

# LA RELATION ENTRE PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES ET TRANSPARENCE DE L'ACTIVITÉ ÉTATIQUE

Fribourg, 9 décembre 2021

Dr Samah Posse  
Institut de Droit européen  
Université de Fribourg

## PLAN

- I. Introduction**
- II. Intérêts en jeu et conflits potentiels**
- III. Règles de coordination matérielle**
  - A. Aperçu du droit fédéral**
  - B. Mécanisme de coordination en vertu du droit fribourgeois**
  - C. Pesée des intérêts**
- IV. Aspects procéduraux**
  - A. Droit d'être entendu de la personne concernée**
  - B. Accès de la personne concernée à ses propres données**
- V. Conclusion**

## I. INTRODUCTION

### Le droit fribourgeois

- Principe de la protection des données personnelles (art. 12 al. 2 Cst. FR)
- Principe de la publicité des documents officiels (art. 19 al. 2 Cst. FR)
- Deux principes de rang constitutionnel
- A valeur juridique égale (cf. Message LInf, p. 10 ss ; TC FR, arrêt 601 2018 267 du 28.11.2018, consid. 2)
- Des valeurs fondamentales dans un État démocratique
- Concrétisées dans des textes différents
- Autorités indépendantes en charge de la mise en œuvre
- Supervisées par la Commission cantonale de la transparence et de la protection des données



## II. INTÉRÊTS EN JEU ET CONFLITS POTENTIELS (1)

- **Importance de la transparence de l'activité étatique**
  - Pour le citoyen
    - Participation aux institutions démocratiques
    - Contrôle sur l'État et ses organes
  - Pour le journalisme
    - En quelque sorte « *chien de garde de la démocratie* »
  - Pour l'État lui-même
    - Renforcement de la confiance des citoyens
    - Renforcement de l'intégrité des institutions publiques
    - Amélioration des pratiques de l'État
    - (ATF 142 II 340, consid. 4)



## II. INTÉRÊTS EN JEU ET CONFLITS POTENTIELS (2)

- D'une part
  - Libre circulation de l'information
    - Favoriser les débats d'idées
    - Permettre à la population de bénéficier d'informations fiables, concrètes et pertinentes sur les activités des autorités
- D'autre part
  - Protection de la sphère privée des individus (*Droit à l'autodétermination informationnelle*)

« (...) le droit pour la personne concernée de déterminer si et dans quels buts des informations à son sujet peuvent être traitées. » (FF 2017 6565 6631, ATF 144 I 126 consid. 4.1)

« ...la liberté d'expression recevrait un coup fatal si des personnalités publiques pouvaient censurer la presse et le débat public au nom des droits de la personnalité » (Conseil de l'Europe, *Lignes directrices sur la protection de la vie privée dans les médias*, juin 2018)



## II. INTÉRÊTS EN JEU ET CONFLITS POTENTIELS (3)

### Zones de friction = documents officiels contenant des données personnelles

- Informations concernant les fonctionnaires (rémunérations, activités accessoires)
- Relations contractuelles entre les collectivités publiques et les particuliers (p.ex. marchés publics)
- Autorisations, concessions
- Experts ayant réalisé des avis de droit
- Informations sur certains produits/certaines entreprises
- Il s'agit de concilier l'intérêt du public à accéder à l'information et les intérêts privés



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (1)

#### A. Aperçu du droit fédéral

- Au niveau fédéral régi par les art. 7 al. 2 et 9 LTrans et art. 36 al. 3 nLPD (art. 19 al. 1<sup>bis</sup> LPD)
  - Un mécanisme de coordination complexe
  - Mais une pratique pragmatique
  - Procédure d'une demande en plusieurs phases
    - Examen préliminaire
    - Phase d'anonymisation
    - Pesée des intérêts
  - Mécanisme de coordination de nature concrète
  - Moyennant des critères de pondération fixés par le législateur et la jurisprudence



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (2)

#### B. Mécanisme de coordination en vertu du droit fribourgeois

- **Coordination exclusivement régie par la LInf**
  - Cf. renvoi de l'art. 12 al. 2 LPrD à la LInf
- **Présomption d'un intérêt public prépondérant (art. 12 LInf)**
  - « (...) lorsque les données personnelles se rapportent à un membre d'un organe public et que l'information porte sur ses fonctions ou ses activités au service de cet organe.»
  - Présomption écartée si:
    - Données non en rapport avec l'exercice de leur fonction
    - Données sensibles
- **Cas particuliers**
  - Refus de l'accès (art. 29 LInf)
  - Accès garanti (art. 30 LInf)



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (3)

- La procédure de coordination se caractérise par une seule phase déterminante => **la pesée des intérêts**
- Anonymisation
  - Instrument de mise en œuvre du principe de la proportionnalité
  - ≠ d'une phase d'examen
  - Doit être reconnaissable (art. 7 al. 1 et 3 OAD)
- « L'accès ne peut pas être refusé globalement si le caviardage de l'un ou l'autre passage délicat ou l'anonymisation permettent sans trop d'efforts de rendre le document accessible.» (cf. Message LInf, p. 12 ; TC FR, arrêt 601 2019 96 du 9.11.2020, consid. 2)
- Approche simple et pragmatique
- Une pesée des intérêts n'est pas nécessaire en cas de consentement de la personne concernée (art. 27 al. 1 let. b LInf)



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (4)

#### C. Pesée des intérêts

- Mise en balance (art. 27 al. 1 let. c LInf)
  - Intérêt public à la transparence
  - Intérêt à la protection de la vie privée, respectivement *le droit à l'autodétermination informationnelle*
  - Préoccupations publiques importantes pouvant s'opposer à l'octroi du droit d'accès
- Atteinte à la vie privée
  - D'une certaine intensité ≠ désagréments mineurs (ATF 142 II 324 consid. 3 ; ATF 142 II 340, consid. 2; ATF 144 II 77 ; consid. 3)
  - Risque hautement probable ≠ simple éventualité



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (5)

#### ▪ C. Pesée des intérêts

- Pondération des intérêts en présence (art. 27 al. 1 let. c LInf)
- Interprétation de la notion d'intérêt privé et intérêt public à la lumière de la jurisprudence correspondante du TF
- Critères en faveur de la transparence
  - Fonction ou position de la personne concernée (ATF 142 II 340, consid. 4)
  - Notoriété de la personne concernée (Recommandation de la Préposée à la transparence du 18.02.2019)
  - La personne concernée bénéficie de subventions publiques ou d'autres avantages (Recommandations de la Préposée à la transparence du 03.05.2020 et du 26.09.2019, consid. 9)
  - Grande actualité du sujet



### III. RÈGLES DE COORDINATION MATÉRIELLE (6)

#### ▪ C. Pesée des intérêts

- Critères en faveur de la protection des données personnelles
  - Nature des données personnelles en question
  - Conséquences potentielles concrètes pour la personne concernée (TAF, arrêt du 17 février 2011, A-3609/2010 consid. 4)
  - Personne physique contre personne morale (TAF, arrêts du 15 juin 2016, A-4571/2015 et A-7874/2015)
  - Vulnérabilité de la personne concernée et intensité de l'atteinte (ATF 142 II 324 consid. 3 ; ATF 142 II 340, consid. 2 ; ATF 144 II 77; consid. 3 ; TC FR, arrêt 601 2018 267 du 28.11.2018, consid. 3)



## IV. ASPECTS PROCÉDURAUX (1)

### A. Droit d'être entendu de la personne concernée

- **Concrétisation du droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.) et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) (art. 32 al. 2 LInf)**
  - Conféré autant aux personnes physiques qu'aux personnes morales
  - Permet d'apporter des informations essentielles à la pesée des intérêts
  - Porte sur des arguments touchant à la protection de ses propres données
  - « Bref délai » (art. 10 al. 2 OAD) => critère qualitatif ( ≠ art. 11 al. 1 LTrans)



## IV. ASPECTS PROCÉDURAUX (2)

### A. Droit d'être entendu de la personne concernée

- **Concrétisation du droit à l'autodétermination informationnelle (art. 13 al. 2 Cst.) et du droit d'être entendu (art. 29 al. 2 Cst.) (art. 32 al. 2 LInf)**
  - Applicable également en procédure de médiation (TF, arrêt du 2 décembre 2015 1C\_74/2015)
  - L'autorité est tenue d'informer la personne concernée de sa prise de position (art. 32 al. 2 LInf)
  - La prise de position de la personne concernée n'est pas contraignante pour l'autorité requise
  - L'autorité peut renoncer à entendre la personne concernée (art. 11 OAD)
    - Refus de l'accès envisagé
    - Présomption de consentement de la personne concernée
    - Pesée des intérêts penche en faveur de la transparence et qu'aucun intérêt privé ne paraît touché



## IV. ASPECTS PROCÉDURAUX (3)

### B. Accès de la personne concernée à ses propres données

- Législation sur la publicité des documents officiels non applicable (cf. art. 21 al. 1 let. c LInf)
- Droit d'accès spécial réglé par la LPrD (cf. art. 23 ss LPrD)
  - Modalités d'accès
  - Exceptions à l'accès
  - Procédures d'accès et de recours
- Une information inaccessible en vertu de la législation sur la transparence peut en principe être communiquée sur la base de la protection des données
- Renvoi à la législation sur la protection des données => impératif
- Cette voie n'est désormais plus ouverte aux personnes morales au niveau fédéral (cf. art. 1 et 2 nLPD)
  - Consultation des documents contenant des informations les concernant => LTrans



## V. CONCLUSION



## BIBLIOGRAPHIE SÉLECTIVE

- COTTIER BERTIL, Transparence et protection des données – Une relation amour-haine ? in: Waldmann/ Bergamin, 10 ans Llnf Fribourg, la mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, pp. 159-176.
- COTTIER BERTIL, Transparence des traitements de données personnelles opérés par les organes fédéraux : un pas en avant, deux en arrière, in : SZW-RSDA 1/2021, pp. 65-72.
- COTTIER BERTIL, Le droit d'accès aux documents officiels, in : Métille (éd.), Le droit d'accès, Berne 2021, pp. 139-161.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE, La transparence des données personnelles au service de l'intégrité de l'administration, in : ASDPO/SVVOR, Annuaire/Jahrbuch 2019/2020, Berne 2020, pp. 77-92.
- FLÜCKIGER ALEXANDRE / MINETTO MIKE, La communication de documents officiels contenant des données personnelles – La pesée des intérêts dans la pratique des autorités fédérales, Genève 2018.
- WALDMANN BERNHARD, Procédure d'accès aux documents officiels in : Waldmann/ Bergamin, 10 ans Llnf Fribourg, la mise en œuvre du principe de la transparence dans le canton de Fribourg – quelques aspects choisis, Berne 2021, pp. 177-221.

