



17.11.2011 / DCA

Recommandations pour la rédaction de dispositions réglant l'échange de données personnelles entre autorités

1 Introduction

Les éventuels avis ou conseils exprimés ci-après, concernant en particulier le choix des termes à utiliser lors de la rédaction des normes légales, se veulent tout au plus être des compléments aux guides et directives existants, si bien que le légiste n'est pas dispensé d'effectuer une démarche de légistique formelle et matérielle; il se conformera notamment au Guide de législation, en particulier aux modules "lois" et "ordonnances" ainsi qu'aux autres moyens auxiliaires en matière de légistique, tels le Guide pour l'élaboration des bases légales nécessaires pour exploiter un système de traitement automatisé de données personnelles du 16 décembre 2010 et la Directive sur la présentation d'esquisses d'actes normatifs.

2 Inventaire des différents modes d'échange de données personnelles entre autorités

2.1 Introduction

On distingue en général quatre modes d'échanges de données personnelles entre autorités fédérales, et entre autorités fédérales et cantonales: la communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise, la communication spontanée, la communication obligatoire (d'office ou sur requête), et la procédure d'appel.

La terminologie utilisée dans les différentes lois, ordonnances et règlements n'est pas toujours précise et homogène, ce qui rend parfois la compréhension et la classification des dispositions légales difficiles. Il s'agit ici d'informer les juristes concernés de l'existence-même des cinq modalités d'échange de données susmentionnées – car il n'est pas exclu que les disparités constatées résultent simplement d'une méconnaissance à cet égard – et de leur fournir des pistes quant à la terminologie à utiliser pour chacune d'entre elles. La possibilité de rédiger des normes modèles pour chaque mécanisme d'échange de données a été envisagée. Il y a toutefois été renoncé, au vu de la trop grande diversité de caractéristiques afférentes à chaque domaine.

2.2 Exigences communes aux différents modes d'échange de données

Les différents modes d'échanges de données personnelles recensés ont ceci en commun qu'ils doivent respecter les exigences de la LPD, en particulier celles de la base légale (art. 17 et 19 LPD), du respect des principes de la finalité, de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD), de l'absence d'intérêt public important ou d'intérêt légitime manifeste de la personne concernée contraires (art. 19, al. 4, let. a LPD) ainsi que celle de l'absence d'obligation légale spéciale de garder le secret comme l'art. 33 LPGA ou de disposition particulière relevant de la protection des données (art. 19, al. 4, let. b LPD).

Lorsque la LPD ne s'applique pas, parce que le domaine en cause fait partie des exceptions au champ d'application de la loi (art. 1, 2, al. 2 et 3, let. a LPD), cela signifie seulement que le législateur a considéré que le domaine en question est régi par ses propres règles de protection des données. Le contenu du présent rapport doit donc être pris en compte *mutatis mutandis*.

Les bases légales prévoyant un échange de données personnelles entre autorités, doivent permettre en substance de déterminer l'organe fédéral compétent pour communiquer les données, les autorités auxquelles les données peuvent être transmises, les catégories de données visées, la finalité de la communication, ainsi que le mode d'échange prévu. En résumé: qui?, à qui?, quoi?, pourquoi? comment ?

Enfin, dans tous les cas, le légiste examinera tous les modes de communication envisageables. Il déterminera dans quelle mesure le traitement porte atteinte à la personnalité en tant compte notamment de la nature des données, de son but et du cercle des personnes informées. Le mode de communication retenu devra être conforme au principe de proportionnalité. Ainsi, si un dans un cas d'espèce, un échange sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité suffit à atteindre les buts de coopération entre autorités voulus par la loi, on s'en tiendra là.

2.3 Communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise

Dans ce cas de figure une autorité adresse à une autre autorité une requête tendant à ce que des données personnelles lui soient communiquées. L'autorité requise apprécie librement si elle donne suite ou non à la demande. Les données personnelles sont ici transmises au cas par cas.

Ce mode d'échange de données est par exemple prévu en matière d'impôt anticipé, pour permettre aux organes judiciaires ou administratifs qui y ont été autorisés par le Conseil fédéral, ou le Département fédéral des finances, à demander des renseignements officiels aux autorités chargées de l'application de la LIA (art. 37, al. 2, let. b LIA), en matière d'assurance-maladie, pour que les autorités mentionnées à l'art. 84a, al. 1, let. h LAMal puissent solliciter des données auprès des organes chargés de d'appliquer la loi, ou d'en contrôler ou d'en surveiller l'application (art. 84a, al. 1, let. h LAMal) ou encore dans le domaine de la naturalisation, pour la communication de certaines données personnelles par l'office fédéral de migrations (art. 49b, al. 1 LN).

Afin d'éviter toute confusion avec les cas de communication spontanée (infra ch. 2.4), le légiste devra préciser textuellement, dans la mesure du possible, que l'éventuelle communication de données personnelles n'intervient que sur demande. Selon les cas, il sera prévu que cette demande doit être écrite et motivée, étant entendu que cette forme est celle qui garantit le mieux les droits des administrés. Enfin, lorsque cela paraît nécessaire, en particulier pour éviter une confusion avec la communication obligatoire sur demande (infra ch. 2.5), le texte de la loi mettra en évidence la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité requise en précisant par exemple qu'elle "peut", "est habilitée" ou "a le droit de" communiquer des données personnelles.

2.4 Communication spontanée

Ici la loi autorise l'autorité fédérale à communiquer spontanément des données personnelles à d'autres autorités, au cas par cas. Ladite autorité n'est cependant pas tenue de le faire.

Ce mode d'échange est notamment utilisé par la LIFD pour permettre aux autorités de la Confédération et des cantons¹ de spontanément signaler aux autorités chargées de l'application de la loi les cas qui pourraient avoir fait l'objet d'une imposition incomplète (art. 112, al. 1, 2ème phr. LIFD) ou par la LDEA pour autoriser l'office fédéral des migrations à transmettre des données biométriques à d'autres autorités afin de permettre l'identification de victimes d'accidents, de catastrophes naturelles et d'actes de violences, ainsi que des personnes disparues (art. 7a, al. 5 LDEA).

¹ Mais aussi des districts, des cercles et des communes.

Dans le but d'éviter une confusion avec le devoir de communication d'office (infra ch. 2.5), le légiste soulignera dans le texte le caractère facultatif de la communication, en précisant par exemple que l'autorité "peut", "est habilitée à", ou "a le droit de" communiquer des données personnelles. Enfin, dans la mesure du possible, le caractère spontané de la communication sera aussi précisé, dans le but d'éliminer toute ambiguïté en regard de la communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité (supra ch. 2.3)

2.5 Communication obligatoire

Dans cette hypothèse l'autorité fédérale est tenue, au cas par cas, de communiquer des données personnelles à une autre autorité. Elle n'a pas de liberté d'appréciation. La communication obligatoire est effectuée d'office ou est subordonnée à la demande d'une autre autorité.

2.5.1 Communication d'office

L'autorité a ici une obligation de communiquer d'office certaines informations personnelles à d'autres autorités.

On trouve des devoirs de communication d'office à l'art. 103, al. 2 LEtr, qui oblige les autorités chargées du contrôle des passagers à la frontière dans les aéroports à communiquer au Service de renseignement de la Confédération les cas dans lesquels un étranger paraît représenter une menace concrète pour la sécurité de la Suisse, à l'art. 98a LAsi, qui contraint l'office fédéral des migrations ou le Tribunal administratif fédéral à transmettre aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations et les moyens de preuve concernant le requérant fortement soupçonné d'avoir enfreint le droit international public (art. 98a LAsi), ou encore à l'art. 93 LAVS, qui contraint la Centrale de compensation à informer d'office l'assurance-chômage si elle constate qu'une personne qui a bénéficié d'indemnités journalières de l'assurance-chômage a réalisé durant la même période un revenu provenant d'une activité lucrative.

Lorsque cela est nécessaire, le juriste rédacteur mettra en évidence le caractère obligatoire de la communication, en recourant au présent (l'autorité "communique", "transmet" les données personnelles en question)².

2.5.2 Communication obligatoire sur demande

Dans cette hypothèse l'autorité est tenue de communiquer les informations requises à l'autorité requérante.

De telles communications sont prévues notamment en matière d'impôt fédéral direct, pour contraindre les autorités de la Confédération et des cantons³ à communiquer, sur demande, tout renseignement nécessaire à l'application de la LIFD aux autorités chargées de son exécution (art. 112, al. 1, 1ère phr. LIFD), en matière de taxe sur la valeur ajoutée, pour obliger les autorités administratives fédérales et les établissements et entreprises fédéraux autonomes ainsi que toutes les autorités autres que celles visées à l'art. 75, al. 1 LTVA à renseigner l'Administration fédérale des contributions, si les renseignements demandés peuvent influencer l'exécution de la loi ou le recouvrement de l'impôt (art. 75, al. 2 LTVA), ou encore en matière d'assurance-accidents, pour obliger les autorités administratives et judiciaires de la Confédération et des cantons⁴, à fournir gratuitement aux organes chargés d'appliquer la LAA dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, les données qui leur sont né-

² Voir Guide de législation, N 942.

³ Mais aussi des districts, des cercles et des communes.

⁴ Mais aussi des districts, des cercles et des communes ainsi que les organes des autres assurances sociales.

cessaires pour veiller à la prévention des accidents et des maladies professionnelles (art. 98 LAA).

Comme pour la communication sur demande, selon la libre appréciation de l'autorité requise, le légiste précisera la forme de la demande, les droits des personnes concernées étant garantis plus efficacement par une demande écrite et motivée.

2.6 Procédure d'appel

On est en présence d'une procédure d'appel lorsque plusieurs organes exploitent le même système d'information, ou lorsque d'autres organes ou des tiers ont accès en ligne aux données traitées dans ce système. Les données personnelles sont ici en libre service, et des autorisations d'accès n'ont pas à être délivrées au cas par cas. Les autorités fédérales ne peuvent rendre des données personnelles accessibles en ligne que si une base légale le prévoit expressément. Si ces données sont des données sensibles ou des profils de la personnalité, cette base légale doit en plus être formelle (art. 19, al. 3 LPD). De plus, en vertu du principe de proportionnalité, les accès doivent techniquement être limités aux données dont l'autorité a besoin pour exécuter ses tâches.

Des procédures d'appel sont par exemple prévues dans la LDEA, en faveur de certaines autorités pour les données relevant du domaine des étrangers que l'office fédéral des migrations a traitées ou fait traiter dans le système d'information commun aux domaines des étrangers (art. 9 LDEA), dans la LAM, en faveur de l'assurance militaire pour les données contenues dans le système d'information sur le personnel de l'armée et dans le système d'information médicale de l'armée (art. 95b LAM), ou encore dans la LACI, en faveur de certains organes, pour les données contenues dans les systèmes d'information gérés par l'organe de compensation (art. 96c, al. 1 et 2 LACI).

Un accès en ligne ne doit être accordé que s'il est indispensable à l'autorité destinataire pour accomplir ses tâches légales. De simples raisons de commodités ne sont pas suffisantes. Les autorités destinataires ainsi que le maître du fichier doivent veiller à traiter les données avec prudence. On envisagera ce type d'échange de données principalement lorsque l'autorité destinataire a besoin d'un accès régulier aux données personnelles concernées. Lors de la rédaction de la loi, les légistes veilleront à utiliser les termes de "procédure d'appel" ou "d'accès en ligne" (en allemand l'on utilise uniquement le terme "Abrufverfahren").

2.7 Mélange entre les différents types d'échanges de données personnelles

Il est de nombreux cas dans lesquels une seule et même disposition prévoit deux, voire trois modes d'échange de données personnelles différents. On peut citer, par exemple, l'article 97a, al. 1 à 4 LACI, l'art. 48b LN, Art. 39a, al. 2 LHID ou l'art. 7a LDEA.

Lorsqu'une telle situation est envisagée, le légiste veillera à ne pas mentionner plus d'une catégorie de mode d'échange de données par phrase, le mieux étant de réserver une lettre, un chiffre ou un alinéa à chacune. On évitera ainsi la création de chimères.

3 Conclusion

La terminologie utilisée dans les différentes lois et ordonnances n'est pas toujours des plus heureuse, ce qui rend parfois l'interprétation des différentes dispositions difficile. Pour pallier cette problématique, il est important que le légiste veille à utiliser des termes précis et homogènes, selon le mode de communication souhaité. La rédaction de normes modèles a été écartée, compte tenu de la trop grande diversité de caractéristiques que présentent les différents domaines examinés.