



Consultation du département de l'emploi, des affaires sociales et de la santé (DEAS) – Initiative parlementaire fédérale 11.449 Publication des mesures de protection des adultes

Avis du 12 février 2014

Mots clés: restriction de l'exercice des droits civils, protection de la personnalité, publication des mesures de protection de l'enfant et de l'adulte, transmission d'une recommandation, obligation de communiquer,

Contexte: Depuis le 1^{er} janvier 2013, les mesures qui restreignent l'exercice des droits civils ne sont plus publiées dans les feuilles d'avis officielles cantonales. Tout tiers intéressé doit, depuis lors, s'adresser à l'autorité cantonale de protection de l'adulte et de l'enfant s'il souhaite connaître l'existence d'une éventuelle mesure. La présente consultation concerne un projet de modification du code civil destiné à mettre en œuvre une initiative parlementaire 11.449, du 16 juin 2011, demandant qu'une mesure prise pour la protection d'un adulte soit inscrite dans le registre de l'Office des poursuites, auquel il appartiendrait de renseigner les tiers de l'existence de mesures par le biais de la délivrance d'un extrait du registre des poursuites.

Bases juridiques: art. 56 al. 3 let. e LIPAD

Considérations:

C'est en raison de la stigmatisation des personnes faisant l'objet d'une mesure tutélaire qui découlaient des publications dans les feuilles d'avis officielles cantonales que le code civil a été modifié récemment.

Depuis lors, de telles publications sont interdites. Tout particulier ou entreprise intéressé doit ainsi s'adresser directement à l'autorité pour savoir si la personne avec laquelle il souhaite contracter fait ou non l'objet d'une mesure de protection.

La pratique montre que des problèmes peuvent effectivement survenir. Pour exemple, à Genève, un jeune pupille avait détourné plusieurs dizaines de milliers de francs chez son employeur, un avocat, qui n'était pas informé que ce dernier était sous tutelle. L'avocat en question avait alors intenté une action en responsabilité de l'Etat car il reprochait à l'autorité, dans le cas particulier le Tuteur général, d'avoir omis de l'aviser de la mesure de tutelle et des risques liés à la personnalité de son pupille¹.

Les spécialistes du droit de protection de l'adulte ont bien attiré l'attention sur ce changement important introduit par le nouveau droit et certains praticiens ont alors alerté sur les risques qui pourraient en découler en termes d'engagements contractuels noués en l'absence de connaissance de mesures de protection.

¹ Voir à cet égard l'arrêt du Tribunal fédéral 2C_330/2008, du 29 août 2008.

Avec l'initiative parlementaire du conseiller national Rudolf Joder, qui tend à l'inscription des mesures dans le registre des poursuites, la solution proposée est une forme de compromis entre, d'une part, une mesure de publication portant une atteinte sensible aux droits de la personnalité, le nom de la personne étant publié au vu et au su de tous dans un journal officiel, et, d'autre part, le secret, soit une absence d'information remplacée par une obligation de prendre directement contact avec l'autorité de protection de l'adulte.

La solution préconisée présente l'avantage de choisir une voie qui est très régulièrement utilisée dans la pratique en Suisse. Dans nombre de situations contractuelles, en effet, - relations de travail, commerciales et/ou financières - le partenaire contractuel potentiel requiert de son cocontractant pressenti la présentation d'un extrait du registre de l'office des poursuites.

Quiconque traite des données personnelles, ce par quoi il convient d'entendre toutes les informations se rapportant à une personne identifiée ou identifiable, par exemple nom, adresse, profession, date de naissance, numéro d'immatriculation, numéro AVS (art. 3 let. a LPD) ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (art. 12 al. 1^{er}).

Si le secret est essentiel, il n'en est pour autant absolu. Toute atteinte à la personnalité est illicite, «à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi» (art. 13 al. 1^{er}). A cet égard, la loi fédérale sur la protection des données² fournit des exemples de ce qui relève ou non d'une atteinte, et donne une liste d'intérêts prépondérants privés.

La loi donne onze exemples d'atteintes (art. 12 al. 2):

- La collecte de données entreprise au **mépris de la loi** (art. 12 al. 2 let. a; art. 4 al. 1^{er}). Exemples: un journaliste use de menaces, commet une violation de domicile, viole le secret du courrier, recourt à des moyens d'enregistrement prohibés, pénètre clandestinement dans un réseau informatique. Le traitement ultérieur de ces informations, lui, n'est pas forcément une atteinte.
- Un traitement de données **violant le principe de la bonne foi** (art. 4 al. 2). N'est plus loyal celui qui conserve des données sans intérêt, ou qui n'a pas vraiment intérêt à rassembler les données en question.
- Un traitement de données **violant le principe de la proportionnalité** (art. 4 al. 2). Lorsqu'on peut obtenir le même résultat en poussant moins loin la curiosité, on le fera. Pour contrer un adversaire politique, il ne se justifie pas de dévoiler complètement et systématiquement sa vie privée (FF 1988 II 458).
- Un traitement qui se fait dans un **autre but** que celui qui a été indiqué lors de la collecte (art. 4 al. 3). Exemple: l'image prise d'une personne à l'hôpital avec son accord, pour une émission dont elle pensait qu'elle serait unique, est utilisée pour d'autres émissions sans rapport avec la précédente. Plus l'atteinte est grave, plus il y a lieu d'admettre que le but a changé et qu'il faut un nouvel accord (JAAC 1993, p. 332 s.). Qu'en est-il de l'émission pour consommateurs qui envoie des collaborateurs tester des garages ou des restaurants déguisés en simples clients? Le procédé est illicite. Mais le diffuseur devrait pouvoir invoquer un motif justificatif, dans la mesure où il n'aurait pas obtenu, sinon, une information importante pour le public (ci-dessous n^{os} 1768 s.).
- Une collecte de données personnelles, en particulier les finalités du traitement, **non reconnaissables pour la personne concernée** (art. 4 al. 4). Il s'agit d'une concrétisation du principe de la bonne foi tendant à ce que les personnes traitant de données personnel-

² LPD, du 19 juin 1992, RS 235.1.

les se montrent plus soucieuses des intérêts des individus concernés (COTTIER, LPD, p. 3). La collecte, par des personnes privées, des adresses IP est contraire aux principes de finalités et de transparence (arrêt de l'Obergericht bernois du canton de Berne, du 22 mars 2011, *in sic!* 2011, p. 658 ss). Elle peut toutefois se justifier par l'intérêt supérieur privé et public au respect des lois et à la sanction de ceux qui violent le droit d'auteur (arrêt du Tribunal fédéral A_3144/2008, *Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence*, du 27 mai 2009, cons. 7 et 8).

- Un traitement de **données inexactes** (art. 5 al. 1^{er}). Une donnée peut être inexacte sans forcément présenter la personne sous un faux jour. En ce sens, la loi sur la protection des données est plus sévère que l'art. 28 CC tel que l'interprète le Tribunal fédéral (ci-dessus n° 1503). Un nom mal orthographié ne constitue pas une atteinte. On peut demander à l'entreprise qu'elle mette ses archives à jour (FF 1988 II 457), également dans le domaine photographique, où les «informations» vieillissent souvent très mal.
- **La communication de données à l'étranger** si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une protection des données équivalant à celle qui est garantie en Suisse (art. 6 al. 1^{er}).
- Un traitement de données frappé d'un **défaut de sécurité** (art. 7 al. 1^{er}). Le traitement ne garantit pas que les données seront protégées contre tout traitement non autorisé.
- Un traitement de données **contre la volonté expresse de la personne** concernée (art. 12 al. 2 let. b). Il n'est pas nécessaire que la personne invoque un intérêt particulier à son refus, ni qu'il s'agisse de données secrètes. A cet égard, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après en avoir été dûment informée; son consentement doit être explicite s'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité (art. 4 al. 5).
- **La communication à des tiers de données sensibles** (art. 12 al. 2 let. c). On considère comme telles les données personnelles sur les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales; sur la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race; sur des mesures d'aide sociale; sur des poursuites ou sanctions pénales et administratives (art. 3 let. c). Il en va de même des informations recueillies dans le cadre d'une vidéosurveillance (FLÜCKIGER/AUER, p. 927), ou encore des adresses IP, étant donné que les providers sont obligés, le cas échéant, de révéler le nom de leurs détenteurs à la justice pénale (arrêt du Tribunal fédéral A_3144/2008, *Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence*, du 27 mai 2009, cons. 2.2.5). Ne sont pas compatibles avec la loi les activités d'une société consistant à rechercher, au moyen d'un logiciel, pour le compte des titulaires de droits d'auteur, les offres illégales d'œuvres protégées par le droit d'auteur dans les réseaux *peer-to-peer*, quand bien même les possibilités de reproduction numérique compliquent considérablement l'exploitation économique globale des droits considérés. Cette activité ne peut se justifier par un intérêt prépondérant, d'autant qu'un tel intérêt ne peut être admis qu'avec retenue (arrêt du Tribunal fédéral 1C_285/2009, du 8 septembre 2010). La Cour européenne de justice estime qu'il est exclu d'exiger d'un fournisseur d'accès à Internet de livrer, dans le cadre d'une procédure civile pour violation des droits d'auteur, les noms et adresses de ses abonnés suspectés d'avoir illégalement utilisé un logiciel d'échanges (Cour européenne de justice, affaire C-275/06, *Productores de Música de España (Promusicae)*, du 29 janvier 2008). Le simple traitement de données sensibles n'est pas une atteinte. La communication à des tiers de données sensibles rendues accessibles par la personne elle-même non plus (ci-dessous n° 1768). Les médias seraient particulièrement concernés par cette disposition s'ils ne pouvaient invoquer de motifs justificatifs.
- **La communication à des tiers de profils de la personnalité** (art. 12 al. 2 let. c). On considère comme un profil de la personnalité un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique (art. 3 let. d). Ici aussi, c'est du pain quotidien des médias qu'il s'agit. Depuis le 1^{er} janvier

2008, le maître du fichier doit d'office informer la personne concernée lors de la collecte de profils de la personnalité ou de données sensibles qui la concernent (art. 7a).

Toute atteinte revêtant l'une des caractéristiques susmentionnées est illicite, à moins que son auteur ne puisse invoquer un motif justificatif, tel que le consentement de la victime, un intérêt prépondérant privé ou public, ou l'existence d'une disposition légale l'y autorisant (art. 13 al. 1^{er}). Pour faciliter l'application de la loi, le législateur fédéral donne encore plusieurs exemples de cas où l'on pourra – mais non devra – admettre l'existence d'un motif justificatif (al. 2). Les intérêts prépondérants de la personne qui traite des données personnelles entrent notamment en considération si le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant (let. a); le traitement s'inscrit dans un rapport de concurrence économique actuel ou futur avec une autre personne, à condition toutefois qu'aucune donnée personnelle traitée ne soit communiquée à des tiers (let. b).

Dès lors que l'extrait du registre des poursuites mentionnera uniquement si la personne concernée a l'exercice des droits civils ou si sa capacité civile lui a été retirée, entièrement ou partiellement, la compatibilité du projet de modification du code civil avec la LPD tel que proposé nous paraît assurée. Il est clairement exclu que l'extrait comporte d'autres renseignements.

Cette solution, compatible avec la protection des données, a l'avantage de permettre à un tiers intéressé ou un éventuel partenaire contractuel de prendre connaissance assez facilement de toute mesure de protection touchant l'autre partie dans l'exercice de ses droits civils.

Le Préposé cantonal a bien pris note que la révision a par ailleurs pour but de définir les autres autorités auxquelles l'autorité de protection de l'enfant et de l'adulte est tenue de communiquer l'existence d'une mesure et n'a pas de commentaires particuliers à formuler à cet égard.

Avis du Préposé cantonal

Au vu de ce qui précède, le préposé cantonal est d'avis que le projet de modification du code civil suisse relatif à la communication des mesures de protection des adultes peut être soutenu.

Pascale Byrne-Sutton
Préposée adjointe

Stéphane Werly
Préposé cantonal