

Par conséquent, les éléments essentiels des traitements de données à caractère personnel doivent être fixés dans la loi elle-même. À cet égard, quelle que soit la matière concernée, constituent, en principe, des éléments essentiels, les éléments suivants : 1°) les catégories de données traitées ; 2°) les catégories de personnes concernées ; 3°) la finalité poursuivie par le traitement ; 4°) les catégories de personnes ayant accès aux données traitées et 5°) le délai maximal de conservation des données (avis de l'assemblée générale de la section de législation du Conseil d'État n° 68.936/AG du 7 avril 2021 sur un avant-projet de loi 'relative aux mesures de police administrative lors d'une situation d'urgence épidémique', *Doc. parl.*, Chambre, 2020-2021, DOC 55-1951/001, p. 119) ».

3. Dans son avis n° 07/2022 donné le 21 janvier 2022 sur le projet, l'Autorité de protection des données a formulé l'importante observation suivante sur les conditions dans lesquelles le projet encadre, au regard du droit au respect de la vie privée et 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)' (ci-après : « le RGPD »), les traitements à caractère personnel impliqués par le projet :

« 12. L'Autorité constate que si la finalité poursuivie par les traitements des données en cause peut se déduire de manière implicite mais certaine de [l'article 7, § 7, 6° du décret du 16 décembre 1991' relatif à la formation et la formation continue dans les Classes moyennes et les PME', qui délègue au Gouvernement la compétence de déterminer les conditions d'organisation des cours, tests et examens], elle n'est cependant pas déterminée de façon suffisamment précise puisqu'elle ne permet pas de déduire, à sa lecture, que le dispositif mis en place par le projet, impliquera des traitements de données concernant des apprentis nécessitant un soutien spécifique ². De plus, les autres éléments essentiels précités (notamment les catégories de données et les catégories de personnes concernées) ne sont pas repris dans une norme légale formelle. En effet, d'une part, il ne ressort pas du décret du 16 décembre 1991 que le dispositif mis en place par le projet implique le traitement notamment de données de santé.

² Note de bas de page n° 5 de l'avis cité : Voir à cet égard les articles 4 et 10 du projet. L'article 4 entend insérer un article 36.1 dans l'arrêté du 27 juin 2013, qui prévoit en son alinéa 2, que « Cette compensation se définit par des aménagements pédagogiques appropriés, destinés à contrebalancer un déficit individuel spécifique et à permettre aux apprentis nécessitant un soutien spécifique d'exprimer les connaissances, capacités et aptitudes acquises ». Et l'article 10 vise à introduire un article 36.6 dans l'arrêté du 27 juin 2013, lequel prévoit en son alinéa premier que, la protection des notes « consiste ne pas évaluer l'apprenti dans un ou plusieurs sous-domaines des compétences exigées par les programmes d'apprentissage relatifs aux connaissances générales ».

L'Autorité attire l'attention sur le fait que le traitement de telles données à caractère personnel est en principe interdit, sauf s'il repose sur une des base[s] juridiques mentionnées à l'article 9.2 du RGPD. Le décret ne prévoit actuellement pas de base juridique à cet effet. D'autre part, il ne ressort pas non plus dudit décret que ce traitement de données concerne des apprentis nécessitant un soutien spécifique. Le décret doit dès lors être amendé à cet égard ».

Par ailleurs, l'Autorité de protection des données a également formulé l'observation suivante au sujet de l'article 11 du projet :

« 29. En ce qui concerne la reconnaissance de l'avis par le '*centre pour le développement sain des enfants et des jeunes*' lorsque celui-ci ne l'a pas établi (visé à l'article 36.7, § 1^{er}, alinéa 1, 8°, en projet de l'arrêté du 27 juin 2013), l'Autorité relève à cet égard qu'en vertu de l'article 36.7, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, les personnes chargées de l'éducation ou l'apprenti majeur doivent solliciter l'avis d'un organisme expert en la matière motivant la nécessité de protéger les notes et que si l'avis est établi par un '*organisme autre que le centre de pédagogie de soutien*', les personnes susmentionnées doivent faire reconnaître cet avis par ledit centre. L'Autorité suppose que le centre pour le développement sain des enfants et des jeunes fait partie du centre de pédagogie de soutien³. L'Autorité recommande donc de clarifier la terminologie sur ce point ».

Afin d'assurer la prise en considération du principe de proportionnalité inhérent aux conditions dans lesquelles des ingérences peuvent être admises au droit au respect de la vie privée, l'Autorité de protection des données a encore relevé, à propos de l'article 12 du projet, qu'

« en ce qui concerne l'information du secrétariat d'apprentissage compétent et de l'entreprise formatrice [de la décision de l'inspection scolaire relative à la protection des notes, prévue par l'article 36.8, alinéa 4, 2° et 3°, en projet], le projet devra être adapté afin que cette information ne soit communiquée aussi qu'aux seuls membres du secrétariat d'apprentissage compétent et de l'entreprise formatrice, qui sont concernés par la mise en œuvre de ladite décision et ce, afin d'éviter la transmission excessive ou non pertinente d'informations relative à une décision de protection de notes à des personnes qui ne sont pas concernées par sa mise en œuvre »⁴.

4. Comme le relève à juste titre l'Autorité de protection des données, l'habilitation particulièrement large faite au Gouvernement pour fixer les conditions d'organisation des cours, tests et examens ne procure pas un encadrement juridique suffisant pour rencontrer les exigences de légalité requises par l'article 22 de la Constitution.

³ Note de bas de page n° 8 de l'avis cité : Voir à cet égard le site Internet du centre de pédagogie de soutien (« Zentrum für Förderpädagogik » : <https://www.zfp.be/index.php?id=76>), duquel il ressort que le programme d'intégration entre en ligne de compte pour les élèves pour lesquels le Centre pour le développement sain des enfants et des jeunes dans les Cantons de l'Est a identifié des besoins éducatifs spéciaux.

⁴ Avis précité n° 07/2022 du 21 janvier 2022 de l'Autorité de protection des données, observation n° 44.

L'insuffisance de cet encadrement juridique a concrètement pour effet en l'espèce que le Gouvernement, au travers des articles du projet cités en note de bas de page n° 1 du présent avis, est amené à se saisir de questions qui échappent à sa compétence puisque, conformément à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle citée ci-dessus, les éléments essentiels des traitements de données à caractère personnel entendus au sens de cette jurisprudence et qui figurent dans ces articles sont du ressort du décret.

Par conséquent, les articles concernés du projet n'y ont en tout état de cause pas leur place en l'état et doivent donc en être omis dans la mesure identifiée ci-avant, ce qui rend le projet inopérant.

Afin de remédier à cette situation, il s'impose, préalablement à l'adoption de l'arrêté en projet, soit d'adopter un texte décretal autonome qui contiendra les éléments essentiels des traitements de données à caractère personnel de telle sorte que ceux-ci ne soient plus réglés dans le projet examiné, soit d'étendre le champ d'application du décret du 31 août 1998 pour rendre applicables ses articles 93.33 à 93.46 à l'objet couvert par le projet, moyennant, le cas échéant, les adaptations nécessaires.

Le projet d'arrêté lui-même sera adapté en conséquence.

Il y aura lieu, à cette occasion, de s'assurer que l'ensemble des observations formulées par l'Autorité de protection des données dont il est question ci-dessus, que la section de législation fait siennes, seront rencontrées.

Compte tenu du caractère fondamental de cette observation, le projet ne sera pas examiné plus avant.

Il devra être à nouveau soumis à la section de législation lorsqu'il sera pourvu d'un fondement juridique suffisamment encadré quant au respect du principe de légalité requis par l'article 22 de la Constitution pour les traitements de données à caractère personnel qu'il envisage et qu'il sera revu à la lumière du présent avis.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

Esther CONTI

Pierre VANDERNOOT