



Projet de loi modifiant la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RSGe A 2 08)

Avis du 21 juin 2023

Mots clés : veille législative, LIPAD, modernisation terminologique, consentement, traitement conjoint, sous-traitance, privacy by default, privacy by design, analyse d'impact, violation de la sécurité, devoir d'informer, décision individuelle automatisée, registres des activités de traitement, conseillers à la protection des données et à la transparence, autocontrôle, compétences du Préposé cantonal, pouvoirs de contrôle du Préposé cantonal, mesures administratives, collaboration entre les autorités, adaptation au droit supérieur

Contexte : Le 15 juin 2023, la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat a sollicité un 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 l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RSGe A 2 08). Ce projet entend adapter la LIPAD aux évolutions technologiques et juridiques intervenues depuis l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 2010, du volet "protection des données" de la loi, notamment aux réformes du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et du droit fédéral en matière de protection des données personnelles. La détermination du Préposé cantonal est souhaitée pour le 21 juin 2023, le projet devant être déposé en vue de la séance du Conseil d'Etat du 5 juillet 2023.

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

1. Caractéristiques de la demande

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) est entrée en vigueur le 1^{er} mars 2002. Elle 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*".

Le 1^{er} septembre 2023 entrera en vigueur la nouvelle loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.0). Ce texte vise à réaliser deux objectifs principaux : renforcer les dispositions légales de protection des données pour faire face au développement fulgurant des nouvelles technologies d'une part et, d'autre part, tenir compte des réformes du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne en la matière. Sur ce dernier point, il s'inspire des nouveaux textes de la troisième génération de législation en matière de protection des données, à savoir la Convention 108+, la directive (UE) 680/2016 et le RGPD.

Le présent projet de loi vise à adapter la LIPAD aux développements technologiques et juridiques intervenus depuis l'entrée en vigueur de la loi, notamment aux réformes du Conseil

de l'Europe et de l'Union européenne en matière de protection des données personnelles, et à la révision du droit fédéral qui en découle. Il s'inspire en grande partie de la nouvelle LPD.

Dans les grandes lignes, le projet reprend l'approche fondée sur les risques qui caractérise les nouvelles législations sur la protection des données (les obligations en matière de protection des données sont plus strictes pour les responsables du traitement dont les activités présentent un risque accru d'atteinte que pour ceux dont les activités sont moins risquées) ; il traite de manière égale les différentes technologies, afin que la loi s'adapte aux évolutions technologiques sans freiner l'innovation ; il utilise une terminologie modernisée, afin d'améliorer la compatibilité du droit suisse avec le droit de l'Union européenne ; la notion de "maître du fichier" est ainsi remplacée par celle de "responsable du traitement".

Le présent projet de loi est issu de l'avant-projet de loi que le Conseil d'Etat a mis en consultation publique du 6 juillet au 17 octobre 2022. Le projet soumis aux Préposés diverge de l'avant-projet sur les trois points suivants. Tout d'abord, le Conseil d'Etat a renoncé à la proposition d'inclure, dans le champ d'application du volet "protection des données", les personnes physiques ou morales et organismes de droit privé délégataires d'une tâche publique cantonale ou communale (art. 3 al. 1 litt. f APL). Ensuite, il a renoncé à réglementer dans la loi la coordination des demandes d'accès portant sur un même document (art. 28 al. 3 APL). Finalement, il a renoncé à modifier le titre de l'article sur les recours (art. 60 APL).

Les Préposés ayant été conviés à plusieurs séances de travail avec la Direction des affaires juridiques de la Chancellerie d'Etat dès le départ de la rédaction du projet et leurs remarques ayant largement été prises en compte, le présent avis s'attardera uniquement sur quelques points saillants.

Les dispositions modifiées ou nouvelles de la loi sont les suivantes :

Art. 3, al. 1, lettre c (nouvelle, les lettres c et d anciennes devenant les lettres d et e), lettre e (nouvelle teneur), al. 6 (nouveau)

¹

- c) la Cour des comptes ;
- e) les groupements formés d'institutions visées aux lettres a, b et d ;

⁶ Le traitement de données personnelles effectué par la Banque Cantonale de Genève n'est pas soumis à la présente loi.

Art. 4, lettres b à h (nouvelle teneur), lettres i à m (nouvelles, la lettre i ancienne devenant la lettre n)

Dans la présente loi et ses règlements d'application, on entend par :

- b) données personnelles sensibles, les données personnelles sur :
 - 1° les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales,
 - 2° la santé, la sphère intime ou l'origine raciale ou ethnique,
 - 3° des mesures d'aide sociale,
 - 4° des poursuites ou sanctions pénales ou administratives,
 - 5° les données génétiques,
 - 6° les données biométriques identifiant une personne physique de façon unique ;
- c) profilage, toute forme de traitement automatisé de données personnelles consistant à utiliser ces données pour évaluer certains aspects d'une personne, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant son rendement au travail, sa situation économique, sa santé, ses préférences personnelles, ses intérêts, sa fiabilité, son comportement, sa localisation ou ses déplacements ;
- d) traitement, tout opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, l'enregistrement, la conservation, l'utilisation, l'extraction, la consultation, la modification, la communication, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement, la destruction ou l'archivage ;

- e) communication, le fait de rendre accessibles des données personnelles ou un document, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant ;
- f) personne concernée, la personne physique ou morale au sujet de laquelle des données personnelles sont traitées ;
- g) responsable du traitement, institution au sens de l'article 3 qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles ;
- h) sous-traitant, institution, organisme ou personne physique ou morale qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement ;
- i) sécurité des données personnelles, ensemble des mesures organisationnelles et techniques permettant d'assurer la confidentialité, et l'intégrité des données personnelles ;
- j) violation de la sécurité des données personnelles, toute atteinte à la sécurité des données personnelles entraînant de manière accidentelle ou illicite leur perte, leur modification, leur effacement ou leur destruction, leur divulgation ou un accès non autorisé à ces dernières ;
- k) anonymisation, traitement de données personnelles consistant à supprimer définitivement toutes les données identifiantes ou tout moyen de retrouver les données originales ;
- m) décision individuelle automatisée, toute décision prise exclusivement sur la base d'un traitement automatisé de données, y compris le profilage, et qui a des effets juridiques sur la personne concernée ou qui l'affecte de manière significative.

Section 4A Cour des comptes (nouvelle)

Art. 13A Huis clos (nouveau)

Les délibérations et autres séances de la Cour des comptes se tiennent à huis clos.

Art. 20A Cour des comptes (nouveau)

¹ La Cour des comptes informe sur ses activités, notamment par le biais de la publication de ses rapports et d'autres documents qu'elle considère d'intérêt public. Dans ce cadre, elle veille à la protection du secret professionnel, de fonction, fiscal, ou d'affaires des personnes entendues et de tout autre secret prévu par la loi.

² Sans préjudice de l'application des lois régissant ses activités, la Cour des comptes ne peut donner d'informations susceptibles de permettre l'identification de l'auteur ou de l'auteur d'une communication ou d'une personne qu'elle a entendue.

³ Elle veille au respect des règles professionnelles prohibant la transmission d'informations ou la transmission de documents en matière d'audit, d'évaluation ou de révision.

⁴ Elle tient compte des intérêts publics et privés susceptibles de s'opposer à la divulgation de certaines informations.

Art. 26, al. 2 lettre d (nouvelle teneur)

²

- d) compromettre l'ouverture, le déroulement ou l'aboutissement d'enquêtes ou d'investigations prévues par la loi ;

Art. 28, al. 3 (nouvelle teneur)

³ En cas de doute sur la réalisation d'une des exceptions prévues à l'article 26, la personne qui est saisie de la demande d'accès doit en référer à la conseillère ou au conseiller à la protection des données et à la transparence désigné conformément aux mesures d'organisation et de procédure prévues à l'article 50.

Art. 30, al. 5 (nouvelle teneur)

⁵ A défaut, la préposée cantonale ou le préposé cantonal formule, à l'adresse de la requérante ou du requérant ainsi que de l'institution ou des institutions concernées, une recommandation écrite sur la communication du document considéré. L'institution concernée rend alors dans les 10 jours une décision sur la communication du document considéré. Elle notifie aussi sa décision à la préposée cantonale ou au préposé cantonal.

Art. 31, al. 2 (nouvelle teneur)

² Les demandes fondées sur l'alinéa 1 sont du ressort des instances désignées à l'article 50, alinéa 3, pour les affaires respectives des institutions visées par cette disposition.

Art. 33, al. 2 et 3 (nouvelle teneur)

² Le droit de rectification est exercé par les instances désignées à l'article 50, alinéa 3.

³ La rectification consiste dans la publication gratuite dans le média considéré, à bref délai et sans modification, d'un texte rectificatif factuel, véridique, concis et clair soumis par l'institution compétente, dans des conditions d'insertion et de présentation comparables à celles ayant entouré la présentation des faits en question. La publication comporte la précision que le texte rectificatif émane de l'institution requérante, et elle peut être accompagnée, de la part de l'éditeur, d'une déclaration quant au maintien ou non de sa présentation des faits et de l'indication de ses sources.

Art. 35 Principes (nouvelle teneur avec modification de la note)

Licéité

¹ Tout traitement de données personnelles doit être licite.

Bonne foi et proportionnalité

² Il doit être conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité.

Finalité et reconnaissabilité

³ Les données personnelles ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées et reconnaissables pour la personne concernée et doivent être traitées ultérieurement de manière compatible avec ces finalités.

Conservation, destruction, effacement et anonymisation

⁴ Elles sont détruites, effacées ou anonymisées dès qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités du traitement, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi. Sur décision de l'institution publique concernée, la destruction de données personnelles peut être différée durant deux ans au maximum à des fins d'évaluation de politiques publiques.

Exactitude

⁵ Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont exactes. Il prend toute mesure appropriée permettant de rectifier, d'effacer ou de détruire les données personnelles inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées.

⁶ Lorsqu'une institution publique constate que des données personnelles qu'une autre institution lui a communiquées en vertu de l'article 39, alinéa 1 ou d'une autre base légale, sont inexactes, incomplètes ou obsolètes, elle en informe cette dernière, à moins que cette information ne soit contraire à une loi ou un règlement.

Art. 36 Base légale (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ Les institutions publiques ne peuvent traiter des données personnelles que si une base légale le prévoit ou si l'accomplissement de leurs tâches légales le rend nécessaire.

² Les traitements de données personnelles sensibles, les activités de profilage et les traitements de données personnelles dont les finalités ou les modalités de traitement sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée ne peuvent avoir lieu que si :

- a) une loi au sens formel le prévoit expressément, ou
- b) le traitement est indispensable à l'accomplissement d'une tâche définie dans une loi au sens formel.

³ L'article 36A est réservé.

⁴ Un numéro d'identification personnel commun ne peut être utilisé que s'il est institué par une loi cantonale. L'usage et la communication du numéro AVS sont régis par la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946.

Art. 36A Consentement (nouveau)

¹ En dérogation à l'article 36, les institutions publiques peuvent traiter des données personnelles nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales, y compris des données personnelles sensibles ou dont les finalités ou les modalités de traitement sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée et procéder à du profilage, si la personne concernée a consenti au traitement en l'espèce. Le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer l'existence d'un tel consentement.

² La personne concernée ne consent valablement que si elle exprime librement sa volonté concernant un ou plusieurs traitements déterminés et après avoir été dûment informée. Le consentement doit être exprès en cas de traitement de données personnelles sensibles, de traitement de données personnelles dont les finalités ou les modalités de traitement sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, ou de profilage.

³ Le consentement peut être révoqué en tout temps et sans motifs. La mise en œuvre effective du retrait du consentement peut toutefois requérir un délai raisonnable pour des raisons techniques.

⁴ Dans le cas où la personne concernée se trouve dans l'incapacité physique ou juridique de donner son consentement, les institutions publiques peuvent traiter des données personnelles si le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique.

⁵ Les institutions publiques peuvent également traiter des données personnelles, y compris sensibles ou dont les finalités ou les modalités de traitement sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée, et procéder à du profilage, en dérogation à l'article 36, si la personne concernée a rendu ses données personnelles accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée expressément au traitement.

Art. 36B Traitement conjoint (nouveau)

Lorsque deux institutions publiques ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement de données personnelles, elles sont responsables conjointes du traitement et doivent définir de manière transparente leurs obligations respectives dans la déclaration au sens de l'article 43.

Art. 36C Sous-traitance (nouveau)

¹ Le traitement de données personnelles peut être confié à un sous-traitant pour autant qu'un contrat ou la loi le prévoit et que les conditions suivantes soient réunies :

- a) seuls sont effectués les traitements que le responsable du traitement est en droit de réaliser ;
- b) aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdit.

² La sous-traitance de données personnelles fait l'objet d'un contrat de droit privé ou public en la forme écrite, prévoyant pour chaque étape du traitement le respect des prescriptions de la présente loi et du règlement d'application de la loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelle, du 21 décembre 2011, ainsi que la possibilité d'effectuer des audits sur le site du sous-traitant, ou, à défaut, d'obtenir les résultats d'audits de tiers indépendants, respectivement de participer sans frais à l'élaboration de

ces derniers. Les cas où la loi prévoit en détail les modalités de la sous-traitance sont réservés.

³ Le contrat prévoit spécifiquement que le sous-traitant annonce dans les meilleurs délais au responsable du traitement tout cas de violation de la sécurité des données.

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 du responsable du traitement et moyennant le respect, à chaque niveau de substitution, de toutes les prescriptions du présent article.

⁵ Le responsable du traitement demeure responsable des données personnelles qu'il fait traiter au même titre que s'il les traitait lui-même.

⁶ S'il implique un traitement à l'étranger, le recours à un prestataire tiers n'est possible que si l'Etat concerné dispose d'une législation assurant un niveau de protection adéquat conformément à la liste établie par le Conseil fédéral.

Art. 37 Protection des données personnelles dès la conception et par défaut (nouveau, l'art. 37 ancien devenant l'art. 37A)

¹ Le responsable du traitement est tenu de mettre en place des mesures techniques et organisationnelles afin que le traitement respecte les prescriptions de protection des données personnelles, en particulier les principes fixés à l'article 35. Il le fait dès la conception du traitement.

² Les mesures organisationnelles et techniques doivent être appropriées au regard notamment de l'état de la technique, du type de traitement et de son étendue, ainsi que du risque que le traitement des données présente pour la personnalité ou les droits fondamentaux des personnes concernées.

³ Le responsable du traitement est tenu de garantir, par le biais de pré réglages appropriés, que le traitement soit limité au minimum requis par la finalité poursuivie, pour autant que la personne concernée n'en dispose pas autrement.

Art. 37A Sécurité des données personnelles (nouvelle teneur)

¹ Les institutions publiques doivent assurer, par des mesures organisationnelles et techniques appropriées, une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru.

² Les mesures doivent permettre d'éviter la violation de la sécurité des données personnelles.

³ Le Conseil d'Etat détermine, par voie réglementaire, les exigences minimales en matière de sécurité des données personnelles.

⁴ Les institutions publiques sont tenues de contrôler périodiquement le respect des mesures de sécurité mises en place au sens du présent article.

Art. 37B Analyse d'impact (nouveau)

¹ Lorsqu'un traitement de données personnelles est susceptible d'entraîner un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, le responsable du traitement procède au préalable à une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles. S'il envisage d'effectuer plusieurs opérations de traitement semblables, il peut établir une analyse d'impact commune.

² L'existence d'un risque élevé, en particulier lors du recours à de nouvelles technologies, dépend de la nature, de l'étendue, des circonstances et de la finalité du traitement. Un tel risque existe notamment dans les cas suivants :

- a. traitements de données personnelles sensibles à grande échelle ;
- b. profilage ;
- c. surveillance systématique de grandes parties du domaine public.

³ L'analyse d'impact contient notamment :

- a. une description du traitement envisagé ;

- b. une évaluation des risques pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée ; ainsi que
- c. les mesures prévues pour protéger la personnalité et les droits fondamentaux de la personne concernée.

⁴ Lorsque l'analyse d'impact est requise selon l'alinéa 1, elle est jointe au projet d'acte législatif pour avis de la préposée cantonale ou du préposé cantonal au sens de l'article 56A, alinéa 3, lettre e de la présente loi.

Art. 37C Violation de la sécurité des données personnelles (nouveau)

¹ Lorsqu'il constate une violation de la sécurité des données personnelles, le responsable du traitement prend immédiatement les mesures appropriées afin de mettre fin à la violation et d'en minimiser les effets, et en informe immédiatement sa conseillère ou son conseiller à la protection des données et à la transparence au sens de l'article 50.

² Il consigne dans un document interne la nature de la violation, le type de données personnelles concernées et les catégories de personnes touchées, les conséquences probables pour ces dernières et les mesures prises pour y remédier.

³ Le responsable du traitement annonce dans les meilleurs délais à la préposée cantonale ou au préposé cantonal, le cas échéant par l'intermédiaire de sa conseillère ou de son conseiller à la protection des données et à la transparence, les cas de violation de la sécurité des données personnelles entraînant vraisemblablement un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée.

⁴ Le sous-traitant annonce dans les meilleurs délais au responsable du traitement tout cas de violation de la sécurité des données personnelles.

⁵ Le responsable du traitement informe la personne concernée lorsque cela est nécessaire à sa protection ou lorsque la préposée cantonale ou le préposé cantonal l'exige.

⁶ Il peut restreindre l'information de la personne concernée, la différer ou y renoncer, dans les cas suivants :

- a. les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent ;
- b. un intérêt public prépondérant l'exige, en particulier la sécurité intérieure ou l'ordre public ;
- c. un devoir légal de garder un secret l'interdit ;
- d. la communication des informations est susceptible de compromettre une enquête, une instruction ou une procédure judiciaire ou administrative ;
- e. l'information est impossible à fournir ou exige des efforts disproportionnés ;
- f. l'information de la personne concernée peut être garantie de manière équivalente par une communication publique.

Art. 38 Devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ Le responsable du traitement informe la personne concernée de manière adéquate de la collecte de données personnelles la concernant, que celle-ci soit effectuée auprès d'elle ou non.

² Lors de la collecte, il communique à la personne concernée les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence des traitements soit garantie ; il lui communique au moins les éléments suivants :

- a. le responsable du traitement ;
- b. la finalité du traitement ;
- c. le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquelles des données personnelles sont transmises ;
- d. les catégories de données personnelles traitées.

³ Lorsque des données personnelles sont communiquées à l'étranger, le responsable du traitement communique également à la personne concernée le nom de la corporation ou de

l'établissement de droit public auquel elles sont communiquées et, le cas échéant, l'application d'une des exceptions prévues à l'article 39, alinéa 7.

⁴ Si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, le responsable du traitement lui communique les informations mentionnées aux alinéas 2 à 3 au plus tard un mois après qu'il a obtenu les données personnelles. S'il communique les données personnelles avant l'échéance de ce délai, il en informe la personne concernée au plus tard lors de la communication.

Art. 38A Exceptions au devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles (nouveau)

¹ Le responsable du traitement est délié du devoir d'information au sens de l'article 38 si l'une des conditions suivantes est remplie :

- a. la personne concernée dispose déjà des informations au sens de l'article 38 ;
- b. le traitement des données personnelles est prévu par la loi ;
- c. l'information n'est pas possible ou exige un effort disproportionné.

² Le responsable du traitement peut restreindre ou différer la communication des informations, ou y renoncer, si un intérêt public ou privé prépondérant le justifie, en particulier dans les cas prévus à l'article 46 de la présente loi.

Art. 38B Droits de la personne concernée en cas de décision individuelle automatisée (nouveau)

¹ Le responsable du traitement informe la personne concernée de toute décision qui est prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui a des effets juridiques pour elle ou l'affecte de manière significative.

² A la demande de la personne faisant l'objet d'une décision individuelle automatisée, le responsable du traitement lui communique la logique et les critères à la base de celle-ci. Cette demande ne suspend pas le délai visé à l'alinéa 3.

³ Toute personne faisant l'objet d'une décision individuelle automatisée peut former une réclamation, dans les 30 jours à compter de sa notification, auprès de son auteur.

⁴ La décision sur réclamation ne peut pas être rendue de manière automatisée.

⁵ Les dispositions de la législation spéciale qui prévoient déjà une procédure de réclamation sont réservées.

Art. 39, al. 1, lettre a, al. 2, 5, 7, lettres a et b, 8, 10 et 11 (nouvelle teneur)

¹

- a) l'institution requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait aux exigences prévues aux articles 35 à 38B ;

² L'institution publique requise est tenue de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 1 et, une fois la communication effectuée, d'en informer sa conseillère ou son conseiller à la protection des données, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement.

⁵ L'institution publique requise est tenue de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 4 et, avant de procéder à la communication requise, d'en informer sa conseillère ou son conseiller à la protection des données et à la transparence, 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, elle assortit la communication de charges et conditions.

⁷

- a) elle intervient avec le consentement exprès, libre et éclairé de la personne concernée ou dans son intérêt manifeste ;
- b) elle est dictée par un intérêt public important manifestement prépondérant reconnu par l'institution publique requise et que l'entité requérante fournit des garanties fiables suffisantes quant au respect des droits fondamentaux de la personne concernée ;

⁸ L'institution publique requise est tenue de consulter la préposée cantonale ou le préposé cantonal avant toute communication. S'il y a lieu, elle assortit la communication de charges ou conditions.

¹⁰ Dans les cas visés à l'alinéa 9, lettre b, l'institution publique requise est tenue de consulter les personnes concernées avant toute communication, à moins que cela n'implique un travail disproportionné. A défaut d'avoir pu recueillir cette détermination, ou en cas d'opposition d'une personne consultée, l'institution publique requise sollicite le préavis de la préposée cantonale ou du préposé cantonal. La communication peut être assortie de charges et conditions, notamment pour garantir un niveau de protection adéquat des données.

¹¹ Outre aux parties, l'institution publique requise communique sa décision aux personnes consultées ainsi qu'à la préposée cantonale ou au préposé cantonal.

Art. 40 (abrogé)

Art. 41 Traitement à des fins générales ne se rapportant pas à des personnes (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ Les institutions publiques soumises à la présente loi 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, indépendamment des buts pour lesquels elles ont été collectées, si les conditions suivantes sont réunies :

- a) les données personnelles sont rendues anonymes dès que la finalité du traitement le permet ;
- b) l'institution publique ne communique les données personnelles sensibles à des personnes privées que sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées ;
- c) le destinataire ne communique les données personnelles à des tiers qu'avec le consentement de l'institution qui les lui a transmises ;
- d) les résultats du traitement sont publiés sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées.

² Les articles 35, alinéa 3, 36, alinéa 2, et 39 ne sont pas applicables.

Art. 42, al. 1, phrase introductive (nouvelle teneur)

¹ Dans la mesure où elles ne sont pas dictées par l'accomplissement légal de tâches au sens de l'article 36, la création et l'exploitation d'un système de vidéosurveillance ne sont licites que si, cumulativement :

Art. 43 Registre des activités de traitement (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ La préposée cantonale ou le préposé cantonal dresse et tient à jour un registre public des activités de traitement des institutions publiques. Il le rend facilement accessible.

² Les institutions publiques déclarent leurs activités de traitement à la préposée cantonale ou au préposé cantonal, en fournissant au moins les indications suivantes :

- a. le responsable du traitement ;
- b. la dénomination, la base légale et la finalité du traitement ;
- c. une description des catégories des personnes concernées et des catégories des données personnelles traitées ;
- d. les catégories des destinataires ;
- e. le cas échéant, l'identité et les coordonnées des autres responsables du traitement et la répartition des responsabilités ;
- f. le cas échéant, l'identité et les coordonnées des sous-traitants.

³ Les institutions publiques fournissent également les indications suivantes à la préposée cantonale ou au préposé cantonal, sur requête de ces derniers :

- a. dans la mesure du possible, le délai de conservation des données personnelles ou les critères pour déterminer la durée de conservation ;
 - b. dans la mesure du possible, une description générale des mesures visant à garantir la sécurité des données personnelles selon l'article 37A ;
 - c. en cas de communication de données personnelles à l'étranger, le nom de la corporation ou de l'établissement de droit public étranger destinataire et, le cas échéant, l'application d'une des exceptions prévues à l'article 39, alinéa 7.
- ⁴ Le Conseil d'Etat peut prévoir des exceptions à l'obligation de déclarer pour certaines catégories de traitement à des fins administratives internes qui ne présentent manifestement pas de risques pour les droits des personnes concernées.

Art. 44 Principes (nouvelle teneur)

¹ Toute personne physique ou morale de droit privé peut demander par écrit au responsable du traitement, en s'adressant à sa conseillère ou à son conseiller à la protection des données et à la transparence au sens de l'article 50, si des données personnelles la concernant sont traitées.

² La personne reçoit les informations nécessaires à la mise en œuvre de ses droits en matière de protection des données personnelles. A sa demande, elle reçoit notamment les informations suivantes :

- a. les coordonnées du responsable du traitement ;
- b. les données personnelles traitées ;
- c. la finalité du traitement ;
- d. la durée de conservation des données personnelles, ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière ;
- e. les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée ;
- f. le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées, ainsi que l'application d'une des exceptions prévues à l'article 39, alinéa 7.

³ L'institution publique qui fait traiter des données personnelles par un sous-traitant demeure tenue de communiquer les données et de fournir les informations demandées.

⁴ Nul ne peut renoncer par avance à son droit d'accès.

Art. 45 (nouvelle teneur)

¹ La personne qui fait valoir son droit d'accès doit justifier de son identité.

² Les renseignements sont, en règle générale, fournis par écrit sur un support physique ou électronique. En accord avec le responsable du traitement, la personne concernée peut également consulter ses données personnelles sur place.

³ Le responsable du traitement fournit gratuitement les renseignements demandés. Le Conseil d'Etat peut prévoir des exceptions, notamment si la communication de l'information implique un travail disproportionné.

⁴ A moins que des circonstances exceptionnelles le justifient, les renseignements sont fournis dans un délai de 30 jours.

Art. 47, al. 2, lettres a, d, e (nouvelle teneur)

²

- a) effacent ou détruisent celles qui ne sont pas nécessaires ;
- d) s'abstiennent de communiquer celles qui ne répondent pas aux exigences de qualité visées à l'article 35 ;
- e) publient leur décision prise suite à sa requête ou la communiquent aux institutions ou tiers ayant reçu de leur part des données ne répondant pas aux exigences de qualité visées à l'article 35 ;

Art. 49, al. 1 (nouvelle teneur), al. 3 à 5 (abrogés, l'al. 6 ancien devenant l'al. 3), al. 3 (nouvelle teneur)

¹ Toute requête fondée sur les articles 44, 47 ou 48 doit être adressée par écrit au responsable du traitement dont relève le traitement considéré.

⁶ L'institution concernée statue par voie de décision dans les 30 jours sur les prétentions de la requérante ou du requérant. Elle notifie aussi sa décision à la préposée cantonale ou au préposé cantonal.

Art. 50 Conseillères et conseillers à la protection des données et à la transparence et procédures (nouvelle teneur de la note), al. 1 (nouvelle teneur), al. 2 (nouveau, les al. 2 à 5 anciens devenant les al. 3 à 6), al. 3, phrase introductive (nouvelle teneur), lettre e (nouvelle, les lettres e à i anciennes devenant les lettres f à j), al. 4 et 6 (nouvelle teneur)

¹ Des conseillères et conseillers à la protection des données et à la transparence (ci-après : conseillères et conseillers LIPAD) ayant une formation appropriée et les compétences utiles sont désignés et des procédures sont mises en place au sein des institutions publiques, pour y garantir une correcte application de la présente loi.

² Plusieurs institutions publiques peuvent désigner ensemble une conseillère ou un conseiller LIPAD.

³

e) la Cour des comptes pour elle-même ;

⁴ Le Conseil d'Etat prescrit par substitution les mesures et les procédures nécessaires à une correcte application du titre III de la présente loi, si une instance visée à l'alinéa 3, lettres f à j, n'en adopte pas en temps utile après avoir été mise en demeure de le faire.

⁶ La liste des conseillères et conseillers LIPAD désignés en application du présent article est publique.

Art. 51 (nouvelle teneur)

¹ Les conseillères et conseillers LIPAD sont les interlocuteurs privilégiés des personnes concernées et de la préposée cantonale ou du préposé cantonal pour tout ce qui a trait au traitement des données personnelles et à la transparence de l'institution qui les a désignés.

² Elles et ils ont une fonction de conseil et de soutien et sont associés de manière appropriée aux activités de traitement accomplies au sein de l'institution publique.

³ Elles et ils accomplissent en particulier les tâches suivantes :

a) donner aux membres de l'institution publique les instructions utiles sur le traitement des données personnelles nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales ou des demandes d'accès aux documents ;

b) concourir à l'établissement de l'analyse d'impact relative à la protection des données ;

c) communiquer à la préposée cantonale ou au préposé cantonal les activités de traitement des institutions publiques au sens de l'article 43, ainsi que leurs mises à jour régulières ;

d) annoncer à la préposée cantonale ou au préposé cantonal les violations de la sécurité des données personnelles qui leur ont été communiquées par le responsable du traitement.

⁴ Les conseillères et conseillers LIPAD détiennent, à l'égard des membres de l'institution à laquelle ils appartiennent, la compétence :

a) d'exiger d'eux tous renseignements utiles sur le traitement des données personnelles ou celui des demandes d'accès aux documents régies par la présente loi, qu'ils effectuent ou sont appelés à effectuer ;

b) de prendre par voie d'évocation les décisions d'application de la présente loi entrant ordinairement dans leur sphère de compétence.

⁵ Les membres des institutions publiques informent leur conseillère ou conseiller LIPAD, notamment :

- a) de tout nouveau traitement de données personnelles ;
- b) de toute requête de communication et de toute intention de destruction de données personnelles, à moins que ces opérations ne soient prévues explicitement par une loi, un règlement ou une décision du Conseil d'Etat ;
- c) de toute information ou consultation qu'ils adressent directement à la préposée cantonale ou au préposé cantonal.

Art. 52, al. 2 et 3 (nouveaux)

² La préposée cantonale ou le préposé cantonal se consulte avec l'archiviste d'Etat lorsque l'application de la présente loi implique celle de la loi sur les archives publiques, du 1er décembre 2000.

³ Elle ou il entretient des contacts réguliers avec la commission consultative.

Art. 55A Autocontrôle (nouveau)

La préposée cantonale ou le préposé cantonal s'assure, par des mesures de contrôle appropriées portant notamment sur la sécurité des données personnelles, du respect et de la bonne application des dispositions de la présente loi en son sein.

Art. 56 Compétences de la préposée cantonale ou du préposé cantonal en matière d'information du public et d'accès aux documents (nouvelle teneur avec modification de la note)

¹ La préposée cantonale ou le préposé cantonal surveille l'application de la présente loi en matière d'information du public et d'accès aux documents.

² Elle ou il est chargé, en application du titre II de la présente loi :

- a) de traiter les requêtes de médiation relatives à l'accès aux documents ;
- b) d'informer d'office ou sur demande sur les modalités d'accès aux documents ;
- c) de centraliser les normes et directives que les institutions édictent pour assurer l'application de l'article 50 ;
- d) de collecter les données utiles pour évaluer l'effectivité et l'efficacité de la mise en œuvre de la présente loi ;
- e) d'exprimer son avis sur les projets d'actes législatifs ayant un impact en matière de transparence.

Art. 56A Compétences de la préposée cantonale ou du préposé cantonal en matière de protection des données personnelles (nouveau)

¹ La préposée cantonale ou le préposé cantonal surveille l'application de la présente loi en matière de protection des données personnelles, notamment en procédant à des contrôles auprès des institutions publiques.

² Elle ou il a la charge, en vertu du titre III de la présente loi :

- a) d'émettre les préavis requis en vertu de la présente loi ;
- b) de collecter et de centraliser les avis et informations que les institutions publiques, ou leurs conseillères et conseillers LIPAD, doivent lui fournir, et, s'il y a lieu, de prendre position dans l'exercice de ses compétences ;
- c) de conseiller les instances compétentes des institutions publiques sur les mesures d'organisation et les procédures à prescrire en leur sein ;
- d) d'assister les conseillères et conseillers LIPAD dans l'accomplissement de leurs tâches ;
- e) d'exprimer son avis sur les projets d'actes législatifs ayant un impact en matière de protection des données personnelles ;
- f) de dresser, de mettre à jour et de rendre accessible au public le registre des activités de traitements des institutions publiques ;
- g) de dresser, de mettre à jour et de rendre accessible au public la liste des conseillères et conseillers LIPAD désignés au sein des institutions publiques ;
- h) de renseigner d'office ou sur demande les personnes concernées sur leurs droits ;

- i) d'exercer le droit de recours prévu à l'article 62, ainsi que dans les autres cas prévus dans la loi.

Art. 56B Pouvoirs de contrôle de la préposée cantonale ou du préposé cantonal en matière de protection des données personnelles (nouveau)

¹ La préposée cantonale ou le préposé cantonal peut effectuer, d'office, ou sur dénonciation, un contrôle auprès d'une institution publique ou d'un sous-traitant, afin de vérifier qu'ils respectent les dispositions de protection des données personnelles. Il décide librement des contrôles qu'il opère et de la suite à donner à une dénonciation.

² La préposée cantonale ou le préposé cantonal peut notamment demander des renseignements, exiger la production de documents, procéder à des inspections et se faire présenter des traitements de données. Elle ou il peut recourir, au besoin, à des expertes et experts dans les domaines techniques.

³ Le secret de fonction ne peut pas être opposé à la préposée cantonale ou au préposé cantonal. Les autres secrets institués par la loi sont réservés.

⁴ Si la personne concernée est à l'origine de la dénonciation, la préposée cantonale ou le préposé cantonal l'informe des suites données à celle-ci.

Art. 56C Mesures administratives de la préposée cantonale ou du préposé cantonal (nouveau)

¹ Si des dispositions de protection des données ne sont pas respectées, la préposée cantonale ou le préposé cantonal peut ordonner la modification, la suspension ou la cessation de tout ou partie du traitement ainsi que l'effacement ou la destruction de tout ou partie des données personnelles.

² Elle ou il peut suspendre ou interdire la communication de données personnelles à l'étranger si elle est contraire aux conditions de l'article 39 ou à des dispositions d'autres lois cantonales concernant la communication de données personnelles à l'étranger.

³ Elle ou il peut notamment ordonner à l'institution publique de:

- a) de se conformer à son devoir d'informer lors de la collecte des données personnelles (article 38) ;
- b) de répondre de manière appropriée à la demande de la personne concernée qui exerce ses droits en vertu de la présente loi, notamment son droit d'accès, son droit de rectification ou son droit d'opposition ;
- c) de lui fournir les informations prévues en matière de communications transfrontières de données personnelles (article 38, alinéa 3) ;
- d) de déclarer un traitement de données personnelles au registre des activités des traitements (article 43) ;
- e) de prendre des mesures organisationnelles et techniques en matière de protection des données personnelles (article 37A) ;
- f) de prendre des mesures de protection des données personnelles dès la conception et par défaut (article 37) ;
- g) de procéder à une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles ou la compléter (article 37B) ;
- h) de lui transmettre les informations pertinentes en lien avec une violation de la sécurité des données personnelles (article 37C) ;
- i) d'informer les personnes concernées à la suite d'une violation de la sécurité des données personnelles (article 37C) ;
- j) de désigner une conseillère ou un conseiller LIPAD (article 50).

⁴ Si une institution publique ne donne pas suite à l'ordre de la préposée cantonale ou du préposé cantonal, au sens de l'alinéa 3, la préposée cantonale ou le préposé cantonal peut saisir le Conseil d'Etat, qui prescrit par substitution les mesures nécessaires.

Art. 56D Procédure (nouveau)

¹ La procédure est régie par la loi sur la procédure administrative, du 12 septembre 1985.

² L'institution publique visée par une décision de la préposée cantonale ou du préposé cantonal a qualité pour recourir contre celle-ci.

Art. 56E Collaboration entre les autorités cantonales, fédérales et étrangères chargées de la protection des données (nouveau)

¹ Dans l'exercice de ses fonctions, la préposée cantonale ou le préposé cantonal doit collaborer avec les autorités cantonales, fédérales et étrangères chargées de la protection des données personnelles.

² La communication de données personnelles dans le cadre de l'entraide administrative est accordée lorsque les conditions fixées par l'article 39 de la présente loi sont remplies.

Art. 59, lettre a (nouvelle teneur)

La commission consultative a pour attributions :

a) sur requête des instances visées à l'article 50, alinéa 3, d'étudier et donner son avis sur tout objet touchant aux domaines de la protection des données, de la transparence et de l'archivage ;

Art. 68, al. 8 (nouveau)

Modifications du ... (à compléter)

⁸ Les articles 37 et 37B ne sont pas applicables aux traitements qui ont débuté avant l'entrée en vigueur de la loi [à compléter], du [à compléter], pour autant que les finalités du traitement restent inchangées et que de nouvelles données personnelles ne soient pas collectées.

2. Appréciation

L'art. 3 al. 1 litt. c soumet formellement la Cour des comptes dans le champ d'application de la LIPAD. Cette délicate question fait l'objet d'une insécurité juridique, même si des indices penchent en faveur de l'inclusion de cette entité dans le champ d'application de la loi (déclaration de fichiers au catalogue, présence à la séance de médiation, accessibilité de la LIPAD sur le site Internet de l'entité, mention à l'art. 41 al. 2 LIPAD, arrêt de la Cour de Justice du 1^{er} septembre 2020, ATA/831/2020, qui retient le déni de justice lorsque la Cour des comptes n'a pas rendu de décision suite à une demande formulée sur la base de l'art. 47 LIPAD). En 2020, les Préposés exposaient que, selon eux, "*seule une mention explicite de la Cour des comptes dans l'art. 3 LIPAD permettrait de combler ce qu'il convient de considérer comme une lacune du texte légal. La prochaine révision de la LIPAD, rendue nécessaire par les divers changements intervenus au niveau fédéral et international, devra assurément permettre de régler ce point*" (Joséphine Boillat/Stéphane Werly, Droit du justiciable de demander la rectification de ses données personnelles, 21 décembre 2020, [in www.swissprivacy.law/44](http://www.swissprivacy.law/44)). En conséquence, les Préposés saluent l'inclusion de la Cour des comptes dans le champ d'application de la LIPAD, dans un but de clarté et afin de lever toute ambiguïté.

L'art. 3 al. 6 précise que le traitement de données personnelles effectué par la Banque Cantonale de Genève n'est pas soumis à la LIPAD. Les Préposés comprennent que cela s'entend en raison de l'activité privée de l'institution, régie par le droit fédéral.

L'art. 4 contient des définitions adaptées en s'inspirant le plus possible de celles retenues par la nLPD, afin de faciliter les futures interprétations par les autorités d'application. Il a notamment été judicieusement soustrait des données personnelles sensibles les opinions et activités culturelles, alors que les données biométriques et les données génétiques ont été rajoutées. Quant à la notion de profil de la personnalité, elle a été remplacée par celle de

profilage, à l'instar de la directive (UE) 2016/680, du RGPD et de la nLPD (art. 5 litt. f). Les Préposés n'ont aucun commentaire particulier à émettre sur cette norme.

La section 4A, réservée à la Cour des comptes, prend place dans le chapitre relatif à la publicité des séances. Cela constitue une nouveauté. D'autres entités (Conseil d'Etat, Grand Conseil, Pouvoir judiciaire, communes et établissements et corporations de droit public) se voient déjà au bénéfice de telles dispositions, L'article 13A précise que les délibérations et autres séances de la Cour des comptes se tiennent à huis clos. L'art. 20 A précise les modalités de l'information du public par la Cour des comptes. Ces deux normes n'appellent pas de commentaire particulier.

Suite à l'introduction de la Cour des comptes parmi les institutions soumises à la LIPAD, l'art. 26 al. 2 litt. d a été complété par le terme "investigations". Il n'apparaît pas nécessaire de s'y attarder.

Il en va pareillement de l'art. 28 al. 3, uniquement modifié sur le plan terminologique.

Les Préposés saluent la dernière phrase ajoutée à l'art. 30 al. 5, prévoyant qu'en matière d'accès aux documents, la décision des institutions publiques suite à leur recommandation leur soit notifiée, car si, en pratique, les institutions publiques lui communiquent souvent leur décision, il est nécessaire que cette communication soit inscrite dans la loi, afin qu'ils aient systématiquement connaissance des suites données aux actes qu'ils sont amenés à rédiger. La loi actuelle ne mentionne rien à cet égard, puisque seules les décisions suite à des recommandations en matière de protection des données sont notifiées aux Préposés (art. 49 al. 6).

Les art. 31 al. 2 et 33 al. 2 et 3 ont uniquement été modifiés pour actualiser le renvoi à l'art. 50.

Le projet d'art. 35 LIPAD consacre les principes de licéité (al. 1), de bonne foi et de proportionnalité (al. 2), de finalité et de reconnaissabilité (al. 3), de destruction des données (al. 4) et d'exactitude des données (al. 5 et 6). Sa rédaction, fortement inspirée de celle de la nLPD, aura l'avantage de faciliter les futures interprétations par les autorités d'application. En effet, il sera possible de se référer aux clarifications jurisprudentielles rendues en application de la nLPD.

L'art. 36 du projet traite de la base légale. Conformément au principe de l'Etat de droit, l'existence d'une base légale est nécessaire pour toute action de l'Etat. La Constitution consacre le droit au respect de la sphère privée (art. 13 al. 1 Cst. et 8 CEDH ; art. 21 al.1 Cst-GE) et le droit d'être protégé contre l'emploi abusif des données personnelles (art. 13 al. 2 Cst. ; art. 21 al. 2 Cst-GE). Conformément à l'art. 36 Cst. (art. 43 Cst.-GE), les restrictions aux libertés ne sont conformes à la Constitution que lorsqu'elles peuvent s'appuyer sur une base légale, sont justifiées par un intérêt public ou par la protection des droits fondamentaux d'autrui et sont proportionnées au but visé. Ces principes sont consacrés par l'art. 36 al. 1 et 2 du projet. Il sied de relever que les exigences en matière de base légale prévues par le projet de modification de la LIPAD sont sensiblement moins élevées que les exigences de la nLPD s'agissant des traitements effectués par les organes fédéraux. En effet, le projet de modification de la LIPAD prévoit que les traitements de données personnelles dont les finalités ou les modalités de traitement sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée peuvent avoir lieu en l'absence de base légale formelle, lorsque le traitement est indispensable à l'accomplissement d'une tâche définie dans une loi au sens formel. Or, le droit fédéral, s'il permet le traitement de données sensibles ou le profilage à ces conditions, ne l'autorise pas si la finalité du traitement présente des risques particuliers pour les droits fondamentaux de la personne concernée. L'on peut se demander si l'art. 36 al. 2 du projet sur ce point est compatible avec les exigences prévues par les dispositions

constitutionnelles susmentionnées. Les Préposés sont d'avis de reprendre la limitation prévue par le droit fédéral dans le droit cantonal, ce qui garantit une meilleure protection des personnes concernées, ainsi qu'une conformité aux exigences de l'art. 36 Cst.

L'art. 36 al. 3 sera commenté ci-dessous en lien avec l'art. 36A du projet auquel il renvoie. L'art. 36 al. 4 n'appelle pas de commentaire particulier, sa modification intervenant pour prendre en compte les changements législatifs intervenus au niveau fédéral quant à l'utilisation du numéro AVS.

L'art. 36A, intitulé "consentement", autorise les institutions publiques, dans des cas d'espèce, à déroger aux exigences de l'art. 36 en matière de base légale et à recourir au consentement de la personne concernée pour traiter des données personnelles, y compris des données personnelles sensibles, nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales. Les Préposés sont réservés quant à l'introduction d'une disposition intitulée "consentement" comme fait justificatif extra-légal au traitement de données personnelles par des institutions publiques. Ils relèvent que le consentement doit rester une exception en tant que fait justificatif extra-légal au traitement de données personnelles et qu'il ne saurait justifier des traitements systématiques de données personnelles. Le consentement ne doit valoir qu'à titre exceptionnel. De plus, la portée de cette exception est limitée. En effet, seules des données personnelles nécessaires à l'accomplissement des tâches légales de l'institution peuvent être traitées, comme le rappelle le texte de l'art. 36A al. 1 du projet. Le consentement ne permet pas de traiter des données personnelles qui ne seraient pas nécessaires à l'accomplissement des tâches légales de l'institution. En pratique, la portée de l'art. 36A vise donc les données personnelles sensibles, le profilage, ainsi que les traitements dont les finalités ou les modalités sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux. A la lecture de cette disposition, de tels traitements de données personnelles pourraient intervenir de manière sporadique sur la simple base du consentement de la personne concernée, sans exigence de base légale ni formelle ni matérielle. Les Préposés saluent le haut degré d'exigence requis relatif aux modalités du consentement et à sa preuve, ainsi que la possibilité de le révoquer en tout temps et sans motifs. Les alinéas 4 et 5 n'appellent pas de commentaire particulier ; il sied de noter que de tels cas de figure sont également prévus par la nLPD.

A la lecture des art. 36 et 36A du projet, les Préposés suggèrent de modifier ces dispositions en se calquant sur la nLPD. Ainsi, le consentement apparaîtrait plus clairement comme subsidiaire et exceptionnel ; de plus, les exigences de bases légales pour des traitements dont les finalités sont susceptibles de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux seraient sensiblement renforcées de sorte à mieux protéger les citoyens.

L'art. 36B clarifie les cas de traitement conjoint. Il n'appelle pas de commentaire particulier.

L'art. 36C reprend pour l'essentiel les prescriptions de l'art. 13A RIPAD. Les Préposés saluent le fait que cette disposition figure dans la loi et non plus uniquement dans son règlement d'application, vu l'importance et la fréquence de la sous-traitance de données personnelles. Ils n'ont pas de commentaire particulier à y apporter.

L'art. 37 instaure l'obligation de protéger les données dès la conception et par défaut ("privacy by design and by default"). Cette exigence se retrouve dans les textes internationaux (Convention 108+, RGPD) et dans la nLPD, dont la formulation a été reprise ici. Cela aura l'avantage de faciliter les futures interprétations par les autorités d'application.

L'art. 37A consacre les obligations en matière de sécurité des données personnelles. Il se limite à en énoncer le principe, son alinéa 3 prévoyant que le Conseil d'Etat détermine les exigences minimales par voie réglementaire. L'alinéa 4 prévoit le contrôle périodique du respect des mesures de sécurité mises en place. Il n'appelle pas de commentaire.

L'art. 37B vise les cas dans lesquels il convient de procéder à une analyse d'impact, à savoir lorsqu'un traitement de données personnelles est susceptible d'entraîner un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée (al. 1). Tel est notamment le cas lors d'un traitement de données personnelles sensibles à grande échelle, de profilage ou encore de surveillance systématique de grandes parties du domaine public (al. 2). L'alinéa 3 prévoit ce que doit contenir une analyse d'impact. Ces dispositions concrétisent les exigences posées par la Convention 108+ notamment, et est essentielle à l'évaluation des risques lors d'un nouveau traitement de données personnelles. La rédaction de cette disposition est fortement inspirée de celle de l'art. 22 nLPD, ce qui est à saluer puisque cela facilitera son interprétation. L'alinéa 4 prévoit que l'analyse d'impact doit être jointe au projet d'acte législatif pour avis du Préposé cantonal au sens de l'art. 56 al. 3 litt. e de la loi. Les Préposés saluent l'introduction d'une telle disposition qui facilitera leur mission de conseil et d'avis et permettra également au législateur de mieux évaluer les risques potentiels d'un traitement de données personnelles pour les droits fondamentaux des personnes concernées. Ils relèvent toutefois qu'il pourrait arriver – même si ces cas devraient être rares au vu des exigences en matière de base légale – que de nouveaux traitements soient envisagés, traitements qui sont susceptibles d'entraîner un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, alors même que les institutions publiques estiment qu'elles disposent déjà des bases légales nécessaires pour ce faire. Dans un tel cas de figure, aucune nouvelle base légale n'étant prévue, le projet d'art. 37B ne prévoit aucune consultation, ni même information du Préposé cantonal. Les Préposés suggèrent ainsi que l'art. 37B soit complété pour remédier à cette potentielle lacune, par exemple avec l'ajout d'un alinéa 5: "*Lorsque l'analyse d'impact requise à l'alinéa 1 n'est pas liée à un projet d'acte législatif, elle est soumise à la préposée cantonale ou au préposé cantonal pour avis avant le début du traitement*".

L'art. 37C traite de la violation de la sécurité des données personnelles. Il instaure les mesures à prendre en cas d'incident pour identifier la violation et y remédier (al.1), les informations à consigner (al. 2) et les annonces à effectuer au conseiller ou à la conseillère à la conseillère à la protection des données et à la transparence (al.1), au Préposé cantonal (al.3), ainsi qu'aux personnes concernées (al. 3, 5 et 6). L'alinéa 4 concerne l'obligation du sous-traitant d'annoncer au responsable de traitement toute violation de données. L'art. 37C s'inspire de l'art. 24 nLPD et consacre des obligations imposées par le droit supérieur. Les Préposés saluent l'introduction de cette disposition qui va également dans le sens des suggestions qu'ils ont émises dans une fiche informative sur le sujet (<https://www.ge.ch/document/27856/telecharger>).

Les art. 38 et 38A du projet ont trait à l'obligation d'informer lors de la collecte de données personnelles et à ses exceptions. L'obligation d'informer renforce la transparence du traitement et est une exigence qui découle de la mise en conformité du droit cantonal avec le droit supérieur. La rédaction de ces dispositions est calquée sur celle du droit fédéral, de sorte qu'elles n'appellent pas de commentaire particulier.

L'art. 38B régit les décisions individuelles automatisées. L'art. 9 litt. a de la Convention 108 + 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*". Son art. 9 litt. c prévoit que "*toute personne a le droit d'obtenir, à sa demande, connaissance du raisonnement qui sous-tend le traitement de données, lorsque les résultats de ce traitement lui sont appliqués*". Le droit supérieur exige ainsi que la personne concernée soit informée d'une décision individuelle automatisée qui l'affecte de manière significative, qu'elle connaisse le raisonnement qui la sous-tend et qu'elle puisse demander à ce que son point de vue soit pris en compte. L'art. 38B al.1 du projet consacre l'information à la personne concernée du caractère automatisé de la décision et l'alinéa 2 consacre l'information du raisonnement qui la sous-tend. C'est par le biais de la réclamation (art. 38B al. 3 et 4) que le projet de LIPAD permet à la

personne concernée de faire valoir son point de vue. Les articles 50 et suivants de la loi sur la procédure administrative (LPA ; E 5 10) régissent la réclamation. Selon l'art. 50 al. 1, première phrase LPA, la réclamation a pour effet d'obliger l'autorité qui a rendu la décision administrative attaquée à se prononcer à nouveau sur l'affaire. Elle a un libre pouvoir d'examen (al. 2). Les Préposés relèvent que l'art. 38B al. 2 in fine prévoit que le délai pour former une réclamation n'est pas suspendu par une demande portant sur le raisonnement qui sous-tend la décision automatisée. Ils se demandent si cette information n'équivaut pas à la motivation de la décision et qu'il est dès lors difficile pour une personne qui s'est vu notifier une décision automatisée de se déterminer sur la suite à y donner. Toutefois, la réclamation permettant l'obtention d'une nouvelle décision motivée, ouvrant une voie de recours, les Préposés sont d'avis que l'art. 38B al. 2 in fine peut être maintenu, puisque les informations demandées quant au raisonnement qui sous-tend la décision automatisée seront vraisemblablement communiquées au plus tard dans la décision prise suite à la réclamation. Le fait pour la personne concernée de pouvoir obtenir une nouvelle décision, non automatisée, et motivée permet de garantir ses droits.

Les modifications apportées à l'art. 39 du projet sont essentiellement une adaptation de la terminologie et n'appellent pas de commentaire. Les Préposés saluent l'ajout à l'alinéa 11 prévoyant que la décision de l'institution publique est communiquée au Préposé cantonal. En effet, si en pratique, les institutions publiques lui communiquent souvent leur décision, il est souhaitable que cette communication soit inscrite dans la loi, afin qu'il ait systématiquement connaissance des suites données aux actes qu'il est amené à rédiger. De plus, cela lui permet d'exercer, le cas échéant, le droit de recours prévu à l'art. 62 LIPAD.

Les Préposés se sont demandés si l'ajout d'une précision à l'art. 39 al. 9 litt. b LIPAD concernant la communication de données à une tierce personne de droit privé à l'étranger, dans un pays ne bénéficiant pas d'un niveau de protection adéquat, serait judicieuse. En effet, le présent projet ne prévoit pas de disposition spécifique concernant la communication de données personnelles à l'étranger qui s'appliquerait à l'ensemble de la loi, à l'instar des art. 16 et 17 nLPD, mais règle cette question dans deux dispositions, l'une en lien avec la sous-traitance de données personnelles, et l'autre avec la communication de données à une corporation ou un établissement de droit public étranger. L'absence de cette mention en lien avec l'art. 39 al. 9 LIPAD ne pose pas de difficultés spécifiques en cas de communication des données personnelles avec l'accord de la personne concernée. Par contre, en cas d'opposition de la personne concernée ou d'impossibilité à obtenir sa détermination, il importe que cet élément soit pris en compte dans la pesée des intérêts. Ces situations étant soumises au préavis du Préposé cantonal, ce dernier en tiendra compte le cas échéant, de sorte qu'il considère que l'art. 39 al. 9 n'a pas à être modifié.

L'art. 41 régit le traitement de données personnelles à des fins générales ne se rapportant pas à des personnes (soit à des fins de statistiques, recherche scientifique, évaluation de politiques publiques). La modification apportée a le mérite de calquer les exigences du droit cantonal à celles du droit fédéral s'agissant de la réutilisation de données personnelles pour les fins susmentionnées. En complément à cette disposition, la loi sur la Haute école spécialisée de Suisse occidentale, du 29 août 2013 (LHES – SO-GE ; C 1 26), la loi sur l'Université du 13 juin 2008 (LU ; C 1 30) et la loi sur les établissements publics médicaux du 19 septembre 1980 (LEPM ; K 2 05) se voient chacune ajouter une disposition prévoyant le droit de traiter, à des fins de recherche, des données personnelles, y compris sensibles, et de procéder à du profilage, dans la mesure nécessaire à la réalisation de leur mission de recherche scientifique fondamentale et appliquée, respectivement de recherche médicale fondamentale et clinique. Ces ajouts sont à saluer, car ils comblent une lacune. Ces institutions disposeront désormais d'une base légale formelle pour collecter et traiter des données aux fins de recherche. L'art. 41 du projet leur restera applicable s'agissant des conditions de traitement, faute de dispositions spécifiques dans des lois spéciales.

L'art. 43 du projet prévoit la tenue, par le Préposé cantonal, d'un registre public des activités de traitements. Ce registre va remplacer l'actuel catalogue des fichiers, du fait de la disparition de cette dernière notion. Les informations qui devront figurer au registre sont énumérées à l'alinéa 2. Pour la plupart, elles correspondent aux indications qui doivent d'ores et déjà figurer au catalogue des fichiers ou correspondent à ces informations sous une forme sensiblement modifiée (voir par exemple la fiche informative concernant le catalogue des fichiers qui inclut un comparatif avec le registre des activités de traitement exigé par la réglementation européenne : <https://www.ge.ch/document/18560/telecharger>). La publication dans le registre des traitements de l'identité et des coordonnées des sous-traitants est une nouveauté prévue par le nouvel art. 43 al. 2 litt. f LIPAD. Même si elle représente une transparence accrue pour les citoyens, les Préposés se demandent si c'est un élément qui doit être public, notamment pour des raisons de sécurité des données. En effet, lors de fuites de données récentes ayant touché la Suisse via des attaques sur des sites de sous-traitants, il a été relevé que ces derniers avaient publicisé leurs contrats avec l'administration fédérale, ce qui avait pu contribuer à accroître leur vulnérabilité, les hackers sachant quels types de données la société traitait. Les Préposés suggèrent que la lettre f de l'art. 43 al. 2 figure à l'al. 3. L'alinéa 3 énumère des indications supplémentaires à fournir au Préposé cantonal, à sa demande (délai de conservation des données, mesures visant à garantir la sécurité, indications concernant les communications de données à l'étranger). Ces informations ne figurent pas dans le registre public tenu par le Préposé, mais doivent être consignées par les responsables de traitement et accessibles au Préposé sur demande. L'exception à l'obligation de déclarer qui peut être prévue par voie réglementaire (art. 43 al. 4 du projet) se limite aux traitements à des fins administratives internes qui ne présentent manifestement pas de risques pour la personne concernée. Vu le caractère limité de cette exception, elle est compatible avec les exigences de transparence des traitements.

Adaptés au droit supérieur, les art. 44 et 45 consacrent le principe du droit d'accès (art. 25 nLPD, art. 9 par. 1 litt. b de la Convention 108+, art. 14 de la directive (UE) 2016/680 et art. 15 RGPD). Selon l'art. 44, toute personne physique ou morale de droit privé (et non les institutions de droit public) peut demander par écrit au responsable du traitement, en s'adressant à son conseiller à la protection des données et à la transparence si des données personnelles la concernant sont traitées.

L'art. 45 règle les modalités du droit d'accès. Dans sa teneur actuelle, il prévoit que la communication des données et informations doit être faite sous une forme intelligible et, en règle générale, par écrit et gratuitement. Le projet prévoit désormais que les renseignements sont, en règle générale, fournis par écrit sur un support physique ou électronique. En accord avec le responsable du traitement, la personne physique ou morale de droit privé concernée peut consulter ses données sur place. Ces nouveautés sont à saluer.

L'art. 47 introduit simplement la notion d'effacement (al. 2 litt. a), qui a pareillement été ajoutée dans la liste exemplative des traitements. Cette norme n'appelle pas de remarque particulière.

L'art. 49 LIPAD actuel est repris et modifié par le projet d'art. 49. Ainsi, les termes "*responsable du traitement*" remplacent celui d'"organe", supprimé. Sur le fond, la procédure de recommandation des Préposés disparaît (al. 3 à 5 actuels). Cela a été rendu nécessaire, au vu des nouveaux pouvoirs d'intervention et d'investigation prévus pour ces derniers (art. 56C), conformément aux exigences de la Convention 108+ et de la directive (UE) 2016/680. Enfin, le délai d'ordre de 10 jours pour que l'institution publique rende une décision passe à 30 jours, ce qui se comprend, car en pratique, l'appréciation des prétentions nécessite souvent un examen approfondi.

L'art. 50 adapte sa terminologie au droit fédéral : les responsables LIPAD deviennent dorénavant des "*conseillères et conseillers à la protection des données et à la transparence*", à

l'instar de la nLPD (art. 10 al. 4) et du P-OLPD (art. 27 à 30). Quant à la directive (UE) 2016/680 (art. 32 à 34), elle les appelle "*délégués à la protection des données*". L'al. 2 prévoit judicieusement la possibilité pour plusieurs institutions de désigner ensemble un conseiller LIPAD (voir l'art. 25 de l'ordonnance fédérale sur la protection des données, du 31 août 2022 ; OPDo).

L'art. 51 décrit la fonction de conseillers LIPAD. L'al. 1 précise à bon escient que ces derniers sont les interlocuteurs privilégiés des personnes concernées et de du Préposé cantonal pour tout ce qui a trait au traitement des données personnelles et à la transparence de leur institution publique. Ce point est particulièrement important, au vu de l'expérience des Préposés : les précités constituent un relais indispensable à l'autorité.

Les al. 2 et 3 de l'art. 52 n'appellent pas de commentaire particulier, en ce qu'ils sont repris de la LIPAD actuelle.

Calqué sur l'art. 48 nLPD, l'art. 55A constitue une nouveauté. Il oblige le Préposé cantonal à s'assurer, par des mesures de contrôle appropriées portant notamment sur la sécurité des données personnelles, du respect et de la bonne application des dispositions de la présente loi en son sein. Cette norme consacre finalement une obligation que les Préposés respectaient déjà.

Les art. 56 et 56A distinguent judicieusement les compétences des Préposés en matière d'information du public et d'accès aux documents (art. 56) de celles qui leur échoient en matière de protection des données (art. 56A).

L'art. 56 contient uniquement une modification formelle par rapport à l'art. 56 al. 1 et 2.

L'art 56A reprend la teneur de l'actuel art. 56 al. 3, en adaptant la terminologie aux modifications effectuées par le projet (notamment disparition de la notion de "*fichier*" au profit de celle de "*traitement*").

L'art. 56B renforce les moyens d'intervention des Préposés, conformément aux nouveaux standards des lois de protection des données (art. 49 nLPD, art. 15 par. 2 litt. a à d de la Convention 108+, art. 47 par. 2 de la directive (UE) 2016/680). L'al. 1 octroie aux Préposés la possibilité d'effectuer, d'office, ou sur dénonciation, un contrôle auprès d'une institution publique ou d'un sous-traitant, afin de vérifier qu'ils respectent les dispositions de protection des données personnelles. Les Préposés décident librement des contrôles qu'ils opèrent et de la suite à donner à une dénonciation. Ils doivent informer la personne à l'origine de la dénonciation des suites données à celle-ci, s'il s'agit de la personne concernée (al. 4). Les al. 2 et 3 ont trait au devoir de collaboration des institutions et des sous-traitants, ainsi que de la problématique du secret de fonction. Selon l'al. 2, les Préposés peuvent notamment demander des renseignements, exiger la production de documents, procéder à des inspections et se faire présenter des traitements de données ; ils peuvent recourir, au besoin, à des experts dans les domaines techniques (al. 2). Le secret de fonction ne peut leur être opposé ; les autres secrets sont réservés (al. 3).

L'art. 56C a trait aux mesures administratives des Préposés. Il est inspiré de l'art. 51 nLPD, qui met en œuvre l'art. 47 par. 2 de la directive (UE) 2016/680 et donne suite aux recommandations des évaluateurs Schengen de renforcer les pouvoirs d'exécution des autorités cantonales chargées de la protection des données en les habilitant à prendre directement des décisions juridiquement contraignantes. L'art. 15 par. 2 litt. c de la Convention 108+ prévoit aussi que les autorités de contrôle disposent du pouvoir d'infliger des sanctions administratives. L'art. 58, par. 2 RGPD contient une disposition similaire, qui énumère par ailleurs toutes les mesures correctrices que l'autorité de contrôle est habilitée à prendre. A noter que l'octroi d'une compétence décisionnelle à l'autorité de surveillance est un élément détermi-

nant au sens de l'art. 45 RGPD pour décider du maintien de la décision d'adéquation de la Commission européenne en faveur de la Suisse. Selon l'al. 1, si des dispositions de protection des données ne sont pas respectées, les Préposés peuvent ordonner la modification, la suspension ou la cessation de tout ou partie du traitement ainsi que l'effacement ou la destruction de tout ou partie des données personnelles. Il sied de constater la gradation des mesures (principe de proportionnalité). L'al. 2 précise que les Préposés peuvent suspendre ou interdire la communication de données personnelles à l'étranger si elle est contraire aux conditions de l'art. 39 ou à des dispositions d'autres lois cantonales concernant la communication de données personnelles à l'étranger. L'al. 3 donne des exemples de mesures administratives. Enfin, selon l'al. 4, si une institution publique ne donne pas suite à l'ordre des Préposés, au sens de l'al. 3, ces derniers peuvent saisir le Conseil d'Etat, qui prescrit par substitution les mesures nécessaires. Les Préposés saluent la possibilité de pouvoir saisir le Conseil d'Etat avant de rendre une décision. Ils se demandent toutefois si cette disposition ne devrait pas être complétée sur le modèle de ce que prévoit l'art. 50 al. 2 et 3 LIPAD quant aux compétences du Conseil d'Etat, respectivement d'autres autorités.

L'art. 56D al. 1 prévoit que la procédure est régie par la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA ; RSGe E 5 10). Selon l'al. 2, l'institution publique visée par une décision des Préposés a qualité pour recourir contre celle-ci. Il convient de préciser que la personne concernée n'a pas qualité de partie à la procédure. Cependant, cette dernière pourra faire valoir ses droits par le biais des art. 47 et 49.

L'art. 56E al. 1, à l'instar de la Convention 108+ (art. 17), oblige les Préposés à collaborer avec les autorités cantonales, fédérales et étrangères chargées de la protection des données. A noter qu'une collaboration informelle intervient déjà, sans échange de données personnelles, au travers notamment de Privatim, du groupe transparence, du groupe des Préposés latins et du groupe de coordination Schengen. Selon l'art. 56E al. 2, la communication de données personnelles dans le cadre de l'entraide administrative est accordée lorsque les conditions fixées par l'art. 39 de la loi sont remplies.

L'art. 59 litt. a n'appelle pas de remarque, puisqu'il a uniquement été modifié pour actualiser le renvoi à l'art. 50.

L'art. 68 al. 8, calqué sur l'art. 69 nLPD, prévoit que les dispositions relatives à la protection des données dès la conception et par défaut et celles relatives aux analyses d'impact ne s'appliquent pas aux traitements qui ont débuté avant l'entrée en vigueur du projet de loi, pour autant que les finalités du traitement restent inchangées et que de nouvelles données ne soient pas collectées.

Enfin, les Préposés relèvent que l'autorité sera renforcée dès le mois d'août 2023, afin précisément d'anticiper l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions de la LIPAD. En effet, une juriste (50%) et une conseillère en cybersécurité (50%) entreront en fonction. A terme, il conviendra toutefois d'évaluer si ces ressources sont suffisantes au vu des nouvelles obligations légales.

* * * * *

Les Préposés remercient la Chancellerie d'Etat de les avoir consultés et se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Stéphane Werly
Préposé cantonal

Joséphine Boillat
Préposée adjointe