



## **Avant-projet de loi fédérale sur la protection des données - Projet de PLCE et de formulaire de prise de position**

**Avis du 22 mars 2017**

---

**Mots clés** : Transparence, données personnelles, données sensibles

---

**Contexte** : En raison de la révision de la Convention du Conseil de l'Europe STE 108 ainsi que de modifications importantes du droit européen relatif à la protection des données, la loi fédérale sur la protection des données (LPD; RS 235.1) fait l'objet d'une révision totale. Le Préposé cantonal est favorable au projet de réponse qui a été élaboré et souligne que la LIPAD va devoir à son tour prochainement faire l'objet d'une révision équivalente.

---

**Bases juridiques** : art. 56 al. 3 litt. e LIPAD

---

Par courriel du 15 mars 2017, la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat (ci-après DAJ) a sollicité du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après PPDT) son avis sur le projet de PLCE et de formulaire de prise de position concernant la procédure de consultation fédérale sur les objets suivants :

- Avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales;
- Arrêté fédéral portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise de la direction (UE) 2016/680 relative à la protection des données personnelles traitées à des fins de poursuite pénale et d'entraide en matière pénale;
- Projet de modernisation de la Convention STE 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

Le projet de lettre du Conseil d'Etat ainsi que les réponses apportées au formulaire de prise de position conviennent parfaitement au PPDT, qui souligne à cet égard avoir été associé aux travaux dirigés par la DAJ.

L'autorité tient à saluer la bonne collaboration qui s'est instaurée avec la Chancellerie d'Etat ainsi qu'avec le groupe interdépartemental composé des responsables LIPAD des différents départements de l'administration cantonale.

Les réponses figurant dans les projets portés à l'attention du PPDT sont raisonnables dans un contexte où les changements présentés au plan fédéral sont importants. Des modifications intéressent au premier chef le canton de Genève, lequel va devoir rapidement mener une réflexion de fond en lien avec l'application de la loi genevoise sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD; RS-Ge A 2 08).

Le PPDT tient à profiter de l'occasion qui lui est donné lors de la présente consultation pour attirer l'attention sur quelques éléments clés intéressant le législateur genevois :

- S'agissant du **rôle de l'autorité de protection des données**, le PPDT a essentiellement une fonction de conseils, de médiateur et de recommandations aux institutions publiques qui doivent ensuite se déterminer par une décision susceptible de recours auprès de la Chambre administrative.
- L'entrée en vigueur du nouveau droit, en particulier de la révision de la Convention STE 108 du Conseil de l'Europe, implique de renforcer notablement les compétences des autorités de protection des données en leur confiant la faculté de prendre des décisions, de défendre celles-ci devant les tribunaux et d'infliger des sanctions.

Dans le cadre de l'avant-projet de révision totale de la LPD, l'option qui a été prise de renforcer les dispositions pénales plutôt que de confier la compétence de sanctions au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence fait actuellement débat.

La Conférence des Gouvernements Cantonaux (CDC) a préparé un guide à l'attention des législateurs cantonaux dans lequel elle souligne notamment le fait qu'il lui paraît peu judicieux qu'une autorité cantonale de protection des données puisse infliger des amendes à des institutions publiques cantonales ou des communes.

- Outre le changement de paradigme à venir dans le rôle confié à l'autorité cantonale de protection des données, les responsables de traitement (actuellement les maîtres de fichiers selon la LIPAD) se voient confier nombre de nouvelles obligations fondamentales. Le **principe de "privacy by design"** entrainera la nécessité de procéder à des études d'impact préalables à tout projet concernant la protection des données personnelles.
- La **notion de données personnelles sensibles** est étendue aux données biométriques et génétiques. La notion de profil de personnalité, qui relève également de la catégorie des données personnelles sensibles, s'intitulera dorénavant "profilage".

Dans ce domaine, le PPDT rappelle que l'art. 35 de la LIPAD exige, lorsqu'il est question de traiter des données personnelles sensibles (santé, aide sociale, poursuites, sanctions civiles ou pénales, profil de personnalité) qu'une base légale expresse soit adoptée et que par ailleurs de tels traitements soient indispensables à l'exercice de la mission publique concernée ou à tout le moins nécessaires et, dans cette deuxième hypothèse, qu'ils interviennent avec le consentement libre et éclairé des personnes concernées. Le PPDT fait le constat que de telles bases légales expresses font aujourd'hui largement défaut. Il lui paraît nécessaire qu'en marge de la révision à venir de la LIPAD, tous les traitements de données personnelles sensibles au sein des entités publiques cantonales et communales puissent être identifiés et inscrits dans le catalogue tenu par le PPDT en vertu de l'art. 43 LIPAD, afin qu'à terme de telles bases légales soient créées.

- La question de la **sous-traitance du traitement de données personnelles** n'est actuellement pas envisagée par la LIPAD, alors qu'elle est très fréquente et soulève des questions en matière de sécurité des données, lesquelles doivent être protégées par le biais d'un contrat efficace conclu entre l'institution publique en cause et le sous-traitant. Il s'agit là d'une question qui devra retenir l'attention, dans la mesure où la Convention 108 et le droit européen imposent de nouvelles obligations.

- Enfin, et pour terminer cette illustration de quelques points parmi d'autres sur lesquels notre législateur devra se pencher, nous souhaitons évoquer une disposition du règlement européen de protection des données (RGPD), qui a vocation à s'appliquer de façon extraterritoriale, et qui, à ce stade, n'a pas l'objet d'une transposition dans la loi fédérale sur la protection des données. Selon cet article 3, paragraphe 2 et 3 :

*"2. Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement sont liées :*

*a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou*

*b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.*

*3. Le présent règlement s'applique au traitement de données à caractère personnel par un responsable du traitement qui n'est pas établi dans l'Union mais dans un lieu où le droit d'un Etat membre s'applique en vertu du droit international public."*

Il paraît vraisemblable qu'un certain nombre d'institutions publiques genevoises seront concernées par cette disposition. Il importe qu'elles soient identifiées afin qu'elles examinent comment elles devront mettre en œuvre cette nouvelle exigence. En l'état, l'interprétation de l'art. 3 fait l'objet de passablement d'attention sans qu'une position claire ne soit encore dégagée, ce qui à notre sens peut être la source d'une certaine insécurité juridique. Le Préposé fédéral pourrait être alerté sur ce point et guider les autorités cantonales en clarifiant la question.

Stéphane Werly

Préposé cantonal

Pascale Byrne-Sutton

Préposée adjointe