Département présidentiel – Mise à disposition de la FAO sur Internet pendant 30 jours

Avis du 26 janvier 2016

Mots clés: information active, Feuille d'avis officielle, Internet, données personnelles, droit à l'oubli

Contexte: entrée en vigueur, le 1er janvier 2017, d'une disposition légale prévoyant la publication gratuite de la version pdf de la FAO sur le site www.ge-fao.ch pendant 30 jours

Bases juridiques: art. 56 al. 3 litt. c LIPAD

1. Caractéristiques de la demande

Par courriel du 7 octobre 2015, Mme Florence Noël, Directrice du Service communication et information du Département présidentiel a sollicité du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après PPDT) son avis sur une modification de la loi sur la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 29 novembre 2013 (LFAO; RSGe B 2 10) qui entrera en vigueur le 1er janvier 2017.

En effet, selon l'art. 6 LFAO, la version électronique de la Feuille d'avis officielle est disponible gratuitement sur Internet pendant 30 jours à compter du lendemain de sa parution en version imprimée, charge au Conseil d'Etat de prendre les mesures nécessaires à la protection des données personnelles qui y sont contenues. La FAO est disponible pour une durée plus longue moyennant un abonnement payant. Cette disposition entrera en vigueur le 1er janvier 2017 (art. 9 al. 2 LFAO).

Mme Noël explique qu'il s'agit pour le Département présidentiel de répondre à la contrainte de la mise en ligne gratuite tout en garantissant la protection des données personnelles, ce qui nécessite de contenir la circulation des informations dans un moteur de recherche interne au site web FAO.

Elle ajoute que, techniquement, l'objectif à atteindre est d'empêcher des logiciels de reconnaissance de caractères (i.e. des robots hackers) d'exporter les informations «FAO» et de les rendre accessibles sur des moteurs de recherches type «Google» ou «Yahoo». Selon elle, la meilleure garantie à fournir est de passer par l'insertion d'un code *captcha*, à remplir obligatoirement pour accéder au pdf. Ce procédé d'identification graphique ou sonore (permettant ainsi d'être accessible aux personnes ayant une vision déficiente) a l'avantage de ne pas pouvoir être contourné par un robot.

Mme Noël précise encore que l'accès aux informations archivées des FAO étant à l'heure actuelle lié à un abonnement payant, la mise en place d'un «login» n'est pas nécessaire. Si la FAO numérique devait un jour être gratuite de façon permanente, le Département présidentiel renforcerait la protection des données par l'insertion d'un login gratuit, mais obligatoire, pour accéder au site FAO.

2. Contexte juridique

La FAO a pour but la diffusion des actes et avis officiels, législatifs, administratifs et judiciaires, ainsi que l'information du public (art. 2 LFAO).

Elle contient tous les avis et actes officiels dont la publication est prévue par la loi, soit notamment les lois, les règlements, les arrêtés et les communications des autorités. Elle contient aussi tous les autres avis et actes officiels que les autorités souhaitent publier (art. 4 LFAO).

Le droit d'éditer la Feuille d'avis officielle fait l'objet d'une adjudication (art. 3 LFAO).

La FAO fait l'objet d'une édition papier et d'une édition électronique (art. 5 al. 1 LFAO). Seule la version imprimée fait foi (art. 5 al. 1 LFAO; art. 6 al. 1 du règlement relatif à l'édition de la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève du 18 décembre 1962 (RFAO; RSGe B 2 10.03).

A teneur de l'art. 11 al. 1 à 3 RFAO, l'édition électronique de la FAO s'opère par le biais d'Internet. L'accès à la FAO sur Internet est limité au cercle des abonnés à celle-ci. Les archives de la FAO demeurent accessibles au public sur Internet pour une durée de deux ans dès leur première publication électronique. L'art. 11 al. 4 RFAO prévoit la compétence du Département présidentiel pour procéder à d'éventuelles rectifications sur la version électronique de la FAO, moyennant une inscription mentionnant la date et la cause de la rectification.

La Feuille d'avis officielle paraît deux fois par semaine, soit le mardi et le vendredi, à l'exception des jours fériés officiels (art. 12 RFAO).

S'agissant de l'information du public, la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGe A 2 08) prévoit que les institutions communiquent spontanément au public les informations qui sont de nature à l'intéresser, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose. L'information doit être donnée de manière exacte, complète, claire et rapide. Les institutions informent par des moyens appropriés à leurs ressources et à l'importance des informations à diffuser. Dans toute la mesure du possible, elles utilisent les technologies modernes de diffusion de l'information (art. 18 LIPAD).

Il ne fait aucun doute que la publication en ligne de la FAO par le Département présidentiel correspond à de l'information active.

Plusieurs dispositions réglementent la publication des actes et avis officiels.

L'adjudicataire est tenu de se conformer, pour l'ordre des divers actes officiels, aux directives qui lui sont données par le Département présidentiel. Les avis et annonces sont classés par rubriques de matière, en différents chapitres, et sont mis en page selon la charte graphique établie par le Département présidentiel (art. 7 RFAO).

L'adjudicataire est tenu d'insérer tous les actes officiels et avis administratifs et judiciaires (art. 15 RFAO).

Les publications prévues par le code civil (CC) et le code des obligations (CO) sont faites dans la Feuille d'avis officielle; le juge ou l'autorité administrative compétente fixe le nombre des publications nécessaires, qui ne peut excéder trois (art. (art. 206 de la loi d'application du code civil suisse et d'autres lois fédérales en matière civile du 11 octobre 2012; LaCC; RSGe E 1 05).

Le juge civil (ou l'autorité compétente) publie notamment les actes suivants:

- en matière de protection de la personnalité, le jugement (art. 28a al. 2 CC);
- en matière de requêtes en déclaration d'absence, la sommation aux personnes qui pourraient donner des nouvelles de l'absent (art. 36 al. 2 CC);

- le retrait du pouvoir de représenter l'union conjugale (art. 174 al. 3 CC);
- en matière d'administration d'office de la succession, la sommation aux ayants droit à faire leur déclaration d'héritier (art. 555 al. 1 CC) et la communication de la copie des clauses testamentaires à ceux qui ont des droits dans la succession mais qui n'ont pas de domicile connu (art. 558 al. 2 CC);
- en matière d'inventaire, les sommations publiques nécessaires (art. 582 al. 1 CC).

Les cantons peuvent en outre publier les acquisitions immobilières (art. 970a al. 2 CC). Genève a fait usage de cette possibilité (art. 157 LaCC).

S'agissant de l'introduction du feuillet fédéral, l'enquête publique fait en outre l'objet d'une publication dans la Feuille d'avis officielle (art. 161 al. 3 LaCC).

Quant aux ventes immobilières ordonnées par le juge, l'art. 217 LaCC indique que la vente est annoncée par des avis insérés trois fois dans la Feuille d'avis officielle, à une semaine d'intervalle, indiquant le jugement en vertu duquel elle a lieu, les qualités des parties, la désignation des biens à vendre, conformes au cahier des charges, les lots et mises à prix, les lieu, jour et heure de l'adjudication et la date du cahier des charges. L'art. 225 al. 1 et 2 LaCC ajoute que faute par l'adjudicataire de payer le prix au terme fixé ou 8 jours après une sommation demeurée infructueuse, la vente est purement et simplement résiliée et le notaire procède à de nouvelles enchères, dans un délai qui ne peut être inférieur à 15 jours. La date des nouvelles enchères est signifiée par écrit aux parties intéressées ou à leurs mandataires et la vente est annoncée, par des avis insérés à cinq jours au moins d'intervalle, deux fois au moins dans la Feuille d'avis officielle, renfermant les indications prévues à l'article 217, et par une apposition d'affiches.

Les publications des offices des poursuites et des offices des faillites sont insérées dans la Feuille officielle suisse du commerce et dans la feuille cantonale. L'insertion dans la Feuille officielle suisse du commerce fait règle pour la supputation des délais et pour les conséquences de la publication (art. 35 al. 1 LP, loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 11 avril 1889; RS 281.1). La publication de la faillite valant appel aux créanciers fait l'objet de l'art. 232 LP. La publication prévue aux articles 138 et 257 de la loi fédérale est insérée trois fois, à une semaine d'intervalle, dans la Feuille d'avis officielle (art. 11 al. 1 de la loi d'application de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite du 29 janvier 2010 (LaLP; RSGe E 3 60). Les directives de l'autorité de surveillance sont publiées au Recueil systématique officiel de la législation genevoise (art. 7 al. 4 LaLP).

En matière pénale, le juge (ou l'autorité compétente) publie notamment les actes suivants:

- si l'intérêt public ou certains intérêts privés l'exigent, la publication du jugement de condamnation, du jugement d'acquittement ou de la décision de libération de la poursuite pénale (art. 68 CP);
- en matière d'altération de fourrages, le jugement de condamnation (art. 235 ch. 1 al. 2 et 236 al. 1er CP).

Le code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (CPP; RS 312.0) prévoit que la notification du jugement a lieu dans la Feuille officielle désignée par le canton ou la Confédération: a. lorsque le lieu de séjour du destinataire est inconnu et n'a pas pu être déterminé en dépit des recherches qui peuvent raisonnablement être exigées; b. lorsqu'une notification est impossible ou ne serait possible que moyennant des démarches disproportionnées; c. lorsqu'une partie ou son conseil n'a pas désigné un domicile de notification en Suisse, alors qu'ils ont leur domicile, leur résidence habituelle ou leur siège à l'étranger (art. 88 al. 1 CPP). A Genève, la FAO est l'organe de publication officielle (art. 16 de la loi d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale du 27 août 2009; LaCP; RSGe E 4 10).

A Genève, les décisions des autorités et juridictions administratives sont notifiées dans la FAO lorsque l'adresse du destinataire est inconnue ou lorsque l'affaire concerne un grand

nombre de parties (art. 46 al. 4 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985; LPA; E 5 10).

3. Loi applicable à Genève

Les règles posées par la loi genevoise (LIPAD) concernant la collecte et le traitement de données personnelles sont les suivantes:

3.1. Notion de donnée personnelle et de donnée personnelle sensible

Par donnée personnelle, il faut comprendre: « *toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable* » (art. 4 litt. a LIPAD). Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve bien face à des questions relatives à la protection de données personnelles.

Les données personnelles sensibles comprennent les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques, syndicales ou culturelles; la santé, la sphère intime ou l'appartenance ethnique; des mesures d'aide sociale; des poursuites ou sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b LIPAD).

3.2. Principes généraux relatifs à la protection des données

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (art. 35 à 38 LIPAD).

- Base légale (art. 35 al. 1 et 2 LIPAD)

  Le traitement de données personnelles ne peut se faire que si l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend nécessaire. En outre, la loi stipule que lorsqu'il s'agit de traiter de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité, la tâche considérée doit soit être définie clairement par la loi, soit être absolument indispensable à l'accomplissement de la tâche en cause soit encore être nécessaire et, si c'est le cas, intervenir avec le consentement – libre et éclairé – de la personne concernée.

- Bonne foi (art. 38 LIPAD)

  Il n'est pas permis de collecter des données personnelles sans que la personne concernée en ait connaissance, ni contre son gré. Quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données – par exemple en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement – viole le principe de la bonne foi. Il agit également contrairement à ce principe s'il collecte des données personnelles de manière cachée.

- Proportionnalité (art. 36 LIPAD)

  En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données qui sont nécessaires et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée en se demandant s'il n'existe pas un moyen moins invasif permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

- Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD)

  Conformément au principe de finalité, les données collectées ne peuvent être traitées que pour atteindre un but légitime qui a été communiqué lors de leur collecte, qui découle des circonstances ou qui est prévu par la loi. Les données collectées n'ont ensuite pas à être utilisées à d'autres fins, par exemple commerciales.

- Reconnaissabilité de la collecte (art. 38 LIPAD)

La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Cette exigence de reconnaissabilité constitue une concrétisation du principe de la bonne foi et augmente la transparence d'un traitement de données. Cette disposition implique que, selon le cours ordinaire des choses, la personne concernée doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (principe de prévisibilité). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la ou les finalités du traitement, soit que celles-ci lui sont indiquées à la collecte ou qu'elles découlent des circonstances.

- Exactitude (art. 36 LIPAD)

  Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer de l'exactitude de ces dernières. Ce terme signifie également que les données doivent être complètes et aussi actuelles que les circonstances le permettent. La personne concernée peut demander la rectification de données inexactes.

- Sécurité des données (art. 37 LIPAD)

  Le principe de sécurité exige non seulement que les données personnelles soient protégées contre tout traitement illicite et tenues confidentielles, mais également que l'institution en charge de leur traitement s'assure que les données personnelles ne soient pas perdues ou détruites par erreur.

- Destruction des données (art. 40 LIPAD)

  Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes 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.

4. Commentaires

La question soumise au Préposé cantonal a trait à la compatibilité de la publication en ligne de la FAO – sans suppression après l'écoulement d'un certain temps des données personnelles, figurant plus particulièrement dans les avis judiciaires – avec la LIPAD.

Le Préposé cantonal constate tout d'abord que les informations publiées dans la FAO par le Pouvoir judiciaire, l'office des poursuites et faillites, et le registre du commerce, à tout le moins, contiennent des données personnelles et même des données personnelles sensibles au sens de la LIPAD s'agissant des deux premiers.

La publication de ces données, non seulement dans la FAO, mais également sur les pages Internet de celle-ci, constitue un traitement de données personnelles au sens de la loi, dans la mesure où il s'agit de la communication et de la diffusion de ces données (cf. art. 3 let. e et f de la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992; LPD; RS 235.1).

Comme cela ressort des dispositions légales susmentionnées, le traitement de ces données repose sur une base légale. Ainsi, leur communication est non seulement licite, mais également requise par la loi. Il en découle que la publication de ces données sur Internet est licite, a priori.

Reste que seules les données pertinentes et nécessaires à l'accomplissement des tâches légales doivent être traitées, et que celles qui ne le sont plus doivent être détruites, ou à tout le moins rendues anonymes. Certaines informations – plus exactement les documents les contenant, voir ci-dessous – sont accessibles sur demande, durant un certain temps. C'est ainsi que toute personne peut notamment consulter les procès-verbaux et les registres des offices des poursuites et des offices des faillites et s'en faire délivrer des extraits à la condition qu'elle rende son intérêt vraisemblable (art. 8a al. 1 LP). En tout état, le droit de consultation des tiers s'éteint cinq ans après la clôture de la procédure (al. 4). D'autre part, les documents que des institutions sont chargées d'archiver elles-mêmes ne peuvent en principe être consultés qu'à l'expiration d'un délai de protection de 25 années à compter de

la clôture du dossier, ces documents demeurant toutefois accessibles pendant 5 ans dès leur archivage lorsque le requérant aurait pu y avoir accès auparavant en vertu de la LIPAD (art. 12 al. 1 à 3 LArch). Il en découle que la diffusion spontanée de données personnelles, accessibles au monde entier, pour une durée illimitée, n'est pas conforme aux règles applicables en matière de protection des données personnelles.

Référence peut être faite à ce stade au registre du commerce, qui tient précisément ces données à jour, en supprimant celles qui ne sont plus pertinentes, alors que les données publiées dans la FAO concernant ce registre, qui restent accessibles en ligne durant des années (précisément depuis le mois de mars 2002) ne le sont pas.

C'est le lieu de relever une distinction importante à faire: la distinction entre information active (où l'on met à disposition des informations de manière spontanée) et l'accès aux documents (où l'on rend accessible un document, sur demande).

Comme on l'a vu, la mise en ligne de la FAO correspond à de l'information active, au sens de l'art. 18 LIPAD. Cette information active vise à communiquer au public des informations qui sont de nature à l'intéresser, sans qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose. Elle doit donc être faite dans le respect des règles sur la protection des données.

S'il est exact qu'une information publiée est considérée comme publique, il n'en découle pas qu'elle doive – ou puisse – être diffusée de manière permanente, mais uniquement qu'elle devra être communiquée – par l'accès au document qui la contient – sur demande. Tel est par exemple le cas du jugement pénal de non-lieu. De même, si l'information d'une faillite prononcée est publiée, il n'en reste pas moins qu'au-delà de la nécessaire publication prévue par la loi, l'accès au document qui la contient – le jugement de faillite – devra se faire selon les règles de la LIPAD et de la loi sur les archives.

5. Recommandations

Le 16 octobre 2015, le PPDT a formulé des recommandations sur la base des éléments énoncés. Il a retenu que la diffusion des données personnelles et personnelles sensibles de la FAO sur Internet, sans date d'échéance et donc sans suppression aucune, n'est pas conforme aux règles applicables en matière de protection des données personnelles car, passé un certain délai, le traitement de ces données n'est plus pertinent ni nécessaire à l'exercice d'une tâche légale. Le délai durant lequel ces données peuvent rester accessibles doit faire l'objet d'une appréciation. En effet, c'est «selon les règles générales qu'il convient de déterminer si et dans quelle mesure les institutions doivent détruire» les données, et la loi ne précise pas elle-même «l'intervalle à partir duquel la destruction doit avoir lieu pour être considérée comme régulière [...] ; des règles générales ne sont guère concevables tant elles sont étroitement liées à la diversité des tâches légales accomplies» (cf. PL 9870, exposé des motifs, p. 56). En l'occurrence, les données doivent rester accessibles au moins 30 jours (cf. art. 232 LP) et au maximum cinq ans (cf. art. 12 LArch). Ce délai maximum doit être relativisé en tenant compte de la visibilité permanente et mondiale de ces données, due au mode de diffusion choisi. Un délai de deux ans pourrait être considéré comme approprié.

La solution consistant à traiter au cas par cas les demandes de suppression de ces données n'est pas de nature à rendre le traitement de ces données conforme à la loi, mais bien au contraire susceptible de créer une inégalité de traitement.

La solution envisagée par le Département présidentiel, à savoir de limiter l'accès Internet au seul cercle des abonnés et en empêchant les moteurs de recherches principaux d'indexer pour l'avenir certaines pages contenant des données personnelles par l'insertion d'un code *captcha*, ne l'est pas davantage.

En l'absence des précisions techniques requises sur la faisabilité de la suppression en tout ou partie, automatiquement ou manuellement, des données personnelles sensibles non pertinentes, le Préposé cantonal suggère au Département présidentiel de garantir la

suppression des données personnelles sensibles deux ans au plus tard après leur publication.

A cet égard, le Préposé cantonal attire encore l'attention sur les règles de la Confédération en la matière, à savoir la loi fédérale sur les recueils du droit fédéral et la Feuille fédérale du 18 juin 2004 (LPubl; RS 170.512), dont une teneur modifiée, qui conforte la position exprimée ci-avant, entrera en vigueur le 1er janvier 2016.

Selon les art. 16 à 16b LPubl:

Art. 16 Version imprimée

[1] Les textes publiés sur la plate-forme peuvent être obtenus sous forme imprimée.
[2] Le Conseil fédéral détermine les conditions auxquelles il y a lieu d'établir, à des fins de commercialisation, des éditions périodiques imprimées des textes publiés sur la plate-forme.
[3] Le Conseil fédéral détermine le nombre minimal d'exemplaires imprimés des textes publiés dans le RO et dans la FF qu'il y a lieu d'établir, et leurs dépositaires.

Art. 16a Sécurité des données

Le Conseil fédéral arrête les mesures garantissant l'authenticité, l'intégrité et la conservation des textes publiés sur la plate-forme ainsi que le bon fonctionnement de celle-ci, en tenant compte de l'état de la technique.

Art. 16b Protection des données

[1] Les publications au sens de la présente loi peuvent contenir des données personnelles; elles peuvent contenir en particulier des données sensibles au sens de l'art. 3, let. c, de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des donnée, lorsque cela est nécessaire en vertu d'une obligation de publication prévue par une loi fédérale.
[2] Les textes contenant des données sensibles ne doivent pas rester accessibles en ligne au public plus longtemps ni contenir davantage d'informations que cela n'est nécessaire au regard de leur finalité.
[3] Le Conseil fédéral arrête les autres mesures qui sont nécessaires pour garantir la protection des données sensibles qui font l'objet d'une publication en ligne, en tenant compte de l'état de la technique.

6. Suivi des recommandations

Le 14 décembre 2015, Mme Noël informe le PPDT de la réflexion du Conseil d'Etat de Genève d'élaborer un projet de modification de la loi sur la Feuille d'avis officielle de la République et canton de Genève (LFAO), permettant d'inverser la primauté actuelle du papier sur le numérique, de façon à ce qu'à l'avenir seule la version électronique fasse foi.

La réflexion concerne notamment l'art. 6 LFAO, qui serait modifié comme suit:

Art. 6 Accessibilité (nouvelle teneur avec modification de la note)
[1] La Feuille d'avis officielle est disponible gratuitement sur Internet pendant une durée de 2 ans.
[2] Le département présidentiel, soit pour lui les Archives d'Etat de Genève, est chargé d'archiver les anciennes éditions.
[3] Le Conseil d'Etat prend les mesures nécessaires pour assurer l'accès aux documents et la protection des données personnelles, conformément à la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001.

Le passage à la primauté de la version électronique aurait pour avantage l'abandon de l'obligation d'imprimer la FAO sur un support papier. Mme Noël souligne que ce changement a déjà été opéré par certains cantons, à l'instar d'Argovie, qui publient depuis plusieurs années leur feuille d'avis officielle uniquement sur support électronique. Le projet de loi proposera la mise en place de la FAO sur support électronique uniquement et mis à disposition du public de façon entièrement gratuite, dès le 1er janvier 2017.

Mme Noël indique que la conception du futur site Internet de la FAO sera effectuée en interne, par la Direction générale des systèmes d'information, et tiendra compte des contraintes liées à la protection des données personnelles et personnelles sensibles. Le site Internet sera ainsi doté d'un code *captcha* ainsi que d'une suppression automatique des données deux ans après leur publication. Un système d'archivage automatique des données informatiques sera également intégré au concept en collaboration avec les Archives d'Etat de Genève. L'accessibilité de toutes les publications de la FAO sera enfin garantie aux citoyens par la possibilité de les consulter directement aux Archives d'Etat ou à l'accueil de l'Hôtel de Ville, aux heures d'ouverture, sur des postes informatiques internes (intranet).

7. Conclusion

En conclusion, à la vue des éléments ci-dessus, on retiendra que les recommandations exprimées par le PPDT le 16 octobre 2015 ont été suivies par le Département présidentiel.

La nouvelle formulation de l'art. 6 LFAO et les précautions prises sont pleinement satisfaisantes et tout à fait conformes aux règles applicables en matière de protection des données personnelles.

Stéphane Werly

Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton

Préposée adjointe