



Projet de loi générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et de certains établissements publics (LPAC)

Avis du 8 juin 2022

Mots clés : veille législative, base légale, personnel de l'Etat, données personnelles, données personnelles sensibles, tests de personnalité.

Contexte : Le 2 juin 2022, le Département des finances et des ressources humaines (DF) 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 générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et de certains établissements publics (LPAC ; RSGe B 5 05). L'art. 9 a trait au traitement de données personnelles.

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

1. Caractéristiques de la demande

Par courriel du 2 juin 2022, le Département des finances et des ressources humaines (DF) 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 générale relative au personnel de l'administration cantonale, du pouvoir judiciaire et de certains établissements publics. L'avis du Préposé cantonal est souhaité pour le 8 juin 2022.

Les dispositions ayant trait à la protection des données personnelles sont les suivantes, étant précisé qu'il est prévu d'insérer des dispositions similaires dans la loi sur l'instruction publique du 17 septembre 2015 (LIP ; RSGe C 1 10) :

Art. 9 Traitement de données

¹ *L'employeur peut traiter les données personnelles, y compris les données personnelles 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, dont il a besoin pour exécuter les tâches qui lui sont assignées par la présente loi.*

² *Les modalités relatives au traitement des données sont fixées par règlement.*

Au sujet de cette disposition, l'exposé des motifs précise qu'elle « *donne une base légale au traitement de données au sens de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles, du 5 octobre 2001 (LIPAD ; A 2 08), que ce soit des données personnelles ou des données personnelles sensibles. Le type de données et la manière dont s'effectuera le traitement seront fixés par règlement, selon la clause de délégation législative figurant à l'alinéa 2* ».

Art. 20 Conditions d'engagement

¹ *Pour être engagée, la personne candidate doit avoir les aptitudes professionnelles et les qualités personnelles nécessaires à l'exercice de la fonction. Elle doit également jouir d'un état de santé lui permettant de remplir les devoirs y relatifs.*

2 Lorsque l'intérêt de l'employeur l'exige, l'autorité compétente peut, avec l'accord de la personne candidate, lui faire passer des tests de recrutement, notamment des tests personnalité. Ces tests doivent être détruits dans un délai de 12 mois. Ils peuvent être gardés jusqu'à 24 mois maximum avec l'accord de ladite personne.

3 Avant l'engagement, l'autorité compétente peut exiger la fourniture de certains documents tels qu'un extrait de casier judiciaire, un extrait des registres des poursuites et des faillites ou un certificat de bonne vie et mœurs.

4 Pour toutes les fonctions impliquant des contacts réguliers avec des personnes mineures, la personne candidate doit produire un extrait spécial de son casier judiciaire, au sens de l'article 371a du code pénal suisse, du 21 décembre 1937 (ci-après: code pénal), ou, pour les ressortissantes et ressortissants étrangers, un document équivalent.

5 Pour certaines fonctions, lorsque les circonstances le nécessitent, l'autorité compétente peut exiger à nouveau pendant les rapports de service la fourniture des documents visés aux alinéas 3 et 4.

6 L'employeur précise les fonctions soumises aux alinéas 4 et 5 par voie de directive.

Au sujet de l'al. 2 de cette disposition, l'exposé des motifs indique qu'il « donne une base légale à la passation de tests de recrutement, dont les tests de personnalité, qui ne peuvent toutefois être effectués qu'avec l'accord de la personne candidate. Par ailleurs, ils doivent être détruits dans un délai de 12 mois, afin de se conformer à l'article 40, alinéa 1 LIPAD. Avec l'accord de la personne candidate, ils peuvent toutefois être conservés jusqu'à 24 mois au maximum ».

2. Les dispositions légales pertinentes

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).

Par données personnelles sensibles, 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 (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 LIPAD)

Le traitement de données personnelles ne peut se faire que si l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend nécessaire. Quant aux données personnelles sensibles ou aux profils de la personnalité, ils ne peuvent être traités 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 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.

3. Appréciation

Dans le très bref délai qui leur a été imparti pour rendre le présent avis, les Préposés relèvent ce qui suit :

L'art. 9 du projet de loi pose la question de la densité normative exigée en cas de base légale pour le traitement de données personnelles sensibles.

L'art. 35 al. 2 LIPAD dispose que « *des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités 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* ». Deux conditions cumulatives sont donc requises : une loi qui définisse clairement la tâche considérée et un traitement qui soit absolument indispensable à l'accomplissement de la tâche. L'alternative au caractère indispensable à l'accomplissement de la tâche est la nécessité du traitement et la présence du consentement. Il est précisé que ces deux critères ne dispensent pas de l'obligation d'avoir une tâche clairement définie dans la loi.

Ainsi, en cas de traitement de données personnelles sensibles, la tâche doit être clairement définie dans la loi. En l'espèce, le projet d'art. 9 LPAC ne fait qu'insérer une délégation en faveur du Conseil d'Etat pour déterminer le type de données qui peuvent être traitées et la manière dont le traitement s'effectue. L'alinéa 1 se réfère uniquement aux données personnelles, y compris sensibles, dont l'employeur a besoin « *pour exécuter les tâches qui lui sont assignées par la présente loi* ». Les Préposés considèrent que cette formulation mériterait d'être précisée et que les finalités pour lesquelles des données sensibles peuvent être traitées devraient être indiquées.

Les art. 20 al. 2 et al. 4 du projet sont un exemple de base légale claire respectivement à la passation de tests de recrutement (profils de la personnalité) et à la remise du casier judiciaire pour certaines catégories de fonctions.

Si le niveau de précision exigible s'agissant d'une base légale pour le traitement de données personnelles sensibles n'est pas nécessairement aussi élevé que ce que prévoit l'art. 20 al. 2, la formulation de l'art. 9 du projet est trop imprécise et devrait être complétée, selon les considérations susmentionnées.

Finalement, s'agissant de l'art. 20 al. 2 du projet, les Préposés estiment toutefois qu'il conviendrait de préciser pour quels motifs le test de personnalité pourrait être conservé plus de 12 mois (à tout le moins dans l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi). En effet, même si cette durée de conservation prolongée est sujette au consentement de la personne concernée, la liberté du consentement dans le rapport de travail - qui implique intrinsèquement un lien de subordination - est toujours questionnable.

* * * * *

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

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal