



Projet d'amendement au PL 12945 sur l'intégrité numérique

Avis du 24 janvier 2022

Mots clés: veille législative, intégrité numérique.

Contexte: Le 21 décembre 2021, M. Serge Dal Busco, Conseiller d'Etat en charge du Département des infrastructures (DI), a sollicité une consultation du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) au sujet d'un projet d'amendement au PL 12945 sur l'intégrité numérique.

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

1. Caractéristiques de la demande

Le 28 avril 2021, les députés Jean-Pierre Pasquier, Véronique Kämpfen, Pierre Nicollier, Antoine Barde, Jean Romain, Alexis Barbey, Céline Zuber-Roy, Murat-Julian Alder, Pierre Conne, Jacques Béné, Serge Hiltbold, Helena Rigotti, Sylvie Jay, Fabienne Monbaron, Francine de Planta, Alexandre de Sernaclens, Charles Selleger, Joëlle Fiss, Raymond Wicky, Bertrand Buch et Jean-Charles Lathion ont déposé un projet de loi constitutionnelle modifiant la constitution de la République et canton de Genève (Cst-A 2 00) pour une protection forte de l'individu dans l'espace numérique (PL 12945).

Le texte propose d'ajouter un troisième alinéa à l'art. 21 Cst-GE, disposition qui a trait à la protection de la sphère privée. Le projet d'art. 21 al. 3 Cst-GE dispose que « *toute personne a le droit à la sauvegarde de son intégrité numérique* ».

L'exposé des motifs accompagnant le projet précise que « *face aux évolutions numériques à l'œuvre, le cadre juridique actuel se révèle à tout le moins insuffisant* ». Il ajoute que « *le présent projet répond à une volonté croissante de la population d'inclure dans le domaine de la protection globale de l'individu l'ensemble des aspects concernant la vie numérique, afin que les droits fondamentaux et les libertés soient nommément garantis aussi dans ce contexte* ». Ainsi, le but principal de la norme vise « *à affirmer la préservation du noyau dur des libertés de l'individu au sein des espaces numériques, par exemple l'internet. Le contenu de la norme relève d'une portée autant symbolique que pratique. D'une part, elle vise à répondre à une demande des citoyens pour une protection forte de l'individu aussi dans ses aspects numériques. D'autre part, elle permet la constitution d'une norme parapluie qui contient un bien juridique général à la protection de l'individu vis-à-vis de la situation technologique actuelle, mais aussi dans ses développements futurs* ». En outre, il est noté qu'il « *il ne s'agit pas ici d'inscrire un article dans la constitution en vue d'élaborer des textes d'application complémentaires, mais plutôt de consacrer une évolution sociétale de grande ampleur dans le texte de référence qu'est la constitution genevoise pour notre République. Il est nécessaire de garantir l'intégrité des individus et de la consacrer comme droit fondamental* ».

Le 20 mai 2021, le projet a été renvoyé à la commission des Droits de l'Homme pour examen.

Par courrier du 21 décembre 2021, M. Serge Dal Busco, Conseiller d'Etat en charge du Département des infrastructures (DI), a sollicité une consultation du Préposé cantonal au sujet d'un projet d'amendement au PL 12945 sur l'intégrité numérique susmentionné.

Il y expose que le Conseil d'Etat a souhaité accompagner activement la commission des Droits de l'Homme dans son travail parlementaire sur l'intégrité numérique, raison pour laquelle un groupe de travail a été constitué. Ledit groupe de travail est arrivé aux conclusions suivantes :

- L'inscription d'un droit à l'intégrité numérique dans la constitution cantonale fait sens ;
- Le concept d'intégrité numérique est récent et mérite d'être précisé par le biais d'un amendement au PL 12945 qui donnerait du corps à ce nouveau droit et lui consacrerait un article spécifique ;
- Moyennant cette précision, une loi d'application ne semble pas indispensable, un passage en revue des lois existantes pouvant s'avérer toutefois nécessaire ;
- L'amendement mérite d'être analysé par l'ensemble des entités publiques concernées (administrations cantonale et communales, établissements publics autonomes, organisme de droit privé ou public chargé d'accomplir une tâche de droit public cantonale ou communale).

Il précise souhaiter consulter le Préposé cantonal sur les impacts éventuels que pourrait générer le droit fondamental à l'intégrité numérique sur le déploiement des activités et prestations publiques cantonales.

La proposition d'amendement se lit comme suit :

Art. 21A Droit à l'intégrité numérique

¹ *Toute personne a le droit à la sauvegarde de son intégrité numérique.*

² *L'intégrité numérique inclut notamment le droit d'être protégé contre l'exploitation à son insu des données liées à sa vie numérique, le droit à la sécurité dans l'espace numérique, le droit à une vie hors-ligne ainsi que le droit à l'oubli.*

³ *L'Etat favorise l'inclusion numérique et sensibilise la population aux enjeux du numérique. Il s'engage en faveur du développement de la souveraineté numérique de la Suisse.*

⁴ *L'Etat ne rend des décisions automatiques générant une obligation pour les personnes concernées que si les résultats peuvent être expliqués et justifiés de bout en bout.*

Dans le projet de note explicative à l'attention des députés, il est précisé que le champ d'application de la disposition ne peut se situer que dans la perspective des compétences cantonales, soit la sauvegarde de l'intégrité numérique des citoyennes et citoyens par l'Etat de Genève (relations entre l'Etat – administration cantonale genevoise, communes, établissements publics autonomes, organisme de droit privé ou public chargé d'accomplir une tâche de droit public cantonale ou communale – et la population).

Il y est en outre souligné que l'inscription d'un nouveau droit fondamental lié à la sauvegarde de l'intégrité numérique fait symboliquement sens tant la problématique semble d'actualité et reflète une prise de conscience populaire et politique. La dimension effective du droit est moins tranchée, puisque les droits fondamentaux actuels s'appliquent de manière indifférenciée au domaine physique et numérique, de sorte que certaines dispositions de la Constitution fédérale ou cantonale pourraient déjà recouvrir certains aspects du droit à l'intégrité numérique.

Le projet d'amendement propose de créer une nouvelle disposition ad hoc sur l'intégrité numérique, plutôt que l'ajout d'un alinéa à l'art. 21 Cst-GE, car « *cette option a l'avantage de ne pas restreindre l'interprétation de l'intégrité numérique en la rattachant à un droit fondamental déjà existant. Elle a également l'avantage de servir de « courroie de transmission » entre les articles dédiés à la liberté personnelle (art. 20 Cst-GE) et à la protection de la sphère privée (art. 21 Cst-GE), ainsi que d'offrir l'occasion de préciser le concept en le déclinant sur plusieurs alinéas* ».

Il sied d'ajouter que le commentaire par alinéa du projet apporte les explications suivantes :

Ad al. 2 : vu la difficulté d'avoir à ce jour une définition précise de ce droit fondamental et afin d'éviter d'aboutir à un nouveau droit fondamental relativement flou, il est proposé d'énumérer de manière exemplative certains de ses aspects. Ainsi, sont listés à titre d'exemples :

a) le droit d'être protégé contre l'exploitation à son insu des données liées à la vie numérique – cette disposition a pour but de protéger par exemple l'abus de profilage, pratique qui échappe aux lois actuelles de protection des données, car les profils sont constitués en grande part de données dépersonnalisées puis agglomérées en raison de liens statistiques.

b) le droit à la sécurité dans l'espace numérique : ce droit vise une protection contre le cyberharcèlement, par exemple la possibilité pour la police de mettre en lumière des failles de sécurité constatées sur l'internet, afin de permettre aux citoyens de se protéger plus efficacement contre les cybercriminels ; il englobe aussi la protection des victimes par la prise en compte de doléances, en particulier dans le cadre de l'administration en ligne.

c) le droit à une vie hors-ligne : il vise le droit à la déconnexion dans le domaine de la fonction publique, à savoir le droit de ne pas être constamment connecté ; il vise également pour les citoyennes et citoyens le fait que la connexion doit résulter d'un choix, tel par exemple le caractère facultatif de l'administration en ligne (voir LAeL ; RSGe B 4 23).

d) le droit à l'oubli : ce droit relève de la faculté pour une personne à ne pas voir perdurer sans raison la diffusion d'informations qui pourraient lui être préjudiciables. Il est relevé que la LIPAD consacre un droit à l'oubli et que comme tout droit garanti par la constitution, il peut être restreint aux conditions de l'art. 43 Cst-GE.

Ad al. 3 : Cette disposition vise à un engagement de l'Etat sur trois dimensions : l'inclusion numérique (une administration en ligne « qui ne laisse personne de côté »), une sensibilisation de la population aux enjeux du numérique (formation des citoyens), un développement de la souveraineté numérique de la Suisse (il s'agit d'une intention politique d'orienter les choix d'infrastructures numériques de l'Etat dans la perspective d'une réduction de la dépendance envers l'étranger, particulièrement dans le domaine de l'informatique en nuage).

Ad al. 4 : Cette disposition va dans le sens de ce que prévoit la Convention 108+ du Conseil de l'Europe, selon laquelle toute personne a le droit de ne pas être soumise à une décision l'affectant de manière significative, qui serait prise uniquement sur le fondement d'un traitement automatisé de données, sans que son point de vue soit pris en compte. Le projet n'entend pas concurrencer les textes juridiques internationaux, mais engager l'Etat à garder la maîtrise conceptuelle des procédures exécutées par des machines, soit de pouvoir rendre compte à la fois de la manière dont la décision a été obtenue (comment) et la raison qui la justifie (pourquoi).

2. Le cadre juridique en matière de protection des données personnelles

Sur le plan international, la Suisse est membre du Conseil de l'Europe et signataire d'instruments importants touchant les domaines de la protection des données personnelles et de la protection de la sphère privée.

Il convient ici de citer en particulier la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ou "Convention 108"; RS 0.235.1), qui a récemment été révisée (« Convention 108+ ») notamment dans le but de traiter les problèmes liés au respect de la vie privée résultant de l'utilisation des nouvelles technologies de l'information et de la communication (TIC).

Il sied de citer ici l'art. 9 al. 1 litt. a) de cette convention qui dispose que « *toute personne a le droit de ne pas être soumise à une décision l'affectant de manière significative, qui serait prise uniquement sur le fondement d'un traitement automatisé de données, sans que son point de vue soit pris en compte* ».

Au niveau fédéral, l'art. 13 Cst. indique que chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'il établit par la poste et les télécommunications. De surcroît, toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.

Il convient également de citer la loi fédérale sur la protection des données du 19 juin 1992 (LPD; RS 235.1) et son ordonnance du 14 juin 1993 (OLPD; RS 235.11) qui s'appliquent aux entreprises du secteur privé, de même qu'au secteur public relevant de la Confédération. Le 25 septembre 2020, une nouvelle version de la LPD a été acceptée par les deux chambres fédérales (FF 2020 7397 ss). La date de son entrée en vigueur n'est pas encore déterminée, mais elle devrait intervenir au deuxième semestre 2022.

Quant au **droit genevois**, l'art. 21 Cst-GE consacre le droit au respect de la sphère privée et à la protection de toute personne contre l'emploi abusif de données qui la concernent.

Finalement, 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).

La loi définit les données personnelles sensibles comme les données personnelles portant 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 et des poursuites ou sanctions pénales ou administratives (art. 4 litt. b LIPAD).

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 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 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.

La LIPAD est complétée par son règlement d'application (RIPAD ; RSGe A 2 08.01), lequel contient une disposition, l'art. 13A, concernant la sous-traitance de données personnelles :

¹ *Le traitement de données personnelles peut être confié à un tiers pour autant qu'aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdise.*

² *L'institution demeure responsable des données personnelles qu'elle fait traiter au même titre que si elle les traitait elle-même.*

³ *La sous-traitance de données personnelles fait l'objet d'un contrat de droit privé ou de droit public avec le prestataire tiers, prévoyant pour chaque étape du traitement le respect des prescriptions de la loi et du présent règlement ainsi que la possibilité d'effectuer des audits sur le site du sous-traitant.*

⁴ *Le recours par un sous-traitant à un autre sous-traitant (sous-traitance en cascade) n'est possible qu'avec l'accord préalable écrit de l'institution et moyennant le respect, à chaque niveau de substitution, de toutes les prescriptions du présent article.*

⁵ *S'il implique un traitement à l'étranger, le recours à un prestataire tiers n'est possible que si la législation de l'Etat destinataire assure un niveau de protection adéquat.*

⁶ *Le préposé cantonal publie une liste des Etats qui disposent d'une législation assurant un niveau de protection adéquat.*

Ces textes vont prochainement faire l'objet de modifications, afin de prendre en considération les mises à jour découlant du droit supérieur.

3. Appréciation

A titre liminaire, les Préposés notent le caractère novateur de la notion d'intégrité numérique, qui ne fait à ce jour pas l'objet d'une définition claire. Comme M. Johan Rochel l'a formulé

dans sa publication intitulée « L'intégrité numérique dans la Constitution »¹, la réponse à la question « que veut dire être libre, à la fois comme utilisateurs et comme objets des technologies numériques ? » donne la substance de l'intégrité numérique. Le Professeur Pascal Mahon se demande, quant à lui, si la reconnaissance d'un « droit à l'intégrité numérique » a ou aurait pour ambition d'accentuer le passage d'un droit de protection contre l'emploi abusif des données personnelles à un droit plus large, de maîtrise, ou de propriété, sur les données personnelles². C'est donc dans ce cadre flou entourant encore la notion d'intégrité numérique que les Préposés font part de leurs réflexions.

Ils relèvent que le projet d'ajout d'un art. 21A Cst-GE ne peut se comprendre que dans le cadre des relations entre l'Etat (administration cantonale genevoise, communes, établissements publics autonomes, organisme de droit privé ou public chargé d'accomplir une tâche de droit public cantonale ou communale) et la population, au vu du périmètre d'action des droits fondamentaux de la Constitution de la République et canton de Genève. Ainsi, intrinsèquement, la portée de cette disposition va potentiellement essentiellement impacter les institutions publiques genevoises dans leurs interactions avec les citoyennes et citoyens.

Comme susmentionné, les contours du droit à l'intégrité numérique n'étant toutefois pas encore clairement dessinés ni par la jurisprudence ni par la doctrine, il convient de s'interroger sur la portée pratique de l'insertion d'une telle disposition dans la Constitution genevoise. A cet égard, les Préposés adhèrent aux réflexions de la note explicative qui leur a été soumise : si la portée symbolique d'un tel ajout ne fait nul doute au vu des développements technologiques actuels, l'on peut se demander quelle est sa portée effective dans la mesure où « *les droits fondamentaux actuels s'appliquent de manière indifférenciée au domaine physique et numérique, de sorte que certaines dispositions de la Constitution fédérale ou cantonale pourraient déjà recouvrir certains aspects du droit à l'intégrité numérique* ». Ainsi, si les Préposés sont favorables à l'ajout d'un droit fondamental à l'intégrité numérique dans la Constitution genevoise, ne serait-ce que pour sa portée symbolique, il leur semble essentiel que sa portée pratique soit également sensiblement clarifiée. L'on peut se demander si cette clarification doit intervenir dans une norme de rang constitutionnel, comme cela est proposé en l'espèce, ou par le biais de l'exposé des motifs et de diverses normes légales.

S'agissant de l'alinéa 2, les Préposés relèvent qu'il est de nature exemplative, ce qui permet d'intégrer le cas échéant, les contours jurisprudentiels auxquels un tel droit pourrait conduire. Ils se montrent favorables à une telle solution.

Est mentionné dans cette disposition le droit d'être protégé contre l'exploitation à son insu des données liées à sa vie numérique (ce qui englobe notamment, selon la note explicative, l'abus de profilage, lorsque les profils sont constitués de données dépersonnalisées, puis agglomérées en raison de liens statistiques). Les Préposés rappellent que tout traitement de données personnelles effectué par une institution publique genevoise doit reposer sur une base légale (art. 35 LIPAD). En cas de traitement de données personnelles sous forme de profils de la personnalité, une base légale formelle est exigée. En outre, le respect du principe de transparence de la collecte et le principe de finalité sont autant de garde-fous figurant dans la LIPAD. En ce sens, il apparaît aux Préposés que cette disposition consacre des principes de protection relevant de la protection des données personnelles. En voulant aller au-delà de la protection prévue par les lois de protection des données, il conviendrait de mieux décrire dans la note explicative quel serait l'impact de cette disposition en lien avec la politique d'open data du Conseil d'Etat.

S'agissant du droit à la sécurité dans l'espace numérique, l'art. 37 LIPAD en prévoit d'ores et déjà les contours s'agissant des normes de sécurité qui doivent s'appliquer au traitement de

¹ Rochel Johan, L'intégrité numérique dans la Constitution, in Guillaume Florence/Mahon Pascal (éd.), Le droit à l'intégrité numérique, Bâle 2020, p. 36.

² Mahon Pascal, Le droit à l'intégrité numérique, réelle innovation ou simple évolution du droit, le point de vue du droit constitutionnel, in Guillaume Florence/Mahon Pascal (éd.), Le droit à l'intégrité numérique, Bâle 2020, p. 59.

données personnelles par des institutions publiques genevoises. Par ailleurs, la loi sur l'administration en ligne (LAeL ; RSGe B 4 23) et son règlement d'application (RaeL ; RSGe B 4 23.01) prévoient également des dispositions à cet égard. Ceci étant précisé et s'agissant d'éventuelles autres implications de ce droit, les Préposés n'ont pas de remarque particulière à apporter.

Le droit à une vie hors-ligne n'appelle pas non plus de commentaires particuliers de la part des Préposés.

S'agissant du droit à l'oubli, ils relèvent que ce dernier a déjà fait l'objet de plusieurs décisions de justice et est bien connu du système juridique actuel. Ils saluent qu'il soit inclus dans la compréhension d'intégrité numérique.

Quant à l'alinéa 3 du projet, si les Préposés sont favorables à un engagement en faveur du développement de la souveraineté numérique de la Suisse, ils s'interrogent sur la portée pratique à donner à cette disposition. Ils comprennent qu'elle vise à limiter la dépendance à l'égard de l'étranger notamment en lien avec les solutions « *cloud* ». Toutefois, il leur semble difficile de déterminer comment elle devra être mise en application par les institutions publiques. Ces dernières sont soumises à un certain nombre de contraintes en matière de sous-traitance de données personnelles (art. 13A RIPAD), contraintes dictées par la protection du secret de fonction et les règles de protection des données s'appliquant dans les Etats où des données personnelles pourraient être transférées. L'on peut se demander si l'art. 21A al. 3 du projet implique que la disposition relative aux conditions de la sous-traitance de données personnelles doit être modifiée. De même, il est difficile de déterminer dans quelle mesure il peut avoir un caractère contraignant et ainsi, à quelles conditions il pourrait être exigé d'une institution publique qu'elle retienne une solution « *cloud* » suisse, plutôt qu'étrangère, si les conditions de l'art. 13A RIPAD sont respectées dans les deux cas par ailleurs.

Finalement, s'agissant de l'alinéa 4 qui vise les décisions automatisées, si les Préposés saluent l'intention de vouloir protéger les citoyennes et citoyens dans le cadre de ce type de prise de décisions, ils émettent des réserves d'une part sur la nécessité d'une inscription à un niveau constitutionnel, et d'autre part sur la manière dont la disposition est libellée. En effet, la Convention 108+ prévoit des cautèles en lien avec les décisions automatisées, tout comme le Règlement général sur la protection des données (RGPD) adopté au niveau européen. Or, la formulation de l'alinéa 4 du projet est sensiblement différente des dispositions relatives à cette question dans d'autres textes. Cela pourrait donner le sentiment qu'il s'agit d'une notion autre que celle prévue par la Convention 108+, ce qu'il faudrait éviter. Par ailleurs, il semble aux Préposés que les cautèles relatives aux décisions automatisées devraient plutôt figurer dans la LIPAD que dans la Constitution.

* * * * *

Les Préposés remercient M. Serge Dal Busco de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal