



Projet de règlement sur la pédagogie spécialisée

Avis du 7 juin 2021

Mots clés : veille réglementaire, pédagogie spécialisée, données sensibles, base légale, transmission de documents

Contexte : Le 2 juin 2021, le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) a requis l'avis du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) concernant un projet de règlement sur la pédagogie spécialisée. Ce dernier prévoit un chapitre IX intitulé « traitement des données et collaboration » comportant deux dispositions au sujet desquelles l'avis du Préposé cantonal est spécifiquement sollicité.

Bases juridiques : art. 56 al. 3 litt. e LIPAD ; art. 23 al. 8 RIPAD

1. Caractéristiques de la demande

Par courriel du 2 juin 2021, le Département de l'instruction publique, de la formation et de la jeunesse (DIP) a requis l'avis du Préposé cantonal concernant un projet de règlement sur la pédagogie spécialisée.

Il a précisé le contexte historique du projet, indiquant qu'un accord intercantonal sur la collaboration dans le domaine de la pédagogie spécialisée est entré en vigueur en 2011 impliquant pour chaque canton de légiférer sur cette thématique. C'est ainsi qu'à Genève a été adoptée la loi sur l'intégration des enfants et des jeunes à besoins éducatifs particuliers ou handicapés (LIJBEP). Les dispositions de la LIJBEP ont ensuite été intégrées dans la loi sur l'instruction publique (LIP ; RsGe C 1 10), suite à une refonte de cette dernière.

Au niveau réglementaire, un règlement d'application de la LIJBEP avait été adopté en son temps. Il s'agit du règlement sur l'intégration des enfants et des jeunes à besoins éducatifs particuliers ou handicapés (RIJBEP ; RsGe C 1 12.01). Le règlement sur la pédagogie spécialisée a pour vocation de remplacer le RIJBEP.

Les dispositions du projet de règlement sur la pédagogie spécialisée qui ont trait à la protection des données sont les suivantes :

Art. 37 Traitement de données

¹ *Les autorités compétentes mentionnées au chapitre II du présent règlement peuvent traiter des données personnelles, y compris sensibles au sens de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001, sur les enfants et les jeunes au bénéfice de mesures de pédagogie spécialisée.*

² *Le traitement et la collecte des données est nécessaire aux décisions d'octroi des mesures de pédagogie spécialisée, notamment à leur mise en œuvre et suivi.*

³ *La transmission de données sensibles ne peut se faire entre professionnels impliqués dans la prise en charge qu'avec l'accord des parents, respectivement de l'enfant ou du jeune capable de discernement. L'opposition de ces derniers à cette transmission, si elle empêche une coordination nécessaire à une bonne prise en charge, peut conduire à une décision de refus d'octroi.*

⁴ Le secret professionnel est réservé.

Art 38 Collaboration

¹ Les autorités mentionnées aux articles 6 à 10, les prestataires mentionnés aux art. 13 et 15 ainsi que la commission visée à l'article 22 du présent règlement collaborent entre elles, se concertent et se coordonnent autant que cela est nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches respectives. Elles se transmettent les documents et renseignements utiles et nécessaires.

² Dans le cadre du passage d'un jeune d'une structure de pédagogie spécialisée dans une institution pour adultes au sens de l'article 27 du présent règlement, les prestataires des mesures octroyées et les institutions pour adultes collaborent et échangent les renseignements utiles et nécessaires afin de garantir la continuité de la prise en charge du jeune.

³ Afin de permettre la continuité des prestations en faveur d'un enfant ou d'un jeune à destination ou en provenance d'un autre canton au sens de l'article 19 du présent règlement, le service de pédagogie spécialisée et le bureau de liaison collaborent avec les autorités d'octroi et les bureaux de liaison des autres cantons. Il leur garantit dans ce cadre l'accès aux renseignements en sa possession et sollicite les informations nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales.

2. Les dispositions légales pertinentes

2.1 La loi sur l'instruction publique

Les art. 28 à 36 LIP ont trait à la pédagogie spécialisée.

L'art. 116 LIP vise les données personnelles des élèves et prévoit ce qui suit :

¹Le département recueille les données personnelles des élèves nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales, notamment au contrôle de l'obligation scolaire, au suivi de la scolarité de l'élève, au pilotage du système scolaire, à l'établissement de statistiques ou à des fins de recherches scientifiques.

² Le département peut en particulier traiter les données personnelles suivantes :

- a) identité complète de l'élève ainsi que de ses parents;
- b) moyens de contacter les parents de l'élève;
- c) attribution de l'élève à un degré et à une classe;
- d) évaluation du travail de l'élève et mesures de soutien pédagogique;
- e) mesures liées au comportement de l'élève, en particulier les absences et les arrivées tardives;
- f) sanctions disciplinaires;
- g) besoins particuliers de l'élève, notamment en matière d'enseignement spécialisé;
- h) données relatives à la santé de l'élève.

2.2 Les règles de protection des données à Genève

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) a fait l'objet d'une révision importante

en 2008, par laquelle la protection des données personnelles a été ajoutée au champ d'application matériel de la loi en sus de son volet relatif à la transparence.

Depuis le 1^{er} janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de cette modification législative, un autre objectif figure désormais dans le texte légal à son art. 1 al. 2 litt. b : « *protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant* ».

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).

Par donnée personnelle sensible, la loi vise 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.

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).

- Base légale (art. 35 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, traiter de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité n'est possible 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 s'il est nécessaire et intervient avec le consentement explicite, 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 inexacts.

- 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.

L'art. 39 al. 1 à 3 LIPAD traite de la communication de données personnelles entre institutions soumises à la LIPAD :

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 en son sein ou 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 35 à 38;

b) la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi ou un règlement.

² L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 1 et, une fois la communication effectuée, d'en informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement.

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.

Il est précisé par l'art. 14 al. 2 RIPAD :

² La démonstration du respect des conditions posées à l'article 39, alinéa 1, lettres a et b, peut s'effectuer de manière simplifiée en indiquant cumulativement :

a) le contexte légal ou réglementaire dans lequel s'inscrit la mission de l'institution requérante, y compris l'existence d'éventuelles règles spéciales ou la mention de leur défaut;

b) le fait que le fichier destiné à recevoir les données personnelles figure ou non dans le catalogue institué par l'article 43 de la loi, avec son numéro de référence;

c) la finalité de la transmission souhaitée.

L'art. 39 al. 4 et 5 LIPAD vise la communication de données personnelles à une corporation ou établissement de droit public non soumis à la LIPAD. Il dispose :

⁴ La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public suisse 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 ou un règlement.

⁵ L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 4 et, avant de procéder à la communication requise, d'en informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement. S'il y a lieu, il assortit la communication de charges et conditions.

Finalement, l'art. 39 al. 9 LIPAD prévoit ce qui suit, s'agissant de la communication de données personnelles à un tiers de droit privé :

⁹ La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si :

a) une loi ou un règlement le prévoit explicitement;

b) un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.

3. Appréciation

Les Préposés relèvent que l'art. 37 du projet de règlement vient compléter la base légale qui figure à l'art. 116 al. 1 et 2 LIP pour le traitement de données personnelles. Cette dernière disposition prévoit en effet que le DIP peut traiter les données personnelles nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales (al.1). Figurent notamment dans la liste exemplative de données pouvant être traitées (al. 2) des données personnelles sensibles, en particulier des données relatives à la santé. Figurent également les données relatives aux besoins particuliers de l'élève, notamment en matière d'enseignement spécialisé. Une base légale formelle, relativement générale, est donc prévue par la LIP pour ce type de données.

L'art. 37 du projet de règlement complète cette disposition, en précisant d'une part quelles autorités peuvent traiter des données personnelles sur les enfants et les jeunes au bénéfice de mesures de pédagogie spécialisée et d'autre part, en spécifiant expressément que des données personnelles sensibles peuvent être traitées dans ce cadre.

S'agissant des autorités compétentes habilitées à traiter des données personnelles conformément à l'art. 37 al. 1 du projet, elles comprennent le DIP, le service de l'enfance et de la jeunesse, les directions de l'enseignement régulier, l'Office médico-pédagogique, ainsi que les directions d'écoles de pédagogie spécialisées privées subventionnées accréditées (art. 6 à 10 du projet). S'agissant de ces dernières, les Préposés attirent l'attention sur le fait qu'en tant qu'institutions privées, elles sont soumises à la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1).

Concernant le traitement des données sensibles, vu que l'art. 35 al. 2 LIPAD exige une base légale formelle, les Préposés considèrent qu'il aurait été préférable que l'art. 37 al. 1 du projet de règlement figure dans une loi au sens formel, plutôt qu'au niveau réglementaire. Toutefois, la solution retenue peut être considérée comme conforme, l'ancrage dans une loi au sens formel ressortant de l'art. 116 LIP.

Les Préposés relèvent en outre que la finalité de la collecte est expressément mentionnée à l'alinéa 2 de l'art. 37 : le traitement doit être nécessaire aux décisions d'octroi de mesures de pédagogie spécialisée, notamment leur mise en œuvre et leur suivi. La rédaction de cette

disposition pourrait être sensiblement modifiée, de sorte à y inclure le principe de la proportionnalité de la collecte : « le traitement et la collecte sont limités aux données nécessaires aux décisions d'octroi des mesures de pédagogie spécialisée, notamment à leur mise en œuvre et suivi ».

Ils saluent la rédaction de l'alinéa 3 de l'art. 37 qui assujettit la transmission de données sensibles entre professionnels impliqués à l'accord des parents ou du jeune capable de discernement.

L'art. 37 al. 4 n'appelle pas de commentaire particulier.

L'art. 38 al. 1 du projet a trait à la collaboration entre les différents intervenants en matière de pédagogie spécialisée. Il prévoit notamment la transmission de documents et renseignements utiles et nécessaires. Cette disposition a le mérite de répondre aux exigences de transparence et de bonne foi, principes-clés de la protection des données, puisque cette collaboration est expressément prévue par voie réglementaire. Par ailleurs, elle respecte le principe de la proportionnalité, ainsi que celui de la finalité, puisque seules les informations utiles et nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches respectives sont transmises.

Le deuxième alinéa concerne la passation du jeune d'une structure de pédagogie spécialisée dans une institution pour adulte. Ici également, les Préposés relèvent que la transmission vise les données utiles et nécessaires afin de garantir la continuité de la prise en charge. Les principes de transparence, proportionnalité et finalité sont ainsi respectés.

Finalement, le troisième alinéa a trait à une éventuelle collaboration intercantonale. Ce qui a été noté pour les deux alinéas précédents peut être repris ici.

L'art. 38 du projet a également pour mérite de faciliter l'examen prévu à l'art. 39 LIPAD.

* * * * *

Les Préposés remercient le DIP de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal