



Guide Echanges d'informations entre les autorités

Sommaire

A. Tour d'horizon.....	2
A.1 Présentation du sujet	2
A.2 Communication d'informations dans les cas urgents	4
A.3 Grands principes et notions essentielles	5
B. Bases légales applicables aux échanges d'informations entre les autorités.....	13
B.1 La loi cantonale sur la protection des données (LCPD)	13
B.2 Articulation de la LCPD avec la législation spéciale	18
B.3 Articulation entre la LCPD et les dispositions de procédure	20
B.4 Compétences législatives des communes	22
C. Typologie des échanges d'informations entre les autorités	24
C.1 Communication d'informations sur demande, demande de renseignements	25
C.2 Communication spontanée d'informations	38
C.3 Collecte et administration centralisées de données, procédure d'appel	44
C.4 Collaboration interdisciplinaire sur des cas.....	48
D. Recommandations	51
D.1 Mise à profit de la liberté d'appréciation	51
D.2 Clarification des compétences et des procédures.....	55
D.3 Sensibilisation des détenteurs d'informations	56
E. Liste des abréviations et des actes législatifs	59

A. Tour d'horizon

A.1 Présentation du sujet

Le présent ouvrage a été élaboré en 2012 par Martin Buchli et Ueli Friederich sur mandat de la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques du canton de Berne (JCE, aujourd'hui la Direction de l'intérieur et de la justice, DIJ), en collaboration avec le canton et les associations communales. L'idée de ce guide a germé en voyant que les autorités – par exemple la police agissant dans le cadre de l'aide à l'exécution – se retrouvaient régulièrement dans des situations où elles ne disposaient pas de toutes les informations nécessaires pour accomplir leurs tâches alors que d'autres services possédaient les informations qui leur manquaient. Ces situations ont suscité des interrogations dans les services concernés et même dans l'opinion publique : des barrières légales s'opposent-elles à des échanges d'informations souhaitables ? Les autorités sont-elles suffisamment sensibilisées à l'importance des informations qu'elles possèdent pour d'autres services ? Comment et dans quel cadre les échanges d'informations peuvent-ils avoir lieu entre les autorités et comment peut-on améliorer ces échanges ?

Le présent guide explique de manière aussi compréhensible que possible quand et comment les autorités cantonales et communales peuvent ou doivent échanger des informations entre elles. Il faut cependant se garder d'attendre trop de cet ouvrage : les tâches publiques sont devenues tellement complexes et les informations que possèdent les services étatiques tellement nombreuses qu'il est tout bonnement impossible de déterminer l'importance que chaque information peut avoir pour l'accomplissement de toutes les tâches étatiques. Ne serait-ce que pour cette raison, l'échange d'informations parfait est un idéal inatteignable. En outre, l'abolition des restrictions qui pèsent sur les échanges d'informations entre autorités saperait le droit à l'autodétermination en matière d'information, qui est une liberté fondamentale. Le but du présent guide est avant tout de donner aux collaboratrices et aux collaborateurs des services cantonaux et communaux une plus grande sécurité pour ce qui concerne la communication d'informations.

Un guide des échanges d'informations entre les autorités doit nécessairement présenter de manière assez détaillée les dispositions pertinentes de la législation sur la protection des données et les limites qui en découlent pour la transmission des informations. Il met toutefois l'accent sur les possibilités qui s'offrent aux autorités de mettre les informations qu'elles possèdent à la disposition d'autres autorités. Le but est d'encourager les échanges d'informations judicieux, pas d'avoir un effet dissuasif !

Le guide se compose de quatre parties :

- La partie A (« Tour d'horizon ») montre comment la *communication d'informations dans les cas urgents* peut et doit avoir lieu. Cette partie du guide balaie les différents thèmes qui seront approfondis par la suite. Elle est située au début de l'ouvrage afin que la lectrice ou le lecteur pressé se trouvant dans une situation d'urgence n'ait pas à se plonger dans les chapitres plus détaillés et les explications juridiques approfondies figurant dans la suite du guide. C'est également dans la partie A que sont expliqués *les grands principes et les notions essentielles* intéressant les échanges d'informations entre les autorités. Il s'agit

d'une présentation synthétique des aspects les plus importants. Là encore, les thèmes et les questions abordés sont traités en détail dans la suite de l'ouvrage.

- La partie B est consacrée aux bases légales applicables aux échanges d'informations entre les autorités et donc avant tout à la loi cantonale sur la protection des données (LCPD). Elle indique dans quels cas la LCPD s'applique aux échanges d'informations entre les autorités et quelles sont les règles fondamentales à respecter. Elle explique l'articulation entre la LCPD et les législations spéciales ainsi que les dispositions de procédure. Enfin, la partie B montre sur quels points les communes ont le droit d'édicter leur propre réglementation sur la communication d'informations.
- La partie C propose une vue d'ensemble des circonstances dans lesquelles des informations peuvent circuler d'une autorité à une autre dans la pratique. L'approche est typologique : 1. communication d'informations sur demande ou en réponse à une demande de renseignements ; 2. communication spontanée d'informations ; 3. collecte et administration centralisées de données et procédure d'appel ; 4. collaboration interdisciplinaire sur des cas concrets. Le guide expose les opportunités et les risques effectifs que recèle chaque situation ainsi que les conditions-cadre applicables à la communication d'informations dans ces circonstances. Les quatre types d'échanges décrits couvrent – en tout cas théoriquement – l'ensemble des cas d'échanges d'informations entre les autorités. On peut dire que la partie C constitue le cœur de l'ouvrage. Des exemples sont proposés pour illustrer cette typologie plutôt abstraite, surtout pour les lectrices et les lecteurs qui s'occupent assez sporadiquement de questions en lien avec la protection des données.
- La partie D contient trois recommandations pour améliorer les échanges d'informations entre les autorités dans le cadre du droit en vigueur : 1. mise à profit de la liberté d'appréciation laissée par les textes de loi ; 2. clarification des compétences et des procédures ; 3. sensibilisation des détenteurs d'informations.

Pour des raisons de lisibilité, nous renonçons à citer les textes de loi en indiquant leur numéro dans le Recueil systématique du droit fédéral ou dans le Recueil systématique des lois bernoises, comme cela se pratique habituellement dans les ouvrages juridiques. Ces références figurent dans la liste des abréviations et des actes législatifs figurant en fin de document.

Le présent guide ne saurait répondre à toutes les questions qui se poseront dans la pratique en ce qui concerne les échanges d'informations entre les autorités. Si vous avez besoin d'assistance dans un cas concret, adressez-vous à l'organe de contact prévu par l'article 15, alinéa 1 de l'ordonnance cantonale sur la protection des données (OPD), selon lequel la Chancellerie d'Etat et chaque Direction désignent au minimum un organe de contact pour la protection des données. Celui-ci a notamment les tâches suivantes : conseiller les unités administratives en matière de protection des données ; transmettre les questions auxquelles il n'est pas en mesure de répondre à l'autorité cantonale de surveillance de la protection des données ; promouvoir l'information et la formation des collaborateurs ; concourir à l'application des prescriptions relatives à la protection des données. Aux termes de l'article 15, alinéa 3 OPD, les collectivités de droit communal sont conseillées sur les questions de protection des données d'ordre général par l'Office des affaires communales et de l'organisation

du territoire (OACOT) de la DIJ. Sur les questions de protection des données dans des domaines spécifiques, les communes sont conseillées par les services juridiques compétents des Directions et de la Chancellerie d'Etat ou par les juristes des offices. L'autorité cantonale de surveillance de la protection des données demeure l'interlocutrice des services de surveillance de la protection des données des collectivités de droit communal.

Le présent document a été actualisé par le Bureau pour la surveillance de la protection des données avec effet au 1^{er} octobre 2024.

A.2 Communication d'informations dans les cas urgents

Dans le flux normal des échanges d'informations entre autorités, on dispose généralement du temps nécessaire pour procéder à des clarifications juridiques sur la communication d'informations. Il arrive parfois qu'il soit utile ou indispensable d'agir vite, ce qui ne laisse pas le temps de procéder à ces clarifications. On pense par exemple aux situations suivantes :

- Vous êtes *menacé* ou les *récriminations* d'une personne en contact avec vous pour des raisons officielles laissent à penser que la situation pourrait s'envenimer (« mauvais pressentiment »).

Exemple : une lettre de menaces a été envoyée à l'administration communale ou un citoyen a proféré des menaces au téléphone.

- Adressez-vous au *Service de gestion des menaces de la Police cantonale* (tél. 031 638 66 60). Des personnes formées en psychologie vous conseillent, évaluent la situation de danger et vous assistent pour prendre contact avec la personne agressive.

Attention : pour avoir le droit de communiquer des informations internes, les personnes travaillant pour des *autorités fiscales* et les membres des *professions de la santé* doivent demander à être déliés du secret professionnel, hormis dans les cas d'urgence ou assimilables à une urgence (il y a péril en la demeure pour un bien juridique de haute valeur). La Direction des finances est compétente pour délier du secret fiscal ; la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration est compétente pour délier du secret médical.

En principe, les centres LAVI et les aumôniers n'ont pas le droit de communiquer les informations reçues dans l'exercice de leur activité officielle. Ils sont habilités à communiquer des informations uniquement si la personne qui s'est confiée à eux les a autorisés à le faire. Là encore, les cas assimilables à une urgence sont réservés.

- Les menaces contre les autorités et les fonctionnaires sont passibles de sanctions pénales. Le service concerné ou la personne visée peut choisir de dénoncer ou non les faits aux *autorités de poursuite pénale* (Police cantonale ou Ministère public). Il n'est cependant pas nécessaire de déposer une plainte pénale au sens formel – comme c'est le cas pour les menaces subies par des personnes privées – car il s'agit d'un délit poursuivi d'office. Il suffit de faire une dénonciation ou une communication à l'autorité de poursuite pénale.

- Vous avez connaissance d'un *danger qui menace peut-être une autre autorité ou des tiers*.

Exemple : dans un courrier à l'administration fiscale communale, une personne explique que l'autorité de police des constructions est responsable de la faillite de son entreprise et des conséquences qu'elle a eue dans sa vie privée, ajoutant que l'heure de la vengeance va bientôt sonner pour les fonctionnaires responsables.

- En cas de danger concret, le premier interlocuteur est la *Police cantonale*. Elle est compétente pour écarter les dangers dans le cadre de sa mission de sûreté ; elle entrera donc en contact avec l'autorité tierce. Il est permis de communiquer à la Police cantonale toutes les informations qui sont ou qui pourraient lui être utiles pour accomplir ses tâches de police, en l'occurrence écarter un danger (art. 146 de la loi sur la police [LPol]).

Attention : pour avoir le droit de communiquer des informations à la Police cantonale, les personnes travaillant pour des *autorités fiscales* et les membres des *professions de la santé* doivent demander à être déliés du secret. La Direction des finances est compétente pour délier du secret fiscal ; la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration est compétente pour délier du secret médical. Les centres LAVI et les aumôniers n'ont pas le droit de communiquer les informations reçues dans l'exercice de leur activité officielle.

- Dans les cas assimilables à une urgence, *l'autre autorité ou la tierce personne* peut être *informée directement*, sans que l'auteur de la communication ait été délié de son éventuel secret de fonction, afin qu'elle puisse prendre les mesures requises pour sa protection.

On est dans un cas assimilable à une urgence lorsqu'un danger concret et immédiat à prendre au sérieux pèse sur des biens juridiques de grande valeur, notamment l'intégrité corporelle et la vie.

- Vous avez besoin d'urgence d'une information que possède (selon toute présomption) une autre autorité.

Exemple : juste avant le début d'un camp scolaire d'une durée d'une semaine, le directeur de l'école X a connaissance de rumeurs selon lesquelles une plainte pénale pour atteinte à l'intégrité sexuelle d'élèves aurait été déposée contre un membre du corps enseignant auprès des autorités de poursuite pénale.

- Appelez directement le service qui possède (selon toute présomption) l'information. Les demandes de communication d'informations ne requièrent pas de forme particulière ! Demandez à parler à la personne compétente pour fournir le renseignement dont vous avez besoin (dans l'exemple, ce serait la procureure ou le procureur en chef du ministère public régional compétent). Expliquez pourquoi l'information visée est indispensable pour l'accomplissement de vos tâches et quels sont les intérêts publics qui seraient compromis au cas où l'information ne vous serait pas communiquée. Précisez aussi pourquoi l'information doit vous être communiquée rapidement.
- Insistez pour connaître les motifs du refus si l'information dont vous avez absolument besoin pour accomplir vos tâches ne vous est pas communiquée. Invoquer le secret de fonction n'est pas un motif suffisant pour refuser une information à une autre autorité.

A.3 Grands principes et notions essentielles

Les grands principes et les notions essentielles à respecter dans les échanges d'information entre les autorités sont exposés ci-dessous par ordre alphabétique. Ils sont traités plus en détail dans la suite du guide.

Autodétermination en matière d'information

La Constitution fédérale de la Confédération suisse (Cst.) et la Constitution du canton de Berne (ConstC) garantissent à chaque individu un droit fondamental à l'autodétermination en

matière d'information. Les échanges d'informations entre autorités portent atteinte à ce droit. Or, une atteinte à un droit fondamental n'est admissible que si elle se fonde sur un texte de loi. La LCPD et de multiples autres textes de loi stipulent dans quelles conditions les autorités ont le droit d'échanger des informations. Ainsi, la LCPD ne fait pas obstacle aux échanges d'informations entre les autorités mais, au contraire, elle les permet.

Biens de police

Les biens de police sont les biens juridiques que la police doit protéger. Les biens de police classiques sont l'ordre, la sécurité (notamment l'intégrité corporelle et la propriété) et le calme. La LPol énumère les biens de police à l'article 8.

Lorsque le présent guide parle de biens de police de grande valeur, il vise en particulier l'intégrité corporelle et la vie.

Collecte et administration centralisées de données

Un système centralisé de collecte et d'administration de données est un système dans lequel des autorités entrent des données afin de pouvoir y accéder et y donner accès directement par la suite. Cette forme d'échange d'informations repose généralement sur une procédure d'appel (→ voir cette entrée). La collecte et l'administration centralisées de données est la forme la plus efficace d'échange d'informations entre autorités, mais c'est aussi celle qui est la plus propice aux abus.

→ Voir aussi à ce sujet le chapitre C.3.

Communication spontanée d'informations

Une communication d'information est considérée comme spontanée lorsque l'autorité transmet des informations sans répondre à une demande concrète (→ voir Demande de communication d'informations, demande de renseignements) et sans passer par un système centralisé auquel le destinataire des informations a un accès direct (→ voir Collecte et administration centralisées de données).

La communication spontanée d'informations est autorisée lorsqu'elle est explicitement prévue dans une loi spéciale (p. ex. la LPol pour les communications spontanées aux autorités de police cantonales et communales) ou si cela est nécessaire à l'accomplissement des tâches de l'autorité qui transmet les informations.

→ Voir à ce sujet également le chapitre C.2.

Coopération interdisciplinaire

La coopération interdisciplinaire sur un cas (p. ex. entre les autorités scolaires, le Ministère public des mineurs et les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte sur un dossier précis) ne constitue pas une forme à part d'échange d'informations entre autorités. Juridiquement parlant, il s'agit en fait d'une multitude de communications d'informations sur demande et spontanées dont il faut analyser l'admissibilité individuellement.

Mais la prise en charge des cas individuels (« case management », qui peut revêtir la forme de tables rondes ou de conférences) ne peut fonctionner que si les services impliqués ont la

possibilité d'échanger librement des informations. Or, cela n'est pas autorisé, sauf disposition expresse dans la législation spéciale stipulant que la prise en charge conjointe des cas individuels fait partie des tâches de l'ensemble des services impliqués.

→ Voir aussi à ce sujet le chapitre C.4.

Demande de communication d'informations, demande de renseignements

La communication d'informations sur demande est le *mode normal d'échange d'informations entre les autorités* : l'autorité A se procure les informations dont elle a besoin auprès de l'autorité B en lui demandant des renseignements précis.

Il faut établir une distinction entre la communication de données sur demande, d'une part, et, d'autre part, la communication spontanée d'informations (→ voir cette entrée) ainsi que la collecte et l'administration centralisées de données (→ voir cette entrée et Procédure d'appel).

Les demandes de communication d'informations *ne requièrent pas de forme particulière* (elles peuvent être présentées par téléphone ou par courriel) et ne déclenchent pas une procédure administrative. Néanmoins, la transmission électronique de données personnelles doit respecter les consignes applicables à la sécurité de l'information (→ voir Sécurité de l'information). Toutes les demandes de communication d'informations présentées par les autorités doivent être étudiées et une réponse doit leur être apportée.

→ Voir aussi à ce sujet le chapitre C.1.

Données

Les données sont des informations relatives à des personnes ou à des objets. On distingue les données personnelles (→ voir cette entrée) et les données matérielles (→ voir cette entrée).

Données de l'aide sociale

Les données de l'aide sociale sont l'ensemble des informations dont les autorités en charge de l'aide sociale ont connaissance dans le cadre de leur activité officielle. Les données de l'aide sociale ne sont donc pas seulement les informations relatives aux prestations accordées, mais aussi par exemple les informations données spontanément à l'autorité d'aide sociale (p. ex. l'existence de disputes familiales violentes évoquée en entretien).

Données fiscales

Les données fiscales sont toutes les informations dont les autorités fiscales (c.-à-d. les autorités participant à la perception des impôts ou aux mesures conservatoires afférentes) ont connaissance dans le cadre de leur activité officielle. Les données fiscales sont donc non seulement les informations sur les revenus imposables, la fortune imposable et les dépenses déductibles, mais aussi les informations données spontanément aux autorités fiscales (p. ex. les menaces adressées à une autorité fiscale).

Données matérielles

Les données matérielles sont des données sans lien avec une personne identifiée ou identifiable. Elles comprennent donc aussi les informations anonymisées relatives à des personnes dont on ne peut pas rétablir l'identité. Les données matérielles ne rentrent pas dans le champ du droit de la protection des données. Par conséquent, les échanges de données matérielles entre les autorités ne posent pas de problème du point de vue du droit de la protection des données. En revanche, il peut arriver exceptionnellement qu'un intérêt public à garder le secret s'oppose à la communication de données purement matérielles.

Données particulièrement dignes de protection

L'article 3 LCPD énumère les données personnelles qui sont particulièrement dignes de protection. Entrent dans cette catégorie en particulier les informations sur l'état psychique, mental ou physique d'une personne, les mesures d'aide sociale ou d'assistance ainsi que les informations relatives aux enquêtes de la police, aux procédures pénales, aux infractions ainsi qu'aux peines et mesures qui les ont sanctionnées

→ Tous les détails sous le chiffre B.1.2.

L'échange entre autorités de données particulièrement dignes de protection est soumis à des *restrictions particulières*. L'obtention, la communication ou tout autre traitement de données particulièrement dignes de protection est admissible uniquement si l'une des conditions suivantes est remplie :

- une loi ou un règlement le prévoit clairement ;
- l'accomplissement d'une tâche définie par la loi l'exige impérativement ; ou bien
- la personne intéressée y a consenti expressément.

Données personnelles

Selon l'article 2, alinéa 1 LCPD, les données personnelles sont des informations relatives à une personne physique ou morale, identifiée ou identifiable. Les données personnelles s'opposent aux données matérielles.

Exercice du pouvoir d'appréciation dans la communication d'informations

Si les conditions auxquelles est assujettie la communication de données à d'autres autorités en vertu des articles 10 et 14 LCPD sont remplies, les informations demandées doivent être transmises. Dans ce cas, l'autorité qui détient les informations n'a pas de pouvoir d'appréciation : elle ne peut pas se demander si elle souhaite ou non transmettre ces données. Refuser de transmettre des informations demandées alors que les conditions sont remplies est illégal et peut avoir des conséquences qui engagent la responsabilité de l'autorité. Inversement, il est interdit de communiquer des informations si les conditions énoncées aux articles 10 et 14 LCPD ne sont pas remplies.

Néanmoins, la législation spéciale (p. ex. la LPol, la loi sur les impôts [LI] ou la loi sur l'aide sociale [LASoc]) peut accorder à l'autorité un pouvoir d'appréciation en ce qui concerne la

communication d'informations (formule potestative dans une disposition de loi). Cela est particulièrement souvent le cas lorsqu'il existe des obligations particulières de garder le secret. Dans ces cas, les personnes qui sont en principe soumises à l'obligation de garder le secret peuvent estimer dans chaque cas si des raisons prépondérantes plaident pour ou contre la communication d'informations.

Lorsque la législation spéciale accorde un pouvoir d'appréciation, cela ne signifie pas que les autorités peuvent décider librement, à leur gré. En effet, elles doivent *exercer leur pouvoir d'appréciation consciencieusement*. L'autorité qui possède les informations doit déterminer, dans chaque cas, si ce sont les raisons pour ou les raisons contre la communication des informations qui l'emportent. Le travail administratif que demande la communication des informations n'est pas un motif pour ne pas effectuer cette communication ; de même, le travail administratif que représente le tri des informations n'est pas un motif pour communiquer trop d'informations.

Le fait de ne pas exploiter pleinement le pouvoir d'appréciation conféré par la loi (p. ex. en ne communiquant pas des informations ou en les communiquant sans restriction sans avoir pesé le pour et le contre) constitue ce que l'on appelle un abus négatif ou un excès négatif de ce pouvoir. L'abus négatif du pouvoir d'appréciation est illégal et peut avoir des conséquences qui engagent la responsabilité de l'autorité.

Informations et communication d'informations

Dans le langage courant, on parle d'informations sur des personnes déterminées ou d'échanges officiels d'informations pour désigner les données personnelles et les échanges d'informations entre autorités. Sur le plan juridique, ces deux domaines rentrent dans le champ de la législation sur la protection des données (c.-à-d. la LCPD, l'OPD et de nombreuses dispositions de la législation spéciale). A contrario, la loi sur l'information et l'aide aux médias du canton de Berne (LIAM) régit l'information du public par les autorités, mais pas les échanges d'informations entre les autorités.

Législation spéciale

L'expression « législation spéciale » désigne les textes de loi propres à un domaine politique spécifique – par opposition aux dispositions de procédure (droit civil, droit pénal, juridiction administrative) mais aussi aux textes de loi applicables à plusieurs domaines politiques (législation transversale). Dans le présent guide, l'expression législation ou loi spéciale est utilisée pour différencier des actes législatifs propres à un domaine politique déterminé (p. ex. LI, LASoc, loi sur l'école obligatoire [LSE]) de la LCPD.

Obligation particulière de garder le secret

Certaines autorités – notamment les autorités fiscales et les autorités d'aide sociale (pour une énumération exhaustive, voir C.1.9) – sont soumises à une obligation particulière de garder le secret. Il ne faut *pas confondre celle-ci avec le secret de fonction*, auquel sont soumis l'ensemble des services cantonaux et communaux (→ voir Secret de fonction).

Une autorité soumise à une obligation particulière de garder le secret n'est autorisée à transmettre des informations à une autre autorité que si cela est prévu dans une loi spéciale (p. ex. LI ou LASoc) ou dans une loi de procédure (p. ex. loi sur la procédure et la jurisprudence administratives [LPJA] ou code de procédure pénale [CPP]), si la personne intéressée y a consenti ou si la communication de l'information sert les intérêts de cette personne (art. 10 LCPD). *La loi spéciale peut déclarer que la communication d'informations est autorisée dans des situations déterminées malgré le secret de fonction* (p. ex. art. 57b s. LASoc) *ou prévoir la possibilité de se faire délier de l'obligation de garder le secret par un service hiérarchiquement supérieur* (p. ex. art. 158, al. 2 LI).

Les données faisant l'objet d'une obligation particulière de garder le secret sont en outre généralement assujetties à des prescriptions plus strictes pour assurer leur sécurité (→ voir Sécurité des données).

Procédure d'appel

Une procédure d'appel permet à une autorité d'accéder directement à des données administrées par une autre autorité dans un but autre que celui dans lequel les données ont été collectées. On parle aussi de « procédure d'accès » ou de « *données en libre service pour les autres autorités* ». Par opposition, l'accès à des données enregistrées sous forme électronique par les collaboratrices et les collaborateurs d'une même autorité pour une utilisation conforme au but de leur collecte ne constitue pas une procédure d'appel.

Une procédure d'appel est donc une forme d'échange d'informations entre autorités passant par un système centralisé de collecte et d'administration des données. Si ce système est très efficace, il est propice aux abus. C'est pourquoi la mise en place d'une procédure d'appel doit se fonder sur une base légale expresse. Si des « données particulièrement dignes de protection » (→ voir cette entrée) sont en jeu, la base légale doit figurer dans une loi au sens formel ou dans un règlement communal. Dans les autres cas, une base légale du rang de l'ordonnance suffit.

En général, l'appel des données est automatisé et se fait en ligne. Mais la possibilité de consulter directement les documents qu'une autre autorité conserve sur un support papier constitue également une procédure d'appel. C'est le cas, par exemple, lorsqu'un assistant social a la possibilité d'accéder aux dossiers contenant les informations relatives aux élèves dans la salle des maîtres.

→ Tous les détails au chapitre C.3.

Proportionnalité de la communication d'informations

Le principe de la proportionnalité s'applique à toutes les activités de l'Etat (art. 5, al. 2 Cst.). Il en découle pour les échanges d'informations entre autorités que la communication de données personnelles doit *se limiter à la quantité* de données appropriée et nécessaire pour l'accomplissement des tâches de l'autorité destinataire (il faut transmettre autant d'informations que nécessaire, mais aussi peu d'informations que possible). Si, pour accomplir une tâche, des informations anonymisées peuvent être transmises à la place des données personnelles, il faut procéder à leur anonymisation.

Le principe de la proportionnalité interdit également la collecte de données pour constituer des réserves (p. ex. une demande de transmission d'informations sans indication claire du but dans lequel lesdites informations seront utilisées).

Respect de la finalité

Dans le domaine de la protection des données, le principe du respect de la finalité signifie que des données ne peuvent être traitées que dans le but pour lequel elles ont été collectées. Ce principe est toutefois fortement relativisé pour les échanges d'informations entre autorités. En effet, les dispositions qui autorisent la transmission d'informations par une autorité à une autre autorité constituent une exception au principe du respect de la finalité du traitement des données (voir notamment l'art. 5, al. 4 LCPD). Parmi ces exceptions légales, on peut citer la communication d'informations à la police ou à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte.

Secret de fonction

Le secret de fonction inscrit dans la législation sur le personnel (art. 58 de la loi sur le personnel [LPers] ; pour les employés communaux, art. 32 de la loi sur les communes [LCo] en relation avec l'art. 58 LPers) interdit aux agentes et aux agents de communiquer des informations dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions *si ce n'est pas dans le cadre d'une procédure et d'une habilitation prévue*. Le secret de fonction est *une disposition du droit d'organisation qui ne s'oppose pas à la communication de données à d'autres autorités, pour autant que cette communication soit admise par le droit de la protection des données*.

Se posent alors deux questions distinctes : 1. La communication d'une information à une autre autorité est-elle admissible au regard du droit de la protection des données ? 2. Qui, en vertu du droit d'organisation, est compétent au sein d'un service pour communiquer l'information ?

On ne peut pas répondre à ces deux questions en s'appuyant sur la LPers ou sur le Code pénal suisse (CP), qui réprime à l'article 320 la violation du secret de fonction. Ce sont la LCPD et les éventuelles dispositions de la législation spéciale concernant la protection des données qui concrétisent la teneur du secret de fonction prévu par la législation sur le personnel.

Le secret de fonction ne fonde pas d'obligation particulière de garder le secret au sens de l'article 10, alinéa 1, lettre b LCPD (→ voir Obligation particulière de garder le secret). Cependant, des données purement matérielles peuvent être couvertes par le secret de fonction, mais pas par une obligation de garder le secret en vertu de la législation sur la protection des données. Les échanges de données matérielles entre autorités ne sont interdits que dans des cas très exceptionnels (→ voir Données matérielles).

→ Sur tous ces aspects, voir le chiffre C.1.10..

Sécurité des données

Le droit de la protection des données décrit la manière dont il faut assurer la sécurité des données (voir pour les détails les art. 4 ss OPD). En ce qui concerne les échanges d'informations entre autorités, il est important de noter que la communication électronique de données particulièrement dignes de protection (notamment par courrier électronique) est admissible, mais que les courriers électroniques concernés doivent être cryptés numériquement. Par conséquent, il est interdit de transmettre des données personnelles particulièrement dignes de protection au moyen d'un courrier électronique non crypté. Lorsque l'on communique des informations personnelles oralement ou téléphoniquement, on s'assurera de l'identité de la personne à qui l'on transmet les données. Pour les procédures d'appel, il faut étudier en détail les mesures de sécurité imposées par les articles 5 et 6 ODP.

Traitement

Est considérée comme traitement de données personnelles toute activité ayant directement trait à ces dernières, et notamment le fait de recueillir, de conserver, de modifier, de combiner, de communiquer ou de détruire des données personnelles (art. 2, al. 4 LCPD).

B. Bases légales applicables aux échanges d'informations entre les autorités

Pour obéir au principe de la légalité (art. 5, al. 1 Cst.), l'activité de l'Etat doit – de manière très générale – reposer sur une base légale. Ce principe s'applique aussi à la communication d'informations entre autorités. L'échange d'informations entre autorités est donc subordonné à l'existence d'une réglementation légale à cet effet. En ce qui concerne les informations se rapportant à des personnes identifiées ou identifiables, cette condition découle également du fait que la communication de cette catégorie d'informations porte atteinte au droit à l'autodétermination informationnelle des personnes concernées et que toute restriction d'un droit fondamental doit être fondée sur une base légale (art. 36, al. 1 Cst.).

La présente partie expose les bases légales applicables aux échanges d'information entre les autorités. La pièce maîtresse en est la LCPD. Celle-ci contient d'une part des dispositions concrètes sur la communication d'informations entre autorités et, d'autre part, des principes généraux que les autorités doivent également respecter lorsqu'elles échangent des informations. On verra en outre dans la présente partie comment les dispositions de la LCPD s'articulent avec les normes de la législation spéciale en matière de protection des données ainsi qu'avec les dispositions de procédure.

B.1 La loi cantonale sur la protection des données (LCPD)

1.1 Applicabilité de la LCPD aux échanges d'informations entre les autorités

➤ **Communication d'informations constituant un traitement de données au sens de la LCPD**

La LCPD a pour but de protéger les personnes contre les abus dans le traitement de données par les autorités. Elle s'applique à tout traitement de données personnelles par des autorités cantonales ou communales, hormis dans le cadre des activités économiques de l'Etat et dans le cadre de procédures judiciaires en cours (voir à ce sujet le chapitre B.3).

La transmission d'informations entre les autorités est une forme de traitement de données au sens de la LCPD dans la mesure où les informations portent sur une personne physique ou morale identifiée ou identifiable (art. 2, al. 1 LCPD).

Lire à ce sujet Philipp Glass, commentaire de la LPD (Orell Füssli, en allemand), ad article 5, lettre a:

Par **informations**, il faut comprendre toutes les formes de données porteuses de contenu sous la forme aussi bien d'**évaluations subjectives** (opinions) que de **faits objectivement établis** (n. 2). La forme des données (données codées en binaire, données électroniques enregistrées sur un support ou imprimées sur papier) n'a pas d'importance. Outre les données écrites, la notion inclut également les sons, les images, les données biométriques ou encore les informations portant sur une personne communiquées oralement puis transcrites (n. 3).

Une personne est **identifiée** lorsque les données disponibles permettent de déterminer de manière univoque **de qui il s'agit** (identification directe); à noter que la personne ne doit pas nécessairement être nommée: l'indication d'un simple pseudonyme (interne) suffit (n. 8). Sont considérées comme **identifiables** les personnes physiques qui n'ont pas encore été identifiées mais pourraient l'être **au prix d'un effort raisonnable**, à savoir lorsque des données pourraient être combinées de manière à révéler **de quelle personne il s'agit** (n. 12). (traduction)

Nota bene

Les autorités qui échangent des informations sur une personne en dehors du cadre d'une procédure judiciaire doivent se conformer aux dispositions du droit sur la protection des données.

➤ La LCPD ne s'applique pas à la communication d'informations matérielles

Les autorités n'échangent pas que des informations relatives à des personnes. Le droit de la protection des données ne s'applique pas à la communication de données purement matérielles et de données anonymisées à partir desquelles il est exclu de remonter aux personnes concernées. De manière générale, la transmission de ce type d'informations ne pose pas de problème juridique. Toutefois, il peut arriver exceptionnellement qu'un intérêt public à garder le secret s'oppose à la communication de données purement matérielles.

Exemple : la Police cantonale voudra maintenir au maximum le secret sur sa stratégie d'intervention. Cela peut justifier le fait qu'elle ne communique pas d'informations à ce sujet aux autorités communales. L'article 144, alinéa 1 LPol ne confère pas aux organes des polices communales le droit d'obtenir ces informations.

Les informations matérielles peuvent toutefois être des données personnelles au sens de l'article 2, alinéa 1 LCPD si elles peuvent être mises en relation avec une personne concrète. C'est notamment le cas lorsqu'un objet est inscrit dans un registre officiel (p. ex. les biens-fonds et les véhicules immatriculés).

1.2 Ce que la LCPD prescrit pour les échanges d'informations entre les autorités

Les règles générales figurant dans la LCPD sont précisées à l'article 10 en ce qui concerne la communication de données personnelles entre autorités :

Art. 10 Communication à des autorités

¹ Il y aura communication de données personnelles à une autre autorité si

- a l'autorité responsable y est obligée ou autorisée par la loi pour accomplir ses tâches ou si
- b l'autorité qui demande les données personnelles prouve que la loi l'autorise à les traiter et qu'aucune obligation de garder le secret ne s'y oppose ou si
- c malgré l'incompatibilité des buts, la personne intéressée a donné son accord exprès ou que la communication sert ses intérêts.

² Lorsqu'une tâche administrative l'exige, le contrôle des habitants permet l'accès au registre des habitants et donne les informations requises.

Ainsi, la LCPD prévoit expressément qu'une autorité peut communiquer des données à une autre autorité. Aucune raison de principe ne s'oppose donc aux échanges d'informations entre les autorités. On verra plus loin la portée juridique de l'article 10 LCPD.

Nota bene

La LCPD régit les échanges de données entre autorités, elle n'y fait pas obstacle.

Comme la communication d'informations en lien avec une personne constitue toujours un traitement de données, il faut donc respecter non seulement les prescriptions de l'article 10 LCPD mais aussi les principes généraux ancrés dans cette loi, qui sont décrits ci-après.

➤ Lien entre le traitement de l'information et une tâche publique

L'obtention et l'administration de données doit toujours être en lien avec l'accomplissement d'une tâche publique. C'est que qu'exprime l'article 5, alinéa 1 LCPD, selon lequel le traitement de données personnelles est autorisé uniquement lorsque « la loi » l'autorise expressément (le traitement des données devenant ainsi une tâche autorisée par la loi) ou lorsqu'il sert « à accomplir une tâche légale ». L'exigence d'un lien entre le traitement de données et l'accomplissement d'une tâche – qui s'étend au-delà du champ d'application de la LCPD – découle en outre du droit fondamental à l'autodétermination informationnelle ancré à l'article 13, alinéa 2 Cst. ainsi qu'à l'article 18 ConstC.

Un traitement de données sans lien avec une tâche publique est par principe interdit. Cela a les conséquences suivantes :

- Une autorité qui souhaite obtenir des informations sur une personne doit savoir clairement à quelle tâche publique cette information va servir. Il est interdit de se procurer des données pour constituer des réserves, sans savoir précisément à quelle tâche serviront les données recueillies.

Exemple : une commune ne peut pas collecter des informations sur les antécédents judiciaires de ses habitantes et habitants si cela n'est pas utile à une tâche précise. Par contre, elle pourrait légitimement se renseigner sur les antécédents judiciaires d'une personne aux fins d'une procédure de naturalisation.

- Lorsque des informations sont communiquées à une autorité alors qu'elles ne sont pas pertinentes pour ses tâches légales, l'autorité n'est pas autorisée à conserver les données reçues.

Exemple : les communes sont occasionnellement confrontées à des litiges entre voisins qui relèvent clairement de la compétence de la juridiction civile (p. ex. un barbecue répand des odeurs désagréables, un maître laisse son chien faire ses besoins dans le jardin du voisin). La commune n'a pas le droit de conserver ces données ni de les traiter.

Nota bene

Lorsqu'une autorité reçoit des données par erreur (parce qu'elle n'est pas compétente en la matière), elle est tenue de les détruire car la loi ne l'habilite pas à les traiter.

➤ Importance du respect de la finalité du traitement des données pour les échanges d'informations entre les autorités

On a vu que le traitement de données doit être lié à une tâche publique. Il doit également, en vertu du principe inscrit à l'article 5, alinéa 2 et à l'article 4 LCPD, respecter le but dans lequel les données ont été collectées. Selon ce principe, le but du traitement de données doit être défini dans une loi. Il est interdit de traiter des données personnelles dans un but qui, en vertu du principe de la bonne foi, est incompatible avec le but en vue duquel elles ont été recueillies ou communiquées à l'autorité à l'origine.

Le principe du respect de la finalité du traitement des données n'est toutefois pas absolu ; il est relativisé par différentes dispositions de la législation. C'est le cas en particulier de l'article 10 LCPD, qui permet les échanges de données personnelles entre autorités, constituant ainsi une exception au principe du respect de la finalité.

Nota bene

Les échanges autorisés de données et d'informations entre autorités constituent une exception au principe du respect de la finalité du traitement des données.

Parmi les autres exceptions au respect de la finalité du traitement de données, on peut citer la communication d'informations par le contrôle des habitants prévue à l'article 12 LCPD ou encore le traitement de données personnelles à des fins de recherche, de formation pratique, de statistique et de planification.

➤ Restrictions particulières applicables aux échanges de données personnelles particulièrement dignes de protection

La LCPD établit une distinction entre les données personnelles en général et les données personnelles particulièrement dignes de protection. L'échange de données personnelles particulièrement dignes de protection est soumis à des restrictions spéciales. Ainsi, on ne peut recueillir des données personnelles particulièrement dignes de protection que si une loi ou un règlement le prévoit *clairement*, si une tâche publique l'exige impérativement ou si la personne concernée y a consenti.

L'article 3 LCPD définit les données particulièrement dignes de protection comme étant toute information relative :

- aux opinions, appartenances et activités religieuses, philosophiques ou politiques ainsi qu'à l'appartenance raciale ;

Lire à ce sujet le jugement du Tribunal administratif bernois JTA 100.2007.23150 du 22 septembre 2008, publié dans JAB 2009, p. 49, selon lequel la notion d'opinion politique doit être comprise de manière restrictive et ne vise pas l'opinion suscitée par la moindre activité de l'Etat mais uniquement la conviction politique de base d'une personne (« politische Grundhaltung »).

- à la sphère intime de la personne, en particulier à son état psychique, mental ou physique ;

Cette catégorie comprend notamment les diagnostics médicaux, comme en contiennent habituellement les dossiers de l'assurance-invalidité.

- aux mesures d'aide sociale ou d'assistance ;

Les informations détenues par les autorités d'aide sociale constituent donc des données personnelles particulièrement dignes de protection.

- aux enquêtes de la police, aux procédures pénales, aux infractions ainsi qu'aux peines et mesures qui les ont sanctionnées.

➤ Réglementation et organisation de l'accès aux données détenues par les autorités pour assurer la fonctionnalité des échanges

Pour qu'une communication d'informations puisse avoir lieu, il faut naturellement que l'autorité sache qu'elle possède des informations ayant tel ou tel contenu. Il faut également que l'autorité ait un accès effectif aux informations qu'elle détient.

Exemple : les préfetures reçoivent régulièrement des lettres d'insultes de citoyens fâchés contre « l'Etat ». En l'absence de rapport concret avec une procédure en cours, ces courriers ne sont généralement pas saisis dans les affaires à traiter. Et faute de base légale, il serait illégal de constituer une base de données des « quérulances ». De ce

fait, celles-ci finissent par s'effacer des mémoires. Et selon les modalités de classement ou de conservation de ces courriers de récrimination, il est souvent impossible de les retrouver sans fournir un effort disproportionné.

Pour que les échanges d'informations soient optimaux, il faut donc que les données détenues soient gérées de manière aussi systématique que possible. Dans ce contexte, il est souhaitable par principe de classer systématiquement les informations concernant une personne si celles-ci peuvent être importantes aussi pour un autre service. Il faut cependant bien voir que la loi pose des limites claires à ce classement systématique d'informations personnelles :

- Si l'on gère des données personnelles de manière systématique, on met normalement en place un fichier au sens de l'article 2, alinéa 2 LCPD :

« Est considéré comme fichier tout recueil de données personnelles constitué de façon à permettre l'identification des personnes auxquelles elle se rapporte. »

Un recueil de données mérite assez vite la qualification de fichier au sens de cette disposition. Pour constituer un fichier, il faut premièrement que le recueil de données contienne des informations relatives à plus d'une personne, c'est-à-dire qu'il se rapporte à plus d'une personne. Deuxièmement, il faut que la structure du recueil permette de rechercher les données par personne concernée¹. Cela est le cas même s'il faut utiliser un fichier auxiliaire pour retrouver les informations concernant une personne (p. ex. une liste de conservation triée par nom). Peu importe la manière dont le lien avec la personne concernée est établi. Il peut être établi de diverses manières, notamment par un code comme le numéro AVS, une référence de dossier, un numéro de client, etc. Un recueil de données ne constitue pas un fichier si l'établissement du lien entre les informations et les personnes concernées requiert un travail d'une ampleur disproportionnée.

- Les fichiers doivent être inscrits dans le registre cantonal ou communal ad hoc sauf s'ils ont été constitués pour une courte durée, c'est-à-dire si l'utilisation des données personnelles qui y figurent ne dépasse pas deux ans (art. 18 LCPD ; art. 10, lit. a OPD). L'enregistrement des fichiers est utile aux personnes concernées pour faire valoir leurs droits, notamment leur droit d'accès et de consultation, leur droit de rectification ou de destruction des données inexactes ou inutiles ainsi que le droit de blocage des données. Le registre contient donc les bases légales sur lesquelles repose chaque fichier (art. 18, al. 2, lit. a LCPD). Si plusieurs autorités traitent les données personnelles d'un fichier, l'une d'entre elle doit être désignée pour veiller à la protection globale des données (art. 8, al. 2 LCPD).
- Les données saisies systématiquement doivent être conservées seulement aussi longtemps qu'elles sont utilisées ; au-delà, elles doivent être détruites (art. 19, al. 1 LCPD). Le terme « utiliser » se rapporte au but pour lequel les données ont été recueillies et donc aux tâches de l'autorité qui détient les données. Comme la mise à disposition ou la communication de données à d'autres autorités n'est généralement pas comprise dans les buts de

¹ On s'appuie là sur la définition du fichier dans la loi fédérale sur la protection des données : « On entend par fichier tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée » (art. 3, lit. g LPD). Alors que la définition du fichier est identique en allemand dans la LPD et dans la LCPD, elle est plus précise en français dans la LPD que dans la LCPD (N.d.T.).

la collecte de données défini par la loi, il est interdit de conserver des données dans le (seul) but de pouvoir les transmettre.

Exemple : le service social d'une commune traite des données dans le but d'accorder à une personne l'aide sociale prévue par la loi. Si cette personne cesse de percevoir l'aide sociale (et ne demande pas à en bénéficier), le service social n'utilise plus ses données personnelles. En conséquence, le dossier doit être détruit à l'issue du délai de conservation prescrit (en général, 10 ans après la cessation du versement de l'aide sociale ; cf. annexe 1, ch. 6.2 ODArch communes). Il est interdit de conserver ces données par exemple pour les communiquer à la police des étrangers.

B.2 Articulation de la LCPD avec la législation spéciale

2.1 Droit général et droit spécial de la protection des données

La LCPD ne régit pas les échanges de données personnelles de manière exhaustive. Elle doit être lue et comprise en relation avec la législation spéciale.

L'articulation entre la LCPD et la législation spéciale reflète l'importance du droit de la protection des données en tant que matière transversale : dans tous les domaines où les autorités échangent des données, le droit de la protection des données doit être respecté mais l'admissibilité de la communication de données doit toujours être appréciée en se fondant uniquement sur la législation spéciale (LPol, LI, LASoc, LEO, etc.).

Nota bene

L'admissibilité ou l'inadmissibilité du traitement de données concret découle de l'articulation entre le droit de la protection des données, qui a un caractère général, et la législation spéciale, qui a un caractère particulier.

Il est communément admis que les dispositions générales des textes de la législation sur la protection des données constituent le droit général de la protection des données tandis que les dispositions relatives à la protection des données figurant dans les textes de la législation spéciale constituent le droit spécial de la protection des données.

2.2 Les échanges d'informations entre les autorités ne doivent pas nécessairement avoir un fondement dans la législation spéciale

Son but étant de protéger les personnes contre les abus dans le traitement des données par les autorités (art. 1 LCPD), la LCPD a plutôt tendance à limiter les échanges d'information entre les autorités. Veiller à ce que les échanges de données souhaités puissent avoir lieu à l'intérieur du cadre fixé incombe donc aux auteurs de la législation spéciale et – si les textes de loi laissent une liberté d'appréciation – aux autorités qui appliquent le droit. Cela ne signifie pas pour autant que la communication de données entre autorités est exclue si la législation spéciale reste muette à ce sujet.

La LCPD régit différemment l'admissibilité des échanges de données entre autorités selon que les informations sont communiquées sur demande (voir à ce sujet le chapitre C.1) ou à l'initiative de l'autorité qui détient les informations (c.-à-d. spontanément ; voir à ce sujet le chapitre C.2). Dans le premier cas, la loi repose sur le principe que l'existence d'une tâche

légale fonde une compétence : la LCPD subordonne l'admissibilité d'une communication de données à l'existence d'une base légale pour la tâche aux fins de laquelle les informations sont demandées.

Voir à ce sujet l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_171/2016 du 25 août 2016, c. 3.2.1. Étant donné qu'elle doit être au bénéfice d'une autorisation pour séjourner en Suisse, la personne étrangère doit s'attendre à ce que les données fondamentales en la matière, collectées par d'autres autorités de manière admissible en vue de l'accomplissement de leurs tâches, soient transmises au titre de l'assistance administrative aux autorités étrangères sans que cela soit considéré comme une utilisation illégale ou une discrimination par rapport aux citoyennes et citoyens suisses.

Pour que la communication d'informations d'une autorité à une autre autorité qui en fait la demande soit admissible, il suffit donc que la tâche légale de cette dernière soit clairement définie. Certes, la clarté voudrait que la législation spéciale régisse explicitement la communication de données sur demande. Mais ce n'est pas une exigence.

Exemple : la LASoc révisée contient aux articles 57b s. des dispositions détaillées sur les échanges de données entre les autorités d'aide sociale et les autres services de l'administration. Ces dispositions régissent entre autres la communication d'informations sur demande.

A contrario, la communication spontanée de renseignements n'est admissible, selon l'article 10, alinéa 1, lettre a LCPD, que si les tâches de l'autorité qui fournit les renseignements l'exigent ou si cela est prévu dans la législation spéciale. Pour que des informations puissent être communiquées spontanément à une autorité qui en a besoin pour accomplir ses tâches, il faut en règle générale une base dans la législation spéciale.

Voir également les explications au chapitre C.2.

2.3 La loi sur l'information et l'aide aux médias en particulier

La LIAM règle l'information du public sur l'activité des autorités cantonales et communales ainsi que des Églises nationales, la communication avec le public, le droit d'accéder aux informations officielles, l'aide aux médias, la promotion des compétences médiatiques et la promotion de la formation politique (art. 1 LIAM). Elle repose sur le principe de la publicité sous réserve du secret, selon lequel les documents de l'administration doivent en principe être accessibles au public sauf si des intérêts publics ou privés à garder le secret s'y opposent. On considère qu'il existe des intérêts privés à garder le secret lorsque des données personnelles sont concernées, en particulier si elles sont particulièrement dignes de protection. Si la LCPD interdit la communication d'une information, on ne peut donc pas invoquer l'obligation de transparence inscrite dans la LIAM pour passer outre.

La LIAM peut néanmoins constituer une base légale spéciale au sens des articles 5 et 6 LCPD et donc un volet du droit matériel de la protection des données. C'est le cas par exemple de l'article 25, alinéa 1 LIAM, selon lequel la Police cantonale informe le public des incidents dont l'intérêt public commande qu'ils soient rendus publics.

La LIAM régit l'information du public, mais pas les échanges d'informations entre les autorités. Des autorités peuvent néanmoins faire valoir auprès d'autres autorités que certaines informations doivent être accessibles au public en vertu de la LIAM.

Exemple : un service cantonal a commandé une expertise sur l'intégration des jeunes étrangères et étrangers dans les agglomérations. Les communes intéressées peuvent se fonder sur l'article 20 LIAM pour demander à consulter l'expertise.

B.3 Articulation entre la LCPD et les dispositions de procédure

3.1 Pas d'application de la LCPD à la communication d'informations provenant d'une procédure judiciaire en cours

En vertu de l'article 4, alinéa 2 LCPD, la LCPD ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles ou pénales ni aux procédures pendantes de justice administrative (procédure administrative contentieuse). Pour les autorités qui dirigent la procédure (normalement les tribunaux mais aussi, dans les procédures administratives de première instance, les préfets et les préfètes ainsi que les Directions cantonales), les échanges de données sont régis par les dispositions de procédure applicables, à savoir le Code de procédure civile suisse (CPC), le Code de procédure pénale suisse (CPP), la loi fédérale sur la procédure pénale applicable aux mineurs (PPMin) ou la loi cantonale sur la procédure et la juridiction administratives (LPJA).

Nota bene

La LCPD ne s'applique pas aux procédures en cours dans la justice civile, dans la justice pénale ni dans la juridiction administrative.

3.2 Application de la LCPD à la communication de données pour une procédure

La LCPD s'applique lorsqu'une autorité doit communiquer des données qui seront utilisées dans une procédure judiciaire en cours à laquelle elle n'est pas partie. Cela signifie que l'autorité à qui des informations sont demandées doit vérifier si la LCPD l'autorise à effectuer cette communication. En général, les règles de preuve du code de procédure pertinent autorisent voire le plus souvent obligent à communiquer les informations demandées aux fins de la procédure.

Exemple : dans le cadre d'une procédure pénale, le Ministère public demande au service social des renseignements sur des prestations d'aide qu'il a fournies. Si la LCPD ne s'applique pas au Ministère public, elle s'applique au service social. Celui-ci n'a le droit de communiquer les renseignements demandés que si cela est admissible en vertu de la LCPD. En l'espèce, l'admissibilité selon la LCPD découle du Code de procédure pénale, dans lequel se trouve la base légale autorisant la communication des renseignements demandés. Cet exemple illustre bien comment le droit général et le droit spécial interagissent dans le domaine de la protection des données.

3.3 Application de la LCPD aux procédures judiciaires non encore ouvertes ou closes

La LCPD s'applique aux procédures judiciaires qui ne sont pas encore ouvertes ou qui sont closes. Si le premier cas est sans pertinence pratique (les autorités judiciaires ne disposent normalement que de très peu d'informations pertinentes avant l'ouverture d'une procédure), le second cas est important notamment en ce qui concerne les demandes de divulgation de jugements. On relèvera que la communication et la notification du jugement aux parties font encore partie de la procédure judiciaire. Une procédure judiciaire se clôt seulement avec l'entrée en force du jugement, c'est-à-dire une fois que le délai de recours a expiré.

Nota bene

La notification et la communication de jugements obéissent aux règles de procédure pertinentes. En revanche, les demandes de divulgation de jugements entrés en force doivent être appréciées à la lumière de la LCPD (dans tous les domaines du droit).

Exemple : l'auberge du Lion dans la commune X, qui est vide et nécessite une rénovation, est rachetée par un café-restaurant inconnu venant de l'Oberland bernois. Dans le village, le bruit court que la justice pénale a reconnu l'homme coupable de lésions corporelles par dol éventuel pour avoir servi des mets avariés dans son précédent établissement. Le préfet, qui est compétent pour octroyer l'autorisation d'exploitation et pour examiner la demande de permis de construire, souhaite vérifier si cette rumeur est fondée. Si une procédure pénale est en cours, l'admissibilité de la communication des informations demandées est régie par le Code de procédure pénale, selon lequel le Ministère public doit procéder à une pesée des intérêts qui plaident pour et contre cette communication. Si la procédure est close, le tribunal régional doit se fonder sur la LCPD pour déterminer si le jugement peut être divulgué à la préfecture.

3.4. Application de la LCPD dans le cadre des procédures administratives

La LCPD s'applique dans les procédures administratives (procédures préalables au prononcé d'une décision). Le droit de la protection des données s'applique donc concurremment aux dispositions de la LPJA dans le domaine de la procédure administrative non contentieuse et aux procédures d'opposition contentieuses relevant du droit des constructions. Or, la LCPD fixe des limites aux échanges d'informations dans le cadre de procédures administratives. Mais inversement, l'autorité judiciaire est habilitée à traiter des données par les dispositions de procédure, qui constituent une base légale pour le traitement des données au sens de la LCPD.

Dans son arrêt 2A.692/2006 du 1^{er} février 2007, considérant 4.2.3, le Tribunal fédéral a admis que l'obligation d'établir les faits d'office ancrée dans le droit procédural suppose que l'autorité judiciaire est habilitée à se procurer les informations pertinentes en droit auprès d'autres autorités.

3.5. Dispositions relatives à la protection des données dans les codes de procédure

Les codes de procédure visent principalement à organiser les interactions entre les personnes impliquées dans la procédure (« parties ») et l'autorité judiciaire, le but essentiel étant que la procédure en cours aboutisse à « la bonne décision ».

Plus concrètement, le CPC contient des dispositions détaillées sur les règles de preuve, qui prescrivent avec précision comment le tribunal établit les faits pertinents en droit. Il régit également la participation des autres autorités à la procédure. En revanche, il reste muet sur la communication d'informations par le tribunal à des personnes ou à des autorités qui ne sont pas parties au procès.

La question de savoir si des faits établis dans le cadre d'une procédure donnée sont importants pour une autre autorité ne se pose pas seulement en droit procédural. Il n'y a quasiment pas de dispositions dans le CPC et la LPJA permettant de dire si ces informations peuvent être communiquées et, si oui, dans quels cas plusieurs autorités dans des domaines différents sont habilitées à coopérer (voir cependant l'art. 10, al. 1 LPJA, conformément auquel les autorités administratives et les autorités de la justice administrative se doivent concours réciproque ou l'art. 240 CPC, en vertu duquel la décision est également publiée ou communiquée aux autorités et aux tiers concernés lorsque la loi le prévoit ou que l'exécution de la décision le commande).

On trouve des dispositions relativement détaillées sur la communication d'informations dans le droit de la procédure pénale. Ces dispositions se caractérisent par l'obligation faite à tous les membres des autorités pénales et leurs collaborateurs et collaboratrices de garder le silence sur les faits qui parviennent à leur connaissance dans l'exercice de leur activité officielle (art. 73 CPP ; pour la procédure pénale applicable aux mineurs, art. 73 CPP en relation avec l'art. 3 PPMin).

B.4 Compétences législatives des communes

4.1 Principes

La répartition des compétences en vigueur dans l'Etat fédéral et dans le canton de Berne prévoit que les communes ont le droit de légiférer dans les matières que la Confédération et le canton n'ont pas réglées ou pas réglées exhaustivement. Les communes ne sont donc pas habilitées à édicter des dispositions uniquement dans les domaines où le droit supérieur contient des normes exhaustives.

Le droit général de la protection des données laisse aux communes très peu d'espace pour réglementer les échanges d'informations entre les autorités. Si l'on excepte les dispositions d'organisation régissant les compétences, les communes ne peuvent édicter que des dispositions relatives à la procédure d'appel (voir à ce sujet le chapitre C.3), pour autant qu'elles soient conformes au droit constitutionnel. Il ne semble donc pas indiqué que les communes édictent des dispositions générales dans le domaine de la protection des données.

Par contre, elles ont une compétence plus étendue dans le domaine du droit spécial de la protection des données. A cet égard, il faut établir une distinction entre les données que la commune se procure pour accomplir une tâche qu'elle a librement choisie (voir le chapitre 4.2 ci-dessous) et les informations que la commune doit détenir pour accomplir une tâche qui lui a été déléguée, par le canton par exemple (voir le chapitre 4.3).

4.2 Tâches librement choisies

Si une commune décide de réaliser une activité en se fixant une tâche à elle-même, elle peut également décider si les informations obtenues dans l'exercice de cette activité sont ou non soumises à une obligation particulière de garder le secret et à qui ces données peuvent ou doivent être transmises spontanément.

Exemples :

- La commune X gère une maison des jeunes dans le cadre d'une tâche qu'elle s'est librement fixée. Elle peut décider que les informations sur les manquements commis dans cet espace sont communiquées spontanément à l'école.
- La commune Y gère un service de consultation pour les parents élevant seuls leurs enfants. Elle peut décider que les employés du service sont tenus par une obligation particulière de garder le secret au sujet des informations venant à leur connaissance dans l'exercice de cette activité.

4.3 Tâches déléguées

Si une commune agit pour accomplir une tâche qui lui a été déléguée, c'est en principe le texte applicable de la législation spéciale de rang supérieur qui précise (en complétant la

LCPD) les règles à respecter dans l'utilisation des données obtenues. Le droit de rang supérieur peut notamment soumettre des données à une obligation particulière de garder le secret ou prévoir des possibilités de communication spontanée. Cela ne signifie toutefois pas qu'il est exclu par principe d'édicter des dispositions communales dans ces domaines. Si le droit de rang supérieur applicable ne contient pas de règle ou pas de règle exhaustive sur la communication des données, les communes ont le droit de légiférer sur les échanges de données entre autorités dans le cadre de l'accomplissement des tâches qui leur ont été déléguées.

Exemple : les écoles de l'enseignement obligatoire des communes accomplissent une tâche déléguée. La LEO contient, à l'article 73, alinéa 3, des dispositions spéciales de protection des données concernant les échanges de données personnelles entre les autorités scolaires. Mais cette norme n'est pas exhaustive. Les communes pourraient adopter des dispositions complémentaires sur les échanges de données entre autorités dans un acte législatif communal. Elles pourraient prévoir par exemple l'obligation de communiquer spontanément à la direction de la maison des jeunes gérée par la commune les mesures disciplinaires prises en application de l'article 28 LEO.

Cependant, un acte législatif communal ne peut « désactiver » une obligation particulière de garder le secret prévue par le droit de rang supérieur.

Exemple : la LEO soumet à une obligation particulière de garder le secret les données portées à la connaissance des autorités dans l'accomplissement de la loi. La communication de ces données aux autorités scolaires de l'enseignement obligatoire n'est pas régie par la LEO. La commune ne peut néanmoins pas créer sa propre base légale autorisant la communication de données de l'aide sociale aux autorités scolaires dans des cas individuels.

C. Typologie des échanges d'informations entre les autorités

Les échanges d'information entre autorités peuvent avoir lieu sous différentes formes. On distingue les types d'échange suivants :

- **Communication d'informations sur demande, demande de renseignements**
Une autorité demande à une autre autorité si elle détient des informations déterminées ou une autorité demande à une autre autorité de lui communiquer des informations dont elle sait qu'elle les détient.
→ Voir le chapitre C.1.
- **Communication spontanée d'informations**
Une autorité prend l'initiative de transmettre des informations à une autre autorité afin que celle-ci puisse agir sur la base de ces informations.
→ Voir le chapitre C.2.
- **Collecte et administration centralisées de données, procédure d'appel**
Plusieurs autorités ont directement accès à des informations dont la collecte et l'administration sont centralisées. L'alimentation du système en données peut être effectuée par plusieurs autorités ou être réservée à une seule autorité.
→ Voir le chapitre C.3.
- **Collaboration interdisciplinaire sur des cas**
Lors d'une collaboration interdisciplinaire sur des cas, les autorités impliquées échangent un grand nombre d'informations, sur demande ou spontanément. La coopération entre autorités ne constitue donc pas à proprement parler un type particulier d'échanges d'information. Mais comme la collaboration interdisciplinaire ne peut fonctionner dans la pratique que si les services impliqués ont la possibilité d'échanger des informations librement – c'est-à-dire en s'affranchissant des prescriptions applicables à la communication d'informations sur demande et spontanée –, ce cas particulier d'échanges d'information fait l'objet d'un chapitre à part.
→ Voir le chapitre C.4.

C.1 Communication d'informations sur demande, demande de renseignements

Exemple introductif

Le service social a des doutes sur l'exactitude des renseignements donnés par un demandeur sur sa situation patrimoniale. Il adresse donc à l'autorité fiscale une demande écrite pour connaître la fortune imposable de la personne. Il demande en outre oralement au secrétariat de la commune de domicile – avec lequel il a « de bonnes relations » – si celui-ci dispose d'informations utiles sur le demandeur.

1.1. La communication d'informations sur demande est la règle

Un principe général du droit administratif veut que l'autorité compétente pour une tâche soit également responsable de l'établissement des faits déterminants et de l'application des dispositions légales pertinentes. Il découle de ce principe que l'obtention de données personnelles et d'autres informations incombe normalement à l'autorité qui a une tâche à accomplir. En d'autres termes, un service administratif ne peut pas compter sur les autres services qui détiennent des informations importantes pour l'accomplissement de ses tâches pour qu'ils lui communiquent ces informations sans action de sa part. C'est au service qui a besoin d'informations qu'il appartient d'interroger les services dont il présume qu'ils détiennent des informations pertinentes pour l'accomplissement de ses tâches.

Exemple : dans le cadre d'un appel d'offres, une commune soupçonne un soumissionnaire d'avoir été condamné pour du travail au noir. La commune doit s'adresser au Secrétariat d'Etat à l'économie (seco). Les autorités de surveillance du marché ne prennent pas l'initiative d'informer tous les services des achats des administrations publiques.

Nota bene

Il découle du principe selon lequel quiconque accomplit une tâche publique doit se procurer les informations nécessaires à cette tâche que la communication d'informations sur demande est la règle dans les échanges d'informations entre autorités.

Pour les procédures administratives et les procédures de la justice administrative, l'obligation de se procurer les informations pertinentes pour apprécier un cas concret, c'est-à-dire pour établir les faits, découle également du principe selon lequel les autorités constatent les faits d'office (art. 18, al. 1 LPJA). Il ne faut cependant pas en déduire que les autorités doivent faire tous les efforts imaginables pour se procurer des informations (si possible) pertinentes. Dans la mesure où les autorités n'ont pas connaissance de l'existence de certaines informations, elles jouissent généralement d'une grande liberté d'appréciation pour déterminer l'ampleur des clarifications auxquelles elles souhaitent procéder. Il est fréquent que la législation spéciale contienne en outre des prescriptions applicables au recueil d'informations pertinentes pour accomplir une tâche publique déterminée.

Les dispositions formelles de procédure (CPC, CPP, PPMIn ou LPJA) confèrent une grande importance aux offres de preuves présentées par les parties : les preuves proposées doivent en principe être reçues si elles peuvent contribuer à établir les faits.

1.2 Avantages et inconvénients de la communication d'informations sur demande

La communication d'informations sur demande permet de *délimiter clairement les compétences matérielles*. Une autorité a suffisamment à faire avec les tâches qui lui sont attribuées. Dans un système où les informations sont communiquées uniquement sur demande, l'autorité examine les informations qu'elle recueille seulement pour déterminer si elles sont pertinentes pour ses propres tâches. Elle n'est pas tenue de se demander si des informations pourraient être importantes pour d'autres services. Ce n'est que lorsqu'arrive une demande d'informations que l'autorité est confrontée à la question de l'admissibilité de la communication des données.

Nota bene

La communication d'informations sur demande assure une séparation claire des compétences matérielles.

La communication d'informations sur demande est un moyen approprié et judicieux pour échanger des données lorsqu'une autorité sait qu'elle détient des informations pertinentes pour elle. Mais les limites de ce système sont atteintes lorsqu'une autorité ne sait pas du tout que d'autres autorités ou quelles autorités détiennent des informations pertinentes pour l'accomplissement de ses tâches.

Exemples :

Si des organes de police (du canton ou des communes) entrent en action dans le cadre de l'entraide administrative ou de l'assistance à l'exécution, ils ne savent pas si la personne contre laquelle une action est dirigée a comparu antérieurement devant d'autres autorités pour menaces de violence.

Les autorités de la police des constructions ne savent pas si une personne fait valoir auprès de l'administration fiscale la déduction de ses frais d'investissement en rapport avec un projet requérant un permis de construire.

Dans la pratique, l'inconvénient de la communication d'informations sur demande tient au fait que le service auquel des informations sont demandées n'a généralement pas d'intérêt propre à transmettre les informations le plus vite et le plus complètement possible. Les services sollicités ont parfois peur d'engager leur responsabilité en cas de communication illicite de données (art. 25 LCPD) voire de s'exposer à une procédure pénale pour violation du secret de fonction (art. 320 CP). La liberté d'appréciation est ainsi parfois utilisée en défaveur de la communication d'information et de l'intérêt public à l'accomplissement correct des tâches étatiques.

1.3 Forme de la demande

➤ Principe de la liberté de la forme

La communication d'informations sur demande ne requiert *pas de forme particulière*. Il ne s'agit pas d'une procédure administrative au sens formel.

Nota bene

Une demande de communication d'informations ne constitue pas une procédure au sens de la LPJA. Cela a notamment pour conséquence que la personne concernée ne dispose pas de droits procéduraux ; elle n'a notamment pas le droit d'être entendue.

Une autorité peut demander des informations déterminées par écrit ou par oral, par courriel ou par téléphone. Une demande par téléphone ou par courriel est judicieuse lorsque la démarche doit aboutir rapidement ou lorsqu'il faut interroger un nombre important de services pour établir s'ils détiennent des informations déterminées sur une personne. Inversement, cela signifie aussi que le service interrogé n'est pas habilité à exiger que la demande soit présentée sous une forme particulière (p. ex. la forme écrite). Les demandes téléphoniques et orales doivent être traitées comme les autres. Si la demande est complexe et n'est pas spécialement urgente, il est recommandé de la présenter par courrier postal ou électronique pour des raisons de clarté et de traçabilité.

Nota bene

Les demandes de communication d'informations peuvent être présentées par écrit (courriel) ou par oral.

➤ Exigences du droit de la protection des données concernant l'utilisation de moyens de communication électroniques

Si la demande contient des données personnelles particulièrement dignes de protection (p. ex. l'indication que la demande a pour but de vérifier si la personne perçoit l'aide sociale légalement), le droit de la protection des données interdit que la demande soit communiquée par Internet sans être cryptée. En conséquence, les demandes contenant des données particulièrement dignes de protection adressées par courriel doivent être cryptées.

1.4 Destinataire de la demande

La demande doit bien entendu être adressée à l'autorité qui possède l'information souhaitée. Dans la pratique, on ne sait pas toujours clairement à quelle personne ou service il faut adresser la demande au sein d'une unité administrative. Sur le plan purement juridique, les compétences au sein d'une unité administrative n'ont pas d'importance : une demande doit être traitée de manière conforme à la loi quelle que soit la personne à laquelle elle a été adressée au sein d'une autorité ; si le destinataire estime ne pas avoir la compétence interne pour ce faire, il est tenu de transmettre la demande au service compétent.

Dans la pratique cependant, cela peut faire une différence d'envoyer une demande complexe au service juridique de l'autorité plutôt qu'à une collaboratrice ou un collaborateur spécialisé, par exemple. Si la personne en question connaît mal les questions de protection des données, elle aura plutôt tendance à invoquer une obligation de garder le secret ou le secret de fonction inscrit dans le droit du personnel même si, dans le cas concret, il est autorisé à communiquer les données demandées.

Nota bene

Il est recommandé d'adresser les demandes de communication d'informations qui dépassent le travail ordinaire d'une autorité aux membres de la hiérarchie ou au service juridique de l'unité administrative (si elle en a un).

1.5 Contenu de la demande

➤ Présentation de l'habilitation à traiter les données

L'autorité qui demande des renseignements doit prouver qu'elle est habilitée par la loi à traiter les données demandées (art. 10, al. 1, lit. b LCPD). A cet effet, elle explique dans quel but elle demande la communication de données personnelles déterminées. Cela revient *de facto* à informer l'autorité sollicitée, ne serait-ce que sommairement, qu'une procédure donnée est en cours ou est envisagée à l'encontre d'une personne. Cette information – qui constitue en elle-même une communication de données personnelles au sens de la LCPD – doit se limiter au strict minimum. L'autorité qui fait la demande doit dire ce qui est nécessaire et suffisant pour que le service interrogé puisse déterminer s'il peut répondre à la demande. Le cas échéant, le service qui fait la demande devra fournir des informations complémentaires si le service interrogé n'est pas en mesure d'examiner le bien-fondé de la demande au vu des informations fournies dans un premier temps.

Ordinairement, l'autorité qui fait la demande prouve que la loi l'habilite à traiter les données demandées en démontrant que les conditions énoncées à l'article 5 (pour les données personnelles en général) ou à l'article 6 LCPD (pour les données personnelles particulièrement dignes de protection) sont remplies. Idéalement, elle invoque une disposition de la législation spéciale lui conférant explicitement – et donc « clairement » au sens de l'article 6, alinéa 1, lettre a LCPD – la prérogative de se procurer des données auprès d'autres autorités.

Exemple : l'article 155, alinéa 1 LI prévoit que les autorités cantonales et communales communiquent aux autorités fiscales, sur demande et gratuitement, tous les renseignements utiles.

Si l'autorité qui fait la demande ne peut pas invoquer une disposition explicite de la législation spéciale, elle doit démontrer que le traitement des données demandées lui servira à accomplir une tâche légale (art. 5, al. 1 LCPD pour les données personnelles en général) ou qu'il est impérativement exigé pour l'accomplissement d'une tâche définie par la loi (art. 6, al. 1, lit. b LCPD pour les données personnelles particulièrement dignes de protection). Une autre solution consiste pour l'autorité qui fait la demande à produire le consentement exprès de la personne concernée (art. 6, al. 1, lit. c LCPD). Dans la pratique, on peut généralement obtenir le consentement de la personne concernée lorsque celle-ci demande une autorisation et qu'elle a donc personnellement intérêt à ce que les faits soient entièrement établis.

En outre, l'autorité qui fait la demande doit prouver son identité. L'autorité qui reçoit la demande est quant à elle tenue de s'assurer que les informations fournies sont correctes.

Nota bene

Lorsqu'elle demande la communication d'informations, l'autorité qui fait la demande doit démontrer que le traitement des données demandées est admissible au sens des articles 5 ou 6 LCPD.

➤ Indication de la nécessité du traitement des données

Du point de vue terminologique, on remarque que l'article 5, alinéa 3 LCPD considère que le traitement de données est admissible dans la mesure où il est « nécessaire », alors que l'article 6, alinéa 1, lettre *b* LCPD stipule que l'accomplissement d'une tâche définie par la loi doit « exiger impérativement » le traitement de données. Ainsi, l'article 5, alinéa 3 LCPD se contente d'instituer un principe de proportionnalité de portée générale pour le traitement de données personnelles tandis que l'article 6, alinéa 1, lettre *b* LCPD subordonne le traitement de données personnelles particulièrement dignes de protection à l'existence d'une tâche définie par la loi.

En conséquence, la preuve de la « nécessité » au sens de l'article 5, alinéa 3 LCPD ne doit pas être soumise à des exigences trop strictes. A contrario, s'agissant de données personnelles particulièrement dignes de protection, il faut démontrer que l'accomplissement de la tâche définie par la loi est impossible sans les informations demandées.

➤ Preuve qu'il n'existe pas d'obligation de garder le secret ?

On pourrait déduire de la teneur de la loi (art. 10, al. 1, lit. *b* LCPD) que le service qui demande des informations doit en outre démontrer qu'aucune obligation de garder le secret ne s'oppose à la communication des informations demandées. Dans la mesure où d'éventuelles obligations de garder le secret concerneraient le domaine de compétences du service qui reçoit la demande, c'est celui-ci qui est le mieux placé pour déterminer si ces obligations s'appliquent. De plus, il serait absurde qu'un service demande des informations à un autre service en sachant déjà que celui-ci devra refuser en raison d'une obligation de garder le secret.

1.6 Demande sous la forme d'une requête d'entraide administrative

De manière très générale, l'entraide administrative désigne le soutien réciproque que s'accordent les autorités lors de l'accomplissement de leurs tâches. Si l'on considère la notion d'entraide administrative au sens large, on peut dire que tous les échanges d'informations entre les autorités relèvent de l'entraide administrative. Néanmoins, le canton de Berne limite la notion d'entraide administrative à l'action entreprise par une autorité pour une autre autorité sur la base d'une norme concrète d'entraide administrative.

Nota bene

Une demande de communication d'informations peut – mais ce n'est pas obligatoire – revêtir la forme d'une requête d'entraide administrative.

Les requêtes d'entraide administrative sont soumises aux mêmes règles que les autres demandes de communication d'informations. En particulier, l'autorité qui demande l'entraide administrative doit indiquer dans quel but elle a besoin des informations et le service qui reçoit la demande doit vérifier l'admissibilité de la communication des informations demandées.

Nota bene

Si une autorité reçoit une requête d'entraide administrative, elle n'est pas dispensée de vérifier l'admissibilité de la communication des données demandées.

1.7 Réception de la demande

Toute demande officielle de communication d'informations doit être réceptionnée et traitée. Dans le domaine d'application de la LCPD, l'obligation de réceptionner et de traiter les demandes découle de l'article 10, alinéa 1 LCPD. De même, en dehors du domaine d'application de la LCPD – c'est-à-dire lorsque des autorités judiciaires reçoivent des demandes en rapport avec une procédure en cours –, il est interdit de rejeter sans les examiner les demandes officielles de communication d'informations.

Dans la pratique, certaines autorités entendent les personnes concernées avant de communiquer les informations demandées.

Exemple : le tribunal régional de Berne-Mittelland invite les parties à une procédure à donner leur avis sur une demande de divulgation d'un jugement pénal entré en force.

Dans le domaine d'application de la LCPD, une telle audition préalable n'est pas obligatoire en principe. Elle ne semble indiquée que si la communication de l'information sans le consentement de la personne concernée paraît problématique ou si c'est la seule façon dont l'autorité peut établir si des intérêts privés nécessitant une protection particulière s'opposent à la communication des données demandées.

1.8 Examen de la demande

Concernant la procédure d'examen de la communication de données entre autorités (pas seulement sur demande), voir le diagramme à l'adresse : <https://www.gemeinden.dij.be.ch/fr/start/arbeitshilfen/gemeinderecht.html> (sous le titre « Protection des données »)

Nous avons vu que la communication d'informations doit être à l'initiative de l'autorité qui a besoin des informations. En revanche, la décision de communiquer ou non les informations demandées est du ressort de l'autorité interrogée. Cela reste vrai lorsque la demande d'informations repose sur une norme d'entraide administrative ou émane d'une autorité judiciaire pour une procédure en cours.

Le service interrogé doit vérifier les points suivants :

1. Est-on bien en présence d'une demande concrète de communication d'informations ?

Dans la pratique, il arrive régulièrement que des autorités examinent l'admissibilité d'une communication de données selon le schéma de la communication d'informations sur demande alors qu'il n'y a en fait pas de demande concrète de communication d'informations. S'il n'y a pas de demande concrète, il faut appliquer les critères, plus stricts, applicables à la communication spontanée (voir à ce sujet le chapitre C.2).

2. Le service dont émane la demande peut-il prouver qu'il est habilité par la loi à traiter les données demandées ? (premier élément constitutif de l'art. 10, al. 1, lit. b LCPD)

Comme cette question concerne l'accomplissement des tâches du service dont émane la demande, le service à qui la demande est adressée ne devrait pas s'imposer de critères trop stricts pour l'examen au fond. Il est fondé à faire confiance au service de qui émane la demande au moins en ce qui concerne l'exposé des faits.

3. Des obligations particulières de garder le secret s'opposent-elles à la communication des données demandées ? (deuxième élément constitutif de l'art. 10, al. 1, lit. b LCPD)

C'est au service interrogé qu'il revient de vérifier si des obligations particulières de garder le secret s'appliquent aux informations demandées. Il convient d'appliquer des exigences strictes sur ce point lorsque l'on examine l'admissibilité de la communication des données demandées. Concernant les obligations de garder le secret, voir aussi le point 1.9 ci-après.

4. Des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière s'opposent-ils à la communication des données demandées ? (art. 14, al. 1 LCPD).

L'examen de ce point requiert une pesée de tous les intérêts en jeu. L'existence d'intérêts publics majeurs ou d'intérêts privés nécessitant une protection particulière ne rend pas automatiquement inadmissible la communication des données demandées. Le service interrogé doit au contraire exercer son pouvoir d'appréciation pour décider s'il veut refuser ou restreindre la communication des données demandées. Si des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière sont en jeu, il peut en outre assortir cette communication de charges.

Nota bene

Un service qui reçoit une demande de communication d'informations ne peut exercer son pouvoir d'appréciation que si des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière sont en jeu. Dans le cas contraire, le droit de la protection des données lui impose de communiquer les informations demandées si les conditions énoncées à l'article 10, alinéa 1, lettre b LCPD sont remplies.

La législation spéciale prévoit cependant des obligations de garder le secret que l'autorité a le pouvoir d'assouplir en usant de son pouvoir d'appréciation de manière consciencieuse. On reconnaît en général ces obligations à leur formulation potestative (emploi du verbe « pouvoir » ou assimilé).

Exemple : en vertu de l'article 57c, alinéa 1, lettre f LASoc, les autorités d'aide sociale sont habilitées à transmettre aux organes de police du canton et des communes des informations importantes pour l'accomplissement de leurs tâches. Elles ont donc un pouvoir d'appréciation dont elles doivent user de manière consciencieuse dans chaque cas individuel.

1.9 Les obligations particulières de garder le secret

➤ **Importance des obligations particulières de garder le secret**

Dans la pratique, les demandes de communication de données sont souvent rejetées parce que la législation spéciale impose au service interrogé une obligation particulière de garder le secret. Comme il ressort de l'article 10, alinéa 1, lettre b LCPD, les obligations particulières de garder le secret s'opposent à la communication d'informations.

Les obligations particulières de garder le secret doivent être ancrées dans un texte de la législation spéciale (p. ex. LASoc, LI, LAVI, etc.). Le secret de fonction « ordinaire » ne fonde pas d'obligation particulière de garder le secret à laquelle seraient assujetties toutes les autorités (voir à ce sujet le chiffre C.1.10).

En outre, les autorités peuvent être soumises à des obligations de garder le secret découlant du secret professionnel selon l'article 321 CP, auquel sont assujettis notamment les médecins scolaires, les médecins hospitaliers et les ecclésiastiques.

➤ Portée de l'obligation de garder le secret

Les obligations de garder le secret se rapportent aux affaires ou aux faits portés à la connaissance des autorités dans l'exercice de leur activité officielle.

➤ Exceptions aux obligations de garder le secret

Les lois spéciales prévoient souvent des exceptions à une obligation particulière de garder le secret. De plus, les obligations de garder le secret ne sont pas absolues dès lors que l'autorité qui demande des informations jouit d'un droit d'accès ancré dans une (autre) loi spéciale.

Nota bene

Si une obligation particulière de garder le secret s'oppose à la communication d'informations, il faut se demander si cette obligation ne découle pas exceptionnellement d'un droit à obtenir des renseignements ancré dans la législation spéciale. L'articulation entre une obligation de garder le secret et une obligation de renseigner ne s'apprécie pas de manière générale, mais dans chaque cas concret.

➤ Quelques obligations particulières de garder le secret

Les principales obligations particulières de garder le secret s'imposent aux autorités suivantes :

- les autorités fiscales (art. 153, al. 1 LI), c'est-à-dire toutes les autorités cantonales et communales chargées de l'application de la législation fiscale ;

Le secret fiscal ne s'applique pas aux échanges de données entre les autorités fiscales (art. 154 LI). Selon l'article 153, alinéa 2 LI, des renseignements peuvent être communiqués à des tiers (sont visées ici les personnes privées et les autorités qui ne sont pas chargées d'appliquer la législation fiscale) uniquement lorsque

- la personne contribuable délivre une autorisation écrite,
- une disposition légale fédérale ou cantonale le prévoit (c.-à-d. une disposition spécifique prévoyant explicitement la communication de renseignements par les autorités fiscales) ou
- un intérêt public prépondérant le commande et la Direction des finances accorde une autorisation écrite.

- les autorités de l'aide sociale (art. 57a, al. 1 LASoc), c'est-à-dire toutes les autorités cantonales et communales chargées d'exécuter la LASoc ;

La LASoc liste en détail les cas dans lesquels l'obligation de garder le secret en matière d'aide sociale est supprimée. Beaucoup des droits de communiquer des informations figurant dans cette liste ont pour but de permettre la communication spontanée de données de l'aide sociale.

En vertu de l'article 57a, alinéa 2 LASoc, l'obligation de garder le secret en matière d'aide sociale disparaît si

- la transmission des informations est exigée ou expressément autorisée par une base légale ;
- elle est expressément consentie par la personne concernée ;
- elle est impérativement requise par l'exécution des tâches relevant de l'aide sociale ;
- un acte punissable est dénoncé ou
- le service auquel sont subordonnées les personnes chargées d'exécuter la présente loi leur a donné son autorisation pour la transmission de renseignements.

Selon l'article 57c, alinéa 1 LASoc, les informations visées ci-dessus peuvent être transmises en particulier

- aux autres autorités chargées d'exécuter l'aide sociale individuelle ;
- aux autorités d'autres cantons chargées d'exécuter l'aide sociale individuelle ;
- aux services chargés d'exécuter les tâches relevant de l'aide au recouvrement et des avances de contributions d'entretien, pour l'accomplissement de ces tâches ;

- aux autorités et aux fournisseurs de prestations chargés d'exécuter la loi sur les programmes d'action sociale (LPASoc) ;
 - aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte conformément à l'article 443 du Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC) ;
 - aux organes de police du canton et des communes conformément à l'article 146, alinéa 1 de la loi du 10 février 2019 sur la police (LPol) ;
 - aux autorités de poursuite pénale dans une procédure pénale contre une personne chargée d'exécuter la présente loi qui témoigne pour sa propre défense ;
 - aux autorités chargées des questions relatives aux étrangers, sur demande conformément à l'article 97, alinéa 2 de la loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (LEI), et spontanément conformément à l'article 97, alinéa 3, lettre d LEI en vertu des dispositions d'exécution du Conseil fédéral ;
 - aux institutions et aux organes des assurances sociales, pour autant que le droit fédéral prévoit un tel traitement des données ;
 - aux autorités fiscales du canton et des communes conformément à l'article 155 de la loi du 21 mai 2000 sur les impôts (LI) ;
 - aux autorités compétentes en matière de poursuite et de faillite conformément à l'article 91, alinéa 5 et à l'article 222, alinéa 5 de la loi fédérale du 11 avril 1889 sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP) ;
 - au service compétent de la DIJ dans le cadre de l'article 22, alinéa 1 de la loi du 6 juin 2000 portant introduction des lois fédérales sur l'assurance-maladie, sur l'assurance-accidents et sur l'assurance militaire (LiLAMAM).
 - aux autorités compétentes en matière d'étrangers, sur demande conformément à l'article 97, alinéa 2 de la loi sur les étrangers (LEtr),
 - aux autorités fiscales du canton et des communes conformément à l'article 155 LI,
 - aux autorités de poursuite et faillite conformément à l'article 91, alinéa 5 et à l'article 222, alinéa 5 de la loi sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP),
 - aux autorités de protection de l'enfant et de l'adulte (autorités de tutelle) conformément à l'article 364 CP et à l'article 25 de la loi sur l'introduction du Code civil suisse (LiCCS) (à partir du 1^{er} janvier 2013, art. 443 CC),
 - aux autorités compétentes pour ordonner des mesures de privation de liberté à des fins d'assistance,
 - aux organes de police du canton et des communes conformément à l'article 50, alinéa 4 LPol,
 - aux institutions et aux organes des assurances sociales, pour autant que le droit fédéral le prévoit,
 - aux autres autorités du canton et des communes chargées de l'aide sociale individuelle au sens de la LASoc,
 - aux autorités de la Confédération et d'autres cantons chargées de l'exécution de l'aide sociale, pour autant que les informations soient indispensables à l'exécution de tâches relevant de l'aide sociale et que l'autorité qui en fait la demande soit habilitée à les traiter sur la base de dispositions légales particulières.
- les autorités des assurances sociales (art. 33 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales [LPGA] et art. 86 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité [LPP]).

Les informations peuvent toutefois être communiquées si les conditions de l'article 50a de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants (LAVS) sont remplies.

- les autorités pénales (art. 73 CPP), c'est-à-dire la police judiciaire (la Police cantonale dans l'exercice de la poursuite pénale), le Ministère public (y compris le Ministère public des mineurs) et les tribunaux pénaux (y compris les tribunaux pénaux pour mineurs).

L'article 75, alinéas 1 à 3 CPP liste les obligations d'informer qui s'imposent aux autorités pénales en l'emportant sur leurs obligations de garder le secret. Les circonstances figurant dans cette liste concernent des cas de communication spontanée (lire à ce sujet le chapitre C.2 ci-après). Mais l'obligation de garder le secret n'est pas non plus absolue en ce qui concerne les demandes d'informations officielles : se fondant sur l'article 75, alinéa 4 CPP, le législateur cantonal a habilité les autorités pénales du canton de Berne à « communiquer des informations au sujet d'une procédure pénale à d'autres autorités pour autant que l'accomplissement d'une tâche légale le requière impérativement » (art. 30, al. 1 de la loi portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs [LiCPM]). Selon l'article 30, alinéa 2 LiCPM, les autorités pénales renoncent à la communication d'informations, la restreignent ou l'assortissent de charges a) si des intérêts publics importants ou des intérêts manifestement dignes de protection d'une personne concernée le requièrent ou b) si une obligation légale de garder le secret (il ne peut naturellement pas s'agir ici

de l'obligation de garder le secret instituée à l'art. 73 CPP) ou des dispositions spéciales en matière de protection des données l'exigent. On rappellera ici que la LCPD ne s'applique pas aux procédures pénales en cours et qu'elle ne peut donc pas s'opposer à la communication d'informations dans ce cadre.

L'article 30, alinéa 3 LiCPM réserve en outre expressément les droits et obligations d'informer découlant de la législation spéciale.

- les professionnelles et professionnels de la santé (art. 27, al. 1 de la loi sur la santé publique [LSP]) ;

L'obligation de garder le secret imposée aux professionnelles et professionnels de la santé ne s'adresse pas aux autorités. Mais il est juste de la faire figurer ici car ces personnes (médecins, thérapeutes, etc.) assument souvent des tâches sur mandat des pouvoirs publics ou pour répondre à un intérêt public (on pense à la médecine scolaire, par exemple, mais aussi au personnel de santé travaillant dans la prise en charge des toxicomanes, etc.). Pour le reste, le secret médical découle du secret professionnel régi à l'article 321 CP. Selon l'article 27, alinéa 2 LSP, l'obligation de garder le secret cesse de lier les professionnelles et professionnels de la santé lorsque la patiente ou le patient ou le service compétent de la Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration les autorisent à donner des renseignements ou lorsqu'une disposition légale prévoit un droit ou une obligation d'informer. L'article 28 LSP prévoit en outre des cas dans lesquels les professionnels de la santé sont tenus d'informer spontanément les autorités de poursuite pénale.

- Centres LAVI (art. 11, al. 1 LAVI).

Si l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une personne mineure ou d'une personne sous curatelle de portée générale est sérieusement mise en danger, les personnes travaillant pour un centre de consultation peuvent en aviser l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte et dénoncer l'infraction à l'autorité de poursuite pénale (art. 11, al. 3 LAVI).

1.10 Le secret de fonction ancré dans le droit du personnel n'est pas une obligation particulière de garder le secret

Le secret de fonction prévu à l'article 58 LP s'applique aux agents et agentes du canton – dont font partie les agents et agentes de l'administration décentralisée, les membres de la justice (juridictions civile, pénale et administrative) et les ecclésiastiques rémunérés par le canton – ainsi qu'aux collaborateurs et collaboratrices de l'Université, de la Haute école spécialisée (HES) bernoise et de la Haute école pédagogique (HEP). Si les communes ne se dotent pas d'une réglementation propre, le droit cantonal sur la fonction publique s'applique par analogie au secret de fonction du personnel communal (art. 32 LCo).

Art. 58 Secret de fonction, déposition en justice

¹ Les agents et agentes sont tenus de taire les faits dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de leurs fonctions et qui, de par leur nature même ou en vertu de prescriptions particulières, doivent être tenus secrets. Cette obligation demeure après la résiliation des rapports de travail.

² Les agents et les agentes ne peuvent déposer sur ces faits devant les tribunaux, devant d'autres autorités de justice indépendantes de l'administration, en première instance en procédure administrative ou en procédure de recours administratif qu'avec l'autorisation de l'autorité compétente. Une habilitation générale s'applique aux organes de la police judiciaire.

³ L'octroi de l'autorisation de déposer incombe à l'autorité de surveillance. Si celle-ci est le Conseil-exécutif, l'octroi de déposer incombe à la Direction concernée ou à la Chancellerie d'Etat.

⁴ Cette autorisation ne peut être refusée que si des intérêts publics ou privés prépondérants l'exigent.

⁵ Les droits et les obligations de renseigner et d'annoncer fixés par la législation spéciale sont réservés.

Le secret de fonction prévu par le droit du personnel, qui est protégé par le droit pénal (art. 320 CP), a un but organisationnel : il établit qu'il n'appartient pas aux agents et aux agentes d'une branche de l'administration de déterminer ce qu'il convient de faire des informations portées à leur connaissance dans l'exercice de leur fonction. Le secret de fonction n'a donc

pas pour but d'interdire par principe les échanges de données. Par conséquent, l'article 58 LP, en tant que norme organique, ne s'oppose pas à la communication d'informations admissible en application de la législation. C'est ainsi qu'il faut comprendre l'alinéa 5 de cette disposition : l'expression « législation spéciale » (en allemand « besondere Gesetzgebung », législation particulière) vise non seulement la législation spéciale à proprement parler mais aussi les droits de communiquer des informations instituées dans la législation sur la protection des données. Par conséquent, lorsqu'un cas concret se présente, la seule question qui se pose est celle de savoir à quel service d'une branche de l'administration il appartient de répondre à la demande de renseignements et si ce service doit demander à être délié du secret de fonction par l'autorité de surveillance. Il n'est pas possible de se retrancher derrière le secret de fonction prévu par la législation sur le personnel pour refuser par principe de communiquer des informations à une autre autorité alors que cette communication est en soi admissible.

Nota bene

Le secret de fonction ancré dans la législation sur le personnel ne prévoit pas d'obligation particulière de garder le secret au sens de l'article 10, alinéa 1, lettre b LCPD. Il n'exclut pas la transmission de données entre les autorités.

Exemple : l'autorité chargée des naturalisations souhaiterait que les autorités scolaires lui indiquent si un élève déterminé, qui a déposé une demande de naturalisation, a fait l'objet de mesures disciplinaires ces dernières années. Le corps enseignant, la direction de l'école et la commission scolaire sont soumis au secret de fonction à ce sujet. Mais comme l'autorité chargée des naturalisations a impérativement besoin des informations demandées pour accomplir sa tâche, le droit de la protection des données permet leur communication. C'est normalement la direction de l'école qui est compétente pour transmettre les données demandées.

1.11 Proportionnalité de la communication de données

Le principe de la proportionnalité s'applique de manière générale à la communication de données (art. 5, al. 3 LCPD). Ainsi, la communication doit être appropriée, nécessaire et raisonnable pour les personnes y prenant part. Cela signifie en particulier que les informations doivent être transmises uniquement dans la mesure où elles sont effectivement pertinentes pour l'accomplissement de la tâche.

Exemple : le service social demande une entraide administrative revêtant la forme d'une assistance policière. A cet effet, il a le droit de décrire la situation de danger concrète dans laquelle il se trouve. En revanche, il n'a pas à communiquer d'informations sur les prestations demandées et sur leur octroi car cela est inutile pour l'accomplissement de la tâche.

Il ne faut cependant pas interpréter le principe de la proportionnalité comme autorisant à communiquer des informations uniquement s'il apparaît indubitable que l'ampleur des informations communiquées correspond exactement aux besoins effectifs de l'autorité qui les a demandées. Il doit suffire que l'autorité sollicitée puisse penser que les informations communiquées ont l'ampleur souhaitée par l'autorité qui les a demandées. Le service sollicité ne serait de toute façon pas en mesure d'évaluer exactement l'ampleur voulue des informations à fournir puisqu'il ne connaît pas généralement pas le contexte avec précision.

Il est clair que la proportionnalité de la communication d'informations est une question de droit qui peut être examinée sans restriction en justice. Mais il faut bien voir que l'évaluation est plus facile a posteriori que sur le moment. Les

autorités judiciaires devraient donc elles aussi admettre que le service sollicité dispose d'une certaine liberté pour apprécier l'ampleur des informations à transmettre.

1.12 Exercice du pouvoir d'appréciation

Dans la mesure où la législation spéciale ne lui confère pas de pouvoir d'appréciation, l'autorité sollicitée dispose d'un pouvoir d'appréciation uniquement dans les situations où la communication de données met en jeu des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière (art. 14, al. 1 LCPD). Du point de vue juridique, l'établissement de l'existence d'intérêts publics majeurs ou d'intérêts privés nécessitant une protection particulière est une question de droit, pas une question d'appréciation. Néanmoins, l'autorité sollicitée dispose d'une certaine liberté pour évaluer les intérêts en jeu, liberté qui se concrétise par un « jugement de valeur ». Dans la pratique, la démarche est très analogue à l'exercice d'un pouvoir d'appréciation.

Lorsqu'il existe des obligations particulières de garder le secret, la communication de données à titre exceptionnel malgré l'obligation de garder le secret est parfois laissée à l'appréciation de l'autorité sollicitée.

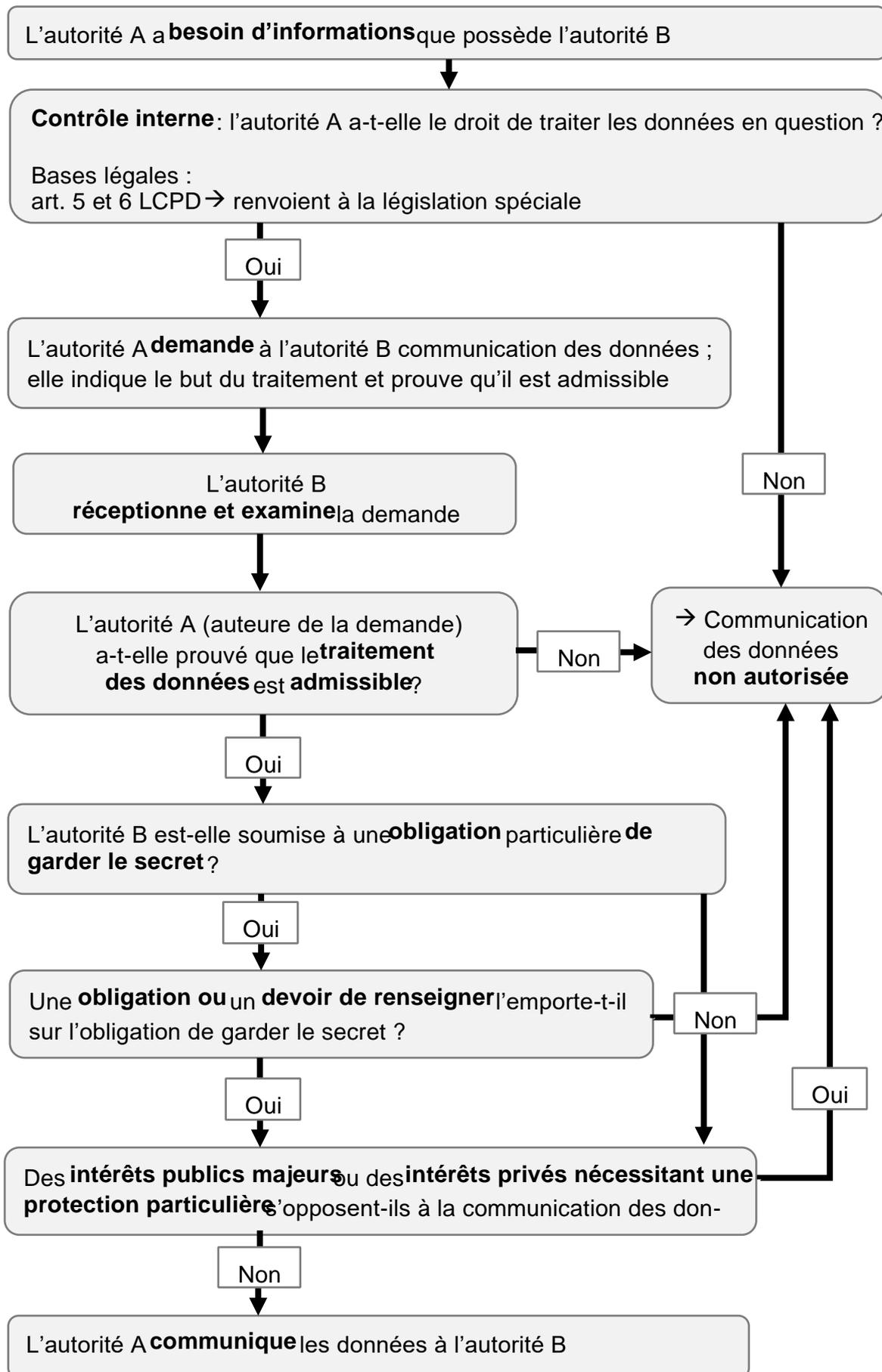
Exemple : l'article 30, alinéa 1 LiCPM stipule que les autorités pénales, bien qu'elles soient tenues au secret par l'article 73 CPP, peuvent choisir de communiquer des informations au sujet d'une procédure pénale à d'autres autorités pour autant que l'accomplissement d'une tâche légale le requière impérativement.

Nota bene

Il n'y a pas de pouvoir d'appréciation à exercer lorsqu'une obligation de garder le secret entre en conflit avec une obligation de renseigner. Dans une telle situation, la question de savoir laquelle des deux dispositions l'emporte dans le cas concret est une pure question de droit (même s'il est parfois difficile d'y répondre). L'autorité sollicitée n'a pas de pouvoir d'appréciation qui lui appartienne en propre.

Lorsqu'une autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation, cela signifie qu'elle dispose d'une certaine liberté qui lui appartient en propre et qu'elle peut concrétiser sous sa propre responsabilité. Mais cela n'implique pas un espace de non-droit : l'autorité n'est pas réellement « libre » de sa décision et elle ne peut en aucun cas statuer arbitrairement car elle doit toujours exercer son pouvoir d'appréciation *de manière consciencieuse*, en particulier en gardant à l'esprit le sens et le but de la norme.

Illustration : Schéma de la communication d'informations sur demande



C.2 Communication spontanée d'informations

Exemple introductif

L'autorité communale de police des constructions constate que des odeurs désagréables émanent d'un logement habité par une famille. Elle pense que l'hygiène du logement est totalement négligée. Notamment parce que des enfants vivent dans ce bâtiment, l'autorité de la police des constructions souhaite signaler à l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte qu'elle pense avoir à faire à un cas de mise en danger du bien de l'enfant.

2.1 La communication spontanée d'informations en tant qu'élargissement de la compétence matérielle d'accomplir une tâche publique

La communication spontanée d'informations viole le principe selon lequel l'autorité compétente dans une matière se procure elle-même les informations importantes pour elle. En d'autres termes, communiquer des informations sans y avoir été invité constitue une ingérence (généralement bienvenue) dans les tâches d'une autre autorité. Sur le plan juridique, la communication spontanée d'informations ne va pas sans poser de problèmes, d'autant que les dispositions d'attribution de compétences ont un caractère impératif par nature. Dans une certaine mesure, cela est en contradiction avec les attentes d'une grande partie de la population, qui considère l'administration comme un bloc et ne parvient pas à comprendre que des services différents travaillent à partir d'éléments différents concernant une même situation parce qu'ils ne se fournissent pas mutuellement leurs informations. D'ailleurs, on a entendu des voix s'élever dans les milieux politiques ces dernières années pour demander le développement de la communication spontanée d'informations entre les services de l'administration.

Nota bene

Les dispositions qui habilent ou obligent les autorités à communiquer spontanément des informations ont pour effet d'élargir les compétences matérielles de ces autorités.

2.2 Avantages et inconvénients de la communication spontanée d'informations

Si une autorité communique une information à une autre autorité de manière spontanée (c.-à-d. sans y avoir été invitée préalablement), cela revient à impliquer une autorité supplémentaire dans l'accomplissement d'une tâche. Cela augmente la probabilité que l'autorité compétente en la matière dispose de toutes les informations importantes pour elle. Au fond, les communications spontanées contribuent à l'accomplissement correct de tâches publiques (elles accroissent la probabilité d'obtenir un « résultat juste »). De plus, les communications spontanées préviennent le risque que des autorités différentes prennent des décisions contradictoires sur la base d'éléments différents concernant une même situation.

Précision : la communication spontanée d'informations entre autorités ne peut toutefois pas exclure les décisions contradictoires. Par exemple, le fait que l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte indique au contrôle des habitants et à l'administration fiscale que, selon elle, une personne donnée est domiciliée dans une commune puisqu'il est attesté que cette personne séjourne à temps partiel dans un immeuble de la commune n'entraîne pas nécessairement

son inscription au contrôle des habitants et dans le registre des impôts. Des autorités qui ont partagé des informations peuvent tout à fait en tirer des conclusions juridiques différentes.

La communication spontanée d'information paraît souhaitable pour que les échanges de données entre les autorités soient aussi larges que possible. Mais un tel système a des limites de fait : l'administration assume de nos jours un tel nombre de tâches qu'il est difficile voire impossible de savoir en détail quelles informations pourraient être utiles à quels services. Si les services de l'administration sont spécialisés, c'est bien pour pouvoir se concentrer sur les tâches que leur prescrit la loi. Un système de communication spontanée (trop) étendu serait donc peu efficace car les autorités auraient à gérer trop de données étrangères à leur domaine.

De plus, les communications spontanées peuvent être contreproductives lorsqu'une autorité a besoin de construire une relation de confiance avec une personne ou son entourage pour être à même d'accomplir sa tâche. Dans ce genre de situations, les communications spontanées peuvent entraîner le tarissement de la source d'informations. Cette observation concerne en particulier les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte, les professionnels de la santé et les autorités scolaires.

Nota bene

La communication spontanée de données est intéressante surtout lorsque l'autorité compétente en la matière ne sait pas que d'autres autorités possèdent des informations pertinentes pour elle. Mais pour ne pas compliquer l'exécution des tâches de l'administration, il importe de limiter l'obligation de communiquer des informations spontanément à des tâches particulièrement cruciales (notamment les tâches de protection de biens de police).

2.3 Faut-il une base dans la législation spéciale ?

Si la LCPD repose sur le principe que la communication d'informations aux autorités fait normalement suite à une demande, cela n'exclut pas que des informations puissent être transmises spontanément. Il n'est pas impératif qu'une communication spontanée repose sur une disposition d'une loi spéciale qui l'autorise explicitement voire la rend obligatoire. Mais en l'absence de base légale, l'article 10, alinéa 1 LCPD stipule que la communication doit être requise pour l'accomplissement des tâches de l'autorité dont émane la communication.

Exemple : l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte signale à l'école qu'une personne privée l'a avisée que l'élève X était en détresse. Selon les informations reçues, le père de l'élève l'empêcherait de faire ses devoirs.

En l'absence de base légale, il n'y a pas d'obligation de communiquer des informations à une autre autorité. Si une autorité communique à une autre autorité des données dans une mesure disproportionnée, elle viole les dispositions du droit de la protection des données, ce qui – selon l'article 25 LCPD – peut avoir des conséquences engageant la responsabilité civile mais aussi la responsabilité pénale de l'auteur de la communication. L'autorité qui souhaite ne pas prendre de risque sur ce plan aura avantage à ne communiquer des informations spontanément qu'avec une très grande retenue. Dans la pratique, il s'ensuit que les communications spontanées ne reposant pas sur une base dans la législation spéciale sont rares et hétérogènes. Il est donc souhaitable pour assurer des échanges de données aussi optimaux et uniformes que possible que la législation spéciale régit le plus complètement

possible les situations dans lesquelles il est indiqué de procéder à des communications spontanées.

Nota bene

Les communications spontanées utiles pour l'accomplissement des tâches de l'autorité qui en est l'auteure sont autorisées même si elles n'ont pas de base dans la législation spéciale.

Mais si la communication spontanée est utile à l'accomplissement des tâches du service à qui elle est adressée, il faut qu'elle repose sur une base légale qui l'autorise explicitement ou la rend obligatoire.

2.4 Dispositions importantes de la législation spéciale relatives à la communication spontanée d'informations

On trouve dans de nombreux textes de la législation spéciale des dispositions qui habilitent ou qui obligent les autorités à communiquer spontanément des données. Il est impossible ici de les citer toutes. Nous nous limiterons donc à présenter les plus importantes pour la pratique :

- Communication spontanée aux *autorités fiscales* : en vertu de l'article 155, alinéa 2 LI, les autorités du canton et des communes peuvent signaler spontanément les cas qui pourraient avoir fait l'objet d'une imposition incomplète. Les obligations particulières de garder le secret prévues par la législation spéciale demeurent réservées.
- Communication spontanée aux *autorités policières* : l'article 146 LPol habilite les autorités à communiquer des données personnelles aux organes de police du canton et des communes dans l'optique de l'accomplissement des tâches qui sont celles de la police au sens de la LPol. Les obligations particulières de garder le secret prévues par la législation spéciale sont réservées.
- Communication spontanée à l'*autorité de protection de l'enfant et de l'adulte* : en vertu de l'article 443, alinéa 2 CC, toute personne (employée par l'État ou « fonctionnaire » pour reprendre l'ancienne dénomination) qui, dans l'exercice de sa fonction officielle, a connaissance d'une personne semblant avoir besoin d'aide est tenue d'en informer l'autorité si elle ne peut pas remédier à la situation dans le cadre de son activité. Les dispositions relatives au secret professionnel sont réservées.
- Compétence en matière d'annonce : les services de l'administration et les professionnelles et professionnels œuvrant dans les domaines de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police peuvent, conformément à l'article 3c de la loi fédérale sur les stupéfiants et les substances psychotropes (LStup), annoncer *aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents* les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction ou présentant des risques de troubles, notamment s'il s'agit d'enfants ou de jeunes, lorsqu'ils les ont constatés dans l'exercice de leurs fonctions ou de leur activité professionnelle, si un danger considérable menace la personne concernée, ses proches ou la collectivité et s'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées.

- Obligation de dénoncer et de signaler aux *autorités de poursuite pénale* : aux termes de l'article 302, alinéa 1 CPP, toutes les autorités de poursuite pénale – ce qui inclut, en vertu de l'article 22 LiCPM, la Police cantonale et les autres organes de police du canton et des communes pour autant qu'ils exercent leurs fonctions dans le domaine de la poursuite pénale – sont tenues par une obligation de dénoncer les infractions constatées dans l'exercice de fonctions officielles. Les membres d'autres autorités ainsi que les employés et employées du canton et des communes ne sont pas assujettis à l'obligation de dénoncer, mais ils sont néanmoins tenus de dénoncer au Ministère public les faits qu'ils apprennent dans l'exercice de leur activité et qui les conduisent à soupçonner qu'un crime se poursuivant d'office a été commis (art. 48 LiCPM en liaison avec l'art. 302, al. 2 CCP).

Ne sont pas soumis à une obligation de dénoncer ou de signaler :

- les autorités dans le domaine de l'aide sociale lorsque
 - les informations émanent de la victime,
 - les informations émanent de l'épouse ou de l'époux, de la partenaire enregistrée ou du partenaire enregistré, de la concubine ou du concubin, du père ou de la mère, d'un frère ou d'une sœur ou d'un enfant de la victime,
 - la victime est l'épouse ou l'époux, la partenaire enregistrée ou le partenaire enregistré, la concubine ou le concubin, le père ou la mère, le frère ou la sœur ou l'enfant de l'auteur présumé (art. 57b, al. 2 LASoc),
- les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte,
- les services de santé et les services de conseil ainsi que le corps enseignant et ses autorités de surveillance dans l'enseignement obligatoire, lorsque le bien de l'enfant l'exige (art. 61a LEO),
- les médecins scolaires (art. 28, al. 4 LSP) ; l'article 28, alinéa 3 LSP prévoit cependant le droit de déclarer aux autorités de poursuite pénale les faits permettant de conclure à un crime ou à un délit contre la vie ou l'intégrité corporelle, la santé publique ou l'intégrité sexuelle.

2.5 Obligations particulières de garder le secret

Des obligations particulières de garder le secret peuvent s'opposer aussi à la communication spontanée d'informations. Les principales sont exposées sous le chiffre C.1.9.

Si une communication spontanée repose sur une base légale explicite, elle l'emporte sur une obligation de garder le secret dans tous les cas où la base légale de la communication spontanée et la base légale de l'obligation de garder le secret figurent dans le même acte législatif. Dans ces cas, l'autorisation ou l'obligation d'effectuer une communication spontanée constitue une exception à l'obligation de garder le secret.

Exemple : l'article 73 CPP impose aux autorités pénales l'obligation de garder le secret. Mais selon l'article 75, alinéa 2 CPP, les autorités pénales sont tenues d'informer les services sociaux et les autorités tutélaires des procédures pénales engagées et des décisions rendues lorsque la protection du prévenu, du lésé ou celle de leurs proches l'exige.

Si la base légale de la communication spontanée et la base légale de l'obligation de garder le secret ne figurent pas dans le même acte législatif, on est dans la même situation de conflit de normes qu'entre une obligation de garder le secret et une obligation de renseigner. On se référera donc aux explications exposées sous le chiffre C.1.9.

Il paraît clair que la prérogative dont jouissent les services administratifs et les professionnels œuvrant dans les domaines de l'éducation, du social, de la santé, de la justice et de la police d'annoncer aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents

les cas de personnes souffrant de troubles liés à l'addiction (art. 3c de la loi fédérale sur les stupéfiants [LStup]) l'emporte sur d'éventuelles obligations de garder le secret.

2.6 Forme et contenu de la communication spontanée

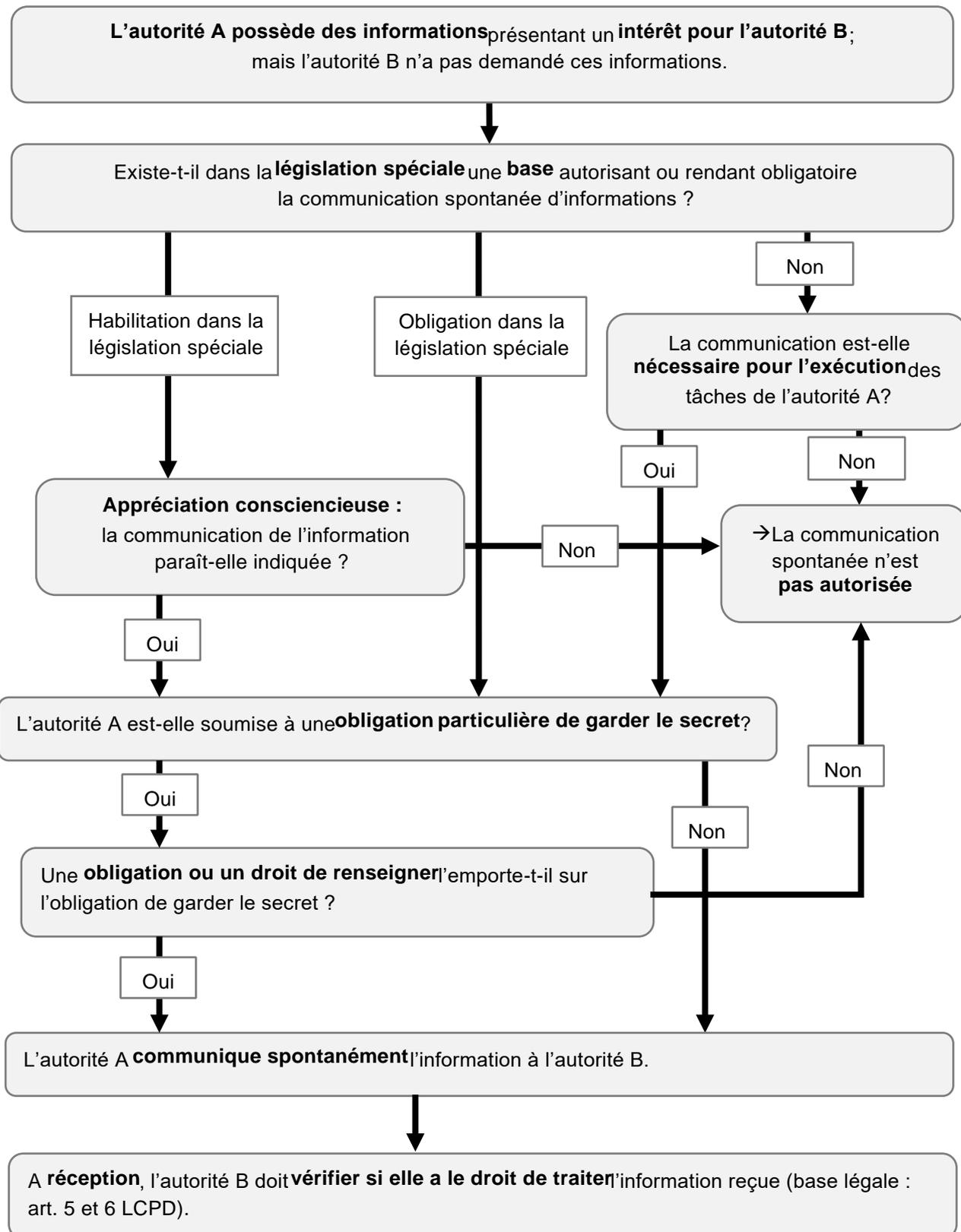
Les communications spontanées ne sont soumises à aucune exigence de forme : elles peuvent être faites par courrier, par courriel ou même oralement. Une communication téléphonique paraît indiquée dans les cas d'urgence notamment. Pour des raisons de clarté, on préférera la forme écrite dans les cas complexes mais non urgents.

Il est difficile de faire des remarques d'ordre général sur le contenu des communications spontanées car il dépend normalement de ce que prévoit la base légale sur laquelle reposent ces communications.

Exemple : aux termes de l'article 29, alinéa 2 LEO, la commission scolaire avise l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte si des signes de négligence apparaissent dans l'éducation ou les soins donnés à l'enfant ou si ce dernier semble être en détresse de toute autre manière. Le contenu de la communication spontanée dépend donc des « signes » qui conduisent la commission scolaire à penser que le bien de l'enfant est menacé.

En l'absence de base légale, le contenu de la communication spontanée découle de la tâche aux fins de laquelle l'information est transmise. L'auteur de la communication jouit généralement d'une grande liberté d'appréciation en ce qui concerne le contenu. Le principe de la proportionnalité impose toutefois des limites dans le contenu et l'ampleur des informations que l'on peut transmettre. En application de ce principe, la communication doit se limiter aux informations nécessaires à l'accomplissement de la tâche.

Illustration : Schéma de la communication spontanée d'informations

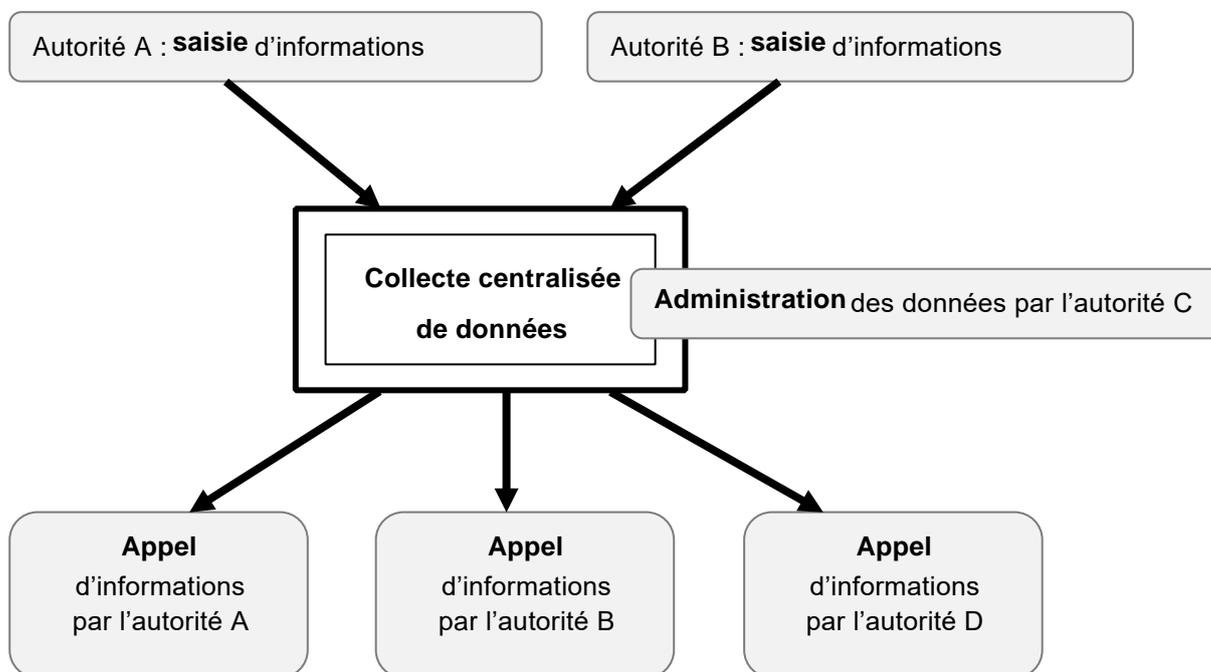


C.3 Collecte et administration centralisées de données, procédure d'appel

Exemple introductif

Le service social et les autorités scolaires d'une commune souhaitent que l'administration communale réunisse dans une banque de données des informations sur les élèves « à problèmes » (« liste des incidents particuliers impliquant des élèves »), qui seront accessibles au service social et aux autorités scolaires.
→ Faute de base légale suffisante, une telle « liste de cas » ne serait pas admissible.

Schéma de collecte et d'administration centralisées de données



N.B. : On est aussi en présence d'un système centralisé de collecte et d'administration de données lorsqu'une seule autorité rentre dans le système des données auxquelles plusieurs autorités ont accès. Peu importe pour le reste que l'administration des données soit assurée par l'autorité qui saisit les données (p. ex. l'autorité A), par une autorité ayant une autorisation d'accès (p. ex. l'autorité D) ou – comme dans notre exemple – par une autorité spécifiquement responsable de cette tâche.

3.1 La collecte et l'administration centralisées de données en tant que tâche des autorités

L'efficacité des échanges de données entre les autorités est maximale lorsque les données personnelles sont conservées de manière centralisée et que les autorités qui sont ou pourraient être intéressées y ont directement accès. Un tel système suppose qu'un service s'occupe de collecter les données. La collecte et l'administration centralisées de données deviennent ainsi une nouvelle tâche publique.

L'ordonnance sur la plate-forme des systèmes des registres communaux (O GERES) s'appuie sur la loi sur les fichiers centralisés de données personnelles (LFDP), qui sert de fondement à la gestion administrative sous la forme électronique dans le cadre de l'accomplissement légal des tâches des autorités cantonales.

Exemple : en vertu de l'article 5, alinéa 1 O GERES, l'Office d'informatique et d'organisation est chargé de l'exploitation de la plate-forme GERES, qui sert à accomplir les tâches incombant au canton en vertu de la loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (LHR), de la loi fédérale sur les étrangers et l'intégration (LEI) et de la loi cantonale sur l'établissement et le séjour des Suissesses et des Suisses (LES) (art. 3 O GERES). C'est ce service qui a notamment le devoir d'assurer la gestion et la suppression des données selon l'article 23 O GERES.

L'accès direct à des données centralisées ne s'inscrit pas dans le schéma des échanges d'informations entre autorités régi par la LCPD, selon lequel l'admissibilité de la communication de données est examinée dans chaque cas. Une fois qu'une autorité a rentré des données dans le système, elle ne contrôle plus l'accès à ces données. Les données ne sont donc plus sous la « maîtrise » d'une autorité déterminée puisqu'elles sont en permanence à la disposition de plusieurs autorités en même temps.

Les systèmes centralisés de collecte et d'administration de données comportent normalement une procédure d'appel (appelée aussi procédure d'accès). Est considérée comme procédure d'appel toute procédure automatisée permettant à un tiers d'accéder à des données sans intervention de l'autorité qui les a fournies.

3.2 Avantages et inconvénients des systèmes centralisés de collecte et d'administration de données

Un fichier centralisé de données personnelles présente l'avantage que les autorités peuvent accéder vite et facilement à des informations en cas de besoin. L'efficacité du système tient également au fait que les autorités n'ont pas de demandes d'informations à examiner. Enfin, l'administration centralisée du fichier garantit que les différentes autorités qui y ont accès disposent des mêmes informations sur une personne, ce qui peut éviter des contradictions dans l'accomplissement de tâches publiques.

Toutefois, un système centralisé de collecte et d'administration de données comporte le risque que des données soient utilisées de manière abusive. C'est la raison pour laquelle le droit fondamental à l'autodétermination informationnelle (art. 13, al. 2 Cst. et art. 18 ConstC) soumet les fichiers centralisés à des restrictions. En particulier, il ne serait pas admissible que des services administratifs aient accès à des informations sans pertinence pour l'accomplissement de leurs tâches. La collecte et l'administration centralisées de données doivent donc rester l'exception.

Nota bene

Un système centralisé de collecte et d'administration de données est judicieux lorsque des données de base concernant une personne sont utiles à plusieurs autorités. Il peut en outre être indiqué lorsque l'accès direct de plusieurs autorités aux données permet de repérer précocement des dangers importants menaçant des biens de police.

3.3 Exigence d'une base légale

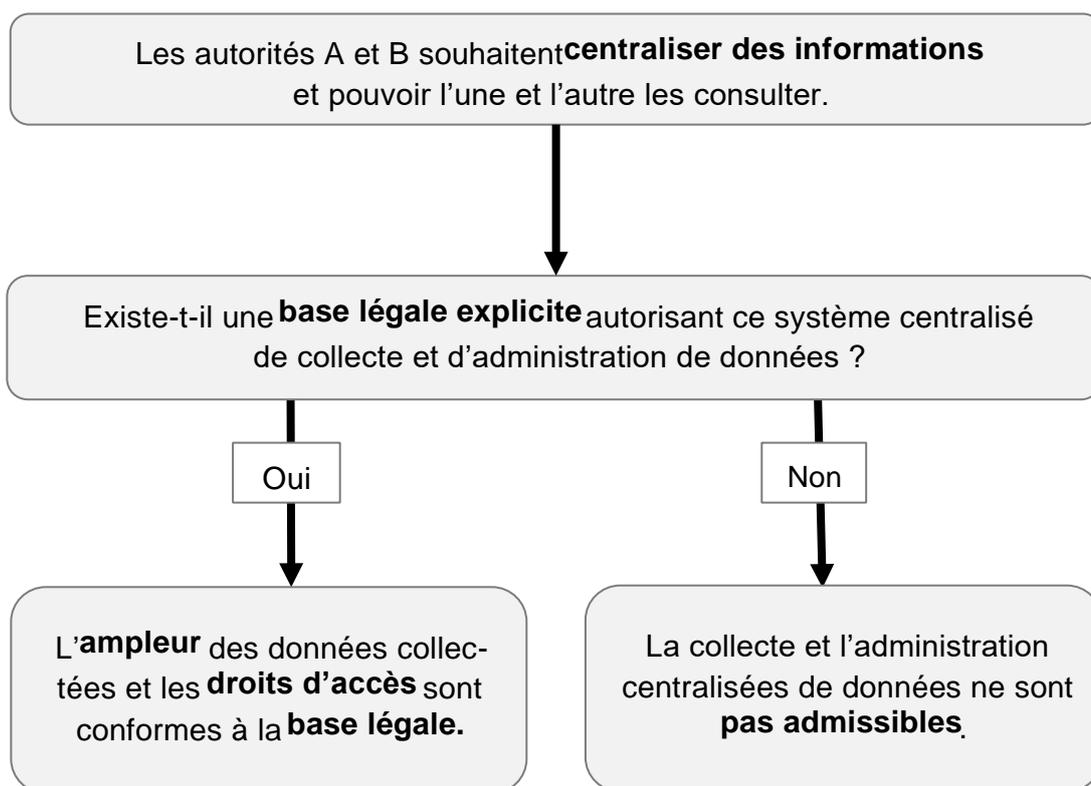
La collecte et l'administration centralisées de données ne sont pas exclues par principe mais, pour des raisons de droit constitutionnel, il est nécessaire qu'elles reposent sur une base légale explicite. Les dispositions doivent régir en particulier la gestion du fichier et les droits d'accès des services administratifs. Il faut aussi qu'elles soient conçues de façon à exclure les abus dans toute la mesure du possible. Cela signifie en particulier que seules les autorités qui ont besoin pour leur travail des données personnelles du fichier sont autorisées à y accéder.

Exemple : selon l'article 17, alinéa 1 de l'ordonnance sur le système de gestion centrale des personnes (O GCP), l'Intendance des impôts prend les mesures techniques et organisationnelles assurant que seuls les services et les personnes habilités obtiennent un droit d'accès à la GCP et définit les droits de lecture et d'écriture de manière à empêcher que les données de la GCP puissent être consultées, communiquées, transmises et modifiées sans autorisation.

Nota bene

Sans base légale explicite, plusieurs autorités n'ont pas le droit de collecter et d'administrer des données personnelles dans un système centralisé.

Illustration : Examen de la base légale

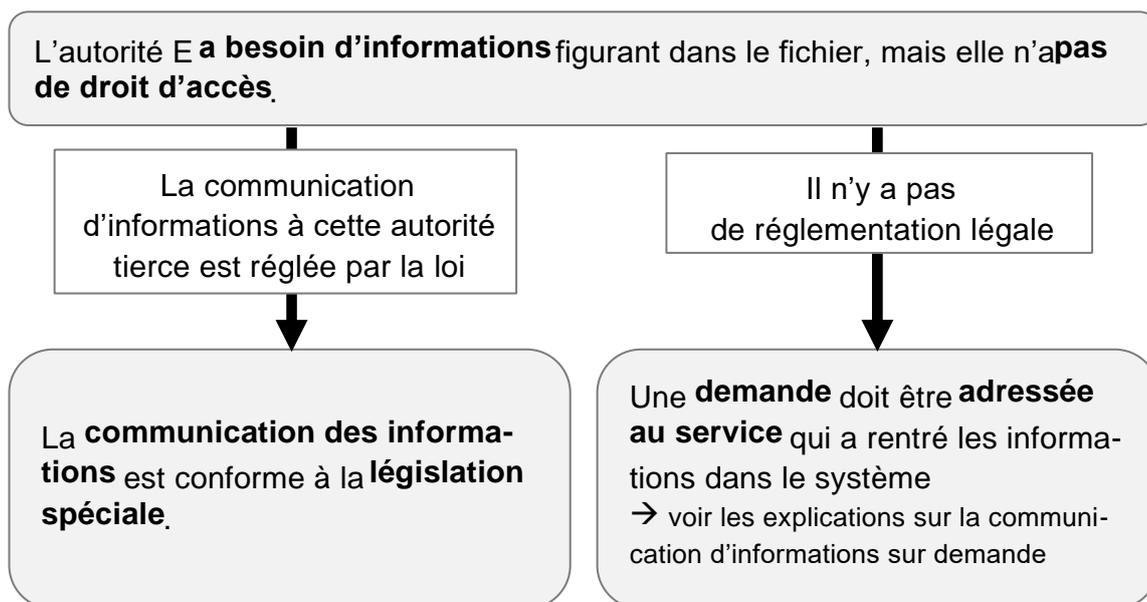


3.4 Communication de données à d'autres autorités

Comme évoqué plus haut, l'accès à des données centralisées doit être régi de manière restrictive. Il faut donc se demander comment doivent procéder les autorités qui ont besoin de données centralisées, mais qui n'ont pas le droit d'y accéder directement. En théorie, ces autorités pourraient demander au service administratif qui a accès aux informations souhaitées qu'il leur communique ces informations. Mais sauf si une loi en dispose autrement, seul

le service qui a le rapport le plus direct avec des informations centralisées est habilitée à les transmettre. En effet, la règle veut que l'autorité qui a rentré les données dans le système reste compétente pour communiquer ces informations (voir entre autres l'art. 32 O GERES). C'est donc à ce service qu'il faut adresser une demande de communication d'informations.

Illustration : Communication de données centralisées à une autorité tierce



3.5 Le cas particulier de l'administration « unipersonnelle »

Dans les petites communes, il n'est pas rare qu'une même personne soit responsable de plusieurs domaines administratifs.

Exemple : le secrétaire communal est chargé à la fois du registre de l'impôt et de l'administration des constructions.

Quand une personne assume la responsabilité de plusieurs domaines, il est évident qu'elle ne peut pas mettre de côté les connaissances acquises dans l'exécution d'une tâche publique (p. ex. l'examen d'une demande de permis de construire) du simple fait qu'elle passe à un autre domaine de tâches (p. ex. la gestion du registre de l'impôt). Lorsqu'une même personne assume des fonctions différentes, cela revient de fait à rendre les données d'un domaine administratif accessibles à un autre domaine administratif. Dans une administration « unipersonnelle », les données sont centralisées auprès d'une seule personne. Une question se pose : cette personne est-elle autorisée à faire usage sans restriction de toutes les informations qu'elle détient ?

En pareille situation, une règle s'applique : si une personne a eu connaissance d'informations dans un domaine où elle est assujettie à une obligation de garder le secret, elle est tenue de faire abstraction de ces faits dans ses autres domaines de tâches dès lors qu'elle n'aurait pas eu le droit de communiquer ces informations à un autre service. Le fait que la personne ayant eu connaissance des faits soumis au secret est également compétente pour d'autres tâches ne doit pas jouer en défaveur de la personne concernée. En d'autres termes, les échanges d'informations « à l'intérieur du cerveau » sont soumis aux mêmes règles que les échanges d'informations entre les autorités.

Exemple : dans le cadre de sa fonction d'autorité fiscale de la commune, le secrétaire communal apprend qu'un contribuable veut déduire des frais d'entretien pour des travaux sur son immeuble. Il n'a pas le droit d'utiliser cette information pour exercer ses fonctions de police communale des constructions. Le secret fiscal s'y oppose.

Par contre, s'il n'y a pas d'obligation particulière de garder le secret et que les informations pourraient être communiquées à une autre autorité, les connaissances acquises dans un domaine administratif peuvent être utilisées dans un autre domaine administratif. Cela reste valable lorsqu'il semble plutôt improbable qu'une demande de communication d'informations soit effectivement présentée.

Exemple : si une demande de permis de construire indique que le demandeur transfère son centre de vie dans la commune où se trouve l'immeuble (p. ex. les aménagements prévus dans un chalet conçu à l'origine comme un logement pour les vacances d'été donnent à penser que le demandeur veut y vivre à l'année), ces connaissances peuvent être utilisées à des fins de taxation.

Nota bene

Lorsque des données sont soumises à une obligation particulière de garder le secret, il est interdit de les rendre accessibles à un autre domaine administratif, même si une seule personne est responsable de plusieurs domaines administratifs.

Dans la mesure où la communication des données à une autre autorité serait admissible, il est autorisé d'utiliser dans d'autres domaines administratifs les informations obtenues dans un domaine administratif.

C.4 Collaboration interdisciplinaire sur des cas

Exemple introductif

Un élève de 15 ans manque régulièrement l'école. Ses parents disent que leur fils a souvent des maux de tête et qu'il faut donc excuser ses absences. A l'école, le jeune s'est fait remarquer à plusieurs reprises pour des incorrections graves envers les enseignants et les autres élèves, raison pour laquelle les autorités scolaires envisagent une exclusion. La police communale a déjà trouvé plusieurs fois ce jeune ivre la nuit sur la place de la gare ; les avis adressés aux parents sont restés sans réponse. Le jeune est connu de la Police cantonale et de l'autorité de poursuite pénale des mineurs pour des infractions contre le patrimoine et des délits de violence.

→ La situation appelle une collaboration interdisciplinaire entre les autorités scolaires, l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte et la justice pénale des mineurs.

4.1 Compétence matérielle et collaboration interdisciplinaire

Le système actuel d'unités administratives spécialisées dotées de compétences matérielles clairement délimitées se heurte à ses limites lorsqu'il doit faire face à des problèmes interdisciplinaires. Certes, il est envisageable que chaque service prenne des mesures sur la base des informations dont il dispose, sans les recouper avec les informations détenues par

d'autres services. Mais l'exemple introductif montre qu'une collaboration entre tous les services concernés est indispensable, dans certains cas, pour obtenir un bon résultat global et que l'action non coordonnée de plusieurs autorités n'apporte souvent pas les résultats escomptés. C'est le cas en particulier dans les affaires faisant intervenir la protection de l'enfant et de l'adulte, l'école et la justice pénale des mineurs.

En principe, le fait de collaborer ne change rien aux compétences matérielles des autorités impliquées. Ce n'est pas parce qu'elle collabore avec le Ministère public des mineurs que l'école se transforme en autorité de poursuite pénale. Elle ne devient pas non plus responsable de la protection de l'enfance parce qu'elle se concerta avec l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte pour trouver la solution la mieux adaptée pour un élève que ses parents négligent.

Nota bene

Lorsque plusieurs autorités pratiquent une collaboration interdisciplinaire, chacune conserve la responsabilité de la bonne exécution de ses propres tâches dans le respect du droit.

4.2 Quelle place dans la typologie des échanges d'informations et de données entre autorités ?

La collaboration interdisciplinaire sur des cas (p. ex. entre les autorités scolaires, le Ministère public des mineurs et la protection de l'enfant et de l'adulte) ne constitue pas une forme autonome d'échange d'informations entre les autorités. Juridiquement parlant, il s'agit en réalité d'une multitude de communications d'informations, sur demande et spontanées, dont il faudrait à chaque fois – du moins en théorie – examiner la légalité. Dans la pratique, il est impossible de détailler avec autant de précision l'activité de communication qui se déroule dans une collaboration interdisciplinaire sur un cas. En général, les services impliqués échangent leurs informations assez librement parce que la pertinence de beaucoup des données échangées apparaît seulement à la lumière des autres informations disponibles sur la personne. Il y a une nécessité bien réelle de pouvoir échanger librement des informations dès lors que les services impliqués ne se contentent pas d'échanger des informations bilatéralement, quand l'occasion s'en présente plus ou moins par hasard, mais mettent en place une procédure de prise en charge d'un cas individuel (« case management »), avec une conférence, une table ronde ou tout autre comité ad hoc.

Ainsi, la nécessité de pouvoir faire circuler des informations librement entre les services impliqués fait apparaître la collaboration interdisciplinaire sur des cas comme une situation particulière d'échanges d'informations entre les autorités qui mérite des explications spécifiques.

4.3 Exigence d'une base légale

Comme nous venons de le voir, l'efficacité d'une collaboration interdisciplinaire sur des cas suppose en règle générale que les autorités impliquées ont la possibilité d'échanger librement des informations, ce qui requiert une base légale explicite. Or, dans les situations telles que celles exposées dans l'exemple introductif, des données personnelles particulièrement

dignes de protection sont presque toujours en jeu. La base légale requise doit donc se trouver dans une loi fédérale ou cantonale ou dans un règlement communal ; une base légale du rang de l'ordonnance ne suffit pas.

La base légale doit être conçue de façon à donner le statut de tâche publique à la collaboration entre les autorités, sans pour autant modifier les compétences pour ordonner les différentes mesures requises. En ce qui concerne les échanges de données proprement dits, il paraît judicieux de formuler les dispositions de façon à permettre les échanges de données personnelles sans obliger l'autorité qui communique les informations à vérifier si les informations sont effectivement nécessaires à l'accomplissement des tâches de l'autorité à qui elles sont destinées dans le cas concret.

Tant qu'une collaboration interdisciplinaire peut se dérouler sans que les autorités impliquées échangent librement des informations, elle ne requiert pas de base légale.

D. Recommandations

Les constats faits lors de l'élaboration du présent guide ainsi que les réflexions exposées dans les parties qui précèdent conduisent à formuler des recommandations portant sur les aspects suivants :

1. mise à profit de la liberté d'appréciation ;
2. clarification des compétences et des procédures ;
3. sensibilisation des personnes détentrices d'informations.

C'est à dessein que les recommandations qui suivent sont formulées en termes généraux. Les autorités du canton et des communes étudieront comment elles souhaitent les mettre en œuvre dans leur cas particulier, à la lumière de leurs tâches concrètes et de leurs besoins.

D.1 Mise à profit de la liberté d'appréciation

1.1. Comment l'autorité sait-elle si elle jouit d'une liberté d'appréciation ?

De manière très générale, la législation laisse aux autorités une liberté d'appréciation non négligeable dans l'accomplissement de leurs tâches. En ce qui concerne les échanges d'informations, les autorités jouissent parfois d'une marge de manœuvre pour décider si elles souhaitent ou non communiquer des informations à d'autres autorités. On repère normalement les dispositions qui ménagent une liberté d'appréciation à leur formule potestative (utilisation du verbe « pouvoir » ou de locutions équivalentes comme « être habilité », « être autorisé », « avoir le droit »).

Exemple :

- Selon l'article 57c, alinéa 1 LASoc, les informations visées à l'article 57a, alinéa 2, lettre a peuvent être transmises aux autres autorités chargées d'exécuter l'aide sociale individuelle.
- Selon l'article 146 LPol, les autorités sont *habilitées* à communiquer des données personnelles aux organes de police du canton et des communes dans l'optique de l'accomplissement des tâches de la police au sens de la LPol – sous réserve des obligations particulières de garder le secret.

C'est typiquement la législation spéciale qui accorde aux autorités une liberté d'appréciation en matière d'échanges d'informations. Cette liberté d'appréciation revêt souvent les formes suivantes :

- la loi prévoit des exceptions à une obligation particulière de garder le secret (p. ex. art. 57b LASoc) ;
- la loi habilite à communiquer des informations spontanément (p. ex. art. 146 LPol) ; ou
- la loi exempte de l'obligation de dénoncer aux autorités de poursuite pénale (p. ex. art. 61a LEO).

A contrario, il existe une *obligation* de communiquer des données personnelles selon la LCPD si :

- les conditions que le droit de la protection des données impose pour pouvoir transmettre des informations sont remplies (c.-à-d. notamment lorsque l'autorité qui demande la communication de données personnelles apporte la preuve qu'elle est habilitée par la loi à traiter ces données) ; et
- aucune obligation particulière de garder le secret ne s'y oppose.

Mais la LCPD comporte elle aussi une *disposition accordant un pouvoir d'appréciation* en ce qui concerne la communication de données personnelles. L'article 14, alinéa 1 LCPD prévoit en effet que la communication de données personnelles peut être refusée, limitée ou liée à certaines conditions en vue de préserver des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière. Ainsi, sauf si la législation spéciale en dispose autrement, les autorités jouissent d'une liberté d'appréciation concernant la communication d'informations à d'autres autorités uniquement dans les cas où des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière sont en jeu.

La question de savoir si, dans une situation concrète, l'article 14, alinéa 1 LCPD octroie une marge de manœuvre, c'est-à-dire si des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière sont en jeu, est une *question de droit*. La réponse est à trouver dans l'interprétation de notions juridiques imprécises (« intérêts publics majeurs », « intérêts privés nécessitant une protection particulière »). Il est clair que cette interprétation, contrairement à l'exercice du pouvoir d'appréciation, peut être soumise à l'examen d'un tribunal.

Nota bene

Les dispositions légales qui accordent aux autorités une liberté d'appréciation concernant la communication d'informations se reconnaissent généralement à l'emploi de tournures comme « les autorités peuvent », « les autorités sont habilitées à », « la communication est autorisée ».

L'article 14, alinéa 1 LCPD accorde également aux autorités un pouvoir d'appréciation dans la mesure où des intérêts publics majeurs ou des intérêts privés nécessitant une protection particulière sont en jeu.

1.2 Comment l'autorité exerce-t-elle sa liberté d'appréciation dans les cas d'espèce ?

Lorsqu'une autorité jouit d'un pouvoir d'appréciation, cela signifie qu'elle dispose d'une certaine liberté qui lui appartient en propre et qu'elle doit concrétiser sous sa propre responsabilité. Les échanges d'informations entre autorités ont pour but de permettre aux différents services de l'administration d'accomplir leurs tâches de manière correcte et aussi efficace que possible. Il est donc souhaitable par principe que les autorités exploitent pleinement le pouvoir d'appréciation que leur confère la loi afin que les échanges d'informations soient aussi poussés que possible. C'est dans cet esprit que le présent guide encourage les autorités à communiquer aux autres services les informations qui leur sont utiles lorsque la décision relève de leur pouvoir d'appréciation.

Il convient cependant de souligner que l'autorité qui a un pouvoir d'appréciation n'est pas pour autant « libre » de sa décision et qu'elle ne peut en aucun cas statuer arbitrairement car elle doit exercer son pouvoir d'appréciation *de manière consciencieuse* : l'autorité doit

toujours statuer en conformité avec la Constitution et la loi, en gardant à l'esprit le sens et le but de la réglementation ainsi que les intérêts publics en jeu. Elle doit soupeser soigneusement tous les éléments qui, dans le cas concret, plaident pour et contre la communication d'informations à la lumière de la réglementation. Cela signifie entre autres qu'elle doit prendre en compte non seulement tous les besoins pratiques d'information, mais aussi la protection contre le traitement abusif de données.

Nota bene

La qualité et l'efficacité de l'exécution des tâches demandent que la liberté d'appréciation conférée par la loi soit exploitée pleinement afin de permettre des échanges de données aussi poussés que possible entre les autorités. Cependant, il faut toujours – dans chaque cas concret – mettre également dans la balance les intérêts qui, à la lumière de la réglementation, plaident contre la communication d'informations.

Exercer consciencieusement son pouvoir d'appréciation en pesant les raisons pour ou contre une communication d'informations signifie aussi qu'il faut prendre en compte une éventuelle relation de confiance particulière établie entre un service de l'Etat et une personne privée. Si une personne privée, dans le cadre d'une relation de confiance, a livré à l'autorité des informations qu'elle n'aurait pas révélées dans d'autres circonstances, l'autorité concernée n'a pas le droit de trahir à la légère la confiance qui a été placée en elle. Il peut exister des relations de confiance dans les cas suivants par exemple :

- entre enseignantes et enseignants et élèves ;
- entre le personnel d'un hôpital et des patients ;
- entre les services sociaux et les personnes prises en charge ;
- entre les autorités spécialisées dans la jeunesse et les jeunes pris en charge.

En pareille situation, il se peut aussi que des intérêts publics ou privés plaident pour la transmission d'informations doivent être considérés comme suffisamment importants pour passer avant l'intérêt de préserver la relation de confiance. On est en droit d'attendre des autorités placées devant cette question qu'elles soupèsent soigneusement tous les éléments qui plaident pour et contre la communication d'informations avant de prendre une décision.

Nota bene

S'il existe une relation de confiance particulière entre une personne privée et un service officiel, elle doit être prise en compte lors de l'exercice du pouvoir d'appréciation. Cela ne signifie toutefois pas que l'intérêt de garder le secret est prioritaire par principe. Au contraire, il se peut que des intérêts publics ou privés plaident pour la communication d'informations soient prépondérants et qu'il apparaisse donc indiqué de transmettre ces informations.

1.3 L'exercice du pouvoir d'appréciation peut-il être soumis à des directives internes ?

Lorsque des autorités sont tenues d'exercer le pouvoir d'appréciation que leur confère la loi sous leur propre responsabilité et de manière consciencieuse, en tenant compte du but des

dispositions légales applicables, il est exclu par principe que des autorités tierces et en particulier des organes politiques leur imposent des obligations de nature à influencer sur la formation de leur opinion.

Exemple : le conseil communal de la commune X ne peut pas donner pour instruction aux autorités scolaires de dénoncer tous les faits venant à leur connaissance qui permettent de penser qu'un ou une élève a commis un crime. En d'autres termes, le conseil communal ne peut pas concrétiser le pouvoir d'appréciation conféré par l'article 61a LEO.

Par contre, les autorités hiérarchiquement ou fonctionnellement supérieures peuvent édicter des directives internes (appelées « ordonnances administratives » en langage juridique) contenant des *consignes applicables à l'exercice du pouvoir d'appréciation*. Le service supérieur n'est naturellement pas habilité à vider de sa substance le pouvoir d'appréciation, mais il peut tout à fait, par des consignes appropriées, contribuer à ce que son exercice soit rationnel, transparent et dans un certain sens harmonisé. Cela est judicieux notamment lorsque l'autorité doit s'attendre à recevoir plusieurs demandes de communication d'information identiques ou semblables ainsi que dans les cas où l'autorité est confrontée de manière répétée à des situations comparables soulevant la question de la communication spontanée d'informations.

Exemples :

- Le Ministère public du canton de Berne a édicté une directive contenant des consignes sur les cas dans lesquels il convient d'informer les écoles lorsqu'une procédure pénale est ouverte à l'encontre d'un membre du corps enseignant.
- La direction d'une école pourrait édicter une directive interne qui comporte des critères permettant de déterminer dans quels cas il convient de transmettre des informations sur les délits commis par des élèves et, au contraire, dans quels cas l'intérêt de garder le secret est prépondérant. Un critère déterminant pour garder le secret pourrait être le fait que l'élève a fait une confidence à un enseignant en qui il a particulièrement confiance, lequel n'aurait jamais eu connaissance du délit sans cette relation de confiance.
- La Cour suprême du canton de Berne pourrait édicter une directive contenant des règles applicables aux cas dans lesquels des jugements entrés en force rendus dans des procédures closes peuvent être divulgués à des autorités tierces.

L'autorité qui envisage d'édicter de telles directives doit garder à l'esprit que limiter l'exercice du pouvoir d'appréciation peut être contreproductif. C'est notamment le cas lorsque, pour accomplir ses tâches, l'autorité a besoin de construire une relation de confiance avec la personne qu'elle prend en charge et avec son entourage. Imposer l'obligation de notifier a généralement pour effet que la personne et son entourage cessent de confier des informations intéressantes.

Une directive ou une ordonnance administrative qui formule la position des autorités sur l'interprétation des dispositions applicables a pour fonction principale d'assurer l'unité et l'adéquation de la pratique. Les ordonnances administratives ne sont, en principe, pas contraignantes pour les autorités de justice administrative. Celles-ci en tiennent toutefois compte au moment de rendre leurs décisions, pour autant que cela soit adapté au cas d'espèce et qu'une interprétation correcte des dispositions légales applicables soit possible. Elles ne s'en écartent pas sans raison valable, dans les cas où un tel écart constitue une concrétisation convaincante des prescriptions légales (JTA 100 2020 115 du 17 juin 2021, c. 2.4 et références citées).

Nota bene

Les services hiérarchiquement ou fonctionnellement supérieurs peuvent harmoniser l'exercice du pouvoir d'appréciation en édictant des directives et, par des consignes appropriées, contribuer à optimiser les échanges d'informations entre les autorités.

D.2 Clarification des compétences et des procédures

2.1 Problématique

Le système actuel d'échanges d'informations entre les autorités, dans lequel la communication d'informations sur demande est la règle tandis que la communication spontanée est possible dans des cas particuliers prescrits par la loi aboutit, s'il est appliqué correctement, à des solutions satisfaisantes dans la plupart des cas.

Lors de l'élaboration du présent guide, il est néanmoins apparu que les échanges d'informations entre autorités échouent parfois non pas à cause d'obstacles juridiques, mais parce que les procédures à suivre pour répondre aux demandes n'ont pas été clarifiées ou parce que l'on ne sait même pas à qui adresser la demande. La communication spontanée d'informations semble elle aussi parfois entravée par le fait que l'on ne sait pas à quel service concret ou personne physique au sein d'une autorité les informations doivent être communiquées.

2.2 Clarification des compétences

Il serait bon que toutes les autorités cantonales ainsi que toutes les communes (et tous les services dans l'administration des grandes communes) définissent qui est compétent pour réceptionner les demandes officielles de communication de données et à quel service des tiers peuvent adresser leurs communications spontanées de données. Il est tout à fait probable que c'est chose faite dans beaucoup d'autorités. Le site Internet de l'autorité semble être l'endroit approprié pour faire savoir publiquement qui est compétent en matière d'échanges d'informations entre les autorités.

Dans les cas où la communication s'établit par voie électronique, il convient de noter que les courriels doivent être cryptés s'ils contiennent des données personnelles particulièrement dignes de protection. Cet impératif peut également être signalé expressément sur le site Internet.

2.3 Clarification des procédures

Il est possible en outre d'améliorer les échanges d'informations entre autorités en restant dans le cadre du droit en vigueur grâce à une clarification des procédures, internes notamment, applicables à la communication de données sur demande.

Concernant l'émission de demandes d'informations, il convient de clarifier notamment les questions suivantes :

- Qui présente les demandes de communication d'informations ?

- Sous quelle forme la demande est-elle présentée (courrier postal, téléphone, courriel, etc.) ?
- Comment les demandes sont-elles fondées ?

Concernant la réception de demandes d'informations, il convient de clarifier notamment les questions suivantes :

- Qui est compétent pour traiter les demandes reçues ?
- Dans quel délai les demandes sont-elles traitées ?
- Sous quelle forme la réponse est-elle communiquée ?
- Que fait-on si des points doivent être clarifiés (p. ex. rappel au téléphone de l'auteur de la demande)?

Sur tous ces points, voir en particulier les explications du chapitre C.1.

2.4 Démarche à adopter si un grand nombre de services sont susceptibles de posséder des informations pertinentes

Si une autorité ne sait pas quel autre service détient des informations souhaitées sur une personne déterminée ou si une procédure est en cours en relation avec une personne déterminée, elle pourrait interroger séparément tous les services imaginables mais cela représenterait sûrement un travail excessif. Aujourd'hui, la technique permettrait de se simplifier la tâche : il serait facile d'envoyer un courriel à tous les services administratifs et judiciaires ou de mettre en place une plateforme dédiée à une demande d'aide sur un cas concret.

Mais un tel « appel à informations » présente l'inconvénient de faire savoir que l'autorité dont émane la demande porte un intérêt particulier à la personne visée, ce qui constitue une divulgation de données personnelles et, pour les autorités d'aide sociale et de police, une divulgation de données personnelles particulièrement dignes de protection. En règle générale, cette démarche est donc disproportionnée. Cependant, un appel à la communication d'informations pertinentes peut être admissible à titre exceptionnel si l'urgence est particulièrement grande ou si des intérêts publics importants sont en jeu – on pense en particulier aux enquêtes de sûreté menées par les organes de police du canton et des communes.

D.3 Sensibilisation des détenteurs d'informations

3.1 Sensibilisation à la communication spontanée d'informations

La communication spontanée d'informations a souvent lieu non pas sur la base des tâches de l'autorité dont émane la communication, mais sur la base des tâches de l'autorité à laquelle est adressée la communication.

Une communication spontanée d'informations ayant pour but d'inciter le service destinataire à agir suppose que le service dont émane la communication comprenne que les informations qu'il détient sont pertinentes pour les tâches de l'autre autorité. C'est la raison pour laquelle la communication spontanée d'informations n'est pas la méthode à laquelle les autorités recourent normalement pour échanger des informations. Etant donné la multiplicité des

tâches que l'Etat assume aujourd'hui à différents niveaux (Confédération, canton, communes), il est parfois difficile non seulement pour les personnes privées mais aussi pour les autorités de comprendre pour quels services les informations qu'elles détiennent pourraient être importantes.

C'est pourquoi la législation ne prévoit la possibilité de communiquer des informations spontanément que dans les domaines de tâches ou d'activité dans lesquels les autorités ont particulièrement besoin de recevoir des informations sans avoir à les demander. La loi autorise donc les communications spontanées – pour autant que les conditions légales soient remplies – à destination des autorités suivantes notamment :

- les autorités de police ;
- les autorités de poursuite pénale ;
- les autorités de protection de l'enfant et de l'adulte ;
- les autorités d'aide sociale ;
- les autorités fiscales.

Les dispositions légales qui habilitent à faire des communications spontanées sont généralement formulées en termes très généraux. Normalement, la loi autorise à communiquer spontanément les informations pertinentes pour le service destinataire ou pour l'accomplissement de ses tâches. Lorsque l'habilitation à communiquer des données est très générale, il est difficile pour les autorités de déterminer quelles informations sont concrètement importantes pour d'autres services.

Exemple : selon l'article 146, alinéa 1 LPol, « les autorités » – sous réserve d'obligations particulières de garder le secret – sont habilitées à communiquer des données personnelles aux organes de police du canton et des communes « dans l'optique de l'accomplissement des tâches qui sont celles de la police ». Mais faute de connaissances techniques dans le domaine de la police, les services administratifs ont parfois du mal à déterminer quelles informations peuvent être pertinentes pour la police dans des cas concrets.

Pour obtenir des améliorations sur ce point, il est indispensable de sensibiliser les détenteurs d'informations aux problématiques que traitent les autres autorités. Ce travail devrait être fait par les services qui ont besoin pour leur travail de recevoir des informations spontanément. Sensibiliser des services aux tâches d'un autre service prend beaucoup de temps, raison pour laquelle il paraît judicieux de s'y employer seulement pour les tâches vraiment importantes. Une sensibilisation est indiquée notamment dans le domaine de la protection de l'enfant et de l'adulte ainsi que dans la police de sûreté.

3.2 Sensibilisation à la communication d'informations sur demande

En ce qui concerne la communication d'informations sur demande ou la réponse à des demandes de renseignements, le service qui détient des informations n'a en principe pas le problème de ne pas savoir quelles informations sont utiles pour d'autres services puisque cela figure dans la demande.

Sur ce point également, une optimisation des échanges d'informations entre les autorités peut également être obtenue en améliorant la qualité des demandes. En particulier, il serait bon que le service qui demande des informations motive sa demande de manière suffisante

et transparente et qu'il montre pourquoi il a impérativement besoin des données demandées. En effet, si elle ne dispose pas de ces éléments d'explication, le service sollicité est souvent incapable de juger s'il a le droit de communiquer les informations demandées. Il est recommandé également d'indiquer expressément dans la demande qu'en cas de besoin des précisions peuvent être apportées concernant la nécessité des informations.

E. Liste des abréviations et des actes législatifs

Al.	Alinéa
Art.	Article
C.	Considérant
CC	Code civil suisse du 10 décembre 1907 (RS 210)
ConstC	Constitution du canton de Berne du 6 juin 1993 (RSB 101.1)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPC	Code de procédure civile du 19 décembre 2008 (RS 272)
CPP	Code de procédure pénale du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst.	Constitution fédérale du 18 avril 1999 de la Confédération suisse (RS 101)
DIJ	Direction de l'intérieur et de la justice
DSSI	Direction de la santé, des affaires sociales et de l'intégration
JTA	Jugement du Tribunal administratif (du canton de Berne)
LASoc	Loi du 11 juin 2001 sur l'aide sociale (RSB 860.1)
LAVI	Loi fédérale du 23 mars 2007 sur l'aide aux victimes d'infractions (RS 312.5)
LAVS	Loi fédérale du 20 décembre 1946 sur l'assurance-vieillesse et survivants (RS 831.10)
LCo	Loi du 16 mars 1998 sur les communes (RSB 170.11)
LCPD	Loi du 19 février 1986 sur la protection des données (RSB 152.04)
LEI	Loi fédérale du 16 décembre 2005 sur les étrangers et l'intégration (RS 142.20)
LEO	Loi du 19 mars 1992 sur l'école obligatoire (RSB 432.210)
LES	Loi du 12 septembre 1985 sur l'établissement et le séjour des Suissesses et des Suisses (RSB 122.11)
LFDP	Loi du 10 mars 2020 sur les fichiers centralisés de données personnelles (RSB 152.05)
LHR	Loi fédérale du 23 juin 2006 sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (RS 431.02)
LI	Loi du 21 mai 2000 sur les impôts (RSB 661.11)
LIAM	Loi du 2 novembre 1993 sur l'information et l'aide aux médias (RSB 107.1)
LiCPM	Loi du 11 juin 2009 portant introduction du code de procédure civile, du code de procédure pénale et de la loi sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RSB 271.1)
LiLAMAM	Loi du 6 juin 2000 portant introduction des lois fédérales sur l'assurance-maladie, sur l'assurance-accidents et sur l'assurance militaire (RS 842.11)
Lit.	Lettre
LPASoc	Loi du 9 mars 2021 sur les programmes d'action sociale (RSB 860.2)
LPers	Loi du 16 septembre 2004 sur le personnel (RSB 153.01)

LPGA	Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (RS 830.1)
LPJA	Loi du 23 mai 1989 sur la procédure et la juridiction administratives (RSB 155.21)
LPol	Loi du 10 février 2019 sur la police (RSB 551.1)
LPP	Loi fédérale du 25 juin 1982 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité (RS 831.40)
LSP	Loi du 2 décembre 1984 sur la santé publique (RSB 811.01)
LStup	Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (RS 812.121)
OACOT	Office des affaires communales et de l'organisation du territoire
ODArch communes	Ordonnance de Direction du 20 octobre 2014 sur la gestion et l'archivage des documents des collectivités de droit public au sens de la loi sur les communes et de leurs établissements (RSB 170.711)
O GCP	Ordonnance du 20 janvier 2021 sur le système de gestion centrale des personnes (RSB 152.052)
O GERES	Ordonnance du 20 janvier 2021 sur la plate-forme des systèmes des registres communaux (RSB 152.051)
OIO	Office d'informatique et d'organisation
OPD	Ordonnance du 22 octobre 2008 sur la protection des données (RSB 152.040.1)
PPMin	Loi fédérale du 20 mars 2009 sur la procédure pénale applicable aux mineurs (RS 312.1)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
RSB	Recueil systématique bernois
SECO	Secrétariat d'État à l'économie