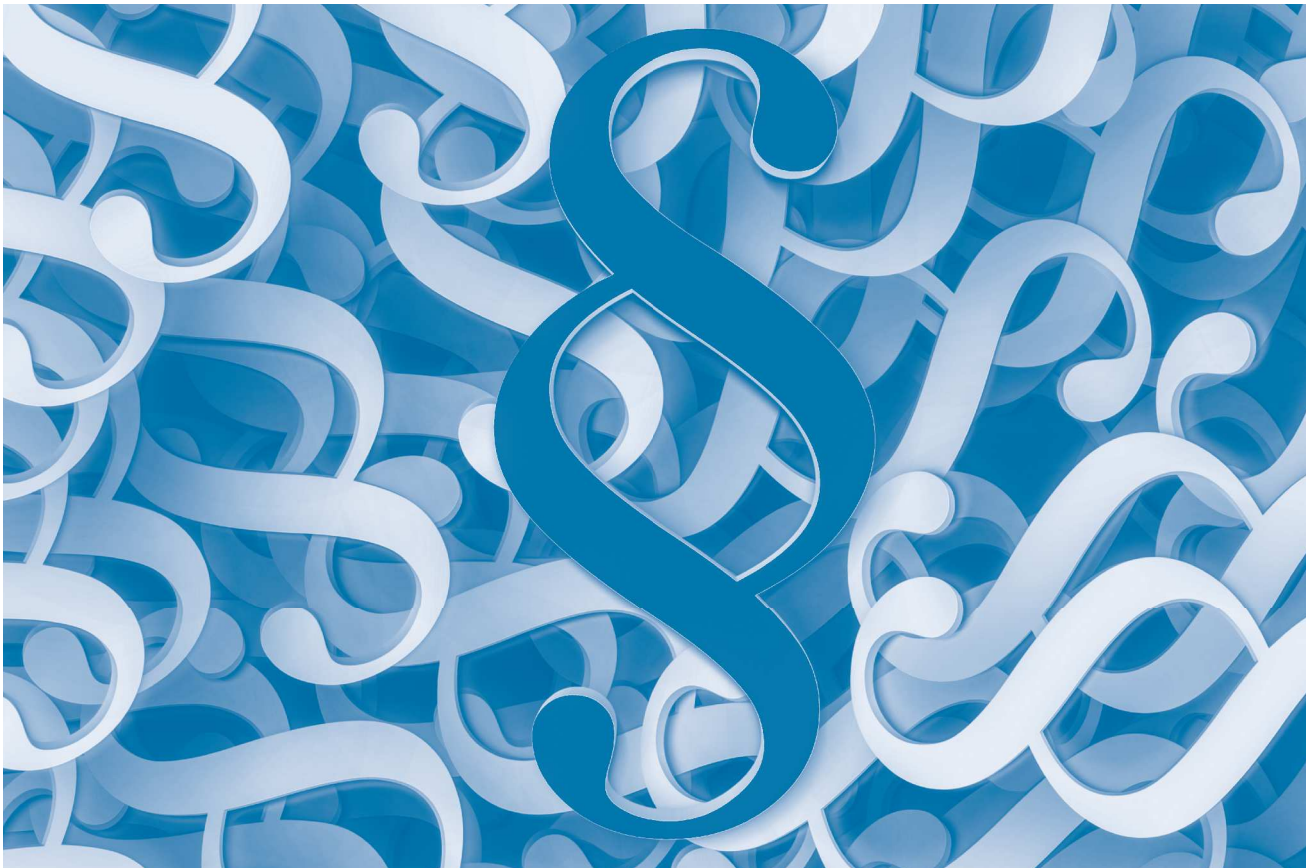




Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ



# GUIDE DE LÉGISLATION

**Guide pour l'élaboration  
de la législation fédérale**

**2019**

# Guide de législation

## Guide pour l'élaboration de la législation fédérale

**2019**



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
**Office fédéral de la justice OFJ**

## ***Impressum***

### **Editeurs**

Office fédéral de la justice, CH-3003 Berne

### **Contact**

Office fédéral de la justice,  
Unité Projets et méthode législatifs, Bundesrain 20, 3003 Berne,  
Tel. 058 462 41 37, E-Mail: [info@bj.admin.ch](mailto:info@bj.admin.ch)

### **Version électronique**

[www.bj.admin.ch](http://www.bj.admin.ch) > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique

### **Diffusion**

Office fédéral des constructions et de la logistique (OFCL), Vente des publications fédérales, 3003 Berne  
[www.bundespublikationen.admin.ch](http://www.bundespublikationen.admin.ch)  
Art. Nr. 402.020.F

**4<sup>ème</sup> édition, entièrement révisée et complétée 2019**

## Préface

de la 4<sup>ème</sup> édition mise à jour (2019)

Depuis la dernière édition (2007), certaines normes significatives pour la légistique ont été modifiées, notamment la loi sur le Parlement, la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration, la loi sur la procédure de consultation et la loi sur les publications officielles. De nouvelles lois de procédure sont par ailleurs entrées en vigueur, lesquelles sont à prendre en considération dans l'activité législative. Il s'agit en particulier des codes de procédures civile et pénale. La révision du guide de législation tient ainsi compte de cette évolution du droit.

Certains thèmes font en outre l'objet d'un approfondissement dans la nouvelle édition par rapport aux précédentes. Cela concerne notamment la procédure de l'initiative parlementaire ainsi que les particularités de la procédure de révision de la Constitution, en particulier celle faisant suite à une initiative populaire. L'ancien sous-chapitre relatif au langage législatif n'a pour sa part pas été repris. Lors de la révision, il nous a en effet semblé irréalisable d'adresser des recommandations cohérentes dans les deux versions linguistiques (allemand et français). Des indications quant à la formulation de dispositions légales se trouvent toutefois au chapitre 8 (structuration de l'acte législatif).

Les explications relatives à la procédure législative, à la gestion de projet et à l'approche méthodique de la conception des normes ont été simplifiées et concentrées. Les explications relatives à l'évaluation des mesures prises par l'Etat, notamment concernant l'évaluation de l'efficacité de l'acte ainsi que l'analyse d'impact de la réglementation ont quant à elles été complétées.

Le développement de la pratique a été intégré dans de nombreuses parties. Nous avons veillé à introduire autant que possible des exemples de la pratique récente. Cela concerne notamment l'inclusion des cantons et la prise en compte de leurs intérêts, l'admissibilité des renvois aux normes d'associations privées ainsi qu'au droit de l'UE, l'approbation des traités internationaux, y compris les dispositions de mise en œuvre, la pratique s'agissant du référendum en matière de traités internationaux, la délégation de tâches publiques à des tiers et les conditions applicables aux actes législatifs à caractère expérimental.

## 14 Protection des données personnelles

### Bases juridiques

#### *Droit fondamental*

813 L'art. 13, al. 2, Cst. consacre le droit à la protection des données personnelles. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, cet article ne protège pas uniquement l'individu contre « l'emploi abusif » des données qui le concernent, mais il couvre toute intervention de l'État touchant des données personnelles (par exemple leur collecte, leur traitement, leur conservation ou leur transmission ; v. ATF 128 II 259, p. 268 consid. 3.2). Le traitement de données personnelles doit donc satisfaire aux conditions générales applicables en cas de restriction des droits fondamentaux (v. *ch. 688*). On doit donc veiller au respect de ces conditions lorsque l'on élabore un acte normatif réglant ou entraînant un traitement de données personnelles.

#### *Partage constitutionnel des compétences*

814 La Constitution ne contient aucune disposition qui habilite expressément la Confédération à légiférer en matière de protection des données. Celle-ci ne peut donc adopter des dispositions de protection des données que sur la base des dispositions constitutionnelles qui lui confèrent une compétence législative dans un domaine donné.

#### *Exemple :*

- la loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1), qui régit le traitement de données par des particuliers et par des organes fédéraux, se fonde sur la compétence de la Confédération en matière de droit privé et sur sa compétence de définir l'organisation et le mode de fonctionnement de ses organes (FF 1988 II 4325).

815 Il incombe aux cantons de légiférer sur la protection des données dans leurs domaines de compétences. C'est notamment le cas lorsque les données sont traitées par des autorités cantonales et communales, même si ces dernières ont obtenu ces données d'un organe fédéral, par exemple dans le cadre d'une entraide administrative ou au moyen d'un accès en ligne à une banque de données fédérale (FF 2003 1915, 1919).

816 Certains domaines relevant de la compétence de la Confédération sont soumis à une réglementation spécifique en matière de protection des données. En effet, lorsque la Constitution attribue à la Confédération la compétence de légiférer dans un certain domaine, le législateur fédéral peut être amené à adopter des dispositions de protection des données, qui s'appliquent également aux autorités cantonales chargées d'exécuter le droit fédéral, par exemple en matière d'assurances

sociales. Toutefois, même là, la Confédération ne saurait empiéter sur les compétences cantonales en matière d'organisation (FF 1988 II 433, 445 s. ; v. *ch.* 648). Une solution peut dès lors consister à prévoir un renvoi à la législation fédérale sur la protection des données et à la législation cantonale.

**Exemples :**

- lorsque la Confédération et les cantons traitent conjointement des données personnelles, le Conseil fédéral peut régler de manière spécifique les procédures de contrôle et les responsabilités en la matière (art. 16, al. 2, LPD) ;
- à moins qu'il ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat, le traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral est régi par certaines dispositions de la LPD (art. 37, al. 1, LPD) ;
- dans l'ensemble du domaine des assurances sociales, des normes spécifiques de protection des données s'appliquent (par exemple art. 49a LAVS, RS 831.1) ;
- le droit fédéral en la matière s'applique au traitement de données personnelles en exécution de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure (LMSI ; RS 120) ;
- l'art. 111f LEI (RS 142.20) prescrit que « le droit d'accès de la personne concernée est régi par les dispositions fédérales *ou* cantonales de protection des données (...) » ;

817 Le traitement de données par des organes cantonaux dans le cadre de la loi sur la statistique fédérale est en partie réglé par le droit fédéral (art. 17, al. 1, LStat ; RS 431.01).

**Portée de la loi sur la protection des données (LPD)**

818 La LPD vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes physiques et morales faisant l'objet d'un traitement de données personnelles par des personnes privées ou des organes fédéraux (art. 1 et 2 LPD). Si un organe fédéral envisage de traiter des données qui ne contiennent aucune information qui se rapporte à une personne identifiée ou identifiable, les exigences de la LPD ne sont pas applicables.

819 La LPD fixe les principes à respecter lors du traitement de données personnelles :

- un organe fédéral n'est en droit de traiter et de communiquer des données personnelles à des tiers que s'il existe une base légale (art. 17, al. 1, LPD) ;
- une base légale au niveau d'une loi au sens formel est exigée s'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 17, al. 2, LPD) ;
- tout traitement de données personnelles doit être conforme aux principes de licéité, de la bonne foi, de la reconnaissabilité, de la proportionnalité et de la

finalité (art. 4 s. LPD).

820 En l'absence de réglementation dans une loi spéciale, ce sont les dispositions de la LPD qui s'appliquent. Dans le cas contraire, la LPD s'applique à titre subsidiaire. Cependant, les lois spéciales devraient seulement préciser les principes de la LPD ; ils ne devraient jamais les relativiser.

821 Au sens de l'art. 3 LPD, on entend par :

- données personnelles : toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable ;
- données sensibles : les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, des mesures d'aide sociale, des poursuites ou sanctions pénales et administratives (cette définition est exhaustive) ;
- profil de la personnalité : un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique.

822 Lorsqu'un organe fédéral gère un système de gestion de dossiers interne, l'art. 57h LOGA constitue la base légale applicable. Une réglementation spéciale est dès lors en principe superflue.

## Exigences en matière de normes relatives à la protection des données

### *Données personnelles*

823 Un organe fédéral n'est en droit de traiter et de communiquer des données personnelles à des tiers que s'il existe une base légale (art. 5, al. 1, Cst. ; art. 17, al. 1, LPD). Au moment d'élaborer une telle base légale, il faut se poser deux séries de questions :

- quelles données seront traitées ? par qui ? dans quel but ? (qui, quoi, pourquoi)
- quelles données sont communiquées ? par qui ? à qui ? dans quel but ? par quel moyen ? (qui, quoi, à qui, pourquoi, comment).

### *Données sensibles et profils de la personnalité*

#### **Traitement**

824 Une base légale au niveau d'une loi au sens formel est exigée s'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 17, al. 2, LPD) ; plusieurs points méritent en ce cas une attention particulière.

825 • *Qui – l'identité du maître du fichier* : la disposition légale doit indiquer les autorités habilitées à traiter les données personnelles. Cette indication permet notamment à la personne concernée de savoir quelle est l'autorité responsable du respect des principes de protection des données et auprès de qui elle peut faire valoir ses droits, en particulier son droit d'accès (art. 8 LPD).

Exemple :

- art. 2 de la loi fédérale sur les systèmes d'information de la Confédération dans le domaine du sport (LSIS ; RS 415.1).

826

- *Pourquoi - la finalité du traitement* : elle doit être définie de manière précise et reconnaissable pour la personne concernée. Plus les risques d'atteintes à la personnalité de celle-ci sont élevés, plus le degré de précision doit être élevé.

Exemple :

- l'art. 96b de la loi sur l'assurance-chômage (LACI, RS 837.0) habilite certains organes à traiter les données personnelles qui leur sont nécessaires pour accomplir les tâches que leur assigne la loi.

827

- *Quoi - les catégories de données sensibles ou de profils de la personnalité* : la disposition légale indique si l'organe fédéral traitera des données sensibles ou des profils de la personnalité. En rédigeant la disposition légale, le légiste doit avoir pour objectif d'assurer la transparence du traitement à l'égard des personnes concernées. Ainsi, la base légale peut par exemple énumérer les catégories de données traitées au regard de la définition de l'art. 3, let. c, LPD, c'est-à-dire prévoir s'il s'agit de données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales, des données sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race, des données sur des mesures d'aide sociale ou des données des poursuites ou sanctions pénales et administratives. Conformément au principe de proportionnalité, la base légale doit énumérer uniquement les catégories de données nécessaires au maître de fichier pour l'accomplissement de ses tâches légales. Le catalogue des données sensibles traitées peut être défini au niveau de l'ordonnance.

Exemple :

- dans le domaine des prestations de sécurité privées fournies à l'étranger, l'autorité compétente est habilitée à traiter des données sensibles relatives à des poursuites et à des sanctions pénales ou administratives pour l'accomplissement de ses tâches légales (art. 20 de la loi fédérale sur les prestations de sécurité privées, LPSP, RS 935.41).

828

Il est possible de prévoir une *norme de délégation* législative habilitant le Conseil fédéral à édicter des dispositions primaires ou de conférer à ce dernier un mandat d'édicter des normes d'exécution (voir *ch. 721 ss*).

Exemple :

- dans le domaine des prestations de sécurité privées, le Conseil fédéral est chargé de régler le catalogue des données sensibles ainsi que leur durée de conservation (art. 38, al. 1, let. b, LPSP).



## **Communication**

### ***Objet de la réglementation***

829 La communication est une forme particulière du traitement de données (art. 3, let. e et f, LPD), soumises à des règles spécifiques (art. 19 ss LPD).

830 Avant d'élaborer une base légale formelle relative à la communication de données sensibles ou de profils de la personnalité par un organe fédéral, le légiste examine l'ensemble des modes de communication envisageables. Il détermine dans quelle mesure le traitement porte atteinte à la personnalité des administrés en tenant compte notamment de son but, de la nature des données et du cercle des personnes informées.

831 Le mode de communication retenu doit être conforme au principe de proportionnalité. Ainsi, lorsque, dans un cas d'espèce, un échange sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité suffit à atteindre les buts voulus par la loi en matière de coopération entre autorités, on ne prévoit pas de mode de communication plus large.

832 La personne concernée doit être en mesure de savoir à qui ses données personnelles peuvent être transmises et dans quels buts. Le principe de proportionnalité doit être respecté. En d'autres termes, cela signifie que seules les données nécessaires aux destinataires peuvent leur être communiquées.

#### **Exemple :**

- Dans le domaine de l'AVS, les autorités compétentes peuvent communiquer dans des cas d'espèce et sur demande écrite et motivée, des données personnelles aux autorités compétentes en matière d'aide sociale, lorsqu'elles leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, en exiger la restitution ou prévenir des versements indus (art. 50a, al. 1, let. e, ch. 1, de la loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, LAVS ; RS 831.10).

833 La loi au sens formel doit impérativement régler les points suivants :

- la ou les autorités responsables de la communication des données,
- la finalité de la communication des données,
- les catégories de données concernées, en référence à la définition de l'art. 3, let. c, LPD,
- le mode de communication des données,
- le ou les destinataires.

### ***Mode de communication***

834 On distingue généralement quatre différents modes d'échanges de données personnelles (LeGes 2012/3, p. 389).

835 • La communication obligatoire (d'office ou sur demande) : l'autorité est tenue, au cas par cas, de communiquer des données personnelles à un tiers. Elle n'a

pas de liberté d'appréciation. La communication obligatoire est effectuée d'office ou sur demande écrite. Le légiste met en évidence le caractère obligatoire de la communication en recourant à une formulation du type « ... communique ... à ... ». Pour éviter toute insécurité juridique, il précise également si l'autorité est tenue de communiquer des données personnelles uniquement sur demande ou également d'office.

**Exemples :**

- dans le domaine du droit d'asile, le SEM est tenu de transmettre d'office aux autorités de poursuite pénale compétentes les informations concernant un requérant fortement soupçonné d'avoir violé le droit international public (art. 98a LAsi, RS 142.31) ;
- dans le domaine de l'impôt fédéral direct, les autorités fédérales et les autorités cantonales sont tenues de communiquer, sur demande, tout renseignement nécessaire à l'application de la LIFD aux autorités chargées de son exécution (art. 112, al. 1, 1<sup>re</sup> phrase, LIFD, RS 642.11).

- 836
- La communication spontanée : l'autorité est autorisée à communiquer spontanément des données personnelles à un tiers, au cas par cas. Elle n'est cependant pas tenue de le faire. Dans le but d'éviter une confusion avec le devoir de communication, le légiste souligne dans le texte le caractère facultatif de la communication, en précisant par exemple que l'autorité « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles.

**Exemple :**

- les autorités fédérales et les autorités cantonales peuvent signaler spontanément à l'autorité chargée de percevoir l'impôt fédéral direct les cas qui pourraient faire l'objet d'une imposition incomplète (art. 112, al. 1, 2<sup>e</sup> phrase, LIFD, RS 642.11).

- 837
- La communication sur demande et selon la libre appréciation de l'autorité requise : un tiers adresse à une autorité une requête tendant à ce que des données personnelles lui soient communiquées. L'autorité requise apprécie librement, en l'espèce et dans les limites de la loi, si elle donne suite à la demande ou non. Pour éviter tout risque de confusion avec les cas de communication spontanée, il est opportun que le légiste précise que la communication de données personnelles n'intervient que sur demande écrite. De plus, afin d'éviter une confusion avec la communication obligatoire sur demande, le texte de la disposition mettra en évidence la liberté d'appréciation dont jouit l'autorité en précisant par exemple qu'elle « peut communiquer » ou « est habilitée » à communiquer des données personnelles.

**Exemple :**

- l'art. 32, al. 1, LPGA (RS 830.1) prévoit que les autorités administratives et judiciaires fournissent gratuitement aux organes des assurances sociales,

dans des cas particuliers et sur demande écrite et motivée, les données qui leur sont nécessaires pour fixer ou modifier des prestations, ou encore en réclamer la restitution, pour prévenir des versements indus, pour fixer et percevoir les cotisations et pour faire valoir une prétention récursoire contre le tiers responsable.

- On est en présence d'une procédure d'appel lorsque plusieurs autorités exploitent le même système d'information ou lorsque des tiers ont accès, selon le principe du self-service, aux données traitées dans le système. Une procédure d'appel ne doit être envisagée que si elle est indispensable au tiers destinataire pour accomplir ses tâches légales. De simples raisons de commodité ne suffisent pas. On envisagera ce type d'échange de données principalement lorsque le tiers destinataire a besoin d'un accès régulier aux données personnelles concernées. Lors de la rédaction de la loi, on pourra recourir en français au terme « d'accès en ligne ». Les bases légales nécessaires pour exploiter un système de traitement de données personnelles par procédure d'appel seront d'autant plus précises que le risque d'atteinte à la personnalité des personnes concernées est élevé. La gravité de l'atteinte doit être examinée en tenant compte non seulement de la nature des données mais aussi et en particulier du but du traitement. 838