Office cantonal de la population et des migrations – Projet de modification de la loi d'application de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes – 2ème avis

Avis du 4 juin 2019

Mots clés: veille législative, vie privée, enquêtes domiciliaires, données personnelles, communication des données entre autorités

Contexte: Par courriel du 23 mai 2019, le service juridique de l'Office cantonal de la population et des migrations (OCPM) a soumis pour avis au Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (ci-après: PPDT) une nouvelle version du projet de modification de la loi d'application de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes du 3 avril 2009 (LaLHR; RSGe F 2 25). Le PPDT s'était déjà prononcé par avis du 4 décembre 2018 sur une version antérieure dudit projet de règlement, le préavisant défavorablement. Le nouveau projet de l'OCPM a apporté des modifications aux dispositions concernant la protection des données (enquêtes domiciliaires; art. 7bis).

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

1. Caractéristiques de la demande

Dans son envoi initial, le service juridique de l'OCPM avait notamment expliqué que "*la modification proposée porte notamment sur le fait que les enquêteurs de l'OCPM peuvent se rendre au domicile d'une personne afin de s'assurer qu'elle y habite vraiment. La vie privée au sens de l'art. 8 CEDH (voir également jugement final de la Cour EDH du 18 janvier 2017 dans l'affaire Vukota-Bojic c/ Switzerland) est respectée. Il s'agit en effet de procéder uniquement à une enquête portant sur le domicile et non pas de filer des personnes dans un espace public ou privé. Il est également clairement précisé que les enquêteurs ne peuvent pas entrer dans le logement sans accord de la personne qui y habite*".

La disposition du projet de loi touchant à la protection des données personnelles est la suivante:

Art. 7A Enquêtes domiciliaires (nouveau)

[1] *En cas d'indices concrets laissant présumer qu'une personne n'est pas domiciliée à l'adresse indiquée à l'office et si toutes les autres mesures prévues par la présente loi n'ont pas été probantes, l'office peut procéder à une enquête domiciliaire.*

[2] *Les enquêteurs de l'office sont assermentés, au sens de l'article 4 alinéa 1 de la loi sur la prestation des serments du 24 septembre 1965, par le chef du département dont ils relèvent.*

[3] *Chaque enquêteur reçoit une carte de légitimation, qu'il est tenu de présenter d'office.*

[4] *En cas de doute sur l'adresse effective d'un administré, les enquêteurs de l'office sont autorisés à requérir les renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales auprès des services de l'Etat, de la Confédération, des autres cantons, des établissements de droit public autonomes, ainsi qu'auprès des personnes vivant dans le logement indiqué comme étant celui de la personne visée par l'enquête.*

[5] *Les dispositions de droit cantonal, de droit fédéral ou de droit conventionnel régissant la communication de renseignements, ainsi que le secret médical et le secret professionnel, demeurent réservées.*

[6] *Les enquêteurs ne sont pas autorisés à entrer dans un logement sans l'accord exprès de la personne qui y vit.*

Les alinéas 1 et 4 ont été modifiés depuis le préavis du Préposé cantonal du 4 décembre 2018. En effet, l'ancien art. 7bis al. 1 disposait que "*l'office peut procéder à une enquête domiciliaire afin de s'assurer de la présence d'une personne sur le territoire cantonal à une adresse donnée ou de son départ effectif*" et son ancien al. 4 que "*dans le cadre de l'exécution de leurs tâches, les enquêteurs de l'office sont autorisés à requérir des renseignements auprès des services de l'Etat, de la Confédération, des autres cantons, ainsi qu'auprès des établissements de droit public autonomes et des personnes physiques ou morales de droit privé*".

Le projet prévoit d'introduire une disposition dont la teneur est presque identique à l'art. 11A de la loi sur le séjour et l'établissement des Confédérés du 28 août 2008 (LSEC; RSGe F 2 05):

Art. 11A Enquêtes domiciliaires (nouveau)

[1] *En cas d'indices concrets laissant présumer qu'une personne n'est pas domiciliée à l'adresse indiquée à l'office, celui-ci peut procéder à une enquête domiciliaire.*

[2] *Les enquêteurs de l'office sont assermentés, au sens de l'article 4 alinéa 1 de la loi sur la prestation des serments du 24 septembre 1965, par le chef du département dont ils relèvent.*

[3] *Chaque enquêteur reçoit une carte de légitimation, qu'il est tenu de présenter d'office.*

[4] *En cas de doute sur l'adresse effective d'un administré, les enquêteurs de l'office sont autorisés à requérir des renseignements nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales auprès des services de l'Etat, de la Confédération, des autres cantons, des établissements de droit public autonomes, ainsi qu'auprès des personnes vivant dans le logement indiqué comme étant celui de la personne visée par l'enquête.*

[5] *Les dispositions de droit cantonal, de droit fédéral ou de droit conventionnel régissant la communication de renseignements, ainsi que le secret médical et le secret professionnel demeurent réservées.*

[6] *Les enquêteurs ne sont pas autorisés à entrer dans un logement sans l'accord exprès de la personne qui y vit.*

Selon l'exposé des motifs, "*l'office cantonal de la population et des migrations (ci-après : OCPM ou l'office), en tant qu'office chargé de la tenue du registre des habitants, doit s'assurer que les données y figurant sont actuelles, exactes et complètes par rapport à l'ensemble des personnes visées (cf. art. 5 de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres – LHR; RS 431.02).*

L'exhaustivité du registre est d'autant plus importante que celui-ci sert notamment de base de référence pour le calcul de la péréquation financière inter-cantonale, pour la formation des ménages administratifs dans le cadre de la perception de la redevance radio-TV, pour la taxation des personnes physiques, mais également pour la délivrance de prestations administratives (passeport, permis de conduire, ...) et sociales (subside d'assurance-maladie, prestations complémentaires cantonales, allocation logement, bourses d'études, etc.).. Dès lors qu'il est l'outil de base de travail de toute l'administration cantonale, la qualité des données enregistrées doit être assurée.

Dans le cadre de la tenue de son registre, l'OCPM doit instruire les différents dossiers par l'établissement des faits, selon le principe de la maxime inquisitoire.

Dans ce contexte, les enquêtes menées par l'office ne sont pas nouvelles. Les enquêtes domiciliaires pouvant toutefois apparaître comme une intrusion dans la sphère de la vie privée des administrés (art. 8 CEDH), il convient de cadrer l'activité des enquêteurs et de préciser la gradation des mesures d'instruction à entreprendre (principe de proportionnalité).

En cas de doutes sur l'adresse effective d'un administré (par exemple en cas de retour de courrier par la Poste, de demande de renseignement de la part de créanciers sur une nouvelle adresse d'un débiteur ou suite à des indices concrets communiqués pas d'autres services de l'Etat laissant penser que l'adresse figurant dans le registre des habitants n'est plus actuelle – cf. article 36 alinéa 2 LIPAD), l'OCPM est amené à procéder à différentes mesures d'instruction, notamment auprès d'autres services de l'Etat. Les renseignements sont obtenus de manière conforme aux dispositions relatives à l'entraide administrative (art. 25 LPA) et à la protection des données personnelles (art. 35 ss LIPAD).

Si toutes les mesures prévues par la LaLHR n'ont pas permis de s'assurer que la personne visée n'est pas domiciliée à l'adresse indiquée, une enquête domiciliaire est nécessaire. Elle vise à s'assurer que l'administré est effectivement domicilié à l'adresse qu'il a indiquée. La nouvelle base légale permet ainsi aux enquêteurs de l'OCPM de se légitimer et de légitimer leur démarche auprès de l'administré et des personnes interrogées. L'enquêteur peut ainsi sonner au domicile de l'administré pour vérifier qu'il s'y trouve vraiment ou se renseigner auprès des personnes qui lui ouvriraient la porte. Il n'est en revanche pas autorisé à pénétrer dans le logement s'il n'y est pas invité.

En d'autres termes, la compétence des enquêteurs est limitée à la vérification de la présence ou non des personnes à une adresse donnée. Il ne s'agit en aucun cas de faire une surveillance secrète ou de "filer" un administré. Partant, l'intrusion à la sphère privée de l'administré est minime et respecte le principe de proportionnalité, dans la mesure où elle apparaît comme l'ultima ratio.

Cette limitation répond par ailleurs à la préoccupation que le Préposé cantonal à la Protection des données et à la transparence (ci-après: le Préposé) a émise lors de l'examen de l'avant-projet qui lui avait été soumis conformément à l'article 56 al. 3, lettre e, LIPAD, appelant à la retenue lors des intrusions dans la vie privée, tout en comprenant la nécessité pour l'OCPM, chargé de la tenue du registre des habitants, de s'assurer que les données y figurant sont actuelles, exactes et complètes.

Dans le cadre de la nouvelle rédaction de l'article 7A, les recommandations du Préposé cantonal ont été suivies afin que le principe de l'enquête domiciliaire soit l'ultime mesure permettant de s'assurer du domicile effectif d'une personne à une adresse donnée".

2. Les règles de protection des données personnelles à Genève

La loi sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles du 5 octobre 2001 (LIPAD; RSGE A 2 08), a fait l'objet d'une révision importante en 2008, par laquelle la protection des données personnelles a été ajoutée au champ d'application matériel de la loi en sus de son volet relatif à la transparence.

Depuis le 1er janvier 2010, date de l'entrée en vigueur de cette modification législative, un autre objectif figure désormais dans le texte légal à son art. 1 al. 2 litt. b: *"protéger les droits fondamentaux des personnes physiques ou morales de droit privé quant aux données personnelles les concernant"*.

Par donnée personnelle, il faut comprendre: *"toutes les informations se rapportant à une personne physique ou morale de droit privé, identifiée ou identifiable"* (art. 4 litt. a LIPAD). Tant que les données n'ont pas été rendues anonymes, l'on se trouve bien face à des questions relatives à la protection de données personnelles.

La LIPAD énonce un certain nombre de principes généraux régissant la collecte et le traitement des données personnelles (art. 35 à 40 LIPAD).

- Base légale (art. 35 al. 1 et 2 LIPAD)

  Le traitement de données personnelles ne peut se faire que si l'accomplissement des tâches légales de l'institution publique le rend nécessaire. En outre, la loi stipule que lorsqu'il s'agit de traiter de données personnelles sensibles ou de profils de la personna-

lité, la tâche considérée doit soit être définie clairement par la loi, soit être absolument indispensable à l'accomplissement de la tâche en cause soit encore être nécessaire et, si c'est le cas, intervenir avec le consentement – libre et éclairé – de la personne concernée.

- Bonne foi (art. 38 LIPAD)

  Il n'est pas permis de collecter des données personnelles sans que la personne concernée en ait connaissance, ni contre son gré. Quiconque trompe la personne concernée lors de la collecte des données – par exemple en collectant les données sous une fausse identité ou en donnant de fausses indications sur le but du traitement – viole le principe de la bonne foi. Il agit également contrairement à ce principe s'il collecte des données personnelles de manière cachée.

- Proportionnalité (art. 36 LIPAD)

  En vertu du principe de la proportionnalité, seules les données qui sont nécessaires et qui sont aptes à atteindre l'objectif fixé peuvent être traitées. Il convient donc toujours de peser les intérêts en jeu entre le but du traitement et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée en se demandant s'il n'existe pas un moyen moins invasif permettant d'atteindre l'objectif poursuivi.

- Finalité (art. 35 al. 1 LIPAD)

  Conformément au principe de finalité, les données collectées ne peuvent être traitées que pour atteindre un but légitime qui a été communiqué lors de leur collecte, qui découle des circonstances ou qui est prévu par la loi. Les données collectées n'ont ensuite pas à être utilisées à d'autres fins, par exemple commerciales.

- Reconnaissabilité de la collecte (art. 38 LIPAD)

  La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Cette exigence de reconnaissabilité constitue une concrétisation du principe de la bonne foi et augmente la transparence d'un traitement de données. Cette disposition implique que, selon le cours ordinaire des choses, la personne concernée doit pouvoir percevoir que des données la concernant sont ou vont éventuellement être collectées (principe de prévisibilité). Elle doit pouvoir connaître ou identifier la ou les finalités du traitement, soit que celles-ci lui sont indiquées à la collecte ou qu'elles découlent des circonstances.

- Exactitude (art. 36 LIPAD)

  Quiconque traite des données personnelles doit s'assurer de l'exactitude de ces dernières. Ce terme signifie également que les données doivent être complètes et aussi actuelles que les circonstances le permettent. La personne concernée peut demander la rectification de données inexactes.

- Sécurité des données (art. 37 LIPAD)

  Le principe de sécurité exige non seulement que les données personnelles soient protégées contre tout traitement illicite et tenues confidentielles, mais également que l'institution en charge de leur traitement s'assure que les données personnelles ne soient pas perdues ou détruites par erreur.

- Destruction des données (art. 40 LIPAD)

  Les institutions publiques détruisent ou rendent anonymes les données personnelles dont elles n'ont plus besoin pour accomplir leurs tâches légales, dans la mesure où ces données ne doivent pas être conservées en vertu d'une autre loi.

L'art. 39 LIPAD prévoit trois régimes différents en matière de transmission de données personnelles: un régime facilité lorsque l'entraide s'effectue en faveur des institutions genevoises soumises à la loi, soit en cas d'entraide intracantonale et infracantonale (art. 39 al. 1 à

3 LIPAD; art. 14 al. 1 et 2 RIPAD), un régime ordinaire pour l'entraide intercantonale et confédérale (art. 39 al. 4 et 5 LIPAD) et un régime strict pour ce qui est de l'entraide internationale (art. 39 al. 6 à 8 LIPAD).

S'agissant de la communication de données entre institutions publiques soumises à la LIPAD, l'art. 39 al. 1 à 3 prévoit:

[1] *Sans préjudice, le cas échéant, de son devoir de renseigner les instances hiérarchiques supérieures dont elle dépend, une institution publique ne peut communiquer des données personnelles en son sein ou à une autre institution publique que si, cumulativement:*

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

b) la communication des données considérées n'est pas contraire à une loi ou un règlement.

[2] *L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 1 et, une fois la communication effectuée, d'en informer le responsable sous la surveillance duquel il est placé, à moins que le droit de procéder à cette communication ne résulte déjà explicitement d'une loi ou d'un règlement.*

[3] *Les institutions publiques communiquent aux autorités judiciaires les données personnelles que celles-ci sollicitent aux fins de trancher les causes dont elles sont saisies ou de remplir les tâches de surveillance dont elles sont investies, sauf si le secret de fonction ou un autre secret protégé par la loi s'y oppose.*

Cette disposition est complétée par l'art. 14 RIPAD, qui dispose à son al. 2:

[2] *La démonstration du respect des conditions posées à l'article 39, alinéa 1, lettres a et b, peut s'effectuer de manière simplifiée en indiquant cumulativement:*

a) le contexte légal ou réglementaire dans lequel s'inscrit la mission de l'institution requérante, y compris l'existence d'éventuelles règles spéciales ou la mention de leur défaut;

b) le fait que le fichier destiné à recevoir les données personnelles figure ou non dans le catalogue institué par l'article 43 de la loi, avec son numéro de référence;

c) la finalité de la transmission souhaitée.

3. Appréciation

S'agissant du principe de l'enquête domiciliaire, le Préposé cantonal réitère les réserves émises dans son avis du 4 décembre 2018: en tant qu'autorité de protection des données, il ne peut qu'appeler à la retenue s'agissant des intrusions dans la vie privée. Il craint en outre que le principe même des enquêtes domiciliaires n'ouvre la porte à d'autres mesures portant atteinte au droit fondamental du (de la) citoyen(ne) au respect de sa sphère privée. Il rappelle en outre les mesures existant aux art. 5 à 7 LaLHR (obligation de s'annoncer, obligations d'annoncer, obligation de renseigner) donnent déjà à l'OCPM une palette de mesures afin de s'assurer de l'exactitude des données. En outre, il constate que les art. 5 à 7 LaLHR existants sont les dispositions édictées par le canton en application des art. 10 à 12 de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes. Or, l'exposé des motifs accompagnant le projet de LHR, s'agissant de l'art. 12 LHR (obligation de renseigner de tiers), note que "*l'art. 12, al. 1, complète la réglementation de l'obligation d'annonce de la population définie à l'art. 11. Il ne devrait toutefois être appliqué qu'à titre subsidiaire en tant qu'ultima ratio lorsqu'un problème ne peut être résolu d'une autre manière. Cette subsidiarité implique donc que les informations souhaitées soient obtenues tout d'abord et dans la mesure du possible de la personne concernée qui, aux termes de l'art. 11 du projet de loi, est soumise à l'obligation d'annonce*"(FF 2006 p. 476).

Cette réserve étant émise s'agissant du principe-même d'enquête domiciliaire, il salue les modifications apportées à l'avant-projet de loi, qui prennent en compte le principe de la proportionnalité. Il relève ce qui suit:

- L'art. 7A al. 1, s'il constitue une base légale pour une enquête domiciliaire, ne permet d'y avoir recours qu'en cas d'*ultima ratio*, aux deux conditions cumulatives suivantes: "en cas d'indices concrets laissant présumer qu'une personne n'est

pas domiciliée à l'adresse indiquée à l'office et si toutes les autres mesures prévues par la présente loi n'ont pas été probantes". L'enquête domiciliaire apparaît donc comme subsidiaire à toute autre mesure moins intrusive, ce que confirme l'exposé des motifs.

- Par rapport à l'avant-projet, l'art. 7A al. 4 limite les situations dans lesquelles l'OCPM peut solliciter l'entraide administrative ou des renseignements auprès de tiers.
- L'art. 7A al. 4 a été modifié de sorte à réduire la liste des tiers auprès desquels les enquêteurs de l'office sont autorisés à requérir les renseignements nécessaires aux personnes vivant dans le logement indiqué comme étant celui de la personne visée par l'enquête.

Les Préposés constatent donc que les recommandations émises dans leur avis du 4 décembre 2018 ont été intégralement reprises.

Finalement, ils remarquent que la rédaction de l'art. 11A al. 1 LSEC diffère quelque peu de celle de l'art. 7A al. 1 LaLHR; l'art. 7A al. 1 LaLHR étant plus conforme aux principes de protection des données, ils recommandent de calquer la rédaction de l'art. 11A al. 1 LSEC sur celle de l'art. 7A al. 1 LaLHR.

* * * * * *

Les Préposés remercient l'OCPM de les avoir consultés et d'avoir pris en compte leurs recommandations; ils se tiennent à disposition pour tout renseignement complémentaire.

Joséphine Boillat
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal