



Projet de loi modifiant la loi sur la santé

Avis du 31 mars 2022

Mots clés : veille législative, loi sur la santé, données personnelles sensibles, données vaccinales, lutte contre les épidémies, base de données

Contexte : Le 24 mars 2022, la Direction générale de la santé (DGS) du Département de la sécurité, de la population et de la santé (DSPS) a requis l'avis du Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé cantonal) au sujet d'un projet de loi modifiant la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS; RSGE K 1 03). Un nouvel art. 122A est introduit, lequel touche la protection des données personnelles, spécifiquement les données vaccinales.

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

1. Caractéristiques de la demande

Par courrier du 24 mars 2022, la Direction générale de la santé a requis l'avis du Préposé cantonal au sujet d'un projet de loi modifiant la loi sur la santé du 7 avril 2006 (LS; RSGE K 1 03). La modification vise à introduire un nouvel article 122A relatif à la création d'un fichier regroupant les données administratives et vaccinales des personnes vaccinées contre le SARS – CoV-2 et à l'utilisation de ces informations pour le pilotage de la pandémie ainsi que pour d'éventuels projets de recherche. Il est précisé qu'à ce jour l'art. 2A de l'arrêté du Conseil d'Etat du 1^{er} novembre 2020 légitime la constitution d'un tel fichier. Cet arrêté sera toutefois abrogé prochainement, raison pour laquelle l'introduction d'un art. 122A dans la LS est proposée.

Cette disposition se lit comme suit :

Art. 122A Collaboration et échanges de données

¹ *Si le canton engage une campagne de vaccination cantonale contre une épidémie, ou déclare une vaccination obligatoire au sens de l'article 22 de la loi fédérale sur les épidémies, la direction générale de la santé est habilitée à constituer un fichier et à traiter les données administratives et vaccinales des personnes vaccinées, dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre des exigences du droit fédéral en matière de lutte contre l'épidémie.*

² *Les données personnelles traitées dans ce cadre sont limitées à celles permettant de connaître le statut vaccinal d'une personne concernant l'épidémie concernée.*

³ *Les données personnelles sont conservées par l'Etat dans un registre auquel seuls la médecin ou le médecin cantonal, ainsi que les personnes désignées à cet effet ont accès, dans les limites de l'alinéa 1.*

⁴ *Ces données sont détruites lorsque l'épidémie aura été décrétée éradiquée, sous réserve qu'elles ne doivent être conservées plus longtemps en vertu d'une base légale.*

⁵ *Les données anonymisées peuvent être utilisées à des fins statistiques ou de recherche, dans le respect des règles applicables.*

L'exposé des motifs joint au projet de modification de la LS indique que divers fichiers informatiques ont été créés et annoncés au Préposé cantonal en lien avec la pandémie SARS-CoV-2 apparue en 2020. S'agissant de la base de données concernant les personnes vaccinées contre le SARS-CoV-2, l'exposé des motifs formule que « *la loi fédérale sur les épidé-*

mies ne contient rien sur un éventuel fichier à ce sujet et prévoit simplement que les cantons peuvent recommander une vaccination ou la déclarer obligatoire dans le cadre de la gestion d'une épidémie. Le droit cantonal est également muet à ce sujet. Or, le préposé cantonal à la protection des données, que la direction générale de la santé a consulté, a confirmé que la tenue d'un éventuel registre, la constitution d'un fichier et l'accès à celui-ci nécessitent une base légale, la situation n'étant pas suffisamment réglementée à l'heure actuelle ».

L'exposé des motifs rappelle ainsi qu'à Genève, il a fallu créer une règle en urgence à ce sujet : un article a ainsi été introduit dans l'Arrêté du Conseil d'Etat du 1^{er} novembre 2020, Arrêté qui sera prochainement abrogé. De plus, aucune disposition n'existe en cas d'épidémie ultérieure, raison pour laquelle l'introduction d'un art. 122A dans la LS est proposée. Ainsi « *l'article 122A proposé introduit ainsi le principe selon lequel la direction générale de la santé est habilitée à créer un fichier unique lequel comprendra les données administratives et vaccinales des personnes vaccinées. (...) cette base légale est indispensable d'une part pour conserver le fichier relatif aux personnes vaccinées contre le SARS - CoV-2, notamment tant que l'on craint une résurgence de cas et donc la relance d'une campagne de vaccination à l'automne 2022, mais de façon plus générale pour toute campagne éventuelle dans le cadre d'une autre épidémie ».*

Toujours selon l'exposé des motifs, « *le fait de disposer d'un tel fichier a permis notamment des exceptions de quarantaine pour des personnes vaccinées en contact avec une personne testée positive ou la délivrance de certificats de vaccination, ainsi que le suivi de l'épidémie et l'analyse des profils de personnes contaminées et hospitalisées, pour savoir si elles sont majoritairement vaccinées ou non ».*

Finalement, l'exposé des motifs précise que « *les données anonymisées doivent par ailleurs pouvoir être utilisées à des fins statistiques, par exemple, comme indiqué ci-dessus, pour connaître le pourcentage de personnes infectées malgré une vaccination complète, ou pour estimer un taux de couverture vaccinale de la population, informations qui sont susceptibles d'être demandées par l'Office fédéral de la santé publique ou par le Conseil d'Etat. Des projets de recherche peuvent également être fondés sur ces mêmes données, anonymisées, moyennant respect des règles en la matière ».*

2. Les règles de protection des données personnelles 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 données personnelles, 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).

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 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.

L'art. 41 al. 1 LIPAD a trait au traitement de données à des fins générales :

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 publique en ayant la mission légale, aux conditions cumulatives que :

- a) le traitement de données personnelles soit nécessaire à ces fins;*
- b) ces données soient détruites ou rendues anonymes dès que le but du traitement spécifique visé le permet;*
- c) les données collectées à ces seules fins ne soient communiquées à aucune autre institution, entité ou personne;*
- d) les résultats de ce traitement ne soient le cas échéant publiés que sous une forme excluant la possibilité d'identifier les personnes concernées;*
- e) le préposé cantonal en soit préalablement informé avec les précisions utiles sur le traitement qu'il est prévu de faire des données personnelles et sa nécessité;*
- f) 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.*

3. Appréciation

Les Préposés relèvent en premier lieu l'objectif de la modification, à savoir l'introduction d'une base légale relative à la création d'un fichier regroupant les données administratives et vaccinales des personnes vaccinées dans le cadre d'une épidémie ou en cas de vaccination déclarée obligatoire.

L'art. 122A du projet consiste en une telle base légale formelle.

Son alinéa 1 consacre deux cas de figure pour lesquels un fichier regroupant les données vaccinales et administratives des personnes vaccinées peut être constitué : lorsque le canton engage une campagne de vaccination cantonale contre une épidémie ou s'il déclare une vaccination obligatoire au sens de la loi fédérale sur les épidémies du 28 septembre 2012 (LEp ; RS 818. 101). La finalité d'un tel fichier est encore précisée dans cette disposition : le traitement de données intervient dans la mesure nécessaire à la mise en œuvre des exigences du droit fédéral en matière de lutte contre l'épidémie. Les Préposés relèvent ainsi que la finalité de la collecte de données et de l'instauration du fichier correspond aux exigences de l'art. 35 al. 2 LIPAD, applicable en cas de traitement de données sensibles. Pour rappel, les données vaccinales étant des données personnelles relatives à la santé, elles relèvent de la catégorie des données sensibles au sens de l'art. 4 let.b LIPAD.

Selon l'alinéa 2, « *les données personnelles traitées dans ce cadre sont limitées à celles permettant de connaître le statut vaccinal d'une personne concernant l'épidémie concernée* ». Les Préposés se demandent si cette disposition, telle qu'elle est formulée, ne pourrait pas induire en erreur le citoyen. En effet, selon leur compréhension, tant les données vaccinales que des données administratives (nom, prénom, date de naissance notamment) sont traitées. Afin de mieux répondre au principe de transparence de la collecte, ils suggèrent que cet alinéa soit reformulé. Par exemple : « *En sus des données personnelles administratives collectées dans la mise en œuvre des exigences du droit fédéral en matière de lutte contre les épidémies, les données personnelles traitées dans ce cadre sont limitées à celles permettant de connaître le statut vaccinal d'une personne concernant l'épidémie concernée* » ; une formulation alternative pourrait être : « *les données personnelles sensibles traitées dans*

ce cadre sont limitées à celles permettant de connaître le statut vaccinal d'une personne concernant l'épidémie concernée ». Les Préposés sont d'avis que tant que les données administratives collectées ne sont pas des données sensibles, elles n'ont pas besoin d'être expressément énumérées dans la loi. Ce d'autant plus que le fichier doit être déclaré au catalogue des fichiers conformément à l'art. 43 LIPAD, ce qui assure la transparence des données collectées.

Les alinéas 3 et 4 n'appellent pas de commentaire particulier. Les Préposés saluent le fait que des règles relatives à l'accès aux données, ainsi qu'à la durée de leur conservation soient prévues. Ces dispositions sont de nature à répondre aux exigences posées par le principe de la proportionnalité.

L'alinéa 5 a le mérite de clarifier l'utilisation des données vaccinales à des fins statistiques et de recherche. Il vise l'utilisation de données personnelles préalablement anonymisées, ce qui exclut intrinsèquement la possibilité de relier les données à une personne identifiée ou identifiable. Il sied de préciser qu'à partir du moment où les données sont anonymisées (et pas seulement pseudonymisées), elles ne sont plus considérées comme des données personnelles de sorte que la LIPAD ne trouve plus application. Il convient toutefois d'être vigilant dans l'anonymisation, afin d'éviter qu'une personne ne devienne identifiable par recouplement d'informations.

Finalement, l'art.122A LS s'intitule « collaboration et échanges de données ». Il s'inscrit au chapitre X de la LS, chapitre consacré à la « police sanitaire ». Les Préposés se demandent si un titre tel que « *base de données en cas d'épidémie* » ne serait pas plus adéquat dans la mesure où, si cette disposition constitue une base légale formelle à la tenue d'un tel fichier, elle ne vise pas directement un échange de données personnelles ou une collaboration.

* * * * *

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

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal