La communication de données personnelles par des institutions publiques soumises à la LIPAD

FICHE INFO DU PPDT

PREAMBULE

La communication de données personnelles constitue un traitement de données au sens de l'art. 4 let. e LIPAD. Le législateur genevois a toutefois choisi d'édicter des règles spécifiques à la communication de données personnelles par les institutions soumises à la LIPAD. Les exigences à respecter dans le cadre de ce traitement varient en fonction du destinataire des données personnelles. En effet, 4 types de destinataires sont à distinguer : 1) une autre institution publique soumise à la LIPAD, 2) une corporation ou un établissement de droit public suisse non soumis à la loi, 3) une corporation ou un établissement de droit public étranger, 4) une tierce personne de droit privé.

Le but de la présente fiche info est de clarifier l'examen qui doit intervenir avant toute communication de données personnelles.

ANALYSE A EFFECTUER AVANT TOUTE COMMUNICATION DE DONNEES PERSONNELLES

Avant d'examiner le mécanisme prévu par l'art. 39 LIPAD, il sied de mentionner qu'il existe dans certains domaines des dispositions prévoyant expressément la transmission de données personnelles, ainsi que les conditions auxquelles cette transmission peut intervenir. Ces règles, en tant que législation spéciale, prévalent. Toutefois, même en présence de règles spéciales, les principes de protection des données continuent à s'appliquer, en particulier le principe de la proportionnalité.

Ceci étant précisé, en l'absence d'une norme spécifique, le premier examen consiste à déterminer à quelle catégorie appartient le destinataire des données personnelles afin de se référer au cas de figure adéquat prévu par l'art. 39 LIPAD.

La communication de données personnelles entre deux institutions publiques soumises à la LIPAD[1]

Les dispositions légales

L'art. 39 al. 1 à 3 dispose :

[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.

[1] Pour plus de détails, voir Mangilli Fabien/Werly Stéphane, Entraide administrative et protection des données personnelles, in Etienne Poltier/Anne-Christine Favre/Vincent Martenet (éd.), L'entraide administrative – Evolution ou révolution?, Genève/Zurich 2019, pp. 103-136.

L'art. 14 al. 1 à 3 RIPAD apporte les précisions suivantes :

[1] Aux fins du présent règlement, et en exécution de l'article 39, alinéa 1, de la loi :

a) doit être considérée comme une « instance hiérarchique supérieure » au bénéfice du droit d'être renseignée toute personne exerçant un pouvoir hiérarchique sur l'organe requis au sein du département dont il fait partie (chef de service, directeur, directeur général, secrétaire général, conseiller d'Etat chargé d'un département);

b) doit être considérée comme intervenant « au sein » d'une même institution publique la communication entre membres d'une même unité organisationnelle (secrétariat général, services généraux, office, service, direction générale, direction), pour autant que celle-ci soit définie dans le règlement sur l'organisation de l'administration cantonale, du 1er juin 2018 ;

c) doit être considérée comme émanant d'une « autre institution publique soumise à la loi » la requête formée par une personne ou un organe non-membre de la même unité organisationnelle, ne revêtant pas la qualité d'instance hiérarchique supérieure, mais faisant partie d'une institution entrant dans le champ d'application de la loi et du présent règlement.

[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] Le responsable LIPAD de chaque institution dresse, met à jour régulièrement et rend accessible sous forme d'aide-mémoire à destination des organes saisis et requérants de son institution :

a) une liste indicative des communications d'ores et déjà prévues par la législation genevoise, au sens de l'article 39, alinéas 2 in fine, 5 et 9, lettre a, de la loi;

b) une liste des cas dans lesquels la législation genevoise fait obstacle à la communication souhaitée, au sens de l'article 39, alinéas 1, lettre b, 4, lettre b, 6, lettre b, et 7, de la loi.

L'examen

Les art. 39 al. 1 à 3 LIPAD et 14 al. 1 à 3 RIPAD prévoient un régime facilité pour la communication de données personnelles entre institutions publiques genevoises.

Les questions qu'il convient de se poser sont les suivantes :

- *L'entité requérante est-elle soumise à la LIPAD ?*

Il convient de se référer à l'art. 3 LIPAD qui régit le champ d'application de la loi. Les institutions soumises à la LIPAD s'agissant du volet protection des données figurent également dans le catalogue des fichiers tenu par le Préposé cantonal : http://outil.ge.ch/chacatfich/#/home

Pour rappel, selon l'art. 3 al. 4 LIPAD, le traitement de données personnelles par une personne physique ou morale de droit privé n'est pas soumis à la LIPAD.

- *Les données personnelles dont la communication est sollicitée sont -elles nécessaires à la mission de l'institution publique requérante ?*

Il convient en effet de s'assurer de cette manière que l'exigence de base légale (art. 35 LIPAD) est respectée.

S'il s'agit de données personnelles « ordinaires » (art. 4 let. a LIPAD), il est suffisant que l'organe requérant démontre que le traitement des données personnelles est nécessaire à l'accomplissement de ses tâches légales.

S'il s'agit de données personnelles sensibles (art. 4 let. b LIPAD), les exigences sont plus élevées au vu de l'art. 35 al. 2 LIPAD. L'organe requérant doit démontrer que : a) sa tâche légale est clairement définie par la loi (de manière explicite) et b) le traitement des données personnelles sensibles en question est indispensable à l'accomplissement de cette tâche – en d'autres termes, la tâche légale serait impossible sans ces données personnelles sensibles –, ou que le traitement est nécessaire et intervient avec le consentement libre et éclairé de la personne concernée. Pour rappel, le consentement constitue une alternative non pas à la définition claire dans la loi de la tâche considérée, mais à la seconde condition cumulative, soit le caractère absolument indispensable du traitement.

- *Dans quel but les données personnelles sont-elles sollicitées ?*

L'organe requis doit savoir pourquoi les données personnelles sont sollicitées, afin de s'assurer qu'elles sont nécessaires à la tâche légale de l'entité requérante.

- *Toutes les données personnelles requises sont-elles nécessaires à l'accomplissement de la tâche légale de l'entité requérante ou seulement certaines ?*

Conformément au principe de proportionnalité (art. 36 LIPAD), seules les données pertinentes et nécessaires à l'accomplissement de la mission de l'entité requérante peuvent être communiquées, à l'exclusion de toutes autres données personnelles.

- *Les données personnelles communiquées figurent-elles dans un fichier déclaré au catalogue des fichiers par l'entité requérante ?*

L'art. 38 LIPAD prévoit que la collecte de données personnelles doit être faite de manière reconnaissable pour la personne concernée. Corollaire de ce principe, une déclaration des données détenues (et donc reçues) par l'organe requérant au catalogue des fichiers est nécessaire, à moins qu'il ne s'agisse d'un fichier éphémère (durée de vie n'excédant pas 1 an selon l'art. 17 RIPAD) ne recensant ni données personnelles sensibles ni profils de la personnalité (art. 43 al. 2 LIPAD).

- *La communication est-elle contraire à une loi ou un règlement ?*

Finalement, il convient de veiller à ce que la communication de données personnelles ne soit pas contraire à une loi ou un règlement. Par exemple, le secret fiscal pourrait s'opposer à la transmission de certaines données personnelles (art. 110 LIFD; art. 39 LHID; art. 11 LPFisc-GE) de même que le secret des dossiers de police (art. 1A LCBVM) ou encore le secret médical. Il convient donc d'avoir à l'esprit les éventuelles législations spéciales qui pourraient trouver application.

- *Qui doit être informé de la communication de données personnelles ?*

Si la communication de données personnelles ne repose pas sur une base légale spécifique, mais découle de l'application de l'art. 39 al. 1 à 3 LIPAD, le responsable LIPAD de l'entité requise doit être informé (art. 39 al. 2 LIPAD).

La loi ne prévoit aucune intervention du Préposé cantonal dans le cas d'une communication de données personnelles entre deux institutions soumises à la LIPAD.

Quelques questions complémentaires

- *Est-ce qu'une entité soumise à la LIPAD peut spontanément transmettre des données personnelles à une autre entité sans qu'une demande ne soit intervenue ?*

Cette question n'est pas expressément tranchée par l'art. 39 al. 1 LIPAD et reste débattue. Bien que le législateur avait à l'esprit un objectif de communication facilitée dans une optique d'efficience de l'administration, le principe de la légalité impose une certaine retenue. Dès lors, en l'absence de bases légales spéciales formelles, la communication spontanée sur la seule application de l'art. 39 al. 1 LIPAD comporte aujourd'hui une part d'incertitude juridique. Le Préposé cantonal prône donc la retenue en la matière.

- *Si les conditions de l'art. 39 al. 1 à 3 sont remplies, cela implique-t-il une obligation de communiquer les données personnelles requises ?*

Si la loi prévoit un régime facilité pour la communication de données personnelles entre deux institutions publiques soumises à la LIPAD, il sied de préciser que l'institution publique qui reçoit la demande n'a pas d'obligation de communiquer les données requises sur la base de l'art. 39 al. 1 à 3 LIPAD. Une telle obligation pourrait résulter d'une disposition légale spécifique ou de l'entraide administrative (art. 25 LPA), mais pas de l'art. 39 al. 1 à 3 LIPAD, qui laisse donc une marge de manœuvre à l'institution publique sollicitée.

- *Existe-t-il des règles particulières en lien avec les autorités judiciaires ?*

L'art. 39 al. 3 LIPAD règle la question des demandes de communication de données personnelles émanant des autorités judiciaires.

La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public suisse non soumis à la LIPAD

Les dispositions légales

L'art. 39 al. 4 et 5 dispose :

[4] La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public suisse non soumis à la présente loi n'est possible que si, cumulativement :

a) l'entité requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait à des exigences légales assurant un niveau de protection adéquat de ces données;

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

[5] L'organe requis est tenu de s'assurer du respect des conditions posées à l'alinéa 4 et, avant de procéder à la communication requise, 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. S'il y a lieu, il assortit la communication de charges et conditions.

L'examen

De manière générale, l'examen à apporter est très semblable à celui qui est requis par l'art. 39 al. 1 à 3 LIPAD. Une vérification complémentaire importante doit toutefois intervenir concernant le niveau de protection adéquat offert par la législation à laquelle est soumise l'entité requérante. Ainsi les questions suivantes peuvent faire office de guide :

- *L'entité requérante est-elle une corporation ou un établissement de droit public suisse non soumis à la LIPAD ?*

Le législateur vise principalement ici la communication de données personnelles à d'autres collectivités publiques suisses telle la Confédération, d'autres cantons ou encore des communes non genevoises.

- *L'entité requérante a-t-elle démontré que le traitement qu'elle entend faire des données personnelles sollicitées satisfait à des exigences légales assurant un niveau de protection adéquat de ces données ?*

Il appartient à l'entité requérante de démontrer (et donc à l'entité requise de vérifier) que les principes de protection des données (et les droits des personnes qui en découlent) seront respectés, à savoir que la loi de protection des données à laquelle l'entité requérante est soumise connaît un niveau de protection adéquat. Concrètement, cela implique notamment que l'exigence de respect des principes de protection des données (licéité, bonne foi, proportionnalité, finalité, reconnaissabilité de la collecte, exactitude des données, sécurité des données et destruction des données) figurent dans la législation à laquelle est soumise l'entité requérante, de même que les droits afférents à la personne concernée (droit d'accès, de rectification, par exemple).

Le Préposé cantonal considère qu'en Suisse, tant la LPD que les législations cantonales, assurent un niveau de protection adéquat.

Pour le surplus, l'examen devant intervenir est le même que celui décrit concernant les al. 1-3. Dans le présent cas de figure, c'est également une latitude qui est laissée à l'entité requise de communiquer les données personnelles sollicitées; elle n'a aucune obligation de le faire sur la base de la LIPAD.

Question complémentaire

- *De quelles charges ou conditions la communication pourrait-elle être assortie ?*

Les conditions ou charges que l'entité requise pourrait vouloir imposer dépendent beaucoup du cas d'espèce. Certaines transmissions pourraient nécessiter des conditions strictes liées par exemple à la finalité du traitement ou encore à la destruction des données une fois le traitement effectué.

La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public étranger

Les dispositions légales

L'art. 39 al. 6 à 8 LIPAD dispose :

[6] La communication de données personnelles à une corporation ou un établissement de droit public étranger n'est possible que si, cumulativement :

a) l'entité requérante démontre que le traitement qu'elle entend faire des données sollicitées satisfait à des exigences légales assurant un niveau de protection de ces données équivalant aux garanties offertes par la présente loi;

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

[7] *En l'absence du niveau de protection des données requis par l'alinéa précédent, la communication n'est possible que si elle n'est pas contraire à une loi ou un règlement et si, alternativement :*

a) elle intervient avec le consentement explicite, 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'organe requis et que l'entité requérante fournit des garanties fiables suffisantes quant au respect des droits fondamentaux de la personne concernée;

c) le droit fédéral ou un traité international le prévoit.

[8] *L'organe requis est tenu de consulter le préposé cantonal avant toute communication. S'il y a lieu, il assortit la communication de charges ou conditions.*

L'examen

Après s'être assuré que l'entité requérante est une corporation ou un établissement de droit public étranger (essentiellement l'organe d'un Etat tiers), deux cas de figure peuvent se présenter en fonction de la législation de protection des données de l'Etat de l'entité requérante.

Le premier cas de figure vise une entité requérante soumise à une législation dont le niveau de protection est reconnu comme équivalant aux garanties offertes par la LIPAD. A cet égard, le Préposé cantonal propose de se référer à la liste des Etats ayant une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 6 al.1 LPD) émise par le Préposé fédéral.

Dans ce cas de figure, l'examen doit intervenir comme pour les al. 4 et 5. Seule différence, le Préposé cantonal devra être consulté avant toute communication.

Le second cas de figure envisagé vise une demande de communication de données personnelles émanant d'une entité soumise à une législation qui ne présente pas le niveau de protection des données requis. Dans un tel cas, la communication est possible dans trois hypothèses (et pour autant qu'elle ne soit pas contraire à une loi ou un règlement) et le Préposé cantonal doit être consulté avant toute communication :

- *elle intervient avec le consentement explicite, libre et éclairé de la personne concernée ou dans son intérêt manifeste (art. 39 al. 7 let a).*

La notion de consentement s'inspire de celle de « consentement éclairé du patient », dans le sens où la personne concernée doit disposer de tous les éléments pertinents qui lui permettent de prendre librement sa décision. Le consentement doit être explicite. Bien que la loi ne prévoie pas de forme pour le consentement, le Préposé cantonal recommande la forme écrite. Ainsi, selon ce dernier, la personne concernée doit pouvoir se déterminer en ayant notamment connaissance des données exactes qui seront communiquées, dans quel but, de l'éventuelle possibilité que lesdites données soient ensuite transmises à des tiers ou encore de la durée de leur conservation.

S'agissant de l'intérêt manifeste de la personne concernée, cet examen devrait intervenir uniquement s'il est impossible d'obtenir le consentement de la personne concernée (par exemple, parce qu'elle n'est pas en état de donner son consentement) et vise des situations où la communication est nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée par exemple.

- *elle est dictée par un intérêt public important manifestement prépondérant reconnu par l'organe requis et que l'entité requérante fournit des garanties fiables suffisantes quant au respect des droits fondamentaux de la personne concernée (art. 39 al. 7 let. b)*

Le Préposé cantonal recommande à toute institution publique soumise à la LIPAD qui estimerait être confrontée à un tel cas de figure de procéder en priorité par le biais de l'hypothèse précédente, à savoir le consentement de la personne concernée.

- *le droit fédéral ou un traité international le prévoit (art. 39 al. 7 let. c)*

Cette troisième hypothèse ne pose pas de difficulté particulière, puisqu'elle implique que la communication est expressément prévue par le droit. Elle concerne par exemple des cas d'entraide internationale.

Quel que soit le cas de figure, bien que cela ne soit pas expressément prévu par le texte légal, il est recommandé que le responsable LIPAD de l'entité requise soit saisi avant de consulter le Préposé cantonal.

La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé

Les dispositions légales

L'art. 39 al. 9 à 12 dispose :

[9] *La communication de données personnelles à une tierce personne de droit privé n'est possible, alternativement, que si :*

a) une loi ou un règlement le prévoit explicitement;

b) un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.

[10] *Dans les cas visés à l'alinéa 9, lettre b, l'organe requis est tenu 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'organe requis sollicite le préavis 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'organe requis communique sa décision aux personnes consultées.*

[12] *L'accès de proches aux données de personnes décédées est régi par l'article 48.*

Il est complété par l'art. 14 al. 4 et 5 RIPAD :

[4] *Ne constitue pas une communication à un tiers de droit privé au sens de l'article 39, alinéa 9, de la loi la transmission d'informations à un mandataire, à un prestataire de service lié à une institution par un contrat de droit privé ou public ou à un représentant autorisé. L'article 13A du présent règlement est applicable.*

[5] *Constitue notamment un travail disproportionné, au sens de l'article 39, alinéa 10, de la loi :*

a) la consultation de personnes concernées sans résidence ou domicile connus;

b) l'identification et la consultation d'héritiers des personnes concernées lorsque celles-ci sont décédées.

L'examen

Pour rappel, cette disposition vise les cas où une personne demande la communication de données personnelles concernant un tiers (l'accès à ses propres données personnelles est régi par les art. 44 et suivants LIPAD).

L'art. 14 al. 4 RIPAD précise la notion de tiers de droit privé, soulignant que ne doivent pas être considérés comme des tiers au sens de l'art. 39 al. 9 les personnes agissant sur mandat ou contrat avec l'institution publique.

Ceci étant précisé, la communication à un tiers de droit privé est possible dans deux cas de figure : si une loi ou un règlement le prévoit explicitement ou si un intérêt privé digne de protection du requérant le justifie sans qu'un intérêt prépondérant des personnes concernées ne s'y oppose.

Le premier cas de figure n'appelle pas de commentaires particuliers. A titre d'exemple, l'on peut citer le règlement relatif à la délivrance de renseignements et de documents, ainsi qu'à la perception de diverses taxes, par l'office cantonal de la population et des migrations et les communes (RDROCPMC; RSGE F 2 20.08), qui prévoit la communication de certaines catégories de données personnelles de tierces personnes.

Le *deuxième cas de figure* implique une pesée des intérêts en présence par l'organe requis :

L'organe requis examine dans un premier temps si le requérant a un intérêt digne de protection (par ex : droits à faire valoir en justice, campagne de prévention, campagne d'information, intérêt familial ou personnel). Si tel n'est pas le cas, la communication ne peut pas intervenir. Si un intérêt digne de protection est reconnu au requérant, l'organe requis devra examiner si la personne concernée a un intérêt qui s'oppose à la communication et qui serait prépondérant (par ex : protection de la sphère privée de la personne concernée). A l'issue de la pesée des intérêts, si l'organe requis considère que l'intérêt de la personne concernée l'emporte, la communication n'intervient pas et une décision est rendue, conformément à l'art. 39 al. 11 LIPAD.

En revanche, si l'organe requis considère que l'intérêt du requérant est prépondérant, la personne concernée doit être consultée. Si cette dernière donne son accord à la communication, les données peuvent être communiquées. Si la personne concernée s'oppose à la communication, qu'il n'est pas possible d'obtenir sa détermination ou que la consultation nécessite un travail disproportionné, le préavis du Préposé cantonal doit être sollicité. Suite au préavis du Préposé cantonal, l'organe requis rend une décision, conformément à l'art. 39 al.11 LIPAD.

Ce mécanisme est représenté schématiquement à l'annexe 1.

Le rôle du responsable LIPAD n'est pas expressément mentionné en lien avec cette disposition. Toutefois, avant de solliciter un préavis auprès du Préposé cantonal ou en cas de doute dans le cadre de la pesée des intérêts à effectuer, il convient de s'adresser au responsable LIPAD de l'institution publique requise.

Quelques questions complémentaires

- *Que faut-il entendre par un travail disproportionné au sens de l'art. 39 al. 10 LIPAD ?*

L'art. 14 al. 5 RIPAD précise cette notion. Aux exemples proposés par cette disposition, l'on peut ajouter la situation où les personnes concernées sont trop nombreuses pour qu'il puisse être exigé de l'organe requis de solliciter leur détermination. Par exemple, dans le cadre de la proposition d'activités à une catégorie de la population ou pour une campagne de prévention qui viserait une certaine catégorie de la population.

- *Comment est réglée la communication de données de personnes décédées ?*

La communication de données personnelles concernant une personne décédée est régie par l'art. 48 LIPAD (art. 39 al.12 LIPAD).

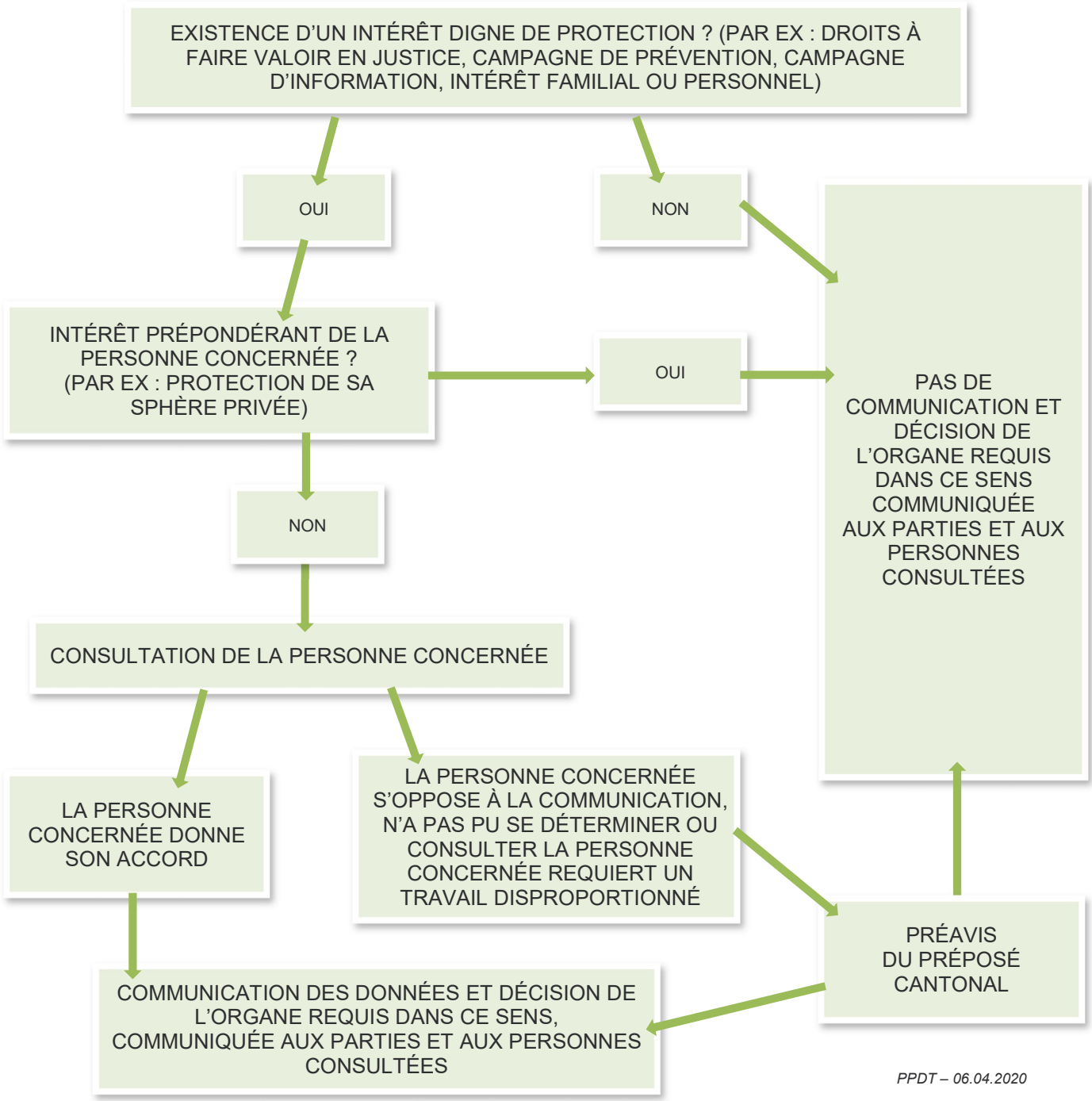
- *La décision de l'art. 39 al. 11 LIPAD doit-elle nécessairement être à la signature du responsable LIPAD de l'entité requise ?*

La LIPAD ne précise rien à ce sujet. Dès lors, il faut considérer que toute personne pouvant engager l'institution publique par voie de décision peut signer la décision prévue à l'art. 39 al.11 LIPAD. Toutefois, comme mentionné ci-dessus, il est recommandé de consulter le responsable LIPAD.

FICHE INFO DU PPDT

La communication de données personnelles par des institutions publiques soumises à la LIPAD

REPRESENTATION SCHEMATIQUE DU MECANISME DE L'ART. 39 AL. 9 A 11 LIPAD



PPDT – 06.04.2020

Le Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence (PPDT) est une autorité indépendante qui renseigne, conseille et surveille l'application de la LIPAD par les autorités et institutions publiques genevoises. N'hésitez pas à appeler en cas de questions au n° de téléphone 022 546 52 40 ou à adresser un courriel à ppdt@etat.ge.ch.