



AVOCATS
RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS AT LAW

REYMOND
& ASSOCIÉS

Conférence du stage :

Le droit de la protection des données

Anne Dorthe, av.

2 septembre 2024



Anne Dorthe

Reymond & Associés
Avenue de la Gare 1
Case postale 1284
1001 Lausanne

+41 21 348 11 11

www.jmrlegal.ch

dorthe@jmrlegal.ch

[Profil LinkedIn](#)

[Profil site internet](#)

Avocate, LL.M. en propriété intellectuelle (Turin)

Chargée de cours à l'EPFL

Ancienne membre de la Commission de recours
interne des EPF

Plan

INTRODUCTION

JURISPRUDENCE SÉLECTIONNÉE

NOTIONS DE BASE

- Bases légales
- Art. 5 LPD (définitions)
- Principes

QUESTIONS

PROCÉDURES EN MATIÈRE

- Civile
- Administrative
- Pénale

Introduction

Contexte général :

- Multiplication des **cyberattaques** et autres actions malveillantes (demandes de rançon, phishing, etc.)
- Multiplication des **demandes** de personnes concernées (demandes d'accès, de suppression, de modification, etc.)
- Renforcement des **exigences légales** de protéger les données

→ **Risques opérationnels, financiers et juridiques** pour les entreprises, notamment :

- Arrêt d'activités (cryptage, perte des données, etc.)
- Dommage réputationnel (presse, publication de décisions, d'enquêtes, etc.)
- Perte de clients et/ou de partenaires, avantage pour les concurrents
- Coûts de recherches forensiques, de rétablissement et/ou de paiement de la rançon
- Devoir légal d'annonce des violations aux autorités (24 LPD) et/ou personnes concernées, éventuellement devoir contractuel (partenaires, assurances, etc.)
- Augmentation des primes d'assurance
- Procédures : Actions civiles (30 ss LPD / 28 ss CC) et/ou pénales (60 ss LPD) et/ou administratives (dénonciations, enquêtes) (art. 49ss LPD)

Notions de base (bases légales)

Bases légales principales :

- **Loi fédérale sur la protection des données (LPD)** – loi révisée entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023
- **Ordonnance sur la protection des données (OPDo)**
- Règlement européen général sur la protection des données (RGPD, GDPR en anglais)
- Diverses autres normes (notamment « lois métiers ») : par ex. art. 328b CO, art. 28 ss CC, LBA
- **Lois cantonales sur la protection des données** : par ex. LPrD (VD), LIPAD (GE), LPrD (FR)

Champ d'application – quelle est la loi applicable ?

- **Droit fédéral** (LPD, OPDo) pour les traitements effectués par des personnes privées ou des organes fédéraux -> vérifier application matérielle (art. 2 LPD) et territoriale (art. 3 LPD)
- **Droit cantonal** pour les traitements effectués par des organes cantonaux ou des personnes privées délégataires de tâches publiques confiées par le canton ou une commune (cf. art. 3 al. 2 let. e LPrD)
- **Droit européen** : le RGPD peut avoir un effet extraterritorial pour les entreprises sises en Suisse, notamment lorsque le traitement est lié à l'offre de biens ou de services à des personnes situées dans l'UE (art. 3 para. 2 RGPD)

Notions de base (art. 5 LPD)

- **Données personnelles** = toute information relative à une personne physique identifiée ou identifiable («personne concernée»)
 - Par ex. : nom et prénom, adresse postale, email, n° téléphone, photo, n° AVS, IBAN, n° carte d'identité, adresse IP, casier judiciaire, certificat médical, antécédents médicaux, données de localisation, adresse IP, etc.
- **Données sensibles** = données sur :
 - les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales
 - l'appartenance à une race/ethnie
 - la sphère intime
 - la santé
 - les poursuites ou sanctions pénales et administratives
 - les mesures d'aide sociale
 - les données biométriques
 - les données génétiques

Notions de base (art. 5 LPD)

- **Traitement** = toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, l'archivage, la destruction de données
- **Communication** = le fait de transmettre des données personnelles ou les rendre accessibles
- **Responsable du traitement** = personne privée (ou organe fédéral) qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles
- **Sous-traitant** = personne privée (ou organe fédéral) qui traite des données personnelles pour le compte du responsable du traitement
 - Par ex.: fournisseur de logiciel, fiduciaire, prestataire externe pour la facturation ou l'expédition, etc.
- **Violation de la sécurité des données** = toute violation de la sécurité entraînant de manière accidentelle ou illicite la perte de données personnelles, leur modification, leur effacement ou leur destruction, leur divulgation ou un accès non autorisé à ces données

Notions de base (art. 6 LPD)

Principes généraux de la LPD (cf. aussi art. 5 ss LPrD) :

- **Licéité**
- **Bonne foi**
- **Proportionnalité**
- **Finalité**
- **Exactitude**
- **Sécurité**

Procédures en matière civile

- **Action générale (art. 32 LPD)**
 - **En rectification des données inexactes** (al. 1) (compléter des données manquantes ou lacunaires, corriger ou détruire des données erronées)
 - **En protection de la personnalité** (al. 2), par renvoi général aux actions régies par les art. 28, 28a et 28g et 28l CC (interdiction, cessation en constatation de l'atteinte, en dommages-intérêts, remise de gain et réparation du tort moral (art. 28a al. 3 CC); droit de réponse). En sus des actions réparatrices (art. 41 et 49CO), les actions défensives sont:
 - Action en **interdiction d'un traitement** déterminé (let. a)
 - Action en **interdiction d'une communication** à un tiers (let. b)
 - Action en **effacement ou la destruction** de données personnelles (let. c)
 - **En mention du caractère litigieux** (al. 3)
 - **En communication du résultat obtenu à des tiers ou sa publication (art. 32 al. 4 LPD)**
- **Action en exécution du droit d'accès** (art. 25 LPD; restrictions art. 26 LPD; art. 16ss OPDo)
- **Action en remise ou transmission** des données traitées par une personne privée (ou droit à la portabilité ; art. 28 LPD; restrictions art. 29 LPD qui renvoie à art. 26 LPD)
- **Droit d'opposition** au traitement (déduit de l'art. 30 al. 2 let. b et al. 3 LPD)

Procédures en matière civile

- Aspects procéduraux :
 - Légitimation passive : responsable du traitement ou autre personne qui participe à l'atteinte (art. 28 al. 1 CC), pas organe fédéral sauf si agit exclusivement selon le droit privé (art. 40 LPD)
 - Procédure simplifiée si l'action est fondée sur le droit d'accès de l'art. 25 LPD (art. 243 al. 2 let. d CPC)
 - Pas de frais judiciaires, ni en conciliation (art. 113 al. 2 let. g CPC) ni au fond (art. 114 let. g CPC) → augmentation à l'avenir des procédures?
 - Possibles mesures provisionnelles voire superprovisionnelles (art. 261 ss CPC)
 - Extension des pouvoirs du PFPDT et possibilités de prononcer des mesures administratives (art. 51 LPD) peut pousser à privilégier la voie administrative
 - For: art. 20 CPC (for général), art. 34 (for spécial) pour les actions dans le contexte des rapports de travail
 - Pour action fondée sur l'art. 28 LPD, mêmes modalités procédurales (art. 22 OPDo)
- Si le responsable de traitement est un organe fédéral qui n'agit pas selon le droit privé (art. 40 LPD), la procédure est de nature administrative
- En droit cantonal, la procédure est de nature administrative (art. 30 ss LPrD)

Procédures en matière administrative

Droit fédéral:

- Pendant de l'art. 32 LPD: **art. 41 LPD** (s'abstenir, supprimer, constater caractère illicite, rectifier, publier ou communiquer à des tiers la décision, limiter le traitement, ajouter la mention du caractère litigieux, etc.)
- Art. 37 LPD: s'opposer à la **communication** à des tiers
- Art. 25 LPD (**accès**): exerçable contre organe fédéral
- Art. 28 LPD (**portabilité ou transmission**) : exerçable contre organe fédéral
- Art. 49 à 53 LPD : Pouvoirs d'enquête d'office ou sur dénonciation - Déposer une **dénonciation** au Préposé fédéral en cas de traitement contraire aux dispositions légales (art. 49 LPD). Le dénonciateur n'a pas la qualité de partie, seulement le droit d'être informé des suites données à la dénonciation (art. 52 al. 2 LPD).
- PA applicable, sauf exceptions (art. 41 al. 2 LPD, 52 LPD, etc.)

Droit cantonal :

- Toute prétention fondée sur la LPrD est de nature administrative (art. 30 ss LPrD) :
- Décision du responsable du traitement suite à la demande de la personne concernée
- Recours au Préposé, qui tente la conciliation, et/ou au TC
- Gratuité garantie par l'art. 33 LPrD, sauf demande abusive

Procédures en matière pénale

- Infractions pénales poursuivies :
 - Violation des obligations d'informer, de renseigner et de collaborer (art. 60 LPD)
 - Violation des devoirs de diligence (art. 61 LPD)
 - Violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD)
 - Insoumission à une décision du PFPDT ou d'une autorité de recours (art. 63 LPD)
- Intention nécessaire
- Art. 60, 61 et 63 LPD: ne visent qu'une personne privée, à l'exclusion d'un organe fédéral
- Poursuite par les cantons (art. 65 al. 1 LPD)
- Dénonciation par la personne concernée, un tiers ou le PFPDT (art. 65 al. 2 LPD)
- Prescription: 5 ans (art. 66 LPD)
- aLPD: sanction CHF 10'0000
- nLPD: sanction CHF 250'000 et CHF 50'000 en cas d'infraction de peu de gravité commise dans une entreprise, si pas possible d'identifier l'auteur

Jurisprudence sélectionnée

- NB: jurisprudence sur la nLPD encore rare, mais les arrêts rendus sous aLPD restent pertinents

Limites au droit d'accès

- **TF 8C_723/2022 du 06.10.2023**, principalement consid. 5.3
 - Faits : recourante a invoqué (à titre accessoire) le droit d'accès dans le cadre d'une procédure en assurances sociales, pour obtenir certains documents internes liés à une expertise médicale la concernant.
 - TF rappelle (=confirmation de l'ATF 140 V 464) que le droit d'accès de la LPD doit être utilisé en accord avec les objectifs de cette loi. Le droit d'accès doit permettre à la personne concernée de faire valoir ses autres droits en matière de protection des données, comme l'indique désormais l'art. 25 al. 2 nLPD.
 - En l'espèce, le but de la recourante était uniquement de faire valoir des prétentions relevant du droit des assurances sociales, ce qui est étranger aux objectifs de la LPD (cf. aussi art. 26 al. 2 let. c nLPD).
 - → *Droit d'accès refusé*
- Dans le même sens:
 - ATF 147 III 139 : demande d'accès refusée car abusive – tentative de «*fishing expedition*» pour obtenir des preuves en vue d'un procès civil
 - CJ GE, ACJC/1610/2023 du 05.12.2023 : demande d'accès refusée car abusive – fille en litige avec son père qui cherchait à obtenir des informations sur la situation financière de celui-ci et sur le trust dont elle avait été exclue des bénéficiaires

Jurisprudence sélectionnée

Protection des données et droit du travail

- **TF 4A_518/2020** du 25.08.2021: [ici](#)
 - Faits : après résiliation des rapports de travail avec effet immédiat, employeuse accède au compte iCloud de son ex-employé et récupère des données figurant dans le téléphone portable professionnel, dont des conversations Whatsapp privées et intimes. L'ex-employé ouvre action et se plaint notamment d'atteinte à sa personnalité.
 - L'accès aux messages privés de l'employé constitue bien un traitement de données personnelles et une atteinte à la personnalité. Il faut alors se demander si cette atteinte est licite, c'est-à-dire s'il y a un motif justificatif (cf. art. 13 aLPD / art. 31 nLPD).
 - Selon le TF, l'art. 328b CO pose une «présomption de licéité» lorsque les données traitées portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail. La doctrine défend une interprétation assez large de la 2^e hypothèse («nécessaires à l'exécution du contrat de travail»), incluant le traitement des données nécessaires en prévision d'un procès lié au contrat de travail.
 - Toutefois, les principes généraux de la LPD demeurent applicables, dont le principe de proportionnalité. En l'espèce, l'employeuse a «jeté en pâture [...] des pans entiers de la vie intime de l'employé» sans chercher des moyens d'investigation moins intrusifs.
 - → *Atteinte à la personnalité reconnue, tort moral de CHF 5'000 octroyé à l'ex-employé*

Jurisprudence sélectionnée

Réparation du tort moral pour tort moral (crainte fondée)

- CJUE, aff. C-340/21 du 14 décembre 2023, ECLI:EU:C:2023:986: [ici](#)
 - **Cyberattaque** contre une administration bulgare a entraîné la perte de données de plus de 6 millions de personnes concernées
 - L'une d'elles poursuit l'Etat bulgare en **réparation de son préjudice moral**, car elle craint que ses données ne soient utilisées à mauvais escient (chantage, agression, enlèvement)
 - Appréciation du niveau de protection des données selon art. 24 et 31 RGPD incombe au juge national dans le cadre d'un examen concret (probabilité de survenance, gravité du risque, etc.)
 - → La **crainte** que les données soient utilisées à l'avenir de manière abusive par une personne non autorisée (*hacker, tiers, etc.*) **peut**, si elle est qualifiée de fondée par le juge national, **constituer un préjudice moral** qui doit être réparé conformément à l'art. 82.1 RGPD

Jurisprudence sélectionnée

Cour de Justice GE, arrêt AARP/91/2023 du 17 mars 2023: [ici](#)

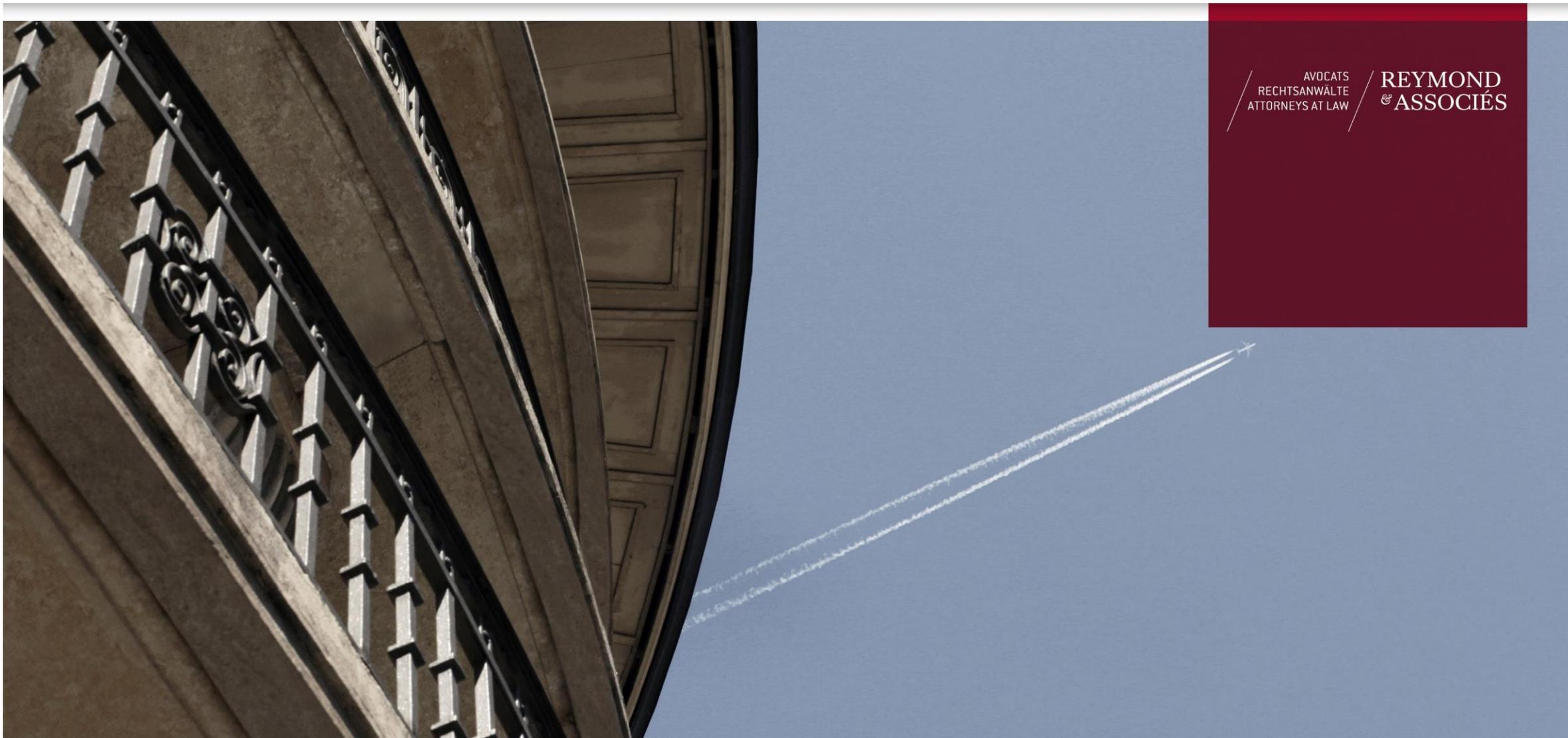
- Course-poursuite dans le centre-ville de Genève entre D. et une voiture de police conduite par A.
- Au cours de sa fuite, D. utilise une voie réservée aux trams; A. roule en sens inverse sur la voie de circulation et traverse les voies de trams
- Cette scène est enregistrée sur **vidéo** par un passant. Seule le n° de la plaque d'immatriculation de la voiture de A (police) est visible.
- Pour l'exploitation des preuves privées: art. 141 al. 2 CPP
- Données personnelles: personnelles identifiées ou identifiables (aLPD, nLPD)
- Les informations relatives à l'utilisation des voitures de police ne sont toutefois accessibles que pour la police et sont secrètes. Par conséquent, ce n° d'immatriculation n'est *in casu* pas une donnée personnelle et → *il n'y a pas de violation des principes de la LPD*

Jurisprudence sélectionnée

Cour suprême Glaris, arrêt OG.2022.00037 du 28 juillet 2023: [ici](#)

- Un conflit de voisinage important et de longue date oppose A et V.
- En avril 2020, A insulte B, qui l'enregistre (audio)
- Cet enregistrement est-il exploitable dans le cadre d'une procédure pénale?
- L'intérêt majeur à un état sans surveillance prévaut à la conservation des preuves, ce d'autant plus que le plaignant aurait systématiquement tenté de réaliser des enregistrements.
- → *Pas de nécessité de preuve reconnue*

QUESTIONS ?



AVOCATS
RECHTSANWÄLTE
ATTORNEYS AT LAW

REYMOND
& ASSOCIÉS