

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

Camille Dubois | *La législation fédérale en matière d'assurances sociales, de fiscalité, d'aide sociale et de naturalisation prévoit quatre différents modes d'échange de données personnelles: la communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise, la communication spontanée, la communication obligatoire (d'office ou sur demande) ainsi que la procédure d'appel. La terminologie utilisée pour les désigner n'est pas toujours précise et homogène, ce qui rend la compréhension des textes difficiles. La présente contribution vise principalement à informer le légiste de l'existence-même de ces différents modes de communication et à lui adresser des recommandations pour la rédaction de dispositions légales réglant l'échange de données personnelles entre autorités.*

Sommaire

- 1 Introduction
- 2 Quatre modes d'échange de données personnelles entre autorités
 - 2.1 Vue d'ensemble
 - 2.2 Communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise
 - 2.3 Communication spontanée
 - 2.4 Communication obligatoire
 - 2.5 Procédure d'appel
- 3 Conclusion

1 Introduction

Le 5 octobre 2007, le conseiller national Ruedi Lustenberger a déposé un postulat invitant le Conseil fédéral à examiner les possibilités de simplifier les échanges de données entre autorités dans les domaines des assurances sociales, de la naturalisation, de la fiscalité et de l'aide sociale. Le rapport relatif à ce postulat a été approuvé par le Conseil fédéral le 22 décembre 2010 (Rapport 2010). Simultanément, ce dernier a chargé plusieurs départements d'examiner certaines problématiques liées à l'échange de données entre autorités. Le Département fédéral de Justice et Police devait, entre autre, procéder à un inventaire des bases légales existantes prévoyant un échange de données personnelles entre autorités dans les domaines visés par le postulat, afin de déterminer si l'on pouvait dégager certaines lignes directrices sur la forme de communication de données personnelles à prévoir lors de l'élaboration de dispositions légales. Les conclusions des différents départements ont fait l'objet d'un rapport, approuvé par le Conseil fédéral le 15 juin 2012 (Statusbericht 2012). Ce rapport comporte deux annexes, soit l'inventaire précité, présenté sous la forme d'un tableau typologique, ainsi qu'un document contenant des recommandations pour la rédaction des normes ayant

pour objet l'échange de données personnelles entre autorités¹. La présente contribution reprend en très grande partie le contenu de ce second document.

La législation fédérale prévoit dans les domaines des assurances sociales, de l'aide sociale, de la fiscalité et de la naturalisation² quatre modes différents d'échange de données personnelles entre autorités³. La terminologie utilisée dans les différentes lois, ordonnances et règlements n'est toutefois pas toujours précise et homogène, ce qui rend parfois la compréhension et la classification des dispositions légales difficiles. Il s'agit ici principalement d'informer les légistes concernés de l'existence-même de ces modes d'échange de données – car il n'est pas exclu que les disparités constatées résultent simplement d'une méconnaissance à cet égard – et de leur adresser des recommandations pour la rédaction de dispositions légales prévoyant un échange de données personnelles entre autorités.

La présente contribution constitue uniquement un complément aux guides et directives existants, le légiste n'étant pas dispensé d'effectuer une démarche de légistique matérielle et formelle. Celui-ci se conformera ainsi notamment au Guide de législation, et 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 personnelles⁴, aux Directives de la Confédération sur la technique législative⁵ et cas échéant à la Directive de l'Office fédéral de la justice sur la présentation d'esquisses d'actes normatifs⁶.

La législation prise en considération ici n'est que fédérale. Les recommandations qui suivent s'appliquent donc en premier lieu aux légistes de la Confédération. Les légistes des cantons pourront toutefois aussi s'en inspirer, en complément cas échéant de la documentation cantonale existante⁷.

2 Quatre modes d'échange de données personnelles entre autorités

2.1 Vue d'ensemble

On distingue, dans la législation fédérale en matière d'assurances sociales, d'aide sociale, de fiscalité et de naturalisation, les quatre différents modes d'échanges de données personnelles entre autorités suivants: la communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise, la communication spontanée, la communication obligatoire (d'office ou sur demande) ainsi que la procédure d'appel.

Les dispositions prévoyant ces différents modes d'échanges de données personnelles ont ceci en commun qu'elles doivent respecter les grands principes de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD [RS 235.1]), soit

en particulier les exigences relatives à la base légale (art. 17 et 19 LPD), ainsi que les principes de la licéité, de la finalité, de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4 LPD).

Lorsque la LPD ne s'applique pas parce que le domaine en cause fait partie des exceptions au champ d'application matériel de la loi (art. 2 al. 2 LPD), comme par exemple les registres publics relatifs aux rapports juridiques de droit privé (registre du commerce, registre foncier, registre des bateaux etc.) ou les délibérations des Chambres fédérales et des commissions parlementaires, cela signifie seulement que le législateur a considéré que ce domaine est régi par ses propres règles de protection des données. Le contenu de la présente contribution doit dans ces hypothèses être pris en compte *mutatis mutandis* (OFJ, Guide 2010, p. 2 par analogie).

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 ?

Dans tous les cas, le légiste examinera l'ensemble des modes de communication envisageables. Il déterminera dans quelle mesure le traitement porte atteinte à la personnalité des administrés en tenant compte notamment de son but, de la nature des données et du cercle des personnes informées. Le mode de communication retenu devra être conforme au principe de proportionnalité. Ainsi, si 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 ne prévoira pas de mode de communication plus large.

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

Dans le cadre d'une communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise, une autorité adresse à une autre autorité une requête tendant à ce que des données personnelles lui soient communiquées. L'autorité requise apprécie librement – dans les limites de la législation – 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, de demander des renseignements officiels aux autorités chargées de l'application de la Loi fédérale du 13 octobre 1965 sur l'impôt anticipé (LIA; RS 642.2 [art. 37, al. 2, let. b LIA]), en matière d'assurance-maladie, pour que les autori-

tés mentionnées à l'art. 84a, al. 1, let. h de la Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal; RS 832.10) puissent solliciter des données auprès des organes chargés 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 de la Loi fédérale du 29 septembre 1952 sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse [LN; RS 141.0]).

Afin d'éviter toute confusion avec les cas de communication spontanée (infra ch. 2.3), 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. 2.4.2), le texte de la disposition 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.

2.3 Communication spontanée

En cas de communication spontanée, une autorité est autorisée à communiquer spontanément des données personnelles à une autre autorité, au cas par cas. L'autorité n'est cependant pas tenue de le faire.

Ce mode d'échange de données est notamment utilisé par la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'impôt fédéral direct (LIFD; RS 642.11) pour permettre aux autorités de la Confédération et des cantons (mais aussi des districts, des cercles et des communes) 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 Loi fédérale du 20 juin 2003 sur le système d'information commun aux domaines des étrangers et de l'asile (LDEA; RS 142.51), 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).

Dans le but d'éviter une confusion avec le devoir de communication obligatoire (infra ch. 2.4), 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. 2.2).

2.4 Communication obligatoire

En cas de communication obligatoire, l'autorité 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 (ch. 2.4.1) ou est subordonnée à la demande d'une autre autorité (ch. 2.4.2). Dans les deux cas de figure, et lorsque cela est nécessaire, le juriste rédacteur mettra en évidence le caractère obligatoire de la communication, en recourant au présent de l'indicatif (l'autorité «communique», «transmet» telles ou telles données etc.).

2.4.1 Communication obligatoire d'office

Lorsqu'une communication obligatoire d'office est prévue, l'autorité concernée a une obligation de communiquer spontanément des données personnelles à une autre autorité.

On trouve des devoirs de communication d'office à l'art. 103, al. 2 de la Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers (LEtr; RS 142.20), 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 de la Loi du 26 juin 1998 sur l'asile (LAsi; RS 142.31), 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 de la Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS; RS 831.10), 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.

2.4.2 Communication obligatoire sur demande

En cas de communication obligatoire sur demande, l'autorité est tenue de transmettre des données personnelles, mais uniquement sur requête d'une autre autorité.

Un tel mode d'échange de données est notamment prévu en matière d'impôt fédéral direct, pour contraindre les autorités de la Confédération et des cantons (mais aussi des districts, des cercles et des communes) à communiquer, sur de-

mande, 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 contraindre 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 de la Loi fédérale du 12 juin 2009 régissant la taxe sur la valeur ajoutée (LTVA; RS 641.20) 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 cantons (mais aussi des districts, des cercles et des communes ainsi que les organes des autres assurances sociales), à fournir gratuitement aux organes chargés d'appliquer la Loi fédérale du 20 mars 1981 sur l'assurance-accidents (LAA; RS 832.20), les données qui leur sont nécessaires pour veiller à la prévention des accidents et des maladies professionnelles (art. 98 LAA).

Comme pour la communication sur demande et 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.

2.5 Procédure d'appel

On est en présence d'une procédure d'appel lorsque plusieurs autorités exploitent le même système d'information, ou lorsque d'autres autorités 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 (Message 1999, 219 ss, 223; Epiney/Schleiss, 2011, Rz 15 et références citées). 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 par ailleurs 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 Loi fédérale du 19 juin 1992 sur l'assurance militaire (LAM; RS 833.1), 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 Loi fédérale du 25 juin 1982 sur l'assurance-chômage obliga-

toire et l'indemnité en cas d'insolvabilité (LACI; RS 837), 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 destinataire ainsi que le maître du fichier doivent 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»).

3 Conclusion

La terminologie utilisée dans les textes légaux fédéraux pour définir les différents modes d'échange de données entre autorités dans le domaine des assurances-sociales, de l'aide sociale, de la fiscalité et de la naturalisation n'est pas toujours satisfaisante. Il est important que le légiste utilise des termes précis et homogènes, selon le mode de communication de données souhaité. Au-delà du simple vocabulaire, le légiste veillera aussi à respecter, lorsqu'il opte pour un mode d'échange de données, les principes de la LPD (supra ch. 2.1).

Il est de nombreux cas dans lesquels une seule et même disposition légale prévoit deux, voire trois modes d'échange de données personnelles différents. On peut citer, par exemple, les art. 97a, al. 1 à 4 LACI, 48b LN, 39a, al. 2 de la Loi fédérale du 14 décembre 1990 sur l'harmonisation des impôts directs des cantons et des communes (LHID; RS 642.14) ou 7a LDEA. Lorsqu'une telle situation est envisagée, le légiste ne mentionnera pas plus d'un type de mode d'échange de données par phrase, le mieux étant de réserver une lettre, un chiffre ou un alinéa à chacun. On évitera ainsi la création de chimères.

*Camille Dubois, avocate, Office fédéral de la Justice, Berne
courriel : camille.dubois@bj.admin.ch*

Notes

- 1 Ces deux annexes sont disponibles sous: www.bj.admin.ch > Documentations > Communiqués 2012 > 15.06.2012
- 2 D'autres domaines ont également été pris en compte, lorsque leur législation contient des dispositions en relation avec les assurances sociales, l'aide sociale, la fiscalité et la naturalisation. La législation est celle répertoriée dans l'inventaire établi par le DFJP en exécution du mandat du Conseil fédéral du 22 décembre 2010 (Rapport 2010). Elle est en l'état à mi-2011.
- 3 N'ont été en principe prises en compte que les dispositions prévoyant un échange de données entre autorités fédérales d'une part, et entre autorités fédérales et cantonales d'autre part. Certaines de ces dispositions s'adressent aussi aux autorités cantonales et communales lorsqu'elles collaborent entre elles.
- 4 www.bj.admin.ch > Thèmes > Etat & Citoyen > Légistique > Autres instruments
- 5 www.bk.admin.ch > Thèmes > Législation
- 6 www.bj.admin.ch > Thèmes > Etat & Citoyen > Légistique > Autres instruments
- 7 Certains cantons ont édicté des guides concernant les procédures d'échange de données personnelles entre autorités prévues par le droit cantonal. Tel est le cas du canton de Berne (Buchli et al. 2012), ou du canton de Bâle-Campagne (Aufsichtsstelle Datenschutz Basel-Landschaft 2010).

Bibliographie

- Aufsichtsstelle Datenschutz Basel-Landschaft 2012: Leitfaden Datenschutz für Kindergärten, Schulen und spezielle Schuldienste des Kantons Baselland, Liestal, 2010
- Buchli, Martin/Friedrich, Ueli, 2012, Informationsaustausch unter Behörden – Handbuch, Justiz-, Gemeinde- und Kirchendirektion des Kantons Bern, Bern, 2012
- Epiney, Astrid/Schleiss, Yvonne, 2011, Ausgewählte Aspekte des Art. 19 Abs. 3 DSG (Abrufverfahren), Jusletter 7. November 2011.
- Message 1999: Message du Conseil fédéral du 24 novembre 1999 concernant l'adaptation et l'harmonisation des bases légales pour le traitement de données personnelles dans les assurances sociales (FF 2000 219 ss).
- OFJ, Guide 2010: Office fédéral de la Justice, Guide pour l'élaboration des bases légales nécessaires pour exploiter un système de traitement automatisé de données personnelles, Berne décembre 2010.
- Rapport 2010: Rapport du Conseil fédéral en exécution du postulat Lustenberger 07.3682 du 5 octobre 2007 «Faciliter l'échange de données entre autorités fédérales et cantonales», FF 2011 615 ss.
- Statusbericht 2012: Statusbericht: Erleichterter Datenaustausch zwischen Bundes- und Kantonsbehörden, du 9 mai 2012, www.bj.admin.ch > Themen > Staat & Bürger > Evaluation > Bundesamt für Justiz: Evaluation > Austausch personenbezogener Daten (2010-2012)

Zusammenfassung

Der Beitrag stellt die vier Arten des Austauschs von Personendaten zwischen Behörden vor, wie sie von der Bundesgesetzgebung in den Bereichen Sozialversicherungen, Steuern, Sozialhilfe und Einbürgerung vorgesehen sind: die Mitteilung auf Ersuchen hin und nach freiem Ermessen der ersuchten Behörde; die spontane Mitteilung, das heisst wenn eine Behörde ermächtigt ist, von sich eine Mitteilung zu machen; die obligatorische Mitteilung (von Amtes wegen oder auf Ersuchen hin); schliesslich der Austausch von Daten mittels eines Abrufverfahrens, das heisst eines Online-Zugriffs auf eine Datenbank. Es werden die gemeinsamen Anforderungen gemäss Datenschutzgesetz an alle diese Arten von Personendatenaustausch dargestellt. Und es werden Empfehlungen zuhanden der Gesetzesredaktorinnen und -redaktoren formuliert, die solche Bestimmungen über den Austausch von Personendaten zwischen Behörden formulieren müssen.