

Projet présenté par le Conseil d'Etat

Date de dépôt: 7 juin 2006

Messagerie

Projet de loi sur la protection des données personnelles (LPDP) (A 2 12)

Le GRAND CONSEIL de la République et canton de Genève
décrète ce qui suit :

Chapitre I Dispositions générales

Art. 1 But

La présente loi régit le traitement des données personnelles par les institutions visées à l'article 3, de manière à protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé et à permettre une mise en œuvre efficiente des politiques publiques.

Art. 2 Coordination

¹ La présente loi est appliquée de façon coordonnée avec la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, et la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

² Cette coordination est assurée par :

- a) une organisation adéquate au sein des institutions visées à l'article 3;
- b) la fonction de préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé cantonal);
- c) un devoir de concertation réciproque du préposé cantonal et de l'archiviste d'Etat;
- d) l'activité de la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques (ci-après : la commission consultative).

Art. 3 Champ d'application

¹ La présente loi s'applique aux institutions suivantes (ci-après : les institutions publiques), sous réserve des alinéas 2 et 3 :

- a) aux pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent;
- b) aux communes, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent;
- c) aux établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent;
- d) aux groupements formés d'institutions publiques visées aux lettres a à c;
- e) aux personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches.

² Le traitement de données personnelles par les institutions publiques n'est pas soumis à la présente loi lorsqu'il :

- a) se limite à la prise de notes à usage personnel;
- b) est effectué par le Conseil supérieur de la magistrature, les juridictions et les autres autorités judiciaires en application des lois de procédure pénale, civile, administrative ou d'entraide judiciaire ou d'autres lois régissant leurs activités, aux fins de trancher les causes dont ils sont saisis ou de remplir les tâches de surveillance dont ils sont investis, sous réserve de l'article 9, alinéa 3;
- c) intervient dans le cadre des délibérations du Conseil d'Etat, du Grand Conseil, des commissions parlementaires, des exécutifs communaux, des conseils municipaux et des commissions des conseils municipaux.

³ Le droit fédéral est réservé.

Art. 4 Définitions

Dans la présente loi et ses règlements d'application, on entend par :

- a) données personnelles (ou données), toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable;
- b) données personnelles sensibles, les données personnelles sur :
 - 1° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles;
 - 2° la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race ou une ethnie;
 - 3° des mesures d'aide sociale;
 - 4° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives;

- c) profil de la personnalité, un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique;
- d) fichier, tout système destiné à réunir, sur quelque support que ce soit, des données personnelles d'un segment de population déterminé, et structuré de manière à permettre de relier les informations recensées aux personnes qu'elles concernent;
- e) traitement, toute opération relative à des données personnelles - quels que soient les moyens et procédés utilisés - notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données;
- f) communication, le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant;
- g) personne concernée, la personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées;
- h) organe, tout membre d'une autorité, tout service ou entité, tout membre du personnel d'une institution publique ou tout mandataire d'une institution publique qui assume effectivement le traitement de données personnelles pour le compte de celle-ci.

Chapitre II Principes régissant le traitement des données personnelles

Art. 5 Base légale

¹ Les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si et dans la mesure où l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire.

² Des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi définit clairement la tâche considérée et si le traitement en question est absolument indispensable à l'accomplissement de cette tâche ou intervient avec le consentement explicite de la personne concernée.

³ L'article 11 est réservé.

⁴ Un numéro d'identification personnel commun ne peut être utilisé que s'il est institué par une loi, sauf pour l'accomplissement de tâches prévues par des législations ayant entre elles un lien matériel étroit impliquant une application coordonnée.

Art. 6 Qualités des données personnelles

¹ Les institutions publiques veillent, lors de tout traitement de données personnelles, à ce que ces dernières soient :

- a) pertinentes et nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales;
- b) exactes et si nécessaire mises à jour et complétées, autant que les circonstances permettent de l'exiger.

² Lorsqu'une institution publique constate que des données personnelles qu'une autre institution lui a communiquées en vertu de l'article 9, alinéa 1, sont inexactes, incomplètes ou obsolètes, elle en informe cette dernière, à moins que ce signalement ne soit contraire à une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat.

Art. 7 Sécurité des données personnelles

¹ Les données personnelles doivent être protégées contre tout traitement illicite par des mesures organisationnelles et techniques appropriées.

² Les institutions publiques prennent, par le biais de directives ainsi que de clauses statutaires ou contractuelles appropriées, les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité, l'intégrité et la confidentialité des données personnelles qu'elles traitent ou font traiter.

³ Les institutions publiques sont autorisées à contrôler le respect des directives et clauses visées à l'alinéa 2. S'il implique l'exploitation de ressources informatiques et le traitement de données personnelles, ce contrôle doit s'exercer conformément à des procédures spécifiques que les instances mentionnées à l'article 21, alinéa 2 doivent adopter à cette fin, après consultation du préposé cantonal.

Art. 8 Collecte

¹ La collecte de données personnelles doit être faite de manière reconnaissable pour la personne concernée.

² Sont réservés les cas dans lesquels le caractère reconnaissable de la collecte compromettrait l'engagement, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes menées légalement sur l'assujettissement à une loi ou le respect de conditions ou d'obligations légales.

³ Les institutions publiques doivent pouvoir indiquer la source des données qu'elles détiennent.

Art. 9 Communication***A une autre institution publique***

¹ Sans préjudice, le cas échéant, de son devoir de renseigner les instances hiérarchiques supérieures dont elle dépend, une institution publique ne peut communiquer des données personnelles à une autre institution publique que si, cumulativement :

- a) l'institution requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait aux exigences prévues aux articles 5 à 8;
- b) la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat.

² L'organe requis est tenu de s'en assurer et d'informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que la communication considérée soit autorisée explicitement par une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat. S'il y a lieu, il assortit la communication de charges ou conditions.

³ Les institutions publiques communiquent aux autorités judiciaires les données personnelles que celles-ci sollicitent aux fins de trancher les causes dont elles sont saisies ou de remplir les tâches de surveillance dont elles sont investies, sauf si le secret de fonction ou un autre secret protégé par la loi s'y oppose.

A une corporation ou un établissement de droit public non soumis à la loi

⁴ La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public non soumis à la présente loi n'est possible que si, cumulativement :

- a) l'entité requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait à des exigences légales assurant un niveau de protection adéquat de ces données;
- b) la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat.

⁵ En l'absence de législation assurant un niveau de protection adéquat, la communication n'est possible que si elle n'est pas contraire à une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat et si, alternativement :

- a) elle intervient avec le consentement explicite de la personne concernée ou manifestement dans son intérêt;
- b) elle est dictée par un intérêt public prépondérant important reconnu par l'organe requis;

c) l'entité requérante fournit des garanties fiables suffisantes quant au respect des droits fondamentaux de la personne concernée.

⁶ L'organe requis est tenu de consulter le préposé cantonal avant toute communication. S'il y a lieu, il assortit la communication de charges ou conditions.

A une tierce personne de droit privé

⁷ La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible que :

- a) si une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat le prévoit explicitement ou ne l'interdit pas expressément;
- b) à défaut d'une telle autorisation ou interdiction explicites, si un intérêt public ou un intérêt digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.

⁸ Dans les cas visés à l'alinéa 7, lettre b, l'organe requis est tenu de consulter les personnes concernées, à moins que cela implique un travail disproportionné, auquel cas il doit consulter le préposé cantonal. En cas d'opposition d'une personne consultée, l'organe requis sollicite également le préavis du préposé cantonal. La communication peut être assortie de charges et conditions.

⁹ L'organe requis communique sa décision au requérant, au préposé cantonal et aux personnes consultées.

¹⁰ L'accès de proches aux données de personnes décédées est régi par l'article 18.

Art. 10 Destruction

¹ Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes régulièrement les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi.

² Sur décision de l'organe directeur de l'institution publique concernée, la destruction de données personnelles peut être différée durant deux ans au maximum à des fins d'évaluation de politiques publiques. Ces données sont dès lors soustraites à communication, sauf si elles sont accessibles au regard de la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000, ou de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001.

Art. 11 Traitement à des fins générales

¹ Dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches légales, les institutions publiques sont en droit de traiter des données personnelles à des fins générales de statistique, de recherche scientifique, de planification ou d'évaluation de politiques publiques, pour leur propre compte ou celui d'une autre institution en ayant la mission légale, aux conditions cumulatives que :

- a) les données collectées à ces seules fins ne soient communiquées à aucune autre institution, entité ou personne;
- b) ces données soient détruites ou rendues anonymes dès que le but du traitement spécifique visé le permet;
- c) les résultats de ce traitement ne soient le cas échéant publiés que sous une forme excluant la possibilité d'identifier les personnes concernées;
- d) le préposé cantonal en soit informé avec les précisions utiles sur le traitement qu'il est prévu de faire des données personnelles;
- e) le traitement portant sur des données personnelles sensibles ou impliquant l'établissement de profils de la personnalité fasse préalablement l'objet d'une autorisation du Conseil d'Etat, qui doit requérir le préavis du préposé cantonal et assortir au besoin sa décision de charges ou conditions.

² Les compétences et les règles de fonctionnement de la commission externe d'évaluation des politiques publiques sont réservées, de même que celles de l'office cantonal de la statistique.

Art. 12 Vidéosurveillance

¹ Dans la mesure où elles ne sont pas dictées par l'accomplissement légal de tâches au sens de l'article 5, la création et l'exploitation d'un système de vidéosurveillance ne sont licites que si, cumulativement :

- a) la vidéosurveillance est propre et nécessaire à garantir la sécurité des personnes et des biens se trouvant dans ou à proximité immédiate de lieux publics ou affectés à l'activité d'institutions publiques, en prévenant la commission d'agressions ou de déprédations et en contribuant à l'établissement des infractions commises le cas échéant;
- b) l'existence d'un système de vidéosurveillance est signalée de manière adéquate au public et au personnel des institutions;
- c) le champ de la surveillance est limité au périmètre nécessaire à l'accomplissement de celle-ci;
- d) dans l'accomplissement de leurs activités à leur poste de travail, les membres du personnel des institutions publiques n'entrent pas dans le champ de vision des caméras ou, à défaut, sont rendus d'emblée non identifiables par un procédé technique approprié.

² L'éventuel enregistrement de données résultant de la surveillance doit être détruit en principe dans un délai de 96 heures. Ce délai peut être porté à trois mois en cas d'atteinte avérée aux personnes ou aux biens et, en cas d'ouverture d'une information pénale, jusqu'à l'issue de la procédure.

³ Les responsables des institutions prennent les mesures organisationnelles et techniques appropriées afin de :

- a) limiter le visionnement des données, enregistrées ou non, à un cercle restreint de personnes dûment autorisées, dont la liste doit être régulièrement tenue à jour et communiquée au préposé;
- b) garantir la sécurité des installations de surveillance et des données éventuellement enregistrées.

⁴ En dérogation à l'article 9, la communication à des tiers de données obtenues au moyen d'un système de vidéosurveillance ne peut avoir lieu que s'il s'agit de renseigner :

- a) les instances hiérarchiques supérieures dont l'institution dépend;
- b) les autorités judiciaires, soit aux conditions de l'article 9, alinéa 3, soit aux fins de dénoncer une infraction pénale dont la vidéosurveillance aurait révélé la commission.

Art. 13 Catalogue des fichiers

¹ Le préposé cantonal dresse un catalogue des fichiers des institutions publiques, comportant les précisions utiles sur les informations traitées, la base légale de leur traitement, leur état de validité ou la fréquence de leur mise à jour et de leur épuration, et leur accessibilité.

² Les fichiers éphémères ne recensant ni données personnelles sensibles ni profils de la personnalité sont exemptés de l'enregistrement au catalogue des fichiers.

³ Le catalogue des fichiers est mis régulièrement à jour.

⁴ Il est public.

Chapitre III Droits de la personne concernée

Section 1 Droit d'accès

Art. 14 Principes

¹ Toute personne physique ou morale de droit privé justifiant de son identité peut demander par écrit aux responsables désignés en vertu de l'article 21, alinéa 1, si des données la concernant sont traitées par des organes placés sous leur responsabilité.

² Sous réserve de l'article 16, le responsable doit lui communiquer :

- a) toutes les données la concernant contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données;
- b) sur demande, les informations relatives au fichier considéré contenues dans le catalogue des fichiers.

³ La satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné peut être subordonnée :

- a) à l'existence d'un intérêt spécifique digne de protection;
- b) au paiement préalable d'un émolument.

Art. 15 Modalités

La communication de ces données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement.

Art. 16 Restrictions

¹ L'accès aux données personnelles ne peut être refusé que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier lorsque :

- a) il rendrait inopérantes les restrictions au droit d'accès à des dossiers qu'apportent les lois régissant les procédures judiciaires et administratives;
- b) la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement;
- c) le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit explicitement.

² Un accès partiel ou différé doit être préféré à un refus d'accès dans la mesure où l'intérêt public ou privé opposé reste sauvegardé.

Section 2 Autres droits

Art. 17 Prétentions

¹ Toute personne physique ou morale de droit privé peut, à propos des données la concernant, exiger des institutions publiques qu'elles :

- a) s'abstiennent de procéder à un traitement illicite;
- b) mettent fin à un traitement illicite et en suppriment les effets;
- c) constatent le caractère illicite du traitement;
- d) s'abstiennent de les communiquer à des personnes de droit privé à des fins d'exploitation commerciale.

² Sauf disposition légale contraire, elle est en particulier en droit d'obtenir des institutions publiques, à propos des données la concernant, qu'elles :

- a) détruisent celles qui ne sont pas pertinentes ou nécessaires;

- b) rectifient, complètent ou mettent à jour celles qui sont respectivement inexactes, incomplètes ou dépassées;
- c) fassent figurer une mention appropriée en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées;
- d) s'abstiennent de communiquer celles qui ne répondent pas aux exigences de qualité visées à l'article 6;
- e) publient leur décision prise suite à sa requête ou la communiquent aux institutions publiques ou tiers ayant reçu de leur part des données ne répondant pas aux exigences de qualité visées à l'article 6.

³ Les prétentions en dommages-intérêts et en indemnité pour tort moral fondées sur la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes, du 24 février 1989, sont réservées.

Section 3 Droits des proches

Art. 18 Accès et autres droits

¹ Les proches d'une personne décédée ne peuvent obtenir accès aux données personnelles de cette dernière et exercer à leur égard les prétentions énumérées à l'article 17 que s'ils justifient d'un intérêt digne de protection l'emportant sur les éventuels intérêts opposés d'autres proches de la personne décédée et sur la volonté connue ou présumable que cette dernière avait à ce propos de son vivant.

² L'article 14, alinéas 2 et 3, ainsi que les articles 15 et 16 s'appliquent par analogie.

Section 4 Mise en œuvre

Art. 19 Phases non contentieuses

¹ Toute requête fondée sur les articles 14, 17 ou 18 doit être adressée par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement considéré.

² Le responsable saisi traite la requête avec célérité. S'il y a lieu, il la transmet au responsable compétent au regard des procédures adoptées au sein de son institution en application de l'article 21.

³ S'il n'entend pas faire droit intégralement aux prétentions du requérant ou en cas de doute sur le bien-fondé de celles-ci, il transmet la requête au préposé cantonal avec ses observations et les pièces utiles.

⁴ Le préposé cantonal instruit la requête de manière informelle, puis il formule, à l'adresse de l'institution concernée et du requérant, une recommandation écrite sur la suite à donner à la requête.

⁵ L'institution concernée statue alors par voie de décision dans les dix jours sur les prétentions du requérant. Elle la notifie aussi au préposé cantonal.

Art. 20 Recours

¹ Les décisions prises en application de la présente loi ou de ses dispositions d'application sont sujettes à recours conformément aux articles 56A et suivants de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941, et à la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985.

² Le préposé cantonal a qualité pour recourir et en tout état pour participer à la procédure de recours.

³ Le Tribunal administratif a accès aux données personnelles constituant l'enjeu du recours, à charge pour lui de prescrire, à l'égard des parties à la procédure et des tiers, toutes mesures nécessaires au maintien de leur confidentialité

Chapitre IV Organisation

Section 1 Institutions publiques

Art. 21 Responsables et procédures

¹ Des responsables ayant une formation appropriée et les compétences utiles doivent être désignés et des procédures adéquates être mises en place au sein des institutions publiques pour y garantir une correcte application de la présente loi.

² Les mesures d'organisation générales et les procédures visées à l'alinéa 1 sont adoptées, après consultation du préposé cantonal, par les instances suivantes :

- a) le bureau du Grand Conseil pour le pouvoir législatif cantonal, les commissions parlementaires, les services administratifs et les commissions qui dépendent du pouvoir législatif;
- b) le Conseil d'Etat pour le pouvoir exécutif cantonal, l'administration cantonale et les commissions qui en dépendent, ainsi que pour les groupements d'institutions visés à l'article 3, alinéa 1, lettre d;
- c) la commission de gestion du pouvoir judiciaire pour elle-même, ainsi que pour les services administratifs et les commissions non juridictionnelles qui dépendent du pouvoir judiciaire;
- d) les bureaux ou, à défaut, les présidents des conseils municipaux pour les conseils municipaux ou les commissions des conseils municipaux, sauf délégation à l'exécutif communal;

- e) les exécutifs communaux pour les autres institutions communales, leurs administrations et les commissions qui en dépendent;
- f) les instances supérieures des établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, pour ces institutions, leurs administrations et les commissions qui en dépendent;
- g) les institutions visées à l'article 3, alinéa 1, lettre e, pour les activités relevant de l'accomplissement des tâches de droit public cantonal ou communal qui leur sont confiées.

³ Sur préavis du préposé cantonal, le Conseil d'Etat prescrit par substitution les mesures d'organisation générales et les procédures nécessaires à une correcte application de la présente loi, si une instance visée à l'alinéa 2, lettres d à g n'en adopte pas en temps utile après avoir été mise en demeure de le faire.

⁴ La liste des responsables désignés en application de l'alinéa 1 est publique.

Art. 22 Compétences

¹ Les organes informent le responsable sous la surveillance duquel ils sont placés :

- a) de toute création de fichier;
- b) de toute requête de communication et de toute intention de destruction de données personnelles, à moins que ces opérations ne soient prévues explicitement par une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat;
- c) de toute information ou consultation qu'ils adressent directement au préposé cantonal.

² Les responsables désignés détiennent, à l'égard des organes placés sous leur surveillance, la compétence :

- a) d'exiger d'eux tous renseignements utiles sur le traitement des données personnelles qu'ils effectuent ou sont appelés à effectuer;
- b) de leur donner les instructions utiles sur le traitement des données personnelles nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales;
- c) de prendre par voie d'évocation les décisions d'application de la présente loi entrant ordinairement dans leur sphère de compétence.

³ Les responsables désignés répertorient les fichiers existants au sein des institutions dont les organes sont placés sous leur responsabilité, avec les précisions utiles mentionnées à l'article 13, alinéa 1. Ils en communiquent la liste ainsi détaillée au préposé cantonal ainsi que ses mises à jour régulières, aux fins d'enregistrement dans le catalogue des fichiers. Ils consignent dans un procès-verbal les interventions qu'ils sont amenés à effectuer en vertu de l'alinéa 2.

Section 2 Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence

Art. 23 Désignation et financement

¹ Le Grand Conseil élit pour six ans, sur proposition du Conseil d'Etat, un préposé cantonal à la protection des données et à la transparence, ainsi qu'un suppléant. Ils sont rééligibles deux fois.

² Le Conseil d'Etat fixe le mode de rémunération du préposé cantonal ainsi que les conditions auxquelles le financement de son activité peut aussi être mis à la charge d'autres institutions publiques.

Art. 24 Autonomie

¹ Le préposé cantonal s'acquitte de ses tâches de manière autonome.

² Il dispose d'un secrétariat permanent rattaché administrativement à la chancellerie d'Etat, doté du personnel nécessaire.

³ Il peut être mis au bénéfice de tout ou partie de la protection sociale accordée aux agents de la fonction publique cantonale.

⁴ Il doit se récuser aux conditions fixées par l'article 15, alinéa 2 de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985.

Art. 25 Budget

¹ Les ressources mises à la disposition du préposé cantonal et de son secrétariat sont définies par la loi budgétaire annuelle et libellées sous un centre de responsabilité spécifique.

² Elles sont gérées par le préposé cantonal conformément aux prescriptions en vigueur dans l'administration cantonale, sans préjudice des compétences du système de contrôle interne à la chancellerie d'Etat et de l'inspection cantonale des finances définies par la loi sur la surveillance de la gestion administrative et financière et l'évaluation des politiques publiques, du 19 janvier 1995.

Art. 26 Compétences

¹ Le préposé cantonal surveille l'application de la présente loi.

² Il a la compétence, en vertu de la présente loi :

- a) d'émettre les préavis et formuler les recommandations requis en vertu de la présente loi;
- b) de collecter et centraliser les avis et informations que les organes des institutions publiques ou les responsables désignés au sein de ces

dernières doivent lui fournir, et, s'il y a lieu, de prendre position dans l'exercice de ses compétences;

- c) de conseiller les instances compétentes des institutions publiques sur les mesures d'organisation et les procédures à prescrire en leur sein;
- d) d'assister les responsables désignés au sein des institutions publiques dans l'accomplissement de leurs tâches;
- e) d'exprimer son avis sur les projets d'actes législatifs ayant un impact important en matière de protection des données personnelles;
- f) de dresser, mettre à jour et rendre accessible au public le catalogue des fichiers des institutions publiques;
- g) de dresser, mettre à jour et rendre accessible au public la liste des responsables désignés au sein des institutions publiques;
- h) de renseigner les personnes concernées sur leurs droits;
- i) d'exercer le droit de recours et de participation aux procédures prévu à l'article 20, alinéa 2 et à l'article 26, alinéa 4, ainsi que dans les autres cas prévus dans une loi.

³ Le préposé cantonal peut exiger des responsables désignés au sein des institutions publiques tous renseignements utiles sur le traitement des données qui y est effectué. Il a le droit d'accéder aux fichiers qu'elles tiennent et aux données personnelles qu'elles traitent, sauf disposition légale contraire.

⁴ S'il constate la violation de prescriptions sur la protection des données, il recommande au responsable compétent d'y remédier à bref délai. Si sa recommandation est rejetée ou n'est pas suivie, il peut porter l'affaire, pour prise de position, auprès des instances mentionnées à l'article 21, alinéa 2, puis recourir contre la prise de position de ladite instance dans la mesure où il s'agit d'un acte susceptible de recours au sens de la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985, ou, à défaut, d'un constat de conformité aux prescriptions sur la protection des données.

⁵ Le préposé cantonal se concerte avec l'archiviste d'Etat lorsque l'application de la présente loi ou de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, implique celle de la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

⁶ Le préposé cantonal entretient des contacts réguliers avec la commission consultative. Il établit un rapport annuel sur ses activités, qu'il adresse au Grand Conseil, au Conseil d'Etat et à la commission consultative.

Section 3 Commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques

Art. 27 Composition et fonctionnement

¹ La commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques est composée de 12 membres :

- a) le Grand Conseil élit un membre par parti représenté en son sein ;
- b) les autres membres sont nommés par le Conseil d'Etat pour leurs compétences en matière de protection des données, de transparence ou d'archives et leur représentativité des principales institutions publiques.

² Les membres de la commission consultative sont désignés pour quatre ans au début de chaque législature. Ils sont rééligibles deux fois.

³ La commission consultative désigne son président en son sein.

⁴ Elle délibère valablement en présence d'au moins 8 de ses membres.

⁵ Le préposé cantonal et l'archiviste d'Etat assistent de droit aux séances de la commission consultative, au sein de laquelle ils disposent tous deux d'une voix consultative.

⁶ Le secrétariat de la commission consultative est assuré par celui du préposé cantonal.

Art. 28 Attributions

La commission consultative a pour attributions :

- a) de promouvoir, par des actions de soutien et d'information, une politique dynamique et coordonnée en matière de protection des données, de transparence et d'archives;
- b) sur requête des instances visées à l'article 21, alinéa 2, d'étudier et donner son avis sur tout objet touchant aux domaines de la protection des données, de la transparence et de l'archivage;
- c) de donner son préavis avant toute destruction d'archives historiques;
- d) de prendre position sur le rapport annuel du Conseil d'Etat sur l'application de la législation relative aux archives publiques;
- e) de prendre position sur le rapport annuel du préposé cantonal.

Chapitre V Sanctions

Art. 29 Sanctions

¹ Celui qui, au sein d'une institution soumise à la présente loi, traite des données personnelles à des fins étrangères à l'accomplissement des tâches légales qui lui sont confiées est passible d'une amende de 100 à 5 000 F.

² La procédure est régie par les articles 212 à 216 du code de procédure pénale du 29 septembre 1977.

³ Le droit pénal fédéral est réservé.

⁴ Les contrevenants à la présente loi sont en outre passibles des sanctions disciplinaires prévues par leur statut spécifique.

Chapitre VI Dispositions finales et transitoires

Art. 30 Dispositions d'application

¹ Le Conseil d'Etat édicte les dispositions nécessaires à l'application de la présente loi.

² Il fixe par voie réglementaire le tarif des émoluments dus pour la communication de données personnelles respectivement à d'autres institutions publiques, à des corporations ou établissements publics non soumis à la présente loi et à des personnes de droit privé, en respectant les principes de la couverture des coûts et de l'équivalence. Lorsqu'elle intervient à des fins d'exploitation commerciale, la communication de données personnelles peut être facturée au prix du marché.

Art. 31 Clause abrogatoire

La loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur, du 17 décembre 1981, est abrogée.

Art. 32 Entrée en vigueur

Le Conseil d'Etat fixe la date d'entrée en vigueur de la présente loi.

Art. 33 Disposition transitoire

Loi n° (à compléter) du (à compléter)

Les institutions publiques disposent d'un délai de deux ans à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi pour répertorier leurs fichiers et en communiquer la liste au préposé cantonal avec les mentions requises par l'article 13, alinéa 1.

Art. 34 Modifications à d'autres lois

¹ La loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001 (A 2 08), est modifiée comme suit :

Art. 1, al. 2 (nouvelle teneur)

² Elle a principalement pour but de favoriser la libre formation de l'opinion et la participation à la vie publique de toute personne, physique ou morale.

Art. 2, al. 1, lettres b et c (nouvelle teneur)

¹ La présente loi s'applique aux institutions suivantes (ci-après les institutions) :

- b) aux communes, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent;
- c) aux établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi qu'à leurs administrations et aux commissions qui en dépendent.

Art. 9, al. 2 (nouvelle teneur)

² Le Conseil d'Etat peut toutefois ordonner de cas en cas qu'elles aient lieu à huis clos lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie. Il doit communiquer sa décision pour information au préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après : le préposé cantonal).

Art. 11, al. 2 (nouvelle teneur)

² La commission de gestion du pouvoir judiciaire peut toutefois ordonner de cas en cas qu'elles aient lieu à huis clos lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie. Elle doit communiquer sa décision pour information au préposé cantonal.

Art. 13, al. 2 (nouvelle teneur)

² L'exécutif communal peut toutefois ordonner de cas en cas qu'elles aient lieu à huis clos lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie. Il doit communiquer sa décision pour information au préposé cantonal.

Art. 15, al. 4 (nouvelle teneur)

⁴ L'organe exécutif de l'institution considérée peut toutefois ordonner de cas en cas qu'elles aient lieu à huis clos lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie. Il doit communiquer sa décision pour information au préposé cantonal.

Art. 17, al. 2 (nouvelle teneur de la phrase introductive de l'al. et des lettres c à i)

² Les directives et mesures à prendre à cette fin sont du ressort des instances suivantes :

- c) de la présidence du conseil supérieur de la magistrature, des juridictions et des autres autorités judiciaires;
- d) de la commission de gestion du pouvoir judiciaire pour elle-même ainsi que pour les services administratifs et les commissions non juridictionnelles qui dépendent du pouvoir judiciaire;
- e) des bureaux ou, à défaut, des présidents des conseils municipaux pour les conseils municipaux ou les commissions des conseils municipaux, sauf délégation à l'exécutif communal;
- f) des exécutifs communaux pour les autres institutions communales, leurs administrations et les commissions qui en dépendent;
- g) des instances supérieures des établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, pour ces institutions, leurs administrations et les commissions qui en dépendent;
- h) des instances directrices supérieures des personnes morales et autres organismes de droit privé visés à l'article 2, alinéa 1, lettre e, pour ces institutions;
- i) des institutions visées à l'article 2, alinéa 1, lettre f, pour les activités relevant de l'accomplissement des tâches de droit public cantonal ou communal qui leur sont confiées.

Art. 24, al. 1(nouvelle teneur)

¹ Toute personne, physique ou morale, a accès aux documents en possession des institutions, sauf exception prévue ou réservée par la présente loi.

Art. 26, al. 2, lettres f et g (nouvelle teneur)

- f) rendre inopérantes les restrictions à la communication de données personnelles à des tiers résultant de la législation sur la protection des données personnelles;
- g) porter atteinte à la sphère familiale;

Art. 28, al. 5, phrase 2 (nouvelle teneur)

Elle confirme son intention par écrit en indiquant le délai figurant à l'article 32, alinéa 2 et en informe le préposé cantonal.

Art. 29, al. 2 (nouvelle teneur)

² L'accès aux documents versés aux Archives d'Etat ou que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes en lieu et place des Archives d'Etat est régi par la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

Chapitre V Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (nouvelle teneur de l'intitulé)**Art. 30 Coordination (nouvelle teneur)**

¹ La présente loi est appliquée de façon coordonnée avec la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), et la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

² Il est institué à cette fin la fonction, exercée par une seule et même personne, de préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

Art. 30A Renvoi

La désignation, le financement, l'autonomie et le budget du préposé cantonal sont régis par les articles 23 à 25 de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*).

Art. 31 Compétences (nouvelle teneur)

¹ Le préposé cantonal est chargé, en vertu de la présente loi :

- a) de traiter les requêtes de médiation relatives à l'accès aux documents;
- b) d'informer d'office ou sur demande sur les modalités d'accès aux documents;
- c) de centraliser les normes et directives que les institutions édictent pour assurer l'application de l'article 17;
- d) de collecter les données utiles pour évaluer l'effectivité et l'efficacité de la mise en œuvre de la présente loi;
- e) d'exprimer son avis sur les projets d'actes législatifs ayant un impact important en matière de transparence.

² Il entretient des contacts réguliers avec la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques. Il établit un rapport annuel sur ses activités, à l'intention du Grand Conseil, du Conseil d'Etat et de la commission consultative.

Art. 32 Procédure de médiation (nouvelle teneur de l'intitulé), al. 1 et 6 (nouvelle teneur)

¹ Le préposé cantonal est saisi par une requête écrite de médiation sommairement motivée, à l'initiative :

- a) d'un requérant dont la demande d'accès à un document n'est pas satisfaite;
- b) d'une institution ou d'un tiers opposé à une communication de documents susceptible de compromettre des intérêts protégés.

⁶ La procédure de médiation est gratuite.

Art. 20, al. 6, art. 28, al. 5 et 6, art. 32, al. 2, 3 et 5, art. 34, al. 3, art. 37, al. 2 et 3, art. 38, al. 3 (remplacement général)

Le mot « *médiateur* » est remplacé par les mots « *préposé cantonal* » à l'article 20, alinéa 6, à l'article 28, alinéas 5 et 6, à l'article 32, alinéas 2, 3 et 5, à l'article 34, alinéa 3, à l'article 37, alinéas 2 et 3, et à l'article 38, alinéa 3.

Art. 39, al. 2 (nouvelle teneur)

² Il veille à la bonne coordination des directives et mesures d'organisation prévues par la présente loi, la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compéter*), et la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000.

* * *

² La loi portant règlement du Grand Conseil de la République et canton de Genève, du 13 septembre 1985 (B 1 01), est modifiée comme suit :

Art. 2, let. 1 (nouvelle teneur)

- 1) élire les magistrats du pouvoir judiciaire dans l'intervalle des élections générales, ainsi que, aux conditions fixées par les lois qui les instituent, les membres des commissions officielles et le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

Art. 125, al. 2 (nouveau)

² L'exposé des motifs doit comporter une évaluation de l'incidence qu'auraient la mise en œuvre et l'application de la loi considérée en termes de :

- a) dépenses;
- b) traitement de données personnelles.

Art. 188, al. 6 (nouveau)

⁶ Tout rapport sur un projet de loi doit comporter une évaluation de l'incidence qu'auraient la mise en œuvre et l'application de la loi considérée en termes de :

- a) dépenses;
- b) traitement de données personnelles.

* * *

³ La loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000 (B 2 15), est modifiée comme suit :

Art. 1, al. 1, let. b (nouvelle teneur) et al. 4 (nouveau)

b) des archives des institutions publiques suivantes (ci-après : les institutions publiques) :

- 1° des institutions dépendant de l'ancienne République de Genève ou aux droits desquelles cette dernière a succédé;
- 2° des pouvoirs exécutif, législatif et judiciaire cantonaux, ainsi que de leurs administrations et des commissions qui en ont dépendu ou en dépendent;
- 3° des communes, ainsi que de leurs administrations et des commissions qui en ont dépendu ou en dépendent;
- 4° des établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux, ainsi que de leurs administrations et des commissions qui en ont dépendu ou en dépendent;
- 5° des groupements formés d'institutions publiques visées aux chiffres 1 à 4;
- 6° des personnes physiques ou morales et organismes chargés de remplir des tâches de droit public cantonal ou communal, dans les limites de l'accomplissement desdites tâches.

⁴ La présente loi est appliquée de façon coordonnée avec la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, et la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*).

Art. 2, al. 5 (nouveau)

⁵ Le Conseil d'Etat établit un rapport annuel à l'intention du Grand Conseil sur l'application de la présente loi.

Art. 4 Conseil en matière d'archives (nouvelle teneur)

¹ La commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques (ci-après : la commission consultative) instituée par la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), conseille le département sur la constitution, la gestion, la conservation et la consultation des archives.

² Les restrictions d'accès aux archives prévues par la présente loi ne sont pas opposables à cette commission.

Art. 9, al. 2 (nouvelle teneur)

² L'institution publique considérée, les Archives d'Etat et la commission consultative sont consultées au préalable.

Art. 11 (nouvelle teneur)

¹ La libre consultation des archives publiques est garantie par la loi.

² La consultation est gratuite. Un émolument peut être perçu pour des prestations particulières selon le tarif fixé par le Conseil d'Etat pour les Archives d'Etat, respectivement par l'autorité communale pour les archives communales.

³ Un exemplaire justificatif est remis gratuitement aux Archives d'Etat pour tous travaux publiés ou diffusés qui se fondent entièrement ou partiellement sur les fonds et collections d'institutions publiques.

Art. 12 Consultation des archives historiques (nouvelle teneur)

¹ Les documents versés aux Archives d'Etat ou que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes ne peuvent en principe être consultés qu'à l'expiration des délais de protection figurant aux alinéas 3 et 4.

² Ils demeurent toutefois accessibles indépendamment de ces délais de protection lorsque le requérant aurait pu y avoir accès avant leur archivage en vertu de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001, à moins que le temps écoulé n'impose de modifier sensiblement le poids respectif des intérêts mis en balance.

³ Le délai général de protection est de 25 années à compter de la clôture du dossier. Le dernier apport organique est déterminant pour définir l'année au cours de laquelle les dossiers ont été clos.

⁴ Les documents classés selon des noms de personnes et qui contiennent des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être consultés que 10 ans après le décès de la personne concernée, à moins que celle-ci n'en ait autorisé la consultation. Si la date de la mort est

inconnue ou n'est déterminable que moyennant un travail disproportionné, le délai de protection expire 100 ans après la naissance. Si ni la date du décès, ni celle de la naissance ne peuvent être déterminées, le délai de protection expire 100 ans à compter de l'ouverture du dossier.

⁵ Le Conseil d'Etat, soit pour lui le département, peut autoriser la consultation des archives avant l'expiration des délais prévus aux alinéas 3 et 4, si aucun intérêt public ou privé prépondérant digne de protection ne s'y oppose, en particulier :

- a) si la consultation est faite dans l'intérêt prépondérant de la personne touchée ou de tiers,
- b) ou si les documents sont nécessaires à l'exécution d'un projet de recherche déterminé; dans ce cas, il peut être exigé que les données personnelles soient rendues anonymes.

⁶ La compétence prévue à l'alinéa 5 appartient au procureur général pour les archives judiciaires et au magistrat communal responsable pour les archives communales.

⁷ A l'expiration des délais de protection figurant aux alinéas 3 et 4, l'accès aux archives en question peut encore être limité, en considération d'un intérêt public ou privé majeur qui s'y opposerait.

⁸ Restent réservées les restrictions d'accès résultant de conventions de dépôt conclues avec les actuels ou précédents propriétaires d'archives d'origine privée, ou dictées par l'état de conservation des documents.

Art. 14, al. 2 à 4 (abrogés)

Art. 15A Direction (nouveau)

¹ Les Archives d'Etat sont placées sous la direction de l'archiviste d'Etat.

² L'archiviste d'Etat se concerte avec le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence lorsque l'application de la présente loi implique celle de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), ou de la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001.

³ Il entretient des contacts réguliers avec la commission consultative.

Art. 18, al. 3 (nouveau)

³ Le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence a qualité pour recourir lorsque la décision prise suppose l'application coordonnée de la loi sur la protection des données, du (*à compléter*).

* * *

⁴ La loi sur la statistique publique cantonale, du 11 mars 1993 (B 4 40), est modifiée comme suit :

Art. 13, al. 2, phr. 2 (nouvelle teneur)

² (1^{ère} phr. inchangée). Il doit au préalable consulter le conseil technique de la statistique cantonale et le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

Art. 14, al. 4 (abrogé)

* * *

⁵ La loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève, du 7 octobre 1993 (D 1 05), est modifiée comme suit :

Art. 2A Communication interne des documents (nouveau)

¹ Pour l'examen des requêtes dont ils sont saisis, les départements, offices et services se procurent eux-mêmes les documents nécessaires à cette fin directement auprès des départements, offices ou services de l'Etat qui ont la responsabilité de leur établissement, dans la mesure où lesdits documents ne contiennent pas de données personnelles.

² La communication de données personnelles est régie par l'article 9 de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*).

³ La fourniture de ces documents ou données intervient sans frais pour l'administration. Elle peut avoir lieu par l'octroi d'un accès à un système d'information.

Art. 72, sous-notes (nouvelles), al. 5 (nouveau)

Loi n° 8932 du 20 mai 2005 (sous-note avant l'al. 1)

Loi n°. (à compléter) du (à compléter) (sous-note avant l'al. 5)

⁵ L'Etat de Genève dispose d'un délai de deux ans à dater de l'entrée de vigueur de l'article 2A de la présente loi pour sa mise en œuvre.

* * *

⁶ La loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985 (E 5 10), est modifiée comme suit :

Art. 25, al. 2 (nouvelle teneur) et al. 3 (nouvelle teneur de la phrase introductive)

² La communication de données personnelles dans le cadre de l'entraide administrative doit être accordée lorsque les conditions fixées par l'article 9 de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), sont remplies.

³ Lorsque l'entraide sollicitée ne porte pas sur des données personnelles, l'autorité requise est tenue de prêter assistance, sauf : (*lettres a et b inchangées*).

Art. 44, al. 1 (nouvelle teneur) et al. 3 (abrogé)

¹ Les parties et leurs mandataires sont seuls admis à consulter au siège de l'autorité les pièces du dossier destinées à servir de fondement à la décision. Le droit d'accéder à leurs données personnelles que les tiers peuvent déduire de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), est réservé.

* * *

⁷ La loi sur les renseignements et les dossiers de police et la délivrance des certificats de bonne vie et mœurs, du 29 septembre 1977 (F 1 25), est modifiée comme suit :

Art. 1, al. 2 et 3 (nouvelle teneur) et al. 4 à 6 (abrogés)

² Les dossiers et fichiers de police peuvent comporter des données personnelles en conformité avec la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*).

³ La police peut traiter des données personnelles sensibles et établir des profils de personnalité dans la mesure où la prévention des crimes et délits ou la répression des infractions l'imposent.

Art. 1A, al. 2 et 3 (abrogés)

Art. 1B (abrogé)

Art. 2, al. 2 (nouvelle teneur)

² Ils peuvent aussi être communiqués au procureur général, aux procureurs, aux substituts, aux juges d'instruction, aux juges juristes président le Tribunal de la jeunesse, au juge des enfants, ainsi que, dans le cas visé à l'article 3C, au président de la Chambre d'accusation.

Art. 3A Droits de la personne concernée (nouvelle teneur)

¹ A l'égard des données personnelles la concernant qui sont contenues dans les dossiers et fichiers de police, toute personne a le droit d'accès et les autres prétentions prévus par la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), dans la mesure où la présente loi n'en dispose pas autrement.

² Les droits et prétentions visés à l'alinéa 1 peuvent être limités, suspendus ou refusés si un intérêt prépondérant l'exige, en particulier l'exécution d'une peine, la prévention efficace des crimes et délits ou la sauvegarde d'intérêts légitimes de tiers.

³ Lorsque le requérant entend exercer des droits ou prétentions visés à l'alinéa 1 à l'égard de données personnelles communiquées à la police par des autorités de poursuite ou des organes de police d'autres cantons ou par la Confédération, le chef de la police peut transmettre sa requête pour décision à ces autorités ou organes.

Art. 3B Procédure (nouvelle teneur)

¹ La requête d'accès ou d'exercice des autres prétentions de la personne concernée doit être formulée par le requérant en personne ou par son avocat, et être adressée par écrit au chef de la police.

² Le chef de la police peut consulter le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence.

³ Il statue sur la requête par voie de décision, qu'il notifie au requérant ou le cas échéant à son avocat.

⁴ S'il fait droit à une requête autre qu'une demande d'accès, le chef de la police communique sa décision, une fois devenue définitive, aux autorités et organes auxquels les données considérées avaient le cas échéant été communiquées par ses services en application de l'article 2, alinéa 2, ainsi que des articles 4 et 6, à moins que le requérant n'y ait manifestement aucun intérêt légitime.

Art. 3C Recours (nouvelle teneur)

¹ Les décisions prises par le chef de la police en application des articles 3A et 3B peuvent être déférées dans les 30 jours dès leur notification au président de la Chambre d'accusation.

² Le président de la Chambre d'accusation saisi d'un recours peut ordonner d'office ou sur requête l'appel en cause de tiers dont les intérêts légitimes sont susceptibles d'être affectés par la communication des renseignements contenus dans les dossiers et fichiers de la police.

³ Il doit inviter le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence à participer à la procédure de recours.

⁴ Dans la mesure où la décision attaquée est fondée sur l'article 3A, alinéa 2, seuls le président de la Chambre d'accusation et le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence sont autorisés à consulter le dossier de police ou le fichier de renseignements de l'intéressé. Il leur appartient de prendre les mesures nécessaires au maintien de la confidentialité des données auxquelles ils ont ainsi accès.

⁵ La procédure se déroule à huis clos. Elle est gratuite, sauf en cas d'emploi abusif de procédure ou de procédé téméraire.

⁶ La décision sur recours que rend le président de la Chambre d'accusation est définitive.

Art. 4, al. 1 (nouvelle teneur)

¹ Le service des dossiers est autorisé à renseigner par écrit les administrations suivantes :

- a) le service du Grand Conseil pour les recours en grâce au Grand Conseil;
- b) le service des passeports et de la nationalité lors de perte de passeport;
- c) le service chargé des naturalisations;
- d) la direction de l'office cantonal de la population;
- e) la direction du service des automobiles et de la navigation;
- f) l'office pénitentiaire;
- g) le département des affaires militaires en exécution des prescriptions légales fédérales;
- h) les services désignés par le Conseil d'Etat qui sont chargés d'effectuer les enquêtes sur les candidats à certaines fonctions publiques ou à certains emplois dans des institutions publiques;
- i) les communes genevoises pour les naturalisations;
- j) le service de protection de la jeunesse et le tuteur général en vue de l'application du code civil.

* * *

⁸ La loi concernant le contrôle de la population, du 16 juillet 1881 (F 2 20), est modifiée comme suit :

Art. 1, al. 2 (abrogé)

* * *

⁹ La loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients, du 6 décembre 1987 (K 1 80), est modifiée comme suit :

Art. 2, al. 2, 3 et 4 (nouvelle teneur), l'alinéa 4 devenant 5

² Au sens de la présente loi, le dossier médical comprend toutes les pièces concernant le patient, notamment l'anamnèse, le résultat de l'examen clinique et des analyses effectuées, l'évaluation de la situation du patient, les soins proposés et ceux effectivement prodigués avec l'indication de l'auteur et de la date de chaque inscription.

³ Le patient a le droit de consulter son dossier et de s'en faire expliquer la signification. Il peut s'en faire remettre en principe gratuitement les pièces ou les faire transmettre au professionnel de la santé de son choix.

⁴ Le droit de consulter son dossier médical ne s'étend pas aux notes rédigées par le professionnel de la santé exclusivement pour son usage personnel, ni aux données concernant des tiers et protégées par le secret professionnel.

Art. 10, al. 6 (nouveau)

⁶ En cas de concours d'application de la présente loi et de la loi sur la protection des données personnelles, du (*à compléter*), il est statué sur les griefs et prétentions fondés sur l'une ou l'autre de ces deux lois selon la procédure prévue par les alinéas 1 à 4, à l'exclusion de la procédure instituée par les articles 18 et 19 de la seconde loi citée. Le Tribunal administratif doit cependant inviter le préposé cantonal à la protection des données et à la transparence à participer à la procédure de recours.

Certifié conforme

Le chancelier d'Etat : Robert Hensler

EXPOSÉ DES MOTIFS

Mesdames et
Messieurs les députés,

I. Introduction

L'élaboration et la mise en oeuvre des politiques publiques requièrent la connaissance de nombreuses données et informations. L'acquisition et l'utilisation de ce savoir sur les gens et les choses doivent se faire dans le respect des libertés constitutionnelles et des garanties de l'Etat de droit. Le droit de toute personne d'être protégée contre un emploi abusif des données qui la concernent joue à cet égard un rôle important¹.

Ce droit constitutionnel impose aux institutions publiques, de façon certes non absolue, l'obligation de ne pas divulguer au public, voire aux autres institutions publiques, les données personnelles qu'elles détiennent sur les gens, ainsi qu'un devoir de renseigner ces derniers sur les données personnelles qu'elles traitent à leur sujet.

Ce droit ne justifie cependant pas une culture généralisée du secret. Des informations se rapportant même à des personnes peuvent devoir être accessibles au public, à l'instar de nombreuses autres informations détenues par les institutions publiques, en vertu du droit, lui aussi de rang constitutionnel, de toute personne de recevoir librement des informations et de se les procurer aux sources généralement accessibles². La circulation de l'information conditionne par ailleurs le bon fonctionnement des institutions.

Répondre aux diverses questions que soulève le traitement des données personnelles et autres informations nécessite la prise en compte d'intérêts publics et privés quelquefois opposés. La mise en balance de ces intérêts s'opère d'abord par la voie législative, mais ensuite aussi par le biais de mesures organisationnelles et de décisions concrétisant les orientations prises par le législateur.

Sur le plan législatif, cet arbitrage est au cœur des lois régissant la protection des données personnelles, l'information du public, les archives publiques, ainsi que les lois de procédure.

¹ Voir l'art. 13, al. 2 Cst. Féd.

² Cf. art. 16, al. 3 Cst. Féd.

Faisant oeuvre de pionnier, le législateur genevois s'est préoccupé d'assurer la protection de certaines données personnelles dès l'émergence des nouvelles technologies de l'information, en adoptant, le 24 juin 1976 déjà, une loi sur la protection des informations traitées automatiquement par ordinateur, puis, le 17 décembre 1981, une nouvelle loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur³.

En considérant seulement les données traitées par ordinateur, la LITAO ne comblait que partiellement la lacune qu'a finalement laissée le droit fédéral adopté postérieurement⁴, qui ne vise pas le traitement de telles données par les institutions publiques de droit cantonal. De plus, avec le temps, elle a révélé des points faibles et généré des blocages contre-productifs. Le besoin de la réviser est reconnu depuis plusieurs années.

Priorité a toutefois été donnée à l'élaboration et l'adoption de deux autres lois, à savoir la loi sur les archives publiques⁵ et la loi sur l'information du public et l'accès aux documents⁶. On ne saurait désormais tarder davantage non simplement à réviser la LITAO mais, mieux encore, à adopter une véritable loi sur la protection des données personnelles utilisant pleinement la compétence cantonale, avec le souci d'en assurer la coordination avec ces deux textes législatifs novateurs.

Tel est l'objet du présent projet de loi.

II. Cadre et contexte juridique

Dans le cadre de la garantie constitutionnelle de la protection de la sphère privée, la constitution fédérale garantit expressément à toute personne le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent (article 13, alinéa 2 Cst. Féd.). Cette protection vaut tant pour les personnes physiques que morales⁷. On peut également signaler que, sous certains aspects, l'article 8 (droit au respect de la vie privée) de la Convention de

³ B 4 35 (LITAO).

⁴ Loi fédérale sur la protection des données (LPD), du 19 juin 1992 (RS 235.1), entrée en vigueur le 1er juillet 1993.

⁵ B 2 15 (LArch).

⁶ A 2 08 (LIPAD).

⁷ Cf. notamment Jean-François AUBERT/ Pascal MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, no 4 ad art.13 Cst. féd. et références citées.

sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)⁸ déploie aussi des effets dans le domaine de la protection des données⁹.

La Suisse a en outre ratifié la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°108)¹⁰, qui est entrée en vigueur en ce qui concerne notre pays le 1er février 1998. Le but de cet instrument international est de garantir sur le territoire des pays signataires le respect du droit à la vie privée des personnes physiques quant au traitement automatisé des données à caractère personnel les concernant. La Convention STE n°108 pose des exigences quant à la qualité et la sécurité des données, subordonne à des conditions particulières le traitement automatique de certaines catégories de données¹¹ (notamment celles relatives à la santé, aux convictions religieuses, aux opinions politiques ou à la vie sexuelle) et offre un certain nombre de garanties complémentaires, par exemple le droit pour la personne concernée de connaître l'existence d'un fichier automatisé de données, de faire rectifier ou effacer les données la concernant contenues dans ce dernier et de recourir en cas de violation des droits garantis par la Convention¹².

Un protocole additionnel du 8 novembre 2001 a pour but de renforcer la mise en œuvre des garanties offertes par la Convention STE n°108, essentiellement eu égard aux flux transfrontaliers de données. Il y est notamment prévu la mise en place d'autorités de contrôle, afin d'assurer le respect en droit interne des principes posés par ces deux instruments internationaux. A l'égard de pays non parties à la Convention, il s'agit de veiller à ce qu'un niveau de protection adéquat y soit garanti pour qu'un transfert de données soit admis. Le 17 octobre 2002, le Conseil fédéral a signé ledit protocole additionnel, qui est en voie de ratification, l'Assemblée fédérale l'ayant approuvé en date du 24 mars 2006, autorisant le Conseil

⁸ RS 0.101

⁹ Voir notamment les arrêts Amann c. Suisse, 27798/95, du 16 février 2000, Rec 2000-II (fiches fédérales), et M.G. c. Royaume-Uni, 39393/98 du 24 septembre 2002 (accès au dossier d'aide sociale).

¹⁰ STE n° 108, RS 0.235.1; datée du 28 janvier 1981, cette convention avait été ratifiée par la Suisse en date du 2 octobre 1997 et est entrée en vigueur le 1^{er} février 1998.

¹¹ Cf. art. 5 à 7 Convention STE n°108.

¹² Cf. art. 8 et 10 Convention STE n°108.

fédéral à le ratifier¹³. Le protocole est déjà entré en vigueur pour divers pays du Conseil de l'Europe le 1^{er} juillet 2004, la limite de la ratification par cinq Etats signataires ayant été atteinte¹⁴.

Au niveau fédéral, la protection des données est également régie par la loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹⁵, du 19 juin 1992. Celle-ci régit la protection des données de personnes physiques ou morales, dont le traitement est opéré par des personnes privées ou des organes fédéraux¹⁶. Des dispositions particulières de droit fédéral sont en outre prévues en matière de protection des données dans certaines lois spéciales, notamment la loi sur le séjour et l'établissement des étrangers¹⁷, ou la loi sur l'asile¹⁸. Hormis le cas où les autorités cantonales traitent des données personnelles en application de lois fédérales (article 37 LPD), la loi fédérale actuellement en vigueur ne peut s'appliquer directement aux cantons. Il y a donc nécessité en la matière de légiférer sur le plan cantonal.

A teneur du texte de la LPD récemment révisée par les Chambres fédérales¹⁹, les cantons devront se doter à terme d'une législation adéquate afin d'assurer le respect des exigences de la Convention STE n°108 et du protocole additionnel du 8 novembre 2001 en assurant un « *niveau de protection adéquat* »; à défaut, la LPD s'appliquera à titre supplétif²⁰. Par ailleurs, le projet de révision de la LPD en cours vise à l'amélioration de l'information des personnes sur lesquelles des données sont collectées, la fixation d'un niveau de protection minimum lorsque les autorités cantonales traitent des données en exécution du droit fédéral, dans le souci de répondre à

¹³ Arrêté fédéral du 24 mars 2006 publié in FF 2006 3521 ; le délai référendaire expire le 13 juillet 2006

¹⁴ Cf. art. 3, al. 2 et 3 du protocole additionnel, FF 2003 II p. 1978-1979; 13 pays avaient ratifié, au 22 mai 2006, le protocole, soit : l'Albanie, l'Allemagne, la Bosnie-Herzégovine, Chypre, la Croatie, La Hongrie, la Lituanie, les Pays-Bas, la Pologne, la République Tchèque, la Roumanie, la Slovaquie et la Suède.

¹⁵ RS 235.1.

¹⁶ Art. 2 LPD.

¹⁷ RS 142.20, art. 22b ss.

¹⁸ RS 142.31, art. 96 ss.

¹⁹ Modification du 24 mars 2006, FF 2006 3421ss (délai référendaire expirant le 13 juillet 2006). Voir à ce sujet le Message du Conseil fédéral du 19 février 2003 à l'appui du projet de révision de la LPD, FF 2003 II p. 1915ss, et projet, FF 2003 II p. 1967ss.

²⁰ Voir à ce propos la nouvelle de l'art. 37, al. 1 LPD révisé, FF 2006 3429 et les explications du message y relatives, cf. FF 2003 II p. 1957-1959, 1975.

deux motions adoptées par les Chambres fédérales en 1999 et 2000, qui réclamaient notamment davantage de transparence lors de la collecte de données, ainsi qu'une base légale formelle pour tout accès en ligne à des données traitées par des organes fédéraux. La révision vise donc d'abord à adapter la LPD aux exigences du protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention STE n°108; le 24 mars 2006, l'Assemblée fédérale a approuvé ledit protocole simultanément à l'adoption de la révision de la LPD proposée²¹.

Il sied enfin d'ajouter ici qu'en sus de l'évolution législative en matière de protection des données rappelée plus haut, le principe de la transparence vient également d'être concrétisé en droit fédéral. Le Conseil fédéral avait en février 2003 proposé aux Chambres une loi sur la transparence de l'administration²², en insistant sur la coordination nécessaire avec la législation relative à la protection des données. L'Assemblée fédérale a adopté la loi fédérale sur la transparence de l'administration²³ en date du 17 décembre 2004²⁴. L'entrée en vigueur de la loi et de son ordonnance d'exécution a été fixée au 1^{er} juillet 2006 par le Conseil fédéral²⁵, après la prise des mesures préalables nécessaires à sa mise en œuvre au sein de l'administration²⁶.

Sur le plan cantonal, la loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur (LITAO), du 17 décembre 1981 (B 4 35), entrée en vigueur le 1er février 1983, s'applique à tous les fichiers de l'Etat, des communes et des établissements de droit public relatifs aux personnes et préparés aux fins de traitement automatique, ainsi qu'à toutes les données qui sont stockées et à tous les résultats du traitement de ces fichiers. Cette législation instaure un régime d'autorisation préalable du Conseil d'Etat pour toute constitution de fichiers et pour la communication des données contenues dans ceux-ci²⁷,

²¹ FF 2006 3521 et note 13 précitée.

²² Message du Conseil fédéral du 12 février 2003, cf. FF 2003 II p. 1807-1887 et projet de loi y relatif, FF 2003 II p. 1888-1898.

²³ Ci-après : LTrans.

²⁴ FF 2004 6807; le délai référendaire a expiré le 7 avril 2005.

²⁵ Voir communiqué de presse du DFJP du 29 mars 2006 (www.ofj.admin.ch/bj/fr/home/dokumentation/medieninformationen/2006/ref_2006-03-290.html)

²⁶ Voir à ce sujet le site de l'office fédéral de la justice (www.ofj.admin.ch/ch/index).

²⁷ Cf. art. 2 et 7 LITAO.

mais ne constitue pas une véritable loi générique sur la protection des données comparable à celles que connaissent la plupart des cantons suisses.

III. Grands traits de l'avant-projet

1. Mise en évidence de la nécessité d'une base légale

La nécessité d'une base légale pour permettre aux institutions le traitement adéquat des données personnelles s'impose au regard tant du principe général de légalité²⁸, qui gouverne l'ensemble de l'action étatique, que des conditions classiques de restriction à un droit fondamental²⁹. Ce principe cardinal méritait par conséquent d'être ancré dans le présent projet de loi. Tel est le cas du nouvel article 5 du projet, qui expose en son alinéa 1^{er} que *« les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si et dans la mesure où l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire »*.

Cette disposition sert non seulement de justification au principe du traitement des données personnelles, puisque l'activité des institutions n'est légitimée que dans la mesure où c'est bien l'accomplissement des tâches définies par la loi qui doit imposer le traitement de données personnelles de tiers, mais encore elle pose des exigences accrues en matière de données personnelles sensibles³⁰ ou de profil de la personnalité³¹.

Ainsi, l'exigence d'une base légale formelle définissant clairement l'activité étatique est au cœur même du projet, lequel s'efforce par ailleurs toujours sous l'angle du principe de légalité, de définir aussi précisément que possible les droits et obligations tant des personnes dont les données sont traitées que des institutions concernées.

²⁸ Cf. art. 5 Cst. féd.

²⁹ Cf. art. 36, al. 1 Cst. féd.; voir aussi la formulation de l'art. 1 LPD sur le plan fédéral.

³⁰ Cf. art. 4, let. b, LPDP qui définit comme telles notamment les données relatives aux opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles, ainsi que les données personnelles relatives à la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race ou à une ethnie.

³¹ Cf. art. 4, let. c, LPDP pour une définition du profil de la personnalité, à savoir *« un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique »*.

2. Abandon du régime de l'autorisation

Le projet présentement soumis abandonne le régime de l'autorisation préalable prévue par la LITAO. Il ressort en effet clairement du bilan d'application de la LITAO que la procédure d'autorisation préalable est obsolète, inadéquate, et méconnaît tant les exigences de fonctionnement d'une administration publique que la sauvegarde efficace des droits personnels des individus dont les données sont traitées, en même temps que l'évolution de l'information. Il a été notamment relevé que par le biais de l'autorisation préalable, la LITAO était « *une source de lourdeur* » dans le travail des services étatiques et un « *frein à la communication* »³².

Aujourd'hui, un régime d'autorisation ne saurait plus trouver sa justification dans le mode de traitement des données. En d'autres termes, le fait que des données soient traitées par ordinateur ne nécessite pas une protection renforcée par le biais d'une telle procédure. De nos jours en effet, l'ordinateur n'est plus un moyen extraordinaire de traitement de données, mais bien un outil de travail quotidien qui permet, même sans connaissance particulière, et sur la base de logiciels pré-installés, la création et l'exploitation de banques de données de manière relativement aisée. Les inconvénients d'une procédure d'autorisation préalable ne sont guère différents selon que le traitement intervient par le recours aux nouvelles technologies de l'information ou à des méthodes plus traditionnelles devenues anciennes³³. Au demeurant, il n'y a plus guère de traitement de données qui ne se fasse pas par ordinateur.

Les risques de voir éluder un régime d'autorisation préalable sont d'autant plus grands que l'usage de l'informatique est généralisé, et les quelques remèdes imaginés depuis l'entrée en vigueur de la LITAO ne sont que des pis-aller qui ne sauraient résoudre l'ensemble des problèmes qui se posent³⁴. Cet abandon du régime de l'autorisation ne signifie nullement un blanc-seing

³² Voir en particulier le rapport du 22 novembre 2002 de la commission externe d'évaluation des politiques publiques (CEPP), *La communication entre les services de l'administration cantonale, Evaluation de la circulation de l'information dans le cadre de l'attribution de prestations sociales*, p. 34-35), ainsi que l'esquisse de projet d'évaluation de la LITAO opérée par celle-ci (document CEPP n°2/03), qui qualifie expressément la LITAO de « *désuète* » et la situation actuelle d'« *état de désolation* » (document précité, p. 6).

³³ Tel le recours à une cartothèque de fiches sur support papier, par exemple.

³⁴ Cf. notamment la procédure d'autorisation générique, imaginée afin d'éviter qu'une nouvelle demande d'autorisation soit faite chaque fois qu'un fichier exactement semblable au précédent est constitué.

donné aux institutions publiques. Comme vu plus haut, les exigences accrues en matière de légalité, notamment par l'exigence d'une base légale formelle définissant la tâche considérée comme condition de traitement de données, ainsi que la création de mécanismes de contrôle et de surveillance destinés à s'assurer de la correcte application de la présente loi, de même que la désignation d'un préposé cantonal à la protection des données et à la transparence³⁵ sont autant de garanties essentielles en faveur des personnes dont les données sont traitées.

Datant d'une autre époque, le régime de l'autorisation préalable, dont l'efficacité a par ailleurs été vivement contestée, peut donc disparaître sans qu'il y ait lieu de craindre une péjoration des droits des individus concernés, étant précisé que le présent projet de loi n'autorise pas le recours à un numéro d'identification personnel commun (NIP)³⁶, pas plus qu'il n'entrave le bon fonctionnement des institutions.

3. Coordination avec les autres législations cantonales

Le projet insiste sur la nécessaire coordination entre la législation sur la protection des données personnelles et les autres textes de loi existant déjà sur le plan cantonal, en particulier la loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001³⁷, et la loi sur les archives publiques, du 1^{er} décembre 2000³⁸, et sa législation d'application. L'article 2, alinéa 1 du projet rappelle en effet la nécessaire coordination avec ces deux législations, l'alinéa 2 exposant les moyens destinés à l'assurer.

Il serait en effet vain d'espérer dissocier fonctionnellement les traitements de données relevant de la loi sur la protection des données personnelles de l'ensemble de l'activité étatique, l'élément déterminant étant, comme on l'a vu précédemment, l'accomplissement d'une tâche publique définie par la loi. Celle-ci peut impliquer le traitement de données personnelles de tiers, ce qui pose simultanément le problème de l'accès des tiers aux documents relatifs à ces données. Il peut naître en particulier un conflit entre le principe de

³⁵ Cf. infra chiffre IV, commentaire article par article.

³⁶ Voir sur le sujet les développements sous chiffre IV ad art. 5 et 13 infra.

³⁷ Cf. LIPAD, A 2 08.

³⁸ Cf. LArch, B 2 15.

transparence par ailleurs garanti sur le plan cantonal par la LIPAD³⁹ et la nécessaire protection de la sphère privée.

Tant la jurisprudence⁴⁰ que la doctrine⁴¹ récentes se sont faites l'écho de ces intérêts antagonistes, tout en soulignant que le conflit n'est pas irréductible et que l'exigence d'un traitement confidentiel de certaines informations ne conduit pas nécessairement à accorder une priorité absolue au principe du secret dans tous les cas. De même, la dimension temporelle liée à l'accès aux documents, ainsi qu'à l'exercice des droits relatifs à ses propres données personnelles, se pose sous un angle encore différent lorsque le ou les documents considérés relèvent des archives administratives, puis des archives publiques au sens de la loi sur les archives publiques. Une coordination entre ces différentes législations s'impose, sous peine d'exposer tant les institutions que les particuliers à des solutions incohérentes ou arbitraires.

Parmi les moyens destinés à assurer cette coordination figurent en particulier, outre la présence de dispositions légales adéquates, l'instauration de règles d'organisation appropriées au sein des institutions concernées par l'application des lois considérées, la création d'une fonction de préposé cantonal à la protection des données et à la transparence exercée par une seule et même personne, le rappel du devoir de concertation réciproque entre ce préposé cantonal et l'Archiviste d'Etat, ainsi que l'activité d'une commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques⁴². Le présent projet se veut donc à la fois novateur et soucieux de garantir la cohérence de l'ensemble du système et la

³⁹ Cf. cependant parmi les exceptions expressément prévues par la LIPAD à la délivrance de documents, le refus d'accès à des documents qui rendraient « inopérantes les dispositions de la législation sur la protection des données personnelles », cf. art. 26, al. 2, let. f LIPAD, dont la teneur est modifiée par le présent projet (cf. art. 34, al. 1 LPDP).

⁴⁰ Cf. entre autres ATF 107 Ia 304; 124 I 176; 128 II 311 et les références citées.

⁴¹ Voir notamment à ce sujet parmi les contributions récentes Bertil COTTIER, *L'accès aux documents administratifs et la protection des données*, in : *Medialex* 4/2000, p. 191ss; Alexandre FLUCKIGER, *Le conflit entre le principe de transparence et la protection de la sphère privée*, in : *Medialex* 4/2003, p. 225 et ss; Isabelle HÄNER, *Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen - Neuere Entwicklungen*, ZBl 6/2003 p. 281ss; Pascal MAHON, *Les enjeux du droit à l'information*, in : *L'administration transparente*, Genève 2002, p. 9 ss, 35-40.

⁴² Cf. les art. 2, al. 2, let. a à d, LPDP.

coordination avec les législations au demeurant récemment adoptées relatives à la transparence et aux archives publiques.

4. Mesures d'organisation internes

L'un des points essentiels du présent projet de loi est la mise en place de mesures d'organisation internes, qui sont indispensables à une mise en œuvre efficace des principes posés par la loi.

Le chapitre IV du projet décrit en détail les mesures d'organisation prévues. Chaque institution publique est tenue de mettre en place des procédures adéquates en son sein pour y garantir une correcte application de la présente loi et de désigner des responsables ayant une formation appropriée et les compétences utiles à ces fins⁴³. Cette exigence conditionne suffisamment une bonne application de la loi pour que le Conseil d'Etat prescrive par substitution et après préavis du préposé cantonal les mesures d'organisation générales et les procédures nécessaires si l'une des instances chargées d'élaborer pour l'institution publique qui la concerne les procédures adéquates ne fait pas le nécessaire en temps utile après avoir été mise en demeure de s'exécuter⁴⁴.

Autres innovations majeures, le projet prévoit d'une part la création d'un préposé cantonal à la protection des données et à la transparence et d'autre part l'instauration d'une commission consultative en matière de protection des données, de transparence, et d'archives publiques. Ces deux nouvelles institutions feront l'objet des développements qui s'imposent dans le commentaire article par article.

5. Facilitation des échanges entre services administratifs

Dans son rapport précité du 22 novembre 2002 sur la communication entre les services de l'administration cantonale en lien avec l'attribution de prestations sociales, la Commission externe d'évaluation des politiques publiques (CEPP) a relevé avec insistance, en sus de l'inadéquation de la LITAO, un cloisonnement contre-productif entre services administratifs, entravant notablement l'accomplissement de missions étatiques pourtant dûment prévues et régies par des lois⁴⁵.

⁴³ Cf. art. 21, al. 1 LPDP.

⁴⁴ Cf. art. 21, al. 3 LPDP.

⁴⁵ Cf. rapport du 22 novembre 2002 précité, p. 39.

L'absence de circulation d'informations et données entre services implique des redondances administratives génératrices d'erreurs, un gaspillage de temps et de moyens, sans que les droits des administrés soient mieux protégés pour autant. Les impératifs de bon fonctionnement des institutions ne vont en effet pas à l'encontre des intérêts légitimes des administrés. La facilitation de la circulation des données représente dès lors une finalité suffisamment importante pour qu'elle soit ancrée liminairement dans la loi⁴⁶, au même titre que le sont les conditions auxquelles elle peut intervenir.

L'exigence cardinale d'une base légale trouve à nouveau son expression à l'article 9 du projet, relatif à la communication des données. Non seulement la communication de données requiert la démonstration, de la part de l'institution requérante, que la loi qu'elle est chargée d'appliquer impose la connaissance des données sollicitées⁴⁷, mais encore elle ne doit pas être contraire à une loi, ou même à un règlement ou une décision du Conseil d'Etat. Ainsi, si le présent projet de loi légitime la communication de données, il réserve les lois contraires et comporte simultanément une délégation au Conseil d'Etat de la compétence de prohiber une telle communication par le biais de normes réglementaires ou même de décisions⁴⁸. Ce mécanisme représente la contrepartie de l'abandon du régime de l'autorisation préalable. Le Conseil d'Etat n'est plus appelé systématiquement à approuver préalablement la constitution de fichiers, mais il conserve la faculté de s'opposer à la communication de données, en plus du contrôle qui s'exerce néanmoins sur la création et l'exploitation des fichiers, par l'intermédiaire des responsables au sein des institutions et du préposé cantonal.

Au nombre des cautions mises à la circulation des données figurent aussi les autres principes régissant le traitement des données, en particulier les exigences de qualité⁴⁹ et de sécurité⁵⁰ des données.

⁴⁶ Cf. art. 1^{er} LPDP : la mise en œuvre efficiente et efficace des politiques publiques implique en effet à l'évidence une communication optimale entre services.

⁴⁷ Cf. art. 5, al. 1 et 9, al. 1 let. b LPDP.

⁴⁸ Cf. art. 9, al. 1, let. b LPDP, 9, al. 4, let. b LPDP et 9, al. 7, let. a LPDP.

⁴⁹ Cf. art. 6 LPDP.

⁵⁰ Cf. art. 7 LPDP.

IV. Commentaires article par article du projet de loi cantonale sur la protection des données personnelles (ci-après : LPDP)

Art. 1 : But

La présente disposition définit les différents buts de la loi, celle-ci ne visant pas uniquement à protéger les droits fondamentaux des personnes, mais aussi à arbitrer des intérêts contradictoires, parmi lesquels les intérêts privés des personnes physiques et morales concernées, et l'intérêt public à un fonctionnement efficace des institutions publiques chargées de mettre en œuvre les politiques publiques. Il convient de rappeler en outre que tant la législation fédérale que certaines lois cantonales⁵¹ préconisent effectivement une législation qui combine à la fois la protection des intérêts individuels et la nécessaire prise en compte des intérêts publics légitimes pertinents.

Art. 2 : Coordination

L'article 2 du projet de loi rappelle le souci de coordination « horizontale » avec les autres législations cantonales dans lequel il a été élaboré. On notera par ailleurs que la présente loi constitue une loi « cadre » qui a vocation à s'appliquer à toutes les institutions visées à l'article 3, mais ne remet pas en cause pour autant les dispositions spéciales cantonales pouvant régir l'un ou l'autre aspect de la problématique dans un domaine particulier, par exemple en matière de procédure civile, pénale ou administrative, ou de transmission de données à caractère fiscal⁵². Cela étant, les principes généraux établis par la présente loi sont *a priori* applicables à toutes les institutions décrites à l'article 3.

L'article 2, alinéa 2 renvoie à des dispositions organisationnelles qui répondent à la question de savoir comment assurer la coordination des différentes législations. Cette coordination n'incombe pas exclusivement à des entités tels que le préposé ou la commission consultative, mais est produite d'abord par les mécanismes organisationnels mis en place. Les points d'articulation entre la présente loi, la LIPAD et la LArch étant nombreux, il conviendra pour les institutions chargées d'appliquer ces différentes législations de s'interroger en premier lieu sur la question de savoir dans le champ d'application de laquelle s'inscrit la requête à traiter, ce

⁵¹ Voir par exemple l'art. 8 de la loi jurassienne sur la protection des données à caractère personnel, RS JU 170.41.

⁵² Voir à ce propos l'art. 12 de la loi sur la procédure fiscale du 4 octobre 2001 (LPFisc, D 3 17).

qui déterminera en principe la loi à appliquer. Dans un second temps et en fonction de la nature exacte de la requête, l'institution pourra se référer aux dispositions spéciales de la loi considérée traitant des interactions entre les problématiques relevant de la transparence, de l'archivage ou de la protection des données, soit notamment des articles 9 LPDP, 26 LIPAD et 12 LArch.

Art. 3 : Champ d'application

Il a été relevé au cours de la procédure de consultation que le champ d'application de la LPDP ne coïncidait pas exactement avec celui de la LIPAD. Cette différence est inéluctable et résulte déjà du fait que la loi fédérale sur la protection des données s'applique de plein droit aux personnes privées, qui ne peuvent dès lors en sus se voir imposer des règles destinées aux institutions publiques, sauf si et dans la mesure où elles sont chargées de remplir des tâches de droit public. On ne retrouvera donc pas à l'article 3 LPDP une formule analogue à celle de l'article 2, alinéa 1, lettre e LIPAD. Il ne se justifie par ailleurs pas de modifier la LIPAD pour faire coïncider les deux champs d'application, sous peine de restreindre indûment les cas d'application de cette dernière loi.

L'article 3, alinéa 1, lettre a LPDP a la même teneur que l'article 2, alinéa 1, lettre a LIPAD, auquel on peut dès lors se référer.

A l'article 3, alinéa 1, lettre b LPDP, relatif aux autorités communales, il a été décidé de supprimer la référence aux organes « exécutifs et délibératifs » (telle qu'elle figure encore dans le texte actuel de l'article 2, alinéa 1, lettre b LIPAD), cette notion pouvant prêter à confusion s'agissant d'entités de droit public ayant des structures atypiques. En bref, tous les organes et toutes les commissions dépendant des communes tombent dans le champ d'application de la loi, quelle qu'en soit la nature. Une modification du même ordre est préconisée à l'article 3, alinéa 1, lettre c LPDP en ce qui concerne les établissements autonomes, corporations de droit public et autres entités de droit public, ce qui entraîne également une modification de l'article 2 de la LIPAD aux fins d'harmonisation. Il faut relever en particulier que le terme « *administration* » employé à la lettre c doit être compris dans un sens large, et vise tous les services opérationnels, y compris les services médicaux. Il serait en revanche trompeur de leur substituer le terme d'« organe », puisque cette notion est définie dans un sens précis à l'article 4, lettre h LPDP, qui est beaucoup plus large que celui de l'organe d'une personne morale ou d'un établissement de droit public, et avec lequel il ne doit pas y avoir de confusion.

L'article 3, alinéa 1, lettre d LPDP a la même teneur que l'article 2, alinéa 1, lettre d LIPAD et vise à englober toutes les entités de nature atypique éventuellement composées d'institutions précisément définies dans la loi.

L'article 3, alinéa 1, lettre e LPDP reprend la même formulation qu'à l'article 2, alinéa 1, lettre f LIPAD. Il n'apparaît pas opportun de définir dans la loi ce qu'est une « *tâche de droit public cantonal ou communal* », cette notion étant extrêmement vaste. Il suffit de se souvenir qu'une entité n'accomplit pas une mission de service public au seul motif qu'elle est soumise au pouvoir de surveillance étatique. Le but de cette disposition est de « couvrir » toutes les entités chargées d'accomplir des tâches de droit public, y compris par le biais d'une délégation de compétences ou d'un contrat de droit administratif, voire d'un rapport contractuel de droit privé, ce qui permet aussi de soumettre aux exigences de la loi les éventuelles commissions qui ne « *dépendent pas* » stricto sensu sur le plan hiérarchique du pouvoir exécutif, législatif ou judiciaire, mais qui accomplissent indiscutablement des tâches de droit public (on peut songer dans ce contexte notamment à la commission de contrôle de l'informatique de l'Etat (CCIE), à la CEPP ou encore aux diverses commissions d'examen instituées pour nombre de professions). En revanche, les établissements médico-sociaux (EMS) qui ont le statut de personnes morales de droit privé ne sauraient se voir assujettir à la présente loi du simple fait qu'ils sont subventionnés et surveillés par le département de l'économie et de la santé (DES); ces EMS restent donc soumis en principe à la loi fédérale sur la protection des données. Par le biais de l'article 3, alinéa 1, lettre c LPDP, les EMS⁵³ qui ont le statut d'établissement de droit public entreront toutefois dans le champ d'application de la présente loi.

Le projet de loi n'exclut que les notes à usage personnel du « *traitement* » de données soumis à la loi. En matière de protection des données personnelles, la situation est différente de la LIPAD, où il se justifie d'exclure aussi des brouillons et des documents inachevés, en sus des notes à usage personnel, dans le cadre de la notion de « *documents* »; en effet, ce qui est en cause est alors la force probante dudit document. En revanche, et s'agissant du traitement de données personnelles, la possibilité de créer des bases de données échappant au champ d'application de la loi au motif que celles-ci se limiteraient à un usage « interne » affaiblirait par trop la protection des droits individuels.

⁵³ Soit ceux qui se voient doter du statut d'établissement de droit public par la loi; cf. par exemple l'art. 1^{er} de la loi concernant la maison de retraite du Petit-Saconnex, du 17 septembre 1993 (J 7 30).

L'article 3, alinéa 2, lettre b LPDP constitue une clause d'exclusion du champ d'application à raison de l'entité chargée de procéder au traitement, en faveur du pouvoir judiciaire. Il n'est guère possible de définir a priori l'activité juridictionnelle d'une manière plus précise que celle qui figure ici, mais le but visé est d'exclure clairement toute l'activité juridictionnelle du pouvoir judiciaire, seules les activités à caractère non juridictionnel permettant l'application de la loi.

Le traitement de données personnelles n'est ainsi pas soumis à la loi lorsqu'il est effectué par le Conseil supérieur de la magistrature, les juridictions et les autres autorités judiciaires en application des lois de procédure pénale, civile, administrative ou d'entraide judiciaire ou d'autres lois régissant leurs activités, aux fins de trancher les causes dont ils sont saisis ou de remplir les tâches de surveillance dont ils sont investis (article 3, alinéa 2, lettre b LPDP). Cela a pour conséquence qu'il n'y a plus lieu, à l'article 21, alinéa 2 LPDP de faire mention desdites autorités dans le contexte des mesures d'organisation et des procédures internes à prévoir.

Par ailleurs, la réserve à l'article 9, alinéa 3 LPDP se justifie pleinement, puisqu'il s'agit alors de régir la communication *vers le pouvoir judiciaire*. Il est normal que les autres institutions susceptibles de fournir des renseignements au pouvoir judiciaire tombent sous le coup d'application de la loi.

Plus délicate est la question de savoir s'il est acceptable de soumettre au champ d'application de la loi le traitement de données relatives à des procédures judiciaires closes. A priori, il se justifie de permettre l'exercice d'un certain nombre de droits personnels, mais ceux-ci ne sauraient avoir pour conséquence d'éluder des règles de procédure ou des dispositions spécifiques (notamment les règles sur la révision). Cette question étant généralement traitée dans les lois de procédure ad hoc, l'article 3, alinéa 2, lettre b LPDP n'a pas à réserver pour autant une seconde exception dans la présente loi.

La réserve en faveur du droit fédéral rappelée à l'article 3, alinéa 3 du projet n'est que le rappel du principe constitutionnel de la primauté du droit fédéral⁵⁴, en vertu duquel le droit fédéral l'emporte sur le droit cantonal qui lui est contraire. C'est notamment en application de cette règle que les autorités cantonales, lorsqu'elles sont chargées d'appliquer des dispositions de droit fédéral régissant dans des matières spéciales la protection des données, sont tenues exclusivement par le droit fédéral et non par les dispositions de droit cantonal éventuellement contraires. On peut dans ce

⁵⁴ Article 49 Cst.

contexte notamment songer aux importantes modifications de la législation fédérale générées par l'approbation des accords bilatéraux d'association à l'Espace Schengen et à l'Espace Dublin⁵⁵, de sorte que les dispositions du droit fédéral l'emportent dès leur entrée en vigueur, sans qu'il soit besoin d'en rappeler la teneur dans le présent projet de loi. Ainsi, les règles directement applicables du droit européen s'appliqueront dès l'entrée en vigueur des accords. Quant aux règles européennes nécessitant encore une transposition en droit interne, elles ont d'ores et déjà été adaptées au niveau fédéral de manière sectorielle, par l'introduction de dispositions spécifiques relatives à la protection des données dans les matières touchées par lesdits accords⁵⁶. Or le présent projet de loi cantonal s'inspire déjà très largement de la législation fédérale sur la protection des données, en renforçant dans certains secteurs la protection offerte⁵⁷, et en prenant aussi en compte les plus récentes adaptations de la législation fédérale qui devraient prochainement entrer en vigueur.

Toujours sous l'angle de la conformité du projet au droit supérieur, en particulier au regard des récents accords Schengen/Dublin, le Conseil d'Etat est convaincu que ledit projet respecte pleinement les différentes exigences du droit fédéral et international⁵⁸, y compris dans les domaines où le canton

⁵⁵ Voir sur le sujet en particulier le message du Conseil fédéral (FF 2004 5593 et ss, notamment 5861 ss) et le texte des dispositions légales concernées (FF 2004 5925 et ss).

⁵⁶ A savoir la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 (RS 142.20), la loi fédérale sur l'asile du 26 juin 1998 (RS 142.31), la loi fédérale du 20 juin 1997 sur les armes, les accessoires d'armes et les munitions (RS 514.54), et la loi fédérale sur les stupéfiants du 3 octobre 1951 (RS 812.21), cf FF 2004 pp.6710-6720, 6725-6737 et 6738-6740.

⁵⁷ C'est notamment le cas s'agissant du droit de recours du préposé prévu par la présente loi, que le droit fédéral ne connaissait pas, cf. ATF 123 II 452, JT 1999 I 186.; cette lacune vient d'être comblée sur le plan fédéral par l'adoption d'un nouvel art. 27, al. 6 LPD, mais la nouvelle n'est pas encore en vigueur, FF 2006 3428.

⁵⁸ Y compris celles résultant de la 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 des données, JO n° L 281 du 23/11/1995 p. 31-50, et ses compléments dans le domaine de l'asile que sont les règlements 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 (JO L 50 du 25 février 2003 p. 1) et 2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 (JO L 316 du 15 décembre 2000 p. 1-10). Sur les incidences en matière de protection des données de ces accords pour la Confédération et les cantons sous

est tenu d'appliquer les principes du droit fédéral en matière de protection des données. On rappellera tout d'abord à ce propos que la Commission européenne a d'ores et déjà jugé⁵⁹ « *eurocompatible* » la législation suisse en matière de protection des données, dans la mesure où elle offre un niveau de protection adéquat au sens de la directive européenne 95/46. Dans ce contexte, l'indépendance de l'autorité chargée de contrôler la protection des données est essentielle. Si l'on se fonde notamment sur l'appréciation de certains organismes spécialisés⁶⁰, il est généralement jugé à ces fins que quatre critères sont déterminants pour affirmer l'indépendance d'une autorité, à savoir: son mode de nomination ou d'élection (il faut en principe une élection pour la durée d'un mandat officiel, la durée qui doit être prévue dans la loi), le choix approprié de l'organe électif (en principe la nomination d'une autorité de surveillance ne doit pas émaner du seul gouvernement qui dirige l'administration), l'absence de subordination administrative, et enfin une indépendance financière qui passe par une dotation appropriée en personnel et en ressources financières.

Il convient de rappeler que toutes ces exigences sont satisfaites par le projet de LPDP. C'est en effet le Grand Conseil qui élit, sur proposition du Conseil d'Etat, un préposé cantonal et son suppléant pour 6 ans, cette durée ayant été étendue précisément pour répondre aux premières remarques de la CCIE sur le sujet (art. 23, al. 1 LPDP). L'autonomie du préposé est expressément garantie à l'art. 24, al. 1 LPDP, la loi prévoyant qu'il dispose d'un secrétariat permanent (qui est seul rattaché administrativement à la chancellerie d'Etat), doté du personnel nécessaire (art. 24, al. 2 LPDP), son autonomie financière étant en outre garantie par la loi budgétaire annuelle. Ses ressources, libellées sous un centre de responsabilité spécifique (art. 25, al. 1 LPDP), sont gérées par le préposé lui-même (art. 25, al. 2 LPDP). Sur le plan organique, on constate par conséquent d'emblée que les 4 critères d'indépendance (élection, choix de l'organe électif en dehors de l'administration, absence de subordination avec l'administration et autonomie financière) sont donc remplis.

l'angle de la protection des données, cf notamment Astrid EPINEY, *Datenschutz und « Bilaterale II »*, *Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziierung auf das Schweizerische Datenschutzrecht-ausgewählte Aspekte*, in : RSJ 2006 p. 121ss avec références.

⁵⁹ Décision 2000/518/CE de la commission européenne du 26 juillet 2000, Journal officiel n° L 215 du 25/08/2000 p. 1 -3.

⁶⁰ Notamment les commissaires suisses à la protection des données, cf. lettre-circulaire du 26 septembre 2005 aux membres et aux observateurs, p. 5.

A cela s'ajoute une autonomie fonctionnelle particulièrement importante, au vu des très nombreuses compétences garanties par l'art. 26 LPDP. Le préposé peut en effet émettre des préavis et formuler des recommandations (art. 26, al. 2, let. a), collecter et centraliser les avis et informations que les organes des institutions ou les responsables désignés doivent lui fournir et prendre position à cet égard (art. 26, al. 2, let. b), conseiller les instances compétentes des institutions publiques sur les mesures d'organisation et les procédures adéquates (art. 26, al. 2, let. c), assister les responsables désignés dans l'accomplissement de leurs tâches (art. 26, al. 2, let. d), exprimer son avis sur des projets d'actes législatifs (art. 26, al. 2, let. e), dresser le catalogue des fichiers des institutions publiques (art. 26, al. 2, let. f), renseigner les personnes concernées sur leurs droits (art. 26, al. 2, let. h) et enfin exercer un droit de recours et de participation aux procédures (art. 26, al. 2, let. i LPDP).

Art. 4 : Définitions

Les définitions contenues dans le présent article ont pour but de faciliter la compréhension de la suite du texte et son application. Elles sont largement reprises du droit fédéral. On ne peut cependant faire systématiquement coïncider les définitions du projet avec celles du droit fédéral. D'une part, s'agissant du champ d'application de la présente loi, le droit fédéral ne s'impose pas, si bien que la force dérogatoire du droit fédéral ne fait pas obstacle à ce que les notions soient différentes. D'autre part, les notions de droit cantonal développées ci-après vont au-delà des notions de droit fédéral et tendent donc à assurer une meilleure protection aux individus. En tout état, les standards minimaux dans l'hypothèse limitée de l'article 37 LPD (application de tâches d'exécution de droit fédéral) apparaissent remplis.

Il serait contraire à l'esprit du projet de loi de transformer l'article 4 en une disposition qui décrirait par le menu tous les types de données possibles et imaginables. Il ne se justifie ainsi pas de préciser dans le texte même de la loi la notion de « donnée » de la lettre a, notion extrêmement vaste qui peut concerner les données relatives à l'appartenance à des associations professionnelles ou privées, à l'éducation, à la santé, les données financières (salaires, bourses d'étude, subsides), les données fiscales, celles ayant trait à la personne stricto sensu (caractéristiques physiques ou biométriques) etc. Dans le présent projet de loi, la notion de donnée est donc une notion centrale, alors que la LITAO est plutôt axée sur celle de « fichier ».

Il ne se justifie pas d'ajouter la définition d' « institutions publiques » à l'article 4, dès lors que celles-ci sont énumérées de manière complète à l'article 3, rendant superflue toute nouvelle définition.

Il ne se justifie pas non plus de définir ce que sont les « *droits fondamentaux des personnes* », notion qui fait référence aux libertés essentielles garanties par l'Etat aux particuliers dans notre ordre constitutionnel. C'est notamment le cas de l'article 13, alinéa 2 de la Constitution fédérale).

En ce qui concerne l'article 4, lettre a), l'expression « *identifiable* », est directement reprise du droit fédéral. Cette disposition est cependant restreinte aux seules personnes physiques ou morales de droit privé. On retrouve cette disposition plus loin aux articles 9, alinéa 7, 14 alinéa 1, et 17, alinéa 1 LPDP.

En ce qui concerne l'article 4, lettre b), on pouvait hésiter à y faire figurer expressément le terme de données biométriques. Toutefois, cette notion doit pouvoir être rattachée soit à la santé, soit à la sphère intime, et elle ne fait pas l'objet d'une définition universelle univoque. Il est cependant évident que les données biométriques sont couvertes par l'article 4, lettre b), chiffre 2 LPDP. Par rapport à la définition fédérale, les données sur les opinions culturelles sont érigées en données sensibles (article 4, lettre b), chiffre 1).

En ce qui concerne l'article 4, lettre b), chiffre 3 LPDP, il a été renoncé à couvrir l'ensemble des données financières d'une personne, au motif qu'une telle protection serait excessive et dénaturerait la notion de données personnelles sensibles. La disposition proposée est du reste en harmonie avec le droit fédéral, ce qui permet d'éviter aussi une casuistique incompatible avec une rédaction synthétique de la disposition légale. A priori, sont visées par la notion d'aide sociale non seulement les prestations d'assistance proprement dites (assistance publique) mais également les prestations spéciales à caractère non contributif auxquelles la législation cantonale donne droit. S'il est proposé d'assimiler à l'aide sociale les prestations spéciales à caractère non contributif, c'est parce que, bien qu'étant des prestations de sécurité sociale, elles assurent un revenu social minimal ou la compensation de certaines charges, de sorte qu'elles sont en réalité assez proches de prestations de besoin (par exemple les prestations cantonales complémentaires à l'AVS/AI ou les prestations cantonales aux chômeurs en fin de droit). Les autres prestations de sécurité sociale, qui peuvent se fonder sur le droit fédéral ou le droit cantonal, ne sont en revanche pas visées en principe par cette notion.

Au sujet des données relatives aux « *poursuites ou sanctions pénales ou administratives* », on notera que le droit fédéral actuel classe expressément les poursuites ou sanctions pénales ou administratives parmi les données sensibles (cf. article 3, lettre c) chiffre 4 LPD). L'article 3, alinéa 2, lettre b) LPDP n'exclut donc nullement de manière générale ce type de données du

champ d'application de la loi, mais ne fait que réserver le traitement de données personnelles par les autorités judiciaires exclusivement sous l'angle de son activité juridictionnelle. Il n'en reste pas moins que des données de ce type constituent des données personnelles sensibles.

L'article 4, lettre c LPDP est conforme à la définition donnée par le droit fédéral (article 3, lettre a LPD). Cependant un certain flou dans la notion de « *profil de personnalité* » est inévitable. Selon une analyse assez répandue⁶¹, les profils de la personnalité sont fréquemment élaborés lors de contrôles de sécurité, de procédures d'engagement de personnel ou encore à l'occasion d'une transaction déterminée, et surviennent fréquemment à l'insu de la personne concernée, d'où un besoin de protection accru.

S'agissant de la définition du fichier à l'article 4, lettre d LPDP, il faut rappeler que même un système prêt à recevoir des données avant intégration de celles-ci tombe dans le champ d'application de la loi. Par ailleurs, la caractéristique du fichier par rapport à la donnée est son organisation interne, donc sa structure. Il ne s'agit pas que d'une addition de données. La définition fédérale est actuellement obsolète, la loi fédérale ne permettant pas d'appréhender toutes les formes de fichier possibles désormais selon l'évolution de la technique : le présent projet de loi prétend donc en donner une nouvelle définition plus en phase avec les possibilités techniques.

L'article 4, lettre e LPDP reprend à nouveau la définition du droit fédéral. Enfin, concernant l'article 4, lettre f LPDP, on peut encore mentionner que la procédure d'appel, ou plus simplement, le fait de donner un droit d'accès à une base de données, tombe déjà sous la notion de communication.

Art. 5 : Base légale

La structure de l'article 5 marque une gradation entre le caractère nécessaire d'un traitement (alinéa 1) et son caractère absolument indispensable (alinéa 2). Il sera relevé que la notion d'intérêt public n'est pas un critère spécifique à l'article 5, alinéa 1 LPDP. Le but n'est pas d'imposer la définition légale, parmi toutes les tâches possibles, de celles rendant nécessaires a priori un traitement de données personnelles, mais bien de faire en sorte que les tâches elles-mêmes soient précisément définies dans une base légale formelle. Ce n'est en particulier pas parce que la loi instituerait un pouvoir de surveillance sur une entité déterminée, ce qui en soi répond à un intérêt public légitime, qu'un traitement donné serait pour autant autorisé. En

⁶¹ Cf. déjà celle du Conseil fédéral notamment dans son message à l'appui de la LPD, FF 1988 p. 454.

revanche, et si la tâche est clairement définie par la loi, alors il appartient à chaque institution publique de déterminer si et dans quelle mesure ces tâches rendent nécessaire un traitement déterminé de données personnelles. Plus la base légale est explicite à cet égard, plus cette analyse est aisée. Ce n'est toutefois pas à la loi sur la protection des données d'énumérer d'une façon générale quels sont les traitements nécessaires, voire indispensables.

L'article 5, alinéa 2 renforce ces exigences lorsque des données personnelles sensibles ou des profils de personnalité sont en jeu, puisque le traitement doit alors être *absolument indispensable* à l'accomplissement d'une tâche par ailleurs *clairement* définie par la loi, c'est-à-dire de manière explicite et non implicite. Le consentement de la personne concernée constitue en outre une alternative non à la définition claire dans la loi de la tâche considérée, mais bien à la seconde condition cumulative, à savoir le caractère absolument indispensable du traitement. La notion d'« *explicite* » s'oppose à « *implicite* » ou encore « *tacite* », et ne signifie pas encore que ce consentement est nécessairement libre et éclairé. Toutefois, il convient de préciser que l'exigence de bonne foi de l'administration et des institutions publiques, combinée au respect du principe de légalité, et par ailleurs au principe de transparence, va de soi et qu'un consentement n'a de valeur que pour autant qu'il ait été précédé d'une information adéquate, et qu'il soit exempt de toute pression.

Ainsi, les alinéas 1 et 2 sont clairement l'expression du principe général de proportionnalité et, comme vu plus haut, si par extraordinaire la bonne foi faisait défaut, cela affecterait nécessairement la licéité du traitement considéré. Enfin, la formulation de l'article 5, alinéa 2 LPDP ne saurait porter atteinte aux règles spécifiques du droit fédéral que des organes cantonaux chargés de l'application du droit fédéral devront de toute manière respecter.

Enfin, la problématique discutée et discutable⁶² de l'attribution d'un numéro d'identification personnel commun (NIP) n'est pas en tant que telle tranchée par le présent projet de loi, sinon par le rappel qu'en tout état, son

⁶² Sur le plan fédéral, on relèvera qu'un tel identifiant unique n'existe pas en l'état. Récemment, le Conseil fédéral a adopté un projet de révision de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, qui prévoit le remplacement de l'actuel numéro AVS par un numéro à 13 chiffres ne permettant aucune conclusion sur l'identité de la personne assurée, ce numéro ayant vocation à s'appliquer pour toutes les assurances sociales régies par le droit fédéral et les assurances complémentaires privées, dans le domaine de la fiscalité fédérale, mais il n'aura pas la vocation d'un NIP universel, les compétences des cantons étant par ailleurs réservées, cf. communiqué de presse du DFI du 23 novembre 2005, consultable sur www.bsv.admin.ch/aktuell/presse/2005/f/05112301.htm.

introduction et son utilisation requerraient l'adoption d'une loi au sens formel⁶³, et seraient en conséquence soumises à l'arbitrage du législateur. Ainsi, il n'y aura aucun risque que les données relatives à une seule et même personne soient interconnectées par le biais d'une seule interrogation, y compris au sein d'une même institution, si les législations à appliquer ne sont pas imbriquées les unes aux autres au point qu'une coordination matérielle s'impose pour leur application. Faisant référence à l'exigence de coordination⁶⁴ posée par l'article 12A de la loi cantonale de procédure administrative⁶⁵, le projet de loi ne permet le recours à un identificateur commun, nécessairement très sectoriel, qu'à la condition stricte qu'il s'agisse de « *l'accomplissement de tâches prévues par des législations ayant entre elles un lien matériel étroit* »⁶⁶. Tout comme à l'article 12A LPA, de ce *lien matériel étroit* résulte la nécessité, même imposée par des législations matérielles différentes, de coordonner les tâches entre elles, sous peine d'aboutir à un résultat incohérent ou contradictoire.

Il ne se justifie pas pour le surplus de définir la portée exacte du « *NIP* » auquel il est fait allusion à l'alinéa 4. Le terme le plus important de la disposition est le mot « *commun* »; la disposition permet ainsi clairement de comprendre que ce que le projet de loi veut exclure c'est un identifiant unique à l'ensemble de l'administration ou de secteurs entiers de l'administration, quelle que soit la terminologie employée. En revanche, le projet de loi ne fait pas obstacle à ce qu'au sein d'un même département ou de plusieurs départements un identifiant très sectoriel puisse exister, mais alors à la condition expresse que ce ou ces services doivent appliquer des législations qui ont d'une part entre elles un lien matériel étroit, lequel d'autre part implique leur application coordonnée. On pourra notamment citer à cet égard les services chargés de fournir des prestations sociales subsidiaires à l'octroi de prestations fédérales ou cantonales complémentaires. A l'inverse, ce n'est pas parce qu'un service unique serait chargé d'appliquer des législations différentes (exemple : le service des autorisations et patentes) que l'on pourrait présumer l'existence d'un lien matériel étroit entre ces différentes législations et, a fortiori, la nécessité d'une application coordonnée.

⁶³ Cf. art. 5, al. 4 LPDP.

⁶⁴ Cette exigence de coordination s'impose par exemple tout particulièrement en matière d'aménagement du territoire.

⁶⁵ E 5 10, ci-après : LPA.

⁶⁶ Cf. art. 5, al. 4 in fine LPDP.

La réserve de l'article 5, alinéa 3 LPDP à l'article 11 LPDP renvoie enfin au traitement de données à des fins générales de statistique, de recherche, de planification, ou d'évaluation des politiques publiques. Il convient de renvoyer au commentaire de cette dernière disposition.

Art. 6 : Qualités des données personnelles

L'article 6 LPDP consacre les exigences qualitatives reconnues généralement en matière de données personnelles. Il serait erroné de dire que l'exactitude d'une donnée comporte en soi sa mise à jour et ses compléments éventuels. La notion d'exactitude doit en effet être replacée dans la perspective de son évolution temporelle. Une donnée exacte un jour peut devenir inexacte le lendemain. Il serait donc particulièrement déraisonnable d'exiger des institutions que les données soient exactes en permanence et instantanément, ce qui résulterait d'une vision certes idéale mais incompatible avec la réalité et l'objectif d'efficacité des politiques publiques. Il convient dès lors de maintenir l'exigence de l'exactitude, tout en expliquant clairement que si, et dans la mesure où les circonstances permettent de l'exiger, ce devoir d'exactitude emporte celui de mettre à jour et de compléter les données (article 6, alinéa 1, lettre b LPDP).

La réserve « à moins que » introduite à l'alinéa 2 se justifie pleinement et trouve tout son sens en présence de fichiers relatifs à des domaines sensibles dont les autorités politiques ont clairement fait le choix de restreindre les possibilités de diffusion.

En revanche, cette réserve ne saurait s'étendre à des normes de rang inférieur, tels des règlements communaux par exemple, le principe de la hiérarchie des normes y faisant obstacle. Un exemple positif d'application de l'article 6, alinéa 2 peut notamment se trouver dans les collaborations entre les offices des poursuites et l'office cantonal de la population (OCP). Si, par exemple à l'occasion d'une tentative de notification infructueuse, l'office des poursuites constate qu'une personne n'habite pas à l'adresse mentionnée sur le fichier tenu par l'OCP, il pourra en aviser ce dernier et lui communiquer l'adresse que son enquête aura par hypothèse permis de découvrir.

Art. 7 : Sécurité des données personnelles

Les exigences de sécurité décrites à l'article 7 sont également essentielles et en large partie d'ores et déjà mises en œuvre par diverses directives. La sécurité informatique au sein de l'Etat a ainsi récemment fait l'objet de directives nombreuses et détaillées, qui participent de cette préoccupation.

Il apparaîtrait pour le surplus excessif de soumettre les directives à un « organe de contrôle » qui devrait les avaliser, sous peine de retomber dans un système voisin de l'autorisation préalable instaurée par la LITAO. Il convient de relever que le préposé peut d'ores et déjà, sur la base des articles 26, alinéas 1, 3 et 4 LPDP, surveiller l'application de la loi, exiger tout renseignement utile et intervenir pour remédier à d'éventuels manquements, ce qui permettra de pallier les carences éventuelles des institutions quant à l'obligation figurant à l'article 7, alinéa 2.

Il a été relevé au cours de la procédure de consultation que dans certains domaines relevant du droit fédéral, il existait déjà des directives, telles celles émises par l'Office fédéral des assurances sociales (OFAS) relativement au domaine d'application des lois fédérales que les organes cantonaux sont chargés d'exécuter. Si par principe une harmonisation des principes applicables en la matière est certainement souhaitable, d'un point de vue strictement juridique cependant, il n'y a pas superposition des champs d'application, de sorte qu'aucun risque de conflit entre ces directives n'est possible.

L'importance du principe de transparence et de respect de la légalité implique que la surveillance du respect des directives se fasse nécessairement en application d'une procédure strictement définie et soumise aux exigences légales, ce que rappelle l'article 7, alinéa 3 LPDP.

Art. 8 : Collecte

L'article 8, alinéa 1 LPDP se borne à l'exigence d'une collecte « reconnaissable », ce qui implique qu'elle doit être identifiable et compréhensible pour la personne concernée.

La réserve en faveur du bon déroulement d'enquêtes menées légalement (article 8, alinéa 2 LPDP) vaut tant s'agissant de procédures cantonales (notamment une enquête pénale) que d'enquêtes éventuelles menées en application du droit fédéral, le terme « loi » pouvant se rapporter tant à l'ordre juridique fédéral qu'à l'ordre juridique cantonal.

L'article 8, alinéa 3 LPDP oblige l'institution à pouvoir indiquer, sur demande la source des données détenues. En revanche, il a été renoncé à exiger aussi la mention de la finalité de la collecte, car dans le système proposé, une collecte n'est possible que si elle satisfait aux exigences d'une base légale formelle. Le respect de ce principe de légalité rend par conséquent superflue une éventuelle obligation supplémentaire d'en indiquer la finalité. Le principe de bonne foi, qui s'applique non seulement entre particuliers mais également entre une institution publique et un particulier,

constitue à la fois une obligation et une présomption au bénéfice de laquelle toute institution peut être a priori mise, sans préjudice du droit des particuliers de faire valoir leurs intérêts conformément à la loi lorsque par hypothèse, une collecte surviendrait en dehors de l'accomplissement d'une tâche légale ou contrairement au principe de la bonne foi. Au surplus, une exigence spécifique de finalité reviendrait à empêcher la communication des données collectées, alors que cette dernière est indispensable dans la perspective de favoriser une efficiente mise en œuvre des politiques publiques et par ailleurs déjà soumise à des cautions rigoureuses.

Art. 9 : Communication

La présente disposition tend à promouvoir une communication efficiente dans l'administration cantonale. Dans le système prévalant jusqu'alors, la LITAO ne se préoccupait précisément pas de l'efficience de cette communication, ce qui a été déploré par la CEPP. Le système tendant à poser en outre des exigences différenciées en fonction de la nature de l'institution requérante se justifie par le fait que cette dernière, si elle est soumise au champ d'application de la loi, doit pouvoir bénéficier de facilités de communication, alors que dans le cas contraire, les droits des personnes concernées par les données imposent un certain nombre de cautions, de conditions ou de vérifications.

La loi ne peut en la matière se borner à énoncer des principes et à renvoyer le règlement des modalités de la communication à des textes de rang inférieur. D'une manière générale en effet, et précisément afin d'éviter de futures difficultés d'interprétation et des litiges, il vaut mieux prévoir clairement dans la loi les conditions et/ou les restrictions posées à la communication, à charge pour les organes compétents de les appliquer.

Comme vu plus haut⁶⁷, d'éventuelles règles spécifiques à certaines communications de données résultant de lois spéciales peuvent coexister à côté de l'article 9 LPD, par exemple si cette communication doit intervenir dans le cadre d'une procédure judiciaire⁶⁸ ou en raison de la nature de certaines données⁶⁹. On notera cependant que ce n'est pas parce qu'une autorité serait au bénéfice d'une telle règle spéciale relative à la

⁶⁷ Cf. commentaires relatifs à l'art. 2 LPDP.

⁶⁸ Voir notamment les art. 44 et 45 LPA sur le droit d'accès au dossier en procédure administrative et 25, al. 1 *in fine* LPA relatif à l'entraide administrative en faveur d'une autorité judiciaire.

⁶⁹ Telles les données couvertes par le secret fiscal, cf. art. 12 LPFisc.

communication de données que d'une manière générale, elle serait dispensée de ses devoirs généraux résultant des autres dispositions de la LPDP, ou des devoirs lui incombant en vertu d'autres lois⁷⁰.

A l'article 9, alinéa 1 LPDP, il n'y a pas lieu de préciser encore la procédure de communication, lorsque la communication se fait sous forme de l'octroi d'un droit d'accès à une banque de données; la traçabilité de celle-ci résulte déjà de la nécessaire mention *ad hoc* dans le catalogue des fichiers tenu et mis à jour en vertu de l'article 13 LPDP.

Afin d'alléger la procédure et de ne pas surcharger le préposé, l'organe requis est tenu d'informer non ce dernier mais le responsable sous la surveillance duquel l'organe est placé. Il ne s'agit pas d'un préavis, ni d'une demande de préavis, mais bien d'une information qui, le cas échéant, peut également survenir après coup.

L'article 9, alinéa 3 LPDP privilégie la communication de données personnelles aux « *autorités judiciaires* », qui sont celles par ailleurs visées à l'article 3, alinéas 1, lettre a et 2, lettre b LPDP. Dans la mesure où il s'agit d'institutions non exclues par principe du champ d'application de la loi, il se justifie de les traiter prioritairement à celles non soumises à la loi. Par ailleurs, l'article 9, alinéa 1 LPDP constitue l'illustration d'un mode d'entraide administrative spécifique par rapport à la règle générale de l'article 25 LPA, lorsqu'est en jeu la transmission de données personnelles.

Pour le surplus, le respect du secret de fonction ou d'un autre secret protégé par la loi est rappelé pour bien montrer qu'il ne s'agit pas d'un droit absolu et privilégié des autorités judiciaires d'obtenir les renseignements demandés, mais que celles-ci doivent être considérées au même niveau que les autres institutions publiques soumises à la loi.

Pendant, l'article 9, alinéa 3 LPDP *in fine* réserve le secret de fonction et les « *autres secrets protégés par la loi* », notamment le secret médical.

La notion de « *corporation ou établissement de droit public non soumis à la loi* » visée à l'article 9, alinéa 4 LPDP vise notamment d'autres collectivités publiques suisses telle la Confédération, d'autres cantons, des communes d'autres cantons, des sujets de droit international public

⁷⁰ Telle la LArch, qui fait obligation à toutes les institutions publiques d'archiver les documents ayant « *une valeur juridique, politique, économique, hiérarchique, sociale ou culturelle* » (art. 2 LArch). En vertu de cette obligation légale, l'AFC ne pourrait ainsi refuser par principe de conserver un échantillonnage des déclarations fiscales en vue de leur versement ultérieur aux Archives d'Etat, au motif que de telles données seraient couvertes par le secret fiscal.

(organisations internationales, etc.). Il n'est pas possible de préciser dans la loi davantage cette notion car cela impliquerait de recourir à une liste « fermée » d'institutions, ce qui ne serait ni heureux du point de vue de la technique législative ni conforme à l'objectif d'efficience de communication, puisqu'il faut éviter de devoir refuser une information au seul motif qu'une collectivité ou un établissement de droit public ne tombe pas dans le champ d'application de la présente loi.

L'article 9, alinéa 7 LPDP rappelle que la « *personne* » requérante est une tierce personne « *de droit privé* », ce qui vise tant une personne physique que morale. L'idée est ainsi de traiter différemment la personne physique ou morale de droit privé de la collectivité publique ou de la personne morale de droit public. La nouvelle formulation évitera par conséquent des hésitations à cet égard, l'article 9 séparant clairement les différents auteurs possibles d'une demande de communication de données personnelles.

L'article 9, alinéa 7, lettre b LPDP est conçu pour permettre une coordination harmonieuse avec la procédure prévue par la LIPAD. En effet, l'article 28, alinéa 4 LIPAD prévoit que les institutions et les tiers dont les intérêts peuvent être touchés par la demande d'accès à un document doivent être consultés avant qu'une suite favorable ne soit donnée à cette requête. L'article 28, alinéa 5 LIPAD dispose par ailleurs que, si l'institution entend donner accès au document nonobstant l'opposition d'une institution ou d'un tiers, il doit être indiqué à ces derniers qu'ils peuvent saisir le médiateur préalablement à toute communication. Afin de garantir des procédures uniformes, que le requérant formule sa requête en application de la LIPAD ou de la LPD, la loi harmonise les différentes étapes de procédure aux alinéas 7, 8 et 9.

Le projet de loi prévoit ainsi, en matière de communication, des exigences différenciées, selon que l'institution requérante est soumise à la loi⁷¹, est une corporation ou un établissement de droit public non soumis à la loi⁷², une autorité judiciaire⁷³ ou une personne privée⁷⁴.

Art. 10 : Destruction

⁷¹ Cf. art. 9, al. 1 et 2 LPDP.

⁷² Cf. art. 9, al. 4 à 6 LPDP.

⁷³ Cf. art. 9, al. 3 LPDP.

⁷⁴ Cf. art. 9, al. 7 LPDP.

L'article 10 LPDP consacre l'obligation pour l'institution de détruire ou de rendre anonyme les données obsolètes ou dont elle n'a plus besoin pour accomplir ses tâches. Il se justifie en effet de prévoir la possibilité de rendre anonymes les données en sus de leur destruction pure et simple car une institution peut ne plus avoir besoin, pour accomplir ses tâches quotidiennes, des données comportant des indications à caractère personnel, tout en souhaitant pouvoir définir des tendances, notamment à des fins prospectives ou d'analyse de l'action du service concerné. Cette option se justifie également dans un souci de proportionnalité.

C'est en application des règles générales qu'il sera déterminé si et dans quelle mesure les institutions entrant dans le champ d'application de la loi doivent détruire ou rendre anonymes les données qu'elles détiennent.

De même, il n'est pas opportun de préciser dans la loi elle-même l'intervalle à partir duquel la destruction doit avoir lieu pour être considérée comme régulière, ni de poser un critère univoque devant présider à la destruction régulière des données. Des règles générales en la matière ne sont guère concevables, tant elles sont étroitement liées à la diversité des tâches légales accomplies. En ce qui concerne la question spécifique des règles particulières relatives à la conservation d'un dossier médical, le présent projet de loi ne se réfère pas seulement à la LArch mais plus généralement à « *une autre loi* », ce qui permet de tenir compte d'autres dispositions légales spéciales, comme l'article 57 de la loi sur la santé récemment adoptée par le Grand Conseil⁷⁵.

Le but de l'alinéa 2 est de soustraire la donnée à toute communication dès que sa destruction est possible, à moins que la donnée ne soit accessible en vertu de la LIPAD ou de la LArch, tout en préservant l'intérêt de l'institution à utiliser les données aux fins générales énoncées. On ne saurait rendre ces traitements possibles que pour autant que les données aient été préalablement rendues systématiquement anonymes sans excéder le but visé par la loi.

Art. 11 : Traitement à des fins générales

L'article 11, alinéa 1 LPDP précise que c'est exclusivement *dans le cadre de l'accomplissement de leurs tâches légales* que les institutions publiques sont en droit de traiter des données personnelles à des fins statistiques de recherche scientifique, de planification ou d'évaluation des politiques publiques.

⁷⁵ L 9328 du 7 avril 2006, K 1 03.

La formulation de l'article 11 permet d'éviter, bien que le risque soit avant tout théorique, qu'un service donné entreprenne des recherches ou des statistiques ou mène une évaluation de politique publique sur des sujets sans rapport avec son champ habituel d'activités. Il est en revanche parfaitement justifié que des institutions publiques, dans une optique d'amélioration de leurs tâches et d'efficacité des politiques publiques, cherchent à mesurer l'incidence de l'application d'une législation qu'ils sont chargés d'appliquer, aux fins de l'améliorer et de permettre son évolution.

Il convient de préciser que cette disposition ne constitue nullement une dérogation à l'article 5 mais exclusivement une extension de l'article 5, alinéa 1 LPDP, lequel ne vise normalement que les traitements rendus nécessaires pour l'accomplissement des tâches prévues par la loi. Compte tenu de la rédaction de l'article 11 et des cautions très strictes que constituent les conditions cumulatives décrites à ses lettres a à e, l'article 11 du projet de loi constitue donc en lui-même une base légale spéciale légitimant le traitement des données dans un but d'efficacité des politiques publiques, de sorte que le système est en harmonie avec l'exigence générale de l'article 5.

Sur le plan des remarques générales, il convient de relever que l'article 11 LPDP ne constitue pas non plus une dérogation aux règles de communication instituées par l'article 9, mais un cas spécifique par rapport à l'exigence d'une base légale posée par l'article 5. Dès lors, on ne saurait craindre que l'article 11 élude le but de la loi ni que l'exigence de la base légale ne soit plus respectée. Dans le cas de l'article 11 en effet, cette disposition donne une base légale spécifique justifiant, dans les limites définies par la loi sur la protection des données personnelles, le traitement de données personnelles à des fins générales de statistiques ou des buts analogues. La coordination avec la loi sur la statistique publique cantonale résulte des modifications à d'autres lois, en particulier des articles 13, alinéa 2, deuxième phrase, et 14, alinéa 4, de ladite loi sur la statistique publique cantonale (voir article 34, alinéa 4).

L'article 11, alinéa 1, lettre a LPDP n'empêche par ailleurs pas la sous-traitance d'un traitement à des fins générales à des institutions chargées de tâches de ce type, sans pour autant que la protection soit amoindrie. A teneur en effet de l'article 4, lettre h de la loi, le mandataire d'une institution publique doit être assimilé à un organe de celle-ci. Le terme « *autre institution* » implique un dessaisissement et doit être compris en revanche comme visant une autre entité au sens de l'article 9 relatif à la communication.

S'agissant de l'article 11, alinéa 1, lettre b LPDP, il ressort clairement du postulat de principe de la présente loi qu'il ne doit pas y avoir de possibilité de rattacher des informations à une personne. Sous cet angle, l'affectation

d'un numéro même non significatif permettrait de rattacher clairement les informations à une personne donnée. La faculté que prévoit l'article 11, alinéa 1, lettre b LPDP de rendre anonyme les données collectées se comprend comme une mesure qui rend impossible tout rattachement d'information aux personnes qu'elles concernent, et ceci de manière irréversible. Cette opération irréversible ne doit cependant être prise que lorsque le but du traitement spécifique le permet, ce qui peut impliquer, par exemple dans le domaine de la recherche médicale, que cette obligation ne devienne effective que de nombreuses années plus tard. Cela étant, le fait de rendre anonyme ne signifie pas "*crypter*".

A l'article 11, alinéa 1, lettre d LPDP, la formulation est simplifiée afin que la procédure ne soit pas trop lourde et qu'elle ne compromette pas la mise en œuvre des tâches générales du préposé. Ce dernier sera donc simplement informé par les institutions publiques avec les précisions utiles sur le traitement prévu des données personnelles; cela ne revient donc pas à une demande d'autorisation préalable ou une requête de préavis mais permet au besoin une intervention du préposé.

L'article 11, alinéa 2 LPDP réserve les règles spéciales inhérentes au fonctionnement de la CEPP et de l'OCSTAT, notamment au vu des intérêts en jeu.

Art. 12 : Vidéosurveillance

La problématique de la vidéosurveillance par des personnes privées ou des collectivités publiques afin d'assurer la sécurité à l'intérieur et aux abords des bâtiments dans lesquels ils exercent leurs activités est relativement récente, même si elle répond à des préoccupations anciennes. La combinaison des progrès techniques dans la prise et le traitement d'images au moyen de dispositifs de surveillance, toujours plus sophistiqués, avec la volonté renforcée des institutions et des particuliers de prévenir efficacement le risque d'agressions contre les personnes ou les biens expliquent, au cours des dernières années, l'intérêt accru pour ce mode de surveillance. Paradoxalement, ce légitime souci de répondre à un besoin sécuritaire s'accompagne d'une certaine carence dans la concrétisation légale des principes devant guider une pareille surveillance.

Cette absence de réglementation et cette disparité dans les solutions concrètement appliquées peut surprendre, si l'on considère qu'il est unanimement admis que le procédé de la vidéosurveillance porte une atteinte à la sphère personnelle d'autrui, en particulier aux droits de chacun de disposer de données le concernant, l'image en faisant partie. Le Tribunal

fédéral a admis en particulier que la vidéosurveillance constituait une ingérence dans la sphère privée qui n'était licite qu'aux conditions de l'article 36 Cst⁷⁶. Sur le plan civil, le procédé porte aussi atteinte aux droits de la personnalité protégés par l'article 28 CC, mais peut se révéler licite en cas d'intérêt prépondérant de l'auteur au sens de l'article 28, alinéa 2 CC⁷⁷. En 1992 déjà, l'Office fédéral de la justice relevait que la vidéosurveillance constituait une collecte et un traitement de données personnelles, qu'elle était ainsi susceptible de porter atteinte aux droits de la personnalité et relevait du droit à la protection des données⁷⁸.

Ainsi, l'utilisation de caméras de vidéosurveillance par des personnes privées est déjà soumise à la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données⁷⁹, dès lors que les images filmées se rapportent à une ou plusieurs personnes identifiées ou identifiables, que les images fassent ou non l'objet d'une conservation⁸⁰. Tous les traitements effectués (prise de l'image, transfert de l'image, visionnement direct ou *a posteriori*, conservation, archivage, etc.) doivent donc respecter les principes généraux de la protection des données dans le cadre du champ d'application de la loi fédérale.

L'exigence d'une base légale comme première condition de restriction à un droit fondamental devrait impliquer logiquement qu'une loi cantonale régitte la vidéosurveillance si celle-ci est le fait de collectivités publiques ou d'institutions publiques sortant du champ d'application de la LPD. On peut hésiter quant à la nécessité de formuler une norme spécifique à cet égard, une base légale générique combinée avec le respect des principes généraux pouvant permettre le plus souvent une application suffisamment fine pour respecter les intérêts de chaque partie en cause. L'on constate cependant que nonobstant le fait que toute collectivité publique doit respecter le principe de légalité, les normes ou la matière demeurent rares sur le plan suisse. On peut citer par exemple une ordonnance sur la vidéosurveillance des Chemins de

⁷⁶ ATF 129 V 323, 325, cons. 3.3.3, RDAF 2004 I 73.

⁷⁷ SJ 1998, p. 301, confirmé par la Cour Européenne des droits de l'homme (DCEDH Verlière c/ Suisse, Req. 41953/98, du 28 juin 2001.

⁷⁸ JAAC 56 (1992), n° 20.

⁷⁹ RS 235.1.

⁸⁰ Voir à ce propos l'*Aide mémoire sur la vidéosurveillance effectué par des personnes privées*, Préposé fédéral à la protection des données, accessible sur son site à l'adresse suivante : [http : www.edsp.ch](http://www.edsp.ch).

fer fédéraux⁸¹, ainsi que la récente ordonnance sur la vidéosurveillance du canton de Bâle-Ville⁸².

Sur le plan législatif, le Conseil d'Etat estime préférable de concrétiser les grands principes relatifs à la vidéosurveillance, sans pour autant entrer dans un degré de détail trop élevé, afin d'assurer une unité de doctrine. Il convient aussi de se dispenser de l'examen répétitif de demandes semblables ayant le même fondement, ce qui justifie aussi de renoncer à subordonner l'installation de tels systèmes à une autorisation préalable, la loi en tenant lieu.

Toute atteinte à un droit fondamental doit pouvoir reposer sur une base légale. En l'état de la législation genevoise, une vidéosurveillance de type préventif n'est pas expressément prévue par une quelconque norme de rang cantonal. Une réserve doit être faite s'agissant de la LITAO, puisque dans la mesure où l'installation et l'exploitation de vidéosurveillance impliquent la création d'un fichier au sens de la LITAO, celui-ci est soumis à autorisation en vertu de l'article 2, alinéa 1 de cette dernière loi. Ainsi, l'instauration d'un système de vidéosurveillance par une collectivité publique n'est possible actuellement que pour autant que le Conseil d'Etat l'autorise par une décision expresse. C'est en vertu de cette disposition qu'a été autorisée l'installation d'un système de vidéosurveillance dans les Transports publics genevois, à des conditions précises.

Dès lors que la LPDP abroge la LITAO, la nécessité de prévoir une base légale générale pour toute vidéosurveillance préventive entrant dans le champ d'application de cette nouvelle loi se justifie pleinement. Les dispositions spéciales éparses prévues dans la législation genevoise n'ont en effet pas vocation à s'appliquer de manière générale, compte tenu de la portée restreinte des lois spéciales en cause. On peut citer à cet égard les mesures d'identification possible sur des personnes prévenues ou suspectées d'avoir commis un crime ou un délit⁸³, la faculté pour la police de filmer des participants à une manifestation autorisée en cas de circonstance concrète de la probabilité de la commission d'un crime ou d'un délit⁸⁴, ou encore la

⁸¹ RS 742.147.2.

⁸² RS-BS 153.290, *Verordnung über die Videoüberwachung* du 4 janvier 2005, en vigueur depuis le 1er mai 2005; cette ordonnance se fonde sur l'art. 6a de la loi bâloise sur les données personnelles, du 18 mars 1992, RS-BS, 153.260.

⁸³ Voir art. 18 de la loi sur la police du 26 octobre 1957, F 1 05, ci-après LPol.

⁸⁴ Article 22 LPol.

faculté pour le juge d'instruction de prescrire l'utilisation d'appareils techniques de surveillance dans le cadre d'une procédure pénale⁸⁵.

La législation actuelle ne pose cependant pas les principes essentiels pourtant reconnus en matière de vidéosurveillance pour légitimer cette atteinte à la sphère privée, lacune que la présente disposition entend combler, étant précisé que l'ensemble des dispositions générales de la LPDP s'appliquent au surplus.

Il ne fait enfin aucun doute que, comme actuellement, la compétence d'édicter une norme spécifique en matière de vidéosurveillance et, d'une manière générale de traitement des données personnelles, appartient aux cantons et non aux communes. Le Conseil d'Etat a été confronté au cours des derniers mois, à diverses demandes tendant à la mise en place d'installations de vidéosurveillance sur le territoire communal. Bien que l'article 2 LITAO actuel soumette ce type d'installation à une autorisation du gouvernement cantonal, l'objet étant par conséquent de rang cantonal, certains ont émis l'hypothèse qu'une compétence communale en la matière pourrait se fonder sur l'article 30, alinéa 2 de la loi sur l'administration des communes, du 13 avril 1984⁸⁶, en vertu duquel le conseil municipal peut également adopter, sous forme de délibération, des règlements ou des arrêtés de portée générale régissant les domaines de la compétence des communes.

Bien que la vidéosurveillance puisse également permettre d'assurer accessoirement la sauvegarde du patrimoine administratif, y compris celui des communes, la nature des droits constitutionnels en cause et des intérêts publics devant être sauvegardés par la mesure (prévention de crimes ou délits), interdit en l'absence d'une base légale claire et spécifique dans la LAC de laisser la réglementation de cette importante question aux communes. Il s'ensuivrait un risque de disparité dans les solutions retenues, d'incohérence et d'inégalité de traitement, ainsi qu'une lacune cantonale, puisque l'abrogation de la LITAO aurait pour effet d'entraîner la disparition pure et simple de toute base légale formelle générique de niveau cantonal sur la question. Pour ces motifs, le Conseil d'Etat s'est résolu à proposer une réglementation uniforme susceptible de s'appliquer sur l'ensemble du territoire cantonal dans les limites du champ d'application de la LPDP.

L'article 12, alinéa 1 LPDP, pose des conditions de principe à la licéité de l'installation d'un système de vidéo, en dehors des cas où cette

⁸⁵ Cf. art. 184B du Code de procédure pénale du 29 septembre 1977, E 4 20, ci-après CPP.

⁸⁶ B 6 05, ci-après LAC.

vidéosurveillance résulterait de l'accomplissement légal de tâches dictées par des dispositions spécifiques. Dans ce contexte, on peut notamment songer à la surveillance dans le cadre des activités de police judiciaire, telles qu'elles peuvent résulter du CPP ou de la LPol. Dans la mesure où la vidéosurveillance s'exerce ainsi dans le cadre de missions spécifiques par ailleurs définie par des lois spéciales, l'article 12 n'a pas vocation à s'appliquer. Dans tous les autres cas, les conditions générales posées à l'alinéa 1 s'imposent aux institutions publiques.

L'article 12, alinéa 1, lettre a LPDP pose l'exigence de la finalité de la vidéosurveillance. Celle-ci est clairement décrite comme visant principalement à garantir la sécurité des personnes et des biens par le biais d'un effet préventif. Au cas où l'effet dissuasif de la vidéosurveillance ne suffirait pas et en cas de commission d'infraction, les images enregistrées peuvent servir de moyen de preuve et fonder une éventuelle dénonciation pénale. L'article 12, alinéa 1, lettre a expose ainsi quels sont les intérêts publics à l'origine de la justification portée aux droits constitutionnels des citoyens par le biais de la vidéo. Par ailleurs, l'emploi des termes « *propre et nécessaire* » souligne que le principe même de la vidéosurveillance doit obéir au principe général de proportionnalité⁸⁷, en particulier aux règles de l'adéquation et de la proportionnalité au sens étroit.

L'article 12, alinéa 1, lettre b LPDP impose que l'existence d'un système de surveillance soit signalée de manière adéquate à l'intention des personnes susceptibles d'entrer dans le champ de vision des caméras. Cette exigence constitue une restriction classique en matière de protection des données, dès lors que la garantie constitutionnelle tendant au droit d'accès à ses propres données doit évidemment permettre de savoir que de telles données existent, et à qui s'adresser le cas échéant.

L'article 12, alinéa 1, lettre c LPDP constitue l'expression de l'une des facettes du principe de proportionnalité, le champ de la surveillance devant se limiter au périmètre nécessaire à la réalisation des objectifs posés à l'article 12, alinéa 1, lettre a LPDP.

L'article 12, alinéa 1, lettre d LPDP répond, outre l'exigence de proportionnalité rappelée à la lettre c, à la nécessité de protéger le personnel des institutions de toute atteinte à leur personnalité dans l'accomplissement de leurs activités à leur poste de travail. On rappellera qu'en vertu de la loi fédérale sur le travail, la surveillance constante du personnel au moyen de dispositifs de prise de vues ou de procédés analogues est d'une manière

⁸⁷ Garanti d'une manière générale par l'art. 5, al. 2 Cst.

générale prohibée et illicite⁸⁸. S'il n'est pas possible de garantir à l'un ou l'autre membre du personnel qu'il soit hors du champ de vision de la caméra (par exemple si l'on cherche à sécuriser un guichet accessible au public), alors peut-on exiger à tout le moins que le membre du personnel soit rendu non identifiable par les procédés techniques de « *floutage* » qui permettent de brouiller une partie de l'image seulement, que ce soit au moment de la prise de vues ou ultérieurement⁸⁹.

L'article 12, alinéa 2 LPDP précise et renforce l'article 10 relatif à la destruction de données personnelles. Les très brefs délais donnés sont à la mesure de l'importance de l'atteinte résultant d'une vidéosurveillance qui impliquerait l'enregistrement de données. D'une part, un tel enregistrement n'est pas toujours nécessaire, notamment si la surveillance se fait « *en direct* » par un personnel suffisamment formé et en nombre adapté pour pouvoir immédiatement réagir. Cependant, le plus souvent, ne serait-ce que pour renforcer la preuve en cas d'atteinte avérée aux personnes ou aux biens, les systèmes de vidéosurveillance comporteront un dispositif permettant d'enregistrer les images. Les progrès techniques, en particulier s'agissant d'images numériques, permettent en outre une conservation quasi illimitée des données. Il est important par conséquent de rappeler qu'un éventuel enregistrement doit être effacé au plus tard dans un délai de 96 heures, ce délai de quatre jours s'expliquant par la nécessité de tenir compte de jours fériés ou du week-end. Lorsque aucune atteinte aux biens ou aux personnes a été commise, il n'y a par ailleurs plus d'intérêt public à garder les données, celles-ci pouvant alors être effacées. Le délai de conservation des données est cependant porté à trois mois en cas d'infraction, afin de servir de preuve et de permettre une plainte pénale ou une dénonciation dans le délai légal, et étendu jusqu'à la fin de la procédure pénale éventuellement ouverte.

L'article 12, alinéa 3 LPDP a trait à la mise en œuvre et aux modalités d'exploitation du dispositif de vidéosurveillance. Il n'est pas possible dans la loi elle-même de poser des règles susceptibles d'être appliquées dans tous les cas, tant les mesures organisationnelles et techniques appropriées peuvent varier en fonction du périmètre de la surveillance et de la nature de

⁸⁸ Voir à ce propos l'art. 26 de l'Ordonnance 3 relative à la loi sur le travail (RS 822.113, ci-après OLT3); cf. encore sur le sujet le récent arrêt du Tribunal fédéral publié in ATF 130 II 425 relatif à un système de surveillance des véhicules d'entreprise de type « *GPS* ».

⁸⁹ Les techniques les plus récentes permettent d'appliquer un brouillage « *sélectif* » et partiel de l'image captée par le dispositif de surveillance, par exemple en le concentrant sur les êtres humains ou le visage de ceux-ci ; voir notamment sur ce sujet les articles du 14 octobre 2005 parus dans le Tages Anzeiger et l'AGEFI.

l'institution concernée. L'article 12, alinéa 3, lettre a, reprend une restriction généralement imposée aux auteurs de vidéosurveillance dans le cadre du domaine privé. Il s'agit de limiter autant que faire se peut le visionnement des données à un cercle restreint de personnes formées à ces fins et dûment autorisées par le responsable de l'exploitation. L'idée de limiter le cercle des personnes susceptibles d'avoir accès aux données relève de la proportionnalité une fois encore. Quant à l'exigence d'établir la liste des personnes visionnant les données et de la communiquer au préposé, elle complète le droit d'accès de chacun à ses propres données personnelles, en même temps qu'elle permet au préposé de s'assurer de la conformité de la mesure avec les exigences légales posées.

L'article 12, alinéa 3, lettre b constitue une illustration particulière de l'exigence générale relative à la sécurité des données personnelles, exigence posée par ailleurs à l'article 7. L'obligation de l'article 12, alinéa 3, lettre b va au-delà de l'article 7 LPDP, en ce sens qu'elle vise également à imposer des mesures tendant à la sécurité des installations de surveillance elles-mêmes, et non seulement des données qu'elle permet de visionner ou d'enregistrer. Il ne faudrait pas que l'intégrité des données soit compromise par des actions illicites sur les installations de prises de vues, ou vis-à-vis des lieux et locaux dans lesquels le visionnement et le stockage des données peut intervenir. La finalité de ces mesures est cependant exactement la même qu'à l'article 7 LPDP.

L'article 12, alinéa 4 LPDP pose une exception à la règle générale de communication des données. Au vu de leur nature et de la manière dont elles ont été collectées, ces données sont en principe exclues de toute communication à des tiers, sur le modèle de ce qui est préconisé par le préposé fédéral en matière de système de vidéosurveillance exploité par des personnes physiques ou morales de droit privé. Il convient cependant de réserver deux types de communication : d'une part, celle destinée à renseigner la hiérarchie de l'institution concernée, ce type de communication intervenant alors dans le cadre d'un devoir de fonction qui la rend d'emblée licite; d'autre part, la communication de telles données à une autorité judiciaire aux conditions de l'article 9, alinéa 3 LPDP ou aux fins de dénonciation en vue de l'ouverture d'une procédure pénale doivent également pouvoir être garanties, au vu de la finalité de la disposition.

Art. 13 : Catalogue des fichiers

Il est tout d'abord dressé un catalogue des fichiers dans les institutions publiques, devant comporter toutes précisions sur les informations traitées, la

base légale de leur traitement, leur état de validité, la fréquence de leur mise à jour et de leur épuration, ainsi que leur accessibilité⁹⁰; cette obligation ne concerne pas les fichiers éphémères, pour autant que ceux-ci ne recensent ni données personnelles sensibles ni profil de la personnalité⁹¹. Régulièrement mis à jour, ce catalogue est public⁹².

Le catalogue des fichiers est amené à jouer un rôle important dans la mise en œuvre des principes de la loi, particulièrement sous l'angle de la transparence. Ce n'est pas la loi décrivant les tâches des institutions qui va en principe déterminer la fréquence de la mise à jour des données nécessaires au traitement mais bien les articles 6, alinéa 1, lettre b, et 12 LPDP. Ces dispositions définissent des obligations claires en termes de mise à jour, ce qui constitue une base légale suffisante.

Les « *fichiers éphémères* » visés à l'alinéa 2 doivent s'entendre comme s'opposant manifestement à *durables*. Il s'agit donc de fichiers ayant vocation à ne plus servir très peu de temps déjà après leur création. A titre d'exemple, on peut imaginer la constitution d'une liste de distribution pour organiser une manifestation occasionnelle d'une durée déterminée (exposition, manifestation protocolaire, etc.).

L'exigence du catalogue des fichiers et sa mise à jour régulière demanderont certes un travail important. Il ne s'agit cependant pas d'un motif pour renoncer à cette exigence. Le coût de la mise en œuvre d'un tel catalogue et de son entretien devrait cependant rester proportionné à l'enjeu. Enfin, l'article 33 LPDP prévoit à titre transitoire un délai de deux ans pour que les institutions répertorient leurs fichiers et en communiquent la liste au préposé avec les mentions requises. Ajouté à la durée des travaux préparatoires de la loi elle-même et au délai qui séparera son adoption de son entrée en vigueur, ce terme d'exécution devrait permettre d'atténuer les difficultés soulevées. C'est au préposé qu'incombera la tâche de dresser ce catalogue (cf. article 26, lettre f LPDP).

Le fait de publier éventuellement le catalogue sur Internet constitue une forme possible de la diffusion publique du catalogue, mais non la seule, car il existe d'autres modes alternatifs de publicité et cette modalité d'exécution doit pouvoir être définie en fonction des circonstances, si bien que l'article 13, alinéa 4 LPDP se borne à consacrer le caractère public du catalogue.

⁹⁰ Cf. art. 13, al. 1 LPDP.

⁹¹ Cf. art. 13, al. 2 LPDP.

⁹² Cf. art. 13, al. 3 et 4 LPDP.

Art.14 à 17 : Droits de la personne concernée

Outre l'exigence d'une base légale et les obligations accessoires qui en découlent, telles que décrites notamment à l'article 5 du projet de loi, les principes généraux devant régir le traitement des données personnelles garantissent notamment, comme vu plus haut la qualité des données personnelles⁹³, leur sécurité⁹⁴, ainsi que l'exigence du caractère reconnaissable de la collecte des données personnelles pour la personne concernée⁹⁵, tant pour les données collectées que leur source, étant précisé que cette disposition ne s'applique pas lorsque le caractère reconnaissable de la collecte compromettrait l'engagement, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes menées légalement sur l'assujettissement à une loi ou le respect de conditions ou d'obligations légales⁹⁶.

Il est indispensable, afin d'assurer le respect de ces principes, de permettre également aux personnes concernées de vérifier ou de faire vérifier l'étendue des données personnelles en mains des institutions, leur qualité et leur sécurité; au demeurant, c'est un droit qui découle déjà de la garantie constitutionnelle conférée par l'article 13 Cst. féd. C'est la raison pour laquelle le chapitre III du projet de loi prévoit de manière détaillée un certain nombre de droits et de mécanismes destinés à assurer ceux-ci.

Art. 14 : Principes

Il sied de relever d'emblée que les droits décrits dans cette disposition sont reconnus aux personnes physiques et morales⁹⁷ de droit privé; tant le droit fédéral⁹⁸ que la doctrine⁹⁹ considèrent que toutes deux doivent pouvoir se prévaloir de cette garantie. Les dénier aux personnes morales serait au surplus vain, dans la mesure où il serait aisé à ces dernières d'agir par le

⁹³ Cf. art. 6 LPDP.

⁹⁴ Cf. art. 7 LPDP.

⁹⁵ Cf. art. 8, al. 1 LPDP.

⁹⁶ Cf. art. 8, al. 2 LPDP.

⁹⁷ Cf. en particulier art. 4, let. g et art. 14, al. 1, art. 17, al. 1 LPDP.

⁹⁸ Cf. art. 2, al. 1 et 2, lettre b) LPD.

⁹⁹ Cf. par exemple Gérald PAGE, *Le droit d'accès aux données personnelles, fondements, étendue, limites*, in : La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, CEDIDAC, Lausanne 1994, p. 121.

truchement d'une personne physique¹⁰⁰. Il ne se justifie cependant pas d'étendre cette protection aux collectivités publiques, entités autonomes ou autres établissements de droit public, d'où la précision que les seules personnes physiques ou morales de droit privé sont bénéficiaires des droits en question.

La personne concernée, qui justifie de son identité, pourra tout d'abord *avoir accès aux données qui la concernent*. Elle pourra ainsi, si elle en fait la demande par écrit, obtenir du responsable désigné la totalité des données qui se rapporte à elle, y compris les informations disponibles sur l'origine des données, les informations relatives aux fichiers considérés contenus dans le catalogue des fichiers, le tout sous réserve de conditions supplémentaires éventuelles en cas de travail disproportionné, telles l'existence d'un intérêt spécifique digne de protection ou le paiement préalable d'un émolument¹⁰¹.

A ce stade, il devrait être possible le plus souvent de répondre d'emblée par l'affirmative quant au principe d'un droit d'accès si un fichier existe à ce propos. Mais il se peut que l'institution ne soit pas nécessairement en mesure de répondre tout de suite, ou pas de manière complète. La réserve de l'article 14, alinéa 2 LPDP déploie alors ses effets.

Le refus d'accès aux données personnelles ne peut survenir que si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, notamment lorsqu'un tel accès rendrait inopérantes les restrictions prévues par les lois de procédure spécifiques en matière de consultation des dossiers, que si la protection de données personnelles sensibles de tiers l'exige impérativement ou encore lorsque le droit fédéral ou une loi cantonale le prévoit explicitement¹⁰².

Tout comme en matière de LIPAD, un accès partiel ou différé doit être en principe préféré à un refus complet d'accès¹⁰³, en application du principe général de proportionnalité. La communication faite à la personne requérante se fera en principe sous forme écrite et gratuitement¹⁰⁴. A noter que l'accès

¹⁰⁰ Voir pour un exemple en matière de LIPAD la critique du professeur Bertil COTTIER, in : *Medialex* 4/2003, p. 239-240.

¹⁰¹ Cf. art. 14, al. 1 à 3 LPDP.

¹⁰² Cf. art. 16, al. 1 LPDP.

¹⁰³ Cf. art. 16, al. 2 LPDP.

¹⁰⁴ Cf. art. 15 LPDP.

des patients aux dossiers les concernant tenus par des professionnels de la santé fait l'objet de dispositions particulières¹⁰⁵.

Outre le droit d'accès, le projet de loi prévoit à l'instar de la loi fédérale, le droit d'exiger des institutions publiques qu'elles s'abstiennent de procéder à un traitement illicite, qu'elles mettent fin à un traitement illicite et en suppriment les effets, constatent le caractère illicite et s'abstiennent de communiquer les données personnelles à des personnes privées à des fins d'exploitation commerciale¹⁰⁶. Cas échéant, les institutions publiques, sur requête, devront détruire les données non pertinentes ou non nécessaires, rectifier, compléter ou mettre à jour celles-ci, faire figurer une mention appropriée en regard de celles dont ni l'exactitude ni l'inexactitude ne peuvent être prouvées, voire publier leur décision ou la communiquer à d'autres institutions publiques ou des tiers¹⁰⁷.

La mise en œuvre des principes décrits à l'article 14 LPDP n'implique pas encore nécessairement le fait de prévoir pour chaque application des fonctionnalités très développées, comme pourraient le craindre les institutions visées par le champ d'application de la loi. De nombreuses manières de procéder peuvent permettre d'aboutir au résultat visé par la loi et il doit être laissé aux institutions la souplesse et la liberté de les définir précisément. La contrepartie à cet important investissement en vue de réaliser une mise en œuvre effective de la loi consiste cependant dans la possibilité de se greffer, dans une large mesure, sur l'organisation déjà existante mise en place pour appliquer la LIPAD.

Le but est également, par une fragmentation des responsabilités et des procédures adaptées à chaque institution, de rendre le processus d'identification des données personnelles moins lourd et plus conforme aux intérêts légitimes des institutions. En tout état, il n'est certainement pas souhaitable ni souhaité de parvenir à une structure du type « identifiant unique » pour une personne physique ou morale déterminée dans l'ensemble de l'administration. Tout au contraire, il a été relevé plus haut que la création d'un NIP, si un jour elle était voulue par le législateur, devrait faire l'objet d'une autorisation expresse contenue dans une loi au sens formel. Il ne saurait être question de l'introduire ici indirectement à l'occasion de la mise

¹⁰⁵ Voir l'art. 34, al. 9 LPDP modifiant l'art. 2 de la loi K 1 80 et la loi sur la santé du Conseil d'Etat (L 9328, K 1 03).

¹⁰⁶ Cf. art. 17, al. 1 LPDP.

¹⁰⁷ Cf. art. 17, al. 2 LPDP.

en place des procédures destinées à rendre effectifs les droits conférés aux articles 14 et ss du projet de loi.

L'alinéa 3 réserve clairement la possibilité de subordonner la satisfaction d'une demande impliquant un travail disproportionné à l'existence d'un intérêt spécifique digne de protection et au paiement préalable d'un émolument, afin d'éviter des demandes exploratoires et chicanières.

Article 15 : Modalités

Le terme d'« *intelligible* » à l'article 15 est proposé quant à la forme de la communication des données, afin qu'une personne non avertie puisse comprendre, à la lecture des documents qu'elle reçoit, la portée des informations la concernant, sans devoir solliciter d'explications complémentaires à ces fins.

La gratuité du principe de cette communication n'est pas absolue : un émolument pourra être perçu, en fonction des règles ordinaires, si la communication implique un travail de recherche important, ou un nombre de photocopies élevé, ainsi que dans l'hypothèse de l'article 14, alinéa 3, lettre b LPDP.

Article 16 : Restrictions

La formulation de l'article 16, alinéa 1, lettre a LPDP est calquée sur l'article 26, alinéa 2, lettre e LIPAD actuelle. Le but de la disposition est d'éviter que l'on contourne les dispositions de procédure restreignant ou excluant un accès au dossier par le biais de la loi sur la protection des données personnelles. De ce point de vue, la formulation actuelle paraît suffisamment explicite. On précise cependant que l'article 16, alinéa 1, lettre b LPDP donne un exemple d'intérêt privé prépondérant (données personnelles sensibles de tiers). L'article 16, alinéa 1, lettre c LPDP réserve les législations spéciales de droit fédéral ou de rang législatif cantonal. L'énumération de l'article 16, alinéa 1 LPDP n'est pas exhaustive et l'alinéa 2 illustre en la matière le principe de proportionnalité, à l'instar de l'article 27 LIPAD, par exemple.

Article 17 : Préentions

Il est précisé, tout comme dans d'autres dispositions du projet de loi, que seule une personne physique ou morale *de droit privé* se voit conférer des droits en relation avec ses propres données personnelles. Le but de la loi n'est pas de conférer aux institutions de droit public qui lui sont soumises des

droits spécifiques à cet égard. Il est dès lors précisé que ce catalogue de droits ne concerne que les personnes de droit privé.

En revanche, et pour préciser la notion d'*illicéité* à l'article 17, alinéa 1, lettre a LPDP, il convient de rappeler que le système institué par le projet de loi n'est pas celui de l'autorisation préalable, de sorte qu'un traitement ne peut être illicite du seul fait qu'il n'aurait pas été autorisé. Le terme doit donc être compris dans le sens de « contraire à la loi ».

L'article 17 alinéa 1, lettre d LPDP qui réserve la faculté pour des personnes de droit privé d'exiger des institutions qu'elles s'abstiennent de communiquer les données les concernant à des fins d'exploitation commerciale n'est évidemment pas d'empêcher la diffusion de données dans le public, mais exclusivement de ne pas faciliter l'exploitation de données à des fins commerciales par des tiers. Il s'agit d'un droit classiquement reconnu au titulaire de données¹⁰⁸.

L'article 17, alinéa 2, lettre b LPDP peut poser des difficultés sur la question de savoir comment traiter la requête d'un patient s'appuyant sur cette disposition pour faire modifier tout ou partie de son dossier médical, dans le cadre des procédures *ad hoc* auprès de la commission de surveillance des activités médicales. Il doit être relevé à ce propos que le droit de faire rectifier ou de compléter des données inexacts constitue un droit fondamental conféré à la personne intéressée, qui ne peut donc se voir refuser cette protection en fonction du domaine considéré. Au demeurant, dans la loi fédérale, une telle exclusion n'existe pas non plus par rapport aux relations entre un particulier et son médecin privé. Nonobstant le caractère délicat de cette tâche, il est préférable de considérer que la commission de surveillance doit pouvoir également jouir de la plénitude de ses compétences à cet égard. Il sera renvoyé à ce propos à l'article 10, alinéa 6 nouveau, introduit dans le cadre des dispositions modifiant la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (cf. article 34, alinéa 8 LPDP).

L'article 17, alinéa 2 LPDP précise que le droit d'obtenir des institutions les actions sollicitées n'existe que « *sauf disposition légale contraire* », afin de réserver notamment aussi bien les règles particulières de la LArch relatives à la destruction des dossiers que celles de la loi sur la santé, en particulier l'article 57 de cette dernière qui traite de la conservation du dossier du patient.

¹⁰⁸ Voir notamment pour une illustration concernant un service cantonal des automobiles ayant transmis à des tiers des données visées à l'art. 105 LCR, la décision de la commission fédérale de protection des données publiées in JAAC 68.69 cons. 2).

L'article 17, alinéa 3 du projet de loi qui réserve d'une manière générale la loi sur la responsabilité de l'Etat et des communes a notamment pour but de rappeler qu'un traitement illicite fautif de données personnelles peut engager la responsabilité de l'Etat de Genève ou celle des communes.

Art. 18 : Droits des proches

L'article 18 LPDP aborde la délicate problématique des droits des proches d'une personne décédée quant aux données personnelles de cette dernière. L'alinéa 1 garantit l'accès au dossier d'un proche décédé indépendamment des droits d'accès formulés en vertu de l'article 17 LPDP, ce qui résulte déjà de la systématique légale. Ce n'est que si cet accès est autorisé sur la base de l'article 18, alinéa 1 LPDP que l'ensemble des prétentions énumérées par ailleurs à l'article 17 est alors offerte aux proches.

Afin de réserver la nécessaire et fine pesée des intérêts qui s'impose, l'article 18 prévoit que les proches ont à cet égard les mêmes droits que la personne aurait eus de son vivant quant aux données qui la concernent, pour autant qu'ils puissent justifier d'un intérêt digne de protection qui l'emporte sur les éventuels intérêts opposés d'autres proches de la personne décédée, ainsi que sur la volonté connue ou présumable que cette dernière avait à ce propos de son vivant¹⁰⁹. Le caractère éminemment individuel de la situation interdit de faire primer systématiquement soit la volonté connue ou présumable du défunt, soit la curiosité des proches, soit encore un éventuel intérêt public au refus de l'accès. L'optique proposée est donc celle d'une pesée globale d'intérêts.

Il faut souligner d'emblée que l'article 56 de la loi sur la santé¹¹⁰ dispose que le traitement des données du patient, en particulier la communication à autrui, est régi par la législation fédérale, *la législation cantonale sur la protection des données personnelles* ainsi que par les dispositions spéciales de la loi. La loi sur la santé ne contenant aucune réglementation spécifique sur la question de l'accès aux données par les proches d'une personne décédée, rien ne fait obstacle à ce que la loi cantonale sur la protection des données personnelles y consacre une disposition spécifique. Une telle règle,

¹⁰⁹ Cette volonté de tenir compte des souhaits de la personne décédée s'inscrit dans la ligne de la jurisprudence du Tribunal fédéral, encore récemment confirmée, qui considère que la personnalité s'éteint en principe avec la mort de l'individu mais reconnaît que certains effets juridiques y relatifs peuvent continuer à déployer des effets au-delà et que les proches peuvent aussi avoir des droits propres à cet égard (cf. notamment ATF 127 I 119 cons. 4 et 6; 129 I 180 cons. 4; 129 I 302).

¹¹⁰ L 9328 du 7 avril 2006, K 1 03.

qui, sied-il de souligner, n'est pas limitée au domaine médical, permet du reste de garantir une certaine cohérence avec le droit fédéral, applicable aux personnes privées. L'article 1, alinéa 7 de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données¹¹¹ prévoit en effet que la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie un intérêt à la consultation et qu'un tel intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée.

On ne saurait pour autant n'autoriser la consultation que par l'intermédiaire d'un médecin mandaté à cet effet par les proches, ce qui instituerait en condition générale une mesure qui n'est adéquate que dans des cas particuliers, en tant qu'elle permet de résoudre un conflit d'intérêts ponctuel. Vu la diversité de ces situations, il convient de s'en tenir à une formulation suffisamment générale pour couvrir tous les cas de figure possibles et permettre une pesée des intérêts complète et la prise de décisions nuancées à cet égard.

Art. 19 à 20 : Mise en œuvre des droits de la personne concernée

Art. 19 : Phases non contentieuses

Pour la mise en œuvre des droits prévus aux articles 14 à 18 du projet de loi, la phase non contentieuse débute par une requête formelle à adresser par écrit au responsable en charge de la surveillance de l'organe dont relève le traitement litigieux. Le responsable saisi traite la requête avec célérité et la transmet au préposé cantonal s'il ne fait pas droit intégralement aux prétentions du demandeur ou en cas de doute; le préposé instruit alors la requête de manière informelle, puis formule une recommandation écrite à l'adresse de l'institution concernée et du requérant sur l'issue à donner à la demande. L'institution concernée statue alors par voie de décision dans les 10 jours sur les prétentions du requérant, et notifie cette décision aussi au préposé cantonal¹¹². Ce système s'inspire très largement de la procédure de médiation prévue par l'article 32 LIPAD en matière d'accès à des documents, qui a déjà fait ses preuves.

La procédure décrite à l'article 19 LPDP ne concerne que la phase non contentieuse, qui devrait permettre de régler l'essentiel des requêtes. Dans ce souci, on ne saurait obliger les requérants à adresser leur requête d'emblée au préposé cantonal, ce dernier devant l'enregistrer puis la transmettre au

¹¹¹ OLPD, RS 235.11.

¹¹² Cf. art. 19, al. 1 à 5 LPDP.

responsable, car cela témoignerait d'une méfiance injustifiée envers les institutions concernées et reviendrait à une procédure extrêmement lourde susceptible de mettre en péril l'effectivité de la tâche du préposé. La procédure proposée est dès lors dans son mécanisme calquée sur celle de la LIPAD et le traitement de la requête est adressé au responsable en premier lieu. Ce n'est qu'en cas de doute ou lorsqu'il s'apprête à rendre une décision négative, que le responsable transmet la requête au préposé pour recommandation écrite de ce dernier avant la prise de décision par l'institution.

Le fait de demander au responsable de saisir le préposé cantonal n'exclut pas un dialogue entre les différentes parties concernées ni un certain bon sens, pas plus que des échanges réguliers et informels avec ce dernier, ce qui, à terme, permettra aussi d'harmoniser le plus possible les solutions retenues.

Par ailleurs, la communication de la recommandation écrite du préposé également au requérant permet à ce dernier, cas échéant, de retirer sa requête, et d'éviter ainsi une procédure contentieuse. L'institution concernée peut quant à elle modifier sa position à l'égard du requérant, sur la base de la recommandation écrite. Il est dès lors doublement légitime que le requérant se voie adresser la copie de la recommandation et on ne saurait postuler de manière irrefragable que la décision prise par l'institution soit nécessairement contraire aux prétentions du requérant.

Art. 20 : Recours

L'article 21 LPDP est très voisin de celui mis en place à l'article 37 LIPAD, dans la mesure où c'est le Tribunal administratif, juridiction ordinaire du contentieux de droit administratif, qui est saisi d'éventuels recours.

La décision prise sur la base de l'article 19, alinéa 5 du projet de loi est en effet susceptible de recours au Tribunal administratif, conformément aux dispositions ordinaires de la loi sur l'organisation judiciaire et de la loi sur la procédure administrative. Le préposé cantonal a dans tous les cas qualité pour recourir et peut en tout état participer à la procédure de recours¹¹³. Sur ce point, le projet de loi diffère de l'actuelle LIPAD. Afin de renforcer le rôle de surveillance du préposé, il apparaît en effet nécessaire de permettre à celui-ci de recourir lui-même auprès de l'autorité judiciaire dans les cas où il estime que la décision prise viole la présente loi, ou procède d'une appréciation inexacte ou incomplète des faits. De la même manière, il se justifie, afin

¹¹³ Cf. art. 20, al. 1 et 2 LPDP; cf. également les remarques formulées infra, ad art. 24 LPDP.

d'assurer dans toute la mesure du possible la cohérence de la jurisprudence et son harmonie avec les principes guidant l'action du préposé, que ce dernier puisse intervenir lors de la procédure de recours pour donner son avis, d'autant qu'il a de par la loi le devoir de veiller à la correcte application de la LPDP (article 26, alinéa 1 LPDP).

Enfin, le Tribunal administratif doit avoir accès à l'ensemble des données personnelles constituant l'enjeu du recours, à charge pour lui cependant de prescrire toute mesure nécessaire au maintien de la confidentialité de ces données à l'égard des parties à la procédure et des tiers¹¹⁴.

Art. 21 : Responsables et procédures

En ce qui concerne l'organisation à mettre en œuvre pour l'application de la présente loi, il convient de rappeler tout d'abord que, pour l'essentiel, le présent projet de loi se calque sur la structure LIPAD existante. Si des entités peu dotées en personnel ont déjà mis en place une organisation aux fins de faire respecter la LIPAD, elles pourront très largement se référer à cette organisation pour la mise en œuvre de la présente loi.

Les responsables des institutions sont la cheville ouvrière du nouveau dispositif. Ce constat renforce la nécessité de mettre un soin tout particulier dans la désignation des responsables et leur organisation, afin de faciliter autant que faire se peut l'efficacité de leur action. On ne saurait ici définir de manière trop rigide les compétences et le niveau de formation attendu des futurs responsables, tant les institutions ont des moyens en personnel et en budget qui peuvent se révéler différents. Poser des exigences trop élevées quant à la formation appropriée des responsables alors qu'une petite institution ne peut immédiatement les satisfaire serait contre-productif. En revanche, la nécessité d'une formation continue et l'appui du préposé à cet égard seront des atouts supplémentaires auxquels chaque institution pourra recourir.

Par ailleurs, il va de soi que les attributions des responsables qui leur sont conférées par la loi n'entament en rien les prérogatives du préposé. Les responsables chargés de garantir la correcte application de la LPDP au sein des institutions n'ont d'abord aucun pouvoir sur le préposé lui-même, puisqu'ils doivent lui communiquer un certain nombre d'informations et ne

¹¹⁴ Cf. art. 20, al. 3 LPDP; la portée dans le temps de cette disposition s'étend à la durée de la procédure, y compris l'écoulement du délai de recours contre l'arrêt rendu, ainsi qu'ultérieurement, dans les limites dictées par l'issue donnée à la cause, une fois que son arrêt devient définitif et exécutoire.

constituent que des relais nécessaires entre l'administration et le préposé en vue d'une application efficace et efficiente de la loi. Les responsables n'ont, en vertu de l'art. 22 LPDP, autorité que sur les organes des institutions en première ligne dans la mise en œuvre de la loi, cette autorité n'entamant en rien celle du préposé ou son indépendance dans l'accomplissement des missions qui sont les siennes.

S'agissant du coût des mesures organisationnelles nécessaires, il va de soi qu'à l'instar de toutes les autres lois, une anticipation de l'impact budgétaire de la mise en œuvre de cette loi s'impose. Il convient toutefois de ne pas l'exagérer a priori, dans la mesure où, comme déjà relevé plus haut, la nouvelle structure devrait pouvoir utiliser l'organisation déjà mise en place pour la mise en œuvre de la LIPAD et que l'instauration d'un préposé doté d'un secrétariat et des moyens nécessaires constituera la seule véritable nouveauté en la matière. Pour le surplus, les éventuels développements informatiques que les institutions devront mettre en place, notamment pour remplir les exigences liées au catalogue des fichiers et à la satisfaction des droits individuels des utilisateurs, sont à ce stade relativement difficiles à évaluer, surtout compte tenu du fait que les institutions sont de taille très variable et que cela dépend aussi du nombre d'applications informatiques différentes développées au fil des ans et de leur compatibilité entre elles.

Sans chercher à minimiser l'importance du dispositif à mettre en place par les institutions et les coûts qui logiquement pourraient en résulter, il convient de rappeler une fois encore que chacune des institutions entrant dans le champ d'application de la présente loi a, en principe, d'ores et déjà réalisé les impératifs organisationnels qui étaient requis par la mise en œuvre de la LIPAD, entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002. Les structures et les outils d'ores et déjà existants devraient donc servir de base à l'organisation nécessaire à la mise en œuvre de la LPDP et alléger d'autant le coût global du dispositif.

Par ailleurs, si l'on songe au délai transitoire donné par la LIPAD pour la mise en place de systèmes de classement adéquats, non seulement dans l'optique de pouvoir fournir un document qui serait demandé en vertu de la LIPAD, mais également afin d'assurer l'archivage historique des documents en question dans les meilleures conditions, le travail accompli à ce jour devrait largement faciliter la mise en place des aménagements encore nécessaires à la mise en œuvre de la présente loi.

Afin de tenir compte de la nécessité de distinguer les attributions de la Commission de gestion du pouvoir judiciaire, du Conseil supérieur de la magistrature et des autres autorités judiciaires, l'article 3, alinéa 2, lettre b LPDP précise que le traitement de données personnelles que le Conseil supérieur de la magistrature, les juridictions et les autres autorités judiciaires

effectuent en application des lois régissant leurs activités juridictionnelles et de surveillance est clairement exclu du champ d'application de la loi, de sorte que ces autorités n'ont pas à figurer parmi celles chargées de prendre des mesures d'organisation générale et les procédures visées à l'article 21 LPDP.

En revanche, et en relation avec l'article 3, alinéa 2, lettre b LPDP, la Commission de gestion du pouvoir judiciaire, les services centraux du pouvoir judiciaire et les commissions non juridictionnelles dépendant du pouvoir judiciaire entrent dans le champ d'application de la loi, d'où leur mention à l'article 21, alinéa 2, lettre c LPDP.

L'article 21, alinéa 2, lettre f LPDP précise que ce sont toutes les « instances supérieures » des établissements et corporations de droit public cantonaux et communaux qui sont visées par la nouvelle disposition, ce qui englobe l'ensemble des organes supérieurs, qu'ils soient de type exécutif, délibératif ou d'une autre nature.

Art. 22 : Compétences

Les responsables désignés exercent leur surveillance sur les organes des institutions concernées, en particulier en ce qui concerne la création de fichiers, les requêtes de communication ou de destruction de données personnelles, ainsi que toute information ou consultation qui aurait été adressée au préposé cantonal¹¹⁵. Outre leurs droits à l'égard des organes placés sous leur surveillance, relatifs à la possibilité d'exiger tout renseignement utile, de leur donner toute instruction ou de prendre par voie d'évocation les décisions d'application qui s'imposent¹¹⁶, les responsables des institutions doivent répertorier les fichiers existants avec les précisions utiles mentionnées à l'article 13 du projet de loi, et en communiquer la liste détaillée au préposé cantonal, ainsi que ses mises à jour régulières¹¹⁷. Le responsable d'institution représente donc un premier degré de surveillance et joue un rôle très important dans la mise en œuvre de la présente loi.

En relation avec l'obligation d'informer le responsable "de toute création de fichier" (article 22, alinéa 1, lettre a LPDP), il convient de rappeler qu'au sens du présent projet de loi, le fichier ne s'entend pas dans son sens de « fichier » LITAO ni dans le sens d'un fichier informatique, ni encore simplement en tant que logiciel qui serait installé sur un poste de travail. Il

¹¹⁵ Cf. art. 22, al. 1 LPDP.

¹¹⁶ Cf. art. 22, al. 2 LPDP.

¹¹⁷ Cf. art. 22, al. 3 LPDP.

sera renvoyé sur ce point à l'article 4, lettre d LPDP. Ainsi conçue, l'obligation d'annoncer à un responsable hiérarchiquement supérieur toute création de fichier n'apparaît pas excessive. Quant à la périodicité de cette annonce, il s'agit là d'une modalité concrète de l'information du responsable. La formulation actuelle de la loi n'empêche pas de tenir compte des contraintes effectives de fonctionnement du service ou des organes et laisse la possibilité à ces derniers de s'organiser pour permettre des communications groupées, et non seulement au fur et à mesure de la création de nouveaux fichiers.

La préoccupation souvent exprimée quant à la nécessaire collaboration entre les responsables désignés et ceux chargés des archives, en particulier sous l'angle de la destruction de données personnelles est légitime. Cette coordination est assurée tout d'abord par la modification, parmi les autres dispositions légales visées à la fin du présent projet de loi, des dispositions de la LArch, afin de permettre une articulation la plus harmonieuse possible entre le champ d'application des lois. L'organisation interne de chaque institution peut en outre aisément prévoir des mécanismes adaptés de concertation entre les responsables LIPAD/LPD et LArch au sein de celle-ci, si tant est qu'il ne soit pas possible de réunir toutes ces compétences auprès des mêmes personnes. Au vu de la multiplicité des organisations possibles et du nombre d'institutions concernées, il n'apparaît cependant pas que la loi soit le siège adéquat de directives plus précises en la matière. Il convient de rappeler que le Conseil d'Etat le moment venu, édictera un règlement d'application, voire des directives par le biais d'ordonnances administratives internes, qui régleront le détail des modalités de cette collaboration.

Il convient en outre de rappeler que les articles 26, alinéa 5 et 2, alinéa 2, lettre c LPDP prévoient une concertation et une coordination d'une part entre le préposé cantonal et l'archiviste d'Etat, d'autre part entre l'application des différentes législations. Par ailleurs, la législation actuelle prévoit déjà la possibilité pour les Archives d'Etat d'édicter à l'intention des institutions publiques des directives sur la constitution, la gestion, la conservation et le versement des archives, les supports et les méthodes techniques de constitution et d'élaboration des documents (cf. article 6, alinéa 3 LArch), ainsi que l'autorisation nécessaire formelle des Archives d'Etat avant de détruire des archives administratives susceptibles d'avoir une valeur archivistique (article 6, alinéa 2 LArch).

Art. 23 à 26 : Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence

Art. 23 : Désignation et financement

L'article 23 LPDP est consacré au mode de désignation du préposé et de son suppléant. Inspirée de l'article 30 LIPAD actuel, cette disposition implique tout d'abord de modifier l'article 2, lettre l LRGC pour ancrer formellement dans cette dernière la compétence de désigner le préposé cantonal, une telle modification ayant été introduite dans les modifications à d'autres lois à l'article 34, alinéa 2 LPDP. L'une des préoccupations du projet de loi vise à assurer une indépendance financière et une autonomie fonctionnelle élevées du préposé vis-à-vis des institutions chargées d'appliquer la loi, sans pour autant en faire un magistrat du pouvoir judiciaire, ni confier la seule responsabilité de son choix au Grand Conseil.

L'article 23, alinéa 1 LPDP prévoit une durée du mandat électif de six ans et la possibilité d'être réélu deux fois, tant pour le préposé que pour son suppléant, ce qui porte la durée totale du mandat possible à 18 ans. Par ailleurs, le fait que la période de six ans ne coïncide pas avec une législature d'une durée de quatre ans a précisément pour but de renforcer encore l'autonomie du préposé par rapport aux institutions qui contribuent à son élection. Ces mesures contribuent à doter le préposé d'une autonomie et d'une indépendance accrues¹¹⁸.

La loi consacre la réunion, au profit d'une seule et même personne, des fonctions de préposé en matière de protection des données personnelles et de médiateur LIPAD. Le souci de cumuler ces compétences essentielles de conseil, de mise en œuvre et de surveillance, tant dans le domaine de la transparence que de la protection des données personnelles, répond tout d'abord à un objectif de cohérence et d'efficacité, dès lors que les deux législations sont intimement liées¹¹⁹. Le principe de coordination matérielle et le souci d'efficacité rendent indispensable la réunion des deux fonctions. La

¹¹⁸ Répondant en cela aux exigences accrues découlant de récents accords internationaux liant la Suisse, notamment les accords Schengen/Dublin et la directive européenne 95/46/CE, cf supra exposé des motifs ad art. 3 et note 58.

¹¹⁹ Il est à cet égard symptomatique que les rares litiges relatifs à la LIPAD dont la justice a eu à se saisir ont souvent trait à l'invocation de motifs d'exclusion liés à la protection de données personnelles de tiers; voir récemment encore l'arrêt publié in SJ 2005 I 129, avec note critique de F. BELLANGER, où le Tribunal administratif a fait primer le principe de transparence sur celui de la protection des données personnelles, après une pesée d'intérêts.

création d'une telle fonction est du reste appelée de leurs vœux par diverses instances cantonales depuis de nombreuses années¹²⁰.

Il sied de relever au surplus que la solution proposée ici est en harmonie avec les révisions du droit fédéral récemment adoptées par les Chambres fédérales. Dans le cadre de la loi fédérale sur la transparence (LTrans), l'actuel « préposé fédéral à la protection des données » est converti en un « *préposé fédéral à la protection des données et à la transparence* »¹²¹, notamment afin de simplifier les procédures d'accès et de faciliter les synergies existantes. Par ailleurs, le projet fédéral de révision de la LPD, afin d'harmoniser le droit suisse avec les exigences du droit international faisant obligation aux Etats parties de prévoir une ou plusieurs autorités de contrôle indépendantes¹²², renforce également les compétences du préposé en lui donnant la possibilité d'ester en justice¹²³, en particulier sous l'angle de l'application de la loi sur la transparence.

Ainsi, on ne saurait prétendre que la réunion, au profit du préposé, des pouvoirs de surveillance de la législation sur la protection des données avec ceux ayant trait à la transparence (LIPAD), constituerait une entrave ou un obstacle à son indépendance. Il existe d'ores et déjà à l'heure actuelle une médiatrice LIPAD et un suppléant indépendants de l'administration ; on ne voit pas en quoi la réunion de pouvoirs distincts en faveur d'un même préposé, pris en dehors de l'administration, pourrait compromettre en quoi ce soit son indépendance dans l'accomplissement de ses deux missions essentielles et complémentaires. Il va en effet de soi que l'indépendance garantie au préposé l'est tant en ce qui concerne la protection des données que les tâches LIPAD.

Les « *autres institutions publiques* » sont toutes celles soumises au champ d'application de la loi; il s'agit là encore d'une reprise de la LIPAD

¹²⁰ Voir à ce propos la note 2/03 de la CEPP, p. 4, de février 2003 qui expose que la CCIE juge également opportune l'instauration d'un préposé à la protection des données.

¹²¹ Voir les art. 18 à 20 LTrans, et les modifications induites à la LPD, FF 2004 p. 6807 ss, 6813; FF 2003 II p. 1894, 1897-1898, et la motivation y relative, FF 2003 II 1869-1872.

¹²² Cf. art. 1, ch. 1, ch. 2 lettre a et 3 du protocole additionnel à la convention STE n°108, FF 2003 II p. 1977 et message du Conseil fédéral y relatif, FF 2003 II p. 1928-1929 et p. 1959.

¹²³ Cf. art. 27, al. 6 du projet de révision de la LPD, FF 2003 II p. 1974.

(article 30, alinéa 3). En ce qui concerne les conditions éventuelles pour que le financement de l'activité du préposé soit mis à charge d'autres institutions, l'idée n'est pas de prévoir une facturation de l'ensemble des services du préposé mais de réserver des situations particulières justifiant cas échéant une participation des institutions au coût de fonctionnement, notamment si le préposé doit être mis en œuvre régulièrement par une institution donnée, qui par ailleurs n'applique pas les prescriptions de la présente loi, ou, pour les institutions les plus grandes, si le volume des requêtes ou des sujets concernant une institution donnée apparaît manifestement supérieur à celui des autres institutions.

Art. 24 : Autonomie

Le préposé cantonal, qui doit s'acquitter de ses tâches de manière autonome, dispose de par la loi d'un secrétariat permanent rattaché administrativement à la chancellerie d'Etat¹²⁴ et doté d'un budget spécifique. Tout comme dans l'actuel projet de loi, il est prévu dans la future LPD de doter le préposé d'un budget et d'un secrétariat permanent, avec un rattachement administratif auprès de la Chancellerie fédérale¹²⁵.

Le préposé assume en effet un rôle déterminant dans le dispositif mis en place par le présent projet de loi. A teneur de ce dernier, le préposé a en effet le devoir général de surveiller l'application de la présente loi¹²⁶. A ces fins, le préposé a notamment la compétence d'émettre des préavis et de formuler des recommandations, de collecter et de centraliser les avis et informations nécessaires auprès des organes des institutions publiques ou des responsables désignés au sein de ces dernières, de conseiller les instances compétentes des institutions publiques sur les mesures d'organisation à prescrire, d'assister les responsables désignés dans l'accomplissement de leurs tâches, d'exprimer son avis sur les projets d'actes législatifs ayant un impact important en matière de protection de données personnelles, de dresser, mettre à jour et rendre accessible au public le catalogue des fichiers des institutions publiques, de renseigner les personnes concernées sur leurs droits et, enfin, d'exercer un droit de recours et de participation aux procédures prévues par la loi¹²⁷.

¹²⁴ Art. 24, al. 2 LPDP; tel est déjà le cas pour le médiateur LIPAD dans la loi actuelle (art. 30, al. 2 LIPAD).

¹²⁵ Voir le nouvel art. 26, al. 2 et 3 du projet de révision de la LPD, FF 2003 II p. 1974 et commentaires in FF 2003 II p. 1955 et p.1959.

¹²⁶ Cf. art. 26, al. 1 LPDP.

¹²⁷ Cf. art. 26, al. 2 LPDP.

De par son indépendance, les fonctions qu'il occupe et les tâches et compétences accrues que la loi lui donne, le préposé cantonal offre ainsi tant aux particuliers qu'aux responsables des institutions publiques une garantie essentielle quant au respect des principes posés par la loi. Une pareille extension de ces compétences apparaît indispensable, si l'on se souvient que l'on a substitué le régime de la base légale au régime de l'autorisation préalable. Il est donc fondamental qu'un important contrôle *a posteriori* puisse survenir quant à la correcte application des principes définis par la loi.

Dans ce contexte, le préposé peut aussi, s'il constate la violation de prescriptions sur la protection des données, recommander aux responsables compétents d'y remédier à bref délai et, à défaut, porter l'affaire pour prise de position auprès des instances compétentes puis recourir devant une autorité judiciaire contre la prise de position de l'instance concernée. Enfin, le préposé joue un rôle essentiel en termes de concertation, puisqu'il coordonne son action également avec l'archiviste d'Etat lorsque l'application de la présente loi ou de la LIPAD implique celle de la loi sur les archives publiques¹²⁸. Le préposé cantonal doit également entretenir des contacts réguliers avec la commission consultative et établir un rapport annuel sur ses activités, qu'il adresse tant au Grand Conseil qu'au Conseil d'Etat et à la commission consultative¹²⁹.

Si l'indépendance du préposé doit naturellement être assurée, il n'est pas nécessaire de conférer à ce dernier le statut d'un magistrat pour lui permettre de s'acquitter de ses tâches de façon autonome. Un tel rattachement serait en outre à la fois artificiel et malvenu, dans la mesure où la quasi-totalité du champ d'intervention du préposé n'aura strictement aucun rapport avec l'activité du pouvoir judiciaire. Sa position ne sera par ailleurs pas celle d'un juge, mais bien celle d'une partie et d'une entité autonome chargée de faire respecter la LPDP auprès de l'ensemble des institutions entrant dans le champ d'application, y compris, cas échéant, en recourant aux tribunaux. On notera du reste que le préposé n'a le statut d'un magistrat ni dans la loi fédérale, ni dans les différentes lois cantonales.

Art. 25 : Budget

On peut affirmer que le projet de loi garantit l'indépendance du préposé, en particulier s'il peut disposer d'un secrétariat permanent doté du personnel nécessaire. Il aura à ce propos des ressources définies par la loi budgétaire

¹²⁸ Cf. art. 26, al. 5 LPDP.

¹²⁹ Cf. art. 26, al. 6 LPDP.

annuelle et libellées sous un centre de responsabilité spécifique (cf. article 25, alinéa 1 LPDP).

Art. 26 : Compétences

Quant à la description des compétences dévolues de par la loi au préposé cantonal, elle résulte en premier lieu de la réunion en une seule personne des fonctions de préposé à la protection des données et de médiateur LIPAD. L'union personnelle des compétences relatives à la LIPAD et à la LPDP apparaît comme un pivot essentiel de la coordination des deux législations en question.

Quant au moment et à la forme de l'intervention du préposé dans le processus législatif tel que décrit à l'article 26, alinéa 2, lettre e LPDP, il n'apparaît pas possible de poser une règle valable dans tous les cas, dès lors qu'il appartient tant au Conseil d'Etat qu'aux députés du Grand Conseil de déposer des projets de lois. Le moment de l'intervention et sa forme pourront donc être différents dans un cas ou l'autre cas. En pratique, le préposé cantonal sera sans doute consulté par le Conseil d'Etat avant que celui-ci ne dépose un projet de loi ayant un impact important sur le traitement des données personnelles, ce qui n'empêcherait pas les commissions parlementaires de le consulter ensuite de leur côté, ainsi qu'elles le feront pour des projets de lois émanant de députés, tout comme ces derniers auront eux aussi le loisir de consulter le préposé avant de déposer un projet de loi. Il n'y a donc pas lieu d'être plus précis dans la formulation de la loi à ce stade.

Le fait de conférer un droit de recours au préposé cantonal (article 26, alinéa 2, lettre i LIPAD) n'affecte pas l'efficacité de la phase initiale de la médiation. La LIPAD n'a pas instauré une médiation du type de celle que connaît par exemple la loi de procédure civile ou encore le code de procédure pénale, mais bien une intervention à caractère mixte, puisqu'en cas d'échec d'une solution amiable, le médiateur a déjà, dans le droit actuel, le devoir de formuler une recommandation vis-à-vis des institutions, afin d'inciter celles-ci, dans toute la mesure du possible, à rendre une décision d'emblée conforme aux impératifs légaux. Dans ce contexte, l'instauration d'un droit de recours apparaît comme un prolongement naturel de l'action du préposé cantonal, notamment sous l'angle de l'effectivité de son intervention. L'instauration d'un tel droit est également de nature à aider les institutions concernées à prendre en compte toutes les circonstances et tous les intérêts légitimes à soupeser, avant la prise de la décision. On notera enfin qu'en matière de protection des données, la convention STE n°108 du Conseil de l'Europe recommande également de doter les organes du type « préposé »

d'un droit de recours, afin d'assurer la sauvegarde des droits considérés et c'est également dans ce sens que va la modification proposée à l'article 27, alinéa 6 de la loi fédérale sur la protection des données.

L'article 26, alinéa 2, lettre i LPDP réserve encore les droits d'intervention et de participation reconnus par ailleurs au préposé dans d'autres lois (en particulier l'article 18, alinéa 3 (nouveau) LArch).

Malgré le légitime souci de cohérence avec la LArch, il n'apparaît pas utile d'étendre encore les compétences du préposé dans le cadre de cette dernière. Le but des dispositions de coordination entre les deux législations est surtout de permettre la concertation entre le préposé et l'archiviste d'Etat, cette concertation allant dans les deux sens (voir notamment à ce propos article 2, alinéa 2, lettre c LPDP et 15A, alinéa 2 (nouveau) LArch. Compte tenu de la coordination entre les différentes procédures, il n'est pas nécessaire que le préposé cantonal ait encore des compétences complémentaires en la matière.

Art. 27 à 28 : Commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques

Enfin, il est instauré une commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques, dont les compétences sont définies par la section 3 du chapitre IV du présent projet de loi¹³⁰. A l'heure actuelle, la LITAO prévoit une commission de contrôle de l'informatique de l'Etat (CCIE), exclusivement chargée d'exercer la surveillance de la loi qui l'institue¹³¹. Comme vu plus haut, l'informatique est aujourd'hui devenue un outil banal au service de la mise en œuvre de tâches publiques. Dès lors, il ne se justifie plus de maintenir une commission de contrôle sous la forme définie par une législation dont le caractère obsolète a déjà été relevé. En outre, et compte tenu des pouvoirs accrus donnés au préposé cantonal en matière de transparence et de protection des données, ceux-ci font double emploi avec les attributions actuelles dévolues à la CCIE.

Par ailleurs, la récente loi sur les archives publiques prévoit déjà en son article 4 une commission consultative des archives publiques chargée de conseiller les départements en matière de constitution, de gestion, de conservation et de consultation des archives, ainsi que de donner son préavis avant toute destruction d'archives historiques¹³². Toujours dans un souci de

¹³⁰ Cf. art. 27 et 28 LPDP.

¹³¹ Cf. art. 10 à 14 LITAO.

¹³² Cf. art. 4, al. 1 LArch.

coordination et de combinaison des compétences respectives des différents partenaires consultés dans ce cadre, une saine gestion impose de fusionner ces différentes entités en une seule, d'où l'idée de créer une commission consultative à la composition et aux pouvoirs élargis, puisqu'elle œuvrera aussi bien à la protection des données et à la transparence qu'aux archives publiques.

Cette commission consultative a pour attribution de promouvoir, par des actions de soutien et d'information, une politique dynamique et coordonnée en matière de protection des données, de transparence et d'archives mais aussi, sur requête des instances visées à l'article 21, alinéa 2 du projet de loi, d'étudier et donner son avis sur tout objet touchant la protection des données, la transparence et l'archivage, de donner son préavis avant toute destruction d'archives historiques, de prendre position sur le rapport annuel du Conseil d'Etat sur l'application de la législation relative aux archives publiques, ainsi que sur le rapport annuel du préposé cantonal¹³³.

En revanche, il ne se justifie pas d'attribuer à la commission des compétences juridictionnelles, étant rappelé par ailleurs que depuis la récente réforme de la juridiction administrative, c'est le Tribunal administratif qui est l'autorité supérieure ordinaire de recours en matière administrative¹³⁴. Ainsi les droits de la personne concernée sont adéquatement garantis en amont par l'action des autorités de surveillance définies par la loi, les pouvoirs du préposé et l'action de la commission consultative et, en aval, par le recours possible au Tribunal administratif.

A l'argument de celles et ceux qui regretteraient la représentativité des partis politiques prévue par l'article 27, alinéa 1, lettre a LPDP pour cet organe et y verraient un risque de politisation de ce dernier, il convient d'opposer que l'organe en question ne se compose pas exclusivement des membres désignés en application de la lettre a mais également des autres membres nommés en fonction de leurs compétences dans les domaines considérés. Au demeurant, tant le Conseil d'Etat que le Grand Conseil auront le souci de choisir des commissaires ayant les compétences idoines pour remplir leur fonction. Le fait qu'il s'agisse d'une grande commission paraît en outre inéluctable; des commissions ayant un nombre analogue de membres sont relativement nombreuses à Genève et leur fonctionnement n'en est pas pour autant *a priori* entravé.

¹³³ Cf. art. 28 LPDP.

¹³⁴ Voir art. 56A de la loi sur l'organisation judiciaire, du 22 novembre 1941 (E 2 05).

La représentation adéquate des archivistes des différentes institutions au sein de l'organe considéré est également à considérer, dans le cadre de la désignation des membres à désigner au vu de leurs compétences en matière d'archives. Il ne faut cependant pas perdre de vue que la commission ne saurait voir indéfiniment le nombre de ses membres augmenter. La représentation adéquate des archivistes d'institutions publiques devrait dès lors être possible dans le cadre des postes à disposition. Les contacts et les concertations entre le préposé et les responsables institutionnels devraient en outre permettre d'assurer un relais adéquat des préoccupations archivistiques au sein de la commission considérée.

Art. 29 : Sanctions

Le champ d'application des lois fédérales relatives à la protection des données, ou à la répression pénale, ne se recoupe pas avec celui de la présente loi. Il ne peut dès lors pas y avoir d'empiètement sur des compétences de la Confédération ou d'autres cantons. Pour le surplus, et dans la mesure où la norme pénale de droit cantonal reste une contravention respectant par ailleurs les conditions de l'article 335 du code pénal, de telles sanctions sont juridiquement admissibles. Elles sont en outre souhaitables pour compléter les moyens tendant à l'effectivité de la loi.

Le renvoi opéré à l'alinéa 2 aux articles 212 à 216 du code de procédure pénale vise notamment la procédure d'opposition à l'éventuelle amende infligée, dont le Tribunal de police connaîtra sur recours.

Art. 30 à 33 : Dispositions finales et transitoires

Le délai de mise en œuvre donné aux institutions publiques pour répertorier leurs fichiers et en communiquer la liste avec les mentions imposées par la loi est de deux ans dès l'entrée en vigueur.

S'agissant de la mise en œuvre des autres dispositions de la loi, il convient de rappeler qu'à teneur de l'article 32 du projet de loi, il appartient au Conseil d'Etat de fixer la date d'entrée en vigueur de la présente loi. Dès lors, au temps objectivement nécessaire à l'adoption de la loi vient encore s'ajouter celui séparant l'adoption de cette dernière et son entrée en vigueur, entrée en vigueur qui sera fixée par le Conseil d'Etat en fonction des possibilités concrètes et de l'état d'avancement dans les différents départements des modalités d'organisation devant être mises en œuvre, tout comme des moyens effectivement à disposition des groupes de travail seront mis en place qui regrouperont des responsables départementaux afin de préparer de manière optimale la mise en vigueur de la loi. Il serait à cet égard opportun

que des groupes de travail regroupant des responsables départementaux des domaines considérés soient mis en place dès l'adoption de la loi, afin de préparer de manière optimale sa mise en vigueur puis son application.

Modifications à d'autres lois

Art. 34, al. 1 : modifications à la LIPAD

Art. 2, al. 1, let. b et c (nouveau)

Il est procédé à deux modifications à l'article 2, alinéa 1, lettres b et c LIPAD, qui visent à simplifier la formulation en évitant de distinguer désormais entre les organes à caractère délibératif et à caractère exécutif et à harmoniser le texte avec celui de l'article 3, alinéa 1, lettres b et c LPDP. Il est désormais fait référence d'une manière générale d'une part aux communes, et d'autre part aux établissements et corporations de droit public, étant entendu que c'est à l'ensemble des organes de ces entités que la LIPAD s'applique.

Art. 17, al. 2 LIPAD

Afin de tenir compte des compétences respectives de la commission de gestion du pouvoir judiciaire d'une part et d'autre part du conseil supérieur de la magistrature, des juridictions et des autres autorités judiciaires, il est procédé à une nouvelle énumération de ces organes, ce qui entraîne un décalage des différentes lettres de l'alinéa.

Art. 24, al. 1 LIPAD (nouvelle teneur)

La disposition a été modifiée pour tenir compte des précisions apportées sur la qualité de la partie requérante, qui peut être n'importe quelle personne physique ou morale.

Art. 26, al. 2 let. f LIPAD (nouvelle teneur)

Il convient d'adopter une formulation plus précise permettant de marquer clairement que l'exception relative à la législation sur la protection des données personnelles ne concerne que la communication à des tiers, ces derniers devant être compris comme ceux visés aux articles 9 et 18 LPDP.

Art. 26, al. 2, let. g LIPAD (nouvelle teneur)

Afin d'éviter tout risque de confusion, la formulation initiale est modifiée en « *porter atteinte à la sphère familiale* ». Malgré le caractère extrêmement vaste de la notion de sphère familiale, l'idée de la présente disposition n'est pas de permettre le refus de la communication d'un document dès qu'il est fait n'importe quelle allusion à la sphère familiale d'une ou de plusieurs personnes mais bien de limiter cette exception au cas où il y a véritablement « *atteinte* », c'est-à-dire où cette sphère n'est pas touchée que de manière périphérique. Certains faits d'ordre familial pourraient en effet ne pas relever de la législation sur la protection des données personnelles mais bien de dispositions spéciales contenues dans d'autres lois (notamment la loi sur l'état civil et ses dispositions d'exécution, ou encore celles sur le contrôle de la population, les renseignements et les dossiers de police, etc.).

Art. 28, al. 5 phr. 2 LIPAD (nouvelle teneur)

Une disposition supplémentaire est ajoutée afin de mieux assurer la coordination entre la procédure de la LIPAD et celle de la LPDP.

Art. 29 al. 2 LIPAD

Cet article a été modifié afin de garantir une meilleure coordination entre la LPDP, la LIPAD et la LArch. Les principes relatifs à la consultation des archives historiques sont ainsi posés à l'article 12 LArch, qui restructure la disposition actuelle sans en altérer le fond.

Art. 31 LIPAD (nouvelle teneur)

C'est à dessein que la nouvelle formulation retenue pour l'article 31, alinéa 1, lettre a LIPAD fait encore référence à la « *médiation* » par le préposé. Comme déjà relevé plus haut, la LIPAD ne prévoit pas de véritable médiation au sens classique du terme mais une procédure *ad hoc* où le préposé joue un rôle plus actif que le médiateur. Le fait que le préposé assume ces deux rôles n'est en outre nullement contradictoire.

Art. 34, al. 2 : modifications à la LRGC*Art 2, let. 1 LRGC (nouvelle teneur)*

Comme relevé plus haut, il est introduit dans la LRGC un nouvel article 2, lettre 1 pour y ancrer la compétence formelle de nommer le préposé, sur proposition du Conseil d'Etat.

Art. 125, al. 2 LRGC (nouvelle teneur)

La question de l'opportunité du rappel de la nécessaire évaluation des incidences financières d'un projet de loi à l'article 125, alinéa 2, lettre a LRGC peut se poser, eu égard notamment aux règles déjà contenues dans la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève (LGAF). Toutefois, au vu de l'importance croissante de ces questions, un rappel dans le cadre de la présente loi n'est pas inutile et se défend aussi d'un point de vue systématique.

Il en va de même de la nécessité d'évaluer systématiquement l'impact d'une loi en matière de données personnelles. Il apparaît en effet que nombre de législations sont susceptibles d'avoir un impact important en matière de données personnelles, même s'il ne s'agit pas de leur objet principal. Le fait d'obliger l'initiateur d'un projet de loi, dans son exposé des motifs, à évaluer également cet aspect ne saurait donc être considéré d'emblée comme une tâche disproportionnée.

Art. 188, al. 6 LRGC (nouvelle teneur)

Pour les mêmes motifs que ceux précédemment relevés, le rapport sur le projet de loi doit pouvoir comporter une évaluation de l'incidence de la mise en œuvre de la loi sur les dépenses et le traitement des données personnelles.

Art. 34, al. 3 : modifications à la LArch*Art. 1, al. 1, let. b LArch (nouvelle teneur)*

L'article 1, alinéa 1, lettre b LArch doit tout d'abord être simplifié de la même manière que les législations parallèles (LIPAD, LPDP), afin de ne plus faire référence aux « *organes exécutifs et délibératifs* » des communes, des

établissements et des corporations de droit public cantonaux mais directement à ces entités.

Art. 4, al. 1 LArch (nouvelle teneur)

La rédaction de la disposition a été simplifiée, en ce sens qu'il est introduit une dénomination abrégée de la commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives publiques. Cette nouvelle dénomination abrégée est également utilisée à l'article 9, alinéa 2 LArch.

Art. 11 LArch (nouvelle teneur)

Il convient de rappeler tout d'abord le principe de la libre consultation, tout en assurant une meilleure coordination entre la LArch, la LIPAD et la LPDP.

Par ailleurs, au vu des difficultés de compatibilité des nouvelles dispositions avec les articles 11 et 12 LArch dans leur teneur actuelle, il a été décidé de remanier assez sensiblement ces deux dispositions.

Le nouvel article 11 LArch, qui garde la même note marginale, est raccourci par la reprise uniquement de ses alinéas 1 (sous réserve de la modification rédactionnelle consistant à ne pas répéter les limites à la libre consultation, celles-ci découlant du texte des dispositions pertinentes), 5 et 6. Les alinéas 2, 3 et 4 de l'actuel article 11 LArch sont modifiés et intégrés dans un nouvel article 12.

Art. 12 LArch (nouvelle teneur)

L'article 12 LArch nouveau reprend l'essentiel de la disposition actuelle, ainsi que les alinéas 2 à 4 de l'article 11 actuel. Les nouveautés consistent essentiellement dans le fait que les documents versés aux Archives d'Etat ne sont en principe consultables qu'après l'expiration des délais de protection prévus aux articles 12, alinéas 3 et 4 LArch, cette exigence s'imposant aussi relativement à des documents que les institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes. L'article 12, alinéa 2 LArch nouveau prévoit en outre que si un document a pu un jour être accessible avant son archivage en vertu de la LIPAD, il le demeure indépendamment des dispositions de la LArch. Une réserve est toutefois faite en raison de circonstances qui imposent de modifier sensiblement le poids respectif des intérêts mis en balance (cf. article 12, alinéa 2 in fine LArch, dont la formulation est l'expression de ce qu'il est

convenu d'appeler généralement le « *droit à l'oubli* », qui n'est cependant pas absolu).

En définitive, la refonte des article 11 et 12 LArch procède pour l'essentiel de retouches rédactionnelles et d'une réorganisation des différents alinéas en fonction de la logique de coordination entre les trois législations que sont la LIPAD, la LPDP, et la LArch.

Art. 18, al. 3 LArch : (nouvelle teneur)

La présente disposition renforce encore la coordination entre les trois législations précitées.

Art. 34, al. 4: Modifications de la loi sur la statistique publique cantonale

Il sera renvoyé sur ce point aux explications données plus haut en relation avec l'article 11 LPDP.

Art. 34, al. 5: Modifications de la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat de Genève (LGAF)

Art. 2A LGAF (nouveau)

Dans ses démarches auprès de l'administration, l'administré doit régulièrement fournir à celle-ci divers documents à même de justifier par exemple un revenu imposable, un titre de propriété, un titre de séjour, un domicile, l'existence d'une personne morale et le droit de l'engager, etc.

Le point commun entre l'ensemble de ces documents est qu'ils émanent tous de l'administration cantonale et se fondent sur des données gérées par celle-ci.

C'est ainsi qu'aujourd'hui, il n'est pas rare qu'un administré puisse être requis de fournir à un service de l'administration, sous la forme d'un document, une information qu'un autre service de l'administration (voire parfois le même service !) gère par ailleurs.

Si cette exigence pouvait sans doute se justifier il y a encore une vingtaine d'années, quand les divers fichiers de l'Etat étaient tenus sur des supports papiers ou simplement assistés par l'informatique, tel n'est plus le cas au début du 21^{ème} siècle, à l'heure des systèmes d'information et d'Internet.

L'administration cantonale l'a bien compris, qui a mis en place un guichet universel dès 1996, né de la volonté de faciliter la vie des administrés.

Chaque année, le nombre de ces démarches simplifiées a augmenté, pour arriver actuellement à plus d'une quinzaine. Elles vont du simple changement d'adresse aux plus complexes demandes en autorisation de manifestation.

La modification proposée s'inscrit ainsi dans le cadre du but poursuivi par le guichet universel, et a pour but de faciliter les démarches de l'administré vis-à-vis de l'Etat, qui ne pourra plus exiger de cet administré la production d'un document établi par son administration, que l'Etat peut par conséquent se procurer lui-même (art. 2A, al. 1 LGAF nouveau). Insérer une telle disposition dans la loi sur la gestion administrative et financière de l'Etat (LGAF) se justifie même si celle-ci ne connaît actuellement qu'une seule norme en matière de gestion administrative, alors qu'elle comprend un grand nombre de dispositions réglant la gestion financière. En effet, simplifier les démarches administratives et organiser les flux internes d'information constituent des mesures qui répondent parfaitement aux exigences énoncées à l'article 2 alinéa 1 et 3 de la LGAF: efficacité et rationalité.

Une telle simplification doit toutefois concilier des contraintes liées notamment à la protection des données personnelles (a), à la mise en oeuvre de la transmission des données entre services de l'administration (b) et enfin, au développement des systèmes d'information eux-mêmes (c).

a) Protection des données personnelles

La loi sur la protection des données personnelles, dans laquelle la disposition sur la communication interne des documents s'insère au titre d'une modification à apporter à une autre loi (la LGAF dans le cas particulier) prévoit, à son article 9, des restrictions à la communication d'information auxquelles il ne saurait être question de déroger pour des motifs relevant de l'efficacité de la communication d'informations à l'utilisateur.

L'intégration du projet d'article 2A LGAF dans les modifications à d'autres lois modifiées par la LPDP, et le renvoi de l'art. 2A, al. 2 LGAF nouveau à l'article 9 LPDP témoignent donc de la primauté de l'art. 9 LPDP, qui, en tant que disposition spéciale, régit la communication de données personnelles.

Par ailleurs, le secret fiscal demeure évidemment préservé, la communication de données fiscales relevant de l'art. 12 LPFisc exclusivement.

b) Délai de mise en oeuvre

La mise en oeuvre de cette innovation législative implique d'importants changements à la fois dans l'approche du service à l'utilisateur, dans les méthodes de travail et de communication, ainsi que dans la construction et l'exploitation des applications informatiques et de télécommunications.

Afin de tenir compte de ce qui précède, un délai d'adaptation de deux ans est prévu, fixé dans les dispositions transitoires (art. 72, al. 5 LGAF nouveau).

c) Systèmes d'information

La combinaison des art. 2A, al. 1 et 3, 2^e phrase LGAF nouveaux contribuera à donner une dynamique nouvelle à la réalisation du guichet universel.

Elle aura également un effet incitatif fort sur la structuration des systèmes d'informations de l'administration et contraindra cette dernière à considérer le partage de l'information comme l'un des objectifs prioritaires pour la réalisation d'instruments de gestion administrative.

Enfin, le fait que le service gestionnaire ne puisse facturer des frais au service récipiendaire, que ce soit pour la transmission de l'information ou l'autorisation d'y accéder (art.2A, al. 3 LGAF nouveau), vise à éviter la mise en place de dispositifs administratifs probablement complexes et coûteux de calcul et de facturation internes à l'administration. Cela n'empêche nullement, en revanche, la perception d'un émolument auprès du requérant, qui tient compte des coûts de l'ensemble de la filière de collecte d'informations. Cet émolument sera perçu par le service en relation directe avec l'administré.

Art.72, al. 5 LGAF (nouveau)

Un délai d'adaptation de deux ans permettra de répartir dans le temps d'éventuels investissements et de réaliser les changements normatifs et méthodologiques indispensables. Ce délai est de surcroît harmonisé avec celui prévu par l'article 33 LPDP

Pour autant, il ne devrait pas être nécessaire d'attendre l'échéance du délai pour une application rapide de ces principes dans de nombreux cas.

Art. 34, al. 6: Modifications de la loi sur la procédure administrative

Les modifications ici proposées ont toutes deux trait à de nécessaires aménagements de la loi pour tenir compte des nouvelles règles instaurées par le présent projet de loi en matière de données personnelles. Il s'agit d'une part de modifier l'article 25 LPA dans la mesure utile pour tenir compte des particularités de l'entraide administrative, lorsqu'elle a trait à des données à caractère personnel.

D'autre part, l'alinéa 1 de l'article 44 LPA relatif à la consultation du dossier est complété pour permettre l'accès que des tiers à la procédure

pourraient déduire de la LPDP, s'agissant de leurs propres données personnelles.

Art. 34, al. 7: Modifications de la loi sur les renseignements et les dossiers de police

Il se justifie, sous l'angle de la prévention des crimes et délits et de la répression des infractions, de permettre le traitement par la police tant de données personnelles sensibles que de profils de personnalité.

Les modifications proposées aux articles 2, alinéa 2 et 3A à 3C de la loi ne sont que la conséquence des principes posés par les articles 14 à 16 LPDP, en faveur de la personne concernée, en matière d'accès à ses propres données personnelles.

Il est par ailleurs saisi l'opportunité de mettre à jour les dénominations des différents services ou autorités administratives que le service des dossiers est autorisé à renseigner en application de l'article 4, alinéa 1 de la loi.

Enfin, la question de la consultation des dossiers de police archivés, à l'origine de la motion M 1498 est désormais réglée par l'abrogation des articles 1A, alinéa 2 et 3 et 1B de la loi sur les renseignements et les dossiers de police. Rien ne distingue plus sous cet angle les dossiers de police des autres dossiers archivés. Il sera renvoyé pour le surplus à la réponse du Conseil d'Etat du 17 février 2005 faite à ladite motion (M 1498-A).

Art. 34, al. 8: Modifications de la loi concernant le contrôle de la population

L'abrogation proposée s'explique par le fait que la disposition actuelle, par son caractère beaucoup trop général, n'est pas compatible avec les exigences du nouveau système, en particulier l'article 9 LPDP.

Art. 34, al. 9: Modifications de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé

Le présent projet de loi vise à garantir la coordination avec les autres législations cantonales en matière de santé qui contiennent des dispositions relatives à des dossiers contenant des données personnelles.

Les modifications proposées (nouveaux art. 2, alinéas 2 à 4 de la loi K 1 80) reprennent matériellement les nouveaux articles 53, 55, alinéa 1 et 55,

alinéa 2 de la loi sur la santé¹³⁵, votée tout récemment par le Grand Conseil mais non encore en vigueur. Ces dispositions particulières définissent le dossier médical et régissent la consultation de celui-ci. Dès lors que l'adoption de la loi sur la santé entraîne l'abrogation¹³⁶ de l'actuelle loi concernant les rapports entre membres des professions de santé et patients (K 1 80), les présentes propositions de modifications de l'article 2 de la loi K 1 80 seront caduques si le présent projet de loi est adopté après l'entrée en vigueur de la L 9328, et que la loi alors en vigueur contient des dispositions équivalentes.

Par identité de motifs, il conviendra d'amender le présent projet en intégrant dans la loi récemment votée, mais non entrée en vigueur, sur la commission de surveillance des professions de la santé et des droits des patients¹³⁷ la modification ici proposée de l'article 10, alinéa 6 de la loi concernant les rapports entre membres des professions de la santé et patients (K 1 80). Il appartient en effet à la commission de surveillance des activités médicales, lorsqu'elle est saisie d'une requête portant sur un autre droit que la simple consultation du dossier médical, mais qui implique l'application de la LPDP, de statuer sur l'ensemble des aspects du litige, dans le respect des prescriptions de la LPDP. Une scission du litige en deux serait en effet aussi artificielle qu'inopportune car susceptible de gérer des conflits positifs ou négatifs de compétence ou des décisions contradictoires.

V. Synthèse et remarques finales

Le présent projet de loi procède à un arbitrage entre des impératifs contradictoires, mais non irréductibles. D'une part, la nécessaire protection des données personnelles, garantie par la Constitution fédérale, ainsi que le respect des autres principes constitutionnels doivent guider l'activité étatique, y compris le principe de légalité. D'autre part, les nécessités opérationnelles propres aux services publics, qui doivent pouvoir compter sur une circulation des données optimale entre les différents services chargés de l'exécution des diverses missions légales leur incombant, doivent aussi être prises en considération, afin d'augmenter l'efficacité et l'efficience des politiques à mettre en œuvre.

¹³⁵ L 9328 votée par le Grand Conseil le 7 avril 2006, K 1 03.

¹³⁶ Cf. art. 136, let. d de la L 9328, K 1 03.

¹³⁷ L 9326 votée par le Grand Conseil le 7 avril 2006, K 3 03.

Par ailleurs, au vu de la matérialité et de la finalité d'une législation sur les données personnelles, une coordination indispensable s'impose tant avec les autres législations cantonales relatives à la transparence et aux archives publiques qu'avec les impératifs résultant du droit fédéral. Une pondération des intérêts est indispensable pour continuer à promouvoir le principe de transparence, tout en tenant compte du nécessaire respect des données personnelles, ainsi que des impératifs de bon fonctionnement des institutions.

Conscientes de ces enjeux, les institutions internes et externes de l'Etat qui ont été consultées avant l'adoption du présent projet de loi l'ont dans l'ensemble favorablement accueilli. Dans toute la mesure compatible avec l'esprit du projet de loi et sa nécessaire cohérence, il a été tenu compte de leurs remarques, suggestions ou préoccupations.

Enfin, l'évolution des technologies, avec l'apparition de systèmes toujours plus sophistiqués de saisie et de traitement de données, et une informatique aujourd'hui en constante évolution, devenue un outil standard d'appui à l'activité étatique, rendent nécessaire une appréhension la plus large possible du concept de traitement de données et une formulation législative exempte de références techniques qui ne pourraient qu'être rapidement dépassées. Le présent projet de loi se veut par conséquent une réponse adéquate à l'ensemble des objectifs visés, dans le respect de tous les impératifs ci-dessus.

Au bénéfice de ces explications, nous vous remercions, Mesdames et Messieurs les députés, de réserver un bon accueil au présent projet de loi.