

La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?

Thèse

Etude des moyens d'action en droit suisse

Thèse présentée à la Faculté de droit
de l'Université de Neuchâtel
le 24 juin 2013

Pour l'obtention du titre de docteur en droit

par

Agnès HERTIG PEA

Jury :

Prof. Olivier GUILLOD
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Directeur de thèse

Prof. Dominique SPRUMONT
Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Rapporteur interne

Prof. Dominique MANAI
Faculté de droit de l'Université de Genève
Rapporteuse externe

IMPRIMATUR POUR LA THESE

**La protection des données personnelles médicales est-elle efficace ?
Etude des moyens d'action en droit suisse**

Agnès HERTIG PEA

UNIVERSITE DE NEUCHATEL

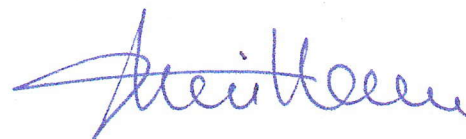
FACULTE DE DROIT

La Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel,
sur le rapport des membres du jury

- M. Jean-Philippe Dunand (président)
- M. Olivier Guillod (directeur de thèse)
- M. Dominique Sprumont (rapporteur interne)
- Mme Dominique Manai-Wehrli, professeure à l'Université de Genève
(rapporteur externe)

autorise l'impression de la présente thèse.

Neuchâtel, le 28 octobre 2013



Florence Guillaume
Doyenne de la Faculté de droit

Résumé

Il y a vingt ans, la loi fédérale sur la protection des données (LPD) entrait en vigueur afin d'améliorer la protection de la population contre les traitements illicites de données personnelles. Pour élaborer cette loi, le législateur avait analysé les domaines où des données personnelles étaient utilisées et avait alors choisi des dispositions en conséquence. La LPD permettait ainsi de renforcer les dispositions légales protégeant les données personnelles, telles que les dispositions du code pénal sur le secret professionnel et le secret de fonction, ainsi que les dispositions de droit civil protégeant la personnalité. Le monde a évolué, Internet et l'informatique ont pris énormément d'ampleur, les méthodes de communication se sont beaucoup développées et les dangers en matière de protection des données ont changé ; la question qui se pose aujourd'hui est alors de savoir si ces différents moyens actuels de protection des données personnelles sont toujours efficaces et quelles sont les améliorations pouvant être apportées.

Les données personnelles médicales sont des données sensibles car elles portent sur des aspects intimes de la personnalité que tout un chacun ne souhaite pas forcément voir exposé au grand jour. Leur protection se doit d'être efficace, car une mauvaise utilisation de celles-ci peut facilement léser la personne concernée. Cette thèse de doctorat porte ainsi principalement sur l'étude de la protection légale de ce type de données.

Les premières dispositions légales étudiées sont celles du droit civil protégeant la personnalité (art. 28ss CC). Ces dispositions permettent d'interdire un traitement de données personnelles qui menace de se produire, de faire cesser un traitement en cours ou encore de constater l'atteinte découlant du traitement illicite de données personnelles ayant déjà eu lieu. Les actions défensives basées sur l'art. 28a CC ne sont toutefois que rarement voire jamais utilisées, certainement en raison du fait qu'une personne lésée par un traitement illicite ne va pas introduire une action en justice pour une lésion qui ne lui semble pas grave, du moins du point de vue économique.

L'étude porte ensuite sur l'efficacité des actions réparatrices en cas de traitement illicite des données personnelles (art. 41ss CO et lois publiques de responsabilité) ; à nouveau, ces actions ne sont pas utilisées en matière de protection des données, et ceci, certainement pour les mêmes raisons que pour les actions défensives du Code civil. L'absence d'action en cas de traitement illicite des données personnelles risque d'affaiblir la protection des données personnelles car les maîtres du fichier pourraient se sentir de plus en plus légitimer à agir illégalement.

En matière pénale, l'utilisation des moyens mis à disposition par le législateur n'a pas beaucoup plus de succès ; en effet, les dispositions pénales (secret professionnel de l'article 321 CP, secret de fonction de l'article 320 CP, devoir de discrétion de l'article 35 LPD ou encore secret des lois cantonales de santé) ne font l'objet que de très peu de plaintes, probablement car les victimes n'ont pas connaissance de leurs droits ou de l'infraction ou tout simplement car elles estiment qu'il n'est pas nécessaire de faire fonctionner la machine judiciaire pour un manque de discrétion de la part de leur médecin. On constate également que l'obligation de garder le secret est parfois mal comprise chez les professionnels, qui n'en connaissent ni le contenu ni l'importance pour la protection de la personnalité de leurs patients.

Pour finir, les moyens prévus par la loi pour intervenir auprès du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) ne sont pas plus satisfaisants que les moyens offerts par le droit civil et le droit pénal. Le PFPDT ne peut en effet que faire des recommandations auprès des maîtres du fichier qui ne respectent pas la protection des données; contrairement à la CNIL française ou aux préposés à la protection des données des Länder allemands, il ne dispose d'aucun moyen de contrainte, comme par exemple la possibilité de rendre des décisions amendant les maîtres du fichier agissant de manière illicite.

Cette thèse étudie ainsi quelles sont les faiblesses de la protection des données personnelles médicales en Suisse et quelles sont les modifications possibles, législatives ou pratiques, pouvant améliorer cette protection, tant à l'encontre des professionnels de la santé que des autres personnes utilisant de telles données dans d'autres domaines, tels que les réseaux sociaux.

Mots-clés

Protection des données ; droit suisse ; actions défensives ; actions réparatrices ; secret professionnel ; préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
Data protection ; swiss legislation ; defensive actions ; remedial actions ; professional confidentiality ; Federal Data Protection and Information Commissioner

Le droit, la jurisprudence et la doctrine ont été pris en compte jusqu'au 30 juin 2013

Table des matières

Table des abréviations	XXI
Bibliographie	XXVII
Introduction	1
Première partie : Généralités	1
La protection des données personnelles	3
1.1. <i>Introduction</i>	3
1.2. <i>Domaines concernés par la protection des données personnelles</i>	3
1.2.1. Généralités	3
1.2.2. Domaine privé	5
1.2.3. Domaine public	6
1.2.4. Domaine de la santé, public ou privé	7
1.3. <i>Nécessité d'une protection des données personnelles médicales</i>	8
1.4. <i>Risques actuels pour les données personnelles médicales</i>	10
1.4.1. Données très sensibles, donc très préjudiciables	10
1.4.2. Augmentation du risque de traitement illicite en raison de l'évolution des nouvelles technologies informatiques	11
1.4.3. Augmentation du risque de traitement illicite en raison de la multiplication des bases de données personnelles	13
1.4.4. Risque de traitement illicite de données personnelles pour des raisons économiques	13
1.4.5. Risque de traitement illicite de données personnelles en raison de l'ignorance du maître du fichier	14
1.5. <i>Conséquences des traitements illicites de données personnelles médicales</i>	15
1.5.1. Pour l'individu : atteinte à la personnalité	15

1.5.2. Pour la société : démocratie et liberté personnelle en danger	16
1.6. <i>Utilisation des données personnelles médicales</i>	17
1.6.1. Généralités	17
1.6.2. Traitement médical	17
1.6.2.1. Généralités	17
1.6.2.2. Patients capables de discernement	18
1.6.2.3. Patients incapables de discernement	22
1.6.2.4. Personnes ne faisant plus l'objet d'un traitement médical	23
1.6.2.5. Patients décédés	24
1.6.2.6. Informations en rapport avec des tiers	25
1.6.3. Gestion administrative	25
1.6.4. Recherche scientifique	26
1.6.5. Expertise judiciaire	26
1.6.6. Gestion des assurances sociales	27
1.6.7. Don du sang	28
1.6.8. Réseaux sociaux	28
1.6.9. Cloud computing	29
1.7. <i>Conclusion</i>	30
Sources légales	33
2.1. <i>Généralités</i>	33
2.2. <i>Détermination des normes applicables</i>	33
2.2.1. Principe de la hiérarchie des normes	33
2.2.1.1. Primauté du droit international	33
2.2.1.2. Portée des droits fondamentaux	35
2.2.1.3. Force dérogatoire du droit fédéral	37
2.2.1.4. Compétence pour légiférer et portée de l'article 6 CC	38
2.2.2. Distinction droit privé – droit public	40
2.2.2.1. Hôpitaux	40
2.2.2.2. Caisses-maladie	41
2.2.3. Principes d'interprétation	42
2.3. <i>Droit international</i>	43
2.3.1. Généralités	43

2.3.2.	Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°108)	43
2.3.3.	Autres textes du Conseil de l'Europe	45
2.3.4.	Résolution 45/95 des Nations Unies	46
2.3.5.	Dispositions découlant de l'OCDE	47
2.3.6.	Conférences internationales des commissaires à la protection des données et à la vie privée	48
2.3.7.	Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme	51
2.4.	<i>Droit européen : Directive 95/46/CE</i>	52
2.5.	<i>Droits fondamentaux</i>	54
2.5.1.	Généralités	54
2.5.2.	Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)	55
2.5.3.	Article 10 de la Convention d'Oviedo	57
2.5.4.	Article 17 du Pacte II de l'ONU relatif aux droits civils et politiques	60
2.5.5.	Article 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse	60
2.5.6.	Constitutions cantonales	64
2.6.	<i>Législation nationale</i>	65
2.6.1.	Généralités	65
2.6.2.	Règles de droit privé	66
2.6.2.1.	Loi fédérale sur la protection des données (LPD)	66
2.6.2.2.	Code civil suisse (CC)	68
2.6.2.3.	Code de procédure civile (CPC)	69
2.6.2.4.	Code des obligations (CO)	70
2.6.2.5.	Loi sur le contrat d'assurance (LCA)	71
2.6.3.	Règles de droit public	72
2.6.3.1.	Loi fédérale sur la protection des données (LPD)	72
2.6.3.2.	Lois fédérales en matière d'assurances sociales	72
2.6.3.3.	Ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (OCA)	74
2.6.3.4.	Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)	75
		XI

2.6.3.5.	Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup)	76
2.6.3.6.	Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse	77
2.6.3.7.	Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd)	78
2.6.3.8.	Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy)	78
2.6.3.9.	Projet de loi fédérale sur le dossier électronique du patient	79
2.6.3.10.	Lois cantonales sur la protection des données	80
2.6.3.11.	Lois cantonales sur la santé	82
2.6.4.	Règles de droit pénal	83
2.6.4.1.	Secret de fonction (art. 320 CP)	83
2.6.4.2.	Secret professionnel (art. 321 CP)	83
2.6.4.3.	Secret professionnel en matière de recherche médicale (art. 321bis CP)	84
2.6.4.4.	Soustraction de données personnelles (art. 179 ^{novies} CP)	85
2.6.4.5.	Soustraction de données (art. 143 CP)	85
2.6.4.6.	Devoir de discrétion (art. 35 LPD)	86
2.6.4.7.	Droit pénal administratif cantonal	86
2.7.	<i>Réglementations professionnelles</i>	87
2.7.1.	Code de déontologie de la FMH	87
2.7.2.	Article 23 de la Déclaration d’Helsinki	88
2.7.3.	Code international d’éthique médicale	88
2.7.4.	Autres	89
2.8.	<i>Conclusion</i>	89
	Deuxième Partie : Moyens d’action	91
	Actions défensives	93
3.1.	<i>Généralités</i>	93
3.2.	<i>Notion de traitement de données personnelles</i>	94
3.3.	<i>Principes applicables en matière de traitement de données personnelles médicales</i>	94
3.3.1.	Principes généraux	94
3.3.1.1.	Licéité du traitement de données personnelles	94
3.3.1.2.	Bonne foi	95

3.3.1.3.	Proportionnalité	96
3.3.1.4.	Finalité	97
3.3.1.5.	Reconnaissabilité de la collecte de données personnelles	97
3.3.1.6.	Consentement libre et éclairé	98
3.3.1.7.	Exactitude des données	99
3.3.1.8.	Mesures de sécurité	100
3.3.1.9.	Communication transfrontière de données	100
3.3.1.10.	Déclaration au registre des fichiers	102
3.3.2.	Principes spécifiques applicables aux rapports entre privés	102
3.3.2.1.	Interdiction de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs	102
3.3.2.2.	Interdiction de communiquer des données sensibles ou des profils de la personnalité à des tiers	102
3.3.2.3.	Devoir d'informer lors de la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité	103
3.3.3.	Principes spécifiques applicables aux rapports de droit public	104
3.3.3.1.	Généralités	104
3.3.3.2.	Exigence d'avoir une base légale	104
3.3.3.3.	Intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui	107
3.3.3.4.	Proportionnalité	107
3.3.3.5.	Information lors de la collecte	108
3.3.3.6.	Traitement à des fins de recherche, de planification et de statistique	109
3.4.	<i>Droit d'accès</i>	109
3.4.1.	Généralités	109
3.4.2.	Titulaire du droit	112
3.4.3.	Etendue du droit	113
3.4.3.1.	Principe général	113
3.4.3.2.	Exceptions	114
3.4.3.3.	Consultation du dossier d'un patient décédé	118
3.4.4.	Modalités du droit d'accès	121

3.4.5. Action en exécution du droit d'accès	122
3.5. <i>Actions défensives du Code civil</i>	123
3.5.1. Généralités	123
3.5.1.1. Articles 15 LPD et 28a CC	123
3.5.1.2. Avant la révision du Code civil de 1982	125
3.5.1.3. Types d'actions	126
3.5.2. Procédure	128
3.5.2.1. Généralités	128
3.5.2.2. Parties à la procédure	128
3.5.2.2.1. Légitimation active	128
3.5.2.2.2. Légitimation passive	129
3.5.2.2.2.1. Un seul défendeur	129
3.5.2.2.2.2. Plusieurs défendeurs	130
3.5.2.3. For	131
3.5.2.3.1. En cas de litige national	131
3.5.2.3.2. En cas de litige international	132
3.5.2.3.3. Internet et les fors	135
3.5.2.4. Droit applicable	137
3.5.2.4.1. Généralités	137
3.5.2.4.2. En cas de litige international	137
3.5.2.4.3. Internet et le droit applicable	139
3.5.3. Condition commune aux actions défensives : l'atteinte illicite à la personnalité	141
3.5.3.1. Généralités	141
3.5.3.2. Motifs justificatifs	143
3.5.3.2.1. Généralités	143
3.5.3.2.2. Consentement du lésé	143
3.5.3.2.3. Intérêt prépondérant	148
3.5.3.2.4. La loi	153
3.5.4. Action en prévention de l'atteinte	156
3.5.4.1. Généralités	156
3.5.4.2. Conditions	156
3.5.4.3. Conclusions de la requête	158
3.5.5. Action en cessation de l'atteinte	159
3.5.5.1. Généralités	159
3.5.5.2. Conditions	159

3.5.5.3. Conclusions de la requête	160
3.5.5.4. Action en destruction	161
3.5.5.5. Action en rectification	162
3.5.5.6. Situation conforme au droit	162
3.5.6. Action en constatation de droit	163
3.5.6.1. Généralités	163
3.5.6.2. Conditions	165
3.5.6.3. Conclusions de la requête	165
3.6. <i>Mesures provisionnelles</i>	166
3.6.1. Généralités	166
3.6.2. Conditions	167
3.6.3. Types de mesures	168
3.6.4. Les sûretés	170
3.6.5. Procédure	171
3.6.6. Exécution des mesures provisionnelles	173
3.7. <i>Moyens juridiques contre un organe public fédéral</i>	174
3.7.1. Généralités	174
3.7.1.1. Demande de s'abstenir d'effectuer un traitement illégal	175
3.7.1.2. Demande de suppression des effets dûs au traitement illicite de données personnelles	176
3.7.1.3. Constatation du caractère illicite du traitement de données personnelles	177
3.7.1.4. Mesures provisionnelles	177
3.7.2. Procédure	178
3.7.2.1. Généralités	178
3.7.2.2. Parties à la procédure	178
3.7.2.2.1. Légitimation active	178
3.7.2.2.2. Légitimation passive	179
3.7.2.3. Recours	179
3.7.3. Et les organes publics cantonaux ?	180
3.8. <i>Conclusion</i>	180
3.8.1. Problématiques	180
3.8.2. Quelles solutions envisager ?	182

Actions réparatrices	187
4.1. Généralités	187
4.2. Procédure	188
4.2.1. Généralités	188
4.2.2. Parties à la procédure	189
4.2.2.1. Légitimation active	189
4.2.2.2. Légitimation passive	190
4.2.3. For	190
4.2.3.1. En cas de litige national	190
4.2.3.2. En cas de litige international	191
4.2.4. Droit applicable	191
4.3. Action en dommages-intérêts	191
4.3.1. Généralités	191
4.3.2. Conditions	192
4.3.2.1. Le dommage	192
4.3.2.2. Le rapport de causalité	196
4.3.2.3. L'illicéité ou la contrariété aux mœurs	199
4.3.2.4. La faute	199
4.3.3. Réparation	201
4.4. Action en réparation du tort moral	202
4.4.1. Généralités	202
4.4.2. Conditions	202
4.4.2.1. Celles de la responsabilité en cause	202
4.4.2.2. Atteinte à la personnalité d'une certaine gravité	203
4.4.2.3. Absence d'un autre mode de satisfaction	204
4.4.3. Réparation	204
4.5. Action en remise de gain	205
4.5.1. Généralités	205
4.5.2. Conditions	206
4.5.2.1. Gestion d'affaires dans l'intérêt du gérant	206
4.5.2.2. Le gain	207
4.5.2.3. Lien de causalité	207
4.5.2.4. Absence de mandat	207
4.5.2.5. Mauvaise foi du gérant	207
4.5.3. Réparation	209
4.5.4. Ratification de la gestion intéressée	210

4.6.	<i>Action en réparation à l'encontre d'un organe public fédéral</i>	211
4.6.1.	Généralités	211
4.6.2.	Conditions pour l'application de l'article 61 CO	211
4.6.3.	Les lois de responsabilité fédérale et cantonales	212
4.6.3.1.	La loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires	212
4.6.3.2.	Les lois de responsabilité cantonales	213
4.7.	<i>Conclusion</i>	214
4.7.1.	Problématiques	214
4.7.2.	Quelles solutions envisager ?	215
	Mesures pénales	217
5.1.	<i>Introduction</i>	217
5.2.	<i>Le secret professionnel</i>	218
5.2.1.	Généralités	218
5.2.2.	Différentes notions du « <i>secret</i> »	220
5.2.3.	Eléments constitutifs de l'infraction	224
5.2.3.1.	Généralités	224
5.2.3.2.	Personne exerçant une profession citée à l'article 321 CP	224
5.2.3.3.	Existence d'un secret	232
5.2.3.4.	Secret appris dans le cadre de la profession ou en raison de celle-ci	233
5.2.3.5.	Révélation du secret	234
5.2.3.6.	Intention	235
5.2.4.	Levée du secret	236
5.2.4.1.	Généralités	236
5.2.4.2.	Consentement du patient	236
5.2.4.3.	Requête auprès de l'autorité supérieure compétente	239
5.2.4.4.	La loi	243
5.2.5.	Procédure	248
5.2.6.	Droit de refuser de témoigner	251
5.2.7.	Médecin expert	256
5.3.	<i>Le secret professionnel dans la recherche</i>	257
5.3.1.	Généralités	257

5.3.2. Eléments constitutifs de l’infraction	258
5.3.2.1. Personnes exerçant dans la recherche en matière médicale ou dans la santé publique	258
5.3.2.2. Existence d’un secret	259
5.3.2.3. Secret appris dans le cadre de la recherche	259
5.3.2.4. Révélation du secret	259
5.3.2.5. Intention	260
5.3.3. Levée du secret	260
5.3.3.1. Généralités	260
5.3.3.2. Consentement du patient	260
5.3.3.3. Autorisation de la commission d’experts	260
5.3.4. Modification de l’article 321bis CP suite à l’entrée en vigueur de la loi fédérale relative à la recherche sur l’être humain	263
5.4. <i>Le secret professionnel cantonal</i>	264
5.4.1. Généralités	264
5.4.2. Eléments constitutifs	265
5.4.2.1. Professionnels de la santé	265
5.4.2.2. Autres éléments constitutifs	266
5.4.3. Levée du secret	266
5.5. <i>Le secret de fonction</i>	267
5.5.1. Généralités	267
5.5.2. Eléments constitutifs de l’infraction	268
5.5.2.1. Membre d’une autorité, fonctionnaire ou employé de l’administration	268
5.5.2.2. Intention	269
5.5.2.3. Secret	269
5.5.2.4. Secret appris dans le cadre de la fonction	270
5.5.2.5. Devoir de garder le secret	270
5.5.2.6. Communiquer des données à des tiers	270
5.5.3. Levée du secret de fonction	271
5.5.3.1. Levée du secret par l’autorité supérieure	271
5.5.3.2. Levée du secret par la loi	271
5.5.3.3. Consentement de l’administré ?	272
5.5.4. Procédure	273
5.6. <i>Le devoir de discrétion</i>	273

5.6.1.	Généralités	273
5.6.2.	Eléments constitutifs	274
5.6.2.1.	Données personnelles secrètes et sensibles ou profils de la personnalité	274
5.6.2.2.	Informations apprises dans le cadre d'une profession requérant la connaissance de telles informations	275
5.6.2.3.	Révélacion illicite de ces informations	275
5.6.2.4.	Intention	276
5.6.3.	Procédure et sanctions	276
5.7.	<i>Dispositions cantonales de lois sur la protection des données</i>	277
5.7.1.	Généralités	277
5.7.2.	Eléments constitutifs de l'infraction	278
5.7.3.	Exceptions	278
5.7.4.	Procédure et sanctions	278
5.8.	<i>Conclusion</i>	279
5.8.1.	Problématiques	279
5.8.2.	Quelles solutions envisager ?	280
Moyens de droit auprès des préposés fédéral et cantonaux à la protection des données		285
6.1.	<i>Généralités</i>	285
6.2.	<i>Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)</i>	285
6.2.1.	Généralités	285
6.2.2.	Tâches	287
6.2.2.1.	Généralités	287
6.2.2.2.	Recommandations aux organes fédéraux et aux privés	289
6.3.	<i>Efficacité des moyens d'action de la LPD face aux nouvelles technologies</i>	290
6.4.	<i>Propositions de solutions</i>	293
6.4.1.	Modification de la procédure auprès du PFPDT	293
6.4.2.	Possibilité de sanctionner	294
6.4.3.	Label	296
6.4.4.	Solutions proposées par le rapport du Conseil fédéral	297
6.4.4.1.	Rapport du Conseil fédéral	297
6.4.4.2.	Le principe d' « opt in »	297

6.4.4.3. Le principe « <i>privacy by design</i> »	298
6.4.5. Solutions proposées par l'UE et le Conseil de l'Europe dans le cadre de la révision de leur législation en matière de protection des données	300
6.4.5.1. Révision au sein de l'UE et du Conseil de l'Europe	300
6.4.5.2. Principe du droit à l'oubli	301
6.4.5.3. Principe du « <i>privacy by design</i> »	302
6.5. <i>Préposés cantonaux à la protection des données</i>	302
6.6. <i>Conclusion</i>	304
6.6.1. Problématiques	304
6.6.2. Quelles solutions envisager ?	304
Conclusions	307

Table des abréviations

ADN	Acide désoxyribonucléique
AFP	Agence France Presse
AJP	Aktuelle juristische Praxis
al.	alinéa
AMDHS	Association des médecins dirigeants d'hôpitaux suisses
AMM	Association médicale mondiale
art.	article
ASMAC	Association suisse des médecins-assistant(e)s et chefs de clinique
ASSUAS	Association suisse des assurés
ATA	Arrêt du tribunal administratif (Genève)
ATF	Arrêt du Tribunal fédéral
ATS	Agence télégraphique suisse
BMS	Bulletin des médecins suisses
BO CE	Bulletin officiel du Conseil des Etats
BO CN	Bulletin officiel du Conseil national
BT	Besonderer Teil
c.	contre
CC	Code civil
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CEPD	Contrôleur européen de la protection des données
cf.	confer
ch.	chiffre
CHF	Franc suisse
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes

CL	Convention de Lugano
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
CO	Code des obligations
ComCo	Commission de la concurrence
CP	Code pénal
CPC	Code de procédure civile fédéral
CPP	Code de procédure pénale fédéral
Cst	Consitution
Cst-VD	Constitution du canton de Vaud
DFF	Département fédéral des finances
DG MARKT	Direction générale Marché intérieur et services (Commission européenne)
éd.	Éditeur
EMS	Etablissement médico-social
etc.	et cetera
FF	Feuille fédérale
ff.	folgenden
FMH	Fédération des médecins suisses
FSP	Fédération suisse des psychologues
GAFI	Groupe d'action financière
GesG	Zürchersiche Gesundheitsgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
HAVE	Haftung und Versicherung
IDS	Institut de droit de la santé
IDG	Zürchersiche Gesetz über die Information und den Datenschutz
IPRG	Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
JAI	Justice et affaires intérieures
JCP	Juris-Classeur Périodique
JdT	Journal des tribunaux
Jg	Année
LAA	Loi sur l'assurance-accident

LAGH	Loi sur l'analyse génétique humaine
LAI	Loi sur l'assurance-invalidité
LAMal	Loi sur l'assurance-maladie
LAr	Loi sur l'archivage
LAVI	Loi sur l'aide aux victimes
LAVS	Loi sur l'assurance-vieillesse et survivants
LCA	Loi sur le contrat d'assuranc
LCart	Loi sur les cartels
LCPP	Loi neuchâteloise sur la protection de la personnalité
LCPD	Loi neuchâteloise sur la protection des données
LCPD	Loi bernoise sur la protection des données
LCR	Loi sur la circulation routière
LDEP	Loi sur le dossier électronique du patient
LDIP	Loi sur le droit international privé
LHRCH	Loi neuchâteloise concernant l'harmonisation des registres officiels de personnes et le contrôle des habitants
LIPD	Loi vaudoise sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles
lit.	lettre
LPD	Loi sur la protection des données
LPers	Loi bernoise sur le personnel
LPGA	Loi sur la partie générale des assurances sociales
LPJA	Loi neuchâteloise sur la procédure et la juridiction administrative
LPMA	Loi sur la procréation médicalement assistée
LPMéd	Loi sur les professions médicales
LPrD	Loi vaudoise sur la protection des données personnelles
LPsy	Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie
LRCF	Loi sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires
LRCS	Loi relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires

LRECA	Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents
LResp	Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents
LRH	Loi relative à la recherche sur l'être humain
LS	Loi neuchâteloise de santé
LSF	Loi sur la statistique fédérale
LSCAN	Loi neuchâteloise sur le service cantonal des automobiles et de la navigation
LSP	Loi vaudoise sur la santé publique
LSP	Loi bernoise sur la santé publique
LStup	Loi sur les stupéfiants
LTAF	Loi sur le tribunal administratif fédéral
LTF	Loi sur le tribunal fédéral
LTrans	Loi sur la transparence
LVP AE	Loi vaudoise d'application du droit fédéral de la protection de l'adulte et de l'enfant
n°	numéro
N	note
OALSP	Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale
OAMal	Ordonnance sur l'assurance-maladie
OAMéd	Ordonnance sur les autorisations dans le domaine des médicaments
OCA	Ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins
OCDE	Organisation de coopération et de développement économique
OEC	Ordonnance état civil
OFSP	Office fédéral de la santé publique
OLPD	Ordonnance relative à la loi sur la protection des données
ONU	Organisation des Nations Unies
OPMéd	Ordonnance concernant les diplômes, la formation universitaire, la formation postgrade et l'exercice des professions médicales universitaires

OR	Obligationenrecht
ORC	Ordonnance registre du commerce
ORF	Ordonnance registre foncier
p.	page
pp	pages
PA	Procédure administrative
par.	paragraphe
PCF	Loi de procédure civile fédérale
PF PDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PIVP	Protection intégrée de la vie privée
RCDIP	Revue critique de droit international privé
RDAF	Revue de droit administratif et de droit fiscal
RDS	Revue de droit suisse
REISO	Revue d'information sociale
REPS	Règlement vaudois sur l'exercice des professions de la santé
RIDA	Revue internationale du droit d'auteur
RJB	Revue de la société des juristes bernois
RJJ	Revue jurassienne de jurisprudence
RJN	Recueil de jurisprudence neuchâteloise
RO	Recueil officiel
RS	Recueil systématique
RSB	Recueil systématique bernois
RSDS	Revue suisse de droit de la santé
RSG	Recueil systématique genevois
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSN	Recueil systématique neuchâtelois
RSV	Recueil systématique vaudois
RSVS	Recueil systématique valaisan
s.	et suivant(e)
ss	et suivant(e)s
SIS	Schengen Information System
SJ	Semaine judiciaire

SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
StGB	Strafgesetzbuch
TGI	Tribunal de grande instance
UE	Union européenne
URL	Uniform Resource Locator
VIH	Virus de l'immunodéficience humaine
vol.	volume
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
ZGB	Zivilgesetzbuch
ZH-Lex	Zürcher Gesetzssammlung

Bibliographie

ACADEMIE SUISSE DES SCIENCES MEDICALES, Principes médico éthiques, Droit des patientes et patients à l'autodétermination, *in* BMS 2006 (87) 3, p. 103

ARCHIVES FEDERALES SUISSES, UNITE COMMUNICATION, La police politique et la protection de l'Etat, www.bar.admin.ch

JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003

ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2e édition, Berne, 2006

ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006

CHRISTOPH AUER, MARKUS MÜLLER & BENJAMIN SCHINDLER (Hrsg.), Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich, St.Gallen, 2008

ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1

ARIANE AYER, THIERRY CLEMENT & CHRISTIAN HÄNNI, La relation patient-médecin: état des lieux, *in* Rapport IDS N°1, Neuchâtel, 2003

ALAIN BAUER & PIERRE CORNU, Code de procédure pénale neuchâtelois annoté, 2003

HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern, 1934

HEINZ BEHND & MARCO ZOLLER, Feuille de route pour le dossier électronique du patient au cabinet du médecin de famille, *in* BMS 2008 (89) 32, p. 1361

- EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011
- CHRISTOF BERNHART, *Handbuch der fürsorglichen Unterbringung*, Basel, 2011
- HANS BINZ & HANSPETER KUHN, VIH et secret médical, *in* BMS 2006 (87) 20, p. 873
- NICOLE BLANCHARD, La levée du secret professionnel, *in* Médecine et Hygiène 2003 n°2432, p. 762
- FRANÇOIS BOHNET, *Code de procédure civile neuchâtelois commenté*, Bâle, 2003
- STEPHANE BONDALLAZ, *La protection des personnes et leurs données dans les télécommunications: analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse*, thèse, Zurich, 2007
- NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25
- NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, *in* Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49
- ANDREAS BUCHER, *Le nouveau droit international privé suisse*, Lausanne, 1988
- ANDREAS BUCHER, La protection de la personnalité en droit international privé suisse, développements récents, *in* Mélanges Pierre Engel, 1989, p. 15
- ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009
- ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, *Droit international privé*, 2e édition, Bâle, 2004
- HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), *in* La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Terrier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35
- SABRINA BURGAT, *La télémédecine et le droit suisse*, thèse, Neuchâtel, 2012

- CYRIL CARRIERE, Le droit au secret médical: de la personne à la chose en passant par la propriété, *in* Revue droit & santé n°20 novembre 2007, p. 716
- PATRIZIA CASONI DELCO, Amélioration de la protection des enfants-victimes de délits à caractère sexuel, *in* Opferhilfe in der Schweiz, Berne (etc.), 2004, p. 47
- ANTONELLEA CEREGHETTI, Nul n'est censé ignorer... que le secret médical doit être manié avec précaution, *in* Revue médicale suisse n°56 vol. X 2006, p. 682
- ANTONELLEA CEREGHETTI, Incrimination de la transmission du virus VIH, *in* Médecin et droit médical, 2009, p. 423
- CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991
- CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 153
- YVAN CHERPILLOD, Quelques problèmes juridiques liés à Internet, *in* Plädoyer Jg 15 1997 1, p. 41
- JAN CIMICKY & OMAR MOUNIR, Théorie de la dégénérescence: Médecine prédictive, www.ascodocpsy.org
- CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif sur la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (STE n°108), Convention ouverte à la signature le 28 janvier 1981, Strasbourg, 1981
- CONSEIL FEDERAL, Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière du 14 novembre 1973, FF 1973 II 1141
- CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661
- CONSEIL FEDERAL, Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 25 avril 1990, FF 1990 II 909

CONSEIL FEDERAL, Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen du 18 mai 1992, FF 1992 IV 1

CONSEIL FEDERAL, Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la création et l'adaptation des bases légales nécessaires au traitement de données personnelles du 25 août 1999, FF 1999 8381

CONSEIL FEDERAL, Message relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains du 12 septembre 2001, FF 2002 271

CONSEIL FEDERAL, Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911

CONSEIL FEDERAL, Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1915

CONSEIL FEDERAL, Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057

CONSEIL FEDERAL, Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635

CONSEIL FEDERAL, Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841

XXX

- CONSEIL FEDERAL, Message concernant la loi sur les conseils en brevets du 7 décembre 2007, FF 2008 327
- CONSEIL FEDERAL, Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 2009 1497
- CONSEIL FEDERAL, Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, FF 2009 7259
- CONSEIL FEDERAL, Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 30 septembre 2009, FF 2009 6235
- CONSEIL FEDERAL, Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale du 11 septembre 2009, FF 2009 6091
- CONSEIL FEDERAL, Message concernant la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEIP) du 29 mai 2013 (Projet), www.bag.admin.ch
- CONSEIL FEDERAL, RAPPORT du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011
- CONSEIL NATIONAL, INITIATIVE parlementaire, Révision partielle de la loi sur les stupéfiants, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 4 mai 2006, FF 2006 8141
- BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010
- BERTIL COTTIER, L'indépendance du Préposé fédéral à la protection des données à l'aune des modèles étrangers, *in* Plaidoyer 4/11, p. 34
- ELISABETE DE CARVALHO, Enquête 2005 sur les discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Association Sida Info Service, 2005
- ELISABETE DE CARVALHO & MATHILDE COUDRAY, Enquête 2009 sur les discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Association Sida Info Service, 2009

DEPARTEMENT FEDERAL DE L'INTERIEUR, Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) du 16 septembre 2011

DEPARTEMENT FEDERAL DES FINANCES, Projet de révision de la loi sur le personnel de la Confédération, rapport explicatif au projet soumis à consultation du 19 septembre 2008, www.efd.admin.ch

HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001

BEATRICE DESPLAND & NATHALIE BRUNNER, Etude sur les lacunes dans la réglementation de la protection des données médicales dans les assurances sociales, Neuchâtel, 2003

FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit à sa propre image: droit de la personnalité ou droit à la publicité, *in* Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort, 1992, p. 41

FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, *in* *Medialex* 2/1997, p. 77

DIRECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, Avis de droit du 18 mars 1999, VPB 64.21, www.vpb.admin.ch

PHILIPPE GEORGES DUCOR, L'accès du patient au dossier médical, thèse, Genève, 1991

JEAN-JACQUES DUMONT, Le « *vide juridique* » d'Internet, *in* *Plädoyer* Jg 14 1996 2, p. 49

JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* *Jusletter* du 18 janvier 2010

JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* *RSDS* 2/2004, p. 21

MICHEL DUPUIS, BERNARD GELLER, GILLES MONNIER, CHRISTOPHE PIQUET, CHRISTIAN BETTEX & DANIEL STOLL (Ed.), *Petit commentaire du Code pénal*, Bâle, 2012

BERNARD DUTOIT, *Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987*, 4e édition revue et augmentée, Bâle, Genève (etc.), 2005

BERNHARD EHRENZELLER (Hrsg.), *Die schweizerische Bundesverfassung Kommentar, Art. 1 - 93*, 2. Auflage, Zürich, St. Gallen, 2008

- PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2e édition, Berne, 1997
- ASTRID EPINEY & GAËTAN BLASER, Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales, *in* *Protection des données médicales et transparence... du patient?* 19e Journée de droit de la santé, Berne, 2012, p. 97
- CHRISTIAN FAVRE, MARC PELLET & PATRICK STOUDMANN, *Code pénal annoté*, 3e édition, Lausanne, 2011
- WILLI FISCHER, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009
- CHRISTIAN FLUECKIGER, *La protection des données médicales des sportifs professionnels : au sein d'une équipe et dans le cadre de la lutte contre le dopage*, thèse, Neuchâtel, 2008
- PETER FORSTMOSER & HANS-UELI VOGT, *Einführung in das Recht*, Vierte neue bearbeitete Auflage, Bern, 2008
- GHISLAINE FRESARD-FELLAY, *Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur*, Zurich, 2007
- HANS PETER-FRIEDRICH, *Die Voraussetzungen des unechten Geschäftsführung ohne Auftrag*, *in* *RDS* 1945, p. 9
- THOMAS GEISER, *Die Persönlichkeitsverletzungen insbesondere durch Kunstwerke*, Basel, Frankfurt am Main, 1990
- PIERRE GIOVANNONI, *Le dommage par ricochet en droit suisse*, *in* *Développement récents du droit de la responsabilité civile*, Zurich, 1991, p. 239
- DANIEL GIRSBERGER, ANTON HEINI, MAX KELLER, JOLANTA KREN KOSTKIEWICZ, KURT SIEHR, FRANK VISCHER & PAUL VOLKEN (Hrsg.), *Zürcher Kommentar zum IPRG*, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Zürich, 2004
- CARMEN GRAND, *Le dossier médical sous l'angle de la protection des données*, *in* *Le dossier médical, Cahiers de l'Institut de droit de la santé n°1*, Neuchâtel, 1995, p. 15
- ANDRE GRISEL, *Droit administratif suisse*, Neuchâtel, 1975
- ANDRE GRISEL, *Traité de droit administratif I*, Neuchâtel, 1984
- ANDRE GRISEL, *Des rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal*, *in* *RDS* 1951, p. 293

OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983

OLIVIER GUILLOD, *Le secret médical aujourd'hui*, in *Le secret: éthique, transparence et confidentialité*, Lausanne, 1996, p. 49

OLIVIER GUILLOD, *Protection des données dans la recherche médicale*, in *Commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale*, Janvier 1998, p. 19

OLIVIER GUILLOD, *Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste*, in *Droit du sport et aménagement du territoire L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, 2011, p. 263

OLIVIER GUILLOD, *Protection des données dans le domaine de la santé, quelques réflexions introductives*, in *L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelle en droit de la protection des données*, Fribourg, 2011, p. 77

OLIVIER GUILLOD, *Le droit des personnes*, 3^e édition, Neuchâtel, 2012

OLIVIER GUILLOD & DAMIAN KÖNIG, *Secret professionnel et assurances*, in *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, 2009, p. 189

OLIVIER GUILLOD & MELANIE MADER, *Mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes, Avis de droit sur des questions en rapport avec la loi fédérale sur la transplantation*, <http://www.bag.admin.ch>

OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, *Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient*, in *Bulletin des médecins suisses* 2000 n° 37, p. 2047

OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, *Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?*, in *Newsletter* du 13 août 2007

JACQUES HALDY, *La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve*, in *La preuve dans le procès civil*, Berne, 2000, p. 101

HEINZ HAUSHEER, THOMAS GEISER & REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, 2010

- NOEMIE HELLE, La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance?, *in* Revue suisse de droit de la santé 2004 n°3, p. 7
- AGNES HERTIG PEA, La levée du secret professionnel en faveur d'héritiers: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 novembre 2006 - 4C.111/2006, *in* Jusletter du 7 mai 2007
- ELISABETH HÖDL, Privacy by Design, Überlegungen zum Design des Rechts, *in* Jusletter IT du 6 juin 2012
- JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, *in* Traité de droit privé suisse VII/6, 2e édition, 2000
- FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I: Introduction et théorie générale, Berne, 2001
- HEINRICH HONSELL, NEDIM PETER VOGT & THOMAS GEISER (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002
- JOSE HURTADO POZO, Droit pénal, partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève, 2008
- CHARLES JOYE, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité: étude d'un conflit, Zurich, 2002
- KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Zürich, 1993
- REGINA KIENER & WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern, 2007
- MARTIN KILLIAS, ANDRE KUHN, NATHALIE DONGOIS & MARCELO F. AEBI, Précis de droit pénal général, 3e édition, Berne, 2008
- BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991
- BLAISE KNAPP, Cours de droit administratif, Bâle, 1994
- BLAISE KNAPP, Constitution et secret de la vie privée, Suisse, Paris, 2000, p. 353
- FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER & SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3e édition, Berne, 2005
- HANSPETER KUHN, Protection des données et LAMal, *in* Bulletin des médecins suisses 2001 n° 32-33, p. 1707

- HANSPETER KUHN & JUDITH WAGNER, Lorsque le diagnostic devient un bien commun, *in* BMS 2010 (91) 38, p. 1453
- PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010
- PASCAL MAHON, Droit constitutionnel II, Droits fondamentaux, 2e édition, Neuchâtel, 2010
- DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69
- DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013
- MARINA MANDOFIA BERNEY, MARINETTE UMMEL & ALEX MAURON, *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*, *in* vol. 39 Cahiers médico-sociaux 1995, n°4, p. 345
- VINCENT MARTENET & CORALIE DEVAUD, La révocation du consentement aux soins médicaux, *in* Mélanges en l'honneur de François Desse-montet, Lausanne, 2009, p. 265
- ARNOLD MARTI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Kommentar zu Art. 5 und 6 ZGB, Zürich, 1999
- PIERRE MARTIN-ACHARD & LUC THEVENOZ, Le dossier médical et sa communication, *in* Les cahiers médico-sociaux 4 (1985), p. 245
- PIERRE MARTIN-ACHARD & LUC THEVENOZ, La responsabilité civile des médecins et des hôpitaux publics *in* Aspects du droit médical, Berne, 1987, p. 227
- URS MAURER-LAMBROU & NEDIM PETER VOGT (Hrsg.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006
- PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011
- PHILIPPE MEIER & ALEXANDRE STAEGGER, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées, état des lieux), *in* Jusletter du 25 janvier 2010
- ANNE-CATHERINE MENETREY-SAVARY, Réviser la loi sur la protection des données?, *in* Die Revision des Datenschutzgesetzes - La révision de la loi sur la protection des données, Zurich, 2009, p. 151
- CEDRIC MIZEL, Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédure d'examen et secret médical, *in* AJP 5/2008, p. 586

- PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER & VINCENT MARTENET, *Droit administratif, Volume 1, Les fondements généraux*, 3e édition, Berne, 2012
- PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, *Droit administratif, volume II : Les actes administratifs et leur contrôle*, Troisième édition, Berne, 2011
- JÖRG PAUL MÜLLER & MARTIN E. LOOSER, *Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse*, in *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, 2002, p. 67
- MAX NÄGELI, *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Zürich, 1984
- MARCEL ALEXANDER NIGGLI & HANS WIPRÄCHTIGER (Hrsg.), *Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB*, 2. Auflage, Basel, 2007
- OFFICE FEDERAL DE LA SANTE PUBLIQUE, *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse du 27 juin 2007*
- ORGANISATION DES NATIONS UNIES, *Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel*, adoptée le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990
- HUGO OSER & WILHELM SCHÖNENBERGER, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht*, 48. Auflage, Zürich, 2010
- GERALD PAGE, *Fardeau de la preuve, accès du patient au dossier médical et procès en responsabilité civile: quelques aspects en regard de la protection des données médicales*, in *Aspects du droit médical*, Fribourg, 1987, p. 107
- GERALD PAGE, *Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 113
- MARIE M. PEDRAZZINI, *Les grandes options du législateur*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 26
- ODILE PELET, *Protection de l'adulte: le secret médical ébréché*, in *REISO Revue d'information sociale*, du 28 juin 2010, www.reiso.ch,
- ODILE PELET, *Nul n'est censé ignorer... que les médecins ont perdu la maîtrise du mandat psychothérapeutique au profit des assureurs*, in *Revue médicale suisse* n°95 vol. 3, p. 244

ODILE PELET & RALPH SCHLOSSER, TARMED et le secret médical, *in* L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 199

PASCAL PICHONNAZ & BENEDICT FOËX (Ed.), Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143

DENIS PIOTET, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé, *in* Revue pénale suisse 1996 (114), p. 333

PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES, 11e Rapport d'activités 2003/2004, Berne, 2004, <http://www.edoeb.admin.ch>

PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informelle, Berne, 1997

JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Auflage, Zurich, 1996

CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, Secret médical et maladies transmissibles, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2003, p. 156

OLIVIER ROBERT, Aide aux victimes d'infractions: Mise en oeuvre de la LAVI dans le canton de Neuchâtel, *in* RJN 2001, p. 33

DANIEL ROSCH, ANDREAS BÜHLER & DOMINIQUE JAKOB (Hrsg.), Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360ff. ZGB, Basel, 2011

ROBERT ROTH & LAURENT MOREILLON (Ed.), Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle, 2009

AXEL SAINT MARTIN, Le secret médical (I), Le patient (a priori) maître du secret professionnel médical, *in* Revue droit & santé n°34 mars 2010, p. 108

VINCENT SALVADE, Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard?, *in* sic! 2012, p. 161

HERMANN SCHMID, Erwachsenenschutz, Kommentar, Zürich, St-Gallen, 2010

- JÖRG SCHMID, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 3a, Art. 419-424, Zürich, 1993
- JÖRG SCHMID, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1993
- ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011
- ANTON K. SCHNYDER, NEDIM PETER VOGT, HEINRICH HONSELL & STEPHEN V. BERTI (Hrsg.), Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel, 2007
- BEAT SCHÖNENBERGER, Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel, 2008
- RAINER J. SCHWEIZER, Datenschutz in der Schweiz und in Europa: Auswirkungen des europäischen Datenschutzrechtes auf die Schweiz, *in* Datenschutz in der Schweiz und in Europa, Fribourg, 1999, p. 25
- INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009
- JEANNE-PASCALE SIMON, MATTHIAS CAVASSINI & CATHERINE LAZOR-BLANCHET, Secret professionnel et maladies infectieuses, *in* Médecin et droit médical, 2009, p. 174
- GABRIELLE STEFFEN, Article 6 CC: un écheveau à démêler? : exemple de la carte de santé, *in* AJP 2003 8, p. 963
- PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit privé matériel, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 85
- PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome premier, 4^e édition, Berne, 2007
- GÜNTER STRATENWERTH & FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen, sechste überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, 2003 und 2008
- JEAN STROUN & DOMINIQUE BERTRAND, Médecin, secret médical et justice, 3e édition, Chêne-Bourg, 2009
- MARCEL SÜSSKIND, Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes, *in* HA-VE 2006, p. 15

- PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984
- PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3e édition, Genève, 2004
- PIERRE TERCIER & PASCAL G. FAVRE, *Les contrats spéciaux*, 4e édition, Zurich, Bâle, Genève, 2009
- LUC THEVENOZ & FRANZ WERRO (Ed.), *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003
- NATHALIE TISSOT, *Essai sur la prescription de l'action en remise de gain de l'art. 423 al. 1 CO en propriété intellectuelle*, in *Plädoyer* Jg 15 1997 I, p. 46
- STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zürich, 2008
- PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER, JÖRG SCHMID & ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2009), Zürich, Basel, Genf, 2009
- MARINETTE UMMEL & JEAN-PIERRE RESTELLINI, *Les instances de levée du secret médical en Suisse*, in *SJZ* 1994 n°90, p. 361
- ROBERTO VITO, *100 Jahre Persönlichkeitsschutz im ZGB*, in *Revue de droit suisse* 126 (2007) II, p. 165
- JUDITH WAGNER, HANSPETER KUHN & MONIQUE GAUTHEY, *La carte d'assuré: efficace, adéquate et économique?*, in *BMS* 2010 (91) 9
- JEAN-PHILIPPE WALTER, « *Vingt ans de législation sur la protection des données, rétrospectives et perspectives* », *L'évolution du droit de la protection des données: perspectives*, in *Jusletter* du 25 juin 2012
- JEAN-PHILIPPE WALTER, *La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques: en particulier, la statistique officielle fédérale et la protection des données personnelles*, thèse, Fribourg, 1988
- JEAN-PHILIPPE WALTER, *La protection des données dans le cyberspace*, in *Medialex* 2/2000, p. 88
- JEAN-PHILIPPE WALTER, *Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies*, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009
- JEAN-PHILIPPE WALTER, *Le droit public matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 41

FRANZ WERRO, Une remise du gain sans gain? Une illustration de l'arbitrage délicat entre liberté et dignité, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 495

FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011

PAUL WICKS, TIMOTHY E. VAUGHAN, MICHAEL P. MASSAGLI & JAMES HEYWOOD, Accelerated clinical discovery using self-reported patient data collected online and a patient-matching algorithm, *in* Nature Biotechnology 29, 24 April 2011, p. 411

PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179

CHRISTOPH ZENGER, Formes juridiques des hôpitaux suisses, *in* Manuel de droit de santé publique, Aarau, 1993, p. 53

JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Modification du droit de la prescription : l'impact sur la responsabilité de l'Etat, *in* HAVE 2012, p. 93

Introduction

Depuis quelques années, le respect de la vie privée a pris plus d'importance, notamment face à l'arrivée des nouvelles technologies transmettant l'information rapidement et de manière universelle. En effet, aujourd'hui, en un clic de souris, il est possible de transférer des données personnelles à une multitude de destinataires, données qui peuvent porter sur des faits connus de tous ou sur la vie intime d'une personne. Les données personnelles médicales, portant souvent sur des aspects très intimes de notre personnalité, n'ont pas été oubliées dans cette évolution technologique ; que cela soit avec le dossier électronique du patient, la carte d'assuré ou encore des sociétés internationales qui mettent à disposition des plateformes électroniques où il est possible d'enregistrer toute son anamnèse, les données personnelles médicales sont fortement exposées à des traitements illicites pouvant porter atteinte à la personnalité. La population a pris conscience de la nécessité de maintenir confidentielles certaines données démontrant une volonté de faire valoir ses droits à la liberté personnelle, respectivement son droit à la vie privée, et on ne peut que l'encourager. Le législateur suisse a mis à disposition tout un panel de moyens d'action permettant aux personnes victimes d'une atteinte à la personnalité de se défendre. La question qui se pose est dès lors de savoir si les dispositions légales en matière de protection des données sont respectées et si les moyens d'action mis à disposition par la législation suisse pour faire face à un traitement illicite de données personnelles sont efficaces. L'analyse de ces moyens d'actions a démontré qu'ils n'étaient que rarement utilisés malgré la violation assez fréquente des principes de protection des données ; nous tenterons de comprendre pourquoi et quelles peuvent être les modifications à apporter pour renforcer la protection des données, car si les traitements de données personnelles illicites ne sont jamais réprimés, la protection des données perdra de son importance et les atteintes à la personnalité risqueront d'être plus nombreuses. La thèse se limite aux moyens d'action généraux pouvant être intentés en cas de traitement illicite de données personnelles médicales, mais n'aborde pas les points spécifiques du e-Health, une thèse portant sur

ce sujet venant de sortir. Par ailleurs, seules les données personnelles médicales seront abordées sans que les questions spécifiques aux données génétiques ne soient étudiées, étant donné que les moyens d'actions sont les mêmes pour ces deux types de données.

Première partie :

Généralités

La protection des données personnelles

1.1. Introduction

1. — Aujourd'hui, il est devenu usuel que nos données personnelles portant sur notre santé soient utilisées par de nombreux professionnels. Cependant, même si elles permettent à ces derniers d'effectuer leur travail, les professionnels de la santé ne peuvent pas en faire ce qu'ils veulent car elles se rapportent à notre sphère privée qui est protégée par la loi. Des dispositions légales protègent ainsi les personnes dont les données personnelles médicales sont utilisées en prévoyant des obligations pour les personnes qui les traitent et des droits pour les personnes dont les données sont traitées.

2. — Nous verrons donc dans ce chapitre quels sont les secteurs d'activité utilisant des données personnelles médicales et pour quelles raisons ils les utilisent, quels sont les pratiques et les faits qui peuvent donner lieu à des traitements illicites de données personnelles et pourquoi il est indispensable de protéger ces dernières.

1.2. Domaines concernés par la protection des données personnelles

1.2.1. Généralités

3. — L'article 13 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst)¹ confère à toute personne une protection « *contre l'emploi abusif des données qui la concernent* » signifiant ainsi que l'utilisation de données personnelles² par des tiers ne doit pas porter atteinte à la personnalité et aux droits fon-

¹ Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst), RS 101

² Les « *données personnelles* » sont selon l'art. 3 lit. a LPD des « *informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable* ».

damentaux de la personne concernée³. Cette disposition a été concrétisée dans la loi fédérale sur la protection des données (LPD)⁴, dont le but est de « *protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données* » (art. 1 LPD) ainsi que dans les lois cantonales sur la protection des données⁵.

4. — Ainsi, toute activité, privée ou publique, cantonale ou fédérale, impliquant un traitement de données personnelles doit respecter les dispositions légales auxquelles le maître du fichier⁶ est soumis, qu'elles soient cantonales (lois cantonales sur la protection des données, de procédure, etc.), fédérales (loi fédérale sur la protection des données, Code pénal (CP)⁷, Code civil (CC)⁸, lois de procédure⁹, etc.) ou internationales (Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁰, Pacte ONU II relatif aux droits civils et politiques¹¹, Convention STE 108 du Conseil de l'Europe¹², Directive 95/46/CE du Parlement européen¹³, etc.). L'application de ces dispositions légales dépend du domaine dans lequel les données personnelles sont traitées. Nous allons donc présenter ces différents domaines et donner quelques exemples concrets pour chacun d'eux.

³ La « *personne concernée* » est selon l'art. 3 lit. b LPD une « *personne physique ou morale au sujet de laquelle des données sont traitées* ».

⁴ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD), RS 235.1

⁵ Par exemple : Loi neuchâteloise sur la protection des données du 30 septembre 2008 (LCPD), RSN 150.30 ; Loi vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (LPRd), RSV 172.65 ; Zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG), ZH-Lex 170.4

⁶ Le « *maître du fichier* » est selon l'art. 3 lit. i LPD « *la personne privée ou l'organe fédéral qui décide du but et du contenu du fichier* ».

⁷ Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (CP), RS 311.0

⁸ Code civil suisse du 10 décembre 1907 (CC), RS 210

⁹ Code de procédure civile suisse (Code de procédure civile, CPC), RS 272 ; Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale; CPP), RS 312.0

¹⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101

¹¹ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2

¹² Convention STE 108 du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, RS 0.235.1

¹³ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données

1.2.2. Domaine privé

5. — Certains privés sont appelés à collecter des données personnelles pour remplir leurs tâches. Par exemple, les entreprises commerciales répertorient des informations sur leurs clients afin de rester en contact avec eux et de les fidéliser, comme cela a notamment été le cas pour la *Banque cantonale des grisons*, l'*UBS*, *Renault Crédit SA*, *IBM*, *Läckerli-Huus SA*¹⁴, les concessionnaires de voitures, les assurances privées ou encore *Migros*¹⁵.

6. — L'utilisation de données personnelles par des entreprises privées a parfois eu un but autre que commercial, comme par exemple *Coop*¹⁶, qui possédait en 1996 un fichier dénommé « vols » recensant les clients et le personnel indelicats qui lui ont porté préjudice ou qui ont tenté de le faire dans l'un de ses magasins de Suisse centrale, la *Croix-Rouge Suisse*¹⁷, qui tenait, également en 1996, un fichier des personnes disparues lors de guerres ou de catastrophes, ou encore les stations de ski, qui utilisent les données de leurs clients pour gérer les systèmes électroniques d'accès aux pistes¹⁸.

7. — L'utilisation de données personnelles permet également à certaines professions, tels que les médecins, pharmaciens ou encore avocats, d'exercer leur métier. Ces données leur sont en effet indispensables pour pouvoir par exemple établir un diagnostic ou défendre leurs clients en justice.

8. — La protection des données intervient également dans les relations de travail, comme le rappelle l'article 328b du Code des obligations (CO)¹⁹ dans les termes suivants : « *l'employeur ne peut traiter des données concernant le travailleur que dans la mesure où ces données portent sur les aptitudes du travailleur à remplir son emploi ou sont nécessaires à l'exécution du contrat de travail* » ; ainsi, plus la fonction requiert une

¹⁴ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996 pp 117, 141, 210, 228 et 364

¹⁵ M-CUMULUS, Conditions générales, www.m-cumulus.ch

¹⁶ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996, p. 145

¹⁷ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996, p. 275

¹⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET A LA TRANSPARENCE, Explications sur les systèmes d'accès électroniques aux domaines skiables, www.edoeb.admin.ch

¹⁹ Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations, Code des obligations (CO), RS 220

grande confiance en l'employé, plus son employeur pourra avoir d'informations précises à son sujet²⁰.

9. — Par contre, l'utilisation de données personnelles dans un cadre strictement privé, comme par exemple la tenue d'un carnet d'adresses, n'est pas soumise aux dispositions légales sur la protection des données (art. 2 al. 2 lit. a LPD). Cela ne signifie toutefois pas que le propriétaire du carnet d'adresses peut en faire ce qu'il veut ; s'il décide de l'utiliser pour une activité commerciale, par exemple pour l'envoi de publicité, il devra alors se conformer aux règles de protection des données.

10. — Les activités dans le domaine privé impliquant l'utilisation de données personnelles sont très nombreuses et répondent tant à des critères bénéfiques pour la société, que commerciaux ou personnels ; les dispositions légales sur la protection des données doivent ainsi être respectées quels que soit les intérêts qui entrent en jeu.

1.2.3. Domaine public

11. — Les organismes publics, tant fédéraux que cantonaux, utilisent des bases de données personnelles pour pouvoir remplir leurs fonctions.

12. — Par exemple, le Service Cantonal des Automobiles et de la Navigation de Neuchâtel dispose d'une base de données portant sur l'identité de tous les automobilistes et navigateurs du canton (art. 6 de la Loi neuchâteloise sur le service cantonal des automobiles et de la navigation et art. 12 de la Loi fédérale sur la circulation routière)²¹, de même que le bureau de contrôle des habitants du canton de Neuchâtel concernant les personnes qui y sont domiciliées²².

13. — Au niveau fédéral, la Confédération et ses Départements, l'Assemblée fédérale et les Tribunaux fédéraux possèdent des fichiers qui correspondent à leurs domaines d'activités. La Haute Cour détient par exemple la liste des journalistes accrédités au Tribunal fédéral, l'archivage des arrêts, ainsi que des données concernant la gestion du

²⁰ GABRIEL AUBERT, art. 328b CO, N 1ss, pp 1731ss, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

²¹ Loi neuchâteloise sur le service cantonal des automobiles et de la navigation du 24 juin 2008 (LSCAN), RSN 761.400 ; Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR), RS 741.01

²² Loi neuchâteloise concernant l'harmonisation des registres officiels de personnes et le contrôle des habitants du 3 novembre 2009 (LHRCH), RSN 132.0

personnel et le suivi des débiteurs (parties condamnées aux frais et dépens)²³.

14. — Ces différents registres permettent tant à l'administration fédérale qu'aux administrations cantonales de remplir leurs fonctions et d'être au service de la population.

1.2.4. Domaine de la santé, public ou privé

15. — Les entités privées ou publiques évoluant dans le domaine de la santé utilisent des bases de données personnelles, pour la gestion de leurs établissements, le traitement des malades ou encore la recherche scientifique.

16. — L'utilisation de telles informations peut être obligatoire, par exemple, la plupart des professionnels de la santé ont l'obligation de tenir un dossier médical par patient (art. 400 CO²⁴, art. 64 Loi neuchâteloise de santé²⁵, art. 87 Loi vaudoise sur la santé publique²⁶, art. 26 Loi bernoise sur la santé publique²⁷). Cette obligation permet aux fournisseurs de soins de disposer de toutes les informations nécessaires sur leurs patients pour pouvoir accomplir correctement leurs tâches.

17. — Il existe d'autres cas de figure où le traitement de données personnelles n'est pas obligatoire, mais nécessaire comme par exemple la clinique *Cecil* qui a possédé une « *banque de données nominatives à usage médical ayant pour but de fournir les résultats d'analyses cyto-*

²³ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles du Département fédéral de l'intérieur, Berne, 1996 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles du Département fédéral de l'économie publique, du Département fédéral des transports, des communications et de l'énergie, de l'Office fédéral de l'informatique (DFI), du Tribunal fédéral suisse et du Tribunal fédéral des assurances, Berne, 1996 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles de la Chancellerie fédérale, de l'Assemblée fédérale, du Département fédéral des affaires étrangères et du Département fédéral de justice et police, Berne, 1996 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles des assurances sociales, Berne, 1996 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles du Département fédéral des finances et de la Banque nationale suisse, Berne, 1996

²⁴ ATF 113 II 429

²⁵ Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS), RSN 800.1

²⁶ Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP), RSV 800.01

²⁷ Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP), RSB 811.01

pathologiques aux médecins »²⁸, l'*Institut Dr. Viollier SA* qui a possédé une base de données pour l'exécution « *d'analyses dans le domaine de la médecine de laboratoire* »²⁹ ou encore l'*International Breast Cancer Study Group* qui a disposé d'un fichier de données personnelles pour l'évaluation « *d'études prospectives sur les mammacarcinomes opérables* »³⁰. Dans le domaine de la santé, les caisses-maladie utilisent également les données personnelles médicales de leurs assurés pour examiner l'économicité des prestations et leur éventuelle prise en charge par l'assurance-maladie (art. 32 Loi fédérale sur l'assurance-maladie, LA-Mal)³¹.

18. — L'utilisation de telles données personnelles est indispensable aux professions médicales et il est inimaginable d'en empêcher le traitement sous prétexte qu'il s'agit de données sensibles qui doivent être protégées.

1.3. Nécessité d'une protection des données personnelles médicales

19. — Les données personnelles médicales sont considérées comme des données sensibles, ce qui leur permet de bénéficier d'une protection particulière. Selon la LPD, les données sensibles sont « *les opinions ou les activités religieuses, philosophiques ou syndicales, mais également l'appartenance à une association qui prône des opinions de cette nature (...) les informations sur la « santé », la sphère intime ou l'appartenance à une race* » ainsi que les données portant sur des mesures d'aide sociale, de poursuites ou de sanctions pénales ou administratives (art. 3 lit. c ch. 2 LPD)³². Les données concernant la santé sont « *toutes les informations qui permettent, directement ou indirectement, de tirer des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne* »³³.

²⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996, p. 325

²⁹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996, p. 330

³⁰ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, Registre des fichiers de données personnelles concernant les personnes privées, Berne, 1996, p. 331

³¹ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10

³² PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 469ss, pp 215ss

³³ ATF 119 II 222, JT 1994 I 598 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 486, p. 220

20. — Les données personnelles médicales sont considérées comme sensibles car elles relèvent de la sphère privée, et plus précisément de la sphère intime³⁴, qui se rapporte à des « faits et événements de la vie intime ou professionnelle qui doivent échapper à la connaissance des tiers et que la personne n'entend partager qu'avec les personnes auxquelles ils ont été révélés ou spécialement confiés ». La sphère privée, quant à elle, a un sens plus large et porte sur « les faits et événements qu'une personne ne veut partager qu'avec un nombre restreint d'autres personnes qui lui sont relativement proches et auxquelles elle est rattachée par des liens relativement étroits ou encore des faits dont la connaissance est limitée à un cercle déterminé de personnes ; ces faits sont connus de plusieurs personnes mais ne sont pas destinés à être accessibles à un large public car la personne entend les conserver pour elle et ne veut pas les diffuser dans le public »³⁵. Que les données relèvent de la sphère intime ou de la sphère privée, leur protection équivaut à protéger la personnalité de la personne concernée. En effet, la révélation de telles données portant sur l'état de santé psychique et/ou physique, actuel et/ou passé d'une personne peut engendrer de graves conséquences pour celle-ci, tant sur le plan privé que social³⁶. Les maladies, les problèmes de santé récurrents ou les anomalies génétiques sont des informations qu'un malade ne veut pas forcément divulguer à tout le monde au risque d'être mis au ban de la société ou encore de perdre son emploi.

21. — La protection des données personnelles médicales permet ainsi de protéger la vie privée d'une personne et par conséquent de garantir ses droits de la personnalité, comme toute démocratie doit le faire³⁷.

³⁴ ATF 130 III 28 ; ATF 119 II 222, JT 1994 I 598 ; ATF 118 IV 41, JT 1994 IV 79

³⁵ ATF 97 II 97 ; BLAISE KNAPP, *Constitution et secret de la vie privée*, Suisse, Paris, 2000, p. 353, pp 353-354

³⁶ MARIO M. PEDRAZZINI, *Les grandes options du législateur*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 26

³⁷ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 453-454 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 10, p. 35

1.4. Risques actuels pour les données personnelles médicales

1.4.1. Données très sensibles, donc très préjudiciables

22. — Avec l'évolution de la science, les données personnelles portent sur des informations privées de plus en plus pointues et intimes qu'il n'aurait pas été possible de connaître quelques années auparavant, comme c'est par exemple le cas avec les données résultant de l'encodage génétique. En effet, le séquençage du génome humain, l'analyse ADN et la réalisation d'un caryotype sont des techniques qui sont ou seront dans un futur proche facilement réalisables par les scientifiques et qui fourniront des renseignements très précis sur la population. En raison des données extrêmement sensibles que ces techniques peuvent révéler, une protection des données accrue est indispensable pour protéger la personnalité des personnes concernées.

23. — Certaines pratiques ont déjà démontré quels pouvaient être les risques d'abus en la matière, comme par exemple ces sociétés privées qui investissent depuis plusieurs années dans la collecte d'ADN dans un but exclusivement lucratif. Ainsi, en 1998, une start-up a acheté les profils ADN de 270'000 habitants d'Islande, afin de permettre la mise au point de médicaments adaptés au profil génétique de chaque patient³⁸. Si ces données étaient accessibles au public, il serait possible de faire apparaître les anomalies chromosomiques et génétiques des personnes concernées, comme par exemple la propension à avoir un cancer ou une maladie génétique ou encore l'existence du « *gène criminel* »³⁹. La théorie du « *gène criminel* » est controversée mais son existence démontre qu'il peut y avoir de graves dérapages lorsqu'une personne est perçue uniquement sur la base de données personnelles provenant d'une analyse ADN. Celle-là pourrait alors être mise au ban de la société en ne trouvant pas de travail

³⁸ TROY DUSTER, Le renouveau de la médecine raciale, 28 juin 2004, www.project-syndicate.org; SYLVIE O'DY, OPA sur l'ADN, L'Express, 30 novembre 2000

³⁹ JAN CIMICKY & OMAR MOUNIR, Théorie de la dégénérescence: Médecine prédictoire, www.ascodocpsy.org

Le « *gène criminel* » est une théorie selon laquelle la présence d'un chromosome sexuel X supplémentaire chez l'homme (caryotype 47) serait un facteur biologique facilitant le comportement délinquant. Cependant, il ne s'agit que d'une hypothèse basée sur des statistiques carcérales qui ne peut être prise comme seul et unique facteur de la délinquance, d'autant plus qu'il est aujourd'hui incontestable que l'environnement social est un des facteurs pouvant être propice à la délinquance.

ou être accusée à tort d'une infraction en raison d'un profil génétique ne dévoilant que des hypothèses qui ne se réaliseront peut-être jamais. Sans limites légales, la réalité pourrait rejoindre la science-fiction représentant des sociétés pratiquant l'eugénisme et dominées par « *Big Brother* ». Il est également important de relever que même si les données ont été anonymisées, il peut être possible d'identifier les personnes concernées, si l'échantillon de population est faible et que les questions étudiées portent sur des points très spécifiques.

24. — Nous constatons ainsi que les nouvelles technologies permettent d'avoir accès à des données très sensibles dont la divulgation pourrait grandement porter atteinte à la sphère privée des personnes concernées.

1.4.2. Augmentation du risque de traitement illicite en raison de l'évolution des nouvelles technologies informatiques

25. — Avec l'évolution des moyens informatiques, les données personnelles sont plus vulnérables, car elles sont plus facilement accessibles à un grand nombre de personnes. De plus, les bases de données sont souvent informatisées et leur utilisation via Internet, Intranet ou tout autre support informatique n'offre pas toujours la protection optimale souhaitée.

26. — Avant l'ère Internet, les données personnelles des clients d'une entreprise se trouvaient dans de simples classeurs et le transfert de tels renseignements à des tiers était laborieux et onéreux. Actuellement, grâce à l'informatique, ces mêmes données sont accessibles à tous les employés d'une société, parfois par l'introduction d'un mot de passe, et peuvent être rapidement copiées pour ensuite être transférées à des tiers. Les données informatisées courent également un plus grand risque d'être détruites, volontairement ou non, puisqu'il suffit d'une seule manipulation informatique ou d'une simple panne de serveur pour que des fichiers soient effacés ; une telle destruction n'est pas toujours réversible et lorsqu'elle l'est, la récupération des données peut s'avérer problématique et coûteuse s'il n'existe pas de copie de sauvegarde. Des mesures de sécurité ne doivent ainsi pas être négligées, pour pouvoir garantir une protection des données efficace.

27. — Internet a fait apparaître d'autres menaces pour la protection des données personnelles avec les sites de réseaux sociaux. Ces sites⁴⁰, deve-

⁴⁰ www.linkedin.com, www.facebook.com, www.carenity.com, etc.

nus pour certains des multinationales cotées en bourse⁴¹, comptent toujours plus de membres, qui donnent des informations personnelles concernant leurs amis ou eux-mêmes, sans se soucier de ce qu'il peut advenir de ces données. Il existe également des réseaux sociaux où l'on peut faire part de son état de santé et retrouver ainsi des « amis » souffrant de problèmes de santé similaires aux nôtres⁴². Ces données personnelles figurant sur de tels sites sont une véritable mine d'or pour les entreprises exerçant dans le milieu médical, car même si ces sites disposent d'une charte en matière de protection des données cela ne signifie pas que les données personnelles des patients ne vont pas être utilisées illicitement à des fins économiques. La sécurité n'est à mon sens pas garantie car ces sites Internet ont souvent leur siège dans des pays très laxistes en matière de protection des données et leur but initial n'est certainement pas toujours altruiste.

28. — La création du « *cloud computing* » sur Internet, permettant à tout un chacun de stocker sur des serveurs distants des données informatiques (photos, textes, vidéos, etc.) qui se trouvent habituellement sur des serveurs locaux, génère également certaines craintes en matière de protection des données. En effet, on peut se demander ce qu'il advient des données stockées sur un serveur appartenant à une grande entreprise ; à qui appartiennent-elles ? le propriétaire du serveur peut-il les utiliser sans le consentement des utilisateurs du « *cloud* » ? les personnes concernées bénéficient-elles encore d'une protection des données personnelles suivant l'Etat où se trouve le serveur stockant ces données ? L'existence récente du « *cloud computing* » n'a pas encore posé de problèmes majeurs à ses utilisateurs mais il est certains qu'il faudra un jour répondre à ces questions pour régler des différends qui pourraient survenir en cas d'abus de la part des propriétaires des serveurs.

29. — Face à ces menaces, il faut toutefois rester pragmatique et réaliste : il n'est plus possible actuellement de revenir en arrière et d'interdire l'utilisation de l'informatique et des sites de réseaux sociaux. Il faut donc

⁴¹ ATS, Facebook lance la plus grande entrée en bourse de la net-économie, Le Temps du 2 février 2012, www.letemps.ch

⁴² www.carenity.com; www.patientslikeme.com; www.inspire.com; www.curetogether.com; www.googlehealth.com; OLIVIER DESSIBOURG, « Les *Facebook des malades* » en plein essor, Le Temps du 3 janvier 2012, www.letemps.ch

trouver des solutions adéquates permettant leur utilisation tout en respectant les principes de protection des données⁴³.

1.4.3. Augmentation du risque de traitement illicite en raison de la multiplication des bases de données personnelles

30. — Il nous est actuellement impossible de contrôler que nos données personnelles médicales sont traitées de manière licite, en raison de la multitude de bases de données existantes. Lorsqu'une personne pratique un sport dans un club, commande un produit dans un magasin, effectue des recherches sur Internet ou se rend chez le médecin, ses nom et prénom, adresse Internet IP ou encore prescriptions de médicaments sont répertoriés dans un fichier. Il existe ainsi une multitude de maîtres du fichier et de données personnelles empêchant tout contrôle, d'autant plus que certains maîtres du fichier conservent des données personnelles devenues inutiles alors qu'ils auraient dû les détruire ne faisant ainsi qu'augmenter la masse de données et le risque de traitement illicite.

31. — En conclusion, plus il y a de bases de données personnelles qui circulent, moins il est facile de contrôler la légitimité de leur utilisation et plus le risque de traitement illicite et d'atteinte à la personnalité est grand. Il convient à nouveau de prévoir une protection des données efficace pour garantir le respect des droits de la personnalité.

1.4.4. Risque de traitement illicite de données personnelles pour des raisons économiques

32. — Aujourd'hui, le but principal des entreprises est le profit et certaines d'entre elles sont prêtes à tout pour le maximiser. Les données personnelles médicales sont une source de renseignements pouvant se monnayer cher sur le marché et les sociétés récoltant ce type de données peuvent faire fi des dispositions légales en la matière si cela leur permet de gagner plus d'argent.

33. — Les sites de réseaux sociaux sur Internet, que nous allons aborder au point 1.6.8 du présent chapitre, collectent de nombreuses données personnelles dans un but *a priori* non commercial, à savoir pour permettre

⁴³ JEAN-PHILIPPE WALTER, « *Vingt ans de législation sur la protection des données, rétrospectives et perspectives* », L'évolution du droit de la protection des données: perspectives, in Jusletter du 25 juin 2012

aux membres de se retrouver, mais cachent parfois des intentions qui peuvent être préjudiciables pour les personnes concernées. La possession d'une banque de données telle que celle de Facebook⁴⁴ ou celle de réseaux sociaux traitant des données personnelles médicales peut attirer de nombreuses sociétés, que cela soit pour des questions de marketing ou de recherche scientifique. Même si la transmission de données personnelles est illicite sans le consentement de la personne concernée, les sites de réseaux sociaux tentent de contourner les obligations légales en prévoyant des conditions d'utilisation longues et peu claires auxquelles la personne qui souhaite devenir membre doit obligatoirement se soumettre. Ces sites sont ainsi toujours à la frontière de la légalité et tentent par tous les moyens d'obtenir un maximum de droits sur les données personnelles de leurs membres.

34. — Une protection des données stricte est nécessaire dans ce domaine où la personne concernée a une position très faible face au maître du fichier, à savoir des réseaux sociaux bénéficiant d'énormes moyens financiers.

1.4.5. Risque de traitement illicite de données personnelles en raison de l'ignorance du maître du fichier

35. — Il est également important de rappeler que les données personnelles sont grandement exposées au risque de traitement illicite lorsque le maître du fichier ne connaît pas ses obligations en la matière. Les maîtres du fichier ne connaissent en effet pas tous la législation suisse en matière de confidentialité des données et même lorsqu'ils doivent la connaître, comme les professionnels de la santé par exemple, il ne s'agit pas forcément de leur première préoccupation.

36. — De nombreux maîtres du fichier sont par conséquent négligents, voire indifférents, concernant les traitements de données personnelles qu'ils effectuent, parfois ils connaissent une partie seulement de leurs droits et obligations et tentent de se conformer à la loi, sans beaucoup de succès.

37. — Cette méconnaissance peut ainsi gravement porter préjudice à la personne concernée, raison pour laquelle une protection des données personnelles ou une meilleure information est également nécessaire dans ce domaine.

⁴⁴ www.facebook.com

1.5. Conséquences des traitements illicites de données personnelles médicales

1.5.1. Pour l'individu : atteinte à la personnalité

38. — Les traitements illicites de données personnelles médicales peuvent créer de graves préjudices pour les personnes concernées.

39. — Rendre publiques certaines données sensibles peut engendrer une discrimination⁴⁵ envers les personnes concernées notamment lorsque celles-ci souffrent de certaines maladies stigmatisantes. Selon l'enquête effectuée en 2009 par l'Association Sida Info Service⁴⁶, la révélation de sa séropositivité entraîne une exclusion sociale. Plus de 70% des personnes séropositives interrogées affirmaient avoir été discriminées au moins une fois en raison de leur maladie. Ce sentiment de discrimination a tendance à augmenter « avec l'ancienneté du diagnostic de la séropositivité »⁴⁷, puisque la personne est exposée plus longtemps aux risques de discriminations, mais également en raison de caractéristiques socio-économiques, les personnes sans revenus étant par exemple plus souvent discriminées, et en raison du domicile, les habitants du nord est de la France souffrant moins de discriminations que ceux du sud est. Il est important de relever que près de 50% des personnes interrogées ont été discriminées dans le domaine de la santé, ce qui est plutôt surprenant vu qu'il s'agit d'un milieu censé être bien informé au sujet du VIH et compatissant face aux malades. Ces discriminations se sont traduites par le dentiste refusant que le patient crache dans le crachoir ou refusant tout simplement de le soigner. La discrimination a aussi lieu dans le cadre professionnel, où il semble toutefois qu'elle porte plus sur le fait d'être malade que d'être infecté par le VIH. Une étude effectuée en 2005 par la même association s'était penchée sur d'autres domaines, ayant un terrain favorable aux dis-

⁴⁵ Il ne s'agit pas de « *discrimination* » au sens de l'article 8 de la Constitution fédérale, mais d'une définition de sociologues portant sur un sentiment subjectif.

⁴⁶ ELISABETE DE CARVALHO & MATHILDE COUDRAY, Enquête 2009 sur les discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Association Sida Info Service, 2009 ; Voir aussi enquête 2005 : ELISABETE DE CARVALHO, Enquête 2005 sur les discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Association Sida Info Service, 2005

⁴⁷ ELISABETE DE CARVALHO & MATHILDE COUDRAY, Enquête 2009 sur les discriminations à l'encontre des personnes vivant avec le VIH, Association Sida Info Service, 2009, p. 4

criminations, tels que les assurances, les banques ou encore le cadre familial.

40. — Il n'y a bien sûr pas que le VIH qui engendre une discrimination, mais également tous les problèmes de santé qui du point de vue de l'employeur pourraient handicaper le malade dans son travail ou qui sont socialement inacceptables. C'est la raison pour laquelle les données personnelles médicales ne doivent pas être communiquées à des tiers sans raison et sans le consentement de la personne concernée.

41. — Il est également à préciser que même si les données médicales révèlent un bon état de santé, elles doivent également être protégées car elles ressortent de la sphère privée ou intime.

1.5.2. Pour la société : démocratie et liberté personnelle en danger

42. — Sans protection des données personnelles, la démocratie serait en danger car l'Etat ne pourrait garantir à l'individu le respect de sa sphère privée. Cette dernière garantit aux individus une certaine liberté, leur permettant notamment d'avoir un esprit critique sur la politique de l'Etat, de s'exprimer librement ou encore de ne pas être espionnés. Si toutes les données personnelles étaient rendues publiques, la sphère privée disparaîtrait et l'Etat pourrait alors entièrement contrôler ses administrés.

43. — L'histoire a démontré que les dictatures n'avaient jamais accordé beaucoup d'importance à la protection des données, comme par exemple la Stasi qui espionnait les habitants susceptibles de nuire au gouvernement en raison de leur comportement. Les démocraties ont toutefois elles aussi commis des dérapages en la matière. La Suisse a connu l'un de ses plus gros scandales à la fin des années 80 lorsqu'il a été rendu public que les autorités fédérales et les polices cantonales avaient observé environ 700'000 personnes sur le territoire suisse et créé des fichiers à leur sujet⁴⁸, dans le but de sécuriser l'Etat face au communisme. Il n'est toutefois pas contesté que le risque de traitements illicites de données personnelles par l'Etat est plus grand dans une dictature que dans une démocratie, où le peuple dispose d'un contrôle de l'activité de l'Etat et où ce dernier doit faire preuve de transparence.

⁴⁸ ARCHIVES FÉDÉRALES SUISSES UNITÉ COMMUNICATION, La police politique et la protection de l'Etat, www.bar.admin.ch

44. — Même si en regard des raisons évoquées au point 1.4 du présent chapitre, il n'est pas possible de garantir une protection absolue des données personnelles, il est important de faire au mieux car « *une société démocratique implique un accès égal pour tous à l'information, une participation à la décision et une structure permettant de jouir pleinement des libertés individuelles constitutionnellement reconnues et de garantir le respect des droits sociaux et économiques sans lesquels la liberté n'est qu'un vain mot* »⁴⁹.

1.6. Utilisation des données personnelles médicales

1.6.1. Généralités

45. — Les données personnelles médicales sont utilisées dans des domaines très différents tels que les assurances, la recherche scientifique, les milieux médicaux et thérapeutiques, les centres de transfusion sanguine ou encore certains réseaux sociaux sur Internet. Nous allons donc aborder ces domaines utilisant des données personnelles médicales pour mieux comprendre ensuite les dispositions légales applicables aux différents maîtres du fichier.

1.6.2. Traitement médical

1.6.2.1. Généralités

46. — La loi oblige les professionnels de la santé à tenir un dossier médical pour chaque patient (art. 400 CO, art. 64 Loi neuchâteloise de santé⁵⁰, art. 87 Loi vaudoise sur la santé publique⁵¹, art. 26 Loi bernoise sur la santé publique⁵²) rendant ainsi les traitements de données personnelles médicales obligatoires. Cette obligation, qui découle du devoir de dili-

⁴⁹ JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques: en particulier, la statistique officielle fédérale et la protection des données personnelles, thèse, Fribourg, 1988, p. 5

⁵⁰ Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS), RSN 800.1

⁵¹ Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP), RSV 800.01

⁵² Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP), RSB 811.01

gence du professionnel de la santé⁵³ permet à ce dernier d'exercer correctement sa profession ; il doit en effet connaître les antécédents, les maladies génétiques, le mode de vie, les allergies ou encore les problèmes de dépendance de ses patients pour pouvoir poser le bon diagnostic et les soigner. La récolte de données personnelles médicales permet également d'avoir une anamnèse du patient et d'éviter de refaire à chaque fois les mêmes examens médicaux généraux.

47. — Cependant, pour que le patient puisse donner à son fournisseur de soins des informations aussi sensibles, il doit être sûr qu'elles ne seront pas dévoilées à des tiers sans son autorisation ; ainsi, afin d'assurer cette confidentialité, les professionnels de la santé ont l'obligation de garder secrètes les informations dont ils ont pris connaissance dans le cadre de leur profession (art. 321 CP, 35 LPD). Il est donc nécessaire de concilier utilité des données personnelles et protection de celles-ci pour améliorer la prise en charge des patients par les professionnels de la santé.

48. — Pour mieux comprendre les différentes protections conférées aux patients, il est nécessaire de distinguer les situations suivantes où le statut du patient et du fournisseur de soins change.

1.6.2.2. Patients capables de discernement

49. — La première catégorie de patients à laquelle nous allons nous intéresser est celle qui compte le plus grand nombre de personnes, à savoir les patients capables de discernement. Qu'ils soient majeurs, mineurs ou sous curatelle de portée générale, ils bénéficient tous de la même protection à condition d'être capables de discernement.

50. — Le législateur a donné une définition négative de la capacité de discernement⁵⁴, en définissant l'incapacité de discernement ; la loi dit en effet que « *toute personne qui n'est pas privée de la faculté d'agir raisonnablement en raison de son jeune âge, de déficience mentale, de troubles psychiques, d'ivresse ou d'autres causes semblables est capable de discernement au sens de la présente loi* » (art. 16 CC). En d'autres termes, cette disposition indique qu'une personne incapable de discernement n'a

⁵³ CARMEN GRAND, Le dossier médical sous l'angle de la protection des données, in Le dossier médical, Cahiers de l'Institut de droit de la santé n°1, Neuchâtel, 1995, p. 15, p. 31

⁵⁴ MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, art. 16, N 2, p. 172, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 4, p. 169, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

pas la faculté d'apprécier les effets d'un acte déterminé et d'agir en fonction de cette appréciation, selon sa propre volonté, et ce en raison du jeune âge, d'une déficience mentale, de troubles psychiques, de l'ivresse ou d'une autre cause semblable.

51. — Comme l'a précisé à plusieurs reprises le Tribunal fédéral, le discernement « *comporte deux éléments, un élément intellectuel, la capacité d'apprécier le sens, l'opportunité et les effets d'un acte déterminé, et un élément volontaire ou caractériel, la faculté d'agir en fonction de cette compréhension raisonnable, selon sa libre volonté* »⁵⁵. En protection des données, cela pourrait se concrétiser par la faculté de comprendre les raisons pour lesquelles les données personnelles sont récoltées, comme par exemple pour conclure un contrat d'assurance ou pour être un sujet de recherche, et être à même de donner ou non son accord à un tel traitement de données, en toute connaissance de cause.

52. — Pour qu'une personne soit jugée incapable de discernement, il faut encore que s'ajoute à ces deux éléments intellectuel et volontaire l'une des causes citées dans la loi⁵⁶. Ces deux conditions sont cumulatives, et doivent donc être remplies conjointement, pour que la personne puisse être jugée incapable de discernement. Ainsi, une personne peut souffrir de l'une des causes citées à l'article 16 CC, comme par exemple de troubles psychiques, mais être jugée capable de discernement si elle peut comprendre une situation et prendre une décision en conséquence⁵⁷. Par exemple, une personne dépressive peut être diagnostiquée comme étant atteinte d'un trouble psychique tout en étant capable de discernement pour la plupart des actes de la vie courante. Elle peut en effet se marier ou effectuer un achat important, par contre, elle ne peut pas forcément donner son consentement sur certains aspects de son traitement médical,

⁵⁵ ATF 117 II 231 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 12ss, pp 171ss, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010 ; NOÉMIE HELLE, La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance?, in *Revue suisse de droit de la santé* 2004 n°3, p. 7, p. 7

⁵⁶ FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 9, p. 170, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

⁵⁷ « *Par maladie mentale, [suite à la révision du Code civil entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2013, la notion de maladie mentale a été remplacée par celle de troubles psychiques] il faut entendre des troubles psychiques durables et caractérisés qui ont sur le comportement extérieur de la personne atteinte des conséquences évidentes, qualitativement et profondément déconcertantes pour un profane averti* » (ATF 117 II 231, ATF 85 II 457, ATF 62 II 263) ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 74, p. 23 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 2, p169, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

la maladie ayant pu altérer son discernement pour ce genre de choix. Cela signifie que la capacité de discernement est relative et qu'elle doit être examinée pour chaque acte concret et non d'une manière générale et abstraite⁵⁸, ce qui ne veut toutefois pas dire qu'elle peut être restreinte : elle est soit nulle, soit totale⁵⁹. La capacité de discernement est parfois difficile à démontrer, surtout lorsqu'on a affaire à des enfants, des personnes très âgées ou des personnes souffrant de déficience mentale⁶⁰.

53. — La cause du « *jeune âge* » mérite également quelques précisions ; cette cause peut poser certains problèmes, car le législateur suisse n'a pas fixé d'âge limite. Il faudra ainsi déterminer de cas en cas si un enfant a la capacité de discernement, en examinant son comportement et sa maturité⁶¹. Contrairement au « *jeune âge* », le « *grand âge* » n'est pas une cause d'incapacité de discernement. Si une personne âgée est jugée incapable de discernement, ce sera en raison d'une altération de ses capacités mentales due à une maladie consécutive à la sénilité comme Alzheimer ou en raison d'une déficience mentale due à l'âge, mais non en raison de son âge avancé proprement dit⁶². Pour ce qui est de la déficience mentale, il ne s'agit pas d'une maladie mentale mais d'un « *état mental anormal permanent, dont il résulte le besoin de protection* »⁶³. Pour le trouble psychique, il s'agit de « *troubles psychiques durables et caractérisés qui*

⁵⁸ ATF 88 IV 111, JT 1962 IV 143 ; ATF 90 II 9, JT 1964 I 354 ; ATF 109 II 273, JT 1985 I 290 ; ATF 111 V 58 ; ATF124 III 5, JT 1998 I 361 ; ATF 127 I 6 ; ATF 117 II 231 ; NOÉMIE HELLE, La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance?, *in* Revue suisse de droit de la santé 2004 n°3, p. 7, p. 7 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 5, p. 169, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

⁵⁹ ATF 111 V 58 ; ATF 117 II 231 ; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, N 7ss, p. 173ss, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002

⁶⁰ ANTONELLA CEREGHETTI, Nul n'est censé ignorer... que le secret médical doit être manié avec précaution, *in* Revue médicale suisse n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 684

⁶¹ ATF 134 II 235 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 85, p. 27 ; MARGRITH BIGLER-EGGENBERGER, art. 16 CC, N 14ss, pp 175ss, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; DOMINIQUE MANAÏ, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, pp 195ss ; OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 210 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 27ss, pp 175ss, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

⁶² DOMINIQUE MANAÏ, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, p. 44 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 34, p. 177, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

⁶³ ATF 62 II 263, JT 1937 I 164 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 39ss, p. 179, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

ont sur le comportement extérieur de la personne atteinte des conséquences évidentes, qualitativement et profondément déconcertantes pour un profane averti »⁶⁴. Tant la déficience mentale que le trouble psychique ne seront pris en compte que pour « *les états jugés anormaux et qui sont suffisamment graves pour altérer la faculté d'agir raisonnablement* »⁶⁵.

54. — Quant aux « *autres causes semblables* », il s'agit de situations où la personne peut voir sa capacité de discernement altérée, en raison de drogues, de médicaments, de somnambulisme, etc⁶⁶.

55. — Il est également important de préciser que le contenu de la décision, aussi irrationnelle soit-elle, ne veut pas dire que son auteur est incapable de discernement ; ce n'est pas la décision en soi qui détermine la capacité de discernement d'une personne, mais bien les conditions citées ci-dessus⁶⁷.

56. — La capacité de discernement est en général présumée, c'est donc celui qui prétend qu'elle fait défaut qui doit le prouver. Il suffira toutefois de démontrer un haut degré de vraisemblance pouvant éliminer les éventuels doutes, pour détruire une présomption de capacité de discernement. En revanche, dans les cas où l'incapacité de discernement semble beaucoup plus probable, comme par exemple lorsqu'il s'agit d'un très jeune enfant ou d'un malade mental notoire, la présomption s'inverse et c'est l'existence de la capacité de discernement de la personne qu'il faut prouver⁶⁸.

⁶⁴ ATF 117 II 231 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 88, p. 28 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 35ss, pp 178-179, *Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC*, Bâle, 2010

⁶⁵ ATF 88 IV III ; ATF 124 III 5, JT 1998 I 361 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 87, p. 27

⁶⁶ RSJ 88/1992 27 n°40 ; OLIVIER GUILLOD, *Le droit des personnes*, 3^e édition, Neuchâtel, 2012, N 100, p. 52 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 92, p. 29 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 42ss, pp 179-180, *Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC*, Bâle, 2010

⁶⁷ ATF 43 II 739 ; OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 209

⁶⁸ ATF 124 III 5, JT 1998 I 361 ; ATF 134 II 235 ; 2C.5/2008 ; 1P.713/1999 ; 5A.204/2007 ; 5C.32/2004 ; DOMINIQUE MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Berne, 2013, p. 40 ; OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 210 ; NOÉMIE HELLE, *La capacité de discernement, un critère juridique en voie de disparition pour les patients psychiques placés à des fins d'assistance?*, in

57. — C'est au professionnel de la santé qui traite le patient de déterminer si celui-ci a la capacité de discernement⁶⁹ ; s'il estime que son patient l'a, cela signifie que ce dernier a l'exercice de ses droits strictement personnels (art. 19c CC) et qu'il peut consentir à un traitement médical ou à ce que ses données personnelles soient utilisées.

1.6.2.3. Patients incapables de discernement

58. — Si la personne concernée est incapable de discernement, c'est le représentant légal qui doit décider à sa place, en tenant compte des intérêts de celle-ci⁷⁰. Les représentants légaux peuvent être les détenteurs de l'autorité parentale (art. 304 CC), le tuteur (art. 327a CC) ou encore le curateur de portée générale (art. 398 CC). Avec le nouveau droit de la protection de l'adulte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, le législateur a comblé une lacune en prévoyant des représentants thérapeutiques pour les patients provisoirement ou durablement incapables de discernement qui n'auraient pas de représentant légal en temps normal.

59. — Le législateur a décidé « *de favoriser le droit de la personne de disposer d'elle-même* »⁷¹ en lui permettant de choisir son représentant thérapeutique. Elle peut ainsi établir des directives anticipées (art. 370ss CC), qui lui permettent de décider de la marche à suivre concernant ses traitements médicaux ou de désigner une personne chargée de la représenter pour le jour où elle serait incapable de discernement. Elle peut également choisir la voie du « *mandat pour cause d'inaptitude* », qui lui permet de donner mandat à une personne « *de lui fournir une assistance personnelle, de gérer son patrimoine ou de [la] représenter dans les rapports juridiques avec les tiers au cas où elle deviendrait incapable de discernement* »⁷². Le législateur privilégie ainsi le choix du patient tout

Revue suisse de droit de la santé 2004 n°3, p. 7, p. 8 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 16, N 4, p. 169, Commentaire romand, Code civil I: art. 1 à 359 CC, Bâle, 2010

⁶⁹ DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, pp 195ss

⁷⁰ ATF 114 Ia 350 ; ATF 118 Ia 427 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 507, p. 109 ; VINCENT MARTENET & CORALIE DEVAUD, La révocation du consentement aux soins médicaux, in Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne, 2009, p. 265, p. 276

⁷¹ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, p. 6636

⁷² Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, p. 6636

en prévoyant d'autres représentants thérapeutiques au cas où le patient n'aurait pas fait valoir son choix. Ainsi, lorsqu'une personne incapable de discernement n'a pas désigné un représentant dans un mandat pour cause d'inaptitude (art. 360ss CC) ou qu'elle n'a pas rédigé de directives anticipées (art. 370ss CC) dont le but est de permettre à toute personne capable de discernement de déterminer « *les traitements médicaux auxquels elle consent ou non au cas où elle deviendrait incapable de discernement* » et de « *désigner une personne physique qui sera appelée à s'entretenir avec le médecin sur les soins médicaux à lui administrer et à décider en son nom au cas où elle deviendrait incapable de discernement* » (art. 370 al. 1 et 2 CC), le professionnel de la santé se tourne vers « *la personne habilitée à la représenter dans le domaine médical* » (art. 377 CC). La loi désigne selon un ordre pré-établi les personnes habilitées « *à représenter la personne incapable de discernement et à consentir ou non aux soins médicaux que le médecin envisage de lui administrer ambulatoirement ou en milieu institutionnel* » (art. 378 CC). Comme nous l'avons vu, il s'agit tout d'abord de « *la personne désignée dans les directives anticipées ou dans un mandat pour cause d'inaptitude* », puis du « *curateur qui a pour tâche de [le] représenter dans le domaine médical* », puis du conjoint ou du partenaire enregistré à condition de faire ménage commun avec le patient ou de lui fournir « *une assistance personnelle régulière* », puis d'une autre personne faisant ménage commun et fournissant une assistance personnelle régulière ou encore des descendants, des père et mère ou des frères et sœurs, à condition que ceux-ci aient fourni une assistance personnelle régulière au patient.

1.6.2.4. Personnes ne faisant plus l'objet d'un traitement médical

60. — Les données personnelles médicales des patients qui ne sont plus en traitement restent protégées, même si elles se réfèrent à un événement passé (art. 321 CP et 35 LPD)⁷³ ; tant qu'elles existent, le risque de traitement illicite subsiste.

61. — De plus, l'obligation pour les professionnels de la santé de conserver les dossiers médicaux des patients pendant un certain temps (art. 64 al. 2 Loi neuchâteloise de santé) maintient le risque de traitement illicite de données personnelles, raison pour laquelle une protection est nécessaire.

⁷³ ATF 135 III 597

1.6.2.5. Patients décédés

62. — Les données personnelles médicales des patients décédés ne sont plus d'une grande utilité pour les professionnels de la santé si ce n'est pour connaître les causes du décès ou pour la recherche scientifique. Cependant, en raison notamment de l'obligation des professionnels de la santé de conserver les dossiers médicaux, une protection reste nécessaire pour les mêmes raisons que pour les personnes ne faisant plus l'objet d'un traitement médical (cf. point 1.6.2.4 du présent chapitre).

63. — Les patients décédés continuent ainsi de bénéficier d'une protection de leurs données personnelles du point de vue pénal avec le secret professionnel (art. 321 CP) même si la protection de la personnalité sur le plan civil disparaît au moment de la mort. En effet, le droit suisse considère que lorsqu'un médecin rend publiques des informations concernant la santé de l'un de ses patients décédés, il n'y a pas d'atteinte à la personnalité au sens du droit civil mais que cela constitue une infraction pénale. Le soignant soumis au secret médical ne risque toutefois pas d'être condamné, puisqu'en cas de violation du secret professionnel, seule la personne dont les informations sont protégées peut porter plainte, en l'occurrence le défunt. Cette problématique est développée au point 5.2.5 et démontre que des modifications législatives devraient être effectuées pour pouvoir offrir une meilleure protection des données personnelles.

64. — La question de la protection par la LPD des données personnelles médicales d'une personne décédée est plus délicate, car cette loi ne prévoit rien à ce sujet. Comme il s'agit d'une loi complétant les articles de la protection de la personnalité (art. 28ss CC), il serait logique que cette protection tombe lorsque la personnalité disparaît, soit au moment de la mort (art. 31 al. 1 CC). Le seul article de loi qui aborde ce sujet est celui de l'ordonnance, qui prévoit pour les proches d'une personne décédée un droit d'accès aux données de cette dernière (art. 1 al. 7 OLPD), ce qui signifie que les données personnelles d'une personne décédée ne sont pas protégées de la même manière que celles d'une personne vivante. Cet article a toutefois fait l'objet de critiques⁷⁴ car la LPD ne prévoit pas de droit d'accès au dossier pour les tiers et ne prévoit rien en cas de décès de

⁷⁴ GÉRALD PAGE, *Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 113, p. 121 ; RALPH GRAMIGNA & URS MAURER-LAMBROU, art. 8, N 8, p. 128, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

la personne concernée. Cette problématique est traitée plus en profondeur au point 3.4.3.3. du chapitre 3.

1.6.2.6. Informations en rapport avec des tiers

65. — Lorsque des proches transmettent au soignant des renseignements sur la santé du patient, sur son comportement, son mode de vie ou toute autre information ayant un rapport avec le traitement médical en cours, ces données sont également protégées par la loi. Ce genre de situations peut par exemple se présenter en psychiatrie, lorsqu'est évoqué le comportement du patient en dehors d'une structure hospitalière⁷⁵ ; les proches doivent pouvoir se confier au soignant, sans avoir à craindre que le patient, fragile psychologiquement, ne l'apprenne, ce qui pourrait aggraver son état psychique et envenimer les relations qu'il entretient avec ses proches.

66. — Il est donc préférable que ces données restent confidentielles, pour que les proches ne craignent pas de parler et pour que le traitement se déroule au mieux.

1.6.3. Gestion administrative

67. — Les bases de données personnelles des patients sont également utiles pour la gestion administrative des hôpitaux, des cabinets médicaux privés ou encore des laboratoires d'analyses.

68. — Ces informations servent tout d'abord à la facturation, les fournisseurs de soins devant décrire leurs prestations et établir leur facture sur la base de barèmes (art. 43 LAMal), pour que les caisses-maladie prennent en charge ces prestations. La facture détaillée permettra ensuite au patient de demander le remboursement des soins auprès de son assurance.

69. — Ces renseignements permettent également de gérer l'occupation des lieux d'un établissement de santé en ce qui concerne par exemple les opérations ou l'hébergement des patients pour avoir une utilisation des lieux optimale et bénéfique tant pour les patients que pour les médecins.

70. — La question qui peut se poser est de savoir si les données traitées pour la gestion administrative et financière sont des données médicales

⁷⁵ CARMEN GRAND, *Le dossier médical sous l'angle de la protection des données*, in *Le dossier médical*, Cahiers de l'Institut de droit de la santé n°1, Neuchâtel, 1995, p. 15, p. 29

ou des données administratives ? Du moment où elles renseignent sur l'identité d'une personne présente en tant que patient dans l'établissement, je pense qu'il s'agit de données personnelles médicales et qu'elles doivent être traitées comme telles.

1.6.4. Recherche scientifique

71. — La recherche scientifique, médicale, pharmaceutique, chimique, statistique ou encore économique, utilise des données personnelles médicales pour accomplir son travail d'analyse et de publication des résultats de recherche. Ces données sont indispensables pour pouvoir créer des produits thérapeutiques, établir les coûts de la santé ou encore prévenir des risques liés à l'utilisation de produits chimiques.

72. — La recherche dans le domaine médical ou dans la santé publique bénéficie de dispositions spéciales en matière de protection des données (art. 321bis CP et dès 2014, la Loi fédérale sur la recherche sur l'être humain⁷⁶) afin de pouvoir disposer des informations nécessaires.

1.6.5. Expertise judiciaire

73. — Qu'il s'agisse d'une expertise médicale dans le cadre d'une procédure administrative, civile ou pénale, les données de l'expertisé sont nécessaires pour que le médecin-expert puisse remplir ses obligations, à savoir répondre aux questions de l'autorité judiciaire. En général, le professionnel de la santé effectue un contrôle médical de l'expertisé puis rédige un rapport. Le médecin reçoit du juge un mandat d'expert qu'il est tenu d'accepter s'il n'a pas de motifs justifiant son refus (art. 183ss CPC ; art. 182ss CPP).

74. — La relation entre l'Etat et le médecin relève du droit public, de même que celle entre le médecin et l'expertisé ; même si cette dernière est différente de la relation qu'un patient a avec son médecin traitant, l'expertisé bénéficie des mêmes droits que les patients étant donné que l'expertise est considérée comme un acte médical ; « *l'expertise n'est donc licite que pour autant que la personne à expertiser y consente de*

⁷⁶ www.bag.admin.ch

manière libre et éclairée, ou qu'une disposition légale permette d'y procéder indépendamment de son accord »⁷⁷.

1.6.6. Gestion des assurances sociales

75. — Les données personnelles médicales des assurés sont également nécessaires aux assurances sociales pour qu'elles puissent remplir leurs fonctions, soit définir quelles prestations seront prises en charge par quel type d'assurance (maladie, accident ou invalidité).

76. — Par exemple, la communication des données personnelles médicales à l'assurance-maladie de base est obligatoire pour que celle-ci puisse vérifier le calcul de la rémunération et l'économicité de la prestation (art. 42 LAMal). Sur la base de ces nombreux renseignements, l'assurance constitue un dossier d'assuré, dossier qui ne doit toutefois pas transiter entre les services de l'assurance de base (LAMal) et ceux de l'assurance complémentaire (LCA) ; en effet, l'assurance de base est considérée comme un organe public et ne peut communiquer les données personnelles de ses assurés que si la loi le prévoit et cette dernière ne permet pas la communication de données aux assurances complémentaires, conformément au principe de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD). Par ailleurs, les données personnelles traitées par l'assurance de base ne doivent pas servir à la bonne marche économique de l'assurance complémentaire, notamment en raison du principe de finalité (art. 4 al. 4 LPD). Il est toutefois difficile de voir si les caisses-maladie respectent cette règle, car il est très facile, à l'interne, de transmettre le dossier d'un assuré de base à la section de l'assurance complémentaire, quand ce n'est tout simplement pas la même personne qui gère les deux dossiers⁷⁸. Cette façon de traiter les données personnelles peut porter préjudice à l'assuré car si son dossier LAMal révèle un mauvais état de santé, l'assurance complémentaire pourra lui être refusée. Mais celui-ci peut également se voir importuné par de la publicité ciblée, envoyée par l'assurance complémentaire en fonction des données personnelles collectées par l'assurance de base.

⁷⁷ OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste, *in* Droit du sport et aménagement du territoire L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, 2011, p. 263, p. 272

⁷⁸ ODILE PELET, Nul n'est censé ignorer... que les médecins ont perdu la maîtrise du mandat psychothérapeutique au profit des assureurs, *in* Revue médicale suisse n°95 vol. 3, p. 244 ; BÉATRICE DESPLAND & NATHALIE BRUNNER, Etude sur les lacunes dans la réglementation de la protection des données médicales dans les assurances sociales, Neuchâtel, 2003, p. 99

1.6.7. Don du sang

77. — Les données personnelles médicales des donneurs de sang, récoltées à l'aide d'un formulaire⁷⁹ évaluant leur état de santé au moment du don, sont nécessaires pour les centres de transfusion sanguine.

78. — Les centres de transfusion doivent tout d'abord pouvoir déterminer si les donneurs peuvent subir un prélèvement de sang sans mettre leur santé en danger. En effet, certaines personnes ne peuvent donner leur sang pour des raisons de santé, comme par exemple lorsqu'elles ont un poids insuffisant (moins de 50 kilogrammes) ou plus de 65 ans, ou pour des raisons contractuelles, lorsqu'elles sont encore mineures et que leur représentant légal n'a pas donné son accord⁸⁰.

79. — Les renseignements collectés ainsi que les tests effectués après les prélèvements permettent également de savoir si le donneur ne souffre pas de certaines maladies, comme les hépatites B et C ou le virus VIH, et par conséquent si le sang récolté pourra être transfusé à un receveur potentiel. Si les examens révèlent que le donneur souffre de l'une de ces maladies, il peut en être informé s'il le désire (art. 18 et suivants OAMéd⁸¹).

80. — Seul le centre de transfusion connaît l'identité du donneur, ce dernier ne connaissant pas l'identité du receveur et vice versa, conformément aux principes de la LPD auxquels les centres de dons du sang doivent se conformer (art. 46a al. 2 OAMéd).

1.6.8. Réseaux sociaux

81. — Depuis quelques années, Internet a vu apparaître des réseaux sociaux, soit des sites Internet où chacun peut s'inscrire et indiquer ses données personnelles afin de retrouver des amis⁸², des collègues de travail actuels ou potentiels⁸³, des anciens camarades de classe⁸⁴ ou encore des personnes souffrant de pathologies semblables⁸⁵. Dans ce dernier cas, les données personnelles médicales des utilisateurs permettent de créer

⁷⁹ www.blutspende.ch

⁸⁰ www.blutspende.ch

⁸¹ Ordonnance fédérale du 17 octobre 2001 sur les autorisations dans le domaine des médicaments, RS 812.212.1 ; www.blutspende.ch

⁸² www.facebook.com

⁸³ www.linkedin.com

⁸⁴ www.copainsdavant.com

⁸⁵ www.patientslikeme.com; www.inspire.com; www.CureTogether.com; www.careny.com

des catégories de gens souffrant de mêmes maladies, ce qui permet à ces derniers de se retrouver et de pouvoir échanger leurs impressions concernant leur pathologie. Ces sites de réseaux sociaux médicaux sont toutefois rarement créés par des sociétés altruistes désireuses de mettre en contact des personnes souffrant des mêmes maux mais plutôt par des sociétés dont le but est de collecter des données personnelles médicales pour ensuite les commercialiser auprès des entreprises intéressées ; certains ne sont d'ailleurs financés que par la vente de ces données⁸⁶.

82. — L'utilisation des données personnelles médicales sur des sites de réseaux sociaux peut présenter de nombreux avantages pour les entreprises pharmaceutiques mais peut également gravement porter atteinte à la personnalité des membres de ces réseaux, dont les données ne seront certainement pas toujours traitées de la manière la plus respectueuse. Elles pourront en effet être vendues et risquer d'être connues par un très grand nombre de personnes.

1.6.9. Cloud computing

83. — Depuis quelques années nombreuses sociétés informatiques proposent le « *cloud computing* », à savoir la possibilité offerte aux particuliers de stocker leurs données informatiques, habituellement enregistrées sur leur serveur privé, sur un serveur distant appartenant à la société. L'utilisateur peut ensuite récupérer ses données « *où qu'il soit dans le monde, et quel que soit l'appareil qu'il utilise* »⁸⁷.

84. — Le *cloud computing* fait apparaître plusieurs problèmes en matière de protection des données que le préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) a relevés. Tout d'abord, l'utilisateur ne sait pas vraiment où sont stockées les données qu'il télécharge, il se peut ainsi qu'elles se trouvent dans des Etats où la législation en matière de protection des données n'offre pas des garanties suffisantes, comme pourrait le faire la LPD. Il se peut aussi que les gestionnaires de tels services informatiques n'aient pas pris toutes les mesures nécessaires à la sécurité des données, ce que l'utilisateur n'a pas la possibilité de vérifier.

⁸⁶ OLIVIER DESSIBOURG, Les « *Facebook des malades* » en plein essor, Le Temps du 3 janvier 2012, www.letemps.ch ; PAUL WICKS, TIMOTHY E. VAUGHAN, MICHAEL P. MASSAGLI & JAMES HEYWOOD, Accelerated clinical discovery using self-reported patient data collected online and a patient-matching algorithm, *in* Nature Biotechnology 29, 24 April 2011, p. 411

⁸⁷ VINCENT SALVADÉ, Le droit d'auteur dans le nuage ou dans le brouillard?, *in* sic! 2012, p. 161, p. 161

Le PFPDT rappelle également que pour une protection efficace des données personnelles des utilisateurs, celles-ci devraient être séparées les unes des autres ; en effet, si le *cloud* conserve toutes les données ensemble et que les données d'un utilisateur sont piratées, toutes les données du système en seront affectées. La perte de données enregistrées sur un serveur pour lequel les gestionnaires ne prennent pas la peine d'effectuer des sauvegardes ou encore l'usage abusif des données personnelles de la part des employés de la société qui gère le *cloud* sont des problèmes auxquels les utilisateurs de *cloud computing* sont ou seront prochainement confrontés et auxquels le législateur devra répondre de manière efficace⁸⁸.

1.7. Conclusion

85. — Les domaines concernés par la protection des données sont nombreux et très différents les uns des autres ; une protection accrue semble être indispensable pour certains d'entre eux, comme ceux de la justice ou de la santé, car les données y relatives portent sur la sphère privée et une protection moins forte semble suffire pour les domaines traitant de données moins sensibles, pouvant être rendues publiques sans que cela ne porte gravement atteinte à la personne concernée. Par exemple, la liste d'achats effectués dans un supermarché contient des données personnelles moins sensibles que celles qui figurent dans un dossier médical, laissant supposer que la protection n'a pas à être nécessairement très stricte ; cependant, la situation de cette carte-client peut toutefois changer ; en effet, la carte *Cumulus*⁸⁹ et les données personnelles qu'elle contient restent anodines tant qu'elle récolte des informations sur nos habitudes d'achat alimentaires, mais le jour où *Migros* viendrait à vendre des médicaments, une nouvelle problématique entrerait en jeu puisque des données sensibles seraient alors collectées. Cette entreprise a d'ailleurs déjà un pied dans le secteur de la santé puisqu'elle a repris la majorité du capital de

⁸⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Explications concernant l'informatique en nuage (cloud computing), www.edoeb.admin.ch, pp 2 et 3

⁸⁹ *Cumulus* est un système que la *Migros* a mis en place pour fidéliser ses clients. Il enregistre les achats de ces derniers, créant ainsi une base de données renseignant sur les habitudes de consommation de chaque client et permettant ainsi de faire de la publicité ciblée et d'offrir des bons de fidélité. www.migros.ch

*Medbase AG*⁹⁰ à la fin de l'année 2010. Il ne serait donc pas surprenant, dans un futur proche, de pouvoir acquérir des points *Cumulus* lorsqu'on se rend à un rendez-vous médical⁹¹.

86. — Il faut également relever que certaines données peuvent revêtir une importance assez faible lorsqu'elles sont consultées isolément, mais qu'une fois agrégées, elles décrivent un profil de la personnalité de manière suffisamment précise pour devoir bénéficier d'une protection accrue⁹².

87. — Les données personnelles médicales sont ainsi utilisées dans de nombreux domaines très différents les uns des autres, nécessitant à chaque fois une protection efficace. L'évolution des nouvelles technologies crée également constamment de nouveaux types de traitements de données personnelles pouvant engendrer des atteintes à la personnalité, raison pour laquelle les protections en la matière doivent être régulièrement adaptées.

88. — Nous allons donc étudier dans les chapitres suivants les bases légales applicables en la matière ainsi que les différents moyens d'action permettant à la personne concernée de faire cesser un traitement illicite de données personnelles, de demander une réparation financière, de porter plainte pénale ou encore de demander l'intervention du PFPDT.

89. — Nous étudierons également l'efficacité de ces différents moyens pour savoir s'ils répondent aux problématiques actuelles en matière de protection des données et s'il est possible d'améliorer la situation actuelle. Les moyens pour lutter contre les anciens risques, qui existent depuis plusieurs années, sont-ils encore efficaces face à l'évolution d'Internet ? Les nouvelles technologies, de par leur évolution rapide, dépassant souvent les dispositions légales censées les régler, disposons-nous de moyens efficaces pour faire face à ces nouveaux risques en matière de protection des données ?

⁹⁰ Medbase AG exploite des centres de santé où exercent des médecins et d'autres professionnels de la santé du domaine paramédical. www.medbase.ch

⁹¹ www.migros.ch

⁹² JÖRG PAUL MÜLLER & MARTIN E. LOOSER, Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse, in *La protection de la vie privée dans la société d'information*, Paris, 2002, p. 67, p. 84

Sources légales

2.1. Généralités

90. — Comme nous l'avons vu au chapitre 1, la protection des données est omniprésente que cela soit dans les domaines de la santé, du commerce ou de l'administration publique ; le législateur a prévu pour chaque domaine des dispositions légales protégeant les données personnelles.

91. — Ce chapitre débute par un rappel de la détermination des normes applicables, puis par une présentation du droit international. Ensuite nous présenterons les dispositions qui forment les piliers de la protection des données, soit les droits fondamentaux et pour finir le droit interne avec les règles générales et spéciales de droit privé et public. Cette introduction à la législation spécifique à la protection des données permet de mieux comprendre le système suisse de la protection des données et ses divers acteurs, avant d'aborder de manière plus approfondie les moyens d'action légaux en la matière.

2.2. Détermination des normes applicables

2.2.1. Principe de la hiérarchie des normes

2.2.1.1. Primauté du droit international

92. — L'ancienne Constitution de 1874 ne contenait pas de règle explicite sur les relations entre le droit suisse et le droit international, mais la doctrine et la jurisprudence avaient déjà admis la primauté du droit international. Le principe de primauté du droit international se trouve actuellement à l'article 5 al. 4 Cst. qui stipule que « [1]a Confédération et les cantons respectent le droit international ». Cet article ne prévoit cependant pas de règle en cas de conflit entre une disposition de droit international et une de droit national. Au début du XXe siècle, le Tribunal fédé-

ral jugeait déjà que le droit international primait le droit national, même si celui-ci lui était postérieur ; il a toutefois modifié sa jurisprudence vers 1920 – 1930, en mettant le droit national et le droit international au même niveau et en faisant même primer le droit national postérieur. Puis, en 1968, il a de nouveau modifié sa jurisprudence en établissant que le droit international primait le droit national, même si ce dernier était postérieur au droit international. Cette règle a toutefois fait l'objet d'une exception avec la jurisprudence « *Schubert* » où la Haute Cour a admis qu'une loi fédérale pouvait primer le droit international lorsque l'Assemblée fédérale l'avait expressément exigé⁹³. Le Tribunal fédéral a ensuite confirmé le principe de la primauté du droit international en se fondant sur « *la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne* »⁹⁴ et sur le principe du respect des traités (*pacta sunt servanda*) codifié à l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969⁹⁵.

93. — Il est peu probable de voir apparaître des exceptions à l'article 5 al. 4 Cst, d'une part en raison de l'importance grandissante du droit international face au droit interne et d'autre part en raison des dispositions de la nouvelle Constitution instaurant des règles de conflit en faveur du droit international (art. 139 al. 3, art. 193 al. 4 et 194 al. 2)⁹⁶. Quant aux ordonnances du Conseil fédéral et au droit cantonal, il a toujours été admis que les traités internationaux devaient les primer.

94. — Il est également important de préciser que le droit international fait partie intégrante du droit national car la législation suisse se base sur le système moniste qui intègre le droit international dans le droit national

⁹³ ATF 99 Ib 39 ; DIRECTION DU DROIT INTERNATIONAL PUBLIC, Avis de droit du 18 mars 1999, VPB 64.21, www.vpb.admin.ch ; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010, N 182, p. 180

⁹⁴ ATF 122 II 485

⁹⁵ Art. 26 de la Convention de Vienne : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté par elles de bonne foi* » ; Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969, RS 0.111 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 5, N 17, p. 48 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2e édition, Berne, 2006, N 1290ss, pp 456ss

⁹⁶ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 5, N 20ss, pp 48ss ; Art. 139 al. 3 Cst : règle de conflit entre le droit international et une initiative populaire. ; Art. 193 al. 4 Cst : règle de conflit faisant primer le droit international lors d'une révision totale de la Constitution. ; Art. 194 al. 2 Cst : règle de conflit faisant primer le droit international lors d'une révision partielle de la Constitution.

permettant ainsi à un traité international valablement conclu d'être inséré dans l'ordre juridique suisse sans qu'il soit nécessaire de faire une nouvelle loi pour le transposer⁹⁷. Ce système s'oppose au système dualiste qui sépare les ordres juridiques nationaux et internationaux et dans lequel une nouvelle loi nationale est obligatoire pour intégrer le traité international dans l'ordre juridique interne⁹⁸. Le texte de droit international contient des clauses directement applicables ou non directement applicables, tout dépend de son contenu et de la manière avec laquelle les dispositions sont rédigées et interprétées⁹⁹. Les clauses non directement applicables n'imposent des obligations qu'aux autorités politiques des Etats signataires et plus particulièrement au législateur, alors que les dispositions directement applicables sont assez claires et précises pour qu'elles confèrent des droits à la population, sans que le législateur ne doive préparer une loi supplémentaire pour les transposer dans l'ordre juridique interne. Les administrés peuvent directement tirer des droits et des obligations de ces traités dits d'application « directe » ou « immédiate »¹⁰⁰.

95. — Les textes internationaux en matière de protection des données médicales sont nombreux et seront présentés dans ce chapitre. Nous précisons pour chacun d'eux leur portée face aux dispositions nationales.

2.2.1.2. Portée des droits fondamentaux

96. — Les droits fondamentaux, qui se trouvent dans les constitutions écrites ou les conventions internationales, protègent les individus face aux agissements de l'Etat en limitant le pouvoir de celui-ci. Ils peuvent être définis comme étant des « *prétentions subjectives, qui visent à obte-*

⁹⁷ ATF 127 II 177 ; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010, N 180, p. 177 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2e édition, Berne, 2006, N 1292, p. 456

⁹⁸ Message relatif à l'approbation de l'accord sur l'Espace économique européen du 18 mai 1992, FF 1992 IV 1, pp 85-87 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2e édition, Berne, 2006, N 1291, p. 456 ; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010, N 180, p. 177

⁹⁹ PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010, N 181, p. 178

¹⁰⁰ PASCAL MAHON, Droit constitutionnel I, Institutions, juridiction constitutionnelle et procédure, 2e édition, Neuchâtel, 2010, N 181, p. 178 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume I, 2e édition, Berne, 2006, N 1293, pp 456-457 et N 1307ss, pp 464ss

nir de l'Etat un comportement déterminé – en général une abstention, plus rarement une prestation positive -, qu'une personne peut faire valoir devant un juge et qui apparaissent soit comme un élément constitutif de la démocratie ou de l'Etat régi par le droit, soit comme une exigence essentielle de l'existence humaine ». L'Etat est ainsi le garant des droits fondamentaux, mais également l'auteur potentiel d'une atteinte à ces droits¹⁰¹.

97. — Font partie des droits fondamentaux, les libertés, qui garantissent à l'individu une autonomie par l'abstention de l'intervention de l'Etat, les garanties de l'Etat de droit, qui obligent celui-ci à avoir un comportement en adéquation avec la justice, les droits sociaux, accordant aux individus une prestation de l'Etat, et les droits politiques, donnant aux particuliers le droit de « *participer à la formation de la volonté étatique* »¹⁰². Le catalogue des droits fondamentaux n'étant pas exhaustif, il sera toujours possible de le compléter selon l'évolution de la société¹⁰³. Qu'ils soient fédéraux ou cantonaux, les droits fondamentaux peuvent être invoqués devant le tribunal lors de litiges avec l'Etat et même lors de certains litiges entre privés, comme c'est le cas pour le droit à l'égalité¹⁰⁴. Les droits fondamentaux fédéraux sont plus souvent invoqués car ceux des constitutions cantonales n'ont de portée juridique que s'ils offrent une plus grande protection que les droits fédéraux ou que s'ils n'existent pas au niveau fédéral.

98. — Les droits fondamentaux sont au-dessus des lois et représentent les fondements de tout ordre juridique. Les lois nationales, les ordonnances et les règlements doivent être en conformité avec eux. Ils ne sont toutefois pas absolus ; ils peuvent être restreints aux conditions de l'article 36 Cst, qui sont l'existence d'une base légale, d'un intérêt public justifiant cette restriction, le respect de la proportionnalité et le respect du noyau

¹⁰¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, Chapitre premier Titre II, N 2, p. 60

¹⁰² JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, Chapitre premier Titre II, N 3, p. 61; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 12-37, pp 8-15

¹⁰³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, Chapitre premier Titre II, N 10, p. 63

¹⁰⁴ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 8, N 21, p. 88

dur du droit fondamental. Par exemple, en matière de protection des données, l'article 13 al. 2 Cst portant sur le droit au respect de ses données personnelles peut être restreint lorsqu'une personne est atteinte d'une maladie grave et contagieuse et que le médecin traitant avertit les autorités de l'état de santé de son patient sans lui demander son consentement. Cette révélation répond à un but d'intérêt public consistant à éviter une épidémie, raison pour laquelle le législateur a prévu une obligation d'annoncer pour le professionnel de la santé (art. 27 Loi sur les épidémies¹⁰⁵).

2.2.1.3. Force dérogatoire du droit fédéral

99. — Le principe de la force dérogatoire du droit fédéral se trouve à l'article 49 al. 1 Cst qui dit que « *le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire* ». Appelé aussi principe de primauté du droit fédéral, il empêche l'adoption ou l'application de lois cantonales contraires au droit fédéral, qui le contredisent, qui ne tiennent pas compte de prescriptions de droit fédéral ou qui empiètent sur des matières que le législateur fédéral souhaitait exhaustives¹⁰⁶. Le droit fédéral comprend le droit interne, soit la Constitution, les lois et ordonnances, ainsi que le droit international qui lie la Suisse.

100. — Ce principe prend toute son importance lorsque la Confédération et les cantons ont des compétences concurrentes. Tant que la première ne légifère pas, il n'y a pas de conflit, mais lorsqu'elle décide de légiférer dans un domaine réglementé jusque-là uniquement par les cantons, les conflits entre lois cantonales et fédérales apparaissent et le droit cantonal se restreint, voire disparaît, au profit de la nouvelle loi fédérale¹⁰⁷. Par exemple, une loi de protection des données cantonale s'appliquant aux maîtres de fichier privés devrait être abrogée conformément à l'article 122 Cst conférant à la Confédération la compétence de légiférer en matière de droit civil, compétence qu'elle a utilisée en matière de protection des données avec la LPD.

¹⁰⁵ Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), RS 818.101. Le 22 septembre 2013 aura lieu le vote sur la révision de la loi sur les épidémies. L'obligation de déclarer figurant actuellement à l'article 27 de la loi figure à l'article 12 du projet et a une teneur différente.

¹⁰⁶ ATF 135 I 106; ATF 128 I 46; ATF 127 I 145

¹⁰⁷ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse*, Volume I, 2e édition, Berne, 2006, N 1035, p. 367

101. — En droit pénal, la Confédération est compétente pour le droit de fond et la procédure ; il s'agit d'une compétence concurrente, puisque tant la Confédération que les cantons se sont dotés d'un code pénal. L'article 335 al. 2 CP prévoit en outre que les cantons « *peuvent édicter des sanctions pour les infractions au droit administratif et au droit de procédure cantonaux* ». Les cantons ont utilisé cette compétence en matière de protection des données avec les dispositions légales des lois sur la santé qui soumettent les professionnels de la santé à un devoir de discrétion et qui les sanctionnent en cas de non-respect et les lois de protection des données qui prévoient également des sanctions en cas de traitement illicites des données personnelles.

2.2.1.4. Compétence pour légiférer et portée de l'article 6 CC

102. — En matière de compétence pour légiférer, il convient de rappeler que « *les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la Constitution fédérale et exercent tous les droits qui ne sont pas délégués à la Confédération* » (art. 3 Cst) et que « *la législation en matière de droit civil et de procédure civile relève de la compétence de la Confédération* » (art. 122 Cst). Cette dernière règle est toutefois tempérée par l'article 6 CC qui stipule que « *les lois civiles de la Confédération laissent subsister les compétences des cantons en matière de droit public* » ; cela permet aux cantons d'édicter des règles de droit public dans un domaine où le droit civil est régi par la Confédération, s'ils le font dans un but d'intérêt public, si le droit civil fédéral n'a pas souhaité régler la matière de manière exhaustive et si les règles cantonales n'évident pas le droit civil fédéral ou n'en contredisent le sens ou l'esprit¹⁰⁸.

103. — L'exhaustivité du droit fédéral signifie que « *le législateur a l'intention de régler une question de manière tellement complète qu'il n'y a plus de place, ensuite, pour d'autres règles dans le même domaine* »¹⁰⁹. Steffen soulève le problème de l'exhaustivité de la LPD et se demande si les cantons pourraient légiférer et compléter cette loi ; si la LPD est exhaustive, les cantons ne peuvent compléter la législation actuelle sur des points qui n'ont pas été réglés par le droit fédéral. Alors que certains au-

¹⁰⁸ ATF 98 Ia 491; ATF 113 Ia 309, JT 1989 I 273; ATF 114 Ia 350; ATF 122 I 18, JT 1998 I 226; ATF 124 I 107; ATF 131 I 333

¹⁰⁹ GABRIELLE STEFFEN, Article 6 CC: un écheveau à démêler? : exemple de la carte de santé, in AJP 2003 8, p. 963, p. 967

teurs¹¹⁰ estiment que la LPD est exhaustive, le message se montre plus nuancé en rappelant qu'il n'est pas possible de légiférer dans tous les domaines, notamment ceux où l'évolution technologique est grande, mais que la LPD se veut tout de même une loi globale¹¹¹. Pour sa part, Steffen estime que la LPD n'est pas exhaustive étant donné que des dispositions en matière de protection des données sont prévues dans d'autres lois telles que la LAMal. Je pense également que la LPD n'est pas exhaustive, d'une part en raison des dispositions légales fédérales et cantonales postérieures à la LPD qui traitent de protection des données personnelles et d'autre part car la protection des données est un domaine interdisciplinaire que la LPD ne peut entièrement régler seule.

104. — Certains auteurs¹¹² ont remis ou remettent encore actuellement en cause la condition de l'exhaustivité en lui préférant celle de l'exclusivité ; l'exclusivité signifie que le législateur n'a pas souhaité tout régler de manière complète mais qu'il a « voulu écarter la possibilité d'édicter toute autre règle en se réservant le domaine en question »¹¹³. Le premier terme utilisé par le Tribunal fédéral était d'ailleurs celui de l'exclusivité, la notion d'exhaustivité n'étant véritablement apparue qu'en 1965¹¹⁴ même si le Tribunal fédéral avait déjà parlé de droit fédéral excluant complètement des dispositions cantonales dans certains domaines. En plus de ne pas toujours utiliser le terme d'exhaustivité, la Haute Cour, qui a presque toujours été fidèle aux trois conditions de l'article 6 CC, ne l'a pas été dans deux arrêts où elle a préféré la condition de l'unité de la matière à la condition de l'exhaustivité¹¹⁵. Quant à Aubert, il n'écarter pas la condition de l'exhaustivité mais estime que celle de la conformité au droit fédéral est prépondérante¹¹⁶.

¹¹⁰ MARC BUNTSCHU, art. 2, p. 45, Bâle 1995, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006; ARNOLD MARTI, Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Kommentar zu Art. 5 und 6 ZGB, Zürich, 1999, art. 6, pp 1118-1119

¹¹¹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 440

¹¹² ANDRÉ GRISEL, Des rapports entre le droit civil fédéral et le droit public cantonal, in RDS 1951, p. 293, p. 300; GABRIELLE STEFFEN, Article 6 CC: un écheveau à démêler? : exemple de la carte de santé, in AJP 2003 8, p. 963, p. 967

¹¹³ GABRIELLE STEFFEN, Article 6 CC: un écheveau à démêler? : exemple de la carte de santé, in AJP 2003 8, p. 963, p. 967

¹¹⁴ ATF 91 I 197

¹¹⁵ ATF 126 III 370 ; ATF 70 II 221

¹¹⁶ JEAN-FRANÇOIS AUBERT, Traité de droit constitutionnel suisse, supplément 1967-1982, Neuchâtel, 1982, p. 69

105. — La condition de l'exhaustivité ne semble ainsi pas immuable mais si c'est, comme le suggère Steffen, la condition de l'exclusivité qu'il faut retenir, il faut également se demander si la LPD est exclusive ; Si elle n'est pas exhaustive, Steffen estime également qu'elle n'est pas exclusive, notamment en raison de la teneur du message, et que les cantons peuvent édicter « *des règles cantonales de droit public pour des secteurs spécifiques, nécessitant des règles spécifiques, si elles satisfont aux autres conditions de l'art. 6 CC* »¹¹⁷. Je pense également que la LPD n'est pas exclusive mais que le PFPDT, soucieux de l'évolution de la protection des données, notamment avec l'évolution des nouvelles technologies, prendra en compte les nouvelles problématiques et proposera des modifications législatives pour y répondre. La Confédération a d'ailleurs récemment légiféré sur la carte d'assuré¹¹⁸ et sur le dossier électronique du patient¹¹⁹ dont le message a été remis au début de l'année 2013 aux chambres fédérales¹²⁰.

2.2.2. Distinction droit privé – droit public

2.2.2.1. Hôpitaux

106. — Les hôpitaux peuvent être des entreprises de droit privé ou des établissements de droit public. Dans le premier cas, ils peuvent revêtir la forme d'associations, de fondations de droit privé, d'entreprises individuelles, de sociétés par actions ou de sociétés commerciales. La législation ne prévoit pas de formes juridiques spécifiques pour les établissements de droit public qui peuvent avoir la forme d'établissements, d'organisations ou de fondations de droit public ; ils appartiennent en général à un canton, un district, une association intercommunale ou une commune¹²¹. Certains établissements sont ainsi clairement publics et d'autres clairement privés, mais parfois la situation n'est pas aussi limpide : la collectivité publique peut octroyer des subventions à des établis-

¹¹⁷ GABRIELLE STEFFEN, Article 6 CC: un écheveau à démêler? : exemple de la carte de santé, *in* AJP 2003 8, p. 963, pp 970-971

¹¹⁸ Ordonnance du 14 février 2007 sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (OCA), RS 832.105

¹¹⁹ DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP) du 16 septembre 2011

¹²⁰ www.bag.admin.ch

¹²¹ CHRISTOPH ZENGER, Formes juridiques des hôpitaux suisses, *in* Manuel de droit de santé publique, Aarau, 1993, p. 53, p. 56

sements privés, lesquels sont alors soumis en partie à la législation cantonale publique, ou certains établissements ayant une forme juridique de droit privé remplissent certaines tâches d'intérêt public¹²² ou encore les cantons peuvent octroyer des mandats de prestations aux hôpitaux¹²³.

107. — Ainsi, pour déterminer si une institution de soin doit être soumise au droit public ou au droit privé, il convient d'effectuer une « *appréciation globale de sa situation juridique* »¹²⁴.

2.2.2.2. Caisses-maladie

108. — Les assurances en matière de santé peuvent relever du droit public ou du droit privé. Les assurances de droit public sont l'assurance-maladie de base (LAMal) ainsi que l'assurance-accident (LAA) et sont obligatoires pour certaines catégories de personnes. Cette affiliation obligatoire implique que les assurances sont obligées de contracter avec l'assuré, contrairement aux assurances privées qui sont facultatives et qui peuvent choisir leurs clients. Ces dernières demandent d'ailleurs des renseignements aux personnes souhaitant s'assurer auprès d'elles, afin d'éliminer les mauvais risques.

109. — La grande majorité des caisses-maladie proposent aux assurés l'assurance de base ainsi que des assurances complémentaires privées, ce qui peut poser quelques problèmes en matière de protection des données, comme nous l'avons vu au point 1.6.6 du chapitre précédent. En théorie, la distinction entre assurances privées et assurances publiques est claire,

¹²² CHRISTOPH ZENGER, Formes juridiques des hôpitaux suisses, *in* Manuel de droit de santé publique, Aarau, 1993, p. 53, p. 59 ; OLIVIER GUILLOD, Protection des données dans le domaine de la santé, quelques réflexions introductives, *in* L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données, Fribourg, 2011, p. 77, p. 78

¹²³ PIERRE MOOR, ALEXANDRE FLÜCKIGER & VINCENT MARTENET, Droit administratif, Volume 1, Les fondements généraux, 3e édition, Berne, 2012, p. 492

¹²⁴ OLIVIER GUILLOD, Protection des données dans le domaine de la santé, quelques réflexions introductives, *in* L'indépendance des autorités de surveillance et autres questions actuelles en droit de la protection des données, Fribourg, 2011, p. 77, p. 77 ; ASTRID EPINEY & GAËTAN BLASER, Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales, *in* Protection des données médicales et transparence... du patient? 19e Journée de droit de la santé, Berne, 2012, p. 97, p. 108

mais dans la pratique, les deux ont tendance à se confondre, notamment dans le cadre du traitement de données personnelles¹²⁵.

2.2.3. Principes d'interprétation

110. — En droit public, le Tribunal fédéral rappelle ainsi qu'il faut tout d'abord adopter la méthode de l'interprétation littérale qui se fonde sur la lettre de la disposition ; ensuite si le texte n'est toujours pas clair ou que plusieurs interprétations restent possibles, le juge doit regarder quel est le sens de la norme légale en fonction des autres dispositions, en usant tout d'abord de la méthode de l'interprétation systématique, qui se base sur la relation que la norme a avec les autres dispositions, puis en utilisant la méthode de l'interprétation téléologique, qui se fonde sur le but poursuivi, et pour finir, en prenant la méthode de l'interprétation historique qui se base sur la volonté du législateur, telle qu'elle ressort notamment des travaux préparatoires¹²⁶.

111. — Lors de l'interprétation d'une loi, il est également important de respecter le sens de la Constitution. Cette méthode d'interprétation a la priorité, mais si le texte est très clair et contraire à la Constitution, il n'est pas possible d'interpréter la loi en allant dans le sens de la Constitution¹²⁷.

112. — Quand deux dispositions légales de même rang entrent en concurrence, il convient d'appliquer les principes suivants : *lex specialis derogat generali*, c'est-à-dire la loi spéciale prime la loi générale, et *lex posterior derogat priori*, à savoir la nouvelle loi prime l'ancienne loi. Ces principes ne sont toutefois pas absolus, une loi générale peut primer une loi spéciale, de même qu'une loi ancienne peut primer une loi nouvelle ; tout dépendra des intentions du législateur et d'autres critères tels que sa place dans l'ordre juridique ou encore de la date de son adoption dans les cas où la loi générale prime la loi spéciale. Ces deux principes ne peuvent ainsi être adoptés que lorsque « *les méthodes usuelles d'interprétation en vérifient la justesse* »¹²⁸.

¹²⁵ YVES-ALAIN CORNU, La sphère privée selon Assura, *in* Bon à savoir n°10 octobre 2010, p. 17; ODILE PELET, Nul n'est censé ignorer... que les médecins ont perdu la maîtrise du mandat psychothérapeutique au profit des assureurs, *in* Revue médicale suisse n°95 vol. 3, p. 244

¹²⁶ ATF 129 V 258 ; ATF 128 II 340 ; ATF 128 V 102 ; ATF 125 II 480

¹²⁷ BLAISE KNAPP, Cours de droit administratif, Bâle, 1994, N 411ss, pp 34ss

¹²⁸ ANDRÉ GRISEL, Droit administratif suisse, Neuchâtel, 1975, p. 57 voir aussi : PETER FORSTMOSER & HANS-UELI VOGT, Einführung in das Recht, Vierte neue bearbeitete

2.3. Droit international

2.3.1. Généralités

113. — Le droit international joue un grand rôle en droit suisse en raison des nombreux textes internationaux qui ont été signés, tant en droit médical qu'en protection des données. Pour garantir une meilleure protection des données ou une protection efficace des patients et des sujets de recherche médicale, la Confédération a signé de nombreux traités ou conventions l'engageant auprès du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne ou encore de l'ONU. De même, le PFPDT participe chaque année à la Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée afin de discuter des problèmes actuels en la matière et pour trouver des solutions.

114. — Nous allons donc aborder les différents traités, conventions et autres textes de droit international ayant une influence plus ou moins prononcée sur notre droit national. Cette influence dépendra d'une part du statut de la Suisse face à ces organisations et unions internationales et d'autre part de la force exécutive de ces différents textes.

2.3.2. Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°108)

115. — La Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n°108), qui date du 28 janvier 1981, a été établie par un comité d'experts gouvernementaux provenant du Comité européen de coopération juridique¹²⁹. Le Conseil de l'Europe voulait des dispositions lé-

Auflage, Bern, 2008, N 122ss, p. 394 ; ANDRÉ GRISEL, *Traité de droit administratif I*, Neuchâtel, 1984, p. 135

¹²⁹ « *Le Comité européen de coopération juridique (CDCJ) est une instance intergouvernementale créée en 1963 sous les auspices du Comité des Ministres, qui est responsable des activités normatives du Conseil de l'Europe dans le domaine du droit public et privé. Le CDCJ a pour rôle principal d'élaborer des normes communément admises par les 47 Etats membres et de favoriser la coopération juridique entre eux. Le CDCJ est constitué de représentants de tous les Etats membres – provenant principalement des ministères de la justice –, qui se réunissent une fois par an, au siège du Conseil de l'Europe à Strasbourg.* » www.coe.int

gales renforçant la protection des données face aux traitements automatisés de données devenus plus nombreux en raison des nouvelles technologies de l'information et des fichiers automatisés, qui rendent l'enregistrement de données plus facile et plus rapide¹³⁰. La Suisse a ratifié la convention le 2 octobre 1997 et celle-ci est entrée en vigueur le 1^{er} février 1998, mais comme elle « *n'a pas été conçue comme self executing* », une retranscription dans les lois nationales a été nécessaire pour que les individus puissent faire valoir leurs droits découlant de ce texte¹³¹. Même si elle n'est entrée en vigueur qu'en 1998, cette Convention a influencé la législation suisse et plus particulièrement la LPD¹³².

116. — La Convention se divise en trois parties : dans la première se trouvent les principes de base de la protection des données, dans la deuxième une réglementation sur les flux transfrontières de données et dans la troisième, les « *mécanismes d'entraide et de consultation entre les Parties* »¹³³. D'une manière générale, elle contient les mêmes principes que la LPD, comme par exemple, le fait que les responsables des fichiers doivent « *veiller à la bonne qualité des informations qui leur sont confiées, s'abstenir d'enregistrer des informations qui ne sont pas nécessaires à la poursuite de la finalité déclarée, se garder de diffuser des informations sans autorisation ou d'en abuser, et protéger les données, le matériel et le logiciel, de tout risque d'endommagement* »¹³⁴.

; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 22, p. 78

¹³⁰ CHARLES JOYE, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité: étude d'un conflit, Zurich, 2002, pp 29ss

¹³¹ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif sur la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (STE n°108), Convention ouverte à la signature le 28 janvier 1981, Strasbourg, 1981 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 68, p. 87

¹³² BÉATRICE DESPLAND & NATHALIE BRUNNER, Etude sur les lacunes dans la réglementation de la protection des données médicales dans les assurances sociales, Neuchâtel, 2003, p. 11 ; RAINER J. SCHWEIZER, Datenschutz in der Schweiz und in Europa: Auswirkungen des europäischen Datenschutzrechtes auf die Schweiz, in Datenschutz in der Schweiz und in Europa, Fribourg, 1999, p. 25, pp 36ss

¹³³ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif sur la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (STE n°108), Convention ouverte à la signature le 28 janvier 1981, Strasbourg, 1981, p. 11

¹³⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Rapport explicatif sur la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (STE n°108), Convention ouverte à la signature le 28 janvier 1981, Strasbourg, 1981, p. 5

117. — Conformément à l'article 13 de la Convention, les parties doivent désigner la ou les autorités compétentes pour la mise en œuvre de celle-ci ; en Suisse, cette compétence revient au PFPDT.

118. — En complément à la Convention, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a adopté le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001¹³⁵, dont le but est de « *consolider la mise en œuvre des principes de la Convention* » afin de renforcer la protection des données grâce à la création d'autorités de contrôle et à l'harmonisation des régimes de contrôle. Il permet également d'unifier les règles concernant les flux transfrontières de données auprès d'un Etat qui n'est pas soumis à la juridiction d'un Etat partie à la Convention¹³⁶.

2.3.3. Autres textes du Conseil de l'Europe

119. — En plus de la Convention portant sur la protection des données et les dispositions spécifiques protégeant les données personnelles dans le cadre de la recherche et de la biomédecine, le Conseil de l'Europe a élaboré plusieurs recommandations et résolutions en lien avec la protection des données (art. 8 CEDH)¹³⁷.

120. — Conformément à l'article 15.b du Statut du Conseil de l'Europe établi à Londres le 5 mai 1949, les recommandations ne sont pas contraignantes pour les Etats membres, contrairement aux résolutions du Conseil des Ministres qui sont des décisions à caractère administratif¹³⁸. Nous allons donc citer quelques-uns de ces textes pouvant avoir une influence sur les données personnelles médicales.

¹³⁵ Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 8 novembre 2001, STE n°181, RS 0.235.11 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 42, p. 95

¹³⁶ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 69ss, pp 87-88

¹³⁷ CHARLES JOYE, *Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité: étude d'un conflit*, Zurich, 2002, pp 29ss

¹³⁸ www.coe.int

121. — Il y a notamment, en ce qui concerne les recommandations et les résolutions émanant du Comité des Ministres, la Recommandation (86) 1 du 23 janvier 1986 relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de sécurité sociale, la Recommandation (97) 5 du 13 février 1997 relative à la protection des données médicales, qui a remplacé la Recommandation (81) 1, la Recommandation (97) 18 du 30 septembre 1997 concernant la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins statistiques, qui remplace la Recommandation (83) 10, la Recommandation (99) 5 du 23 février 1999 sur la protection de la vie privée sur Internet et pour finir la Recommandation (2002) 9 du 18 septembre 2002 sur la protection des données à caractère personnel collectées et traitées à des fins d'assurance. Quant aux recommandations adoptées par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, nous pouvons citer la Recommandation (2004) 1670 du 7 septembre 2004 relative à « *Internet et le droit* »¹³⁹, qui tente de répondre aux problématiques posées actuellement par Internet, notamment en ce qui concerne la liberté d'expression. Ces recommandations ont toutes une influence sur la protection des données dans leurs domaines respectifs.

2.3.4. Résolution 45/95 des Nations Unies

122. — La résolution 45/95 des Nations Unies du 14 décembre 1990 porte sur les principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés. Avec cette résolution, l'Assemblée générale des Nations Unies « *adopte les principes directeurs pour la réglementation des fichiers personnels informatisés dans leur version révisée* » et « *demande aux gouvernements de tenir compte de ces principes directeurs dans leur législation et leur réglementation* » et « *demande aux organisations gouvernementales, intergouvernementales et non gouvernementales de respecter ces principes directeurs dans les activités relevant de leur compétence* ». Ces principes directeurs figurent dans la résolution 1990/42 de la Commission des droits de l'homme du 6 mars 1990 et dans la résolution 1990/38 du Conseil économique et social du 25 mai 1990, nommées

¹³⁹ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 73ss, pp 88ss

« *Principes directeurs pour l'utilisation des fichiers personnels informatisés* »¹⁴⁰.

Ces principes sont en grande partie les mêmes que ceux figurant dans la LPD, puisqu'on retrouve notamment le principe de licéité et de loyauté, ceux d'exactitude et de finalité ou encore celui de sécurité. Ils n'ont pas de force contraignante et ne font que recommander aux Etats qui n'ont pas de législation adéquate en la matière d'adopter des dispositions légales s'inspirant de ces principes¹⁴¹.

2.3.5. Dispositions découlant de l'OCDE

123. — L'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Economiques) a adopté le 23 septembre 1980 des lignes directrices sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel. Elles rappellent les principes en la matière et permettent aux gouvernements, aux entreprises et aux représentants des consommateurs de veiller à la protection des données en continuant toutefois d'effectuer les flux transfrontières. Ces lignes directrices ne sont pas contraignantes, mais « *elles engagent politiquement les Etats qui les ont adoptées* »¹⁴², ce qui signifie que les Etats respectent ces dispositions car ils ont un engagement moral.

124. — Par la suite, l'OCDE a également émis la Déclaration sur les flux transfrontières de données en 1985 et la Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux en 1988.

¹⁴⁰ Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, adoptée le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990

¹⁴¹ Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, adoptée le 14 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies dans sa résolution 45/95 du 14 décembre 1990 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 79, p. 91

¹⁴² JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, p. 1 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 52ss, pp 105ss

2.3.6. Conférences internationales des commissaires à la protection des données et à la vie privée

Même s'il existe déjà de nombreuses règles internationales de protection des données, celles-ci n'ont actuellement pas la portée souhaitée ; en effet, soit elles ne sont pas contraignantes, soit elles ne s'appliquent qu'à un nombre restreint d'Etats. Seule la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des données à l'égard du traitement automatisé de données à caractère personnel (Convention STE n°108) est contraignante, mais les Etats ne l'ont pas tous signée et même si elle peut théoriquement avoir une portée universelle, elle ne l'aura jamais, car elle sera toujours considérée comme une convention européenne. Il existe toutefois une volonté de créer une norme globale, puisque la Conférence internationale des commissaires à la protection des données et à la vie privée, qui se réunit chaque année depuis plus de 30 ans, étudie depuis quelques années la possibilité de créer une réglementation universelle unifiant les principes en la matière, visant à protéger les citoyens du monde entier.

125. — Les commissaires à la protection des données ont ainsi émis pour la première fois l'idée d'une législation universelle lors de la Conférence de Venise en 2000¹⁴³ ; puis en 2005, ils ont établi la Déclaration de Montreux¹⁴⁴ comportant les principes de base de la protection des données et rappelant la nécessité d'une loi universelle et d'une meilleure coopération entre commissaires à la protection des données. En 2007, à Montréal, deux résolutions ont été adoptées, l'une sur l'élaboration de normes internationales¹⁴⁵, demandant à ce que les membres de la conférence se penchent sur l'élaboration de normes internationales et réfléchissent à ce qui peut être fait et l'autre sur le besoin d'une coopération internationale¹⁴⁶. Puis les participants à la Conférence ont adopté en 2008 à Strasbourg une « *résolution sur l'urgence de protéger la vie privée dans un monde sans frontière et l'élaboration d'une proposition conjointe d'établissement de normes internationales sur la vie privée et la protec-*

¹⁴³ JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, p. 2

¹⁴⁴ Déclaration de Montreux : « *Dans un monde globalisé, un droit universel et à la vie privée dans le respect des diversités* », www.edoeb.admin.ch

¹⁴⁵ Résolution sur l'élaboration de normes internationales, Montréal, www.conferencevieprivee2007.gc.ca/

¹⁴⁶ Résolution sur la coopération internationale, Montréal, www.conferencevieprivee2007.gc.ca/

tion des données personnelles »¹⁴⁷. Cette résolution a marqué le point de départ de la création d'un texte international contraignant en matière de protection des données¹⁴⁸, puisque c'est lors de cette Conférence que les commissaires à la protection des données et à la vie privée ont prévu de créer un groupe de travail chargé de présenter un projet de normes internationales à la prochaine conférence. A Strasbourg, la Conférence a également recommandé à ses membres d'adhérer à la Convention STE n°108 qui, comme il a été dit ci-dessus, a un caractère universel mais que les Etats n'ont pas tous adoptés.

126. — C'est ainsi qu'il a été présenté à Madrid, lors de la 31e Conférence en 2009, la proposition conjointe établie pour un projet de normes internationales¹⁴⁹ contenant les principes de base en protection des données et respectant les objectifs visés dans la Déclaration de Montreux, « *en particulier le développement d'un instrument international contraignant ancré dans les droits de l'homme et le renforcement de la coopération entre autorités et protection des données* »¹⁵⁰. Le projet de dispositions internationales vise ainsi à disposer de principes et droits en matière de protection des données protégeant l'ensemble de la population de manière uniforme et facilitant les transferts internationaux de données personnelles. On y retrouve ainsi des définitions, le champ d'application, les principes de base en protection des données, les droits des personnes concernées, les mesures de sécurité que doit prendre le maître du fichier, la mise en place d'une surveillance dans chaque Etat chargée de vérifier que les principes de droit de la protection des données sont bien respectés, la responsabilité du maître du fichier et des autres personnes responsables ainsi que la possibilité pour les Etats d'avoir une législation plus stricte et de limiter certains droits prévus dans la proposition¹⁵¹.

127. — Si cette réglementation pouvait être appliquée dans la grande majorité des Etats et de surcroît être contraignante, cela réglerait en grande partie le problème de droit applicable (cf. point 3.5.2.4 du chapitre 3).

¹⁴⁷ Résolution sur la protection de la vie privée dans un monde sans frontières et sur l'établissement de normes internationales, Strasbourg, www.edoeb.admin.ch

¹⁴⁸ JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, p. 2

¹⁴⁹ Résolution sur des normes internationales de vie privée (traduction provisoire et non officielle), Madrid, www.edoeb.admin.ch

¹⁵⁰ JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, pp 2-3

¹⁵¹ JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, pp 2-3

Cette norme internationale ne réglerait toutefois pas tous les problèmes, car le projet prévoit la possibilité pour les Etats de légiférer de manière plus stricte, ce qui est le cas en Suisse avec la LPD, et le maître du fichier devrait encore et toujours se conformer à la législation nationale concernée plutôt qu'à la norme internationale. La législation ne serait donc pas uniforme puisque les Etats auraient la possibilité d'adopter une législation plus stricte, mais elle permettrait d'avoir des standards minimaux de protection contraignants pour tous les Etats.

128. — Les commissaires ont accepté la proposition conjointe et ont dès lors demandé aux autorités ayant participé ou participant à l'organisation des 31^e et 32^e Conférences de « *coordonner le Groupe de Promotion composé des autorités de protection des données intéressées, qui sera responsable de circuler et promouvoir la Proposition conjointe* » comme base pour une convention internationale contraignante parmi les privés et les autorités étatiques et internationales¹⁵².

129. — Les commissaires à la protection des données réunis à Madrid ont également adopté la résolution concernant le renforcement de la coopération internationale en matière de protection des données visant à créer un groupe de travail chargé d'étudier la question des besoins institutionnels de la Conférence et de « *développer des options en vue de la création d'un secrétariat permanent comme structure plus formelle de la Conférence internationale* » dans un but de donner plus de pouvoir à la Conférence pour la mise en œuvre du droit de la protection des données¹⁵³. Concernant le renforcement de la coopération internationale, allant de pair avec une norme internationale, Walter propose la création d'une « *agence mondiale de la protection des données* » sur le même modèle que le Groupe d'action financier (GAFI) qui adopte fréquemment des recommandations qui sont suivies par les Etats¹⁵⁴. Je pense en effet qu'une « *agence mondiale* » permettrait d'effectuer une surveillance globalisée, plus efficace qu'une surveillance nationale, notamment en ce qui concerne certains sites Internet dont la portée est universelle, comme *Google* ou *Facebook*.

¹⁵² Résolution sur des normes internationales de vie privée (traduction provisoire et non officielle), Madrid, www.edoeb.admin.ch

¹⁵³ Résolution concernant le renforcement de la coopération internationale en matière de protection des données et de la vie privée, Madrid, www.edoeb.admin.ch

¹⁵⁴ JEAN-PHILIPPE WALTER, Vers une régulation globale du droit à la vie privée: propositions et stratégies, www.edoeb.admin.ch, Berne, 2009, p. 4

130. — En 2010, les commissaires à la protection des données et à la vie privée ont adopté à Jérusalem un « *projet de résolution appelant à la convocation d'une conférence intergouvernementale aux fins d'adopter un instrument international contraignant sur le respect de la vie privée et la protection des données personnelles* »¹⁵⁵. La Conférence a également demandé à ses membres de continuer de promouvoir la Proposition conjointe présentée à Madrid et « *d'appeler les gouvernements à organiser une conférence intergouvernementale, en 2011, ou au plus tard en 2012, en vue de parvenir à un accord sur un instrument international contraignant garantissant le respect de la protection des données personnelles et de la vie privée en favorisant la mise en place d'une coopération internationale pour la mise en œuvre de ces droits* ». C'est ainsi à Mexico, en 2011, qu'une résolution visant à encourager la coopération internationale et à « *élaborer des propositions et des mécanismes concrets pour faciliter la coordination de l'application de la loi* » a été adoptée¹⁵⁶.

131. — La volonté des commissaires à la protection des données et à la vie privée d'élaborer une convention internationale contraignante ainsi que de créer une autorité internationale permettant une coordination et une surveillance globalisée est bien présente et nous devrions voir prochainement l'adoption d'un tel texte à défaut de voir les Etats du monde entier ratifier la Convention STE n°108.

2.3.7. Article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme

132. — La Déclaration universelle des droits de l'homme¹⁵⁷ prévoit également une disposition protégeant la vie privée. Il s'agit de l'article 12 prévoyant que « *nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes à son honneur et à sa réputation. Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes* ». Cet article n'a toutefois pas de portée juridique étant donné que la Déclaration univer-

¹⁵⁵ Résolution appelant à la convocation d'une conférence intergouvernementale aux fins d'adopter un instrument international contraignant sur le respect de la vie privée et la protection des données personnelles, Jerusalem, www.edoeb.admin.ch

¹⁵⁶ Résolution sur la coordination de l'application des dispositions en matière de protection de la vie privée à l'échelle internationale, Mexico, www.edoeb.admin.ch

¹⁵⁷ www.un.org

selle des droits de l'homme n'est pas un texte de loi, mais un engagement des Etats vis-à-vis de la communauté internationale. Sa portée n'est donc que symbolique.

2.4. Droit européen : Directive 95/46/CE

133. — La directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données date du 24 octobre 1995 et a été élaborée par le Parlement européen. La Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 qui concernait le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications était venue la compléter, mais elle a été abrogée au profit de la directive 2002/58 sur la vie privée et les communications électroniques¹⁵⁸.

134. — Le but de la directive 95/46/CE est d'obliger les Etats à assurer à leurs ressortissants une protection des libertés et des droits fondamentaux lors de traitements de données personnelles (article premier de la Convention). La Commission européenne a toutefois présenté en janvier 2012 une révision de la réglementation actuelle. Les principaux changements sont le fait que la directive devienne un règlement, donc un texte directement applicable et plus détaillé, et que ce règlement accorde une importance particulière au droit à l'oubli numérique. Il prévoit également des sanctions pouvant se monter à 2% du chiffre d'affaire mondial.

135. — Cette directive émane de l'Union européenne dont la Suisse ne fait pas partie et semble ainsi à première vue ne pas avoir d'influence sur notre ordre juridique national ; cependant, en raison des accords bilatéraux que la Confédération a signé avec l'Union européenne, la directive 95/46/CE a une influence sur la législation suisse en matière de protection des données.

136. — Les accords bilatéraux, créés par les organes de l'Union européenne, se basent sur le principe de l'équivalence de la législation des parties contractantes ; cela signifie que les Etats parties doivent avoir des législations compatibles dans leurs effets et dans leur portée, sans forcément être identiques. Les actes communautaires ne sont quant à eux pertinents

¹⁵⁸ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE L 201 du 31 juillet 2002

pour la Suisse que s'ils sont mentionnés comme tels dans les accords bilatéraux et que les modifications correspondantes concernant la Suisse sont clairement définies¹⁵⁹. Les Accords bilatéraux I de 1999 sont des traités classiques d'ouverture des marchés et les Accords bilatéraux II de 2004 portent sur la coopération en matière de justice, de sécurité, d'asile et de migration. La Convention de Schengen, qui vise à améliorer la coopération policière et judiciaire et à lever les contrôles systématiques des frontières dans l'Espace Schengen en renforçant les contrôles aux frontières extérieures de cet Espace afin de mieux lutter contre la criminalité, fait partie des bilatérales II.

137. — Après avoir accepté les accords de Schengen, la Suisse a conclu l'accord sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen¹⁶⁰ et a demandé à « être pleinement associée aux travaux des comités qui assistent la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs », ce que le Conseil de l'Union européenne a accepté. Selon cet accord, la Commission européenne assure aux experts de la Confédération suisse une participation à l'élaboration des propositions concernant la Directive 95/46/CE, lorsqu'un point particulier concerne l'application de l'acquis de Schengen. La Confédération a également la possibilité, conformément à l'article 29 par. 2 al. 2 de la directive, de nommer une personne qui « représente l'autorité de contrôle ou les autorités désignées par la Confédération suisse pour participer en qualité d'observateur, sans droit de vote, aux réunions du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. Cette participation aura lieu sur invitation « ad hoc » lorsqu'un point particulier concerne l'application de l'acquis de Schengen et exclusivement pour un tel point »¹⁶¹.

138. — Avant cet accord, la Communauté européenne avait reconnu que la Suisse était un Etat tiers auquel il était possible de transférer des données, car celle-ci avait une protection légale suffisante, assurant un niveau de protection adéquat pour les données qui devaient être transférées. Il était toutefois possible de suspendre les flux de données à certaines

¹⁵⁹ www.admin.ch

¹⁶⁰ Les accords de Schengen, signés en 1985, ont été complétés par la Convention de Schengen, qui est une convention d'application, et par différentes mesures de mise en œuvre pour former l'Acquis de Schengen, qui fait partie intégrante du droit communautaire.

¹⁶¹ Accord sous forme d'échange de lettres entre le Conseil de l'Union européenne et la Confédération suisse concernant les Comités qui assistent la Commission européenne dans l'exercice de ses pouvoirs exécutifs, RS 0.360.268.10

conditions exceptionnelles, même si le niveau de protection légale était suffisant, afin de protéger les individus en cas de traitement de données à caractère personnel¹⁶².

2.5. Droits fondamentaux

2.5.1. Généralités

139. — La protection des données est tout d'abord garantie par des droits fondamentaux qui proviennent d'une loi dite fondamentale et qui « *concernent, de par leur contenu, une finalité essentielle de l'Etat : la liberté, l'Etat de droit, l'Etat social, la démocratie* »¹⁶³.

140. — Les droits fondamentaux se trouvent dans les constitutions fédérale et cantonales ainsi que dans divers traités internationaux, tels la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH)¹⁶⁴, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme¹⁶⁵ ou encore les Pactes I¹⁶⁶ et II de l'ONU¹⁶⁷.

141. — Ces droits sont « *garantis par l'Etat* », ce qui signifie que ce dernier s'oblige juridiquement vis-à-vis de ses administrés, et sont « *dirigés contre l'Etat* », c'est-à-dire qu'ils protègent les individus face aux actes et omissions de l'Etat. Celui-ci agit ainsi d'une certaine manière pour garantir les droits fondamentaux et s'abstient de commettre certains actes

¹⁶² Avis n° 5/99 du groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué à l'article 29 de la directive 95/46/CE sur le niveau de protection assuré par la législation suisse ; Avis n°5/99 adopté par le groupe le 7 juin 1999 (DG MARKT 5054/99)

¹⁶³ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 11, p. 8

¹⁶⁴ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101

¹⁶⁵ La Déclaration universelle des droits de l'homme, inspirée de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, n'a cependant pas de valeur juridique. Les textes qui font foi sont les deux pactes de l'ONU qui en découlent.

¹⁶⁶ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits économiques sociaux et culturels (Pacte ONU I), RS 0.103.1

¹⁶⁷ Pacte international du 16 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques (Pacte ONU II), RS 0.103.2

pour ne pas les violer¹⁶⁸. Les droits fondamentaux se divisent en quatre catégories, à savoir les libertés (droit à la liberté personnelle (art. 10 Cst), droit à la protection de la sphère privée (art. 13 Cst), droit à la liberté religieuse (art. 15 Cst), garantie de la propriété (art. 26 Cst), liberté économique (art. 27 Cst)), les garanties de l'Etat de droit (interdiction de l'arbitraire, garanties de procédure (art. 30 Cst)), les droits sociaux (droit à des conditions minimales d'existence (art. 12 Cst), droit au logement (art. 41 Cst)) et les droits politiques (droit de vote, droit d'élire et d'être élu (art. 39 Cst)).

142. — D'une manière générale, quelle que soit leur catégorie, ils s'appliquent aux rapports entre l'Etat et les privés mais ils peuvent aussi jouer un rôle dans l'application du droit privé, comme c'est le cas pour les articles de la Constitution fédérale et de la CEDH sur la protection des données. Le juge peut en effet s'en inspirer lorsqu'il doit interpréter le contenu des droits de la personnalité découlant du droit privé ; ces droits, qui figurent aux articles 28ss CC, sont d'ailleurs la concrétisation de l'article 13 Cst en droit privé¹⁶⁹.

143. — Nous allons donc aborder les différents droits fondamentaux ayant un rapport avec la protection des données¹⁷⁰.

2.5.2. Article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)

144. — En droit suisse, la CEDH¹⁷¹ est au-dessus de toutes les lois suisses et de la Constitution fédérale¹⁷². En cas de violation des droits fondamentaux, il est possible de l'invoquer, en sus des articles constitutionnels fé-

¹⁶⁸ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 6ss, pp 4ss ; REGINA KIENER & WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern, 2007, pp 8-9

¹⁶⁹ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 527, p. 164

¹⁷⁰ ATF 106 Ib 400

¹⁷¹ Art. 8 CEDH : « ¹ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

² Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui ».

¹⁷² ATF 106 Ib 400

déaux, car les droits y figurant sont directement applicables ; cela signifie qu'ils « *peuvent être invoqués par les particuliers devant les tribunaux, parce que leur contenu est suffisamment déterminé et clair pour pouvoir constituer le fondement d'une décision judiciaire concrète* »¹⁷³ ; le recourant peut également les faire valoir en cas de recours auprès de la Cour européenne des droits de l'homme, contre une décision du Tribunal fédéral¹⁷⁴.

145. — Même si la CEDH fait partie du droit interne, ce dernier doit introduire des garanties destinées à respecter les principes figurant dans la CEDH en matière de protection des données ; c'est ainsi que l'article 8 CEDH, consacré au respect de la vie privée et familiale, doit être concrétisé dans le droit national. La Cour européenne des droits de l'homme l'a d'ailleurs précisé à plusieurs reprises en stipulant que « *la législation interne doit aménager des garanties appropriées pour empêcher toute communication ou divulgation de données à caractère personnel relative à la santé qui ne serait pas conforme aux garanties prévues à l'article 8 de la Convention (voir mutatis mutandis, les art. 3 par. 2c), 5, 6 et 9 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, Série des Traités européens n°108, Strasbourg, 1981)* »¹⁷⁵.

146. — La Cour a rappelé dans un arrêt de 1997 qu'il était très important de garantir la confidentialité des données personnelles médicales au niveau national et européen car « *la protection des données à caractère personnel, et spécialement des données médicales, revêt une importance fondamentale pour l'exercice du droit au respect de la vie privée et familiale garanti par l'article 8 de la Convention. Le respect du caractère confidentiel des informations sur la santé constitue un principe essentiel du système juridique de toutes les Parties contractantes à la Conven-*

¹⁷³ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 92, p. 45

¹⁷⁴ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 92, p. 45 et N 96, pp 45-46

¹⁷⁵ Arrêt Z. c. Finlande du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 347, § 95 et 96 et 97 ; Arrêt M.S. c. Suède du 27 août 1997, 74/1996/693/885, n°1437, §41 ; Arrêt L. L. c. France du 10 octobre 2006, Requête n°7508/02 ; CHARLES JOYE, Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité: étude d'un conflit, Zurich, 2002, p. 35

tion »¹⁷⁶. Elle a également relevé que le droit de consulter nos propres données personnelles découlait de l'article 8 CEDH¹⁷⁷.

147. — La Cour s'est aussi penchée sur la problématique des nouvelles technologies et de l'évolution de la science en se prononçant dans un arrêt récent¹⁷⁸ sur la conservation de profils ADN qui sont des données particulièrement sensibles en admettant que ceux-ci pouvaient être conservés si des motifs légitimes, tels que la prévention des infractions pénales, l'exigeaient.

148. — Nous constatons ainsi que la CEDH considère également que la protection des données fait partie des droits fondamentaux garantissant la protection de la vie privée et qu'elle y attache de l'importance. Cependant, les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas de caractère exécutoire en Suisse¹⁷⁹, par conséquent, si cette dernière refuse d'appliquer une décision de la Haute Cour européenne, elle ne peut y être contrainte. Les pays membres de la CEDH respectent cependant souvent les décisions de cette dernière en raison de leur engagement auprès de celle-ci et de leur crédibilité auprès de la communauté internationale.

2.5.3. Article 10 de la Convention d'Oviedo

149. — Le Conseil de l'Europe a adopté le 4 avril 1997 la Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine à Oviedo, en Espagne (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine, plus connue sous le nom de Convention d'Oviedo), suite à la recommandation¹⁸⁰ portant sur l'élaboration d'une convention de bioéthique. La

¹⁷⁶ Arrêt Z. c. Finlande du 25 février 1997, Recueil des arrêts et décisions 1997-I, p. 347, § 95 et 96 et 97 ; Arrêt M.S. c. Suède du 27 août 1997, 74/1996/693/885, n°1437, §41 ; Arrêt L. L. c. France du 10 octobre 2006, Requête n°7508/02

¹⁷⁷ Arrêt Leander du 26 mars 1987, série A, n°116, §48 ; Arrêt Gaskin c. Royaume-Uni, du 7 juillet 1989, A n° 160 ; Arrêt M. G. c. Royaume-Uni, du 24 septembre 2002, requête n° 39393/98 ; CHARLES JOYE, *Génome humain, droit des brevets et droit de la personnalité: étude d'un conflit*, Zurich, 2002, p. 35

¹⁷⁸ Arrêt S. et Marper c. Royaume-Uni du 4 décembre 2008

¹⁷⁹ JAAC 62.121, Décision de la Commission européenne des droits de l'homme du 14 avril 1998, déclarant irrecevable la requête n°33016/96, Nour Mohammed, Qudisia, Ahmad Parwez, Ali Ajmal, Fereshta et Nabi Anis Tobish c/ Suisse

¹⁸⁰ Recommandation 1160 du Conseil de l'Europe relative à l'élaboration d'une convention de bioéthique

Convention d'Oviedo, entrée en vigueur le 1^{er} décembre 1999 au niveau européen, a été approuvée par l'Assemblée fédérale le 20 mars 2008 et est entrée en vigueur en Suisse le 1^{er} novembre 2008¹⁸¹.

150. — Le but de la Convention est que les parties à celle-ci doivent protéger « *l'être humain dans sa dignité et son identité et garantissent à toute personne, sans discrimination, le respect de son intégrité et de ses autres droits et libertés fondamentales à l'égard des applications de la biologie et de la médecine* » (art. 1 de la Convention). Comme le respect de l'intégrité d'une personne passe également par la protection de ses données, la Convention d'Oviedo consacre son chapitre 3 à la protection de la vie privée et au droit à l'information, rappelant ainsi les articles 8 CEDH et la Convention STE n°108¹⁸².

L'article 10 rappelle en effet à son premier alinéa que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée s'agissant des informations relatives à sa santé* », droit qui peut toutefois faire l'objet d'exceptions, conformément à l'article 26 al. 1 de la Convention, à savoir « *celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sûreté publique, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé publique ou à la protection des droits et libertés d'autrui* ». Il peut s'agir par exemple de tests médicaux permettant d'identifier un criminel ou d'établir un lien de filiation. L'article 10 alinéa 2 est quant à lui consacré au droit de connaître ou pas les informations concernant sa santé ; il s'agit donc d'un droit d'accès comme celui qui est consacré à l'article 8 LPD. Le Conseil de l'Europe admet en effet le consentement d'une personne à un traitement, même si celle-ci refuse de recevoir les informations concernant son état de santé. Et pour finir, l'alinéa 3 prévoit des exceptions au droit d'accès, comme par exemple celle du privilège thérapeutique, actuellement en cours d'abandon dans la pratique suisse. Les exceptions sont également valables pour le droit de ne pas connaître les informations médicales, ce qui signifie que le professionnel de la santé peut forcer le patient à connaître certains faits concernant sa santé, lorsqu'un intérêt prépondérant le justifie¹⁸³.

¹⁸¹ Convention pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les Droits de l'Homme et la biomédecine), RS 0.810.2

¹⁸² CONSEIL DE L'EUROPE, Biomédecine et droits de l'Homme, La Convention d'Oviedo et ses protocoles additionnels, N 63, p. 33

¹⁸³ CONSEIL DE L'EUROPE, Biomédecine et droits de l'Homme, La Convention d'Oviedo et ses protocoles additionnels, N 64 à 70, pp 33 et 34

151. — De nombreuses dispositions de la Convention sont d'application directe ; le législateur suisse n'a donc pas à créer de nouvelles dispositions légales pour que la Convention puisse remplir ses objectifs au niveau national¹⁸⁴. « *Sont directement applicables les dispositions qui – considérées dans leur contexte et à la lumière de l'objet et but du traité – sont inconditionnelles et suffisamment précises pour s'appliquer comme telles dans un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète* »¹⁸⁵. C'est aux autorités qui appliquent le droit qu'il revient de dire si la disposition invoquée est d'application directe ou non. Dans son message, le Conseil fédéral estime toutefois que les articles formant le « *noyau dur* » de la Convention d'Oviedo sont d'application directe ; « *il s'agit des art. 5 à 9 relatifs au consentement, de l'art. 10, al. 1 et 2, qui traite du respect de la vie privée et du droit à l'information, des art. 11 à 14 relatifs au génome humain, de l'art. 15 sur la liberté en matière de recherche scientifique, des art. 16 et 17 concernant la protection des personnes se prêtant à une recherche, de l'art. 18, al. 2, qui interdit la constitution d'embryons humains aux fins de recherche, des art. 19 et 20 relatifs au prélèvement d'organes et de tissus sur des donneurs vivants à des fins de transplantation, de l'art. 21 concernant l'interdiction du profit et de l'art. 22 relatif à l'utilisation d'une partie du corps humain* ». Les autorités cantonales et fédérales doivent également tenir compte des obligations découlant des normes qui ne sont pas directement applicables et les normes fédérales, cantonales et communales doivent être interprétées à la lumière de ces obligations¹⁸⁶.

¹⁸⁴ CONSEIL DE L'EUROPE, Biomédecine et droits de l'Homme, La Convention d'Oviedo et ses protocoles additionnels, N 20, p. 24

¹⁸⁵ Message relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains du 12 septembre 2001, in FF 2002 271, p. 285 ; ATF 124 III 90 ; ATF 112 Ib 183 ; ATF 111 Ib 68

¹⁸⁶ Message relatif à la Convention européenne du 4 avril 1997 pour la protection des Droits de l'Homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'Homme et la biomédecine) et au Protocole additionnel du 12 janvier 1998 portant interdiction du clonage d'êtres humains du 12 septembre 2001, in FF 2002 271, p. 285

2.5.4. Article 17 du Pacte II de l'ONU relatif aux droits civils et politiques

152. — Le Pacte II a été ratifié par le Conseil fédéral le 18 juin 1992 et est entré en vigueur le 18 septembre 1992.

153. — L'article 17 du Pacte II des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques est également consacré à la protection de la vie privée¹⁸⁷. Contrairement aux articles du Pacte I relatif aux droits économiques, sociaux et culturels¹⁸⁸ ne contenant que des lignes directrices concernant les droits fondamentaux¹⁸⁹, l'article 17 du Pacte II est directement applicable ; aucune retranscription dans le droit interne par le législateur national n'est nécessaire pour pouvoir l'invoquer. Comme pour l'article 8 CEDH, il peut être invoqué dans le cadre d'une action judiciaire ou d'un recours.

2.5.5. Article 13 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse

154. — L'article 13 de la Constitution fédérale¹⁹⁰ est la base légale constitutionnelle suisse en matière de protection des données. Le premier alinéa est de portée générale car il régit le respect de la vie privée, notion qui englobe différents aspects, comme le fait de choisir librement son mode de vie, ses loisirs et les personnes que l'on souhaite côtoyer¹⁹¹. Le second est plus spécifique puisqu'il porte sur l'un des aspects du premier, celui de la protection des données personnelles.

¹⁸⁷ Art. 17 du Pacte II de l'ONU : « ¹ Nul ne sera l'objet d'immixtions arbitraires ou illégales dans sa vie privée, sa famille, son domicile ou sa correspondance, ni d'atteintes illégales à son honneur et à sa réputation.

² *Toute personne a droit à la protection de la loi contre de telles immixtions ou de telles atteintes.* »

¹⁸⁸ ATF 130 I 113 ; ATF 126 I 240 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 103, p. 49

¹⁸⁹ ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 103, p. 49

¹⁹⁰ Art. 13 Cst : « ¹ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit par la poste et les télécommunications.

² *Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent.* »

¹⁹¹ ATF 103 Ia 293 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 13, N 5, p. 124

155. — Cet article a été expressément introduit avec la Constitution du 18 avril 1999, dans le but notamment de protéger la population des atteintes aux droits de la personnalité causées par l'évolution croissante des techniques de l'information et des nouvelles technologies¹⁹². Cette introduction tardive dans la législation ne signifie pas pour autant que les données personnelles n'étaient pas protégées auparavant ; en effet, la protection des données découlait du droit fondamental non écrit de la liberté personnelle (devenu l'article 10 al. 2 Cst avec la nouvelle Constitution), de l'article 8 CEDH et de l'article 17 Pacte ONU II¹⁹³. Le Tribunal fédéral avait également reconnu certains droits en la matière, dont celui de consulter ses données personnelles, en se basant sur l'ancien article 4 de la Constitution, l'article 8 CEDH ainsi que sur le droit non écrit de la liberté personnelle¹⁹⁴.

156. — Plusieurs droits découlent ensuite de l'article 13 al. 2 Cst, dont celui de l'autodétermination informationnelle qui avait déjà été déduit par le Tribunal fédéral de l'article 4 de l'ancienne Constitution fédérale et de l'article 8 CEDH¹⁹⁵. Il s'agit d'un droit « *qui protège les individus des atteintes qui proviennent d'un traitement étatique de leurs données personnelles. Chaque personne devrait pouvoir déterminer elle-même si et dans quels buts des informations à son sujet peuvent être traitées* »¹⁹⁶. Il lui permet ainsi de décider de la publicité de ses données personnelles, c'est-à-dire à qui elles peuvent être dévoilées¹⁹⁷.

157. — La Haute Cour a également reconnu à un particulier le droit de consulter son dossier, pour pouvoir prendre connaissance de ses données

¹⁹² Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, pp 75 et 155

¹⁹³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 13, N 1ss, pp 123-124 et art. 13, N15ss, pp 130-131 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 379ss, pp 184-185

¹⁹⁴ ATF 118 Ib 277; ATF 113 Ia 1; ATF 113 Ia 257

¹⁹⁵ HANSPETER KUHN, Protection des données et LAMal, in Bulletin des médecins suisses 2001 n° 32-33, p. 1707, p. 1707 ; voir aussi : EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 83, p. 361

¹⁹⁶ 2P.165/2004

¹⁹⁷ JÖRG PAUL MÜLLER & MARTIN E. LOOSER, Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse, in La protection de la vie privée dans la société d'information, Paris, 2002, p. 67, p. 76 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 28, p. 70

personnelles et les faire rectifier si elles s'avèrent fausses ou incomplètes¹⁹⁸. Ce droit permet « *de consulter les pièces au siège de l'autorité, de prendre des notes et de faire des photocopies, pour autant qu'il n'en résulte pas un surcroît de travail excessif pour l'autorité* »¹⁹⁹.

158. — Découle également de l'article 13 al. 2 Cst le droit de demander la destruction de données traitées illicitement ou devenues inutiles²⁰⁰.

159. — Comme pour toutes les autres garanties constitutionnelles, l'article 13 al. 2 Cst ne confère pas une protection absolue. Il peut être restreint conformément à l'article 36 Cst qui autorise l'Etat à traiter des données personnelles aux conditions suivantes : la restriction doit se baser sur une disposition légale, un intérêt public doit pouvoir la justifier, le principe de proportionnalité doit être respecté et l'aspect fondamental du droit constitutionnel, ou plus précisément le noyau dur, doit être préservé²⁰¹. La base légale doit être formelle si le traitement porte sur des données sensibles, car il s'agit d'une atteinte grave à la personnalité, contre laquelle la population doit pouvoir se prononcer par voie référendaire²⁰². Plus la restriction est grande, plus la base légale doit être claire et précise, conformé-

¹⁹⁸ ATF 126 I 7 ; Message relatif à une nouvelle Constitution fédérale du 20 novembre 1996, FF 1997 I 1, pp 154-155 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 387, p. 188 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 98, p. 368

¹⁹⁹ ARIANE AYER, THIERRY CLÉMENT & CHRISTIAN HÄNNI, La relation patient-médecin: état des lieux, in Rapport IDS N°1, Neuchâtel, 2003, p. 95 ; voir aussi : ATF 126 I 7, ATF 122 I 153

²⁰⁰ JÖRG PAUL MÜLLER & MARTIN E. LOOSER, Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse, in La protection de la vie privée dans la société d'information, Paris, 2002, p. 67, p. 76 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 103, p. 370

²⁰¹ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 13, N 17, p. 131 ; ANDREAS AUER, GIORGIO MALINVERNI & MICHEL HOTTELIER, Droit constitutionnel suisse, Volume II, 2e édition, Berne, 2006, N 386, pp 187-188 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 102, p. 369

²⁰² YVONNE JÖHRI & MARCEL STUDER, art. 17, N 33, p. 243, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 124, p. 380

ment aux principes de la légalité, de la sécurité du droit et de l'égalité devant la loi²⁰³.

160. — L'alinéa 2 de l'article 36 Cst précise que « toute restriction d'un droit fondamental doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui », ce qui signifie que des droits peuvent être restreints quand des intérêts prédominants privés ou publics entrent en jeu²⁰⁴. La notion d'intérêt prépondérant n'est pas définie dans la loi car elle varie dans le temps et dans l'espace et en fonction du droit fondamental mis en cause. L'existence seule d'un tel intérêt ne justifie toutefois pas forcément l'atteinte au droit fondamental d'un administré, les conditions de l'article 36 étant cumulatives²⁰⁵.

161. — Ensuite, l'alinéa 3 de l'article 36 Cst rappelle que toute mesure restrictive doit être proportionnée au but visé, ce qui signifie qu'elle doit être apte à remplir le but d'intérêt public recherché et que l'Etat doit se limiter au strict nécessaire pour pouvoir atteindre son but²⁰⁶.

162. — Enfin, l'essence même du droit fondamental ne doit pas être violée. C'est une notion très théorique selon laquelle chaque droit fondamental possède un « noyau dur » qui représente l'essence même du droit en question. Jusqu'à maintenant, cette condition n'a pas fait l'objet de beaucoup d'applications concrètes²⁰⁷.

²⁰³ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N 9, p. 324

²⁰⁴ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N 12, p. 326 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 134, p. 384

²⁰⁵ HANSPETER KUHN, Protection des données et LAMal, in Bulletin des médecins suisses 2001 n° 32-33, p. 1707, p. 1707

²⁰⁶ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N15-16, pp 328-329 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 143, pp 387-388

²⁰⁷ ATF 126 I 7 ; ATF 125 I 127 ; ATF 124 I 40 ; ATF 123 I 112 ; JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N 17, p. 330 ; REGINA KIENER & WALTER KÄLIN, Grundrechte, Bern, 2007, p. 109 ; PASCAL MAHON, Droit constitutionnel II, Droits fondamentaux, 2e édition, Neuchâtel, 2010, pp 51-52 ; RAINER J. SCHWEIZER, art. 36, N 28ss, pp 740-741, Die schweizerische Bundesverfassung Kommentar, Art. 1 - 93, 2. Auflage, Zürich, St. Gallen, 2008 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 152, p. 393

163. — Comme pour les autres droits fondamentaux, les administrés ne peuvent renoncer au droit de l'article 13 Cst de manière générale, car ils contreviendraient aux règles constitutionnelles dont le but est également de les protéger contre les pressions que pourraient exercer les maîtres du fichiers. C'est la raison pour laquelle un patient ne peut accepter que toutes ses informations médicales soient transmises sans restriction à sa caisse-maladie²⁰⁸. Par contre, il peut renoncer à son droit dans une situation particulière, comme par exemple lorsqu'il accepte que certaines de ses données soient remises à son assurance-maladie complémentaire pour qu'elle puisse établir un contrat.

164. — Comme nous l'avons vu au point 2.2.1.2. du présent chapitre, les droits fondamentaux de la Constitution fédérale peuvent être invoqués directement dans le cadre d'une action judiciaire.

2.5.6. Constitutions cantonales

165. — Les constitutions cantonales prévoient également des droits fondamentaux protégeant les données personnelles médicales.

166. — A Neuchâtel, l'article 11 de la Constitution de la République et Canton de Neuchâtel²⁰⁹ prévoit, à l'instar de l'article 13 al. 2 de la Constitution fédérale, que toute personne « a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif de données qui la concernent ». Comme pour la disposition fédérale, il découle de cet article le droit pour la personne concernée de consulter ses données personnelles, de les faire rectifier s'il y a des inexactitudes et de les détruire si elles sont devenues inutiles.

167. — Les droits qui en découlent peuvent également être restreints, conformément à l'article 33 de la Constitution neuchâteloise, qui prévoit les mêmes conditions que l'article 36 Cst, à savoir l'existence d'une base légale, d'un intérêt public prépondérant ou d'un droit fondamental

²⁰⁸ HANSPETER KUHN, Protection des données et LAMal, in Bulletin des médecins suisses 2001 n° 32-33, p. 1707, p. 1707

²⁰⁹ Article 11 de la Constitution neuchâteloise : « ¹ Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et de ses télécommunications.

² Elle a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif de données qui la concernent. Elle peut consulter ces données et exiger la rectification de celles qui sont inexacts et la destruction de celles qui sont inutiles.

³ Les autorités ne peuvent traiter des données personnelles que s'il existe une base légale et pour autant que ces données soient nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches. Elles s'assurent que ces données sont protégées contre un emploi abusif. »

d'autrui, le respect du principe de la proportionnalité et la conservation de l'essence même du droit fondamental.

168. — La Constitution vaudoise²¹⁰ prévoit aussi à son article 15²¹¹ la protection de la sphère privée et des données personnelles. La teneur de cet article correspond également à l'article 13 Cst, de même que les articles 12 et 18 de la Constitution bernoise²¹². Ces droits peuvent également être restreints aux mêmes conditions que l'article 36 Cst (art. 38 de la Constitution vaudoise et art. 28 de la Constitution bernoise).

2.6. Législation nationale

2.6.1. Généralités

169. — Le droit national est bien entendu l'ordre juridique le plus utilisé en matière de protection des données personnelles médicales car en plus de traiter des grands principes, il règle l'application concrète de la protection des données. Le droit national offre à la personne concernée les outils nécessaires pour faire face à un traitement de données personnelles.

²¹⁰ Constitution du Canton de Vaud du 14 avril 2003 (Cst-VD), RSV 101.01

²¹¹ Article 15 de la Constitution vaudoise : « ¹ Toute personne a droit au respect et à la protection de sa vie privée et familiale, de son domicile, de sa correspondance et des relations établies par les télécommunications.

² Toute personne a le droit d'être protégée contre l'utilisation abusive de données qui la concernent. Ce droit comprend : a. la consultation de ces données ; b. la rectification de celles qui sont inexactes ; c. la destruction de celles qui sont inadéquates ou inutiles. »

²¹² Constitution du Canton de Berne du 6 juin 1993, RSB 101.1

Article 12 de la Constitution bernoise : « ¹ Est garantie la liberté personnelle, en particulier le droit à l'intégrité physique et psychique ainsi que la liberté de mouvement.

² La torture ainsi que les peines et traitements inhumains ou dégradants sont absolument interdits.

³ Toute personne a droit au respect de sa vie privée, de son domicile, de sa correspondance et des relations qu'elle établit au moyen des télécommunications. »

Article 13 de la Constitution bernoise : « ¹ Toute personne a le droit de consulter les données qui la touchent et de demander la rectification de celles qui sont inexactes et la destruction de celles qui sont inadéquates ou inutiles.

² Les autorités ne peuvent traiter des données personnelles que s'il existe une base légale et pour autant que ces données sont nécessaires et adéquates à l'accomplissement de leurs tâches.

³ Elles s'assurent que les données traitées sont exactes et elles les protègent contre un emploi abusif ».

170. — Nous allons donc présenter les dispositions légales de droit privé, de droit public et de droit pénal applicables en matière de protection des données afin de mieux comprendre les moyens d'action présentés aux chapitres suivants.

2.6.2. Règles de droit privé

2.6.2.1. Loi fédérale sur la protection des données (LPD)

171. — La Loi fédérale sur la protection des données (LPD), entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993, vise à protéger la personnalité lorsque des traitements de données personnelles sont effectués dans les domaines privé et public (art. 1 LPD). La LPD est en effet l'une des seules lois en Suisse à être de droit privé et de droit public.

172. — Le législateur a adopté cette loi car la législation et la jurisprudence en matière de protection des données n'offraient pas une protection suffisante²¹³. En effet, en droit public, la jurisprudence découlant des droits fondamentaux ne concernait que les traitements de données effectués par l'Etat dans des cas bien spécifiques, ce qui ne permettait pas d'en déduire des règles générales²¹⁴ et en droit privé, seuls les articles 28 et suivants CC offraient une protection en cas de traitement illicite de données personnelles. Quant aux secrets de fonction et professionnel, ils étaient aussi insuffisants, car ils ne s'adressent qu'à certaines catégories de professions.

173. — La législation en matière de protection des données n'est apparue qu'à la fin du XXe siècle malgré le fait que les traitements de données personnelles existaient déjà depuis longtemps, car la société n'a réellement pris conscience de l'importance d'une telle protection qu'avec l'affaire des fiches, survenue au milieu des années 80²¹⁵. La population acceptait de moins en moins les interventions de l'Etat dans sa vie privée

²¹³ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 428-429 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 43, p. 76 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 18, p. 417

²¹⁴ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 428-429

²¹⁵ ARCHIVES FÉDÉRALES SUISSES UNITÉ COMMUNICATION, La police politique et la protection de l'Etat, www.bar.admin.ch

et souhaitait des justifications en cas d'immissions dans celle-ci. Il était ainsi devenu nécessaire de légiférer dans le domaine de la protection des données en raison de l'évolution des nouvelles technologies, mais également en raison de l'évolution de la pensée politique et sociale²¹⁶.

174. — Le processus d'adoption de la LPD a été assez long, puisque la première motion portant sur l'adoption d'une loi sur la protection des données a été déposée le 17 mars 1971 et l'entrée en vigueur de la loi date du 1^{er} juillet 1993. Cette motion proposait de protéger la sphère privée en raison du développement des technologies informatiques, sans toutefois vouloir freiner ce développement. Ensuite, l'élaboration de la LPD a pris du temps car il s'agit d'une loi mixte, de droit public et de droit privé, aussi les avant-projets ont-ils dû être effectués par deux commissions, l'une s'occupant de la partie privée et l'autre de la partie publique et ont dû ensuite être retravaillés plusieurs fois. Cette mixité a d'ailleurs fait l'objet de critiques, certains estimant que cette construction ne faciliterait pas la compréhension de la loi et que la protection des données était trop différente selon qu'elle s'adresse au public ou au privé pour qu'il n'y ait qu'une seule loi. Malgré ces critiques, le législateur est resté sur sa volonté de ne faire qu'une seule loi de droit privé et de droit public²¹⁷.

175. — La LPD prévoit ainsi des principes de base applicables aux privés et à l'administration fédérale, ainsi que des principes spécifiques au domaine privé et au domaine public. Une partie de la loi est également consacrée au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et une autre aux sanctions pénales²¹⁸. Même si cette loi se révèle plutôt complète, tant du point de vue privé que public, civil, administratif et pénal, elle ne s'est toutefois pas prononcée sur certains points qui peuvent poser problème, comme par exemple la consultation des données personnelles médicales des personnes décédées.

²¹⁶ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 425 ; JÖRG PAUL MÜLLER & MARTIN E. LOOSER, Les problèmes principaux de la protection des données en Suisse, *in* La protection de la vie privée dans la société d'information, Paris, 2002, p. 67, pp 67-69

²¹⁷ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 434-439

²¹⁸ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 437

2.6.2.2. Code civil suisse (CC)

176. — Le Code civil suisse (CC) joue également un rôle important en protection des données, avec le renvoi de l'article 15 LPD aux actions civiles des articles 28 à 28l du CC qui sont une concrétisation de l'article 13 al. 2 Cst en droit privé. L'article 15 LPD stipule ainsi que «*les actions et les mesures provisionnelles concernant la protection de la personnalité sont régies par les art. 28 à 28l du code civil. Le demandeur peut en particulier requérir que le traitement des données et notamment leur communication à des tiers, soient interdits ou que les données soient rectifiées ou détruites* ». Ce renvoi aux dispositions générales permet au demandeur de requérir des mesures provisionnelles (art. 261ss CPC) ou d'actionner en justice (art. 28a CC) afin d'empêcher, arrêter ou réparer une atteinte illicite.

177. — Prévoyant que toute personne subissant «*une atteinte illicite à sa personnalité peut agir en justice pour sa protection contre toute personne qui y participe* » (art. 28 al. 1 CC), l'article 28 CC est une clause générale, applicable tant à la protection des données qu'à tout autre acte lésant la personnalité d'un individu. Face à cette atteinte, il est possible de faire une action en prévention de l'atteinte en cas de menace de traitement illicite, une action en cessation, si le traitement illicite de données personnelles a déjà commencé, ou une action en constatation de l'atteinte si l'acte illicite est terminé et qu'il ne reste plus que l'unique solution de constater l'atteinte (art. 28a CC).

178. — Le législateur n'a pas voulu instaurer un système spécifique de mesures civiles en matière de protection des données, car les actions de la LPD sont presque semblables à celles de l'article 28a CC, avec quelques caractéristiques spécifiques à la protection des données formulées à l'article 15 LPD²¹⁹, comme par exemple le fait que seules les personnes concernées victimes d'une atteinte à la personnalité suite à un traitement illicite de données personnelles peuvent ouvrir action, excluant ainsi les tiers. Ces spécificités n'étaient pas assez importantes pour qu'il faille prévoir tout un système particulier de mesures civiles uniquement destiné à la protection des données.

179. — Avec les conclusions des actions prévues à l'article 15 al.1 LPD, la personne concernée a la possibilité de demander en plus la rectification ou la destruction des données, de mentionner le caractère litigieux des

²¹⁹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 470ss

données ou encore de faire une action en exécution du droit d'accès (art. 15 al. 2, 3 et 4 LPD).

180. — Le Code civil intervient ainsi dans le cadre des actions permettant d'agir contre les traitements illicites de données personnelles et doit être utilisé en parallèle de la LPD.

181. — Le Code civil permet également à toute personne d'aviser l'autorité de protection de l'adulte lorsqu'une personne « *semble avoir besoin d'aide* » (art. 443 al. 1 CC), dans le but d'instituer une mesure ; les personnes soumises au secret professionnel devant toutefois être déliées de leur secret avant d'aviser²²⁰. Quant aux personnes exerçant dans le cadre de leur fonction officielle, elles ont l'obligation d'aviser l'autorité de protection de l'adulte (art. 443 al. 2 CC). Ensuite, l'article 448 CC prévoit que « *les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes²²¹ ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si la personne concernée les y a autorisés ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'adulte, l'autorité supérieure les ait déliés du secret professionnel* ». Grâce à cet article, le secret professionnel peut désormais être levé par l'autorité supérieure sur demande du professionnel de la santé qui y est soumis ou sur demande de l'autorité de protection de l'adulte, cette deuxième solution n'étant pas possible auparavant. Par ailleurs, l'article 453 CC prévoit que lorsqu'il « *existe un réel danger qu'une personne ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui* » les personnes soumises au secret de fonction ou au secret professionnel ont l'autorisation de communiquer les informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte.

2.6.2.3. Code de procédure civile (CPC)

182. — Le Code de procédure civile fédéral (CPC) joue également un rôle puisque c'est lui qui prévoit les mesures provisionnelles en cas d'atteinte illicite à la personnalité (art. 261ss CPC). Avant son entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2011, elles étaient réglées aux articles 28c à 28f CC.

²²⁰ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, p. 6708

²²¹ Les psychologues et les chiropraticiens seront certainement ajoutés à cette liste

183. — Ces mesures permettent d’agir plus rapidement face à un traitement illicite de données personnelles.

2.6.2.4. Code des obligations (CO)

184. — Le Code des obligations (CO)²²² intervient également en matière de protection des données avec les actions en responsabilité, où les articles 41ss CO permettent aux personnes concernées qui ont subi un dommage dans le cadre d’un traitement illicite de données personnelles de demander réparation.

185. — Les obligations du maître du fichier peuvent découler du contrat de mandat. En effet, comme la jurisprudence l’a relevé à de nombreuses reprises, la relation entre le médecin et son patient est qualifiée de contrat de mandat²²³, sauf lorsque le médecin agit en vertu de l’autorité publique, par exemple quand il doit traiter une personne privée de liberté aux fins d’assistance²²⁴ ou lorsqu’il officie en tant que médecin scolaire dans les écoles publiques ; à Neuchâtel, ce dernier est soumis à une convention passée avec la commission scolaire ou la direction de l’école, convention qui doit être ratifiée par le service de la santé publique (art. 4 de l’arrêté neuchâtelois concernant la médecine scolaire).

186. — Comme tous les contrats, le mandat comporte des droits et des obligations, dont l’obligation de bonne et fidèle exécution du mandat ainsi que le devoir de discrétion²²⁵, qui peut être renforcé par le droit pénal si le mandataire est soumis au secret professionnel (art. 321 CP). Ce devoir est essentiel, car pour pouvoir effectuer pleinement son travail, le mandataire doit souvent connaître des faits intimes et secrets concernant son client, mais pour que ce dernier puisse les lui révéler en toute confiance, il doit avoir la garantie qu’ils vont rester secrets. Ainsi, tout ce que le mandant confie au mandataire, mais aussi tout ce que dernier apprend ou devine lors de l’exercice de son mandat, ne doit être ni dévoilé

²²² Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse, Livre cinquième: Droit des obligations, Code des obligations (CO), RS 220

²²³ ATF 105 II 284 ; ATF 110 II 375 ; ATF 114 Ia 350, SJ 1989 425 ; ATF 119 II 456

²²⁴ ATF 118 II 254, JT 1996 I 259

²²⁵ FRANZ WERRO, art. 398, N 22ss, pp 2052-2053, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

ni transmis à des tiers sans autorisation, et cela même au-delà de l'exécution du contrat²²⁶.

187. — Une autre obligation du mandataire est de fournir au patient les informations en rapport avec la tâche qu'il doit accomplir, à savoir le traitement du patient, afin que ce dernier puisse se déterminer quant au traitement médical. Le médecin ne peut pas refuser de fournir des informations au patient en se retranchant derrière le secret médical²²⁷. Cette obligation est le pendant du droit d'accès de la LPD (art. 8 LPD) qui est développé au point 3.4 du chapitre 3.

2.6.2.5. Loi sur le contrat d'assurance (LCA)

188. — La Loi fédérale sur le contrat d'assurance (LCA)²²⁸ prévoit également des règles en matière de protection des données personnelles médicales. L'assureur doit notamment « *renseigner le preneur de manière compréhensible sur son identité et sur les principaux éléments du contrat d'assurance* » dont « *le traitement de données personnelles, y compris le but et le genre de banque de données, ainsi que sur les destinataires et la conservation des données* » (art. 3 al. 1 lit. g LCA). Cet article reprend les principes de transparence et de protection des données, données qui portent en général sur l'identité et la santé des assurés et sur les clauses du contrat (durée et étendue du contrat)²²⁹.

189. — Il est également prévu que la personne qui souhaite contracter une assurance est soumise à des déclarations obligatoires (art. 4 LCA). En effet, selon cet article, le futur assuré doit remplir par écrit un questionnaire où il fait part de toutes les informations devant être prises en compte pour l'appréciation du risque, telles qu'elles lui sont ou doivent être connues au moment de la conclusion du contrat. Suite à cela, l'assurance pourra

²²⁶ ATF 106 II 224, JT 1981 I 153 ; PIERRE TERCIER & PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e édition, Zurich, Bâle, Genève, 2009, N 5156ss, p. 774; FRANZ WERRO, art. 398, N 22, p. 2052, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

²²⁷ ATF 114 Ia 350, SJ 1989 425; ATF 116 II 519, JT 1991 I 634; ATF 119 II 456, JT 1995 I 29; ATF 127 III 421, JT 2002 I 318; ATF 129 II 353; OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2047; FRANZ WERRO, art. 398 CO, N 16ss, pp 2050ss, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

²²⁸ Loi fédérale sur le contrat d'assurance du 2 avril 1908 (LCA), RS 221.229.1

²²⁹ MARCEL SÜSSKIND, Die vorvertragliche Informationspflicht des Versicherers gemäss Art. 3 des revidierten Versicherungsvertragsgesetzes, *in* HAVE 2006, p. 15, p. 21

en toute légitimité renoncer à conclure le contrat, vu qu'il s'agit d'un contrat de droit privé ne contraignant pas les parties à contracter.

2.6.3. Règles de droit public

2.6.3.1. Loi fédérale sur la protection des données (LPD)

190. — En raison de sa mixité, la loi fédérale sur la protection des données fait également partie des dispositions générales de droit public en matière de protection des données. C'est aux articles 16 à 25 LPD que sont prévues les dispositions spécifiques aux organes fédéraux, complétées par les principes généraux également applicables au droit privé.

191. — La partie de droit public de la LPD prévoit notamment l'organe fédéral responsable des données personnelles traitées (art. 16 alinéa 1 LPD), les conditions pour qu'un organe fédéral puisse traiter des données personnelles (art. 17 à 19, 22 LPD), la possibilité pour une personne concernée de s'opposer au traitement (art. 20 LPD), l'archivage (art. 21 LPD), le droit applicable lorsqu'un organe fédéral agit comme un privé (art. 23 LPD) ainsi que les prétentions qu'une personne victime d'un traitement illicite de données personnelles peut invoquer et quelle procédure elle peut utiliser (art. 24 et 25 LPD).

2.6.3.2. Lois fédérales en matière d'assurances sociales

192. — En matière d'assurances sociales, la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales²³⁰, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2003, joue également un rôle important en matière de protection des données. Elle prévoit l'obligation pour les assurances de garder le secret, obligation qui figurait dans les lois spéciales (LAMal, LAA, LAI, LAVS) mais qu'il a fallu logiquement élever au rang de principe général applicable à l'ensemble des assurances sociales (art. 33 LPGA). Cette obligation découle du fait que l'assuré doit renseigner l'assurance pour que cette dernière puisse remplir ses obligations ; en effet, l'assuré est tenu de fournir les renseignements nécessaires à l'assurance pour que celle-ci puisse fixer les prestations dues et doit « *autoriser dans des cas particuliers toutes les personnes et institutions, notamment les employeurs, les*

²³⁰ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1

médecins, les assurances et les organes officiels à fournir des renseignements pour autant que ceux-ci soient nécessaires pour établir le droit aux prestations » (art. 28 LPGA). La LPGA prévoit encore d'autres dispositions relatives à la protection des données, comme par exemple l'obligation pour les organes des assurances sociales de transmettre les informations reçues par erreur (art. 30 LPGA), l'obligation pour les personnes à qui une prestation est versée d'informer l'assurance des modifications des circonstances déterminantes pouvant affecter l'octroi de la prestation (art. 31 LPGA) ou encore le droit de consulter le dossier pour l'assuré, pour les parties à une procédure, pour les autorités devant statuer sur recours et pour les tiers responsables et leur assureur (art. 47 LPGA).

Quant aux lois spéciales, la LAMal prévoit également de nombreuses dispositions sur la protection des données, comme l'article 21 al. 4 portant sur la communication des données aux autorités de surveillance de la mise en œuvre de l'assurance-maladie, l'article 42 al. 3 LAMal qui dit que « *le fournisseur de prestations doit remettre au débiteur de la rémunération une facture détaillée et compréhensible* » ainsi que « *toutes les indications nécessaires lui permettant de vérifier le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation* » ; les diagnostics et les procédures doivent être communiqués à l'assureur sous une forme codée (art. 42 al. 3bis LAMal) et « *l'assureur peut exiger des renseignements supplémentaires d'ordre médical* » (art. 42 al. 4 LAMal). Ensuite, l'article 42a porte sur la carte d'assuré et prévoit que « *moyennant le consentement de l'assuré, la carte contient des données personnelles auxquelles peuvent avoir accès les personnes qui y sont autorisées* ». Nous pouvons encore citer les articles 84 et 84a qui rappellent les principes applicables en matière de traitement de données personnelles pour les assurances-maladie.

193. — Il en va de même pour la LAA, qui prévoit des principes généraux en matière de protection des données aux articles 96 et 97, et pour la LAVS aux articles 49a et 50a. Quant à la LAI, celle-ci renvoie aux dispositions de la LAVS pour les traitements de données personnelles (art. 66 LAI).

2.6.3.3. Ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (OCA)

194. — Conformément à l'ordonnance sur l'assurance maladie (OAMal)²³¹, les assureurs doivent remettre à leurs assurés une carte d'assuré ; l'ordonnance sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (OCA)²³² en règle les dispositions d'exécution.

195. — La carte d'assuré a pour but « *de simplifier le travail administratif, d'améliorer la qualité et la sécurité du traitement médical et de renforcer la responsabilité personnelle de l'assuré* ». Comme le précise bien l'Office fédéral de la santé publique, elle est la première étape du dossier électronique du patient qui sera traité au point 2.6.3.9²³³. Les données administratives de l'assuré sont enregistrées sur la carte ainsi que sur la puce électronique implantée dans la carte, permettant ainsi aux fournisseurs de prestations d'obtenir les informations nécessaires à la facturation (art. 3 et 4 OCA). Il est également possible pour les professionnels de la santé cités dans l'annexe de l'OCA, d'enregistrer, avec le consentement de l'assuré, des données médicales pouvant « *améliorer l'efficacité, la sécurité et la qualité du traitement médical* » (art. 6 OCA). Les autorisations de lecture, d'écriture et d'effacement ne sont pas les mêmes pour tous les professionnels ; par exemple, un médecin ou un chiropraticien aura des autorisations de lecture, d'écriture et d'effacement pour toutes les données citées à l'article 6 OCA, alors qu'un pharmacien ne pourra en général que lire les données et non les écrire et les effacer (à l'exception des données concernant la médication, les adresses de contact en cas d'urgence et l'existence de directives anticipées).

196. — L'OCA règle encore les questions de droit d'accès aux données figurant sur la carte d'assuré (art. 7 OCA) ou encore les droits et obligations de l'assuré et de l'assureur (art. 9 à 13 OCA).

197. — La création d'une telle carte a été l'objet de critiques de la part notamment des professionnels de la santé qui y ont vu un danger pour les données personnelles du patient. La carte appartenant à l'assureur, celui-ci pourrait la réclamer au moment où l'assurance prend fin et disposer ainsi de nombreuses données si l'assuré ne les a pas faites effacer ;

²³¹ Ordonnance du 27 juin 1995 sur l'assurance-maladie (OAMal), RS 832.102

²³² Ordonnance du 14 février 2007 sur la carte d'assuré pour l'assurance obligatoire des soins (OCA), RS 832.105

²³³ www.bag.admin.ch

l'assuré peut aussi perdre sa carte d'assuré, et par conséquent perdre le contrôle de ses données personnelles²³⁴.

2.6.3.4. Loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)

198. — La loi sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI)²³⁵ prévoit également une règle protégeant les données personnelles, à savoir à l'article 11 al. 4 LAVI, qui prévoit que « *les personnes qui travaillent pour un centre de consultation doivent garder, à l'égard des autorités et des particuliers, le secret sur leurs constatations* » ; cette obligation est indispensable dans un milieu tel que celui de la LAVI où circulent tant d'informations à caractère sensible.

199. — Sachant que des médecins pratiquent dans ces centres, la question qui se pose est de savoir si le devoir de confidentialité figurant dans la LAVI est le secret professionnel de l'article 321 CP ou un secret spécifique à la LAVI. Selon le message du Conseil fédéral, le secret de l'article 11 al. 4 LAVI lie toutes les personnes travaillant dans un centre de consultation et peut être levé si la personne concernée y consent²³⁶.

200. — La question du secret figurant dans la LAVI a suscité de nombreuses controverses car certains estimaient qu'il était absolu et ne pouvait être levé et d'autres pensaient qu'il était possible d'y déroger, notamment en raison du devoir de collaborer (art. 317 CC) et de l'état de nécessité (art. 17 CP). La question s'est posée avec la possibilité d'avertir les autorités pénales et civiles en cas d'infractions sur des mineurs. Avant la révision de 2007 les centres LAVI ne pouvaient faire protéger la victime mineure par les autorités si elle ou ses représentants légaux n'avaient pas donné leur accord (art. 4 LAVI). La base de la problématique était donc de savoir quels étaient les pouvoirs des centres de consultation pour dénoncer aux autorités pénales ou civiles les infractions dont ils avaient eu connaissance. Robert admet déjà en 2001 que l'autorité tutélaire peut être avertie au sens de l'article 364 CP, « *par analogie au secret de fonction*

²³⁴ JUDITH WAGNER, HANSPETER KUHN & MONIQUE GAUTHEY, La carte d'assuré: efficace, adéquate et économique?, in BMS 2010 (91) 9

²³⁵ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5

²³⁶ Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 25 avril 1990, FF 1990 II 909, p. 928

et au secret professionnel »²³⁷ ; Casoni Delcò estime que les personnes exerçant dans des centres LAVI doivent avoir le droit, voire l'obligation, d'avertir les autorités civiles des cas d'infractions sur des mineurs. La Commission d'experts chargée d'élaborer une proposition de révision totale de la LAVI a alors proposé d'introduire un article prévoyant la possibilité d'aviser l'autorité tutélaire ou l'autorité de poursuite pénale dans certains cas²³⁸. C'est ainsi que l'article 11 al. 3 LAVI a joué ce rôle en prévoyant que « *si l'intégrité physique, psychique ou sexuelle d'une victime mineure ou d'un autre mineur est sérieusement mise en danger, les personnes travaillant pour un centre de consultation peuvent en aviser l'autorité tutélaire et dénoncer l'infraction à l'autorité de poursuite pénale* ». On rejoint donc la pratique neuchâteloise qui appliquait par analogie l'ancien article 358ter CP (nouvel article 364 CP).

201. — Avec cet article, on constate que le secret des personnes travaillant dans les centres LAVI n'est ainsi pas celui des articles 320 et 321 CP, puisque pour ces derniers, il existe le droit d'aviser (art. 364 CP), qui stipule que « *lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci* ».

2.6.3.5. Loi fédérale sur les stupéfiants (LStup)

202. — L'article 3c de la loi fédérale sur les stupéfiants (LStup)²³⁹ prévoit à l'alinéa 1 que « *les services de l'administration et les professionnels oeuvrant dans les domaines de l'éducation, de l'action sociale, de la santé, de la justice et de la police peuvent 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* » lorsque ces cas ont été constatés dans le cadre de leur profession ou de leur activité professionnelle, lorsqu'un danger considérable menace la personne concernée, les proches de celle-ci ou la collectivité et si les professionnels cités ci-dessus pensent que des mesures de protection doivent être prises. La vio-

²³⁷ OLIVIER ROBERT, Aide aux victimes d'infractions: Mise en oeuvre de la LAVI dans le canton de Neuchâtel, in RJN 2001, p. 33, p. 48

²³⁸ PATRIZIA CASONI DELCÒ, Amélioration de la protection des enfants-victimes de délits à caractère sexuel, in Opferhilfe in der Schweiz, Berne (etc.), 2004, p. 47, pp 55-56

²³⁹ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup), RS 812.121

lation du secret professionnel ou des lois sur la protection des données ne peut être invoquée lors d'une annonce au sens de l'article 3c LStup. Annoncer de tels cas permet de prendre en charge des personnes souffrant de dépendance ou risquant d'en souffrir, il s'agit donc d'une mesure de prévention²⁴⁰ justifiant la divulgation de données sensibles des personnes concernées. Ces données personnelles doivent cependant, une fois transmises, être protégées ; l'alinéa 4 prévoit que « *le personnel des institutions de traitement et des services d'aide sociale compétents est soumis au secret de fonction et au secret professionnel au sens des art. 320 et 321 du code pénal* ». Le champ d'application du secret professionnel est ainsi élargi au personnel des institutions de traitement et des services d'aide sociale compétent. L'alinéa 4 précise également que les personnes soumises au secret selon la LStup n'ont pas l'obligation de témoigner ou de donner des renseignements si leurs déclarations portent sur la situation de la personne prise en charge ou une infraction visée à l'article 19a LStup²⁴¹.

2.6.3.6. Loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse

203. — L'article 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse prévoit que les personnes travaillant dans ces centres et les tiers effectuant des prestations pour ceux-ci sont soumis au secret des articles 320 CP ou 321 CP. Même si le champ d'application de l'article 321 CP est élargi, les personnes soumises à la loi sur les centres en matière de grossesse ne seront pas soumises exactement de la même manière au secret professionnel que les personnes citées à l'article 321 CP, puis-

²⁴⁰ Initiative parlementaire, Révision partielle de la loi sur les stupéfiants, Rapport de la Commission de la sécurité sociale et de la santé publique du Conseil national du 4 mai 2006, FF 2006 8141, p. 8164

²⁴¹ Art. 19a LStup : « ¹ *Celui qui, sans droit, aura consommé intentionnellement des stupéfiants ou celui qui aura commis une infraction à l'art. 19 pour assurer sa propre consommation est passible de l'amende.*

² *Dans les cas bénins, l'autorité compétente pourra suspendre la procédure ou renoncer à infliger une peine. Une réprimande peut être prononcée.*

³ *Il est possible de renoncer à la poursuite pénale lorsque l'auteur de l'infraction est déjà soumis, pour avoir consommé des stupéfiants, à des mesures de protection, contrôlées par un médecin, ou s'il accepte de s'y soumettre. La poursuite pénale sera engagée, s'il se soustrait à ces mesures.*

⁴ *Lorsque l'auteur sera victime d'une dépendance aux stupéfiants, le juge pourra ordonner son renvoi dans une maison de santé. L'art. 44 du code pénal suisse⁸⁵ est applicable par analogie. »*

qu'il est prévu que l'article 321 ch. 3 CP concernant l'obligation de renseigner et de témoigner en justice n'est pas applicable (en réservant toutefois les obligations de témoigner selon le code de procédure pénale du 5 octobre 2007) (art. 2 Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse).

2.6.3.7. Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd)

204. — La loi fédérale sur les professions médicales universitaires (LPMéd)²⁴², entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2007, prévoit des dispositions réglementant la formation des professions concernées et fixant les règles que doivent observer les professionnels exerçant à titre indépendant. Par conséquent, elle prévoit à l'article 40 lit. f LPMéd l'obligation pour les professionnels exerçant de manière indépendante d'« *observer le secret professionnel conformément aux dispositions applicables* ». Cette disposition légale est un rappel de l'article 321 CP²⁴³.

2.6.3.8. Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy)

205. — Comme la LPMéd, la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (LPsy)²⁴⁴, entrée en vigueur le 1^{er} avril 2013, réglemente la formation de psychologue ainsi que les exigences relatives à l'exercice de la profession de psychologue à titre indépendant. Par conséquent, l'article 27 LPsy prévoit que les psychologues sont soumis au secret professionnel de l'article 321 CP. Le législateur a ainsi ajouté la profession de psychologue à l'article 321 CP, de même que celle de chiropraticien.

²⁴² Loi fédérale sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales, LPMéd), RS 811.11

²⁴³ CHRISTIAN FLUECKIGER, Dopage, santé des sportifs professionnels et protection des données médicales, thèse, Neuchâtel, 2008, N 440-442, p. 126

²⁴⁴ Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions de la psychologie, LPsy), RS 935.81

2.6.3.9. Projet de loi fédérale sur le dossier électronique du patient

206. — Le Conseil fédéral a approuvé en juin 2007 la « *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse* » qui vise le but suivant: « *Dans le système de santé suisse, chaque individu peut autoriser les spécialistes de son choix à accéder, à tout moment et en tout lieu, à d'importantes informations pertinentes sur sa personne et bénéficier de prestations. Il participe activement aux décisions concernant son comportement et ses problèmes liés à la santé, renforçant ainsi sa culture sanitaire. Les technologies de l'information et de la communication sont utilisées de manière à assurer la mise en réseau des acteurs du système de santé et à créer des processus de meilleure qualité, plus sûrs et plus efficaces* »²⁴⁵. Dans le cadre de cette stratégie, le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de l'intérieur de présenter un projet de loi sur le dossier électronique du patient. Le projet, qui a été transmis au Parlement par le Conseil fédéral fin mai 2013, prévoit un cadre législatif pour la mise en oeuvre du dossier électronique du patient, les questions de protection des données continuant d'être réglées par les dispositions légales actuelles (LPD, CP, etc)²⁴⁶.

207. — Les professionnels de la santé pourraient inscrire les données médicales du patient dans un seul dossier électronique, accessible aux autres professionnels de la santé, afin de garantir un traitement médical efficace, améliorer la sécurité des patients et l'efficacité du système de santé (art. 1 du projet de la loi fédérale sur le dossier électronique du patient). Le dossier électronique ne peut être créé pour un patient que si celui-ci a donné son accord (art. 3 du projet) ; le patient aurait la possibilité d'accéder à ses données (art. 8 du projet), mais c'est également lui qui donnerait les droits d'accès aux professionnels de la santé (art. 9 al. 1 du projet) et qui pourrait « *modifier les niveaux de confidentialité de certaines données* » (art. 9 al. 4 du projet). Le projet prévoit également qu'en « *cas d'urgence médicale, les professionnels de la santé peuvent accéder aux données du dossier électronique même sans droit d'accès, à moins que le patient ait modifié la configuration de base et exclu cette possibilité* » (art. 9 al. 5 du projet). Le projet de loi prévoit aussi une amende maximum de CHF 100'000.-, « *pour autant que le code pénal ne prévoit pas une peine plus sévère* », pour celui qui « *accède intentionnellement et*

²⁴⁵ OFFICE FÉDÉRAL DE LA SANTÉ PUBLIQUE, *Stratégie Cybersanté (eHealth) Suisse* du 27 juin 2007, p. 3 ; DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DE L'INTÉRIEUR, *Rapport explicatif relatif à la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEP)* du 16 septembre 2011, p. 11

²⁴⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, *Message concernant la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEIP)* du 29 mai 2013 (Projet), pp 36ss, www.bag.admin.ch, p. 3

sans droit à un dossier électronique du patient » et une amende de CHF 10'000.- pour celui qui agit par négligence. Avec ce projet, il est également prévu que, lorsqu'un patient a donné son consentement à l'ouverture d'un dossier électronique, un numéro d'identification lui soit attribué (art. 4 du projet). Ce numéro donnerait une identification supplémentaire du patient, en plus des « *caractéristiques d'identification personnelle* », telles que les noms, prénoms et date de naissance, et ce pour une sécurité renforcée. L'avant-projet de loi prévoyait que ce numéro serait le numéro AVS, mais lors de la consultation de l'avant-projet, nombreux ont été ceux qui se sont opposés à cette proposition. Le numéro AVS est utilisé de plus en plus dans des domaines différents et son utilisation fréquente aurait permis d'identifier le détenteur du numéro, ce qui n'aurait plus permis de garantir une protection efficace de ses données personnelles médicales. Le projet de loi a ainsi été modifié, le numéro AVS ne sera pas utilisé pour le dossier électronique du patient et c'est la centrale de compensation de l'AVS qui devra se charger de générer aléatoirement un numéro pour le dossier électronique des patients qui en font la demande²⁴⁷.

208. — Même si moins de 15% (en 2008) des médecins ont mis les dossiers de leurs patients en format informatique²⁴⁸ et même si le dossier électronique du patient reste facultatif, tant pour les professionnels que pour les patients, les médecins seront certainement de plus en plus nombreux à vouloir informatiser les données personnelles médicales de leurs patients, rendant ainsi une telle législation nécessaire.

2.6.3.10. Lois cantonales sur la protection des données

209. — Les cantons prévoient également des dispositions en matière de protection des données ; les lois cantonales de protection des données ne s'adressent qu'aux organes publics cantonaux qui agissent en tant que maître du fichier étant donné que les organes publics fédéraux ainsi que les privés sont régis par la LPD.

210. — Dans le canton de Neuchâtel, il y a tout d'abord eu la loi cantonale sur la protection de la personnalité (LCPP) du 14 décembre 1982 qui avait « *pour but de protéger les personnes physiques ou morales contre*

²⁴⁷ CONSEIL FÉDÉRAL, Message concernant la loi fédérale sur le dossier électronique du patient (LDEIP) du 29 mai 2013 (Projet), pp 36ss, www.bag.admin.ch

²⁴⁸ HEINZ BEHND & MARCO ZOLLER, Feuille de route pour le dossier électronique du patient au cabinet du médecin de famille, *in* BMS 2008 (89) 32, p. 1361, p. 1361

la détention ou l'emploi abusifs des données les concernant, quel que soit leur mode de traitement » (art. 2 LCPP). Cette loi prévoyait également les grands principes de la LPD, comme les principes de finalité (art. 3 LCPP), de vérité, de proportionnalité et de spécificité (art. 4 LCPP). Elle a été remplacée par la loi sur la protection des données (LCPD) du 30 septembre 2008 dont le but est « *de protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données* » (art. 1 LCPD) et qui est entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2008.

211. — Dans le canton de Vaud s'appliquait la loi sur les fichiers informatiques et la protection des données personnelles (LIPD) du 25 mai 1981 dont le but était « *de protéger contre tout emploi abusif les données personnelles qui sont enregistrées, mémorisées, traitées et transmises par des moyens informatiques* ». Contrairement à la loi neuchâteloise qui prend en compte toutes les sortes de traitements de données, la loi vaudoise ne parlait que des fichiers traités via l'informatique. Le champ d'application de cette loi laissait supposer que même si l'article 2 stipulait que cette loi s'appliquait aux fichiers informatiques et aux « *fichiers manuels exploités en liaison avec une installation de traitement automatisé de données* », il serait aisé de contourner cette disposition en ne faisant que des fichiers manuels. La LIPD devait toutefois être revue et corrigée en raison de la révision de la LPD, de la ratification du Protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des données et l'acceptation des Accords de Schengen et Dublin ; le Conseil d'Etat vaudois avait même estimé qu'il valait mieux la réécrire complètement car elle ne répondait plus aux exigences actuelles du fait qu'elle ne portait que sur le domaine informatique et que la nouvelle Constitution vaudoise prévoyait à l'article 15 que « *toute personne a le droit d'être protégée contre l'utilisation abusive de données qui la concernent* ». La LIPD a été abrogée le 1^{er} novembre 2008 lorsque la loi vaudoise sur la protection des données personnelles²⁴⁹ est entrée en vigueur. Cette nouvelle loi « *vise à protéger les personnes contre l'utilisation abusive des données personnelles les concernant* » (art. 1 LPrD) en prévoyant de manière générale les mêmes principes que la LPD. Du point de vue du contenu, elle s'aligne ainsi sur les autres lois cantonales de protection des données.

²⁴⁹ Loi vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (LPrD), RSV 172.65

212. — Dans le canton de Berne, la loi sur la protection des données (LCPD)²⁵⁰ protège les individus contre les abus en matière de traitements de données effectués par les autorités (art. 1) et définit ce que sont des données personnelles, le champ d'application de la loi ainsi que les principes généraux à respecter lors de traitement de données, principes qui correspondent largement à ceux de la LPD.

213. — Le canton de Zurich s'est également doté d'une loi sur la protection des données personnelles (Gesetz über die Information und den Datenschutz)²⁵¹ visant à protéger les droits fondamentaux des personnes contre les traitements de données personnelles effectués par des organes publics et reprenant également les principes de la LPD.

2.6.3.11. Lois cantonales sur la santé

214. — Les cantons prévoient également des dispositions protégeant les données personnelles dans les lois cantonales sur la santé.

215. — L'article 62 alinéa 1 de la loi neuchâteloise de santé (LS) du 6 février 1995 protège aussi les données personnelles en prévoyant que *« toutes les personnes qui exercent une profession de santé visée à l'article 52, ainsi que leurs auxiliaires et les opérateurs ou opératrices du numéro sanitaire d'urgence, sont tenues au secret professionnel, au sens de l'article 321 du code pénal suisse »*. L'article 52 LS ne vise toutefois pas toutes les professions de la santé, ce qui est à mon sens regrettable vu que toutes ces professions traitent des données sensibles ; par ailleurs, elle renvoie à l'article 321 CP, ce qui est à mon avis, contraire au droit fédéral, comme nous le verrons au point 5.2.3.2 du chapitre 5. Il prévoit aussi des dispositions portant sur le dossier médical du patient (art. 64 LS) ainsi que sur le droit d'accès (art. 26 LS).

216. — Le canton de Vaud prévoit également dans sa législation sur la santé (Loi sur la santé publique (LSP)²⁵²) que *« toute personne qui pratique une profession de la santé, ainsi que ses auxiliaires, est astreinte au secret professionnel »* (art. 80 al. 1 LSP).

²⁵⁰ Loi bernoise sur la protection des données du 19 février 1986 (LCPD), RSB 152.04

²⁵¹ Zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG), ZH-Lex 170.4

²⁵² Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP), RSV 800.01

217. — La Loi bernoise du 2 décembre 1984 sur la santé publique (LSP)²⁵³ prévoit quant à elle que « *les professionnels de la santé sont tenus de garder secrets tous les faits que leur communiquent leurs patients et patientes dans le cadre de leur traitement et toutes les observations dont ils prennent note* » (art. 27 LSP).

2.6.4. Règles de droit pénal

2.6.4.1. Secret de fonction (art. 320 CP)

En matière pénale, le secret de fonction (art. 320 CP) protège les données personnelles médicales lorsque celles-ci sont traitées par des fonctionnaires fédéraux ou cantonaux. Le secret de fonction peut à mon sens également s'appliquer aux professionnels de la santé exerçant une activité en tant que thérapeute ; je pense toutefois qu'il ne protégera pas les données personnelles des patients mais uniquement celle qui sont liées à l'hôpital, par exemple celles qui portent sur le fonctionnement de l'établissement ou celles qui concernent les méthodes de traitement. Les données personnelles des patients des hôpitaux publics seront à mon sens protégées par le secret professionnel (art. 321 CP), comme nous le verrons plus en détail au point 5.2.3.2.

2.6.4.2. Secret professionnel (art. 321 CP)

218. — Le droit pénal intervient également en matière de protection des données avec le secret professionnel (art. 321 CP) qui sanctionne la divulgation d'informations professionnelles confidentielles. Le médecin, le médecin-assistant, le pharmacien et la sage-femme, ainsi que l'étudiant ou l'auxiliaire évoluant avec l'un de ces professionnels, sont soumis au secret professionnel qui garantit au patient la confidentialité de ses données personnelles médicales. Le législateur fédéral a élargi le champ d'application de l'article 321 en y ajoutant les professionnels soumis à l'article 3c LStup et à la loi fédérale sur les centres en matière de grossesse.

219. — Les fournisseurs de soins qui ne sont pas soumis au secret professionnel devront se conformer à d'autres dispositions légales, par exemple

²⁵³ Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP), RSB 811.01

à l'article 4 LAVI pour ceux qui travaillent dans des centres LAVI²⁵⁴ et à la LPD et aux lois cantonales sur la protection des données pour ceux qui ne sont pas soumis à une disposition spéciale.

220. — Le secret professionnel n'est pas absolu et il est possible d'y déroger en remplissant les conditions de l'article 321 ch. 2 CP.

2.6.4.3. Secret professionnel en matière de recherche médicale (art. 321bis CP)

221. — En matière de recherche dans les domaines de la médecine et de la santé publique, les personnes concernées bénéficient de la protection de l'article 321bis CP, qui stipule que « *celui qui, sans droit, aura révélé un secret professionnel dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité pour la recherche dans les domaines de la médecine ou de la santé publique sera puni en vertu de l'art. 321 CP* ». Le secret peut être levé par la commission d'experts « *même si les personnes concernées n'ont pas expressément donné leur consentement* »²⁵⁵. La nouvelle loi fédérale sur la recherche sur l'être humain qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014 modifiera toutefois la procédure pour la levée du secret professionnel en matière de recherche médicale ; en effet, l'alinéa 2 de l'article 321bis CP prévoiera qu' « *un secret professionnel peut être levé à des fins de recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain si les conditions posées à l'art. 34²⁵⁶ de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain sont*

²⁵⁴ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5 ; Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 25 avril 1990, FF 1990 II 909

²⁵⁵ Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, FF 2009 7259, p. 7280

²⁵⁶ Art. 34 LRH : « *Lorsque les exigences posées au consentement et à l'information au sens des art. 32 et 33 ne sont pas remplies, le matériel biologique et les données personnelles liées à la santé peuvent être réutilisés à titre exceptionnel à des fins de recherche aux conditions suivantes :*

a. l'obtention du consentement ou l'information sur le droit d'opposition est impossible ou pose des difficultés disproportionnées, ou on ne peut raisonnablement l'exiger de la personne concernée ;

b. aucun document n'atteste un refus de la personne concernée ;

c. l'intérêt de la science prime celui de la personne concernée à décider de la réutilisation de son matériel biologique ou de ses données. »

remplies et que la commission d'éthique compétente a autorisé la levée du secret »²⁵⁷.

222. — L'article 321bis CP est complété par l'ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale²⁵⁸. Cette ordonnance règle la compétence et l'organisation de la commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale, les types d'autorisation ainsi que la procédure pour la demande d'autorisation.

2.6.4.4. Soustraction de données personnelles (art. 179^{novies} CP)

223. — Les différents devoirs de confidentialité que l'on trouve dans la législation sont indispensables pour protéger les données personnelles médicales puisqu'ils interdisent aux professionnels de la santé de divulguer les informations qu'ils apprennent dans le cadre de leur profession, protégeant ainsi les personnes concernées d'une divulgation illicite de leurs données personnelles. En plus de protéger les données personnelles d'une divulgation illicite, il est également nécessaire de les protéger d'une soustraction illicite. L'article 179^{novies} CP, créé avec la LPD, permet ainsi de sanctionner toute personne ayant « *soustrait d'un fichier des données personnelles sensibles ou des profils de la personnalité qui ne sont pas librement accessibles* » ; cette infraction est poursuivable sur plainte et est passible d'une peine pécuniaire ou d'une peine privative de liberté de trois ans au plus.

2.6.4.5. Soustraction de données (art. 143 CP)

224. — Le code pénal prévoit également à l'article 143 CP des sanctions allant de la peine pécuniaire à la peine privative de liberté de cinq ans au plus pour celui qui, « *dans le dessein de se procurer ou de procurer à un tiers un enrichissement illégitime, aura soustrait, pour lui-même ou pour un tiers, des données enregistrées ou transmises électroniquement ou selon un mode similaire, qui ne lui étaient pas destinées et qui étaient spécialement protégées contre tout accès indu de sa part* ». L'article 143 CP est différent de l'article 179^{novies} CP, car il doit y avoir un dessein

²⁵⁷ Loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 30 septembre 2011

²⁵⁸ Ordonnance du 14 juin 1993 concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP), RS 235.154

d'enrichissement de la part de l'auteur et car il peut s'agir de données non personnelles.

2.6.4.6. Devoir de discrétion (art. 35 LPD)

225. — La LPD prévoit également une disposition pénale qui veut que toute « *personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illícite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données, sera, sur plainte, punie des arrêts ou de l'amende* » (art. 35 al. 1 LPD). Cette disposition vaut également pour les personnes qui traitent des données personnelles « *pour le compte de la personne soumise à l'obligation de garder le secret ou lors de sa formation chez elle* » (art. 35 al. 2 LPD) et perdure lorsque « *les rapports de travail ou de formation ont pris fin* » (art. 35 al. 3 LPD).

226. — Pour qu'il y ait infraction, il faut tout d'abord que l'auteur exerce « *une profession qui requiert la connaissance de données personnelles secrètes et sensibles* » (art. 35 al. 1 LPD). En se référant aux articles 162 CP (violation du secret de fabrication ou du secret commercial) et 321 CP, la doctrine et la jurisprudence précisent la notion de données sensibles et secrètes comme étant des données inconnues, c'est-à-dire ni notoires ni accessibles à tous et que la personne concernée souhaite garder secrètes. Pour qu'elle soit punissable, l'infraction doit encore avoir été commise intentionnellement. Conformément au second alinéa, les auxiliaires des personnes soumises à l'obligation de garder le secret peuvent également être condamnés s'ils révèlent des données secrètes et sensibles²⁵⁹.

227. — Le législateur a prévu cet article pour éviter d'étendre le champ d'application de l'article 321 CP²⁶⁰.

2.6.4.7. Droit pénal administratif cantonal

228. — Comme nous l'avons vu au point 2.6.3.3 du présent chapitre, les lois cantonales sur la santé prévoient une obligation de discrétion, parfois

²⁵⁹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 491-492

²⁶⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 491

en faisant un renvoi à l'article 321 CP, condamnant les professionnels de la santé qui divulguent les données personnelles médicales de leurs patients. Il s'agit de droit pénal administratif cantonal reprenant le contenu de l'article 321 CP.

229. — Nous avons également vu, toujours au même point 2.6.3.2 du présent chapitre que les lois sur la protection des données prévoyaient également des sanctions de droit pénal administratif à l'égard des autorités cantonales ayant effectué des traitements illicites de données personnelles, comme le fait l'article 35 LPD.

2.7. Réglementations professionnelles

2.7.1. Code de déontologie de la FMH

230. — Le devoir de discrétion étant indispensable dans le cadre de la profession de médecin, il est important que le code de déontologie des médecins²⁶¹ le rappelle. Il reprend ainsi en substance l'article 321 CP en prévoyant que « *le secret médical doit être sauvegardé dans le cadre des dispositions légales. Il couvre ce qui a été confié au médecin ou ce qui est venu à sa connaissance dans l'exercice de sa profession ou de toute autre manière. Le médecin doit le respecter tout particulièrement à l'égard des membres de sa famille, des proches et de l'employeur du patient, ainsi que des assureurs. Le médecin instruit ses collaboratrices et collaborateurs ainsi que toutes les personnes qui ont accès à des informations touchant son cabinet médical de leurs obligations en matière de secret, en demandant, dans la mesure du possible, de s'y engager par écrit* » (art. 11 du Code de déontologie de la FMH).

231. — On trouve également dans le code de déontologie, l'obligation de constituer et de conserver le dossier du patient pendant au moins dix ans après la dernière inscription (art. 12 du Code de déontologie de la FMH) ainsi que le droit du patient de consulter le dossier (art. 13 du Code de déontologie de la FMH).

232. — Les sanctions prévues, à savoir le blâme, l'amende, la « *suspension de la qualité de membre pour une période déterminée* »,

²⁶¹ Code de déontologie de la FMH, Association professionnelle du corps médical suisse et organisation faîtière des sociétés cantonales de médecine et des sociétés de discipline médicale, www.fmh.ch

une « *exclusion de la société cantonale de médecine et de la FMH* », un « *retrait du titre FMH* », une « *publication dans l'organe de la société, de l'ASMAC²⁶² ou de l'AMDHS²⁶³, ou dans celui de la FMH* », une « *communication à la direction de la santé publique ou aux organes d'assurance-maladie concernés* » ou encore une supervision (art. 47 du Code de déontologie de la FMH), peuvent être cumulées. Il faut toutefois noter que la FMH se réserve le droit de retirer le titre FMH alors que ce n'est pas elle qui le décerne mais l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) (art. 1 al. 1 Ordonnance sur les professions médicales²⁶⁴) ; par conséquent, je ne pense pas qu'elle puisse retirer un titre alors qu'elle n'en a pas la compétence.

2.7.2. Article 23 de la Déclaration d'Helsinki

233. — L'Association médicale mondiale (AMM)²⁶⁵ « *a élaboré la Déclaration d'Helsinki comme un énoncé de principes éthiques applicables à la recherche médicale impliquant des êtres humains, y compris la recherche sur du matériel biologique humain et sur des données identifiables* » (art 1 de la Déclaration d'Helsinki).

234. — Cette déclaration prévoit ainsi que « *toutes les précautions doivent être prises pour protéger la vie privée et la confidentialité des informations professionnelles concernant les personnes impliquées dans la recherche et pour minimiser l'impact de l'étude sur leur intégrité physique, mentale et sociale* » (art. 23 de la Déclaration d'Helsinki).

2.7.3. Code international d'éthique médicale

235. — Les médecins membres de l'Association médicale mondiale (AMM), association internationale de médecins fondée en 1947 et représentant plus de 80 associations médicales nationales, dont la FMH, doivent également respecter le code international d'éthique médicale de l'AMM adopté en 1949 ; celui-ci prévoit que « *le médecin devra préser-*

²⁶² ASMAC = Association suisse des médecins-assistant(e)s et chefs de cliniques.

www.asmac.ch

²⁶³ AMDHS = Association indépendante des médecins dirigeants d'hôpitaux de Suisse

²⁶⁴ Ordonnance du 27 juin 2007 concernant les diplômes, la formation universitaire, la formation postgrade et l'exercice des professions médicales universitaires (Ordonnance sur les professions médicales, OPMéd), RS 811.112.0

²⁶⁵ www.wma.net

ver le secret absolu sur tout ce qu'il sait de son patient, et ce même après la mort de ce dernier ». Le code ne prévoit pas de sanctions en cas de non-respect des devoirs et n'a donc qu'une portée symbolique. Il permet toutefois de rappeler au niveau universel les principes éthiques et moraux que les médecins doivent respecter²⁶⁶.

2.7.4. Autres

236. — La plupart des autres professions de la santé sont constituées en associations qui possèdent un code de déontologie, comme les sages-femmes, dont le code prévoit qu'elles doivent garder confidentielles les informations concernant leurs patientes²⁶⁷, les psychologues, dont le code rappelle le principe du secret professionnel ainsi que l'obligation de conserver les dossiers des patients pendant dix ans au minimum²⁶⁸, ou encore les infirmiers, dont le code prévoit également le devoir de confidentialité²⁶⁹.

237. — Comme pour celui de la FMH, ces codes de déontologie sont des règlements privés élaborés au sein d'associations constituées des professionnels de la santé concernés et ne peuvent être invoqués devant les tribunaux étatiques.

2.8. Conclusion

238. — Le domaine de la protection des données compte de nombreuses dispositions légales qui n'offrent pas toujours la même protection à la personne concernée et dont l'application dépend du statut du maître du fichier, personne privée ou organe public fédéral ou cantonal. Il me paraît illogique que les données personnelles médicales ne soient pas protégées de la même manière selon qu'elles sont utilisées par un ostéopathe indépendant ou un médecin, car il s'agit d'informations semblables; elles devraient bénéficier d'une seule et même protection, afin de mettre sur un pied d'égalité tant les maîtres du fichier que les personnes concernées. Cela permettrait également de protéger les patients de la même manière

²⁶⁶ www.wma.net

²⁶⁷ Code international de déontologie des sages-femmes, www.sage-femme.ch

²⁶⁸ Code de déontologie de la FSP (Fédération suisse des psychologues)
www.psychologie.ch

²⁶⁹ Code déontologique du CII pour la profession d'infirmière, www.sbk-asi.ch

et faciliterait les choses en instaurant une réglementation uniforme pour tous les professionnels de la santé.

239. — Nous allons donc voir dans les prochains chapitres comment ces dispositions légales sont appliquées, quelle est leur efficacité et quelles modifications peuvent être entreprises pour améliorer la protection des données personnelles.

Deuxième Partie :
Moyens d'action

Actions défensives

3.1. Généralités

240. — Que faire lorsqu'un médecin transmet à un collègue le dossier d'un patient sans le consentement de ce dernier, lorsqu'un établissement hospitalier fournit à l'assurance de soins du malade l'entier de son dossier, lorsque deux assurances du même groupe s'échangent les dossiers médicaux des assurés ou encore lorsqu'un laboratoire de recherche scientifique utilise des informations concernant les malades d'un hôpital ? Si ces différentes actions sont effectuées sans les autorisations requises, la personne concernée peut se défendre, en utilisant des moyens d'actions juridiques pénaux, civils ou administratifs. Quand la relation entre le maître du fichier et la personne concernée relève du droit privé, la victime de l'atteinte peut introduire une action défensive (art. 15 LPD et 28a CC) visant à prévenir une atteinte, à la faire cesser ou encore à en constater les effets. Si le maître du fichier est un organe public fédéral, la LPD prévoit également la possibilité pour la personne concernée d'empêcher l'atteinte, de la faire cesser ou de faire constater les effets qui en découlent en utilisant les actions figurant à l'article 25 LPD.

241. — La personne concernée agit en justice lorsque ses données personnelles ont été traitées de manière illicite et pour avoir connaissance de cette illicéité, elle doit avoir eu accès à ses données personnelles. C'est donc la raison pour laquelle la personne concernée a la possibilité de demander l'accès à ses données personnelles (art. 8 LPD), pour pouvoir vérifier si l'utilisation qui en est faite est licite ; si le maître du fichier refuse de lui en donner l'accès, elle peut agir en exécution du droit d'accès (art. 15 al. 4 LPD).

242. — Nous verrons tout d'abord dans ce chapitre les principes à respecter pour que le traitement de données personnelles soit conforme à la législation. Il existe des principes généraux applicables à tous les traitements de données personnelles, ainsi que des principes spécifiques selon que l'on a affaire à un maître du fichier privé ou public et selon que les données personnelles sont sensibles ou non. Puis nous verrons ensuite les

différentes actions permettant d'agir en cas de traitement illicite de données personnelles, à savoir lorsque les principes en matière de protection des données n'ont pas été respectés, ainsi que le droit d'accès.

3.2. Notion de traitement de données personnelles

243. — Pour comprendre le fonctionnement des actions civiles en cas de traitement illicite de données personnelles, il convient tout d'abord de définir la notion de « *traitement de données personnelles* ». Par traitement, on entend « *toute opération relative à des données personnelles – quels que soient les moyens et procédés utilisés – notamment la collecte, la conservation, l'exploitation, la modification, la communication, l'archivage ou la destruction de données* » (art. 3 lit. e LPD). Le simple fait de classer des données personnelles dans un cabinet médical ou de récolter des informations auprès des donneurs dans un centre de transfusion est déjà considéré comme un traitement de données, et ce, même si les données portent sur des informations banales.

244. — Certains traitements de données personnelles, comme la tenue d'un carnet d'adresses privé, ne sont soumis à aucune réglementation, d'autres font l'objet d'une réglementation spéciale, comme par exemple les archives fédérales²⁷⁰.

3.3. Principes applicables en matière de traitement de données personnelles médicales

3.3.1. Principes généraux

3.3.1.1. Licéité du traitement de données personnelles

245. — Avec la révision de la LPD de 2008, l'article 4 al. 1 LPD prévoit que tout traitement de données doit être licite, alors qu'avant, il était stipulé que seule la collecte devait l'être. Le principe n'est en soit pas modifié mais son champ d'application est explicitement élargi à tout type de traitement de données. Le traitement est illicite lorsque le maître du fi-

²⁷⁰ Loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage (LAr), RS 152.1 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 730ss, pp 266-267

chier ne respecte pas les principes figurant dans la LPD, principes que nous aborderons ci-dessous.

246. — Le traitement est illicite lorsque l'auteur utilise un moyen illicite pour parvenir à ses fins, ce qui signifie que c'est la manière d'agir qui rend le traitement illicite et non le contenu des données récoltées. Par ailleurs, les traitements étant distincts les uns des autres, une collecte de données illicite pourra donner lieu à une utilisation de données qui sera jugée licite²⁷¹. Ne pas avoir demandé le consentement de la personne concernée alors que celui-ci était requis, avoir trompé celle-ci sur la finalité du traitement de données personnelles, avoir obtenu des données personnelles par la menace ou la violence, par une violation de domicile, par violation du secret de fonction ou du secret professionnel, par l'ouverture d'envois postaux adressés à quelqu'un d'autre, avoir volé ou détruit sans autorisation des données personnelles sont des exemples de traitements illicites de données personnelles²⁷².

247. — Le principe de la licéité trouve aussi son fondement dans l'article 5 lit. a de la Convention STE 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des données à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

3.3.1.2. Bonne foi

248. — L'article 4 al. 2 LPD prévoit que tout traitement de données doit respecter le principe de la bonne foi, principe qui découle de l'article 2 CC prévoyant que « *chacun est tenu d'exercer ses droits et d'exécuter ses obligations selon les règles de la bonne foi* ». Le maître du fichier doit ainsi agir de façon loyale, comme on est en droit de l'attendre de tout un chacun, et le traitement doit « *répondre à un intérêt raisonnable quant au type de données traitées et à la durée de leur conservation et respecter le principe de transparence* ». Conserver des données alors qu'elles sont censées être détruites est un exemple de traitement de données personnelles contraire au principe de la bonne foi²⁷³.

²⁷¹ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 733ss, pp 268-269

²⁷² PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 641, pp 262-263

²⁷³ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734b, p. 269 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 654ss, pp 265ss ; EVA MARIA BELSER,

3.3.1.3. Proportionnalité

249. — Découlant de l'article 5 lit. c de la Convention STE 108 et de l'article 4 al. 2 LPD, le principe de proportionnalité doit également être pris en compte lors de traitements de données personnelles médicales. Ce principe veut qu'il convienne de n'utiliser que les données nécessaires à atteindre le but poursuivi. Le rapport entre le résultat recherché et le moyen utilisé pour y arriver doit ainsi être raisonnable et proportionné²⁷⁴, car même si un traitement paraît nécessaire et adéquat, l'atteinte qui en découle peut être disproportionnée au point de rendre le traitement illicite²⁷⁵.

250. — Ce principe permet par exemple de limiter les risques d'atteinte à la personnalité dus à une communication abusive des données personnelles, comme cela peut être le cas lorsque les professionnels de la santé doivent transmettre des données aux caisses-maladie.

251. — En effet, pour déterminer si la prestation du fournisseur de soins remplit les conditions pour être prise en charge par l'assurance-maladie de base, cette dernière n'a pas besoin de disposer du dossier médical du patient dans son intégralité ; seule une partie des données médicales, celle concernant la prestation fournie, est nécessaire. Remettre plus qu'il ne faut de données personnelles médicales aux assurances-maladie de base est inutile, donc contraire au principe de proportionnalité et constitue un traitement illicite de données personnelles.

252. — En raison du renvoi de l'article 12 al. 2 lit. a LPD, le principe de proportionnalité, qui est un principe de droit public, est également applicable au droit privé²⁷⁶.

ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 21ss, pp 525ss

²⁷⁴ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734c, pp 269-270 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 666, pp 268-269 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N23ss, pp 528ss

²⁷⁵ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 666, pp 268-269

²⁷⁶ CORRADO RAMPINI, art. 12, N 8ss, pp 184-185, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

3.3.1.4. Finalité

253. — Le principe de finalité signifie que les données doivent être traitées conformément au but indiqué lors de leur collecte, au but prévu par la loi ou au but ressortissant des circonstances (art. 4 al. 3 LPD)²⁷⁷. Le but du traitement de données doit être connu au moment de leur récolte. Il n'est donc pas possible de requérir des données pour un but qui n'est pas encore déterminé ou en prévision d'un traitement futur et s'il n'est pas indiqué lors de la collecte, il doit être prévu dans la loi qui justifie le traitement ou « *découler des tâches légales des organes qui traitent les données* ». Si le but est modifié, il s'agit d'un nouveau traitement de données pour lequel le consentement de la personne concernée doit à nouveau être requis²⁷⁸.

254. — Respecter ce principe est important, notamment lorsque la personne concernée a donné son consentement, en fonction d'un but unique et spécifique. En effet, si le but ne correspond pas aux opinions morales ou religieuses de la personne concernée, cette dernière ne consentira probablement pas au traitement, comme cela peut être le cas avec une personne qui acceptera de remettre des échantillons de sang pour la recherche sur le diabète mais qui n'acceptera pas forcément que ceux-ci soient également utilisées pour des recherches en matière de génétique.

3.3.1.5. Reconnaissabilité de la collecte de données personnelles

255. — Il s'agit d'une nouvelle obligation introduite avec la révision de la LPD en 2008, faisant suite à la volonté générale du législateur de tendre vers une plus grande transparence des activités administratives fédérales vis-à-vis des particuliers. Le principe de la transparence existait déjà dans la LPD à travers celui de la bonne foi (art. 4 al. 2 LPD), mais suite à l'entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006 de la loi sur la transparence, il a été

²⁷⁷ ATF 125 II 473

²⁷⁸ JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection de la personnalité lors du traitement de données à des fins statistiques: en particulier, la statistique officielle fédérale et la protection des données personnelles, thèse, Fribourg, 1988, p. 40 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 29ss, pp 538ss ; ASTRID EPINEY & GAËTAN BLASER, Réseaux de soins, managed care et protection des données médicales, in Protection des données médicales et transparence... du patient? 19e Journée de droit de la santé, Berne, 2012, p. 97, p. 120

question de le renforcer en adoptant des dispositions spécifiques, comme l'article 4 al. 4 LPD²⁷⁹.

256. — Ce principe veut que la collecte de données personnelles ainsi que sa finalité soient reconnaissables pour la personne concernée. La reconnaissabilité de la collecte dépend des circonstances mais plus la collecte et sa finalité sont reconnaissables, moins la personne concernée a besoin de recevoir d'informations à ce sujet²⁸⁰. En d'autres termes, cette obligation signifie que les personnes concernées doivent pouvoir reconnaître et comprendre les raisons pour lesquelles leurs données personnelles font l'objet d'un traitement et si ce n'est pas le cas, le maître du fichier doit prendre les mesures nécessaires pour rendre ses objectifs plus clairs.

3.3.1.6. Consentement libre et éclairé

257. — Avant la révision de 2008, le principe du consentement libre et éclairé (art. 4 al. 5 LPD) se trouvait déjà aux articles 13 al. 1 et 17 alinéa 2 lit. c de la LPD²⁸¹.

258. — L'article 4 al. 5 LPD prévoit que lorsque la personne concernée consent à un traitement de données, son accord n'est valable que si elle a été dûment informée, si elle a pu exprimer librement sa volonté et lorsqu'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité, si le consentement est explicite. Ce dernier permet à son titulaire de déterminer librement le sort de ses données et plus particulièrement de choisir quand et à qui elles seront divulguées. Le consentement sera expliqué de manière plus détaillée au point 3.5.3.2.2.

²⁷⁹ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 37 à 39, pp 544-545

²⁸⁰ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1915, p. 1937

²⁸¹ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1915, pp 1939ss ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 16, p. 521

3.3.1.7. Exactitude des données

259. — La personne qui traite des données doit s'assurer que celles-ci sont correctes et que leur contenu correspond à la finalité du but poursuivi par le traitement (art. 5 LPD). Ce principe, qui se trouve également à l'article 5 lit. d de la Convention STE 108, est lié au principe de proportionnalité, selon lequel seules les données nécessaires et objectives doivent être récoltées, l'exactitude ne pouvant porter que sur des données objectives²⁸².

260. — Ce principe n'est toutefois pas absolu, car même si les données sont inexactes, un traitement peut toujours être considéré comme licite. Par exemple, une faute d'orthographe dans un prénom n'est pas une erreur qui rendra un traitement de données illicite, car elle ne lèse pas la personnalité de la personne concernée²⁸³. C'est le maître du fichier qui est responsable de l'exactitude des données, car si celles-ci sont incorrectes, la personne concernée peut subir une atteinte ayant de graves conséquences. Des mentions erronées en matière de données médicales peuvent avoir des conséquences néfastes sur la santé des patients ou sur les rentes que ces derniers doivent percevoir des assurances ; par exemple, l'indication par le médecin d'un mauvais diagnostic peut amener l'assurance-maladie, plutôt que l'assurance-accident, à prendre en charge les frais liés à l'atteinte physique, ce qui change considérablement le montant des prestations à charge de l'assuré. Certaines mentions erronées peuvent également porter atteinte à l'honneur d'une personne, comme par exemple l'indication dans un dossier médical qu'une personne souffre de dépendance, ou induire en erreur les professionnels de la santé qui doivent établir le traitement thérapeutique.

261. — Si les données sont inexactes ou incomplètes, la personne concernée a le droit de les faire rectifier, conformément aux articles 5 al. 2 et 15 al. 2 LPD²⁸⁴. Si ni l'exactitude, ni l'inexactitude des données ne peut être démontrée, le caractère litigieux de la donnée sera mentionné²⁸⁵. En ou-

²⁸² URS MAURER-LAMBROU, art. 5, N 22, p. 98, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, pp 51-52

²⁸³ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 734e, pp 270-271

²⁸⁴ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 734e, p. 271 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 761ss, pp 293ss

²⁸⁵ JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, p. 52

tre, le maître du fichier doit prendre « *toute mesure appropriée permettant d'effacer ou de rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées* » (art. 5 al. 1 LPD)²⁸⁶.

3.3.1.8. Mesures de sécurité

262. — Lors d'un traitement de données personnelles, il est indispensable de prendre toutes les mesures organisationnelles et techniques appropriées pour assurer la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données. Ces mesures doivent permettre d'éviter la destruction, la perte, la falsification, le vol, l'utilisation illicite de données et tout autre traitement non autorisé (art. 7 al. 1 LPD)²⁸⁷. Il n'est toutefois pas possible d'avoir une sécurité absolue car il y a toujours des risques lors d'un traitement de données, mais ne pas prendre de mesures revient à une violation de la LPD²⁸⁸.

263. — Pour des mesures efficaces, il convient de « *tenir compte du but, de la nature et de l'étendue du traitement de données, de l'évaluation des risques potentiels pour les personnes concernées et du développement technique* »²⁸⁹. Les mesures de sécurité dépendent ainsi de la situation concrète, l'utilisation de cryptage et de mot de passe étant aujourd'hui de plus en plus courante.

3.3.1.9. Communication transfrontière de données

264. — En cas de transfert de données personnelles à l'étranger, il est nécessaire de préserver les droits des personnes concernées. L'utilisation de données personnelles en Suisse peut se faire sans crainte étant donné que la personne concernée bénéficie d'une protection législative suffisante, mais certains Etats sont beaucoup plus laxistes et les atteintes à la per-

²⁸⁶ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 45, p. 549

²⁸⁷ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N50ss, pp 554ss

²⁸⁸ JEAN-PHILIPPE WALTER, *Le droit public matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 41, p. 54 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 782, p. 299

²⁸⁹ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734i, pp 272-273

sonnalité plus fréquentes. L'Etat étranger doit offrir une protection similaire à celle du droit suisse, en prévoyant une loi générale applicable aux rapports entre particuliers et avec l'Etat, pour que des données personnelles puissent être communiquées à cet Etat. Cependant, même si l'Etat étranger prévoit une législation équivalente au droit suisse, il faut encore s'assurer qu'il l'applique. Il revient au PFPDT d'examiner si la protection étrangère est équivalente à celle conférée par le droit suisse et de proposer une liste des Etats offrant une protection équivalente²⁹⁰.

265. — Ce principe n'est toutefois pas absolu et il est possible de communiquer des données à l'étranger, même si l'Etat destinataire n'a pas de protection suffisante, lorsqu'une des conditions de l'article 6 al. 2 LPD est remplie²⁹¹.

²⁹⁰ JEAN-PHILIPPE WALTER, *Le droit public matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 41, pp 52-53 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734fss, pp 271-272 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 2, p. 559

²⁹¹ Art. 6 LPD : ¹ *Aucune donnée personnelle ne peut être communiquée à l'étranger si la personnalité des personnes concernées devait s'en trouver gravement menacée, notamment du fait de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat.*

² *En dépit de l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger, à l'une des conditions suivantes uniquement:*

- a. *des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger;*
- b. *la personne concernée a, en l'espèce, donné son consentement;*
- c. *le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant;*
- d. *la communication est, en l'espèce, indispensable soit à la sauvegarde d'un intérêt public prépondérant, soit à la constatation, l'exercice ou la défense d'un droit en justice;*
- e. *la communication est, en l'espèce, nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée;*
- f. *la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et elle ne s'est pas opposée formellement au traitement;*
- g. *la communication a lieu au sein d'une même personne morale ou société ou entre des personnes morales ou sociétés réunies sous une direction unique, dans la mesure où les parties sont soumises à des règles de protection des données qui garantissent un niveau de protection adéquat.*

³ *Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (préposé, art. 26) doit être informé des garanties données visées à l'al. 2, let. a, et des règles de protection des données visées à l'al. 2, let. g. Le Conseil fédéral règle les modalités du devoir d'information. »*

3.3.1.10. Déclaration au registre des fichiers

266. — Les maîtres de fichier privés et publics doivent aussi, dans certains cas, déclarer leur fichier au PFPDT. Les organes fédéraux ont pour obligation de déclarer leurs fichiers (art. 11 al. 2 LPD), de même que les personnes privées, lorsqu' « elles traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité » ou lorsqu' « elles communiquent régulièrement des données à des tiers » (art. 11 al. 3 LPD).

267. — Cette obligation n'est toutefois pas absolue et le législateur a prévu plusieurs exceptions, comme par exemple lorsque « les données sont traitées par une personne privée en vertu d'une obligation légale » ou si « le traitement est désigné par le Conseil fédéral comme n'étant pas susceptible de menacer les droits des personnes concernées » (art. 11 al. 5 LPD).

3.3.2. Principes spécifiques applicables aux rapports entre privés

3.3.2.1. Interdiction de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs

268. — L'interdiction de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (art. 12 al. 2 lit. b LPD) découle du droit à l'autodétermination informationnelle et est l'un des piliers de la LPD. Toute personne a le droit de décider du sort de ses données personnelles et peut ainsi s'opposer au traitement de celles-ci, sans avoir à justifier sa décision²⁹².

3.3.2.2. Interdiction de communiquer des données sensibles ou des profils de la personnalité à des tiers

269. — La communication de données sensibles ou de profils de la personnalité à des tiers est une atteinte à la personnalité²⁹³, mais cette atteinte peut devenir licite si la personne concernée a donné son consentement

²⁹² HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734j, p. 273

²⁹³ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 734k, pp 273-274

ou si la loi prévoit une telle communication. Par exemple, les médecins ont l'obligation de déclarer à l'autorité cantonale compétente les cas de certaines maladies transmissibles, informations qui sont ensuite transmises à l'Office fédéral de la santé publique pour pouvoir prendre les mesures nécessaires (art. 27 de la Loi fédérale sur les épidémies²⁹⁴).

3.3.2.3. Devoir d'informer lors de la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité

270. — L'article 14 LPD, prévoit que « *le maître du fichier a l'obligation d'informer la personne concernée de toute collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité la concernant, que la collecte soit effectuée directement auprès d'elle ou auprès d'un tiers* ». Cet article correspond à l'ancien article 7a LPD qui était applicable aux personnes privées et aux organes publics mais qui a été divisé en l'article 14 LPD, pour la partie privée, et l'article 18 LPD (voir point 3.3.3.5 du présent chapitre), pour la partie publique²⁹⁵. Cette disposition est entrée en vigueur suite à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre lors de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2009 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale.

²⁹⁴ Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), RS 818.101 ; art. 12 du projet de loi sur les épidémies qui sera voté en septembre 2013.

²⁹⁵ Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale du 11 septembre 2009, FF 2009 6091, p. 6113 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 265, pp 140-141 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 3, p. 598

Principes spécifiques applicables aux rapports de droit public

3.3.2.4. Généralités

271. — Les organes fédéraux qui traitent des données personnelles portent atteinte à la personnalité des sujets concernés et par conséquent violent l'article 13 al. 2 de la Constitution fédérale. Cette protection constitutionnelle peut toutefois être restreinte si les conditions de l'article 36 Cst sont remplies, à savoir que toute restriction d'un droit fondamental doit se baser sur une disposition légale, doit être justifiée par un intérêt public ou par la protection d'un droit fondamental d'autrui et ne doit pas violer le noyau dur du droit fondamental. La LPD prévoit des principes à respecter pour que le traitement de données personnelles soit licite.

3.3.2.5. Exigence d'avoir une base légale

272. — L'article 17 LPD prévoit que « *les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale* ». Si les données traitées sont sensibles, la base légale doit être formelle pour que les droits des particuliers soient préservés au mieux²⁹⁶. En effet, contrairement à une ordonnance du Conseil fédéral qui est une loi matérielle, une loi formelle donne à la population la possibilité de se prononcer sur son adoption, en lui permettant de faire un référendum si elle juge qu'elle porte atteinte à ses droits. Une norme formelle est donc nécessaire pour protéger la population contre des dispositions légales portant atteinte à la personnalité. Il faut également relever que plus la restriction imposée par la loi est importante plus cette dernière doit être claire et précise²⁹⁷. Par exemple, l'article 84 LAMal²⁹⁸ est une disposition formelle.

²⁹⁶ JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, p. 64

²⁹⁷ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N 7ss, pp 323ss ; YVONNE JÖHRI & MARCEL STUDER, art. 17, N 33, p. 243, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

²⁹⁸ Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10

le permettant aux autorités fédérales, en l'occurrence les assurances-maladie de base²⁹⁹, d'effectuer des traitements de données.

273. — S'il n'y a pas de loi au sens formel, le législateur a prévu quelques exceptions, qui permettent aux autorités fédérales de traiter des données sensibles ou des profils de la personnalité (art. 17 al. 2 LPD). La première exception a lieu lorsque « *l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel l'exige absolument* » (art. 17 al. 2 lit. a LPD). Cela signifie que le traitement n'est pas prévu dans une loi au sens formel, mais qu'une tâche spécifique l'est et qu'elle ne peut être accomplie qu'en effectuant un traitement de données personnelles sensibles. La seconde exception (art. 17 al. 2 lit. b LPD) permet l'utilisation de telles données, lorsque « *le Conseil fédéral l'a autorisé en l'espèce, considérant que les droits des personnes ne sont pas menacés* ». Cette condition n'a pour l'heure jamais été remplie³⁰⁰. Dans l'optique où l'exécutif devrait se prononcer, il aurait à faire une pesée d'intérêts entre la nécessité de traiter des données sensibles et l'atteinte à la vie privée de la personne concernée. A mon avis, une telle situation pourrait intervenir dans un cas d'urgence où l'adoption d'une loi formelle ne peut être envisagée pour des questions de temps. La dernière exception a lieu lorsque « *la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ou a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement* ». Le consentement aura toutefois dû être libre et éclairé³⁰¹, conformément au principe figurant au point 3.3.1.6 du présent chapitre.

274. — Les organes fédéraux peuvent encore communiquer des données personnelles lorsqu'il n'y a pas de base légale si « *le destinataire a, en l'espèce, absolument besoin de ces données pour accomplir sa tâche légale ; la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ; la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à la communication ; le destinataire rend vraisemblable que la personne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes ; dans la mesure du possible, la personne concernée sera auparavant invitée à se prononcer* » (art. 19 al. 1 LPD). Ils peuvent aussi

²⁹⁹ L'assurance-maladie a qualité d'organe fédéral au sens de l'article 2 al. 1 let. a LPD (ATF 131 II 413)

³⁰⁰ YVONNE JÖHRI & MARCEL STUDER, art. 17, N 48, p. 248, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

³⁰¹ YVONNE JÖHRI & MARCEL STUDER, art. 17, N 49, pp 248-249, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

« communiquer des données personnelles dans le cadre de l'information officielle du public, d'office ou en vertu de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence aux conditions suivantes : les données concernées sont en rapport avec l'accomplissement de tâches publiques ; la communication répond à un intérêt public prépondérant » (art. 19 al. 1 bis LPD).

275. — Les organes fédéraux peuvent donc communiquer des données personnelles si la personne à qui elles sont communiquées en a besoin pour remplir une tâche légale (art. 19 al. 1 lit. a LPD) ; une telle situation ne se produit que pour *« une communication isolée en vue d'une finalité unique »*, ce qui implique que cette disposition légale ne puisse être invoquée pour justifier des communications de données personnelles systématiques et régulières. Par ailleurs, lorsqu'il s'agit de données sensibles, leur communication ne peut être effectuée quand aucune loi au sens formel ne le permet que si *« elle est indispensable, en l'espèce, à l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel »*³⁰².

276. — Il est également possible de communiquer des données personnelles alors qu'aucune base légale ne le permet si *« la personne concernée y a, en l'espèce, consenti »* (art. 19 al. 1 lit. b LPD) ou s'il est possible de présumer un tel consentement. Lorsqu'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité, le consentement doit être exprès et éclairé, conformément à la Convention STE n°108³⁰³. Pour des explications plus détaillées sur le consentement, il convient de se référer au point 3.5.3.2.2 du chapitre 3.

277. — Il est également possible de communiquer des données personnelles sans qu'il y ait de base légale si *« la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à la communication »* (art. 19 al. 1 lit. c LPD), comme elle peut par exemple l'avoir fait dans un journal³⁰⁴. La communication peut également avoir lieu lorsque *« le destinataire rend vraisemblable que la per-*

³⁰² JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, pp 72-73 ; YVONNE JÖHRI & MARCEL STUDER, art. 19, N 42, p. 275, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 477

³⁰³ JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, pp 73-74

³⁰⁴ JEAN-PHILIPPE WALTER, Le droit public matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 41, p. 74

sonne concernée ne refuse son accord ou ne s'oppose à la communication que dans le but de l'empêcher de se prévaloir de prétentions juridiques ou de faire valoir d'autres intérêts légitimes » (art. 19 al. 1 lit. d LPD) ; pour cette dernière condition, il s'agit de situations où la personne concernée refuse la communication pour échapper à une obligation juridique³⁰⁵.

3.3.2.6. Intérêt public ou protection d'un droit fondamental d'autrui

278. — Pour être licite, le traitement de données effectué par l'Etat doit répondre à un intérêt public ou viser la protection d'un droit fondamental d'autrui (art. 5 al. 2 et 36 al. 2 Cst).

279. — L'intérêt public est une notion qui varie dans le temps et dans l'espace et en fonction du droit fondamental touché³⁰⁶.

280. — En matière de données personnelles médicales, le traitement de données a souvent lieu dans un intérêt public ; le Tribunal fédéral a donné quelques exemples, dont la prévention d'une maladie contagieuse³⁰⁷, la qualité des soins³⁰⁸ ou encore la maîtrise des coûts de la santé³⁰⁹.

3.3.2.7. Proportionnalité

281. — Pour que le traitement soit licite, la mesure doit encore être proportionnée au but recherché. Cette condition fait partie des principes généraux de la LPD (art. 4 al. 2 LPD) applicables aux personnes privées et publiques, mais elle figure en premier lieu à l'article 36 Cst. La mesure choisie ne doit ainsi pas restreindre de façon excessive un droit fondamental si le but à atteindre ne justifie pas une telle atteinte. Le rapport entre l'atteinte et le but visé doit être raisonnable et le but doit être assez

³⁰⁵ JEAN-PHILIPPE WALTER, *Le droit public matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 41, p. 75

³⁰⁶ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N12ss, pp 325ss

³⁰⁷ ATF 104 Ia 480 ; ATF 99 Ia 747

³⁰⁸ ATF 113 Ia 38

³⁰⁹ ATF 118 Ia 427 ; ATF 118 I 175

important pour justifier une telle atteinte³¹⁰. Il convient ainsi de se référer au point 3.3.1.3 du présent chapitre.

3.3.2.8. Information lors de la collecte

282. — L'article 18 LPD prévoit que « *l'organe fédéral qui collecte systématiquement des données, notamment au moyen de questionnaires, est tenu de préciser le but et la base juridique du traitement, les catégories de participants au fichier et de destinataires des données* ». Ce principe s'applique ainsi à toutes les sortes de données traitées par les autorités administratives, à condition qu'il s'agisse d'une collecte systématique. L'article 4 alinéa 4 de la LPD qui prévoit que « *la collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée* » est applicable aux maîtres de fichier privés et publics et est précisé à l'article 18 LPD quant à son application envers les organes publics fédéraux.

283. — L'article 18 LPD est complété par l'article 18a LPD, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2010, qui prévoit pour l'organe fédéral une « *obligation d'informer la personne concernée de toute collecte de données la concernant, qu'elle soit effectuée directement auprès d'elle ou auprès d'un tiers* » (art. 18a al. 1 LPD). Cet article est entré en vigueur en même temps que l'article 14 LPD, pour la même raison, à savoir suite à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2009 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale. Elle transpose ainsi dans la législation suisse l'article 16 par. 1 de la décision-cadre et permet d'appliquer le devoir d'information à toutes les collectes effectuées par un organe fédéral, sauf exceptions (al. 4), exceptions qui rendent cette obligation d'informer moins grande. Cette nouvelle disposition « *est rendue nécessaire par le fait qu'il n'est pas toujours possible de déterminer lors d'une collecte quelles données pourront faire l'objet d'une communication au sens de la décision-cadre dans le cadre de la coopération policière et ju-*

³¹⁰ JEAN-FRANÇOIS AUBERT & PASCAL MAHON, Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999, Zurich, Bâle, Genève, 2003, art. 36, N 15ss, pp 328ss

diciaire instaurée par Schengen »³¹¹. En matière de santé, on peut facilement imaginer que le devoir d'informer tombera sous le coup des exceptions de l'article 18a al. 4 LPD, notamment lorsque l'enregistrement des données est prévu par la loi (art. 18a al. 4 lit. a LPD).

3.3.2.9. Traitement à des fins de recherche, de planification et de statistique

284. — « *Les organes fédéraux sont en droit de traiter des données personnelles à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique* » (art. 22 LPD). Certaines conditions sont toutefois prévues à cet effet, par exemples les données doivent avoir été rendues anonymes dès que cela a été rendu possible par le traitement, le destinataire ne peut communiquer les données qu'avec le consentement de l'organe fédéral qui les lui a remises et les résultats du traitement doivent être publiés sous une forme qui ne permet pas de reconnaître les personnes concernées (art. 22 LPD).

285. — La nouvelle loi sur la recherche sur l'être humain (LRH), qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014, prévoit également la possibilité de traiter des données personnelles médicales dans le cadre d'une recherche sur l'être humain, avec le consentement de la personne concernée (art. 17, 32 et 33 LRH) ou sans le consentement, mais à certaines conditions uniquement (art. 34 LRH et 321bis CP).

3.4. Droit d'accès

3.4.1. Généralités

286. — L'article 8 LPD prévoit à l'alinéa 1 que « *toute personne peut demander au maître d'un fichier si des données la concernant sont traitées* ». Le droit d'accès existe de par la loi, qu'une atteinte ou une menace

³¹¹ Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale du 11 septembre 2009, FF 2009 6091, p. 6114

d'atteinte à la personnalité existe ou non³¹². Ce droit découle de plusieurs droits fondamentaux, tels que l'article 8 CEDH (droit au respect de la vie privée et familiale), les articles 10 Cst (droit à la vie et liberté personnelle), 13 Cst (protection de la sphère privée), 29 al. 2 Cst (droit d'être entendu) et 10 al. 2 Cst (droit à la liberté personnelle)³¹³. En plus de l'article 8 LPD, ce droit a également été concrétisé dans les lois cantonales de santé (art. 26 Loi neuchâteloise de santé³¹⁴, art. 24 Loi vaudoise sur la santé publique³¹⁵, art. 39a Loi bernoise sur la santé publique³¹⁶, art. 13 zürcherische Gesundheitsgesetz³¹⁷) ainsi que dans les lois cantonales sur la protection des données (art. 28ss Loi neuchâteloise de protection des données³¹⁸, art. 25ss Loi vaudoise sur la protection des données personnelles³¹⁹, art. 21ss Loi bernoise sur la protection des données³²⁰, art. 24ss zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz³²¹) et figure aussi dans certains codes de déontologie professionnels dont celui de la FMH qui précise à l'article 13 que « *le patient a le droit de prendre connaissance des éléments du dossier médical qui le concernent. Des copies des documents doivent lui être remises à sa demande. Le médecin ne peut refuser, limiter ou suspendre ces droits que dans la mesure où les intérêts d'une tierce personne ou ses propres intérêts sont prépondérants* ». Le droit international prévoit également un droit d'accès à l'article 10 § 2 de la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine.

287. — Le droit d'accès permet à la personne concernée de consulter ses données personnelles traitées par le maître du fichier afin de s'assurer qu'elles sont traitées conformément à la loi, qu'elles sont exactes, qu'elles ont été utilisées conformément à leur but ou encore si elles ont

³¹² GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, p. 134

³¹³ DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 70

³¹⁴ Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS), RSN 800.1

³¹⁵ Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP), RSV 800.01

³¹⁶ Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP), RSB 811.01

³¹⁷ Zürcherische Gesundheitsgesetz (GesG) vom 2. April 2007, RS 810.1

³¹⁸ Loi neuchâteloise sur la protection des données du 30 septembre 2008 (LCPD), RSN 150.30

³¹⁹ Loi vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (LPRd), RSV 172.65

³²⁰ Loi bernoise sur la protection des données du 19 février 1986 (LCPD), RSB 152.04

³²¹ Zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG), ZH-Lex 170.4

été communiquées à des tiers sans les autorisations nécessaires³²². Par exemple, en matière de données personnelles médicales, ce droit permet au patient d'avoir accès à son dossier médical pour prendre connaissance de son anamnèse³²³ et à l'assuré d'avoir accès à son dossier pour contrôler que son assurance-maladie ne collecte que des données qui lui sont nécessaires. Si la personne concernée constate des irrégularités, elle peut alors utiliser l'un des moyens mis à disposition par le législateur pour demander l'arrêt du traitement illicite de données personnelles en introduisant une action défensive (art. 28a CC) et/ou en déposant une plainte pénale (art. 321 CP, 35 LPD)³²⁴.

288. — Pour consulter ses données personnelles, la personne concernée doit pouvoir avoir accès à un fichier au sens de l'article 3 lit. g LPD, ce qui implique une obligation pour les professionnels de la santé de tenir un dossier médical par patient (art. 400 CO, art. 64 Loi neuchâteloise de santé, art. 87 Loi vaudoise sur la santé publique, art. 26 Loi bernoise sur la santé publique, art. 13 zürcherische Gesundheitsgesetz).

289. — Pour pouvoir exercer son droit d'accès, la personne concernée doit aussi avoir connaissance de l'existence du dossier, raison pour laquelle le PFPDT tient les registres de fichiers (art. 11a al. 1 LPD ; art. 28 OLPD)³²⁵ pour lesquels les organes fédéraux doivent déclarer leurs fichiers (art. 11a al. 2 LPD) ; les privés n'ont l'obligation d'annoncer leurs fichiers que lorsqu'ils « *traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité* » ou « *communiquent régulièrement des données personnelles à des tiers* » (art. 11a al. 3 LPD). Des dérogations à la déclaration des fichiers sont toutefois possibles, tant pour les organes fédéraux que pour les privés, (art. 11a al. 5 LPD³²⁶). L'obligation pour les

³²² PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 964-965, p. 361-362

³²³ DOMINIQUE MANAÏ, L'accès au dossier médical, in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, pp 73-74

³²⁴ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 57, p. 123 ; STÉPHANE BONDALLAZ, La protection des personnes et leurs données dans les télécommunications: analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse, thèse, Zurich, 2007, N 554, p. 167

³²⁵ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 579, p. 125

³²⁶ Art. 11a al. 5 LPD : « a. si les données sont traitées par une personne privée en vertu d'une obligation légale ;

b. si le traitement est désigné par le Conseil fédéral comme n'étant pas susceptible de menacer les droits des personnes concernées ;

c. s'il utilise le fichier exclusivement pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un

privés d'informer lors de la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité (art. 14 LPD) et l'obligation pour les organes fédéraux d'informer lors de la collecte de données personnelles (art. 18a LPD) permet également aux personnes concernées d'avoir connaissance de ces traitements portant sur leurs données personnelles.

3.4.2. Titulaire du droit

290. — Seule la personne concernée peut se prévaloir du droit d'accès aux données personnelles (art. 8 al. 1 LPD), les tiers ne bénéficiant pas de ce droit³²⁷.

291. — Le droit d'accès est un droit strictement personnel qui ne nécessite que la capacité de discernement pour pouvoir être exercé (art. 16 et 19c CC) signifiant ainsi qu'un mineur ou une personne sous curatelle de portée générale peuvent demander l'accès à leur dossier sans devoir requérir l'accord de leur représentant légal. Si le patient est incapable de discernement, son représentant légal a accès au dossier, mais doit prendre des décisions visant à sauvegarder les intérêts du représenté et qui ne sont pas contraires à la volonté de ce dernier³²⁸.

292. — Le droit d'accès est intransmissible, ce qui signifie qu'il ne passe pas aux héritiers au moment du décès de la personne concernée³²⁹.

293. — Si le professionnel de la santé fait l'objet d'une procédure judiciaire en raison de manquements professionnels, le dossier judiciaire com-

média à caractère périodique et ne communique pas les données à des tiers à l'insu des personnes concernées ;

d. si les données sont traitées par un journaliste qui se sert du fichier comme un instrument de travail personnel ;

e. s'il a désigné un conseiller à la protection des données indépendant chargé d'assurer l'application interne des dispositions relatives à la protection des données et de tenir un inventaire des fichiers ;

f. s'il est soumis à une procédure de certification au sens de l'art. 11, a obtenu un label de qualité et a annoncé le résultat de la procédure de certification au préposé ».

³²⁷ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 21, p. 611

³²⁸ DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale* n°28 (2002), p. 69, p. 72 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1008-1009, p. 375

³²⁹ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 975, p. 364

portant des éléments du dossier médical peut être consulté par les tiers, à savoir les parties au procès et le tribunal (art. 160ss CPC), mais on ne parle alors plus du droit d'accès au sens de l'article 8 LPD puisque seule une partie du dossier médical est consultée.

294. — Le titulaire du droit n'a par ailleurs pas besoin de faire valoir un quelconque intérêt pour demander de consulter ses données³³⁰.

3.4.3. Etendue du droit

3.4.3.1. Principe général

295. — L'étendue du droit d'accès est importante pour la personne concernée car elle permet de savoir ce qu'elle peut demander à consulter et de savoir si le maître du fichier respecte ses obligations à son endroit lorsqu'elle requiert un droit d'accès à ses données personnelles.

296. — Dans le dossier médical figurent de nombreux documents et informations renseignant sur l'état de santé du patient ; ces données ont été transmises par le patient, lorsqu'il s'est confié au professionnel de la santé, collectées par ce dernier lors de l'examen médical ou encore remises par des tiers, c'est-à-dire des proches ou la famille qui ont donné des indications sur l'état de santé du patient³³¹. Ces données figurant dans le dossier médical peuvent être des radiographies, des résultats d'analyses diverses, des diagnostics, des rapports médicaux ou encore des notes personnelles du professionnel de la santé. Ces documents permettent à ce dernier d'avoir une image globale de l'état de santé de son patient et de pouvoir remplir ses tâches³³². Se pose alors la question de savoir quelles sont les données pouvant être remises au patient ? Y a-t-il des restrictions ? Est-ce que toutes les données sont considérées comme des données personnelles ?

³³⁰ DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 72 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 33, p. 622

³³¹ DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 73 ; PHILIPPE GEORGES DUCOR, L'accès du patient au dossier médical, thèse, Genève, 1991, p. 5 ; PIERRE MARTIN-ACHARD & LUC THEVENOZ, Le dossier médical et sa communication, *in* Les cahiers médico-sociaux 4 (1985), p. 245, p. 246

³³² DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, pp 110ss

297. — Le principe veut que le maître du fichier doive donner accès à toutes les données de la personne concernée, dont « *les informations disponibles sur l'origine des données* » ainsi que « *le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données* » (art. 8 al. 2 LPD)³³³. La notion d'« *informations disponibles sur l'origine des données* » est apparue avec la révision de la LPD de 2008. Il a été admis de connaître l'origine des données afin de pouvoir « *remonter aux sources de la collecte* » et permettre ainsi de corriger certaines erreurs³³⁴, ce qui avait d'ailleurs déjà été admis par la jurisprudence³³⁵. L'origine des données est importante, car remonter aux sources permet également d'éviter une multiplication des erreurs et des déformations³³⁶. Le maître du fichier doit aussi renseigner sur la base légale du traitement, et même si cela concerne plus particulièrement les organes fédéraux qui doivent avoir une base légale pour effectuer un traitement de données, cela concerne également les privés qui doivent remplir des obligations légales. Quant aux participants au fichier et aux destinataires des données, il n'est pas nécessaire de les nommer individuellement³³⁷.

3.4.3.2. Exceptions

298. — Le droit d'accès aux données personnelles médicales peut être restreint, refusé ou sa communication peut être différée. Cependant, comme il s'agit du seul moyen pour prendre connaissance de ses données personnelles, ces exceptions ne peuvent être appliquées qu'à des conditions

³³³ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 574, p. 124

³³⁴ Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1915, p. 1946 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1035ss, pp 381-382

³³⁵ Arrêt non publié du TF du 18 septembre 1991, Dr F. contre le gouvernement du canton de St-Gall ; ATF 118 Ia 457

³³⁶ ANNE-CATHERINE MÉNETREY-SAVARY, *Réviser la loi sur la protection des données?*, in *Die Revision des Datenschutzgesetzes - La révision de la loi sur la protection des données*, Zurich, 2009, p. 151, pp 152-153

³³⁷ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 460

très strictes³³⁸ et il n'est pas possible d'y renoncer (art. 8 al. 6 LPD). Le message du Conseil fédéral sur la LPD l'a d'ailleurs exprimé en rappelant que « *les dispositions restreignant le droit d'accès doivent être interprétées limitativement et de la manière la plus favorable à l'exercice du droit* »³³⁹.

299. — Le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé que la restriction totale du droit d'accès au dossier médical est excessive³⁴⁰ car ce type de fichier contient tant d'informations qu'une restriction totale signifierait que toutes les données sont soustraites au droit d'accès pour de justes motifs. Cela semble peu crédible, d'autant plus que la plupart des personnes concernées connaissent déjà les grandes lignes de leur dossier médical. C'est pour cette raison que les restrictions au droit d'accès ne portent que sur certaines parties du dossier, plus sensibles, dont le patient n'a pas forcément connaissance.

300. — Les exceptions au droit d'accès sont tout d'abord celles qui découlent du champ d'application de la loi. Il n'est en effet pas possible de demander un accès aux données qui ne sont pas soumises à la LPD, comme par exemple celles qui sont utilisées à titre strictement personnel (art. 2 al. 2 lit. a LPD)³⁴¹, dont font partie les notes personnelles des professionnels de la santé figurant dans les dossiers médicaux. Ces informations sont des « *notes que tout un chacun est amené à prendre dans l'exercice de sa profession à titre de pense-bête, du moment qu'il n'en fait qu'un usage personnel* »³⁴². Manaï explique toutefois qu'il faut distinguer entre les notes strictement personnelles ne concernant « *que le travail intellectuel du médecin et qui n'ont aucune implication sur le diagnostic ou le traitement* », soit des appréciations plutôt subjectives du médecin et les notes personnelles « *relatives au diagnostic et au traitement préconisé* », donc plus objectives³⁴³. Les premières, qui sont des « *annotations qui*

³³⁸ DOMINIQUE MANAÏ, L'accès au dossier médical, in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 70

³³⁹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 462

³⁴⁰ ATF 120 II 118

³⁴¹ GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, p. 132 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1116, p. 400

³⁴² Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 449

³⁴³ DOMINIQUE MANAÏ, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, p. 119 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421,

ressortissent à la sphère privée du médecin, ses pensées qui le guident tout au long du traitement mais qui ne sont pas les résultats objectifs attendus de son activité » font ainsi partie des données que le maître du fichier peut refuser de communiquer au patient. Il faut également relever qu'une annotation manuscrite n'est pas forcément une note personnelle³⁴⁴.

301. — Ensuite, on trouve comme exceptions celles qui figurent à l'article 9 LPD ; la première est celle qui est appliquée lorsqu'une loi au sens formel le prévoit (art. 9 al. 1 lit. a LPD), soit des « lois fédérales, de résolutions d'organisations internationales contraignantes pour la Suisse et traités de droit international approuvés par l'Assemblée fédérale et comportant des règles de droit » (art. 3 lit. j LPD). Le secret professionnel (art. 321 CP) n'en fait pas partie et le médecin ne peut donc l'invoquer contre le patient³⁴⁵.

302. — Ensuite, il existe une possibilité de restreindre le droit d'accès lorsque l'intérêt d'un tiers le justifie (art. 9 al. 1 lit. b LPD). Comme l'accès au dossier est la règle, les restrictions ne devront être appliquées que si les intérêts des tiers le justifient réellement. C'est donc la mesure la moins restrictive et la plus utile qui doit être choisie. Une pesée d'intérêts doit ainsi être faite entre les conséquences pour les tiers qu'il peut y avoir à transmettre certaines données à la personne concernée et l'intérêt de cette dernière à pouvoir les consulter ; le simple souhait de ne pas voir certaines données dévoilées ne peut être pris en compte³⁴⁶. Deux

p. 449 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 15 ; DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, in Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 74
³⁴⁴ PIERRE MARTIN-ACHARD & LUC THEVENOZ, Le dossier médical et sa communication, in Les cahiers médico-sociaux 4 (1985), p. 245, p. 252 ; GÉRALD PAGE, Fardeau de la preuve, accès du patient au dossier médical et procès en responsabilité civile: quelques aspects en regard de la protection des données médicales, in Aspects du droit médical, Fribourg, 1987, p. 107, p. 110

³⁴⁵ RALPH GRAMIGNA & URS MAURER-LAMBROU, art. 9, N 19, p. 154, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1139, p. 405 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 43 à 45, p. 628

³⁴⁶ GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, pp 133-134

catégories de tiers existent : la première est celle des médecins que l'on peut qualifier d' « *externes* » et qui sont les auteurs de rapports médicaux se trouvant dans le dossier médical. Ils ne sont donc pas les maîtres du fichier mais des personnes qui ont collaboré à l'élaboration du dossier médical. En ce qui les concerne, il n'existe pratiquement jamais d'intérêts prépondérants³⁴⁷. Les tiers peuvent également être des proches ou la famille du patient qui ont donné au professionnel de la santé des informations. Selon la sensibilité de ces renseignements, par exemple des données personnelles médicales psychiatriques, les informateurs ne tiendront probablement pas à ce que le patient en prenne connaissance ou apprenne leur source³⁴⁸. Des informations peuvent également être soustraites au droit d'accès car elles portent sur la santé des proches du patient ; en effet, dans le cas d'une maladie génétique ou d'antécédents familiaux, le dossier médical ne contient pas que des données médicales sur la personne concernée, mais également sur la famille de celle-ci³⁴⁹. Ces informations sont également protégées par le secret professionnel (art. 321 CP). C'est au maître du fichier de prouver l'existence d'intérêts prépondérants de tiers permettant de restreindre le droit d'accès au dossier ; sa décision doit être motivée³⁵⁰.

303. — La troisième exception au droit d'accès est l'existence d'intérêts prépondérants du maître du fichier « *dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers* » (art. 9 al. 3 LPD). Le PFPDT évoque le cas d'un médecin refusant de remettre « *une brève histoire médicale* » à son patient, car il craignait que sa réputation en pâtisse, en raison de nombreuses fautes d'orthographe contenues dans le document, dues au fait

³⁴⁷ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 17

³⁴⁸ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 18

³⁴⁹ ATF 122 I 153, JT 1998 194 ; DOMINIQUE MANAÏ, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, pp 75-76

³⁵⁰ DOMINIQUE MANAÏ, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 75 ; GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, pp 133-134ss ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 575, p. 124

qu'il n'était pas de langue maternelle française. Le problème fut résolu par la secrétaire qui dactylographia le texte en corrigeant les fautes d'orthographe et la possibilité qui fut donnée au patient de comparer les deux textes³⁵¹. Cette situation permit ainsi de ne pas restreindre le droit d'accès du patient, en raison d'un intérêt prépondérant du maître du fichier. Mais actuellement, je ne vois pas d'exemples d'intérêts prépondérants du maître du fichier, soit du professionnel de la santé, justifiant une restriction du droit d'accès.

304. — Lors d'une demande de consultation du dossier médical, le médecin ne peut refuser l'accès en invoquant le privilège thérapeutique (ou exception thérapeutique), permettant de refuser de communiquer au patient certaines informations qu'il estime trop nuisibles pour la santé de ce dernier. Cette situation peut apparaître lorsque le médecin doit annoncer à son patient dépressif qu'il souffre en plus d'une grave maladie ; une telle nouvelle pourrait aggraver son état de santé déjà délicat. Ducor précise toutefois qu'il faut tenir compte du fait que lorsqu'un patient fait une demande d'accès à son dossier médical, il doit être conscient qu'il ne s'agit pas d'une demande banale et doit s'attendre à prendre connaissance d'informations « *abruptes* », raison pour laquelle le privilège thérapeutique ne devrait plus être accepté³⁵². Il me semble également que lorsqu'un patient souhaite accéder à ses données médicales, il en connaît déjà une bonne partie, raison supplémentaire pour ne pas invoquer le privilège thérapeutique. Le médecin doit également être à même d'expliquer à son patient son état de santé, même si celui-ci est grave, avec la psychologie adaptée à la situation.

3.4.3.3. Consultation du dossier d'un patient décédé

305. — La question qui peut se poser lorsqu'un patient décède est de savoir s'il est possible pour ses proches de consulter son dossier. D'un point de vue pénal, cela n'est pas possible car le secret professionnel (art. 321 CP) subsiste après le décès de la personne, comme nous le verrons au chapitre 5. Le droit de consulter le dossier a d'ailleurs été reconnu par la

³⁵¹ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 17

³⁵² PHILIPPE GEORGES DUCOR, L'accès du patient au dossier médical, thèse, Genève, 1991, p. 84

jurisprudence comme étant un droit strictement personnel et intransmissible³⁵³.

306. — Le Tribunal fédéral a cependant accordé à un héritier un droit d'accès au dossier médical du patient décédé en application de la LPD et de manière plutôt surprenante³⁵⁴. Un homme, qui avait vécu toute sa vie avec sa mère récemment décédée, souhaitait avoir accès au dossier médical de cette dernière car il soupçonnait une erreur médicale. Se basant sur le droit d'être entendu de l'article 29 Cst permettant aux tiers la consultation d'un dossier personnel à certaines conditions et même hors procédure quand le requérant peut invoquer un intérêt personnel, intérêt justifié par l'article 8 CEDH, la Haute Cour a accordé au requérant le droit de consulter le dossier de sa mère, en raison des liens très étroits qu'il entretenait avec elle. Le fait d'avoir été très proche de sa mère ne signifie toutefois pas que celle-ci avait ou aurait consenti à la transmission de ses données médicales, raison pour laquelle le Tribunal fédéral a souhaité qu'il ait accès au dossier par l'intermédiaire d'un médecin, en se basant sur l'article 8 al. 3 LPD, qui prévoit que « *le maître du fichier peut communiquer à la personne concernée des données sur sa santé par l'intermédiaire d'un médecin qu'elle a désigné* ». Cette solution ne me paraît pas satisfaisante car le droit d'accès consacré à l'article 8 LPD est destiné aux personnes concernées et non aux tiers. Le Tribunal fédéral ne pouvait donc déduire de cet article un droit d'accès pour le fils. La LPD ne prévoit pas de droit d'accès pour les tiers, si ce n'est à l'article 1 al. 7 OLPD, qui prévoit que « *la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée ou de tiers ne s'y oppose. Un intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée* ». Un droit d'accès pour les tiers ne saurait toutefois être déduit de cet article, car il s'agit à mon avis d'une disposition anticonstitutionnelle qui ne repose sur aucune base légale formelle, la LPD ne prévoyant pas de droit d'accès pour les tiers³⁵⁵. Je pense que pour permettre aux tiers d'avoir accès à des données sensibles, il est nécessaire d'avoir une base légale formelle car de son vivant,

³⁵³ RDAF 1990 45

³⁵⁴ SJ 1996 293

³⁵⁵ SIMON KUNZ, art. 2, N 6, p. 46, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, p. 121 ; AGNÈS HERTIG PEA, La levée du secret professionnel en faveur d'héritiers: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 novembre 2006 - 4C.111/2006, in Jusletter du 7 mai 2007, p. 8

la personne concernée a transmis des données sensibles en toute confiance au professionnel de la santé, en pensant qu'elles resteraient secrètes, comme le rappelle bien l'article 321 CP. On peut également se demander s'il est possible pour un maître du fichier privé de communiquer des données à des tiers en se basant sur l'article 13 al. 1 LPD qui cite comme motif justificatif rendant une atteinte à la personnalité licite l'intérêt prépondérant public ou privé. Cette situation ne pourrait cependant se passer que si le maître du fichier est privé, mais elle pourrait être possible si les tiers peuvent démontrer un intérêt prépondérant. Un intérêt financier, comme celui des héritières qui souhaitaient connaître l'état de santé psychique de leur père au moment de la signature du contrat³⁵⁶ peut à mon avis constituer un intérêt prépondérant au vu des exemples donnés par la loi à l'alinéa 2, notamment au lit. a. A mon sens, la seule manière que les héritiers ont pour accéder au dossier médical d'un défunt est de faire une action en responsabilité contre le médecin traitant, soupçonné d'avoir commis des fautes dans le cadre de l'exercice de sa profession, de porter plainte pénale pour homicide par négligence (art. 117 CP) et se constituer partie civile ou de demander au médecin traitant de requérir la levée du secret médical auprès de l'autorité compétente (art. 321 al. 2 CP)³⁵⁷.

307. — Dans une affaire récente, le Tribunal fédéral s'était prononcé sur le cas d'une famille souhaitant prendre connaissance de rapports médicaux du père décédé, afin de démontrer que celui-ci n'avait pas sa capacité de discernement³⁵⁸. Le médecin refusant de demander la levée du secret médical, personne, ni le juge, ni le médecin cantonal, ne purent permettre à la famille d'accéder à sa requête. Cette situation me paraît problématique, car la nécessité de consulter certaines données médicales peut être avérée et le refus obstiné d'un médecin de demander la levée du secret peut être totalement injustifié. La question qui se pose alors *de lege ferenda* est de savoir si le médecin cantonal devrait pouvoir, dans certaines situations, requérir la levée du secret. Cela nécessiterait bien évidemment le respect de strictes conditions, telles que l'existence d'un intérêt prépondérant du requérant et l'interdiction pour ce dernier de transmettre ces données à des tiers. Cette solution permettrait ainsi de pallier l'impossibilité de consulter les données d'une personne décédée mais affaiblirait la protection conférée par le secret professionnel et ne garantirait plus aux personnes concernées que leurs données resteraient confidentielles après leur mort. Une garantie qui n'est somme toute que très théorique car dans les

³⁵⁶ 4C.111/2006

³⁵⁷ 1P.359/2001

³⁵⁸ 4C.111/2006

faits, le secret professionnel est souvent violé après la mort du patient. Il faut toutefois noter qu'avec la révision du Code civil en 2013, l'autorité de protection de l'adulte a la possibilité de demander la levée du secret professionnel (art. 448 al. 2 CC), ce qui à mon sens aurait réglé la problématique ci-dessus.

3.4.4. Modalités du droit d'accès

308. — Lorsque le patient souhaite connaître le contenu de son dossier médical, il doit faire une demande d'accès, en général par écrit (art. 1 al. 1 OLPD), auprès du maître du fichier. Aucun intérêt particulier n'est requis, mais seul le patient, soit la personne concernée, a la capacité de requérir cet accès³⁵⁹. Toute personne peut également demander au maître du fichier s'il traite des données qui la concernent³⁶⁰.

309. — La communication du dossier se fait en général par écrit et dans les trente jours après la réception de la demande d'accès (art. 8 al 5 LPD, art. 1 al. 1 et 4 OLPD), cependant elle peut également se faire par téléphone, lorsque le maître du fichier connaît le requérant ou qu'il a pu l'identifier et si celui-ci a donné son accord pour cette forme de communication (art. 1 al. 3 OLPD)³⁶¹. Le patient peut également consulter son dossier médical sur place, soit sur le lieu de travail du professionnel de la santé, mais seulement si les deux parties y ont consenti³⁶². Il lui est également possible de demander des photocopies, à moins que cela n'engendre une surcharge de travail pour le professionnel de la santé³⁶³; une participation équitable peut lui être demandée (art. 2 al. 2 OLPD), même si la règle est que la communication soit gratuite³⁶⁴.

³⁵⁹ DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 72 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 30, p. 620

³⁶⁰ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 574, p. 124

³⁶¹ ATF 125 II 321 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 35, p. 623

³⁶² ATF 125 II 321 ; DOMINIQUE MANAI, L'accès au dossier médical, *in* Cahiers genevois et romands de sécurité sociale n°28 (2002), p. 69, p. 76

³⁶³ SJ 1998 141 ; ATF 131 V 35 ; PHILIPPE GEORGES DUCOR, *L'accès du patient au dossier médical*, thèse, Genève, 1991, p. 84

³⁶⁴ ATF 123 II 534 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1082ss, p. 393-394 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY &

310. — La communication des données personnelles à la personne concernée peut se faire de manière directe ou par l'intermédiaire d'un tiers, comme par exemple un médecin (art. 8 al. 3 LPD)³⁶⁵. C'est notamment le cas lorsque les informations contenues dans le dossier médical nécessitent des explications en raison de leur complexité.

311. — Le droit d'accès subsiste si le maître du fichier a fait traiter les données par un tiers ; c'est ce dernier qui donne accès aux données personnelles lorsque la personne concernée ne peut obtenir l'identité du maître du fichier ou lorsque celui-ci n'a pas de domicile en Suisse (art. 8 al. 4 LPD).

3.4.5. Action en exécution du droit d'accès

312. — Si le maître du fichier refuse de communiquer le dossier ou s'il accepte de ne fournir que quelques éléments du dossier et que le patient refuse une telle décision, ce dernier peut alors agir en exécution du droit d'accès contre le maître du fichier ou le tiers qui doit lui remettre les informations (art. 8 al. 4 et 15 al. 4 LPD)³⁶⁶.

313. — La procédure est simple et rapide (art. 15 al. 4 LPD), au sens des articles 243ss du code de procédure civile fédéral, soit une procédure simplifiée³⁶⁷.

BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 38, p. 625

³⁶⁵ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 461 ; MARINA MANDOFIA BERNEY, MARINETTE UMMEL & ALEX MAURON, *Le partage de l'information médicale dans la relation thérapeutique*, in vol. 39 Cahiers médico-sociaux 1995, n°4, p. 345, p. 357 ; PHILIPPE GEORGES DUCOR, *L'accès du patient au dossier médical*, thèse, Genève, 1991, pp 45-49

³⁶⁶ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1099ss, p. 396ss

³⁶⁷ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 582, p. 125 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1104, p. 397

3.5. Actions défensives du Code civil

3.5.1. Généralités

3.5.1.1. Articles 15 LPD et 28a CC

314. — Dans le cadre d'une relation privée, la personne victime d'une atteinte illicite à la personnalité doit tout d'abord tenter de faire cesser l'atteinte. En matière de protection des données, le législateur n'a pas souhaité créer un système d'actions spécifiques à la LPD, mais a préféré faire un renvoi aux dispositions générales des articles 28ss CC et ajouter l'article 15 LPD qui spécifie les particularités applicables aux traitements illicites de données personnelles pour les distinguer des actions générales³⁶⁸.

315. — Le premier alinéa de l'article 15 LPD rappelle ainsi quelles sont les possibilités offertes par le Code civil, à savoir les trois actions défensives figurant à l'article 28a CC, et ce que peut demander la victime. Cette dernière peut requérir l'interdiction du traitement, la rectification ou encore la destruction de données erronées ou devenues inutiles. Le législateur avait tenu à préciser ces exemples, car il avait estimé qu'il allait certainement s'agir des demandes les plus courantes. La personne lésée a également la possibilité de demander des mesures provisionnelles au sens

³⁶⁸ 5C.15/2001 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 144 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 1-3, pp 212-213, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 739, p. 280 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1716, p. 563 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421

Art. 15 LPD : « ¹ Les actions et les mesures provisionnelles concernant la protection de la personnalité sont régies par les art. 28 à 28 l du code civil. Le demandeur peut en particulier requérir que le traitement des données, et notamment leur communication à des tiers, soient interdits ou que les données soient rectifiées ou détruites.

² Si ni l'exactitude, ni l'inexactitude d'une données personnelle ne peut être établie, le demandeur peut requérir que l'on ajoute à la donnée la mention de son caractère litigieux.

³ Le demandeur peut requérir que la rectification ou la destruction des données, l'interdiction du traitement, et plus particulièrement de la communication, la mention du caractère litigieux ou le jugement soient communiqués à des tiers ou publiés.

⁴ Le juge statue selon une procédure simple et rapide sur les actions en exécution du droit d'accès. »

des articles 261ss du Code de procédure civile suisse (CPC), afin de bénéficier plus rapidement de mesures juridiques pour contrer l'atteinte³⁶⁹.

316. — Le second alinéa de l'article 15 LPD prévoit un moyen de droit particulier et spécifique à la protection des données, celui de faire mentionner le caractère litigieux de la donnée. Il est en effet parfois difficile d'évaluer la véracité de certaines informations, surtout si celles-ci se fondent sur un jugement de valeur. Le demandeur peut ainsi requérir la mention de caractère litigieux pour les données concernées, ce qui lui évitera de devoir introduire une action en rectification ou en destruction selon l'alinéa 1³⁷⁰. Cette requête peut également être faite avec la procédure des mesures provisionnelles.

317. — Quant au troisième alinéa de l'article 15 LPD, il rappelle que le demandeur peut solliciter que la décision ou le jugement découlant de l'une des actions entreprises soit communiqué à des tiers ou publié. Ce moyen d'action permet de rectifier la représentation erronée que les tiers se font d'une situation suite au traitement illicite de données personnelles. La publication est très utile lorsque l'atteinte a eu une très grande portée, dans les médias par exemple, et qu'il faut informer les tiers qui en ont eu connaissance pour rétablir la vérité dans les esprits. Il n'est par ailleurs pas nécessaire de publier tout le jugement, parfois seul le dispositif ou l'extrait d'une décision suffit au rétablissement de la vérité³⁷¹.

³⁶⁹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 471-472 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 155 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 640ss, pp 130ss ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1095ss, pp 147ss ; ANDREAS MEILI, art. 28c, N 1ss, pp 275ss, *Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB*, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), *in* La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 35ss

³⁷⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 472 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 29ss, pp 220-221, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 743, p. 284 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1724, p. 565

³⁷¹ CORRADO RAMPINI, art. 15, N 16-18, p. 216, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 16, p. 271, *Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC*, Bâle 2010

318. — Pour finir, l'alinéa 4 précise quel type de procédure il convient de suivre lorsque le juge est confronté à une action en exécution du droit d'accès³⁷², à savoir la procédure simplifiée au sens des articles 243ss CPC.

319. — Mis à part l'énoncé de quelques spécificités propres à la protection des données, l'une des principales différences entre l'article 15 LPD et les articles 28ss CC porte sur la légitimation active. Si la légitimation passive, octroyée aux personnes qui ont participé à l'atteinte, ne diffère pas selon que l'on applique le Code civil ou la LPD, il en va autrement de la légitimation active. En effet, toutes les personnes ayant subi une atteinte à la personnalité peuvent invoquer l'article 28a CC, alors que seules celles dont les données personnelles font l'objet d'un traitement illicite peuvent invoquer l'article 15 LPD. Cela signifie par exemple que si un tel traitement lèse les proches de la personne concernée, ceux-ci ne pourront ouvrir action qu'en se basant sur le Code civil³⁷³. Ainsi, si les membres de la famille d'un patient s'estiment victimes d'une atteinte à la personnalité en raison de la divulgation d'informations concernant la santé de leur proche décédé, ils ne pourront invoquer que l'article 28a CC. Cette distinction provient du fait que la qualité pour agir n'est en principe accordée qu'à la personne « *directement et personnellement concerné[e] par la norme* »³⁷⁴.

320. — Par conséquent, nous aborderons les actions civiles sous l'angle des articles 28ss CC, tout en tenant compte des spécificités de l'article 15 LPD.

3.5.1.2. Avant la révision du Code civil de 1982

321. — Avant la révision du Code civil du 5 mai 1982, la personnalité était uniquement protégée par les articles 27 et 28 CC (protection de la personnalité en général) et 29 et 30 CC (protection de la personnalité relativement au nom). Lors de cette révision, seul l'article 28 CC a été revu

³⁷² DOMINIQUE MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Berne, 2013, p. 124 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 35, p. 221, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

³⁷³ CORRADO RAMPINI, art. 15, N 4, p. 213 et N 6, p. 214, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006 ; DENIS PIOTET, *Les actions civiles: un premier bilan*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 143, pp 144ss ; *Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988*, FF 1988 II 421, p. 465

³⁷⁴ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 799, p. 112

et complété afin d'offrir aux individus une meilleure protection de leur personnalité, le législateur estimant que les autres articles remplissaient leur fonction de manière satisfaisante. La nécessité d'une meilleure protection dans le Code civil s'est notamment fait ressentir en raison des médias, qui n'hésitaient parfois pas à publier des informations relevant de la sphère intime et à léser ainsi les personnes concernées, afin d'acquérir de nouveaux auditeurs ou lecteurs. Un droit de réponse a dès lors été prévu pour répliquer à de telles atteintes. L'évolution des nouvelles technologies et l'échange grandissant d'informations personnelles engendrant des risques supplémentaires de violation de la sphère privée ont également incité le législateur à modifier la loi³⁷⁵. Pour faire face à ces nouveaux défis, cette modification a eu pour but d'uniformiser la procédure des actions en cas d'atteinte illicite à la personnalité et de prévoir des mesures provisionnelles pour que le juge puisse agir rapidement afin d'atténuer au maximum les effets des atteintes³⁷⁶.

322. — L'article 28 CC exprime ainsi le principe de la protection de la personnalité de même que les raisons justifiant une atteinte à la personnalité et l'article 28a CC précise quels sont les droits que la victime de l'atteinte peut faire valoir et quelles sont les actions qu'elle peut intenter. Les articles concernant les mesures provisoires (anciens art. 28c à 28f CC) ont été transférés dans le nouveau Code de procédure civile fédéral (art. 261ss CPC)³⁷⁷.

3.5.1.3. Types d'actions

323. — Les actions défensives sont au nombre de trois et tendent à des conclusions différentes : il s'agit de l'action en prévention de l'atteinte, visant à empêcher que l'atteinte ne se produise (art. 28a al. 1 ch. 1 CC), de l'action en cessation de l'atteinte, dont le but est d'arrêter l'atteinte en cours (art. 28a al. 1 ch. 2 CC), et de l'action en constatation de droit, in-

³⁷⁵ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, pp 676-679

³⁷⁶ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, p. 669

³⁷⁷ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6961

voquée lorsque le trouble créé perdure (art. 28a al. 1 ch. 3 CC) afin de faire reconnaître juridiquement l'atteinte³⁷⁸.

324. — L'action choisie va dépendre du stade auquel se situe le traitement de données personnelles puisqu'il se rapporte à une action qui se déroule en plusieurs phases ; en effet, d'une manière générale, se succèdent l'idée d'effectuer le traitement, les préparatifs relatifs à son exécution, l'exécution proprement dite, la fin du traitement et finalement les effets du traitement qui peuvent subsister un certain temps. Cette situation peut poser problème, car lorsque l'atteinte est imminente, elle aura peut-être déjà eu lieu lorsque l'action en prévention est déposée, tout comme elle pourra déjà être terminée lorsque l'action en cessation est introduite. Ré-introduire une action concordante avec l'état actuel de l'atteinte serait une perte de temps, raison pour laquelle la doctrine et la jurisprudence préfèrent tenir compte du fond de l'action plutôt que de sa désignation et admettent que le demandeur modifie ses conclusions en tout temps³⁷⁹. Il est donc judicieux de prendre directement des conclusions subsidiaires dans de telles demandes, pour ne pas devoir réintroduire plus tard l'action adéquate³⁸⁰.

³⁷⁸ ATF 120 II 371, JT 1996 I 103 ; ATF 119 II 97 ; ATF 127 I 115 ; PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER, JÖRG SCHMID & ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2009), Zürich, Basel, Genf, 2009, N 25ss, pp 110ss ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 753ss, pp 106ss ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, p. 201 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 7ss, pp 214-216, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; ANDREAS MEILI, art. 28a, N 1ss, pp 267ss, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 149ss ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1731ss, pp 566ss

³⁷⁹ ATF 95 II 481, JT 1971 I 229 : « *L'action en cessation de l'atteinte illicite aux intérêts personnels, prévue à l'art. 28 al. 1^{er} CC, peut prendre la forme d'une action en constatation du caractère illicite de l'atteinte visée et le demandeur est fondé à l'exercer même lorsque l'acte dommageable – en l'occurrence la publication dans un journal d'un dessin et de sa légende – appartient au passé, mais que cet acte a produit des effets – l'impression conservée par les lecteurs – qui constituent une situation durable, dont l'illicéité peut encore être constatée (cf. RO 91 II 409, JdT 1966 I 522) » ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 10ss, p. 215, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 769, p. 108 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 597b, p. 201 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 2, p. 268, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010*

³⁸⁰ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 5, p. 269 et N 9, p. 269, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

3.5.2. Procédure

3.5.2.1. Généralités

325. — La procédure à appliquer est la procédure ordinaire (art. 219 CPC)³⁸¹.

3.5.2.2. Parties à la procédure

3.5.2.2.1. Légitimation active

326. — Comme il a été dit précédemment, la légitimation active des actions de l'article 15 LPD est différente de celle des actions défensives du Code civil, puisque seule la personne dont les données sont traitées peut ouvrir action, contrairement aux actions du Code civil qui peuvent être invoquées par toute personne ayant subi une atteinte à la personnalité³⁸².

327. — En protection des données personnelles médicales, la personne concernée devrait être une personne physique, puisque les personnes morales n'ont pas de santé et par conséquent pas de données personnelles médicales. Une association professionnelle peut toutefois agir au nom de ses membres, même si elle n'est pas personnellement lésée par le traitement de données, lorsqu'elle est habilitée « à défendre les intérêts d'un groupe de personnes déterminé » dans ses statuts (art. 89 CPC)³⁸³. C'est par exemple le cas de l'Association suisse des assurés (ASSUAS)³⁸⁴ qui a

³⁸¹ DENIS TAPPY, art. 243, N 11, p. 949, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

³⁸² DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 144-149 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 4, p. 213, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 544ss, pp 118ss ; PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER, JÖRG SCHMID & ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2009), Zürich, Basel, Genf, 2009, p. 107 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 87, p. 264, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 471

³⁸³ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 471 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 146 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 807, pp 113-114 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 88, p. 265, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

³⁸⁴ www.assuas.ch

pour but d'informer et de défendre les assurés, en leur procurant notamment « *une assistance juridique sur le plan individuel et collectif* » (art. 1 des statuts de l'ASSUAS). Ces associations pourront ainsi agir, à condition toutefois que le litige touche les intérêts de la majeure partie de leurs membres (art. 89 CPC).

328. — L'action ne peut par ailleurs être intentée que par une personne vivante, car une personne décédée n'a plus la personnalité juridique (art. 31 CC) et ne peut par conséquent plus intenter d'actions civiles. Dans le cas d'une personne décédée, la protection de sa personnalité ne peut se faire que de manière indirecte, par l'intermédiaire de ses proches. Ceux-ci peuvent introduire une action défensive (28ss CC) s'ils démontrent qu'ils sont victimes d'une atteinte à leur personnalité consécutive à l'atteinte portée à la personne décédée³⁸⁵, mais ils ne peuvent pas agir selon la LPD.

3.5.2.2.2. Légitimation passive

3.5.2.2.2.1. *Un seul défendeur*

La légitimation passive reste la même, qu'il s'agisse d'actions se fondant sur la LPD ou sur l'article 28a CC puisque dans les deux cas, l'action est dirigée contre les personnes ayant participé à l'atteinte³⁸⁶. Il peut donc s'agir du maître du fichier, du tiers à qui a été confiée l'exécution du traitement des données personnelles ou encore de l'auxiliaire qui s'est occupé du traitement³⁸⁷. Il doit toutefois exister un lien de causalité adéquate entre « *l'atteinte et le comportement de la personne contre laquelle la*

³⁸⁵ ATF 70 II 127, JT 1945 I 24 ; ATF 101 II 177, JT 1976 I 362

³⁸⁶ DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 144-145 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 6, p. 214, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 550ss, p. 119 ; PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER, JÖRG SCHMID & ALEXANDRA RUMO-JUNGO, Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2009), Zürich, Basel, Genf, 2009, p. 107 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 89, p. 265, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 471

³⁸⁷ DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 144-145

victime envisage de diriger son action »³⁸⁸. Il suffit ainsi d'avoir collaboré, permis ou favorisé une atteinte à autrui. La faute et l'intention n'étant pas des conditions nécessaires pour la légitimation passive, il est possible d'intenter une action contre une personne qui a effectué un traitement illicite de données personnelles sans qu'elle ne s'en soit rendu compte³⁸⁹.

329. — Lors d'une action défensive, bien que toute personne ayant participé à l'atteinte ait la légitimation passive, il est préférable d'intenter l'action en cessation de l'atteinte contre le maître du fichier, ce dernier étant en général la personne la plus apte à appliquer les mesures imposées par le jugement. Si le lésé actionne une autre personne responsable du traitement de données, celle-ci n'aura pas forcément le même pouvoir de décision que le maître du fichier et ne pourra peut-être pas mettre un terme à l'atteinte en cours³⁹⁰.

330. — Il convient également de préciser que les personnes qui ont qualité pour défendre lors de ces actions en prévention, en cessation ou en constatation de l'atteinte ne sont pas forcément les mêmes que celles qui doivent répondre du préjudice causé (art. 41 CO). Pour qu'il y ait réparation du préjudice, les auteurs de l'atteinte doivent en effet répondre à d'autres conditions, comme par exemple l'existence d'une faute³⁹¹.

3.5.2.2.2. Plusieurs défendeurs

331. — Comme on a pu le voir, un traitement de données peut être effectué par plusieurs personnes ; il est fréquent que plusieurs personnes utilisent les mêmes données personnelles pour l'accomplissement de leur travail, comme par exemple dans un hôpital où médecins et infirmiers ont accès aux dossiers des patients.

332. — La victime peut ouvrir action contre tous les auteurs de l'atteinte illicite ; il s'agit d'une consorité simple, pour laquelle un seul jugement sera rendu, étant donné que l'action se base sur les mêmes fondements³⁹².

³⁸⁸ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 550ss, p. 119

³⁸⁹ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 840ss, pp 117-119

³⁹⁰ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 846, p. 118

³⁹¹ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 552, p. 119

³⁹² FRANÇOIS BOHNET, *Code de procédure civile neuchâtelois commenté*, Bâle, 2003, art. 27, N 5, p. 45 ; Art. 69 CPC : « ¹ Les personnes dont les droits et les devoirs résultent de faits ou de fondements juridiques semblables peuvent agir ou être actionnées conjointement.

La consorité simple, facultative, est prévue pour des questions d'opportunité, puisque les défendeurs peuvent également être mis en cause séparément³⁹³. Cependant, même s'ils forment une consorité, seuls ceux qui ont commis une faute doivent réparer l'atteinte (art. 41 CO).

333. — Quant aux tiers, s'ils ne sont pas cités comme défendeurs au début de la procédure, ils peuvent l'être suite à une dénonciation de litige faite par le défendeur ou en requérant la qualité d'intervenant (art. 78 et 73 CPC)³⁹⁴.

3.5.2.3. For

3.5.2.3.1. En cas de litige national

334. — Dans le cas d'un litige en matière de protection des données, il s'agit tout d'abord de déterminer le for applicable. La procédure civile étant unifiée au niveau fédéral depuis le 1^{er} janvier 2011³⁹⁵, le for n'a plus la même importance qu'avant, lorsqu'il déterminait la procédure cantonale à appliquer.

335. — En ce qui concerne les mesures provisionnelles (art. 13 CPC), ce sont le « *tribunal compétent pour statuer sur l'action principale* » (art. 13 lit. a CPC) ou le « *tribunal du lieu où la mesure doit être exécutée* » (art. 13 lit. b CPC) qui sont compétents. La seconde possibilité permet au juge de « *prendre immédiatement la mesure qui s'impose et qui doit être exécutée au plus vite* ». Il est donc possible qu'un tribunal, autre que celui qui a été choisi à titre exclusif dans une prorogation de for, prononce des mesures provisionnelles lorsqu'il est « *seul à même d'ordonner en temps utile une mesure immédiatement exécutoire* »³⁹⁶.

336. — Quant aux actions fondées sur les articles 28a CC et 15 LPD, le tribunal compétent est celui du domicile ou du siège de l'une des parties

² La consorité simple est exclue lorsque les causes relèvent de procédures différentes.

³ Chaque consort peut conduire le procès indépendamment des autres. »

³⁹³ FABIENNE HOHL, Procédure civile, Tome I: Introduction et théorie générale, Berne, 2001, N 510ss, pp 108ss

³⁹⁴ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 550ss, p. 119

³⁹⁵ Code de procédure civile suisse (Code de procédure civile, CPC), RS 272

³⁹⁶ JACQUES HALDY, art. 13, N 7, p. 35, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

(art. 20 CPC)³⁹⁷. La notion de domicile est la même que celle du Code civil, qui veut que le domicile soit le lieu où la personne concernée « réside avec l'intention de s'y établir » (art. 23 al. 1 CC)³⁹⁸. L'article 24 CC concernant le changement de domicile ou de séjour n'est pas applicable.

3.5.2.3.2. En cas de litige international

337. — Lorsque l'une des parties a son domicile ou son siège à l'étranger, il convient d'appliquer la Loi fédérale sur le droit international privé (LDIP) ou la Convention de Lugano (CL) ; les Etats parties à la CL, dont le but est de déterminer le droit et le for applicable en cas de litige international, appliquent bien entendu cette convention. La solution du CPC, offrant le choix du for du domicile ou du siège du demandeur ne trouve pas son corollaire en droit international privé, puisque la Convention de Lugano³⁹⁹ propose le for du domicile du défendeur et le for du lieu où le délit a été commis (art. 3 et 5 ch. 3 CL) et que la LDIP prévoit une compétence pour les tribunaux du domicile (ou de la résidence habituelle à défaut de domicile) ou de l'établissement du défendeur et du lieu de l'acte ou du résultat (art. 129 LDIP). Il est toutefois possible d'appliquer en cas d'actes illicites, tant avec la LDIP qu'avec la Convention de Lugano, les dispositions sur l'élection de for (art. 5 LDIP, art. 17 CL), sur l'acceptation tacite du for (art. 6 LDIP, art. 18 CL) et sur les fors fondés sur la connexité (art. 8 LDIP, art. 6 CL)⁴⁰⁰.

338. — Lorsque le défendeur n'est pas domicilié dans un Etat partie à la CL (art. 4 CL), il convient d'appliquer l'article 129 LDIP qui fixe la compétence à raison du lieu pour les litiges découlant d'actes illicites. Cet article prévoit que « *Les tribunaux suisses du domicile ou, à défaut de domicile, ceux de la résidence habituelle du défendeur sont compétents pour connaître des actions fondées sur un acte illicite. Sont en outre compétents les tribunaux suisses du lieu de l'acte ou du résultat et, pour connaître des actions relatives à l'activité de l'établissement en Suisse, les tribunaux du lieu de l'établissement* ». L'article 129 LDIP « prévoit bien une compétence

³⁹⁷ JACQUES HALDY, art. 20, N 1 et 2, p. 52, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

³⁹⁸ JACQUES HALDY, art. 10, N 6, p. 29, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

³⁹⁹ Convention du 16 septembre 1988 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Convention de Lugano), RS 0.275.11

⁴⁰⁰ ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2e édition, Bâle, 2004, N 1041, p. 284 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1849ss, pp 596ss

suisse au domicile ou (à titre subsidiaire) au lieu de résidence habituelle ou (à titre alternatif) au lieu de l'établissement, ou encore au lieu de l'acte ou du résultat »⁴⁰¹. Si le défendeur est domicilié dans un Etat partie à la Convention de Lugano, il convient d'appliquer cette dernière qui prévoit à l'article 5 ch. 3 CL prévoyant le for du défendeur (art. 3 CL) ainsi que celui « *du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire* » ainsi que le for du défendeur (art. 3 CL).

339. — Que l'on applique l'une ou l'autre de ces dispositions, cela revient presque au même, car tant avec la LDIP qu'avec la CL, il s'agit de fors alternatifs similaires ; dans les deux cas de figure, les fors sont le lieu du domicile (ou résidence habituelle et lieu de l'établissement) du défendeur et le lieu où l'acte illicite ou le résultat se sont produits. L'article 129 LDIP distingue toutefois le lieu de l'acte et le lieu du résultat, ce qui peut être important lorsque l'atteinte découle d'un article de journal : en effet, l'impression du journal a lieu à un endroit, alors que les effets que suscite la publication ont lieu où le journal est lu. Au premier abord, il semble que la Convention de Lugano ne fasse pas cette distinction puisqu'elle ne tient compte que du lieu où le fait dommageable s'est produit, mais selon la jurisprudence suisse, le « *lieu où le fait dommageable s'est produit* » peut tant être celui du lieu de l'acte que celui du résultat⁴⁰² ; il en va de même de la jurisprudence européenne qui précise qu'il peut s'agir du « *lieu où le dommage est survenu et le lieu de l'événement causal* »⁴⁰³. Par conséquent, il n'y a pas de grande différence dans l'application de l'un ou l'autre de ces textes. Quant au for du domicile du demandeur, celui-ci n'est jamais proposé.

340. — La prorogation de for est possible puisque l'article 129 LDIP est un for alternatif dispositif⁴⁰⁴. Elle doit toutefois être effectuée en tenant compte des conséquences qu'elle peut engendrer, soit des droit et procé-

⁴⁰¹ Message du 18 février 2009 relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en œuvre de la Convention de Lugano révisée concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, FF 2009 1497, 1545

⁴⁰² ATF 133 III 180, JT 2008 I 147

⁴⁰³ CJCE, RCDIP, Arrêt du 11 janvier 1990, Affaire C-220/88, Dumez France SA et Tracoba Sàrl c/ Hessische Landesbank et autres ; CJCE, arrêt du 30 novembre 1976, Bier, Rec. 1976 p. 1735, n°7-25 ; ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2e édition, Bâle, 2004, N 1055, p. 287

⁴⁰⁴ ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2e édition, Bâle, 2004, N 1041, p. 284

dures qui devront être appliqués au cas d'espèce⁴⁰⁵. Elle doit être écrite et conclue avant l'ouverture de l'instance, mais elle peut intervenir après la naissance du litige, sauf lorsque le demandeur ne peut renoncer par avance au for de son domicile ou de sa résidence habituelle (art. 114 alinéa 2 LDIP). L'exclusivité du tribunal prorogé est présumée, mais l'article 5 al. 1 LDIP prévoit toutefois que « *les parties peuvent convenir que la prorogation n'exclut pas la compétence des tribunaux désignés par les règles légales de conflit de juridictions* »⁴⁰⁶.

341. — La LDIP prévoit un for spécial en protection des données à l'article 130 al. 3, mais celui-ci ne concerne que la compétence pour l'action en exécution du droit d'accès. Cet article a été introduit au moment de l'entrée en vigueur de la LPD, le législateur estimant que les règles de droit international privé étaient insuffisantes dans ce domaine. Cet article prévoit que « *les actions en exécution du droit d'accès dirigées contre le maître du fichier peuvent être intentées devant les tribunaux suisses de son domicile ou, le cas échéant, devant les tribunaux de son lieu de séjour ou d'établissement* ». Le demandeur ne peut toutefois pas être contraint à actionner le maître du fichier auprès d'une instance étrangère parce que ce dernier réside à l'étranger ; il doit donc lui être possible d'actionner « *devant le juge du lieu où le fichier est géré ou utilisé* »⁴⁰⁷.

342. — La notion de domicile doit être prise au sens du droit civil de la loi du for (23ss CC)⁴⁰⁸. L'article 20 LDIP précise qu'il peut également s'agir de l'Etat dans lequel une personne réside avec l'intention de s'y établir, soit la même définition que celle de l'article 23 al. 1 CC ; le Tribunal fédéral avait d'ailleurs estimé que la notion de domicile de la LDIP devait s'inspirer de celle du droit civil⁴⁰⁹, à l'exception des notions de domiciles

⁴⁰⁵ FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER & SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3e édition, Berne, 2005, N 611, p. 345

⁴⁰⁶ ATF 118 II 188

⁴⁰⁷ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 495 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1854, p. 598

⁴⁰⁸ ATF 113 II 5 ; SJ 1980 368 ; FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER & SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3e édition, Berne, 2005, N 437, p. 225

⁴⁰⁹ ATF 120 III 7

dérivé ou fictif (art. 20 al. 2 LDIP⁴¹⁰). Pour la CL, la notion de domicile doit être interprétée selon le droit interne (art. 52 CL)⁴¹¹.

343. — En ce qui concerne la notion de résidence habituelle, celle-ci est définie à l'article 20 LDIP comme étant l'endroit où une personne vit pendant un certain temps, même si cette durée est limitée. Il n'y a pas de durée minimale et d'une manière générale, la résidence habituelle coïncide avec le domicile⁴¹². La CL ne retient pas cette notion pour les actions découlant d'actes illicites, mais prévoit à l'article 5 ch. 5 CL « *que les contestations relatives à l'exploitation d'une succursale, d'une agence ou de tout autre établissement peuvent être portées devant le tribunal du lieu de situation de ces derniers* »⁴¹³. Quant au lieu d'établissement, celui-ci se situe dans l'Etat où se trouve le centre des activités professionnelles ou commerciales de la personne (art. 20 al. 3 LDIP).

344. — Pour savoir s'il est compétent, le tribunal suisse va d'abord appliquer son droit national « *pour qualifier les faits de la cause* »⁴¹⁴.

3.5.2.3.3. Internet et les fors

345. — Lorsque l'on a affaire à un litige international, la plupart du temps, seuls deux Etats, voire trois, sont concernés, mais lorsqu'Internet est impliqué, la question devient plus problématique, car toute personne se trouvant dans un Etat permettant une connexion Internet peut agir si elle s'estime lésée par un traitement illicite de données personnelles. Vu le nombre de membres de certains réseaux sociaux qui mettent leurs données personnelles à disposition, les demandeurs peuvent être très nombreux. Du côté des défendeurs, on retrouve le fournisseur d'accès à Internet qui offre une connexion au réseau informatique Internet, le créateur du site, le propriétaire du site ou encore l'entreprise qui le met à disposi-

⁴¹⁰ Art. 20 al. 2 LDIP : « *Nul ne peut avoir en même temps plusieurs domiciles. Si une personne n'a nulle part de domicile, la résidence habituelle est déterminante. Les dispositions du code civil relatives au domicile et à la résidence ne sont pas applicables* ».

⁴¹¹ ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2e édition, Bâle, 2004, N 1044, p. 285

⁴¹² FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER & SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3e édition, Berne, 2005, N 451, pp 231-232

⁴¹³ ANDREAS BUCHER & ANDREA BONOMI, Droit international privé, 2e édition, Bâle, 2004, N 1048, p. 285

⁴¹⁴ ATF 119 II 69 ; IVO SCHWANDER, Einführung in das internationale Privatrecht : Lehrbuch, Allgemeiner Teil, 2. Aufl., St-Gall, 1990, pp 212ss

tion ; ce sont tous des acteurs d'Internet pouvant se trouver dans des Etats différents et pouvant être partie au litige.

346. — Actuellement, les données personnelles sont particulièrement susceptibles d'être traitées de manière illicite sur Internet, en raison des sites dits « sociaux », tels que « Facebook » ou « Twitter », où les membres y publient des données personnelles qui ne sont pas toujours protégées comme ils le pensent. Comme nous l'avons vu au point 1.6.8 du chapitre 1, l'apparition de sites offrant la possibilité de créer son dossier médical sur Internet⁴¹⁵ ou simplement de partager des informations avec d'autres utilisateurs expose des données sensibles aux risques de traitement illicite.

347. — Lorsque le for prévu est celui du défendeur, comme par exemple à l'article 129 LDIP, le nombre d'Etats pouvant être compétents est restreint et les risques de *forum shopping*⁴¹⁶ sont limités. Le for du lieu de l'acte ou du lieu du résultat, utile lorsque le défendeur ne réside pas en Suisse, est plus problématique car les fors peuvent être difficiles à déterminer. Pour qu'un « lieu de commission de l'acte » ou le « lieu du résultat » puisse être choisi comme for, il suffit que le résultat de l'acte incriminé « se fasse sentir » en Suisse pour que la compétence soit donnée⁴¹⁷. Dessemontet estime que ce for peut être celui du défendeur, comme par exemple « le lieu d'injection d'un message diffamatoire », mais également celui du demandeur, puisque le résultat peut avoir lieu au domicile, à la résidence habituelle ou au lieu d'établissement du lésé⁴¹⁸. Par conséquent, le for du lésé devient une hypothèse possible, ce qui complique les choses, puisque les personnes lésées par l'utilisation d'Internet peuvent être très nombreuses et se trouver partout où une connexion Internet peut être établie.

⁴¹⁵ www.google health ; www.mediprofil.com ; www.webmdhealth.com ; www.telemedical.com

⁴¹⁶ Le forum shopping est ce que l'on appelle la fraude au jugement, soit le fait d'« obtenir le résultat matériel recherché par le détour d'une manipulation portant sur une règle de conflit de juridictions influençant indirectement la désignation du droit applicable (souvent celui du for). » Ce procédé est en général licite, mais il peut ne pas l'être dans certains cas. FRANÇOIS KNOEPFLER, PHILIPPE SCHWEIZER & SIMON OTHENIN-GIRARD, Droit international privé suisse, 3e édition, Berne, 2005 N 335, p. 153

⁴¹⁷ ATF 76 II 109 ; FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in *Medialex* 2/1997, p. 77, p. 80

⁴¹⁸ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in *Medialex* 2/1997, p. 77, p. 80

3.5.2.4. Droit applicable

3.5.2.4.1. Généralités

348. — Après avoir déterminé le for, il convient de déterminer le droit applicable. Lors d'un litige exclusivement national, il s'agit de l'un des droits cantonaux ou du droit fédéral. Les dispositions cantonales en matière de protection des données ayant en général la même teneur, la question du droit applicable en Suisse ne pose pas trop de problème. Par contre, la question est plus pertinente lorsque le litige est de nature internationale, étant donné que les Etats n'ont pas légiféré de la même manière sur la protection des données ; même si les grands principes, tels que la proportionnalité ou la finalité restent les mêmes, il existe des petites différences qui peuvent avoir d'importantes conséquences sur le jugement. Par exemple, les droits français⁴¹⁹ et américain⁴²⁰ reconnaissent l'existence d'un droit patrimonial sur l'image, ce que les droits allemand⁴²¹, autrichien⁴²² et suisse⁴²³ ne font pas, ce qui peut avoir des conséquences différentes selon qu'on applique tel ou tel droit⁴²⁴ ; par exemple, dans le cadre d'une action en dommages-intérêts, le responsable peut se voir sanctionner plus sévèrement sur le plan financier si c'est les droits français ou américain qui s'appliquent.

3.5.2.4.2. En cas de litige international

349. — Entré en vigueur en même temps que la LPD, l'article 139 LDIP octroie au lésé le choix du droit applicable lorsqu'il est victime d'une atteinte à la personnalité par les médias, d'un traitement illicite de données personnelles ou d'une entrave au droit d'accès. Il peut ainsi choisir entre « le droit de l'Etat dans lequel le lésé a sa résidence habituelle, pour autant

⁴¹⁹ Cause Raimu, TGI Aix, JCP 1989, éd. G, n°21329 ; Cause Monnet, TGI Paris, 4 août 1995, RIDA 167 (janvier 1996), pp 291ss

⁴²⁰ Cardtoons, L.C. v. Major League Base-ball Players Association, 868 F. Supp. 1266, p. 1269

⁴²¹ K. Wasserbug, Schutz der Persönlichkeit und des Gewerbebetriebs, in E. W. Fuhr, W. Rudolf, K. Wasserburg (éd.), Recht der Neuen Medien, Heidelberg 1989, pp 470ss

⁴²² Oberster Gerichtshof, 6 décembre 1994, GRUR Int. 1996, p. 2, lit. b

⁴²³ FRANÇOIS DESSEMONTET, Le droit à sa propre image: droit de la personnalité ou droit à la publicité, in Mélanges Jacques-Michel Grossen, Bâle et Francfort, 1992, p. 41 ; ATF 110 II 411 ; ATF 114 II 91

⁴²⁴ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in Medialex 2/1997, p. 77, p. 81

que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat » (lit. a), « le droit de l'Etat dans lequel l'auteur de l'atteinte a son établissement ou sa résidence habituelle » (lit. b) ou encore « le droit de l'Etat dans lequel le résultat de l'atteinte se produit, pour autant que l'auteur du dommage ait dû s'attendre à ce que le résultat se produise dans cet Etat » (lit. c).

350. — Cette possibilité de choix pour le lésé implique dès lors, que l'article 132 LDIP, prévoyant une élection de droit entre les parties dans les cas d'atteinte illicite, est à mon sens inapplicable dans les cas cités à l'article 139 LDIP⁴²⁵. Le message précise d'ailleurs qu'avec l'article 139 al. 3 LDIP, « celui qui traite des données n'a ainsi plus la possibilité de porter préjudice à la personne concernée en se choisissant un domicile avantageux au regard de la protection des données »⁴²⁶, démontrant que cet article vise une protection accrue pour la partie la plus faible, soit la personne lésée, contrairement à l'article 132 LDIP qui met les parties sur un pied d'égalité, en leur permettant de convenir de l'application du droit du for. A mon sens, l'auteur de l'atteinte ne peut ainsi pas choisir un droit qui l'avantagerait dans le cadre d'une procédure en matière de protection des données, puisque ce choix revient au lésé. Jeandin et Geiser pensent toutefois que l'article 132 LDIP est applicable aux atteintes visées à l'article 139 LDIP⁴²⁷.

351. — Cependant, même si l'article 139 al. 1 LDIP laisse supposer que le lésé a le choix entre trois possibilités, la doctrine majoritaire juge, à juste titre, qu'il n'en est rien, puisque le droit de la résidence habituelle du lésé n'entre en ligne de compte que si le résultat de l'atteinte s'est fait ressentir à cet endroit⁴²⁸. L'atteinte ne doit par conséquent pas seulement avoir été prévisible, mais elle doit effectivement avoir eu lieu, ce que conteste

⁴²⁵ ANDREAS BUCHER, La protection de la personnalité en droit international privé suisse, développements récents, in Mélanges Pierre Engel, 1989, p. 15, pp 21-22

⁴²⁶ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 495

⁴²⁷ NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 10, p. 247, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; THOMAS GEISER, Die Persönlichkeitsverletzungen insbesondere durch Kunstwerke, Basel, Frankfurt am Main, 1990, N 15.10

⁴²⁸ BERNARD DUTOIT, Droit international privé suisse, Commentaire de la loi fédérale du 18 décembre 1987, 4e édition revue et augmentée, Bâle, Genève (etc.), 2005, art. 139, N 3, pp 497-498 ; FRANK VISCHER, art. 139, N 9, p. 1569, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. ergänzte und verbesserte Auflage, Zürich, 2004 ; ANDREAS BUCHER, Le nouveau droit international privé suisse, Lausanne, 1988, p. 137

une partie de la doctrine⁴²⁹. L'utilisation d'Internet rend cette situation délicate étant donné que l'atteinte prévisible peut avoir lieu dans tous les pays connectés au réseau. Pour assurer une certaine sécurité du droit et pour éviter une ubiquité totale, il vaut mieux se rallier à la doctrine dominante et décréter que le lésé n'a véritablement le choix qu'entre « *le droit du lieu où le résultat s'est effectivement réalisé, s'il était prévisible qu'il s'y produisît, et le droit de l'établissement ou de la résidence habituelle de l'auteur de l'atteinte* »⁴³⁰. En matière de protection des données, il faut encore relevé que le Tribunal fédéral a jugé que les entreprises étrangères agissant en Suisse étaient soumises au droit suisse et par conséquent à la surveillance du PFPDT⁴³¹.

352. — Les définitions de résidence habituelle et de lieu de l'établissement sont les mêmes que pour les règles en matière de for (art. 20 LDIP).

3.5.2.4.3. Internet et le droit applicable

353. — Les dispositions de droit international privé ont été introduites à une époque où Internet n'en était qu'à ses débuts, raison pour laquelle ces règles ne répondent pas à toutes les exigences actuelles en matière de protection des données numériques ; en application de la LDIP, il se peut en effet que l'on doive appliquer un droit qui n'offre pas les garanties souhaitées en matière de protection des données⁴³².

354. — Dans un tel cas, le premier point problématique est la possibilité offerte par la LDIP de choisir le droit du lésé ; en effet, comme il l'a déjà été dit, Internet génère un très grand nombre d'utilisateurs, pouvant tous potentiellement être lésés, ce qui donne ainsi la possibilité d'appliquer une multitude de droits différents. Il est par conséquent difficile, voire impossible, pour un gestionnaire de site de respecter les législations du monde entier pour que son activité puisse être jugée licite quel que soit le droit applicable choisi. Internet rend ainsi la théorie de l'ubiquité⁴³³ plus

⁴²⁹ FELIX DASSLER, art. 139, N 1ss, pp 1056ss, Basler Kommentar, Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Basel, 2007

⁴³⁰ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in *Medialex* 2/1997, p. 77, p. 82

⁴³¹ 1C_230/2011

⁴³² JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, in *Medialex* 2/2000, p. 88, pp 89, 93ss

⁴³³ Selon le Tribunal fédéral, la théorie de l'ubiquité « *veut qu'en présence d'un lieu de l'action différent de celui du résultat, le lésé soit autorisé à choisir le droit le plus favorable pour lui.* » (ATF 113 II 476, JT 1990 147)

problématique encore, tant en matière de compétence qu'en matière de droit applicable, puisqu'un maître du fichier devrait tenir compte de l'éventualité de devoir appliquer tous les droits nationaux⁴³⁴. Ce problème se pose d'autant plus qu'Internet ne tient pas compte des frontières et que les législations nationales actuelles ne sont pas adaptées à une situation où les informations passent les frontières rapidement, facilement et de manière ininterrompue⁴³⁵. Comme nous l'avons vu au point 2.3.6 du chapitre 2, les commissaires à la protection des données souhaitent la création d'une norme universelle, mais à l'heure actuelle, celle-ci n'existe pas encore et il faut trouver des solutions pragmatiques à ce problème.

355. — Avant l'entrée en vigueur d'une réglementation uniforme et internationale, plusieurs solutions subsidiaires pourraient répondre au besoin de sécurité dans le domaine du Web. Comme le propose Walter⁴³⁶, l'autoréglementation de la part des gestionnaires de sites Internet pourrait être une solution, mais la plupart d'entre eux ne semblent pas assez vertueux pour s'y soumettre. Je pense qu'il vaudrait mieux introduire une sorte de « *label qualité* », établi par une organisation indépendante et certifiant aux visiteurs de sites Internet que leurs données seront protégées. Il pourrait s'agir d'une charte à respecter, garantissant aux utilisateurs du site que leurs données seront traitées de manière licite et qui apporterait au site Internet une certaine publicité en tant que « *site fiable* ». En octobre 2010, deux chartes du droit à l'oubli numérique, l'une concernant la publicité ciblée et l'autre concernant les sites collaboratifs et moteur de recherche, ont été signées en France entre plusieurs acteurs d'Internet sous l'égide du Secrétariat d'Etat chargé de la prospective et du développement de l'économie numérique, afin de mieux protéger les données personnelles des internautes et de leur permettre de mieux gérer ces données. Cette charte a été signée par Microsoft entre autres, mais malheureusement, ni par Facebook, ni par Google⁴³⁷, qui sont des sites utilisant des données personnelles en étant toujours à la limite de la légalité. Il s'agit toutefois d'un signe encourageant et une telle charte au niveau international serait à mon avis la bienvenue.

⁴³⁴ FRANÇOIS DESSEMONTET, Internet, les droits de la personnalité et le droit international privé, in *Medialex* 2/1997, p. 77, pp 85-86 ; YVAN CHERPILLOD, Quelques problèmes juridiques liés à Internet, in *Plädoyer* Jg 15 1997 1, p. 41

⁴³⁵ JEAN-JACQUES DUMONT, Le « *vide juridique* » d'Internet, in *Plädoyer* Jg 14 1996 2, p. 49

⁴³⁶ JEAN-PHILIPPE WALTER, La protection des données dans le cyberspace, in *Medialex* 2/2000, p. 88, pp 93-94

⁴³⁷ www.gouvernement.fr/

3.5.3. Condition commune aux actions défensives : l'atteinte illicite à la personnalité

3.5.3.1. Généralités

356. — La condition principale pour qu'une action défensive puisse être introduite est l'existence d'une atteinte illicite à la personnalité. En protection des données, cela se traduit par un traitement de données personnelles ne respectant pas les principes juridiques prévus dans la LPD.

357. — L'« atteinte », au sens juridique du terme, résulte d'un comportement humain « *qui cause de quelque façon un trouble aux biens de la personnalité d'autrui en violation des droits qui la protègent* »⁴³⁸. Ce sont ainsi les droits de la personnalité qui sont touchés, droits pour lesquels il n'existe pas de liste exhaustive les énumérant ni de description précise dans la loi, étant donné qu'ils évoluent avec le temps, comme c'est par exemple le cas du droit au consentement du patient qui est mieux pris en compte aujourd'hui qu'hier⁴³⁹. C'est donc la jurisprudence qui en détermine les contours⁴⁴⁰ et qui a posé différents critères les distinguant des autres droits.

358. — Les droits de la personnalité sont tout d'abord des droits strictement personnels proprement dits ce qui signifie que leurs titulaires peuvent les invoquer et les exercer, même s'ils sont sous curatelle de portée générale ou mineurs (art. 16 et 19 al. 2 CC)⁴⁴¹, à condition toutefois d'avoir la capacité de discernement.

⁴³⁸ ATF 120 II 369, JT 1997 I 314 ; voir aussi : PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1528, p. 511

⁴³⁹ OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse, Neuchâtel, 1983, pp 31ss

⁴⁴⁰ ATF 78 II 99, JT 1953 I 6 : droit de demander le divorce

ATF 41 II 553, JT 1916 I 203 : droit de tester et droit de demander des dommages-intérêts pour atteinte aux intérêts personnels

ATF 68 IV 158 : droit à la défense dans un procès pénal, dont le droit recourir contre un jugement pénal

ATF 88 IV 111, JT 1962 IV 143 : droit de demander la révision d'un procès pénal

⁴⁴¹ ATF 65 I 266, JT 1940 I 76 : personne privée de l'exercice des droits civils capable de discernement ayant la capacité pour recourir contre son internement

ATF 114 Ia 350 : consentement des patients capables ou incapables de discernement

ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 490, p. 107 ; FRANZ WERRO & IRÈNE SCHMIDLIN, art. 19, N 21, p.205, 2010, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

359. — Il s'agit également de droits de maîtrise⁴⁴², et par conséquent de droits absolus⁴⁴³, ce qui signifie qu'ils sont opposables à tous, comme le précise bien l'article 28 al. 2 CC qui stipule que les actions peuvent être portées « *contre toute personne qui y participe* »⁴⁴⁴.

360. — Ces droits sont également des droits extra-patrimoniaux, c'est-à-dire sans aucune valeur pécuniaire ; une protection juridique existe ainsi pour ces droits même si l'atteinte illicite ne cause aucun dommage financier⁴⁴⁵. Cette particularité est importante, car il y a rarement un dommage matériel lors d'un traitement illicite de données personnelles. En effet, dévoiler illicitement des données médicales à des laboratoires de recherche ou transmettre un carnet d'adresses à une société de publicité sans le consentement de la personne concernée n'engendre pas de dommage financier résultant d'une diminution de valeur du bien protégé puisque celui-ci est extrapatrimonial. Par contre, il peut y avoir un dommage consécutif aux frais engendrés par les démarches effectuées par la personne concernée pour empêcher le traitement illicite de se poursuivre ou pour réparer les conséquences de l'atteinte, comme par exemple un démenti dans la presse⁴⁴⁶. Le lésé peut ainsi demander réparation, mais il ne peut

⁴⁴² « *Un droit de maîtrise (ein Herrschaftsrecht, un diritto di dominio) est un droit qui confère à son titulaire la maîtrise d'un bien à l'exclusion de toute autre personne* », PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome premier, 4^e édition, Berne, 2007, N 12, p. 40

⁴⁴³ Le droit absolu « *existe à l'égard de tous (erga omnes), en ce sens que chacun est tenu à l'égard du titulaire de s'abstenir de troubler la maîtrise de celui-ci sur l'objet du droit* », PAUL-HENRI STEINAUER, Les droits réels, Tome premier, 4^e édition, Berne, 2007, N 13, p. 40

⁴⁴⁴ ATF 123 III 354, JT 1998 I 333 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001 N 530ss, pp 165ss ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 480, p. 105

⁴⁴⁵ ATF 123 III 354, JT 1998 I 333

⁴⁴⁶ ATF 112 II 118 ; « *Le dommage direct (unmittelbarer Schaden) est celui qui découle directement de l'atteinte (p. ex. le dommage consécutif à une blessure subie par la passagère d'un scooter heurtée par une voiture). Le dommage indirect (mittelbarer Schaden), appelé aussi parfois dommage subséquent, est celui qui intervient à la suite d'une première atteinte mais en raison d'une cause nouvelle qui ne se serait pas produite sans la première (p. ex. dommage provenant du fait que, alors qu'elle marche avec des béquilles, la victime d'un accident, glisse sur le parquet de l'hôpital où elle se faisait soigner et se fracture la cheville) (ATF 97 II 259, 5C.125/2003)* » GHISLAINE FRÉSARD-FELLAY, Le recours subrogatoire de l'assurance-accidents sociale contre le tiers responsable ou son assureur, Zurich, 2007, p. 194 ; sur le dommage indirect : PIERRE GIOVANNONI, Le dommage par ricochet en droit suisse, in Développement récents du droit de la responsabilité civile, Zurich, 1991, p. 239

pas se baser sur la valeur du droit, puisque celui-ci n'a pas de valeur pécuniaire⁴⁴⁷.

361. — L'atteinte peut être concrétisée par « *un fait* », « *une omission* », « *un acte isolé* » ou encore « *un état de fait qui se prolonge* »⁴⁴⁸. Par contre, il n'est pas nécessaire que l'auteur de l'atteinte ait commis de faute. Le Tribunal fédéral l'a d'ailleurs précisé dans un arrêt en rappelant qu'une simple participation à l'atteinte « *peut conduire à une atteinte à la personnalité et cela même si les personnes impliquées n'en ont pas – ou ne peuvent pas en avoir – connaissance* »⁴⁴⁹.

3.5.3.2. Motifs justificatifs

3.5.3.2.1. Généralités

362. — En protection des données personnelles, les atteintes aux biens de la personnalité peuvent se réaliser lors de chaque étape d'un traitement, soit de la collecte à la destruction des données en passant par leur communication à des tiers. Le simple fait de traiter des données personnelles constitue une atteinte illicite à la personnalité et ce sont les motifs justificatifs prévus par la loi qui vont légitimer cet acte. Ces motifs justificatifs figurent à l'article 28a CC ainsi que dans la LPD.

3.5.3.2.2. Consentement du lésé

363. — L'atteinte à la personnalité n'est pas illicite si la victime y a consenti (art. 28 al. 2 CC et art. 13 al. 1 LPD)⁴⁵⁰. Cette justification repose sur le principe de la bonne foi ; en effet, une personne ne peut renoncer à la protection conférée par les articles 28 CC et la LPD et accepter une

⁴⁴⁷ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 530ss, pp 165ss

⁴⁴⁸ NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 68, p. 261, *Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC*, Bâle 2010

⁴⁴⁹ ATF 126 III 161, JT 2000 I 292 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 86, p. 264, *Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC*, Bâle 2010

⁴⁵⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 466 ; PETER TUOR, BERNHARD SCHNYDER, JÖRG SCHMID & ALEXANDRA RUMO-JUNGO, *Das schweizerische Zivilgesetzbuch*, 13. Auflage auf Grund der 12. Auflage (2009), Zürich, Basel, Genf, 2009, p. 108 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 594, p. 249

atteinte à la personnalité pour ensuite se plaindre d'avoir été lésée⁴⁵¹. Le consentement, considéré comme un « *motif justificatif absolu* »⁴⁵² est un acte juridique unilatéral⁴⁵³, permettant de justifier un traitement de données, comme le précise l'article 13 al. 1 LPD qui reprend entièrement le contenu de l'article 28 al. 2 CC.

364. — Le consentement est jugé valable s'il est libre et éclairé et si la personne qui l'a donné était capable de discernement⁴⁵⁴.

365. — En matière de santé, la question de la validité du consentement peut poser problème car le patient qui doit le donner peut se trouver dans un état psychique ou physique l'en empêchant, si par exemple il vient de subir une grave intervention chirurgicale ou qu'il souffre d'une maladie mentale. C'est donc la question de la capacité de discernement qui doit être examinée en premier lieu pour pouvoir ensuite juger de la validité du consentement. La capacité de discernement a été définie au point 1.6.2.2 du chapitre 1, il convient donc de s'y référer.

366. — En plus de la capacité de discernement, la personne concernée doit également avoir pu consentir librement, ce qui signifie qu'elle ne doit pas avoir subi de pressions de la part de tiers, comme par exemple de ses proches ou du maître du fichier⁴⁵⁵. La pression psychologique qui peut

⁴⁵¹ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 497, p. 108

⁴⁵² HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 588, p. 193 ; « *Il s'agit d'un motif justificatif absolu, en ce sens qu'il dispense de procéder à toute appréciation des intérêts contradictoires éventuellement en cause* » OLIVIER GUILLOD & MÉLANIE MADER, *Mesures médicales préliminaires en vue d'un prélèvement d'organes*, *Avis de droit sur des questions en rapport avec la loi fédérale sur la transplantation*, www.bag.admin.ch, p. 62

⁴⁵³ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001 N 587, pp 193ss ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 73, p. 262, *Commentaire romand*, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁴⁵⁴ ATF 114 Ia 350 ; ATF 118 Ia 427 ; ATF 134 II 235 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, *Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1598, p. 529 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 16, p. 521

⁴⁵⁵ ATF 114 Ia 350 ; OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient*, *Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983, pp 105ss ; ACADÉMIE SUISSE DES SCIENCES MÉDICALES, *Principes médico éthiques, Droit des patientes et patients à l'autodétermination*, *in* BMS 2006 (87) 3, p. 103, p. 109 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données*, *Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 851ss, pp 326ss ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 18, pp 522-523

être exercée est difficile à démontrer, mais elle peut être fréquente lorsque des personnes âgées sont concernées. L'Académie suisse des sciences médicales a ainsi rappelé dans ses directives médico-éthiques et recommandations relatives au traitement et à la prise en charge des personnes âgées en situation de dépendance qu'un manque de temps pour prendre une décision pouvait être assimilé à une pression de la part de l'entourage⁴⁵⁶.

367. — Le consentement doit aussi être éclairé, ce qui signifie que la personne concernée doit avoir reçu toutes les informations nécessaires pour pouvoir prendre une décision en toute connaissance de cause⁴⁵⁷ et doit les avoir comprises. Les informations reçues doivent être claires, détaillées et complètes pour que le devoir d'information soit rempli⁴⁵⁸. Le devoir d'informer est d'ailleurs l'une des obligations contractuelles du médecin⁴⁵⁹, comme le rappelle le Tribunal fédéral dans l'un de ses jugements où il déclare que lors d'une opération, « *le médecin doit donner au patient, en termes clairs, intelligibles et aussi complets que possible, une information sur le diagnostic, la thérapie, le pronostic, les alternatives au traitement proposé, les risques de l'opération, les chances de guérison, éventuellement sur l'évolution spontanée de la maladie et les questions financières, notamment relatives à l'assurance* »⁴⁶⁰. Il peut y avoir des limitations et des exceptions à ce devoir, par exemple lorsqu'il y a urgence⁴⁶¹ ou qu'il s'agit d'actes courants sans danger⁴⁶². En protection des données, le devoir d'information du professionnel de la santé doit se tra-

⁴⁵⁶ DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, p. 69 ; www.samw.ch

⁴⁵⁷ ATF 133 III 121, JT 2008 I 306 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 499, p. 108 et N 513, p. 111 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 588, p. 193 ; VINCENT MARTENET & CORALIE DEVAUD, La révocation du consentement aux soins médicaux, in Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne, 2009, p. 265, p. 274 ; OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse, Neuchâtel, 1983, pp 119ss ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 74, p. 262, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, in Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49, p. 53 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 860ss, pp 329ss ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 17, pp 521-522

⁴⁵⁸ ATF 133 III 121, JT 2008 I 306 ; 4C.9/2005 ; 4P.110/2003

⁴⁵⁹ ATF 117 Ib 197 ; ATF 116 II 519 ; ATF 108 II 59 ; ATF 105 II 284

⁴⁶⁰ ATF 133 III 121 ; 4P.265/2002 ; ATF 113 Ib 420 ; ATF 108 II 59 ; ATF 105 II 284

⁴⁶¹ 4P.265/2002

⁴⁶² ATF 119 II 456

duire par une information portant sur le type de données traitées ou encore sur les conséquences que le traitement peut avoir sur la vie privée du patient. A mon avis, plus les données sont sensibles, plus le soignant devrait dire quelles sont les conséquences d'un traitement de données.

368. — Conformément à l'article 11 CO⁴⁶³, le consentement ne doit pas avoir de forme particulière⁴⁶⁴, mais pour des questions de preuve il est préférable que celui-ci soit écrit. Il peut aussi être exprès, soit résulter directement des termes utilisés par la personne concernée, ou tacite, lorsque les agissements de celle-ci permettent de démontrer qu'elle a consenti au traitement⁴⁶⁵; l'article 12 al. 3 LPD en donne d'ailleurs un exemple, en indiquant qu'il n'y a pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée « *a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement* ». Il s'agit dans ce cas-à d'un consentement tacite. En effet, quand une personne rend ses données personnelles accessibles à tous, elle accepte que celles-ci deviennent publiques et ne peut plus se prévaloir par la suite d'une atteinte à la personnalité si un tiers en prend connaissance. La personne concernée peut toutefois s'opposer formellement à ce que les données qu'elle a rendues publiques fassent l'objet d'un traitement de données personnelles (art 12 al. 3 *in fine* LPD). La personne concernée ne peut cependant pas toujours s'opposer à un traitement concernant ses données rendues publiques, comme c'est le cas avec les registres publics tels que les registres foncier, de l'état civil et du commerce. Ces registres, dont certains peuvent être consultés sans devoir justifier d'un intérêt quelconque, ne sont pas soumis à la LPD, mais à des dispositions légales spéciales⁴⁶⁶ et il n'est pas toujours possible de s'opposer au traitement de données qui peut être effectué avec les données figurant dans ces registres.

⁴⁶³ Article 11 CO : « ¹ *La validité des contrats n'est subordonnée à l'observation d'une forme particulière qu'en vertu d'une prescription de la loi.*

² *A défaut d'une disposition contraire sur la portée et les effets de la forme prescrite, le contrat n'est valable que si cette forme a été observée.*»

⁴⁶⁴ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 588, p. 193 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 874, p. 333

⁴⁶⁵ PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit privé matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 85, p. 101 ; OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 53

⁴⁶⁶ Ordonnance du 28 avril 2004 sur l'état civil (OEC), RS 211.112.2 ; Ordonnance du 23 septembre 2011 sur le registre foncier (ORF), RS 211.432.1 ; Ordonnance du 17 octobre 2007 sur le registre du commerce (ORC), RS 221.411 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 398ss, pp 192-193

369. — On parle aussi de consentement hypothétique, lorsque le médecin n'a pas demandé au patient son consentement mais qu'il peut démontrer que le patient l'aurait donné s'il avait reçu une information adéquate⁴⁶⁷. Cependant, lorsque les données sont sensibles, le consentement doit être explicite (art. 4 al. 5 LPD) ; en allemand, le terme utilisé est « *ausdrücklich* », le même qu'à l'article 1 al. 2 CO et qui a été traduit en français par « *expresse* ». Une manifestation « *expresse* » de la volonté se fait « *par des mots (« je suis d'accord »), des signes (hochement de tête ou clin d'œil) ou encore une opération informatique (case cochée valant « lu et approuvé » sur un site Internet), qui aient conventionnellement une signification déterminée* »⁴⁶⁸. Or, la LPD parle de consentement « *explicite* » et non « *exprès* », notion que l'on ne retrouve pas dans les lois relative aux droits de la personnalité et au consentement de la personne concernée (CC, CO, LPMA⁴⁶⁹, LAGH⁴⁷⁰, LRCS⁴⁷¹). Meier explique que cette notion est celle de l'article 8 al. 2 lit. a de la Directive 95/46/CE et que le consentement explicite « *ne concerne par conséquent pas la forme de la manifestation de volonté, mais l'objet matériel du consentement* » qui ne doit laisser aucun doute. Le traitement de données doit être clairement évoqué avec la personne concernée ou être « *absolument nécessaire à la réalisation d'un acte auquel la personne concernée a consenti* », mais la forme du consentement ne devra pas forcément être expresse et pourra relever d'actes concluants⁴⁷². Le consentement doit par ailleurs être donné pour un acte précis et non de manière générale, par exemple, l'accord d'une personne pour l'utilisation de ses données personnelles pour une recherche scientifique spécifique ne veut pas dire qu'elle approuve l'utilisation de ses données pour d'autres recherches ; on ne peut déduire son consentement uniquement parce qu'elle

⁴⁶⁷ ATF 117 Ib 197 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 502, p. 109 ; OLIVIER GUILLOD, *Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme*, thèse, Neuchâtel, 1983, pp 84-92

⁴⁶⁸ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 899, p. 342 ; voir aussi : SABRINA BURGAT, *La télémédecine et le droit suisse*, thèse, Neuchâtel, 2012, pp. 222ss

⁴⁶⁹ Loi fédérale du 18 décembre 1998 sur la procréation médicalement assistée (LPMA), RS 810.11

⁴⁷⁰ Loi fédérale du 8 octobre 2004 sur l'analyse génétique humaine (LAGH), RS 810.12

⁴⁷¹ Loi fédérale du 19 décembre 2003 relative à la recherche sur les cellules souches embryonnaires (Loi relative à la recherche sur les cellules souches, LRCS), RS 810.31

⁴⁷² PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 897ss, pp 341 à 344

l'a donné une première fois⁴⁷³. Par ailleurs, ne pas donner son avis ne signifie pas qu'elle consent au traitement de données⁴⁷⁴. Il est aussi préférable que le consentement soit donné avant que l'atteinte ne se produise, même s'il n'est pas certain qu'elle se produise⁴⁷⁵.

370. — Pour finir, il convient de préciser que le consentement peut être révoqué à tout moment⁴⁷⁶. En le révoquant, la personne concernée a le droit de refuser expressément que ses données soient traitées même si elle avait donné son accord auparavant. Contredire cette demande porte atteinte à la personnalité et doit être qualifié de traitement illicite de données personnelles (art. 12 al. 2 lit. b LPD)⁴⁷⁷.

3.5.3.2.3. Intérêt prépondérant

371. — L'atteinte à la personnalité peut également être licite s'il existe un intérêt prépondérant privé ou public ; pour savoir si celui-ci peut être pris en compte, une pesée d'intérêts doit alors être effectuée entre celui de la victime de l'atteinte à la personnalité à ne pas subir le traitement de données et celui de l'auteur à réaliser le traitement de données personnelles⁴⁷⁸. Le Tribunal fédéral a confirmé que « *seul un intérêt particulière-*

⁴⁷³ OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 54

⁴⁷⁴ ATF 109 II 353, JT 1985 I 98 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 588b, p. 194

⁴⁷⁵ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 588-588a, p. 193

⁴⁷⁶ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 513, p. 112 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 588, pp 193 ; PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit privé matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 85, p. 101 ; VINCENT MARTENET & CORALIE DEVAUD, La révocation du consentement aux soins médicaux, in Mélanges en l'honneur de François Dessemontet, Lausanne, 2009, p. 265, pp 275ss ; ANDREAS MEILI, art. 28, N 46ss, pp 262ss, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 75, p. 262, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 895, p. 341

⁴⁷⁷ PAUL-HENRI STEINAUER, Le droit privé matériel, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 85, pp 101-102

⁴⁷⁸ ATF 95 II 481 ; ATF 97 II 97, JT 1972 I 242 ; Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, p. 684 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 589, p. 198 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 516, p. 112 ; ANDREAS MEILI, art. 28, N 49,

ment important à recevoir une information peut être déclaré supérieur au droit à une vie privée exempte de troubles »⁴⁷⁹.

372. — L'intérêt privé, intervenant « *lorsque le sacrifice qui est imposé à la victime est jugé inférieur à l'avantage que peut en retirer une autre personne, physique ou morale, ou éventuellement la victime elle-même* »⁴⁸⁰, peut être celui du maître du fichier, celui de la personne concernée et éventuellement celui d'un tiers⁴⁸¹. Dans un jugement⁴⁸², le Tribunal fédéral des assurances a reconnu aux assureurs accidents suisses le droit d'engager des détectives privés pour surveiller à l'étranger d'éventuels fraudeurs. L'intérêt des assurances, à savoir celui « *à lutter contre d'éventuels abus dans les assurances sociales* » c'est-à-dire un intérêt financier, et l'intérêt pour la société et ses administrés à lutter contre les fraudes, ont ainsi primé l'intérêt à la protection de la vie privée⁴⁸³.

373. — Quant à l'intérêt public, soit celui qui « *profite à une pluralité d'autres personnes ou à la collectivité* »⁴⁸⁴, il intervient notamment lorsque les médias remplissent leur tâche reconnue d'intérêt public qui consiste à informer la société. L'article 17 Cst garantit d'ailleurs la liberté des médias envers l'Etat, démontrant ainsi l'existence d'un intérêt du public à être informé « *des événements d'intérêt général* »⁴⁸⁵. Ce droit peut être restreint par l'Etat et par les particuliers aux conditions de l'article 36

p. 263, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 78, p. 263, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁴⁷⁹ ATF 97 II 97, JT 1972 I 242

⁴⁸⁰ NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 79, p. 263, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁴⁸¹ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 518, p. 112 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 590, pp 198-199, évoquent le cas d'« *intervention d'urgence au profit d'un tiers menacé dans son intégrité corporelle* »

⁴⁸² 8C_239/2008 du 17 décembre 2009

⁴⁸³ PHILIPPE MEIER & ALEXANDRE STAEGGER, La surveillance des assurés (assurances sociales et assurances privées, état des lieux), in Jusletter du 25 janvier 2010, p. 5, voir aussi : ATF 135 I 169 ; ATF 136 III 410 ; ATF 132 V 241

⁴⁸⁴ NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 80, p. 263, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1612, p. 533

⁴⁸⁵ ATF 126 III 209 ; ATF 107 Ia 277 ; ATF 95 II 481 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 522, p. 113 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 672ss, pp 230-231 ; ANDREAS MEILI, art. 28, N 50, p. 264, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002

Cst et en application des articles sur la protection de la personnalité (art. 28ss CC)⁴⁸⁶. Dans les cas où des médias sont impliqués, une pesée des intérêts est faite entre l'intérêt du public à prendre connaissance d'une information concernant la vie privée d'une personne ainsi que l'intérêt de l'auteur à vouloir rendre publique une telle information et l'intérêt de la personne concernée à ce que ces renseignements ne soient pas divulgués, afin de protéger sa personnalité⁴⁸⁷. Pour déterminer s'il y a atteinte à l'honneur dans un média, il convient de se référer à l'opinion du « *lecteur moyen* »⁴⁸⁸.

374. — En protection des données, le législateur a donné des exemples d'intérêts prépondérants pouvant justifier une atteinte, afin d'éviter que l'intérêt à la protection de la personnalité ne soit trop souvent invoqué. Ces motifs permettent toutefois au juge de bénéficier d'une certaine marge d'appréciation⁴⁸⁹.

375. — Sur la base des motifs justificatifs donnés par le législateur à l'article 13 al. 2 LPD, il est intéressant de voir lesquels peuvent s'appliquer aux données personnelles médicales : le premier exemple cité dans la loi est celui des intérêts prépondérants que le maître du fichier peut avoir lorsque le traitement de données qu'il effectue est en « *relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat* » et que les données en question concernent le cocontractant (lit. a)⁴⁹⁰. Selon moi, cet article n'entre pas en compte dans le cadre d'une relation patient-médecin, basée sur le contrat de mandat, car la licéité du traitement de données effectué par un médecin découle principalement du consentement donné par le patient et non de la relation contractuelle. En effet, lorsque ce dernier se rend chez son médecin, il donne implicitement son accord à ce que ses données soient utilisées dans le cadre du traitement médical. A mon sens, il est clair que l'article 13 al. 2 lit. a LPD s'applique plus à une

⁴⁸⁶ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 523, p. 113

⁴⁸⁷ ATF 126 III 209 ; ATF 129 III 529

⁴⁸⁸ ATF 126 III 209 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 525, p. 114

⁴⁸⁹ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 538, p. 116 ; PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit privé matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 85, p. 102 ; *Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988*, FF 1988 II 421, p. 466 ; BO CE 1990 p. 144, BO CN 1991, p. 1280

⁴⁹⁰ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 532, p. 115 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1638ss, pp 541ss

situation où le maître du fichier utilise des données personnelles pour estimer les risques contractuels, comme par exemple les risques liés à la situation financière⁴⁹¹.

376. — Quant au cinquième exemple de l'article 13 al. 2 LPD, il s'agit de l'intérêt prépondérant à traiter des données personnelles qui ne se rapportent pas directement à des personnes, comme cela peut être le cas dans le domaine de la recherche, de la planification ou encore de la statistique. Pour que le traitement soit licite, il faut que les résultats soient publiés de manière à ce que les personnes concernées ne puissent être identifiées, l'anonymisation des données étant ainsi une condition primordiale. Le législateur a souhaité prendre en compte les intérêts de la recherche scientifique, notamment dans le domaine médical, et a voulu « *favoriser certaines activités qui procurent à l'économie privée des renseignements souvent indispensables à un processus décisionnel rationnel* »⁴⁹². Des données personnelles médicales uniquement protégées par la LPD pourraient ainsi être utilisées à des fins de recherche aux conditions de l'article 13 al. 2 lit. e LPD sans que le consentement des personnes concernées ne doive être requis.

377. — Le dernier exemple de motifs justificatifs pouvant être pris en compte dans les cas de traitement de données personnelles médicales est celui du traitement de données d'« *une personnalité publique, dans la mesure où ces données se réfèrent à son activité publique* » (art. 13 al. 2 lit. f LPD). La question qui se pose alors est de savoir s'il faut divulguer l'état de santé de certaines personnes publiques, comme par exemple les membres des autorités ou les chefs d'entreprises privés. Le Tribunal fédéral s'est prononcé à ce sujet et a reconnu l'existence d'un intérêt public prépondérant à divulguer les données personnelles de ceux qui ont des fonctions officielles, afin de pouvoir exercer une certaine surveillance, ce

⁴⁹¹ PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit privé matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 85, p. 103 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 532, p. 115 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 467

⁴⁹² PAUL-HENRI STEINAUER, *Le droit privé matériel*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 85, p. 109 ; voir aussi STÉPHANE BONDALLAZ, *La protection des personnes et leurs données dans les télécommunications: analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse*, thèse, Zurich, 2007, p. 462 ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1697ss, p. 558ss

qui est par exemple le cas pour les membres du législatif⁴⁹³, les membres d'un gouvernement, les responsables d'une administration⁴⁹⁴ ou encore les dirigeants d'un parti politique⁴⁹⁵. Certains auteurs estiment que ce devrait également être le cas pour les célébrités sportives, scientifiques ou artistiques⁴⁹⁶. Selon moi, il s'agit d'une appréciation erronée. Je pense qu'il n'est pas justifié de divulguer l'état de santé d'un artiste ou d'un sportif, car ils n'ont pas les responsabilités sociales des dirigeants d'Etat ou des directeurs d'entreprise employant de nombreux salariés. Leur état physique ou psychique ne risque pas d'entraver la bonne marche de la société, raison pour laquelle je ne vois pas d'intérêt prépondérant justifiant la divulgation de leurs données personnelles médicales. Même si certains sportifs ou artistes apparaissent quotidiennement dans les journaux et représentent des modèles pour toute une frange de la population, il n'y a pas d'intérêt public à connaître leur état de santé, si ce n'est pour satisfaire une certaine curiosité. Par contre, les administrés devraient pouvoir prendre connaissance d'informations portant sur l'état de santé des personnes publiques travaillant pour l'Etat lorsque la santé de celles-ci ne leur permet plus d'exercer leurs fonctions, étant donné que leurs actions peuvent avoir un impact sur la société. Un ministre souffrant prématurément d'Alzheimer est une information qui doit être rendue publique, car cette pathologie l'empêchera d'exercer ses fonctions à terme ; afin de préserver sa vie privée, il peut annoncer sa démission, sans en invoquer précisément les raisons ou ne pas se présenter pour un nouveau mandat. Dans le cas d'une affection moins grave, la révélation de l'état de santé d'une personne peut être nécessaire pour expliquer les absences et délégations inhabituelles et nombreuses. Il faut également tenir compte du fait que la communication de certaines informations peut porter préjudice ; par exemple, si les actionnaires d'une société apprennent que le directeur emblématique souffre d'un mal incurable et que sans lui, la société risque de s'effondrer, le cours des actions pourrait fortement chuter. A mon sens, le motif justificatif de l'al. 2 lit. f ne devrait être accepté que de manière restrictive et uniquement s'il existe un réel intérêt public et non une simple curiosité de la part du public.

⁴⁹³ ATF 71 II 190, JT 1945 I 566 : dans cet arrêt, le Tribunal fédéral avait jugé que la presse pouvait renseigner sur la personnalité des parlementaires fédéraux, qui ont une responsabilité vis-à-vis du peuple et qui ne font pas l'objet d'un contrôle d'une autorité supérieure, pour autant que cela soit utile « *pour apprécier leur rôle dans l'Etat* »

⁴⁹⁴ ATF 52 I 263, JT 1927 I 22

⁴⁹⁵ ATF 111 II 209, JT 1986 I 600

⁴⁹⁶ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 725, p. 102

3.5.3.2.4. La loi

378. — La loi est également un motif justificatif permettant de porter atteinte à la personnalité d'autrui dans certaines situations. Il s'agit d'un motif justificatif absolu, soit un motif pour lequel le juge n'a pas besoin de faire une pesée d'intérêts entre ceux de la personne lésée et ceux de l'auteur de l'atteinte pour déterminer si l'atteinte est autorisée ou non⁴⁹⁷. La norme légale justifiant un traitement de données peut être cantonale ou fédérale, publique ou privée⁴⁹⁸.

379. — Dans les relations entre privés, ce sont souvent la légitime défense ou l'état de nécessité qui justifient les atteintes (art. 52 CO)⁴⁹⁹. Le Tribunal fédéral a estimé que la légitime défense devait se définir « *à la lumière des principes généraux, non du droit pénal* »⁵⁰⁰, mais il ne l'a définie que dans un arrêt de 1918, où il l'a décrite comme étant un moyen « *pour se protéger contre une agression illicite et imminente* »⁵⁰¹. Pour pouvoir invoquer la légitime défense, il faut donc être soi-même victime d'une attaque illicite qui peut prendre la forme d'une action ou d'une omission et qui doit être actuelle ou imminente, il ne doit pas s'agir d'une supposition. La légitime défense doit aussi être proportionnée à l'attaque⁵⁰². Quant à l'état de nécessité, la doctrine le définit comme « *la situation dans laquelle l'auteur porte atteinte aux biens d'autrui pour se préserver ou préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent* »⁵⁰³.

⁴⁹⁷ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 593, p. 200 et N 586, p. 192

⁴⁹⁸ PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1601, p. 530

⁴⁹⁹ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 541, p. 117 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 594, p. 200 ; ANDREAS MEILI, art. 28, N 47, p. 262, *Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB*, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; STÉPHANE BONDALLAZ, *La protection des personnes et leurs données dans les télécommunications: analyse critique et plaidoyer pour un système en droit suisse*, thèse, Zurich, 2007, N 481, p. 148

⁵⁰⁰ ATF 25 II 25 ; FRANZ WERRO, art. 52, N 5-6, p. 365, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁵⁰¹ ATF 44 II 149, JT 1919 I 66 ; FRANZ WERRO, art. 52, N 5-6, p. 365, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁵⁰² FRANZ WERRO, art. 52, N 7, p. 365, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2e édition, Berne, 1997, pp 492-493

⁵⁰³ FRANZ WERRO, art. 52, N 10, p. 366, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; PIERRE ENGEL, *Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du CO*, 2e édition, Berne, 1997, p. 499

Comme pour la légitime défense, l'auteur doit respecter le principe de proportionnalité, la valeur du bien à sauver devant être plus importante que celle du bien sacrifié.

380. — En matière de protection des données médicales, il est à mon avis difficile d'appliquer la légitime défense. Il faudrait pour cela qu'une atteinte illicite ne puisse être contrée qu'avec une utilisation de données personnelles médicales. L'invocation de l'état de nécessité (art. 17 CP) semble plus justifié : il pourrait s'agir de situations urgentes, où le soignant est obligé de divulguer des informations confidentielles sans pouvoir demander les autorisations nécessaires à temps. Lorsqu'un patient est atteint du VIH (virus de l'immunodéficience humaine) ou d'une autre maladie contagieuse et qu'il refuse de le dire à son partenaire, le professionnel de la santé devrait-il pouvoir divulguer cette information au partenaire, afin que celui-ci ne soit pas infecté⁵⁰⁴ ? Doit-il protéger le partenaire et dans une certaine mesure la société ou doit-il respecter le devoir de confidentialité qu'il a envers son patient⁵⁰⁵ ? La meilleure solution serait que le médecin communique avec son patient en l'informant des risques pour son partenaire et que la transmission d'une maladie est une infraction pénale pour laquelle il peut être sanctionné⁵⁰⁶. En effet, selon l'art. 231 CP, « *celui qui intentionnellement, aura propagé une maladie de l'homme dangereuse et transmissible* » peut être puni de l'emprisonnement ou d'une amende. Il peut également être poursuivi sur la base des articles 122 et 123 CP qui sanctionnent les lésions corporelles intentionnelles, de l'article 125 CP sanctionnant les lésions par négligence, de l'article 129 CP concernant la mise en danger de la vie d'autrui et éventuellement des articles 111 à 117 portant sur l'homicide⁵⁰⁷. Communiquer et informer responsabilise le patient en lui faisant prendre conscience du danger qu'il crée et l'oblige à adopter un comportement adé-

⁵⁰⁴ HANS BINZ & HANSPETER KUHN, VIH et secret médical, *in* BMS 2006 (87) 20, p. 873

⁵⁰⁵ CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, Secret médical et maladies transmissibles, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2003, p. 156, p. 157 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* Jusletter du 18 janvier 2010, p. 1

⁵⁰⁶ CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, Secret médical et maladies transmissibles, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2003, p. 156, p. 157

⁵⁰⁷ CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, Secret médical et maladies transmissibles, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2003, p. 156, p. 158 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* Jusletter du 18 janvier 2010, p. 1

quat pour éviter toute transmission de la maladie⁵⁰⁸. La responsabilisation du patient est à mon avis la meilleure solution car elle implique également un changement de comportement du patient envers ses futurs partenaires, ce qui n'est pas le cas si le médecin n'informe que le partenaire actuel. Cependant, si le patient refuse d'informer son partenaire, survient à nouveau la question de la communication rapide de l'information au partenaire, en invoquant l'état de nécessité. Je dirais que pour invoquer l'état de nécessité, tout dépend de la maladie en question. Pour le VIH, par exemple, les traitements médicaux sont de plus en plus efficaces et ce virus ne se transmet pas toujours aussi facilement⁵⁰⁹, arguments qui pourraient aller à l'encontre de l'application de l'article 17 CP. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs jugé récemment qu'il ne fallait plus prendre en compte le critère de danger de mort lors d'une contamination du VIH, cela en raison des traitements médicaux actuels permettant au patient de vivre presque aussi longtemps qu'une personne en bonne santé⁵¹⁰. La possibilité d'avoir rapidement une décision de levée du secret de la part de l'autorité compétente⁵¹¹ pourrait également être un frein à l'application de l'article 17 CP ; le type de maladie transmissible, la transmissibilité de la maladie, la charge virale, la contamination effective du partenaire, les traitements actuels et la rapidité avec laquelle l'autorité compétente peut rendre une décision de levée du secret professionnel sont des éléments à prendre en compte avant d'appliquer aveuglement l'article 17 CP ; la solution de l'état de nécessité devant être avancée en cas de dernier recours uniquement.

381. — D'autres articles de loi permettent également de rendre l'atteinte à la personnalité licite, comme par exemple l'article 27 de la loi fédérale sur les épidémies⁵¹² qui permet aux professionnels de la santé d'informer l'autorité cantonale compétente des cas de maladies contagieuses et de l'identité des personnes contaminées afin de prendre les mesures néces-

⁵⁰⁸ CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, *Secret médical et maladies transmissibles*, in *Médecin et droit médical*, Chêne-Bourg, 2003, p. 156

⁵⁰⁹ ANTONELLA CEREGHETTI, *Incrimination de la transmission du virus VIH*, in *Médecin et droit médical*, 2009, p. 423, p. 428

⁵¹⁰ 6B_337/2012

⁵¹¹ JEANNE-PASCALE SIMON, MATTHIAS CAVASSINI & CATHERINE LAZOR-BLANCHET, *Secret professionnel et maladies infectieuses*, in *Médecin et droit médical*, 2009, p. 174, p. 179

⁵¹² Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), RS 818.101 ; le devoir des médecins d'informer subsiste avec le projet de révision de la loi sur les épidémies qui sera voté en septembre 2013 mais se trouvera à l'article 12 ; Message concernant la création et l'adaptation des bases légales nécessaire aux traitement de données personnelles du 25 août 1999, FF 1999 8381, p. 8392

saires pour éviter une épidémie ou encore l'article 28 al. 3 de la loi fédérale sur la partie générale du droit des assurances sociales⁵¹³, permettant une communication de données dans le cadre des assurances sociales.

382. — Selon moi, les articles 363 et 364 CP⁵¹⁴, qui permettent de dénoncer à l'autorité tutélaire les cas d'infractions à l'encontre de mineurs, peuvent également s'appliquer. L'article 363 prévoit une obligation pour l'autorité compétente, alors que l'article 364 prévoit un droit pour les personnes soumises au secret professionnel ou au secret de fonction. La loi permet ainsi de divulguer des données personnelles médicales sans le consentement d'un mineur ou de son représentant légal, afin de le protéger.

3.5.4. Action en prévention de l'atteinte

3.5.4.1. Généralités

383. — L'action en prévention de l'atteinte (art. 28a al. 1 ch. 1 CC) a pour but d'empêcher la réalisation d'une atteinte imminente et illicite à la personnalité. Chronologiquement, il s'agit de la première des actions défensives puisque c'est celle que l'on utilise lorsque l'atteinte n'a pas encore commencé. Comme les autres actions défensives, elle a été introduite lors de la révision du Code civil de 1983, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985⁵¹⁵.

3.5.4.2. Conditions

384. — Comme pour les autres actions citées à l'article 28a CC, la première condition est que la menace doit porter sur une atteinte illicite. S'il n'y a pas de menace d'atteinte illicite, l'atteinte à la personnalité n'est pas ré-

⁵¹³ Loi fédérale du 6 octobre 2000 sur la partie générale du droit des assurances sociales (LPGA), RS 830.1

⁵¹⁴ Art. 363 CP : « Lorsque, au cours d'une poursuite pour infraction commise à l'encontre de mineurs, l'autorité compétente constate que d'autres mesures s'imposent, elle en avise immédiatement l'autorité tutélaire ».

Art. 364 CP : « Lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci ».

⁵¹⁵ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661

alisée et il n'est pas possible de demander l'interdiction du traitement de données en question. La menace est une forme d'atteinte en soi.

385. — Ensuite, pour pouvoir faire valoir l'article 28a al. 1 ch. 1 CC, l'atteinte ne doit pas encore avoir eu lieu ; il doit seulement y avoir la menace d'une atteinte que le demandeur doit rendre vraisemblable, ce qui n'est pas toujours évident à démontrer⁵¹⁶, étant donné que les maîtres du fichier ne font pas forcément état de leurs intentions en la matière. La menace d'une atteinte peut par exemple être présumée lorsque la collecte de données a eu lieu et que celles-ci vont logiquement être utilisées par le maître du fichier qui ne dispose pas d'autorisation nécessaire pour cela. Cela peut être le cas du laboratoire scientifique qui récolte illicitement des données sur des patients dans le but de les utiliser dans le cadre de ses recherches ; la collecte ne peut pas être interdite puisqu'elle a déjà été entreprise, mais l'utilisation des données en question peut être empêchée. La personne concernée peut également soupçonner la réalisation d'un traitement illicite en cas de rumeurs persistantes, par exemple si une autre personne a déjà été lésée et qu'il est très probable que la personne concernée le soit à son tour. Il peut également y avoir des soupçons lorsque le traitement a déjà eu lieu et que le maître du fichier refuse d'en reconnaître l'illicéité ; dans ce cas-là, il est tout à fait possible que l'atteinte soit réitérée⁵¹⁷. Une telle situation peut se produire lorsqu'une assurance a transmis des données à une autre assurance du même groupe, sans les consentements requis, et qu'elle n'a pas admis l'illicéité de ses actes. De tels actes risquent d'être répétés, raison pour laquelle il est nécessaire pour l'assuré de prendre les devants en introduisant une action en prévention de l'atteinte afin d'empêcher qu'une telle situation ne se reproduise. Il se peut également que le maître du fichier annonce ses intentions sans en percevoir l'illicéité, comme par exemple un médecin qui menacerait son patient mineur d'informer ses parents de ses problèmes de santé s'il ne le fait pas lui-même.

⁵¹⁶ DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 149-150 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, p. 210 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 914ss, pp 125ss ; ANDREAS MEILI, art. 28a, N 2-3, p. 267, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 4, p. 268, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁵¹⁷ ATF 78 II 289 ; ATF 109 II 4 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, p. 120 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1736, p. 568

3.5.4.3. Conclusions de la requête

386. — Les conclusions principales de la requête visent à interdire au maître du fichier d'effectuer le traitement de données personnelles ; il convient toutefois d'ajouter des conclusions subsidiaires demandant la cessation de l'atteinte au cas où celle-ci aurait déjà commencé, afin d'éviter de devoir introduire une nouvelle action.

387. — L'interdiction d'effectuer le traitement de données n'est toutefois pas toujours suffisante pour que le maître du fichier la respecte ; c'est pourquoi il est possible de recourir dans les conclusions de la requête à la menace de l'article 292 CP afin de contraindre le maître du fichier à respecter le dispositif du jugement. Cette disposition permet à l'autorité compétente de prendre des sanctions, à savoir une amende, à l'encontre de « celui qui ne se sera pas conformé à une décision à lui signifiée, sous la menace de la peine prévue au présent article, par une autorité ou un fonctionnaire compétents ». Il s'agit ainsi plus d'une injonction que d'une décision, puisque l'autorité compétente ordonne au destinataire de faire ou de ne pas faire quelque chose⁵¹⁸. La décision, au sens du droit administratif⁵¹⁹, doit être exécutoire pour que l'article 292 CP puisse être appliqué et doit indiquer quelles sont les sanctions que le destinataire peut subir ; la menace de l'article 292 CP doit figurer dans les conclusions de la requête, car dans le cas contraire, il ne peut y avoir infraction. Les obligations figurant dans la décision doivent également être décrites de manière précise afin que le destinataire sache exactement ce qu'il doit faire ou ne pas faire⁵²⁰. Ensuite, s'il ne se conforme pas à la décision de l'autorité, il commet l'infraction de l'article 292 CP et se verra sanctionné⁵²¹. Pour qu'il y ait infraction, celle-ci doit toutefois encore être intentionnelle⁵²².

388. — La menace de l'article 292 CP ne représente toutefois qu'une amende et ne permet pas de contraindre l'auteur à faire ou à l'empêcher

⁵¹⁸ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 2, p. 543 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 964, p. 132

⁵¹⁹ ATF 131 IV 125 : « Il doit donc s'agir d'une décision concrète de l'autorité, prise dans un cas particulier et à l'égard d'une personne déterminée et qui a pour objet de régler une situation juridique de manière contraignante ».

⁵²⁰ ATF 127 IV 119

⁵²¹ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 6, p. 544

⁵²² ATF 119 IV 238 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 22, p. 549

de faire quelque chose. Le tribunal pénal saisi ne pouvant lui infliger qu'une amende, le montant de cette peine pécuniaire devrait alors être plus élevé que le bénéfice que le maître du fichier pourrait tirer du traitement illicite de données personnelles, afin que la menace de l'article 292 CP soit dissuasive. Cependant, il s'agit d'une contravention au sens de l'article 103 CP⁵²³ ce qui signifie que l'amende ne peut excéder CHF 10'000.- (art. 106 al. 1 CP). En conclusion, si le traitement de données illicite rapporte un gros bénéfice au maître du fichier, certains préféreront peut-être enfreindre la loi et s'acquitter du montant de l'amende plutôt que d'abandonner son projet, et ce, au détriment de son image.

3.5.5. Action en cessation de l'atteinte

3.5.5.1. Généralités

389. — Lorsque l'activité portant atteinte à la personnalité a déjà commencé, le lésé ne peut plus saisir le juge pour en demander l'interdiction, mais doit introduire une action en cessation de l'atteinte, appelée aussi action en cessation ou en suppression du trouble, visant à mettre un terme à l'atteinte illicite⁵²⁴. Cette action est règlementée à l'article 28a al. 1 ch. 2 CC.

3.5.5.2. Conditions

390. — En plus de la condition commune aux actions défensives de l'existence d'une atteinte illicite, il faut que cette dernière dure encore pour que l'action puisse être déclarée recevable⁵²⁵.

⁵²³ 1B_35/2010 ; 6B.806/2009

⁵²⁴ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 8, p. 269, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1743ss, pp 569ss

⁵²⁵ RJJ 1996 301 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 558, p. 120 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 922ss, p. 126-127 ; ANDREAS MEILI, art. 28a, N 4, p. 268, Zivilgesetzbuch I Art. 1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel, Genf, München, 2002 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 150 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 7, p. 269, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

391. — La notion de « *continuer de durer* » peut avoir des significations différentes, puisque le traitement de données personnelles peut prendre des formes différentes. Par exemple, la simple conservation de données est un traitement, ce qui veut dire que celui-ci est en cours même lorsque le maître du fichier ne fait que garder des informations personnelles sur ses clients ou ses patients. L'activité du maître du fichier peut ainsi tout aussi bien être passive qu'active.

392. — Certaines activités, comme par exemple la communication périodique de données à des tiers peuvent être considérées comme une multitude de traitements ou un seul, tout dépend à mon sens du lien qui peut être fait entre les différents traitements en question. S'ils ont une suite logique, voire obligatoire, il s'agit d'un seul traitement, comme cela peut être le cas de la communication en plusieurs étapes et sur un court laps de temps de la totalité d'un dossier médical d'un patient à une assurance, suite à une requête unique de celle-ci ; on privilégiera alors dans ce cas-là l'action en cessation. Si les traitements font intervenir les mêmes protagonistes mais qu'ils peuvent être effectués distinctement les uns des autres, je considérerais plus cette situation comme une multitude de traitements ; cela peut être le cas d'une assurance obligatoire qui transmet des informations sur ses clients à une assurance privée faisant partie du même groupe à chaque fois que celle-ci le demande. Il faudrait dans ce dernier cas introduire une action en interdiction de l'atteinte, justifiée par le risque imminent que cette dernière se répète, comme nous l'avons déjà dit précédemment. Ce sont toutefois les conclusions des actions requérant la fin de l'atteinte illicite qui forment l'élément important, plutôt que la dénomination du moyen d'action.

393. — En conclusion, le traitement doit durer, sous une forme ou sous une autre, pour que l'action en cessation de l'atteinte soit recevable ; si le traitement est terminé, c'est l'action en constatation qui est introduite (art. 28 a al. 1 ch. 3 CC)⁵²⁶.

3.5.5.3. Conclusions de la requête

394. — Les conclusions de la demande en cessation de l'atteinte peuvent être différentes suivant l'atteinte et les données concernées. Elle peut tout d'abord prendre la forme « *simple* » de l'action, qui ne vise qu'à arrêter l'atteinte illicite en cours, en empêchant par exemple la communication

⁵²⁶ ATF 68 II 129, JT 1942 I 629 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 154

de données personnelles médicales à des tiers, mais elle peut également revêtir la forme d'une action en destruction ou en rectification de données ou encore celle d'une action de remise en l'état (art. 15 LPD)⁵²⁷.

395. — Comme il a été dit précédemment, ce sont surtout les conclusions de l'action qui sont importantes et non la dénomination de l'action, raison pour laquelle il est préférable de prendre plusieurs conclusions permettant de prévenir l'atteinte, mais également de la faire cesser ou de la constater⁵²⁸. Comme pour l'action en prévention de l'atteinte, il est possible et même recommandé d'invoquer l'article 292 CP, même si la question problématique du montant de l'amende devant être dissuasif se pose également⁵²⁹.

3.5.5.4. Action en destruction

396. — L'action en destruction (art. 15 al. 3 LPD) de données est utilisée lorsque l'illicéité d'un traitement de données personnelles provient du seul traitement effectué, quel qu'il soit. Il faut donc procéder à une destruction des données personnelles pour remédier à la situation⁵³⁰. Cela peut-être le cas de la copie d'un dossier médical transmis illégalement à un tiers, situation où une personne détient des informations sans avoir les autorisations nécessaires ; quel que soit le traitement qu'elle effectue, elle sera toujours dans l'illicéité. La meilleure solution pour mettre un terme à cette atteinte est par conséquent de détruire les données personnelles en cause.

397. — Pourrait-on envisager, à la place de détruire ces données, de les remettre à la personne concernée ? Si les données ne portent que sur un seul patient, cette solution me paraît possible, car cela s'apparente à une destruction de données vu que le détenteur non autorisé n'en disposera plus et qu'il sera en général aisé de retrouver la personne concernée pour les lui remettre. Par contre, si ces données concernent un grand nombre

⁵²⁷ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 562, p. 121 ; DENIS PIOTET, *Les actions civiles: un premier bilan*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 143, p. 150

⁵²⁸ ATF 95 II 481 ; ATF 48 II 19, JT 1922 I 230 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 560, p. 121 ; PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 764-770, p 107-108

⁵²⁹ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 964ss, p. 132

⁵³⁰ DENIS PIOTET, *Les actions civiles: un premier bilan*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 143, p.150 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 562, p. 121

de personnes, il pourrait être plus compliqué, voire impossible, de remettre les données à chacune d'entre elles et la destruction s'avérera être l'unique solution.

3.5.5.5. Action en rectification

398. — Quant à l'action en rectification (art. 15 al. 3 LPD), elle intervient lorsqu'un traitement est illicite en raison du contenu des données utilisées, contenu qui devra ainsi être rectifié pour mettre un terme à l'atteinte. La rectification des données peut être exécutée de plusieurs façons, tout dépend de la situation ; il peut s'agir d'une suppression partielle, lorsqu'une partie des données est inexacte, ou d'une modification totale ou partielle de la donnée, lorsqu'une simple correction permet de rétablir la vérité et de faire cesser l'atteinte. S'il n'est pas possible d'établir l'exactitude ou l'inexactitude de certaines données, la mention de leur caractère litigieux peut également être apposée à côté des données, sur requête de la personne concernée (art. 15 al. 2 LPD)⁵³¹.

399. — Le demandeur a cependant la possibilité de requérir, dans les conclusions de son action en cessation du trouble, la rectification des données et leur destruction, le but principal de l'action étant de faire cesser l'atteinte, quel que soit le moyen utilisé. En requérant ces deux mesures, le demandeur ne risque pas de voir sa demande de destruction rejetée par le juge si celui-ci estime que seule une rectification est possible. A nouveau, ce n'est pas l'intitulé de l'acte qui compte, mais les conclusions prises⁵³².

3.5.5.6. Situation conforme au droit

400. — Pour finir, il est également possible de requérir, dans la demande en cessation du trouble, le rétablissement d'une situation conforme au droit. Il s'agit donc de situations où le maître du fichier ne remplit pas toutes ses obligations pour garantir un traitement de données personnelles conforme au droit. Cette demande peut par exemple se faire lorsque le

⁵³¹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 472 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 150ss

⁵³² DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, pp 150ss ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 562, p. 121

maître du fichier se trouve dans une situation illicite car il ne prend pas les mesures de sécurité suffisantes pour protéger les données qu'il traite (art. 7 LPD et 8ss OLPD). Pour y remédier, le jugement impose à l'auteur de faire usage de moyens adéquats⁵³³.

401. — Piotet relève que ce type de demande est souvent ajouté à la conclusion principale visant la destruction, la rectification ou l'interdiction de la communication afin que l'atteinte ne se reproduise plus ou que le dommage ne s'aggrave pas. Selon lui, il ne s'agirait donc pas d'une action spécifique mais plutôt d'une remarque générale que l'on devrait ajouter à la fin de chaque action pour préciser que la situation doit se normaliser et redevenir licite⁵³⁴.

3.5.6. Action en constatation de droit

3.5.6.1. Généralités

402. — L'action en constatation de droit, qui chronologiquement intervient en dernier par rapport aux autres actions défensives, doit être intentée lorsque le traitement de données portant atteinte à la personnalité est terminé mais que ses effets subsistent (art. 28 al. 1 ch 3 CC) ; le but de cette action est de faire reconnaître judiciairement l'illicéité du traitement⁵³⁵.

403. — Les effets d'une atteinte peuvent subsister si celle-ci s'est produite mais qu'elle reste visible aux yeux du public, comme c'est le cas avec les médias, qui mettent à disposition leurs archives et parfois de manière illimitée et gratuite. En effet, un article pouvant être lu le jour de sa parution, mais également des années plus tard, peut ainsi faire subsister l'atteinte à la personnalité qu'il engendre, à moins que le texte en question ait perdu tout intérêt ou ne soit « *plus compris comme une atteinte à*

⁵³³ DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 152

⁵³⁴ DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 152

⁵³⁵ ATF 5P.241/2005 ; ATF 120 II 371 ; ATF 119 II 97, JT 1995 I 167 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 471 ; DENIS PIOTET, Les actions civiles: un premier bilan, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 143, p. 155 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 926, p. 127 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1751ss, pp 571ss

la personnalité, aux yeux du lecteur moyen »⁵³⁶. La durée de la nuisibilité de l'atteinte dépend ainsi de sa gravité, de l'identité de la personne lésée et de sa visibilité auprès du public.

404. — Cette action permet de constater judiciairement l'illicéité de l'atteinte initiale par une communication ou une publication du jugement en tout ou partie⁵³⁷. Il est important de préciser que le droit de réponse ne supprime pas le droit à la publication du jugement ; en effet si la personne lésée dans un média fait usage de son droit de réponse⁵³⁸, elle peut toujours requérir la constatation de l'illicéité, car le droit de réponse ne permet à la personne lésée que de donner son avis, mais n'informe pas le lecteur que le journal a commis un acte illicite. Il ne s'agit pas d'un jugement mais d'un avis personnel du lésé.

405. — L'action en constatation est une variante de l'action générale en constatation de droit (art. 25 PCF⁵³⁹) ; cette dernière n'est toutefois réalisable que dans les cas où la personne concernée ne dispose pas d'une autre action permettant d'atteindre le même but, telles que les actions spécifiques en protection de la personnalité⁵⁴⁰. L'action générale est ainsi exclue par l'action spéciale de 28 al. 1 ch. 3 CC mais reste ouverte pour les tiers ou pour l'auteur de l'atteinte pouvant justifier d'un intérêt digne de protection à la constatation de la licéité ou de l'illicéité de l'atteinte⁵⁴¹.

406. — L'action en constatation de droit figurant dans le Code civil est subsidiaire aux actions en prévention et en cessation de l'atteinte ; il est d'ailleurs admis que le demandeur prenne dans les actions en prévention et en cessation de l'atteinte, des conclusions subsidiaires tendant à faire constater l'illicéité de cette atteinte au cas où celle-ci aurait pris fin avant l'ouverture de la procédure ou pendant.

407. — Cette action n'est pas subsidiaire par rapport aux actions en dommages-intérêts, en réparation du tort moral et en remise de

⁵³⁶ ATF 127 III 481 ; Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, p. 686

⁵³⁷ ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 564, p. 121

⁵³⁸ ATF 122 III 449, JT 1998 I 131 ; SJ 2007 II 199 225

⁵³⁹ Art. 25 PCF « Une action peut être intentée à l'effet de faire constater l'existence ou l'inexistence d'un rapport de droit lorsque le demandeur a un intérêt juridique à une constatation immédiate » ; Loi fédérale du 4 décembre 1947 de procédure civile fédérale, RS 273

⁵⁴⁰ ATF 101 II 177 ; ATF 95 II 481 ; RJN 1983 78 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 565, p. 122

⁵⁴¹ ATF 114 II 253, JT 1989 I 333 ; ATF 110 II 352, JT 1985 I 354

gain car il s'agit d'actions complémentaires ne supprimant pas le trouble découlant de l'atteinte mais octroyant une réparation ou une compensation financière. L'action en constatation de droit peut ainsi être intentée conjointement avec l'une de ces actions, afin que le demandeur puisse requérir la constatation de l'atteinte ainsi qu'une compensation financière pour le dommage causé⁵⁴².

3.5.6.2. Conditions

408. — En plus de la condition nécessaire à toutes les actions défensives, soit celle de l'existence d'une atteinte illicite, il faut encore que le traitement de données soit terminé et que les effets de celui-ci subsistent (art. 28 al. 1 ch. 3 CC)⁵⁴³. Il ne suffit toutefois pas que l'atteinte produise un trouble pouvant faire naître de nouveaux effets dommageables, mais il faut que ces effets causent un trouble actuel⁵⁴⁴.

409. — Il revient au demandeur de prouver qu'une atteinte illicite à la personnalité est terminée mais qu'elle continue de produire des effets ; lorsque l'atteinte est grave, il est toutefois présumé que les effets perdurent⁵⁴⁵.

410. — Le lésé doit également avoir un intérêt digne de protection à mettre fin aux effets découlant de l'atteinte⁵⁴⁶.

3.5.6.3. Conclusions de la requête

411. — Le lésé ne peut plus requérir dans les conclusions de sa demande la suppression de l'atteinte étant donné qu'elle n'existe plus, mais il peut demander la constatation des effets indésirables qui en découlent.

⁵⁴² ATF 127 I 115 ; ATF 101 II 189, 95 ; ATF 95 II 481 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 563 et 565, p. 121

⁵⁴³ ATF 119 II 97, JT 1995 I 167 ; ATF 118 II 254 ; Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, pp 685-686 ; DENIS PIOTET, *Les actions civiles: un premier bilan*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 143, p. 155 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 10ss, pp 270-271, *Commentaire romand, Code civil I* : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁵⁴⁴ ATF 120 II 371, JT 1996 I 103

⁵⁴⁵ ATF 122 III 449, JT 1998 I 131 ; ATF 108 II 241, JT 1984 I 66 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 15, p. 216, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁴⁶ ATF 127 III 481 ; ATF 126 III 161 ; ATF 123 III 354 ; CORRADO RAMPINI, art. 15, N 15, p. 216, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 607a, p. 206

L'action en constatation va en effet permettre de constater judiciairement le caractère illicite de l'atteinte ce qui permettra par la suite de mettre un terme non pas à l'atteinte, mais aux troubles qui en découlent. La constatation peut prendre la forme d'une publication ou de toute autre forme de communication. Le législateur a toutefois précisé dans son message que cette action n'était qu'une « *modalité de l'action générale en constatation de droit, qu'elle n'entend[ait] nullement supplanter. Il reste donc notamment possible à toute personne de demander au juge qu'il constate si l'acte qu'elle se propose de faire constitue une atteinte illicite aux intérêts personnels.* »⁵⁴⁷

3.6. Mesures provisionnelles

3.6.1. Généralités

412. — Il est important de faire cesser une atteinte à la personnalité le plus rapidement possible par le biais d'une procédure simple et rapide afin d'en limiter les dommages. Les actions ordinaires prennent souvent trop de temps à aboutir, raison pour laquelle la loi prévoit la possibilité de requérir des mesures provisionnelles⁵⁴⁸ ; il s'agit d'ailleurs de l'un des moyens les plus utilisés en la matière, se révélant souvent la seule solution « *pour écarter le danger* »⁵⁴⁹. Avant l'entrée en vigueur du Code de procédure civile suisse (CPC) le 1^{er} janvier 2011, les articles 28c à 28f CC s'appliquaient, mais aujourd'hui ce sont les articles 261 à 269 CPC. Les principes en matière de mesures provisionnelles découlant de la doc-

⁵⁴⁷ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, pp 661 et 685-686

⁵⁴⁸ Art. 261 CPC « ¹ *Le tribunal ordonne les mesures provisionnelles nécessaires lorsque le requérant rend vraisemblable qu'une prétention dont il est titulaire remplit les conditions suivantes :*

*elle est l'objet d'une atteinte ou risque de l'être ;
cette atteinte risque de lui causer un préjudice difficilement réparable.*

² *Le tribunal peut renoncer à ordonner des mesures provisionnelles lorsque la partie adverse fournit des sûretés appropriées ».* ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6961

⁵⁴⁹ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de la personnalité: art. 28 CC et 49 CO) du 5 mai 1982, FF 1982 II 661, p. 669 ; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35

trine et de la jurisprudence relatives aux articles 28c ss CC restent toutefois les mêmes⁵⁵⁰.

3.6.2. Conditions

413. — Il est nécessaire de remplir certaines conditions pour pouvoir requérir des mesures provisionnelles. Les conditions concernant l'existence d'une atteinte illicite imminente ou actuelle sont les mêmes que celles pour les actions au fond⁵⁵¹. C'est toutefois au cours d'une procédure ordinaire que le juge vérifie si ces conditions sont bel et bien remplies⁵⁵².

414. — Il faut tout d'abord que le lésé puisse rendre vraisemblable que sa prétention « *est l'objet d'une atteinte illicite ou risque de l'être* » (art. 261 al. 1 lit. a CPC)⁵⁵³. Seules l'imminence et l'actualité de l'atteinte doivent être rendues vraisemblables ; l'illicéité étant présumée, c'est donc au défendeur de trouver des justes motifs légitimant son atteinte⁵⁵⁴.

415. — En plus de la menace de l'atteinte illicite, il doit y avoir le risque d'un « *préjudice difficilement réparable* » (art. 261 al. 1 lit. b CPC), justi-

⁵⁵⁰ NICOLAS JEANDIN, art. 28c, N 2ss, pp. 286-287, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6961 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1826, p. 592

⁵⁵¹ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 38 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 623, p. 133 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 642-642a, p. 218 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1120, p. 151

⁵⁵² PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1121, p. 151

⁵⁵³ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 472 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6961 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28c, N 7, p. 287, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁵⁵⁴ FRANÇOIS BOHNET, art. 261, N 4ss, p. 1019, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 38 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 623, p. 133 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 642 et 642a, p. 218 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1120, p. 151 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28c, N 5, p. 287, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

fiant l'urgence des mesures provisionnelles, la requête étant en général déposée dans l'urgence. Les droits procéduraux de l'intimé, notamment le droit d'être entendu, ne peuvent être entièrement respectés⁵⁵⁵. Cependant, comme la réparation d'une atteinte illicite à la personnalité est en général difficile à réaliser, le juge admet facilement la réalisation de la condition du « *préjudice difficilement réparable* » lorsque la mesure provisionnelle peut faire cesser l'atteinte illicite lésant la victime⁵⁵⁶.

416. — Pour savoir si des mesures provisionnelles doivent être ordonnées, le juge effectue une pesée d'intérêts entre le préjudice que le requérant subirait sans le prononcé de mesures provisionnelles et celui de l'intimé si elles étaient ordonnées, en tenant compte des possibilités de réparation du préjudice et des sûretés qui peuvent être fournies (art. 264 CPC)⁵⁵⁷. Il est donc question d'appliquer le principe de proportionnalité⁵⁵⁸.

417. — Une fois ces conditions réalisées, le juge peut ordonner les mesures provisionnelles requises.

3.6.3. Types de mesures

418. — Conformément à l'article 262 CPC, le juge peut prendre les mesures nécessaires pouvant prévenir ou faire cesser le préjudice ; cet article cite de manière non exhaustive l'« *interdiction* », l'« *ordre de cessation d'un état de fait illicite* », l'« *ordre donné à une autorité qui tient un registre ou à un tiers* », la « *fourniture d'une prestation en nature* » ou encore le « *versement d'une prestation en argent, lorsque la loi le prévoit* ».

⁵⁵⁵ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 39 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 653, p. 221 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1121, p. 151 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28c, N 8, p. 287-288, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6961

⁵⁵⁶ PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1123-1124, p. 151

⁵⁵⁷ FRANÇOIS BOHNET, art. 261, N 17, p. 1021, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 39

⁵⁵⁸ SJ 1993 205, 211 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 629, p. 134 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1139, p. 153 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 647, p. 219

Comme pour l'article 28c CC, le juge peut prendre toutes les mesures qui lui semblent adaptées au cas en question⁵⁵⁹.

419. — Lorsque les mesures provisionnelles figuraient encore dans le Code civil, il existait une controverse concernant la mesure provisionnelle portant sur la constatation de l'illicéité de l'atteinte⁵⁶⁰. En effet, selon certains auteurs, même si la liste des mesures figurant dans la loi n'était pas exhaustive et que rien n'empêchait le choix d'une telle mesure, ils estimaient qu'elle n'était pas une « *mesure au sens usuel du terme* » et qu'elle avait un caractère définitif « *qui la rend difficilement compatible, d'une part avec la procédure sommaire et, d'autre part, avec la nature des mesures provisionnelles* »⁵⁶¹. Je pense en effet que le fait de déclarer illicite un acte constitue un jugement définitif et qu'il n'est pas possible de revenir en arrière lors d'une procédure ordinaire ; si on admet que cette constatation puisse être une mesure provisionnelle, cela signifie que l'on admet que l'atteinte puisse être déclarée licite par la suite, affaiblissant ainsi significativement la portée et la valeur d'une telle mesure. Je trouve ainsi cohérent de ne pas demander de constater le caractère illicite ou licite de l'atteinte dans le cadre d'une mesure provisoire, afin qu'une telle décision ne se fasse qu'après une procédure complète et puisse ainsi garder toute sa valeur. Avec l'entrée en vigueur du nouveau code de procédure civile, la situation s'est quelque peu clarifiée puisque le législateur précise à l'article 262 CPC que le juge peut « *ordonner toute mesure provisionnelle propre à prévenir ou à faire cesser le préjudice* » en donnant ensuite une petite liste d'exemples, sans parler de mesure provisionnelle constatant l'illicéité de l'atteinte; la question se posera certainement à nouveau.

⁵⁵⁹ FRANÇOIS BOHNET, art. 262, N 6ss, pp 1024ss, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 6962

⁵⁶⁰ RSJ 1988 p. 422 ; SJ 1987 143, RSJ 1991 p. 320 ; RSJ 1988 p. 421 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 629, p. 134 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1140, p. 153

⁵⁶¹ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 42-43

3.6.4. Les sûretés

420. — Lorsque les mesures provisionnelles peuvent causer un préjudice à l'intimé, le juge peut ordonner au requérant de fournir des sûretés (art. 264 CPC). Leur but est alors de garantir qu'elles couvriront le préjudice causé par l'exécution des mesures provisionnelles si celles-ci se révèlent infondées⁵⁶².

421. — Pour savoir s'il est nécessaire d'ordonner des sûretés, le juge doit procéder à une pesée d'intérêts, afin de déterminer leur opportunité et leur étendue. La pesée d'intérêt se fait entre celui de l'intimé à se voir garantir qu'un dommage causé par ces mesures provisionnelles pourra être réparé si celles-ci se révèlent infondées et l'intérêt financier du demandeur à ne pas devoir verser de sûretés. Le juge doit tenir compte de la « *nature de l'atteinte, de la personnalité et de la situation des parties, des risques et de l'importance du préjudice que les mesures pourraient occasionner* »⁵⁶³.

422. — Certains auteurs estiment que les sûretés sont une condition à l'exécution des mesures provisionnelles, mais non à leur prononcé, le juge ne pouvant refuser de statuer pour un tel motif⁵⁶⁴. Ils pensent à juste titre qu'il faut connaître la mesure prononcée par le juge pour pouvoir évaluer les effets préjudiciables qu'elle pourrait causer et que c'est au moment du prononcé que le juge décidera des sûretés. Pour des raisons évidentes de temps, celui-ci peut ordonner des sûretés d'office lorsqu'il prononce des mesures d'urgence. Cependant, lorsqu'il n'y a pas d'urgence, l'intimé doit requérir les sûretés et rendre vraisemblable le préjudice que pourraient créer les mesures provisionnelles. Pour finir, le juge ne fait exécuter les mesures provisionnelles que lorsque les sûretés ont été déposées⁵⁶⁵; il doit également pouvoir ordonner l'arrêt des mesures lorsque les sûretés n'ont pas été remises dans le délai imparti, et devrait égale-

⁵⁶² FRANÇOIS BOHNET, art. 264, N 2, p. 1032, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

⁵⁶³ PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1126-1129, pp 151-152; voir aussi : FRANÇOIS BOHNET, art. 264, N 5, p. 1033, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011

⁵⁶⁴ HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, Personnes physiques et tutelle, 4e édition, Berne, 2001, N 645, p. 219

⁵⁶⁵ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 638-639, p. 136; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p.48

ment pouvoir ordonner, en cas d'atteinte imminente, l'exécution immédiate des mesures puis leur caducité si les sûretés n'ont pas été remises dans le délai imparti⁵⁶⁶. En plus du délai imparti, le juge doit préciser la nature des sûretés, qui peuvent prendre la forme du dépôt, de la consignation, du cautionnement, de la garantie bancaire, et cela même si la nature des sûretés est déterminée par le droit cantonal⁵⁶⁷.

423. — Les sûretés sont libérées lorsqu'il est établi que la partie adverse ne demandera pas la réparation du préjudice subi en raison des mesures provisionnelles (art. 264 al. 3 CPC), réparation qui peut être demandée lorsque les mesures provisionnelles se révèlent infondées ; si le défendeur les a requises en toute bonne foi, le juge peut réduire le montant des dommages-intérêts ou ne pas en allouer (art. 264 al. 2 CPC). Il s'agit donc d'une « *responsabilité objective simple à connotation aquilienne, en ce sens que le critère de la faute du responsable n'est pas écarté mais est transféré du secteur des conditions de la responsabilité à celui des facteurs de réduction ou de suppression de l'indemnité* »⁵⁶⁸. Par contre, si les mesures provisionnelles ont été confirmées, l'intimé ne peut plus demander réparation du dommage et les sûretés seront restituées au demandeur sur présentation du jugement définitif et exécutoire⁵⁶⁹.

3.6.5. Procédure

424. — La procédure pour les mesures provisionnelles est une procédure sommaire, permettant à la justice d'octroyer au demandeur la reconnais-

⁵⁶⁶ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 48-49

⁵⁶⁷ PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1130, p. 152

⁵⁶⁸ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 50-51 ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 6963

⁵⁶⁹ FRANÇOIS BOHNET, art. 264, N 8, p. 1033, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 648ss, pp 138-139 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1232, p. 164 ; HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 47-49

sance de son droit le plus rapidement possible (art. 248 lit. d CPC) ; les mesures provisionnelles sont d'ailleurs le moyen le plus utilisé lors de procès touchant à la protection de la personnalité⁵⁷⁰.

425. — La procédure sommaire est réglementée aux articles 248ss CPC. Conformément à l'article 252 CPC, la procédure doit être introduite par une requête⁵⁷¹, à laquelle l'intimé peut répondre (art. 253 CPC) ; le tribunal a la possibilité de renoncer aux débats et de statuer sur pièces (art. 256 CPC). Les capacités pour agir et pour défendre sont réglées de la même manière que pour les actions au fond, il convient donc de se référer au point 3.5.2.2⁵⁷².

426. — Le juge doit également respecter le droit d'être entendu de la partie adverse en lui communiquant la requête de mesures provisionnelles et en lui permettant de prendre position et de faire valoir ses propres moyens. Cependant, l'urgence de certaines situations permet au juge de ne pas entendre les moyens invoqués par l'intimé et de prendre des mesures dites superprovisionnelles (art. 265 CPC)⁵⁷³.

427. — Le nouveau code prévoit également le mémoire préventif (art. 270 CPC) qui permet à toute personne ayant « *une raison de croire qu'une mesure superprovisionnelle (...) sera requise contre lui sans audition préalable peut se prononcer par anticipation en déposant un mémoire préventif* » (art. 270 al. 1 CPC). Le défendeur potentiel peut ainsi utiliser son droit d'être entendu en faisant part de son point de vue concernant la mesure superprovisionnelle⁵⁷⁴. Le mémoire préventif n'est remis au de-

⁵⁷⁰ PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 1103, p. 148

⁵⁷¹ FRANÇOIS BOHNET, art. 252, N 2, p. 996, *Code de procédure civile commenté*, Bâle, 2011 ; HUBERT BUGNON, *Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité*, petit(s) commentaire(s), in *La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit*, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 47

⁵⁷² HUBERT BUGNON, *Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité*, petit(s) commentaire(s), in *La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit*, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 38 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 623, p. 133 ; HENRI DESCHENAUX & PAUL-HENRI STEINAUER, *Personnes physiques et tutelle*, 4e édition, Berne, 2001, N 642-642a, p. 218 ; PIERRE TERCIER, *Le nouveau droit de la personnalité*, Zürich, 1984, N 1120, p. 151

⁵⁷³ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, pp 6963-6964

⁵⁷⁴ FRANÇOIS BOHNET, art. 270, N 2ss, pp 1057-1058, *Code de procédure civile commenté*, Bâle, 2011 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6965

mandeur que si celui-ci introduit des mesures superprovisionnelles et devient caduc six mois après son dépôt (art. 270 al. 2 et 3 CPC).

428. — Le juge n'est pas lié par les conclusions du requérant, ce qui lui permet de respecter au mieux le principe de proportionnalité, en prenant les mesures qu'il estime les plus adéquates. Quant à la formulation du jugement, rien n'est prévu dans la loi, si ce n'est qu'il doit être suffisamment précis pour que l'intimé sache ce qu'il doit faire. Le juge peut également revenir par la suite sur son prononcé⁵⁷⁵ en modifiant ou en révoquant les mesures, lorsque celles-ci sont devenues injustifiées ou que les circonstances ont changé (art. 268 CPC). Les mesures se terminent une fois qu'elles sont caduques, soit lorsque le jugement au fond entre en force, à moins qu'elles soient maintenues si elles servent à l'exécution de la décision ou si la loi le prévoit (art. 268 CPC) ou encore lorsqu'aucune procédure au fond n'est ouverte dans le délai requis (art. 263 CPC).

3.6.6. Exécution des mesures provisionnelles

429. — Le juge ordonne les mesures provisionnelles lorsqu'il estime qu'elles sont nécessaires et doit ensuite ordonner leur exécution (267 CPC). Il peut d'ailleurs ordonner les mesures provisionnelles en les accompagnant de la menace de l'article 292 CP, afin d'en garantir l'efficacité⁵⁷⁶.

430. — Ensuite, si aucune procédure au fond n'est ouverte, le demandeur se voit impartir un délai pour ouvrir une action au fond, conformément à l'article 263 CPC qui stipule que « *si l'action au fond n'est pas encore pendante, le tribunal impartit au requérant un délai pour le dépôt de la demande, sous peine de caducité des mesures ordonnées* »⁵⁷⁷. En ce qui concerne le point de départ du délai, le Code de procédure civile n'en

⁵⁷⁵ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, p. 44-45 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 652, p. 139 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6963 ; PIERRE TERCIER, Le nouveau droit de la personnalité, Zürich, 1984, N 1208, p. 161

⁵⁷⁶ FRANÇOIS BOHNET, art. 267, N 15, p. 1047, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28c, N 15, p. 289, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁵⁷⁷ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6963

prévoit pas⁵⁷⁸ ; il faut donc compter que celui-ci commence le jour de la notification de l'ordonnance⁵⁷⁹.

3.7. Moyens juridiques contre un organe public fédéral

3.7.1. Généralités

431. — Une personne concernée peut également être victime d'un traitement de données personnelles illicite effectué par un organe public fédéral. Comme pour les actions à l'encontre d'un maître du fichier privé, le lésé peut demander la cessation de l'atteinte, son interdiction ou encore d'autres mesures (art. 25 LPD), afin « *d'exiger que les traitements de données soient effectués conformément à la loi* »⁵⁸⁰. L'article 25 LPD découle des articles 13 al. 2 Cst et 8 CEDH et ne peut être appliqué qu'avec les articles 17 à 20 et 22 et 23 LPD, qui déterminent les conditions qu'un organe fédéral doit remplir pour que le traitement de données qu'il effectue soit licite, chaque traitement de données personnelles effectué par un organe fédéral devant être considéré comme une atteinte au droit fondamental à l'autodétermination informationnelle⁵⁸¹.

432. — L'article 25 LPD prévoit ainsi la possibilité pour la personne concernée de demander à ce que l'organe fédéral s'abstienne de procéder à un traitement illicite, à ce que les effets d'un traitement illicite soient supprimés ou encore que le caractère illicite du traitement soit constaté (art. 25 LPD). Le demandeur peut également requérir différentes mesures, comme la destruction de données personnelles afin de supprimer l'illicéité du traitement de données personnelles. Cet article a ainsi la même structure que l'article 28a CC mais les prétentions qui en découlent doivent être traitées selon la loi fédérale sur la procédure administra-

⁵⁷⁸ Code de procédure civile suisse (Code de procédure civile, CPC), RS 272

⁵⁷⁹ HUBERT BUGNON, Les mesures provisionnelles de protection de la personnalité, petit(s) commentaire(s), in *La protection de la personnalité: bilan et perspectives d'un nouveau droit*, contributions en l'honneur de Pierre Tercier pour ses cinquante ans, Fribourg, 1993, p. 35, pp 50-51 ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 646, pp 137-138

⁵⁸⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 482

⁵⁸¹ ATF 120 Ia 147 ; JAN BANGERT, art. 25, N 1 et 2, pp 333-334, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006 ; RAINER J. SCHWEIZER, art. 13, N 40, p. 325, *Die schweizerische Bundesverfassung Kommentar*, Art. 1 - 93, 2. Auflage, Zürich, St. Gallen, 2008

tive (art. 25 al. 4 LPD)⁵⁸². L'article 25 LPD a en effet servi de modèle pour l'article 25a PA⁵⁸³ entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007 avec la réforme de la justice. Les deux articles protègent ainsi les administrés des actes des organes fédéraux, l'article 25a PA étant la disposition générale et l'article 25 LPD la disposition spécifique à la protection des données. L'article 25 LPD est la *lex specialis* primant l'article 25 PA en matière de protection des données⁵⁸⁴. Certains auteurs se demandent si ces deux dispositions sont cumulatives⁵⁸⁵, mais comme elles sont pratiquement semblables sur le fond, la question de la subsidiarité de l'article 25a PA face à l'article 25 LPD n'est pas très importante quant à ses conséquences pratiques⁵⁸⁶.

3.7.1.1. Demande de s'abstenir d'effectuer un traitement illégal

433. — Conformément à l'article 25 al. 1 lit. a LPD, la personne concernée peut demander à l'organe fédéral de s'abstenir d'effectuer un traitement illégal de données personnelles. Pour pouvoir effectuer cette action, celle-ci devrait craindre sérieusement qu'un traitement futur et illégal puisse avoir lieu.

434. — L'organe fédéral doit veiller à ce que les données qu'il traite ne le soient pas de manière illicite et doit effectuer les modifications nécessaires pour que le traitement devienne légal.

435. — Dans l'optique d'éviter un traitement illicite de données personnelles, le demandeur peut demander que l'organe fédéral rectifie les don-

⁵⁸² Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021 ; JAN BANGERT, art. 25, N 80, p. 347, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

⁵⁸³ 25a PA : « ¹ Toute personne qui a un intérêt digne de protection peut exiger que l'autorité compétente pour des actes fondés sur le droit public fédéral et touchant à des droits ou des obligations :

a. s'abstienne d'actes illicites, cesse de les accomplir ou les révoque ;

b. élimine les conséquences d'actes illicites ;

c. constate l'illicéité de tels actes.

² L'autorité statue par décision »

⁵⁸⁴ BEATRICE WEBER-DÜRLER, art. 25a, N 32, CHRISTOPH AUER, MARKUS MÜLLER & BENJAMIN SCHINDLER, Kommentar zum Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), Zürich, St.Gallen, 2008

⁵⁸⁵ A-2482/2007 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 156, p. 746

⁵⁸⁶ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 156, p. 746

nées personnelles illicites afin de les rendre licites (art. 25 al. 3 lit. a LPD)⁵⁸⁷ ; il peut également requérir que l'organe fédéral détruise les données illicites (art. 25 al. 3 lit. a LPD), ce qui peut arriver lorsqu'il n'y a pas de base légale suffisante au sens de l'article 17 pour traiter les données, lorsqu'aucun traitement de données n'est requis pour que l'organe fédéral puisse remplir ses devoirs ou lorsque l'atteinte à la sphère privée de la personne concernée résultant du traitement de données est disproportionnée ou encore que les données ont été obtenues de manière illégales⁵⁸⁸. La personne concernée peut également demander à ce que le caractère litigieux de la donnée soit mentionné (art. 25 al. 2 LPD) lorsqu'il n'est pas possible de déterminer l'exactitude ou l'inexactitude d'une donnée personnelle traitée par l'organe fédéral⁵⁸⁹. Pour finir, elle peut encore s'opposer à la communication des données personnelles à des tiers (art. 25 al. 3 lit. a LPD) afin que l'organe fédéral s'abstienne d'effectuer un traitement illicite de données personnelles⁵⁹⁰.

3.7.1.2. Demande de suppression des effets dûs au traitement illicite de données personnelles

436. — Conformément à l'article 25 al. 1 lit. b LPD, la personne concernée peut demander la suppression des effets dûs au traitement illicite de données personnelles. Cette situation suppose que les données personnelles ont déjà été traitées de manière illicite, qu'il y a eu des effets négatifs sur la personne concernée et que ces effets peuvent être éliminés par des mesures appropriées et proportionnées⁵⁹¹.

⁵⁸⁷ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 165-164, p. 751 ; JAN BANGERT, art. 25, N 41ss, pp 340-341, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁸⁸ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 172, p. 755 ; JAN BANGERT, art. 25, N 58, p. 343, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁸⁹ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 167, p. 752 ; JAN BANGERT, art. 25, N 50ss, pp 342-343, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁹⁰ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 174, p. 756 ; JAN BANGERT, art. 25, N 62-63, p. 344, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁹¹ JAN BANGERT, art. 25, N 64, p. 344, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

3.7.1.3. Constatation du caractère illicite du traitement de données personnelles

437. — Lorsque le traitement de données personnelles illicite est terminé, il est possible pour la personne concernée de demander la constatation du caractère illicite du traitement en question et de requérir la publication ou la communication de la décision à des tiers.

438. — Cette revendication est toutefois subsidiaire aux autres moyens juridiques pouvant être intentées selon l'article 25 LPD⁵⁹².

3.7.1.4. Mesures provisionnelles

439. — Les actions de l'article 25 LPD sont réglées par la loi fédérale sur la procédure administrative (PA)⁵⁹³ (art. 25 al. 4 LPD). L'article 56 PA⁵⁹⁴ prévoit la possibilité de prendre des mesures provisionnelles pour la procédure de recours, mais aucune disposition ne prévoit la possibilité de requérir de mesures provisionnelles dans le cadre d'une procédure de première instance ; il s'agit d'une lacune, qui peut être comblée, en appliquant par analogie l'article 56 PA à la procédure de première instance. Pour que des mesures provisionnelles puissent être appliquées, il faut que le fait de ne pas octroyer les mesures provisionnelles puisse conduire à un grave préjudice en la matière, mais il doit également être probable que les mesures provisionnelles soient confirmées dans la décision finale et que la mesure visant à empêcher le préjudice soit adéquate, nécessaire et supportable pour les personnes concernées⁵⁹⁵.

⁵⁹² EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 177, p. 757 ; JAN BANGERT, art. 25, N 75, p. 346, *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, Basel, 2006

⁵⁹³ Loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative, RS 172.021

⁵⁹⁴ Art. 56 PA : « *Après le dépôt du recours, l'autorité de recours, son président ou le juge instructeur peut prendre d'autres mesures provisionnelles, d'office ou sur requête d'une partie, pour maintenir intact un état de fait existant ou sauvegarder des intérêts menacés.* »

⁵⁹⁵ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Bern, 2011, N 183ss, pp 761-762

3.7.2. Procédure

3.7.2.1. Généralités

440. — La procédure concernant les actions figurant à l'article 25 LPD est réglée par la PA (art. 25 al. 4 LPD), qui prévoit, en plus des mesures provisionnelles, la possibilité de faire un recours auprès du Tribunal administratif fédéral (art. 33 al. 1 LPD).

3.7.2.2. Parties à la procédure

3.7.2.2.1. Légitimation active

441. — La légitimation active revient aux personnes ayant un intérêt légitime à introduire une requête auprès des organes fédéraux responsables, à savoir un intérêt de fait ou de droit à ce que le traitement illicite de données personnelles soit interdit, arrêté ou constaté⁵⁹⁶.

442. — Pour les personnes concernées, chaque traitement de données effectué par un organe public fédéral est une atteinte à son droit fondamental à l'autodétermination informationnelle, par conséquent, l'intérêt légitime existe toujours pour la personne concernée⁵⁹⁷ ; les tiers peuvent également faire valoir un tel intérêt⁵⁹⁸. Les proches d'une personne décédée peuvent également agir car « *l'ordre juridique admet toutefois une prolongation de la protection [de la personnalité], eu égard à la dignité du défunt et au sentiment de pitié de ses proches* »⁵⁹⁹. Par contre, pour les tiers qui ne sont pas touchés dans leurs droits de la personnalité, il sera difficile de démontrer un intérêt légitime⁶⁰⁰.

⁵⁹⁶ BLAISE KNAPP, Précis de droit administratif, 4e édition, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991, N 1956, p. 407 ; JAN BANGERT, art. 25, N 28 et 31, p. 338, Basler Kommentar,

Datenschutzgesetz, Basel, 2006

⁵⁹⁷ JAN BANGERT, art. 25, N 33, p. 339, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

⁵⁹⁸ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 483

⁵⁹⁹ ATF 127 I 115

⁶⁰⁰ JAN BANGERT, art. 25, N 37, p. 339, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

443. — Les associations ont également un droit d’agir au nom de leurs membres, pour autant qu’elles protègent un intérêt général partagé par la majorité de ceux-ci⁶⁰¹.

3.7.2.2.2. Légitimation passive

444. — Le destinataire de la requête est l’organe fédéral responsable, à savoir une autorité, le service fédéral et les personnes chargées d’une tâche de la Confédération (art. 3 lit. h LPD)⁶⁰². L’organe responsable est celui qui traite des données ou les fait traiter par un tiers pour remplir ses tâches (art. 16 al. 1 LPD).

445. — Les personnes privées qui effectuent des tâches publiques pour l’Etat sont considérées comme des organes fédéraux, comme le sont par exemples les assurances sociales pour les domaines de l’assurance-maladie et de l’assurance-accident obligatoires⁶⁰³.

3.7.2.3. Recours

446. — « *Les requêtes découlant des 1^{er} et 2^e alinéas de l’article 22 [article 25 de la loi] doivent nécessairement faire l’objet d’une décision* »⁶⁰⁴, décision qui peut ensuite faire l’objet d’un recours auprès du Tribunal administratif fédéral au sens des articles 44ss PA⁶⁰⁵. Le recours auprès de ce tribunal peut être entrepris si les possibilités de recours et d’opposition en vertu d’une autre loi fédérale ont été épuisées (art. 32 al. 2 lit. a LTAF)⁶⁰⁶. L’arrêt du Tribunal administratif fédéral peut ensuite faire

⁶⁰¹ JAN BANGERT, art. 25, N 38, p. 340, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

⁶⁰² JAN BANGERT, art. 25, N 20-21, p. 337, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 179, p. 758

⁶⁰³ ATF 123 II 534 ; JAN BANGERT, art. 25, N 22, p. 337, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

⁶⁰⁴ Le « *refus ou une restriction du droit d’accès doit également revêtir la forme d’une décision* » Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 484

⁶⁰⁵ EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 188, p. 763

⁶⁰⁶ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF), RS 173.32 ; JAN BANGERT, art. 25, N 91, p. 349, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

l'objet d'un recours de droit public auprès du Tribunal fédéral (art. 82ss LTF)⁶⁰⁷.

447. — Il est également possible de recourir contre les décisions des autorités cantonales, lorsque le traitement de données personnelles par ces autorités est effectué en application de la LPD (art. 37 al. 2 LPD), lorsque le niveau de protection des données cantonal est insuffisant⁶⁰⁸.

3.7.3. Et les organes publics cantonaux ?

448. — Les lois cantonales de protection des données prévoient également des actions pour permettre aux personnes concernées d'agir contre un organe public cantonal qui effectue un traitement illicite de données personnelles. Les législateurs cantonaux ont prévu de manière générale les mêmes actions que dans la LPD.

449. — La loi neuchâteloise sur la protection des données prévoit un tel type d'action à son article 30, la loi vaudoise sur la protection des données personnelles à son article 29, la loi bernoise sur la protection des données à ses articles 23 et suivants et la loi zurichoise sur l'information et la protection des données à son article 21.

3.8. Conclusion

3.8.1. Problématiques

450. — Concernant l'action en interdiction (art. 28a al. 1 ch. 1 CC), la principale condition pour introduire cette action est le fait que l'atteinte doit être imminente et non réalisée ; cette condition la rend difficile à utiliser, car la plupart du temps, il est difficile, voire impossible, de déterminer les intentions du maître du fichier. Avant la collecte de données personnelles, il est en effet quasiment impossible de savoir si l'on va faire l'objet d'un traitement illicite de données ; la crainte d'un traitement illicite peut ainsi apparaître lorsque le maître est en possession de données alors qu'il n'en a pas le droit et qu'un nouveau traitement de données

⁶⁰⁷ Loi fédérale du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (LTF), RS 173.110

⁶⁰⁸ JAAC 62.40 ; JAN BANGERT, art. 25, N 23, p. 337, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006

personnelles semble proche. Il s'agit d'une situation où il y a déjà eu une atteinte et où une menace de traitement illicite est grande.

451. — Au regard de la jurisprudence suisse publiée, cette action n'a jamais été utilisée en protection des données, certainement pour les raisons citées ci-dessus. Je ne vois pas quelles modifications apporter à la législation actuelle pour empêcher la parution d'un article dans la presse ou encore la communication orale de données entre deux professionnels de la santé travaillant ensemble. Par ailleurs, si le maître du fichier a connaissance de l'illégalité de son traitement de données, il aura plutôt tendance à cacher ses activités illicites, ce qui permettra encore moins à la personne concernée d'avoir connaissance des intentions du maître du fichier. La seule façon de mettre à profit l'action en prévention est d'être vigilant et d'agir dès que l'on a connaissance des intentions du maître du fichier pour éviter un nouveau traitement illicite de données personnelles.

452. — L'action en cessation (art. 28a al. 1 ch. 2 CC) est également rarement, voire jamais utilisée, en matière de protection des données car le dommage n'étant pas financier, la personne concernée ne voit pas forcément l'intérêt de faire constater l'atteinte ; par ailleurs, la cessation ne peut être demandée par la personne concernée que lorsque celle-ci est au courant du traitement illicite de données personnelles ou de l'illicéité du traitement, ce qui n'est pas toujours le cas.

453. — L'action en constatation (art. 28a al. 1 ch. 3 CC) n'est pas plus utilisée que l'action en cessation et ce, pour la même raison : la personne concernée ne voit probablement pas l'intérêt d'ouvrir action pour faire constater une atteinte qui n'a pas causé de dommage économique. Le seul intérêt que pourrait avoir une personne lésée par un traitement illicite de données personnelles est de faire constater l'atteinte pour pouvoir démentir un état de fait faux.

454. — Il faut également relever que le laps de temps entre le moment où l'atteinte est imminente, celui où elle se produit et celui où elle doit être constatée car déjà réalisée peut être très court, faisant que les conclusions de la requête tendant par exemple à demander l'interdiction de l'atteinte peuvent se révéler obsolètes au moment du jugement si l'atteinte a déjà eu lieu. Pour faire face à cela, il faut joindre à la demande les conclusions principales tendant à interdire l'atteinte, mais également des conclusions subsidiaires visant à faire cesser l'atteinte si elle a déjà commencé et éventuellement à la faire constater si elle a déjà pris fin.

455. — Les mesures provisionnelles doivent à mon sens être préférées aux actions défensives au fond, car elles ont pour avantage d'obtenir rapide-

ment une décision du juge qui, même si elle est provisoire, permet d'arrêter l'atteinte.

456. — La menace de l'article 292 CP que l'on peut invoquer dans les actions défensives ne me semble pas assez efficace. Comme nous l'avons vu ci-dessus, le maître du fichier préférera risquer de payer l'amende dans certains cas, amende qui ne pourra s'élever qu'à CHF 10'000.- au maximum, plutôt que de renoncer à son activité illicite, même si sa réputation est en jeu. Le montant de l'amende de l'article 292 CP devrait être plus élevé, mais cela impliquerait une modification importante du droit pénal qui n'est certainement pas souhaitée.

457. — Les problèmes évoqués pour les actions défensives peuvent être répétés pour les actions publiques, qui sont semblables à celles de l'article 28a CC. Les remarques concernant l'article 28a CC sont donc applicables à l'article 25 LPD.

3.8.2. Quelles solutions envisager ?

458. — Quelle que soit l'action défensive, on constate que les victimes d'atteintes illicites utilisent rarement, voire jamais ces actions pour faire valoir leurs droits. Le manque de volonté de s'engager dans une procédure judiciaire, l'atteinte à la personnalité et non l'atteinte au patrimoine financier ou encore la méconnaissance de l'atteinte ou des moyens permettant d'agir sont certainement les causes d'une utilisation quasi inexistante de ces actions. Par conséquent, le manque de motivation pour actionner en justice les maîtres du fichier octroie à ces derniers une impunité qui ne peut que nuire au souhait de protection des données formulé par le législateur. La question que l'on peut se poser est de savoir s'il est vraiment utile de conserver l'article 15 LPD, renvoyant aux actions défensives, ou s'il est préférable de revoir le système juridique et de proposer d'autres solutions d'actions. L'obligation de cesser un traitement de données jugé illicite, de constater l'illicéité d'un acte ou encore de se voir interdire l'exécution d'un traitement de données envisagé permettrait au maître du fichier de prendre conscience de la portée de ses actes ainsi que de son obligation de respecter la personnalité des personnes dont il traite les données. Avec la menace de ces sanctions, la protection de la personnalité serait certainement mieux respectée. La question qui se pose dès lors est de savoir quelles modifications apporter afin de faciliter une action en justice des victimes? Une première réponse peut être établie en s'inspirant de modifications légales entreprises dans d'autres lois fédérales que la LPD.

459. — La loi fédérale sur les cartels (LCart)⁶⁰⁹, qui est entrée en vigueur en 1996 et qui prévoyait le même type d'actions civiles que la LPD, a été révisée en 2004 pour améliorer son efficacité et son caractère préventif. Le législateur avait en effet estimé que l'efficacité de la LCart était limitée et qu'il fallait y remédier⁶¹⁰. Pour atteindre son but, qui était « *d'empêcher les conséquences nuisibles d'ordre économique ou social imputables aux cartels et aux autres restrictions à la concurrence et de promouvoir ainsi la concurrence dans l'intérêt d'une économie de marché fondée sur un régime libéral* » (art. 1 LCart). La LCart prévoyait différents principes à respecter et obligations à remplir pour les entreprises et des dispositions de procédure civile au cas où ces entreprises contreviendraient à la LCart. Les actions civiles de la LCart prévoyaient une action en suppression ou en cessation de l'entrave à l'accès à la concurrence (art. 12 al. 1 lit. a LCart), une action en réparation du dommage et du tort moral (art. 12 al. 1 lit. b LCart et 41ss CO) et l'action en remise de gain (art. 12 al. 1 lit. c LCart et art. 423 CO), actions en grande partie similaires à celles de la LPD. La Commission de la concurrence (ComCo) pouvait également constater dans une décision les restrictions illicites à la concurrence, puis en cas de récidive, sanctionner (art. 50 à 54 LCart), contrairement au PFPDT qui ne peut faire que des recommandations et ensuite porter l'affaire devant une juridiction administrative si celles-ci ne sont pas suivies ; une similitude résulte toutefois dans le fait que tant la ComCo que le PFPDT ne pouvaient agir directement en ordonnant des sanctions.

460. — Afin de renforcer le caractère préventif de la loi, le législateur a introduit des sanctions directes pouvant être prononcées par la ComCo pour les infractions au droit des cartels particulièrement nuisibles aux consommateurs ; l'amende résultant de ces sanctions devait toutefois être « *supérieure au profit net d'une infraction au droit des cartels* », pour que les auteurs de l'infraction n'aient pas de retour lucratif suite à leur acte illicite. Les sanctions directes ternissent également l'image d'une entreprise, chose à laquelle les sociétés sont en général sensibles d'autant plus que les médias et le public s'intéressent plus aux sanctions si elles sont directes⁶¹¹.

⁶⁰⁹ Loi fédérale du 6 octobre 1995 sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (LCart), RS 251

⁶¹⁰ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, p. 1916

⁶¹¹ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, pp 1919-1922

461. — Les sanctions administratives de la LCart peuvent être prononcées suite à une décision finale constatant la violation du droit des cartels mais ne se font qu'à l'encontre de violations graves ayant des conséquences dommageables pour les consommateurs, les entreprises et l'économie⁶¹². La sanction peut prendre la forme d'une « *amende pouvant atteindre le montant maximal de 10% du chiffre d'affaire réalisé en Suisse au cours des trois derniers exercices* », la gravité et la durée de l'infraction devant être prises en compte dans le calcul de l'amende⁶¹³. En juillet 2012, la ComCo a sanctionné l'industrie suisse du disque à 3,5 millions de francs d'amende⁶¹⁴. Suite à la décision de la ComCo, l'entreprise doit pouvoir faire recours auprès de la Commission de recours puis auprès du Tribunal fédéral⁶¹⁵.

Le législateur a également prévu le « *programme de clémence* » permettant à la ComCo de supprimer ou de diminuer les sanctions pour les entreprises ayant aidé à la découverte et à la suppression d'un cartel⁶¹⁶. Une entreprise a également la possibilité d'annoncer son activité concurrentielle à la ComCo si elle n'arrive pas à juger par elle-même si elle est licite ou non ; cette action permettra alors de l'empêcher d'être sanctionnée par la suite⁶¹⁷.

462. — Je pense que la LPD devrait être modifiée sur la base de ce qui a été fait pour la LCart, car cette dernière permet dorénavant à la ComCo de prononcer des sanctions directes, renforçant le droit des cartels du point de vue préventif et la position de la ComCo. Le PFPDT devrait donc pouvoir prononcer de telles sanctions à l'encontre des maîtres du fichier effectuant des traitements illicites de données personnelles, sanctions qui pourraient prendre la forme d'amendes dont le montant serait assez élevé pour dissuader l'auteur de l'acte illicite de le réitérer. De nouvelles dispositions devraient également permettre aux maîtres du fi-

⁶¹² Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911 pp 1922-1925

⁶¹³ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, p. 1925

⁶¹⁴ ATS, L'industrie suisse du disque mise à l'amende, Le Temps du 21 juillet 2012, www.letemps.ch

⁶¹⁵ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, p. 1928

⁶¹⁶ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, pp 1926-1927

⁶¹⁷ Message du 7 novembre 2001 relatif à la révision de la loi sur les cartels, FF 2002 1911, pp 1927-1928

chier de présenter leur projet de traitement de données personnelles au PFPDT pour que celui-ci puisse confirmer sa licéité. Le Parlement devrait ainsi profiter de la future révision de la loi fédérale sur la protection des données⁶¹⁸ pour renforcer celle-ci et octroyer plus de pouvoirs au PFPDT.

⁶¹⁸ JEAN-PHILIPPE WALTER, « *Vingt ans de législation sur la protection des données, rétrospectives et perspectives* », L'évolution du droit de la protection des données: perspectives, in Jusletter du 25 juin 2012 ; CONSEIL FEDERAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011

Actions réparatrices

4.1. Généralités

463. — Après avoir interdit, fait cesser ou constaté l'atteinte illicite à la personnalité par le biais d'une action défensive basée sur l'article 28a CC, peut survenir la question de la réparation du dommage. Il est en effet possible que suite à une atteinte à la personnalité, un dommage ait été causé et qu'une réparation puisse alors être demandée. L'existence d'une action défensive n'est pas nécessaire pour introduire une action en réparation ; en effet, cette dernière peut être utilisée seule et le juge peut reconnaître l'existence de l'atteinte illicite, comme il l'aurait fait lors d'une action en constatation de droit. Les actions réparatrices ont ainsi pour but d'essayer de réparer les conséquences de l'atteinte illicite⁶¹⁹.

464. — Les actions réparatrices peuvent ainsi être intentées conjointement aux actions défensives⁶²⁰, comme le rappelle d'ailleurs le législateur à l'article 28a al. 3 CC en précisant qu'en plus des actions défensives, « sont réservées les actions en dommages-intérêts et en réparation du tort moral, ainsi que la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires ».

465. — Il existe trois types d'actions réparatrices, à savoir l'action en dommages-intérêts, l'action en réparation du tort moral et l'action en remise de gain. La première « permet au demandeur d'obtenir la réparation du dommage causé par l'atteinte illicite survenue à ses droits de la personnalité »⁶²¹ et se base principalement sur les articles 41ss CO. La

⁶¹⁹ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 19, p. 272, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 1426ss, pp 405ss

⁶²⁰ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 20, p. 272, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁶²¹ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 23, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; voir aussi : FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 1426, p. 405

seconde permet de recevoir une compensation financière pour les souffrances physiques et morales que le lésé a subies en raison de l'atteinte⁶²² (art. 49 CO). La troisième quant à elle, est régie par les dispositions sur la gestion d'affaires imparfaite (art. 423 CO) qui permet au demandeur d'obtenir comme réparation le bénéfice que le maître du fichier a fait en traitant de manière illicite ses données personnelles⁶²³.

466. — Le choix de l'action réparatrice dépend des circonstances du cas d'espèce ; en effet, s'il y a un dommage concret, aisément définissable, l'action en dommages-intérêts est privilégiée. En revanche, s'il n'y a pas de dommage ou qu'il n'est pas possible d'en fixer le montant, l'action en réparation du tort moral peut être intentée et si l'auteur de l'atteinte a réalisé un profit grâce à son activité illicite, l'action en remise de gain est choisie. Il est toutefois possible que le lésé ne ressente pas le besoin d'introduire une action réparatrice s'il estime qu'il a obtenu satisfaction avec le jugement découlant de l'action défensive⁶²⁴.

467. — Pour pouvoir introduire une action réparatrice, il convient de remplir à la fois les conditions spécifiques des actions réparatrices et les conditions prévues à l'article 28a CC, puisque la demande d'indemnisation se base sur une atteinte illicite à la personnalité⁶²⁵. Nous reviendrons sur la question des conditions à remplir lorsque nous aborderons les différentes actions réparatrices.

4.2. Procédure

4.2.1. Généralités

468. — La procédure à suivre pour les actions réparatrices dépend du cas d'espèce : si la valeur litigieuse ne dépasse pas CHF 30'000.-, il s'agit d'une procédure simplifiée (art. 243ss CPC) alors que si cette limite pé-

⁶²² NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 25, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 49 OR, N 1, pp 198-199 ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 1473, p. 411

⁶²³ FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 1489, pp 415

⁶²⁴ PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179, p. 196

⁶²⁵ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 21, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

cuniaire est dépassée, il s'agit d'une procédure ordinaire (art. 219ss CPC). Si la prétention ne peut être calculée, le demandeur peut intenter une action non chiffrée, mais il doit « *indiquer une valeur minimale comme valeur litigieuse provisoire* » (art. 85 al. 1 CPC). Cette valeur litigieuse provisoire détermine la compétence du tribunal qui sera conservée même si la valeur litigieuse définitive dépasse la compétence de celui-ci (art. 85 al. 2 CPC)⁶²⁶. Si le demandeur a introduit une action défensive (art. 28a CC) selon la procédure ordinaire (art. 219ss CPC), il peut y joindre l'action réparatrice si la procédure et le tribunal compétent sont les mêmes (art. 90 CPC). L'action réparatrice peut toutefois être intentée indépendamment de l'action défensive.

469. — Le délai pour ouvrir action est le même, quelle que soit l'action choisie. La prescription est ainsi d'un an à partir du moment où le lésé a eu connaissance du dommage et de l'auteur ou dans tous les cas, de dix ans depuis le jour où le fait dommageable s'est produit (art. 60 al. 1 CO). Le Tribunal fédéral a en effet jugé que l'action en remise de gain avait plus un caractère délictuel que contractuel et que c'était donc l'article 60 al. 1 CO qui s'appliquait⁶²⁷.

4.2.2. Parties à la procédure

4.2.2.1. Légitimation active

470. — La légitimation active est la même que celle des actions défensives⁶²⁸ ; il convient donc de se référer au point 3.5.2.2.1 du chapitre 3 pour plus de détails. Il convient toutefois de préciser que si l'action en responsabilité est liée à l'action défensive de l'article 15 LPD, seule la personne concernée pourra intenter une action en responsabilité, alors que si elle

⁶²⁶ Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6900

⁶²⁷ ATF 126 III 382 ; ATF 86 II 18 ; RSJ 2000 477 n°4 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 23, pp 2202-2203, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ROGER RUDOLPH, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 423 OR, N 7, p. 987 ; PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 3e édition, Genève, 2004, N 1907ss, p. 382

⁶²⁸ NICOLAS JEANDIN, art. 28, N 87ss, pp 264-265 et art. 28a, N 21, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

est liée à une action défensive figurant à l'article 28a CC, toute personne ayant subi une atteinte à sa personnalité a la légitimation active⁶²⁹.

4.2.2.2. Légitimation passive

471. — Quant à la légitimation passive, elle revient à l'auteur de l'atteinte illicite ou à la personne désignée en cas de responsabilité objective⁶³⁰.

472. — Le maître du fichier peut ainsi être défendeur de la même manière qu'il peut l'être avec une action défensive de l'article 28a CC. Par conséquent, il convient également de se référer au point 3.5.2.2.2 du chapitre 3 pour plus de détails.

4.2.3. For

4.2.3.1. En cas de litige national

473. — Le for est celui du domicile ou du siège de l'une des parties, conformément à l'article 20 CPC si l'action introduite en premier est l'action défensive (art. 15 LPD et 28a CC) et que l'action réparatrice y est jointe. Pour plus de détails, il convient de se référer au point 3.5.2.3. du chapitre 3. Il faut ajouter le for du lieu de l'acte ou du résultat (art. 36 CPC), lorsque l'action réparatrice est intentée seule. Ce dernier for correspond au for de l'article 5 ch. 3 CL et ainsi « *le lieu de commission peut être le lieu où l'acte a été accompli, le lieu du fait qui est à l'origine du dommage ou le lieu du fait générateur* »⁶³¹.

⁶²⁹ ATF 82 II 36 ; ATF 104 II 95 ; FRANZ WERRO, art. 49, N 10, p. 344, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶³⁰ FRANZ WERRO, art. 49, N 11, p. 344, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1815, pp 588-589

⁶³¹ ATF 125 III 346, JT 2001 I 67 ; JACQUES HALDY, art. 36, N 8, pp 79-80, Code de procédure civile commenté, Bâle, 2011 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1818, pp 589-590

4.2.3.2. En cas de litige international

474. — Dans le cadre d'un litige international, le for est celui prévu à l'article 129 LDIP, comme pour les actions défensives. Il convient donc de se référer au point 3.5.2.3.3 du chapitre 3.

4.2.4. Droit applicable

475. — Pour le droit applicable, la situation est semblable à celle des actions défensives. Lorsque le litige est national, le droit applicable est le droit fédéral, puisque les actions réparatrices sont réglées par celui-ci et non par le droit cantonal et il en va de même pour le droit procédural devenu fédéral le 1^{er} janvier 2011.

476. — La question du droit applicable est ainsi importante en matière internationale, puisque deux droits nationaux, parfois très différents, peuvent être appliqués. Pour savoir quel droit il faut appliquer pour une action réparatrice fondée sur la réparation d'un dommage dû à un acte illicite, il convient d'appliquer l'article 139 LDIP, comme pour les actions défensives (point 3.5.2.4.2 du chapitre 3).

4.3. Action en dommages-intérêts

4.3.1. Généralités

477. — L'action en dommages-intérêts figure à l'article 28a al. 3 CC ; cet article prévoit la possibilité de l'appliquer conjointement avec l'une des actions défensives. Les dispositions spécifiques de cette action se trouvent par contre dans la partie du Code des obligations consacrée à la responsabilité civile, aux articles 41ss CO⁶³². Elles permettent ainsi au lésé de demander à l'auteur de l'atteinte illicite la réparation du préjudice causé par celle-ci ; par conséquent, l'existence d'un dommage devient une condition *sine qua non* pour ouvrir action. Dans le cas contraire, l'action en dommages-intérêts n'est pas possible et le lésé doit alors se tourner vers les autres actions réparatrices⁶³³.

⁶³² PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1782ss, pp 580-581

⁶³³ FRANZ WERRO, art. 41 CO, N 8ss, pp 267ss, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

478. — L'article 41 CO prévoit l'action générale en responsabilité pour faute qui ne sera choisie que si les actions spéciales figurant notamment aux articles 56 et 58 CO et 333 CC pour les cas de responsabilité objective simple et 58 LCR pour les cas de responsabilité objective aggravée ne peuvent être appliquées au cas d'espèce⁶³⁴. Dans le domaine de la protection des données, c'est toutefois l'action générale qui doit être choisie, les actions spéciales ne pouvant s'appliquer.

479. — Ensuite, s'il s'avère que l'acte illicite incriminé est tant une atteinte illicite qu'une violation d'une obligation contractuelle, il y a concours d'actions. Le demandeur peut alors introduire une action en dommages-intérêts, se fondant tant sur l'article 41 CO que sur l'article 97 CO⁶³⁵.

4.3.2. Conditions

4.3.2.1. Le dommage

480. — La première condition à remplir pour pouvoir intenter une action en dommages-intérêts est celle de l'existence d'un dommage⁶³⁶ ; en effet, sans dommage il n'est pas possible d'en demander la réparation. Concrètement, le dommage est « *une diminution involontaire du patrimoine* », qui devra être calculé selon la « *théorie de la différence* », soit la « *différence entre l'état dans lequel se trouvait le patrimoine du lésé avant l'événement dommageable et l'état du patrimoine après cet événement* »⁶³⁷. Comme il a déjà été dit précédemment, le dommage causé par une atteinte illicite aux données personnelles n'est pas toujours facile à déterminer puisque les droits de la personnalité sont des biens extrapa-

⁶³⁴ FRANZ WERRO, art. 41 CO, N 1, p. 266, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 1 et 1a, pp 334-335

⁶³⁵ ATF 126 III 113 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 1, p. 266, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶³⁶ WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41 OR, N 14, p. 161 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 8ss, p. 267, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 3ss, p. 336

⁶³⁷ FRANZ WERRO, art. 41, N 8, p. 267, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009, N 14.03ss, pp 77-78 ; BEAT SCHÖNENBERGER, Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel, 2008, art. 41 OR, N 4, p. 216 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 3, p. 336

trimoniaux⁶³⁸ mais le lésé peut tout de même voir son patrimoine diminuer suite à une telle atteinte⁶³⁹.

481. — La doctrine distingue plusieurs formes de dommages que nous allons examiner afin de voir de quelle manière ils peuvent exister dans le domaine de la protection des données.

482. — Il faut tout d'abord distinguer le « *gain manqué* » de la « *perte éprouvée* » ; le premier est « *la non-augmentation de la fortune nette* », soit la « *non-augmentation de l'actif* » ou la « *non-diminution du passif* », et la seconde est la « *diminution de la fortune nette* », soit une « *diminution de l'actif* » ou une « *augmentation du passif* »⁶⁴⁰. En protection des données personnelles, le gain manqué pourrait apparaître sous la forme de la perte de clients suite à la révélation de l'état de santé d'un indépendant, par exemple lors de la divulgation d'une maladie stigmatisante qu'il aurait contractée. Quant à la perte éprouvée, il pourrait s'agir d'une chute du cours des actions d'une société anonyme, suite à la révélation de la grave maladie dont souffre le directeur emblématique, ou des moyens utilisés par le lésé pour rétablir la situation d'avant le traitement illicite de données personnelles, par exemple en établissant un démenti auprès des tiers qui ont eu connaissance des données confidentielles.

483. — Ensuite, il faut distinguer le « *dommage direct* » du « *dommage indirect* », selon le type de lien de causalité existant entre l'atteinte et le dommage qui en découle. Le dommage est direct lorsqu'il résulte directement de l'atteinte et est indirect lorsqu'il survient « *à la suite d'une première atteinte, mais en raison d'une cause nouvelle qui ne se serait pas produite sans la première* »⁶⁴¹. Dans le cadre de la protection des

⁶³⁸ Un bien extrapatrimonial n'a pas de valeur pécuniaire ; ANDREAS BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 586, p. 126

⁶³⁹ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 23, p. 273, *Commentaire romand, Code civil I* : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁶⁴⁰ FRANZ WERRO, art. 41, N 13, p. 268, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; voir aussi : ATF 116 II 441, JT 1991 I 166 ; ATF 115 II 72 ; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Bern, 2009, N 14.13, p. 83 ; WILLI FISCHER, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41 OR, N 16, pp 161-162 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, *Basler Kommentar*, 5. Auflage, Basel, 2011, N 6, p. 337

⁶⁴¹ FRANZ WERRO, art. 41 CO, N 14, p. 268, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; voir aussi : FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, deuxième édition, Berne, 2011, N 116ss, p. 43 INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Bern, 2009, N 14.19, p. 86 ; WILLI FISCHER, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41 OR, N

données personnelles, le dommage qui peut résulter d'une atteinte illicite à la personnalité est direct ; il peut par exemple provenir des frais médicaux que la personne concernée a dû déboursier pour faire face à une dépression découlant de la divulgation de données personnelles très intimes ou encore des frais provenant du travail qu'une personne concernée a avancé pour rétablir la vérité concernant ses données personnelles. Un dommage indirect en matière de protection des données semble être possible mais beaucoup plus rare.

484. — Il existe également comme dommages, le « *dommage propre* » et le « *dommage réfléchi* » ou « *dommage par ricochet* » ; le premier est celui que subit la personne concernée, soit celle qui fait l'objet d'une atteinte illicite à la personnalité, alors que le second est celui que subissent les tiers. En général, seul le dommage propre peut être réparé, mais la loi prévoit tout de même la possibilité de réparer un préjudice réfléchi notamment lorsqu'il s'agit d'une indemnité à titre de réparation morale (art. 47 CO)⁶⁴². En protection des données, seule la personne concernée peut tenter une action défensive au sens de l'article 15 LPD, contrairement aux cas d'atteinte illicite à la personnalité où toutes les personnes lésées peuvent actionner en justice (art. 28ss CC). Par conséquent, si un tiers subit un dommage, il peut demander réparation en se fondant sur une atteinte au sens de l'article 28a CC mais non au sens de l'article 15 LPD⁶⁴³.

485. — Ensuite, intervient la distinction entre « *dommage actuel* » et « *dommage futur* », ce dernier survenant après le jugement. En protection des données, le dommage peut être actuel mais également futur, comme cela peut-être le cas avec l'exemple de l'indépendant, qui suite à une révélation sur son état de santé perd des clients. Cette perte se fera progressivement, avant, pendant et après le procès, le dommage s'aggravant sur le long terme.

486. — Il faut encore distinguer le « *dommage corporel* », « *le dommage matériel* » et le « *dommage purement économique* ». Le premier, comme

22, p. 163 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 7, p. 338

⁶⁴² FRANZ WERRO, art. 41, N 15, p. 269, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 123ss, p. 44 ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 8, p. 339

⁶⁴³ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1805, p. 585

son nom l'indique, est le dommage provenant d'une atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'une personne, alors que le second résulte d'une atteinte à une chose et que le troisième intervient « *lorsqu'une diminution du patrimoine a lieu sans qu'une personne ait été tuée ou blessée, ni qu'une chose ait été endommagée, détruite ou perdue* »⁶⁴⁴. Le dommage purement économique n'est réparable que « *s'il résulte de la violation d'une norme de comportement destinée à protéger le patrimoine de la victime* »⁶⁴⁵. En matière de protection des données personnelles, le dommage peut être corporel puisqu'il peut y avoir un dommage psychique suite à la révélation publique d'informations relevant de la sphère intime. Il peut également être matériel, puisque la personne concernée peut voir son patrimoine diminuer si elle doit engager des frais pour faire face au traitement illicite de données personnelles médicales. Le dommage purement économique n'est par contre pas possible puisqu'aucune disposition de la LPD ne protège le patrimoine de la personne concernée.

487. — Quant à la preuve du dommage, c'est le demandeur qui doit l'apporter (art. 42 al. 1 CO), en prouvant son existence et en chiffrant le montant. Cependant, « *lorsque le montant exact du dommage ne peut être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée* » (art. 42 al. 2 CO) ; il bénéficie pour cela d'un large pouvoir d'appréciation.

488. — Le dommage est calculé selon la méthode subjective, qui se base sur « *le dommage concret et effectif subi* ». Ce mode de calcul est efficace et simple lorsque le dommage est matériel, comme l'endommagement d'une voiture suite à un accident, mais il est plus compliqué lorsqu'il faut par exemple calculer une perte de gain ; dans une telle situation, il s'agit plus d'une estimation que d'un calcul précis⁶⁴⁶. Comme en protection des données le dommage touche des biens de la personnalité extrapatrimoniaux, le calcul en est dès lors plus difficile, puisqu'il convient de savoir quelle est la perte subie par le lésé suite à un traitement illicite de données personnelles. Voici quelques exemples de questions qui peuvent se

⁶⁴⁴ FRANZ WERRO, art. 41, N 19, p. 270, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41, N 25-27, pp 163-164 ; BEAT SCHÖNENBERGER, Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel, 2008, art. 41, N 10, p. 218

⁶⁴⁵ FRANZ WERRO, art. 41, N 17-19, pp 269-270, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁴⁶ FRANZ WERRO, art. 42, n 1ss, pp 289-290, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

poser et rendre difficile le calcul du dommage en matière de protection des données personnelles. Combien de contrats n'ont pas été conclus en raison de l'atteinte à la personnalité ? Peut-il y avoir un dommage lorsqu'un professionnel de la santé transmet à un collègue le dossier médical d'un patient sans le consentement de ce dernier ? Ou lorsque des assurances maladie de base transmettent des informations aux assurances complémentaires du même groupe ?

489. — Dans le calcul du dommage, il faut également prendre en compte les frais de justice, puisqu'ils représentent des pertes qui sont une conséquence adéquate de l'atteinte illicite⁶⁴⁷. Le dommage est en général établi au moment où la dernière instance cantonale rend son jugement⁶⁴⁸. Quant aux intérêts, qui s'élèvent à 5% (art. 73 al. 1 CO), ils sont versés lorsque l'indemnisation est due sous la forme d'un capital. Ils commencent à courir à partir du jour où a eu lieu le dommage et sont calculés jusqu'au jour de la capitalisation⁶⁴⁹.

4.3.2.2. Le rapport de causalité

490. — Pour que l'auteur de l'atteinte soit jugé responsable du dommage, un lien de causalité entre l'atteinte et le dommage est nécessaire. Pour que ce lien existe, il doit y avoir un rapport de causalité naturelle ainsi qu'un rapport de causalité adéquate. La causalité naturelle implique que si le premier événement n'avait pas eu lieu, à savoir l'atteinte, il n'y aurait pas eu le second, à savoir le dommage ; il s'agit donc d'une simple question de fait⁶⁵⁰. Il n'y a par contre causalité adéquate que si « *selon le*

⁶⁴⁷ ATF 117 II 101, SJ 1991 576 ; FRANZ WERRO, art. 42, N 14, p. 291, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; BEAT SCHÖNENBERGER, Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel, 2008, art. 41, N 6, p. 217

⁶⁴⁸ ATF 122 III 53 ; ATF 99 II 214 ; FRANZ WERRO, art. 42, N 16, p. 291, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁴⁹ FRANZ WERRO, art. 42, N 19, p. 292, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁵⁰ 4C.77/2001 ; ATF 123 III 110, JT 1997 I 791 ; ATF 116 II 305 ; FRANZ WERRO, art. 42, N 33, p. 274, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009, N 19.01-19.02, pp 130-131 ; PIERRE TERCIER, Le droit des obligations, 3e édition, Genève, 2004, N 1883, p. 378 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41, N 49-50, p. 168 ; BEAT SCHÖNENBERGER, Kurzkomentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529, Basel, 2008, art. 41, N 14, p. 220 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 14, p. 340 ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 191ss, p. 63

cours ordinaire des choses et l'expérience de la vie », l'atteinte « est propre à entraîner un effet du genre de celui qui s'est produit, de sorte que la survenance de ce résultat paraît de façon générale favorisée par le fait en question »⁶⁵¹. Quand le juge détermine la causalité adéquate, il n'a pas besoin de se demander si l'auteur de l'atteinte aurait pu ou dû prévoir le résultat⁶⁵², seuls les faits sont importants.

491. — Pour que la causalité adéquate soit admise, il ne doit pas y avoir de facteurs interruptifs reléguant la première cause à l'arrière plan et cassant ainsi le lien de causalité adéquate, comme cela peut être le cas avec la force majeure, la faute grave, le fait d'un tiers ou le fait de la victime⁶⁵³. L'auteur de l'atteinte n'est en effet plus jugé responsable lorsque le facteur interruptif est si déterminant « qu'il fait apparaître comme lointaine la cause dont répond la personne recherchée »⁶⁵⁴. Par contre, lorsque la faute constitutive du fait interruptif n'est pas suffisamment grave pour anéantir toute indemnisation, cette dernière peut être simplement réduite⁶⁵⁵.

492. — Quant à la preuve, c'est au lésé d'établir les faits qui permettront au tribunal de déterminer s'il y a une relation de causalité naturelle ou pas (art. 8 CC) et c'est à l'auteur de l'atteinte de démontrer qu'il existe

⁶⁵¹ FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, deuxième édition, Berne, 2011, N 233, p. 72 ; voir aussi : ATF 119 Ib 311 ; FRANZ WERRO, art. 42, N 37, p. 275, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; INGEBORG SCHWENZER, *Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Bern, 2009, N 19.03, p. 131 ; PIERRE TERCIER, *Le droit des obligations*, 3e édition, Genève, 2004, N 1884, p. 379 ; WILLI FISCHER, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41, N 51-52, p. 169 ; BEAT SCHÖNENBERGER, *Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529*, Basel, 2008, art. 41, N 15, pp 220-221 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, *Basler Kommentar*, 5. Auflage, Basel, 2011, N 16, p. 341

⁶⁵² ATF 119 Ib 311 ; FRANZ WERRO, art. 42, N 37, p. 275, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁶⁵³ La force majeure étant un « événement imprévisible et extraordinaire qui survient avec une force irrésistible » (ATF 102 Ib 257) ; FRANZ WERRO, art. 41, N 40, p. 276, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, *Basler Kommentar*, 5. Auflage, Basel, 2011, N 21, p. 344 ; WILLI FISCHER, *OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht*, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41, N 56, p. 171 ; BEAT SCHÖNENBERGER, *Kurzkommentar OR, Obligationenrecht, Art. 1-529*, Basel, 2008, art. 41, N 16, pp 221-222

⁶⁵⁴ ATF 116 II 519, JT 1991 I 634 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 41, p. 276, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁶⁵⁵ FRANZ WERRO, art. 41, N 41, p. 276 et art. 44 CO, N 13ss, pp 306-307, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

des facteurs interruptifs. La plupart du temps, la simple vraisemblance suffit⁶⁵⁶.

493. — La causalité peut être difficile à démontrer, surtout lorsqu'elle est alternative, c'est-à-dire lorsqu'il y a plusieurs responsables possibles, mais qu'on ne peut démontrer lequel a effectivement causé le dommage. Dans de telles situations, il serait injuste vis-à-vis du lésé que tous les auteurs potentiels soient libérés de leur responsabilité, comme le préconise actuellement l'application stricte de la causalité naturelle, mais il serait également injuste que seul l'un d'eux soit condamné, alors que l'on ne peut démontrer sa responsabilité. La meilleure solution est, à mon sens, et comme le propose Werro, celle d'une forme de responsabilité partagée⁶⁵⁷. La responsabilité est partagée lorsque tous les responsables répondent du dommage en fonction de leur part de responsabilité. En protection des données, la causalité peut être alternative lorsque plusieurs professionnels de la santé travaillent de concert pour traiter un patient et que des données personnelles sont transmises à des tiers non autorisés ou qu'elles sont détruites par inadvertance. Qui est le responsable ? Combien y a-t-il de responsables ? Est-ce que le professionnel de la santé est responsable du personnel administratif ? Avec l'introduction du dossier électronique du patient⁶⁵⁸, il sera probablement plus facile de déterminer le responsable d'un traitement illicite de données personnelles puisqu'il subsistera des traces.

494. — Se pose également le problème de la causalité cumulative, qui intervient lorsque plusieurs personnes causent un dommage sans qu'il ne soit possible de déterminer quelle part de responsabilité revient à chacune. Comme pour la causalité alternative, la responsabilité partagée proposée par Werro semble être la meilleure solution⁶⁵⁹, car elle permet au lésé d'obtenir réparation et de traiter les responsables de manière équitable.

⁶⁵⁶ FRANZ WERRO, art. 41, N 44, p. 277, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁵⁷ FRANZ WERRO, art. 41, N 48, p. 278, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁵⁸ Le projet de la loi fédérale sur le dossier électronique du patient a été transmis par le Conseil fédéral au Parlement le 29 mai 2013

⁶⁵⁹ FRANZ WERRO, art. 41, N 50, p. 278, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

4.3.2.3. L'illicéité ou la contrariété aux mœurs

495. — La troisième condition requiert une atteinte illicite, telle qu'on l'a vue au point 3.5.3 du chapitre 3 ; l'illicéité est la « violation d'une norme protectrice des intérêts d'autrui, en l'absence de motifs justificatifs »⁶⁶⁰.

496. — C'est au lésé qu'il revient de prouver l'atteinte, mais c'est le juge qui détermine si elle est illicite ou non. Pour qu'il y ait illicéité, aucun motif justificatif rendant l'atteinte licite ne doit exister⁶⁶¹. Ces motifs justificatifs, dont l'auteur de l'atteinte doit prouver l'existence, sont notamment la légitime défense ou le consentement de la victime⁶⁶², mais également les motifs justificatifs figurant dans la LPD.

497. — Il y a contrariété aux mœurs, lorsque la situation et le sentiment de justice exigent qu'il y ait réparation. « Sont contraires aux mœurs les actes qui, sans transgresser une norme positive ou violer un droit subjectif défini, heurtent tout de même le sens moral et sont incompatibles avec les bons usages de la vie en société. La notion est la même qu'à CO 20 I »⁶⁶³. En protection des données médicales, les informations portant sur la santé d'une personne sont protégées par les lois, cantonales ou fédérales, par conséquent, la contrariété aux mœurs ne joue pas de rôle dans ce domaine et c'est l'illicéité de l'atteinte qui est déterminante.

4.3.2.4. La faute

498. — La dernière condition est l'existence d'une faute, soit un « manquement de la volonté au devoir imposé par l'ordre juridique »⁶⁶⁴.

⁶⁶⁰ FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 297, p. 93 ; voir aussi : SJ 2000 I 549 ; ATF 123 II 577 ; ATF 119 II 127, JT 1994 I 298 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 52, p. 278, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 41, N 41ss, p. 167

⁶⁶¹ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 586, p. 126

⁶⁶² FRANZ WERRO, art. 41, N 70, p. 282, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁶³ FRANZ WERRO, art. 41, N 80-81, p. 285, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; voir aussi : ATF 108 II 305, JT 1983 I 609 ; FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 408, p. 121

⁶⁶⁴ FRANZ WERRO, art. 41, N 84, p. 285, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité,

499. — La faute peut être intentionnelle ou résulter d'une négligence, cette dernière survenant lorsque l'auteur de l'acte n'a pas fait preuve de « *la diligence dont aurait fait preuve une personne de la catégorie à laquelle il appartient* »⁶⁶⁵. Pour savoir de quelle catégorie fait partie l'auteur, il convient de tenir compte d'éléments subjectifs, tels que « *la formation, les connaissances techniques particulières, l'âge ou le sexe de l'auteur* »⁶⁶⁶. Werro critique cette manière de tenir compte de la catégorie à laquelle fait partie le responsable car il estime que ce n'est pas équitable pour la victime : si elle tombe sur un « *ignorant* », elle sera défavorisée, alors que si elle tombe sur un « *savant* » elle sera favorisée⁶⁶⁷. Je ne pense pas qu'il soit injuste de tenir compte de la catégorie de personnes à laquelle on a affaire, car on est en droit d'exiger plus d'une personne qui est spécialisée dans un domaine que d'un novice. A mon sens, la question ne devrait pas souvent se poser dans le domaine de la protection des données personnelles médicales car les responsables de traitements illicites de telles données sont des professionnels de la santé qui doivent savoir que les informations qu'ils traitent sont confidentielles et qu'ils ne peuvent les remettre à des tiers sans autorisation. Je pense ainsi qu'il y a faute dès qu'il s'agit d'un traitement illicite de données personnelles médicales.

500. — Il faut aussi prendre en considération les différents degrés de la faute ; il peut s'agir d'une faute grave, « *lorsque le comportement est objectivement ou subjectivement inexcusable. La faute intentionnelle est en principe toujours grave* », ou légère, lorsque « *le comportement objectif ou le manquement subjectif qui, sans être acceptable, n'est pas particulièrement répréhensible* » ou moyenne, lorsqu'elle « *se définit de manière négative comme une faute qui n'est ni légère ni grave* »⁶⁶⁸. Confor-

5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 586, p. 126 ; FRANZ WERRO, *La responsabilité civile*, deuxième édition, Berne, 2011, N 259, p. 79

⁶⁶⁵ FRANZ WERRO, art. 41, N 85, p. 285, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; PIERRE WIDMER, *Aspects de responsabilité civile*, in *La nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Lausanne, 1994, p. 179, p.190; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne, 2011, N 1774, p. 578

⁶⁶⁶ ATF 114 II 376 ; JT 1988 I 688 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 85, p. 286, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁶⁶⁷ FRANZ WERRO, art. 41, N 88, p. 286, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

⁶⁶⁸ ATF 100 II 332 ; ATF 104 II 259 ; FRANZ WERRO, art. 41, N 98, p. 288, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003

mément à l'article 43 al. 1 CO, l'étendue de la réparation est fixée selon la gravité de la faute mais également selon d'autres circonstances, comme par exemple l'existence d'une faute concomitante du lésé⁶⁶⁹.

4.3.3. Réparation

501. — Il revient ensuite au juge de fixer le mode et l'étendue de la réparation, conformément aux articles 43 et 44 CO⁶⁷⁰.

502. — La réparation peut avoir lieu en espèces, soit le mode ordinaire de réparation censé « *couvrir les frais nécessaires à la réparation du dommage* »⁶⁷¹. Elle peut aussi se faire sous la forme d'un capital ou de rentes ; le capital est préféré lorsque le dommage est actuel, mais lorsqu'il est futur, le juge peut choisir entre la rente et le capital. S'il choisit la rente, le juge exige du responsable des sûretés⁶⁷². Il est également possible de combiner les deux modes de réparation⁶⁷³. La réparation peut exceptionnellement se faire en nature, par exemple lorsque l'auteur de l'atteinte peut effectuer lui-même la réparation dans le cadre de son travail⁶⁷⁴.

⁶⁶⁹ PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179, p. 204 ; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009, N 16.04, p. 102

⁶⁷⁰ PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179, p. 204 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 24, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1779, p. 579

⁶⁷¹ FRANZ WERRO, art. 43, N 5, p. 296, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 2, p. 370

⁶⁷² FRANZ WERRO, art. 43, N 6ss, pp 296-297, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 2, p. 370

⁶⁷³ ATF 111 II 24, JT 1986 I 162 ; ATF 110 II 74, JT 1985 I 223 ; ATF 107 II 134, JT 1982 I 462 ; FRANZ WERRO, art. 43, N 9, p. 297, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁷⁴ FRANZ WERRO, art. 43, N 11, p. 297-298, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; ANTON K. SCHNYDER & CHRISTIAN HEIERLI, Basler Kommentar, 5. Auflage, Basel, 2011, N 3, p. 370

4.4. Action en réparation du tort moral

4.4.1. Généralités

503. — Lorsqu'une atteinte à la personnalité crée une souffrance psychique ou physique, le lésé peut demander réparation pour le tort moral subi, pour que cette souffrance soit compensée par le versement d'une somme d'argent. L'action en réparation du tort moral a en effet pour but d'augmenter le patrimoine du lésé en compensation de la souffrance subie⁶⁷⁵. Les montants octroyés en Suisse n'ont jamais été aussi élevés qu'aux Etats-Unis, mais avec le temps, les tribunaux se sont montrés plus généreux⁶⁷⁶, même si ces montants paraissent souvent modestes en regard des souffrances morales ou physiques endurées par les lésés⁶⁷⁷.

4.4.2. Conditions

4.4.2.1. Celles de la responsabilité en cause

504. — Les conditions pour pouvoir introduire une action en réparation du tort moral sont tout d'abord celles de la responsabilité en cause. En effet, pour pouvoir appliquer l'article 49 CO, il faut remplir les conditions d'une autre responsabilité figurant aux articles 41ss CO ; une action en réparation du tort moral ne peut se baser uniquement sur l'article 49 CO. Ainsi, lorsque la responsabilité découle d'un acte illicite, comme dans le cas d'un traitement illicite de données personnelles, ce sont d'abord les conditions de l'article 41 CO qui doivent être remplies, c'est-à-dire l'illicéité de l'atteinte ou la contrariété aux mœurs, la faute et le lien de causalité, mais pas le dommage ; celui-ci ne peut en effet être exigé, puisqu'il s'agit d'une action en réparation du tort moral visant à compenser une souffrance psychique ou physique, sans qu'il y ait forcément de

⁶⁷⁵ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 25, p. 273, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 49 OR, N 5-6, p. 199 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1785ss, pp 581-582

⁶⁷⁶ ATF 112 II 131 ; ATF 117 II 50

⁶⁷⁷ ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 589, p. 127

dommage matériel. Et pour finir, les conditions spécifiques de l'article 49 CO doivent également être remplies⁶⁷⁸.

505. — La responsabilité peut aussi découler d'une responsabilité contractuelle, de la responsabilité du détenteur d'animaux ou de véhicule ou encore de l'employeur ; cette dernière peut être invoquée dans le cadre d'un litige impliquant un traitement illicite de données personnelles (art. 55 CO).

4.4.2.2. Atteinte à la personnalité d'une certaine gravité

506. — L'une des deux conditions spécifiques de l'article 49 CO est l'existence d'une atteinte à la personnalité d'une certaine gravité permettant de justifier une indemnité pour tort moral⁶⁷⁹ ; l'existence d'un tort moral est d'ailleurs nécessaire, la seule atteinte à la personnalité ne suffisant pas pour recevoir une indemnisation⁶⁸⁰.

507. — La question problématique est dès lors la définition de la « gravité » qui est une notion juridique indéterminée amenant le juge à examiner au cas par cas si le degré de gravité est suffisant pour justifier une réparation du tort moral⁶⁸¹. Dans certains cas, le niveau de gravité de l'atteinte peut être revu à la baisse si le préjudice a pu être diminué, comme par exemple via la publication du jugement constatant l'atteinte ou un droit de réponse du lésé⁶⁸².

⁶⁷⁸ FRANZ WERRO, art. 49, N 2, p. 343 et introduction art. 47-49, N 6, pp 331-332, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁷⁹ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 27, p. 274, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 590, p. 127 ; INGEBORG SCHWENZER, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, 5. Auflage, Bern, 2009, N 17.05, p. 111 ; FRANZ WERRO, art. 49 CO, N 4, p. 343, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁸⁰ ATF 120 II 97 ; RJN 1992 76 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 590, p. 127

⁶⁸¹ FRANZ WERRO, art. 49, N 5, p. 343, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁸² ATF 131 III 26 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 590, p. 127

4.4.2.3. Absence d'un autre mode de satisfaction

508. — L'autre condition de l'article 49 CO est l'absence d'un autre mode de satisfaction de la part de l'auteur de l'atteinte⁶⁸³. L'indemnité pour tort moral peut en effet être réduite ou même refusée si l'auteur de l'atteinte a agi en vue de réparer son acte, comme par exemple s'il s'est excusé dans le cas d'une atteinte à l'honneur, ou si la victime a déjà répliqué par exemple par un communiqué de presse⁶⁸⁴ ou un droit de réponse.

4.4.3. Réparation

509. — L'étendue de la réparation du tort moral est fixée par le juge, qui bénéficie d'un large pouvoir d'appréciation et qui doit tenir compte des souffrances subies par le lésé, mais également des facteurs de réduction figurant aux articles 43 et 44 CO. Il ne doit par ailleurs pas être influencé par la réparation du dommage matériel⁶⁸⁵.

510. — La réparation peut être faite en espèces, mais également sous une autre forme, comme par exemple le paiement d'une somme d'argent à un tiers, des excuses de la part de l'auteur, etc.⁶⁸⁶ Selon le Tribunal fédéral, la publication d'un jugement ne s'apparente pas à un mode de réparation, mais à un acte constatant une atteinte conformément à l'article 28a al. 2 CC⁶⁸⁷.

⁶⁸³ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 30, p. 274, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁶⁸⁴ FRANZ WERRO, art. 49, N 12, p. 345, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁸⁵ FRANZ WERRO, art. 49, N 1ss, p. 331-332, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 32, p. 275, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010

⁶⁸⁶ NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 32, p. 275, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; WILLI FISCHER, OR Kommentar, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. überarbeitete und erweiterte Auflage, 2009, art. 49 OR, N 24, pp 201-202 ; FRANZ WERRO, art. 49 CO, N 13, p. 345, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁸⁷ ATF 126 III 209, JT 2000 I 302 ; ATF 104 II 1 ; FRANZ WERRO, art. 49, N 14, p. 345, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

4.5. Action en remise de gain

4.5.1. Généralités

511. — La dernière action réparatrice que nous allons aborder est l'action en remise de gain⁶⁸⁸, réglementée par les dispositions sur la gestion d'affaires (art. 423 CO), comme le précise l'article 28a al. 3 CC. L'article 423 al. 1 CO stipule que « *lorsque la gestion n'a pas été entreprise dans l'intérêt du maître, celui-ci n'en a pas moins le droit de s'approprier les profits qui en résultent* ». Cela signifie que le maître⁶⁸⁹, soit la personne en faveur de laquelle le gérant doit agir, à savoir la personne concernée dans le cas d'un traitement illicite de données personnelles, a la possibilité de demander les profits que ce dernier a obtenu en agissant dans son propre intérêt⁶⁹⁰. Ainsi, en protection des données, le maître du fichier qui traite des données personnelles dans son propre intérêt, peut être condamné à remettre à la personne concernée lésée les profits qu'il a tiré du traitement illicite des données personnelles de celle-ci.

512. — L'action en remise de gain permet d'effectuer un transfert de patrimoine, de celui du maître du fichier qui a agi sans y être légitimé à celui de la personne lésée. Cette action a également un côté dissuasif pour

⁶⁸⁸ NATHALIE TISSOT, Essai sur la prescription de l'action en remise de gain de l'art. 423 al. 1 CO en propriété intellectuelle, *in* Plädoyer Jg 15 1997 I, p. 46 ; FRANZ WERRO, Une remise du gain sans gain? Une illustration de l'arbitrage délicat entre liberté et dignité, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 495, p. 497 ; CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 153, p. 154 ; ANDREAS BUCHER, Personnes physiques et protection de la personnalité, 5e édition, Bâle, Genève, 2009, N 592, p. 128 ; NICOLAS JEANDIN, art. 28a, N 35, p. 275, Commentaire romand, Code civil I : art. 1 à 359 CC, Bâle 2010 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 1, p. 2198, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁸⁹ Ne pas confondre le « *maître* » de la gestion d'affaire imparfaite et le « *maître du fichier* » de la loi sur la protection des données.

⁶⁹⁰ FRANZ WERRO, La responsabilité civile, deuxième édition, Berne, 2011, N 1489, p. 415 ; Tercier, 2003, 3e édition, N 6052, p. 917 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 1, p. 2198, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 153, p. 169 ; Sic ! 2006 774 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1788ss, p. 582

le maître du fichier⁶⁹¹ ; en effet, le fait de devoir rendre les profits obtenus peut l'empêcher de gagner une grosse somme d'argent et le dissuader de recommencer, surtout si son traitement illicite de données personnelles n'avait qu'un but lucratif. Chappuis relève toutefois que le but de cette action n'est pas punitif, mais réparateur⁶⁹².

513. — En matière de protection de la personnalité, cette action a été utilisée pour la première fois avec l'arrêt Schnyder qui date de 2006⁶⁹³. Le juge avait alors ordonné au groupe de presse Ringier de remettre son gain à la personne qui avait subi une atteinte à la personnalité dans le cadre d'un article dans le *Sonntagsblick*⁶⁹⁴.

514. — Pour que cette action puisse être intentée, il est nécessaire de remplir les conditions prévues par le code des obligations, en plus de celles qui figurent à l'article 28a CC.

4.5.2. Conditions

4.5.2.1. Gestion d'affaires dans l'intérêt du gérant

515. — La première condition à remplir est que la gestion d'affaires soit effectuée dans l'intérêt propre du gérant (art. 423 al. 1 CO)⁶⁹⁵. Si le gérant agit dans l'intérêt de la personne concernée ou d'un tiers, l'action en remise de gain ne peut plus être intentée.

⁶⁹¹ NATHALIE TISSOT, Essai sur la prescription de l'action en remise de gain de l'art. 423 al. 1 CO en propriété intellectuelle, *in* *Plädoyer* Jg 15 1997 I, p. 46 ; FRANZ WERRO, Une remise du gain sans gain? Une illustration de l'arbitrage délicat entre liberté et dignité, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 495, p. 508

⁶⁹² CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 153, p. 169

⁶⁹³ 5C.66/2006, ATF 133 III 153 ; CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 153, p. 154

⁶⁹⁴ FRANZ WERRO, Une remise du gain sans gain? Une illustration de l'arbitrage délicat entre liberté et dignité, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 495, pp 495ss ; CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 153

⁶⁹⁵ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 6, p. 2199, *Commentaire romand, Code des obligations I*, Genève, Bâle, 2003 ; JÖRG SCHMID, *Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage*, Zürich, 1993, N 18, p. 116

4.5.2.2. Le gain

516. — Il est également nécessaire que la gestion d'affaires ait donné lieu à un gain⁶⁹⁶. Sans gain, il n'est bien sûr pas possible d'en demander la restitution. Le profit est « *tout avantage pécuniaire résultant de l'ingérence, qu'il s'agisse d'un gain effectif, de la diminution d'une dette ou de l'économie d'une dépense* »⁶⁹⁷.

4.5.2.3. Lien de causalité

517. — Il doit également y avoir un lien de causalité entre l'atteinte illicite et le gain réalisé⁶⁹⁸. Il convient donc de se référer au point 4.3.2.2 pour la condition du lien de causalité, évoquée lors de l'action en dommages-intérêts.

4.5.2.4. Absence de mandat

518. — Il est également nécessaire qu'il n'y ait pas de mandat entre le gérant et le maître⁶⁹⁹. En effet, cela voudrait dire que la personne concernée a explicitement demandé au maître du fichier qu'il traite ses données personnelles, signifiant ainsi qu'elle a consenti à un tel traitement.

4.5.2.5. Mauvaise foi du gérant

519. — La dernière condition est que le gérant ait agi avec mauvaise foi⁷⁰⁰, la mauvaise foi résultant d'un comportement de l'auteur qui « *sait ou doit savoir qu'il s'immisce dans la sphère privée d'autrui sans avoir*

⁶⁹⁶ CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 153, p. 157

⁶⁹⁷ ATF 97 II 169 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 8, p. 2202, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁹⁸ CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, in *Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier*, Fribourg, 2008, p. 153, p. 157 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 17, p. 2201, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁶⁹⁹ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 7, p. 2200, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; JÖRG SCHMID, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1993, N 19, p.117

⁷⁰⁰ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 8, p. 2200, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

de motif pour le faire »⁷⁰¹. L'article 3 al. 2 CC stipulant que « nul ne peut invoquer sa bonne foi, si elle est incompatible avec l'intention que les circonstances permettaient d'exiger de lui » doit être appliqué par analogie⁷⁰².

520. — Cette condition n'est toutefois pas imposée par la loi, mais par la jurisprudence⁷⁰³ ; la pratique du Tribunal fédéral a toutefois souvent changé puisqu'il n'a pas toujours requis cette condition⁷⁰⁴, puis l'a demandée⁷⁰⁵ et y a pour finir renoncé dans l'arrêt Schnyder⁷⁰⁶. Une partie de la doctrine estime que l'article 423 CO est applicable tant aux gérants de bonne foi qu'aux gérants de mauvaise foi⁷⁰⁷ alors que la doctrine majoritaire estime que la condition de la mauvaise foi est nécessaire et qu'il convient d'appliquer aux gestions intéressées de bonne foi les principes généraux à savoir les dispositions sur l'enrichissement illégitime (art. 62ss CO)⁷⁰⁸.

521. — A mon sens, cette condition est nécessaire car elle permet de ne pas sanctionner la personne innocente qui croyait agir dans son droit. Je ne pense toutefois pas que cette question se pose en protection des données personnelles médicales puisque le maître du fichier est un professionnel de la santé, un assureur ou encore un laboratoire d'analyse et que tous doivent savoir que de telles données sont sensibles et qu'elles ne peuvent être traitées sans conditions. A mon avis, le traitement illicite de données personnelles médicales par un professionnel utilisant ces don-

⁷⁰¹ ATF 126 III 69, SJ 2000 I 243 ; 4C.101/2003 ; RJB 1995 261 ; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 9, p. 2200, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷⁰² ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 9, p. 2200, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷⁰³ ATF 129 III 422 ; ATF 126 III 69, SJ 2000 I 243, mais pas dans l'ATF 133 III 153

⁷⁰⁴ ATF 97 II 169, JT 1971 I 612

⁷⁰⁵ ATF 129 III 422, JT 2004 I 56 ; ATF 126 III 69, JT 2001 I 153 ; ATF 119 II 40, JT 1994 I 221 ; Sic ! 2006 774

⁷⁰⁶ ATF 133 III 153

⁷⁰⁷ HUGO OSER & WILHELM SCHÖNENBERGER, Schweizerisches Zivilgesetzbuch mit Obligationenrecht, 48. Auflage, Zürich, 2010, art. 419ss CO ; HANS-PETER FRIEDRICH, Die Voraussetzungen des unechten Geschäftsführung ohne Auftrag, in RDS 1945, p. 9, pp 39 et 55 ; HERMANN BECKER, Berner Kommentar, Obligationenrecht, II. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Art. 184-551, Bern, 1934, art. 423, N1ss, pp 612ss

⁷⁰⁸ PIERRE TERCIER & PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e édition, Zurich, Bâle, Genève, 2009, N 6045, p. 916 ; CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991, pp 21ss; JÖRG SCHMID, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 3a, Art. 419-424, Zürich, 1993, art. 423, N 26ss, pp 118ss; ROBERTO VITO, 100 Jahre Persönlichkeitsschutz im ZGB, in Revue de droit suisse 126 (2007) II, p. 165

nées dans le cadre de son travail implique toujours la mauvaise foi, puisque celui-ci doit connaître les règles en la matière.

522. — Il revient au maître, donc à la personne concernée lésée, de prouver la mauvaise foi du gérant (art. 3 al. 1 CC et art. 8 CC)⁷⁰⁹.

4.5.3. Réparation

523. — Le juge pourra condamner l'auteur de l'atteinte à remettre au lésé tous les profits qu'il a engrangés grâce à son activité illicite⁷¹⁰. Il peut ainsi devoir restituer les profits bruts et les intérêts, ce qui signifie selon la doctrine majoritaire, qu'il peut déduire les frais engendrés pour acquérir ce profit⁷¹¹. Le profit qui doit être rendu doit être celui qui a été obtenu à la fin de la gestion⁷¹².

524. — La doctrine et la jurisprudence se sont toutefois demandé si le gérant devait être rémunéré pour une partie de son activité. Le Tribunal fédéral ainsi qu'une partie de la doctrine ont admis cette rémunération⁷¹³, alors que d'autres auteurs l'ont refusée⁷¹⁴. A mon avis, une rémunération ne devrait pas être accordée au gérant si on requiert la condition de la mauvaise foi et si l'on veut que l'action en remise de gain soit une action dissuasive pour l'auteur de l'atteinte illicite ; si ce dernier reçoit une rémunération, le caractère dissuasif perd de son importance. Héritier Lachat est favorable à une rémunération et estime qu'elle peut être en partie

⁷⁰⁹ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 10, p. 2200, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷¹⁰ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 17, p. 2201, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷¹¹ PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, *in* La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179, pp 204ss; ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423 CO, N 25, p. 2203, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; JÖRG SCHMID, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1993, N 137, p. 142

⁷¹² ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 19-29, p. 2202, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷¹³ ATF 34 II 694 ; ATF 35 II 643 ; CHRISTINE CHAPPUIS, Violation contractuelle et remise du gain, *in* Mélanges en l'honneur de Pierre Tercier, Fribourg, 2008, p. 153, pp 158-159

⁷¹⁴ JÖRG SCHMID, Obligationenrecht, Kommentar zur 1. und 2. Abteilung, Teilband V 3a, Die Geschäftsführung ohne Auftrag, Art. 419-424 OR, Dritte, völlig neu bearbeitete Auflage, Zürich, 1993, N 118, p. 137

comprise dans les frais du gérant⁷¹⁵ ; je pense qu'il s'agit d'une rémunération « *cachée* » et qu'elle n'est en aucun cas justifiée pour les raisons citées ci-dessus. Cette rémunération pourrait à mon sens être accordée seulement si la condition de la mauvaise foi ne devait pas entrer en compte.

4.5.4. Ratification de la gestion intéressée

525. — L'article 424 CO stipule que « *si les actes du gérant ont été ratifiés par le maître, les règles du mandat deviennent applicables* », signifiant ainsi que si la personne lésée consent aux actes qui ont été faits par le maître du fichier, c'est le mandat qui règle le rapport juridique. Une telle situation en matière de protection des données personnelles médicales me semble difficile à imaginer.

526. — Certains auteurs pensent que la ratification de la gestion intéressée ne peut s'appliquer à la gestion d'affaires intéressée de mauvaise foi⁷¹⁶. Héritier Lachat conteste ce principe, estimant qu'il devrait être possible de laisser au maître la possibilité de ratifier la gestion d'affaires en question⁷¹⁷. Personnellement, je soutiens la position de Lachat qui devrait permettre au lésé de ratifier la gestion d'affaires, même si celle-ci a été faite sans le consentement du lésé et avec mauvaise foi. Ce dernier devrait pouvoir consentir après coup, puisque la protection des données a pour but de protéger la personne concernée, qui doit être considérée comme suffisamment responsable pour ratifier la gestion intéressée.

527. — La ratification aura ainsi pour but de rendre licite le traitement de données personnelles illicite et avec l'accord du maître du fichier, les dispositions légales du mandat pourront être appliquées⁷¹⁸. Seules les

⁷¹⁵ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 27, p. 2203, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷¹⁶ PIERRE TERCIER & PASCAL G. FAVRE, Les contrats spéciaux, 4e édition, Zurich, Bâle, Genève, 2009, N 6048, p. 917 ; JÖRG SCHMID, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 3a, Art. 419-424, Zürich, 1993, N 7, p. 159

⁷¹⁷ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 423, N 31, p. 2204, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷¹⁸ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 424, N 4, p. 2206, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; JOSEF HOFSTETTER, Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in *Traité de droit privé suisse VII/6*, 2e édition, 2000, p. 250 ; JÖRG SCHMID, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, V 3a, Art. 419-424, Zürich, 1993, N 17, p. 162 ; CHRISTINE CHAPPUIS, La restitution des profits illégitimes: le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse, Bâle, Francfort-sur-le-Main, 1991, p. 34

dispositions du contrat de mandat qui ne sont pas contradictoires avec la gestion d'affaires sont prises en compte⁷¹⁹.

4.6. Action en réparation à l'encontre d'un organe public fédéral

4.6.1. Généralités

528. — Lorsqu'une personne concernée subit un dommage en raison d'un traitement illicite de données personnelles effectué par un organe public fédéral, elle a également la possibilité de demander réparation. Conformément à l'article 61 al. 1 CO, « *la législation fédérale ou cantonale peut déroger aux dispositions du présent chapitre, en ce qui concerne la responsabilité encourue par des fonctionnaires et employés publics pour le dommage ou le tort moral qu'ils causent dans l'exercice de leur charge* » ; il s'agit d'une réserve concrétisant celle de l'article 6 CC⁷²⁰.

529. — L'application du droit privé fédéral est ainsi la règle et l'application du droit public fédéral ou cantonal l'exception, même si aujourd'hui, les cantons ont pour la plupart leurs propres lois concernant la responsabilité de l'Etat et de ses représentants. Lorsque le maître du fichier est un organe public cantonal, il convient donc de se référer aux dispositions cantonales sur la responsabilité des organes publics et de leur personnel et lorsque le maître du fichier est un organe public fédéral, il faut appliquer la loi fédérale sur la responsabilité (LRCF)⁷²¹.

4.6.2. Conditions pour l'application de l'article 61 CO

530. — Les conditions à respecter pour pouvoir appliquer l'article 61 CO puis ensuite des dispositions légales spéciales cantonales ou fédérales sur la responsabilité des organes publics sont les suivantes : tout d'abord, il faut que le maître du fichier soit un fonctionnaire ou un employé public, deux notions qui sont synonymes. Il s'agit de « *toute personne qui exerce*

⁷¹⁹ ANNE HÉRITIER LACHAT, art. 424, N 5, p. 2207, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²⁰ FRANZ WERRO, art. 61, N 5, p. 417, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²¹ Loi fédérale du 14 mars 1958 sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité), RS 170.32.

des attributions de droit public, même si elle n'est pas liée à l'Etat par un contrat de travail ou n'est pas fonctionnaire »⁷²². Ensuite, ces personnes doivent avoir commis un dommage dans l'exercice de leur charge et non lors d'une activité privée de l'Etat, l'acte doit émaner de l'exercice de l'autorité publique. Une « *relation fonctionnelle entre l'activité du fonctionnaire et l'acte dommageable* » doit également exister⁷²³.

531. — Il convient de rappeler que le traitement des patients dans les hôpitaux publics est une tâche publique⁷²⁴ et que les médecins traitant des patients privés peuvent être soumis au droit cantonal pour de tels actes⁷²⁵.

532. — L'activité ne doit par ailleurs pas se rattacher à une industrie (art. 61 al. 2 CO), à savoir toute activité qui « *tend à la réalisation d'un profit* » et pour laquelle l'Etat agit de la même manière qu'un privé⁷²⁶.

4.6.3. Les lois de responsabilité fédérale et cantonales

4.6.3.1. La loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires

533. — La loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires⁷²⁷ « *prévoit la responsabilité de la Confédération pour les dommages causés sans droit à un tiers par l'un de ses fonctionnaires dans l'exercice de ses fonctions, sans égard à la faute du fonctionnaire* ». La LRFC ne peut être appliquée pour les cas de responsabilité de l'Etat lui-même ou de personnes morales de droit public (art. 1 LRFC, art. 59 al. 1 CC) mais uniquement pour ceux des

⁷²² ATF 96 II 45 ; FRANZ WERRO, art. 61, N 9, p. 417, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²³ FRANZ WERRO, art. 61, N 10, p. 418, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²⁴ PIERRE MARTIN-ACHARD & LUC THEVENOZ, La responsabilité civile des médecins et des hôpitaux publics *in* Aspects du droit médical, Berne, 1987, p. 227, pp 229ss ; FRANZ WERRO, art. 61, N 13, p. 418, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²⁵ ATF 122 III 101 ; FRANZ WERRO, art. 61 CO, N 14, p. 418, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²⁶ FRANZ WERRO, art. 61, N 21, p. 420, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷²⁷ Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres et de ses fonctionnaires (Loi sur la responsabilité, LRFC), RS 170.32

fonctionnaires et des employés publics. La personne concernée ne peut toutefois agir contre le fonctionnaire lui-même, mais uniquement contre la Confédération, qui pourra ensuite se retourner contre le fonctionnaire en cas de faute grave (art. 3 al. 3 et 4 LRFC)⁷²⁸.

534. — L'illicéité est déterminée conformément à l'article 41 CO⁷²⁹. Ensuite pour que les dispositions sur la responsabilité puissent être appliquées, un dommage est nécessaire et celui-ci doit avoir été causé dans l'exercice des fonctions (art. 3 al. 1 LRFC). Une faute n'est par contre pas nécessaire (art. 3 al. 1 LRFC). Lorsque la Confédération agit comme un privé, c'est le droit privé qui s'applique.

535. — Le délai de péremption est d'un an depuis le jour où le lésé a eu connaissance du dommage ou de dix ans depuis l'acte dommageable (art. 20 LRFC)⁷³⁰.

4.6.3.2. Les lois de responsabilité cantonales

536. — Les législateurs cantonaux ont établi des dispositions légales traitant de la responsabilité des fonctionnaires cantonaux et communaux ; celles-ci sont très similaires à la LRFC. Les cantons de Neuchâtel, Vaud et Zurich⁷³¹ ont des lois traitant en particulier de la responsabilité des fonctionnaires cantonaux, alors que le canton de Berne a introduit des dispositions légales à ce sujet dans sa loi sur le personnel (art. 100ss de la loi bernoise sur le personnel)⁷³².

⁷²⁸ FRANZ WERRO, art. 61, N 7, p. 417, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003 ; PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, Droit administratif, volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, Troisième édition, Berne, 2011, p. 850 ; ATF 111 Ib 92 ; ATF 104 Ib 1

⁷²⁹ FRANZ WERRO, art. 61, N 7, p. 417, Commentaire romand, Code des obligations I, Genève, Bâle, 2003

⁷³⁰ JEAN-BAPTISTE ZUFFEREY, Modification du droit de la prescription : l'impact sur la responsabilité de l'Etat, *in* HAVE 2012, p. 93, p. 95 ; PIERRE MOOR, ETIENNE POLTIER, Droit administratif, volume II : Les actes administratifs et leur contrôle, Troisième édition, Berne, 2011, p. 851

⁷³¹ Loi neuchâteloise sur la responsabilité des collectivités publiques et de leurs agents (Loi sur la responsabilité) (LResp) du 26 juin 1989, RSN 150.10 ; Loi vaudoise sur la responsabilité de l'Etat, des communes et de leurs agents (LRECA) du 16 mai 1961, RSV 170.11 ; Zürcherische Haftungsgesetz vom 14. September 1969, Zh-Lex 170.1

⁷³² Loi bernoise sur le personnel (LPers) du 16 septembre 2004, RSB 153.01

4.7. Conclusion

4.7.1. Problématiques

537. — En conclusion, on constate que, comme pour les actions défensives, les actions réparatrices en protection des données personnelles médicales ne sont pas utilisées. Les raisons de cette inutilisation des actions réparatrices viennent certainement du fait que le dommage est rarement financier, difficile à chiffrer, que les indemnités pour tort moral ne sont pas élevées en Suisse ou simplement que la personne concernée n'avait pas connaissance du traitement illicite de données personnelles médicales.

538. — Dans une action en dommages-intérêts, la question de l'indemnisation est toutefois un point qui peut poser certains problèmes, car le dommage subi lors d'un traitement illicite de données personnelles est difficilement chiffrable en raison de la nature extrapatrimoniale du bien touché. De plus, la réparation du dommage consécutif à l'atteinte à la personnalité est rarement demandée car l'absence de dommage économique n'encourage guère le lésé à entreprendre des démarches judiciaires pour faire cesser l'atteinte illicite. En effet, si un médecin peu scrupuleux en matière de protection des données personnelles médicales transmet fréquemment à ses confrères des informations non anonymisées sur ses patients, ces derniers n'agiront que rarement en justice, d'une part car ils ne seront peut-être pas au courant de cette communication et d'autre part car ils ne verront pas toujours l'utilité d'une telle action judiciaire.

539. — La problématique de l'action en réparation du tort moral est le montant peu élevé des indemnités en résultant. Elles sont souvent considérées comme trop faibles pour compenser le préjudice subi mais elles sont également peu dissuasives pour le maître du fichier qui a commis l'atteinte illicite⁷³³. Si une entreprise internationale traite des données médicales sans le consentement des personnes concernées mais que ce traitement est utile pour les recherches scientifiques qu'elle effectue et très rentable, payer une indemnité de quelques milliers de francs pour tort moral ne lui posera certainement pas de problème et cette « *sanction civile* » ne sera probablement pas dissuasive.

⁷³³ PIERRE WIDMER, Aspects de responsabilité civile, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 179, p. 196

540. — L'évolution jurisprudentielle en Suisse a démontré que les indemnités pour tort moral avaient augmenté, mais que les montants restaient modestes et que nous étions loin des sommes fixées par la justice aux Etats-Unis. Par conséquent, je pense que l'action en remise de gain est mieux adaptée et plus dissuasive contre les atteintes en matière de protection des données ; cependant, il est parfois très difficile de chiffrer le gain obtenu grâce au traitement illicite de données personnelles⁷³⁴.

541. — L'action en remise de gain est à mon avis la plus efficace des actions réparatrices, car non seulement elle permet à la personne lésée d'obtenir une réparation financière à la hauteur du profit engendré par l'auteur de l'atteinte, mais en plus elle est fortement dissuasive. Si l'auteur de l'atteinte perd le profit obtenu grâce au traitement illicite de données personnelles, traitement qu'il a sûrement entrepris dans un but lucratif, il ne réitérera certainement pas l'opération. La seule problématique de cette action est qu'elle ne peut être intentée que si l'auteur du traitement illicite en a tiré un profit, ce qui n'est pas toujours le cas avec les données personnelles médicales.

542. — Une action en remise de gain à l'encontre des réseaux sociaux, qui utilisent des données personnelles uniquement dans un but lucratif et qui valent pour certains plusieurs milliards en bourse, aurait certainement un fort effet dissuasif et c'est à mon avis le type d'action qu'il faut choisir dans de telles situations. Il en va de même pour les grandes entreprises qui utiliseraient illicitement des données personnelles à des fins de recherche.

543. — L'action en réparation à l'encontre d'un organe public fédéral ou cantonal n'est pas plus utilisée en matière de protection des données que les actions défensives. Vu la teneur des actions publiques, en grande partie similaire aux actions privées, il convient de se référer aux remarques concernant les actions privées.

4.7.2. Quelles solutions envisager ?

544. — En matière de protection des données personnelles, les actions réparatrices n'étant pas utilisées, les maîtres du fichier doivent certainement se sentir légitimés à agir de manière contraire à la LPD. Afin de renforcer la position de la LPD et de la protection de la personnalité, les propositions faites au chapitre 3 de modifier la LPD comme l'a été la

⁷³⁴ 5C.66/2006

Les Cart sont donc également applicables ici, pour mieux protéger les personnes concernées.

545. — Cependant, si l'on souhaite renforcer les actions réparatrices et encourager les personnes concernées qui ont été lésées par un traitement illicite de données personnelles à les utiliser, il est tout d'abord préférable d'utiliser, si les conditions sont remplies, l'action en remise de gain, qui est manifestement l'action la plus rentable pour la personne concernée et la plus dissuasive pour le maître du fichier. Ensuite, une meilleure information du public quant aux possibilités légales d'agir face à un traitement illicite de données personnelles pourrait permettre de lutter plus efficacement contre de tels traitements et aurait probablement un effet dissuasif sur les maîtres du fichier.

Mesures pénales

5.1. Introduction

546. — En plus de la protection octroyée par le droit civil, abordée dans les chapitres 3 et 4, les législations cantonales et fédérale prévoient des sanctions pénales à l'encontre de l'auteur de traitements illicites de données personnelles médicales. Nous verrons ainsi dans ce chapitre quelles sont ces dispositions, leurs conditions d'application et les questions qu'elles peuvent soulever lors de situations concrètes. A quelles dispositions légales est soumis un médecin exerçant dans un hôpital public ? Les données personnelles médicales utilisées par un physiothérapeute sont-elles aussi bien protégées que celles qu'utilise un médecin ? Ou encore les professionnels de la santé ont-ils tous le droit de refuser de témoigner en justice au nom de la protection de la vie privée du patient ? Le secret professionnel est-il fréquemment violé ? Si oui, y a-t-il beaucoup de plaintes pénales déposées ? Nous tenterons ainsi dans ce chapitre de répondre à ces questions et de trouver des solutions aux problèmes qui se posent.

547. — Nous allons d'abord étudier les dispositions fédérales, telles que le secret professionnel (art. 321 CP), le secret professionnel en matière de recherche (art. 321bis CP) et la violation du devoir de discrétion (art. 35 LPD). Dans un deuxième temps, nous aborderons les dispositions cantonales, à savoir le secret professionnel des lois sur la santé et les dispositions des lois sur la protection des données.

5.2. Le secret professionnel

5.2.1. Généralités

548. — Le Code pénal suisse prévoit à l'article 321 ch. 1 CP⁷³⁵ la disposition légale sanctionnant la violation du secret professionnel. Cette disposition s'applique aux médecins, médecins-dentistes, pharmaciens, sages-femmes, chiropraticiens et psychologues⁷³⁶, mais également aux étudiants de ces professions, qu'ils aient terminé leurs études ou non, aux auxiliaires de ces professions ainsi qu'aux personnes n'exerçant plus les professions concernées (ch. 1). L'article 321 CP précise encore les motifs justifiant la révélation d'informations protégées par le secret professionnel (ch. 2) et réserve les dispositions légales fédérales et cantonales portant sur l'obligation de renseigner une autorité ou de témoigner en justice (ch. 3).

549. — L'article 321 CP est entré en vigueur le 1^{er} janvier 1942. Avant cette date, il n'y avait pas de dispositions légales protégeant le secret médical, même si ce sujet préoccupait déjà les juristes⁷³⁷. La problématique du secret médical existe toutefois depuis longtemps puisque Hippocrate (4^e siècle avant J.-C.) mentionnait déjà dans son serment le devoir de garder secrètes les informations dont il avait eu connaissance lors de l'exercice de sa profession. Ce serment n'avait toutefois pas de portée juridique mais qu'une portée morale et permettait de garantir une certaine relation de confiance entre le médecin et son patient⁷³⁸. Cette obligation de confidentialité a ensuite figuré dans de nombreuses législations natio-

⁷³⁵ Art. 321 al. 1 CP : « Les ecclésiastiques, avocats, défenseurs en justice, notaires, conseils en brevet, contrôleurs astreints au secret professionnel en vertu du code des obligations, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages-femmes, psychologues ainsi que leurs auxiliaires, qui auront révélé un secret à eux confié en vertu de leur profession ou dont ils avaient eu connaissance dans l'exercice de celle-ci, seront, sur plainte, punis d'une peine privative de liberté de trois ans au plus ou d'une peine pécuniaire. Seront punis de la même peine les étudiants qui auront révélé un secret dont ils avaient eu connaissance à l'occasion de leurs études. La révélation demeure punissable alors même que le détenteur du secret n'exerce plus sa profession ou qu'il a achevé ses études. »

⁷³⁶ Chiropraticiens et psychologues sont soumis au secret professionnel depuis l'entrée en vigueur de la LPsy, le 1^{er} avril 2013.

⁷³⁷ GEORGES WERNER, Le secret professionnel, thèse, Genève, 1907, pp 18-19

⁷³⁸ AXEL SAINT MARTIN, Le secret médical (I), Le patient (a priori) maître du secret professionnel médical, *in* Revue droit & santé n°34 mars 2010, p. 108, p. 108 ; CYRIL CARRIERE, Le droit au secret médical: de la personne à la chose en passant par la propriété, *in* Revue droit & santé n°20 novembre 2007, p. 716, p. 716

nales, où étaient clairement précisés les droits et obligations des médecins. Avec l'évolution du droit, il y eut de plus en plus d'exceptions au secret professionnel, rendant cette obligation plus floue. Ceci a eu pour résultat que les médecins ne surent plus s'ils osaient ou non transmettre des données personnelles médicales et à qui ils pouvaient ou devaient les communiquer. Le manque de clarté s'est encore accentué avec les contradictions que l'on trouve dans les lois et la pratique en matière de protection des données personnelles médicales. Par exemple, l'article 321 CP doit s'appliquer de la même façon à tout le monde mais la loi valaisanne crée une inégalité de traitement entre patients majeurs et patients mineurs ou sous curatelle de portée générale en affaiblissant le secret médical vis-à-vis de ces deux dernières catégories. En effet, l'article 31 al. 3 de la loi sur la santé valaisanne⁷³⁹ prévoit que « *s'il y a de justes motifs, le professionnel de la santé peut informer le représentant légal d'un patient mineur ou interdit capable de discernement* ». Cet article est en contradiction avec le droit fédéral et ne peut être appliqué aux professionnels soumis à l'article 321 CP. Nous essaierons donc de clarifier cette obligation de confidentialité en regard des nombreuses dispositions applicables.

550. — Le premier problème qui se pose est tout d'abord le respect du secret professionnel. Les professionnels de la santé ne respectent pas toujours cette obligation parce que la pratique quotidienne empêche la mise en œuvre d'un tel devoir ; par exemple, lorsque des patients se croisent dans la salle d'attente du cabinet médical d'un oncologue, ils savent qui suit un traitement et contre quelle pathologie. Bien qu'il s'agisse déjà là d'une violation du secret professionnel⁷⁴⁰, il est difficile d'exiger d'un médecin qu'il mette à disposition de ses patients des salles d'attente individuelles. Le secret professionnel est également violé lorsque le professionnel de la santé donne des informations à la famille d'un patient en fin de vie, sans le consentement de celui-ci ; il semblerait toutefois illogique de ne rien dire dans une telle situation. Nous essaierons ainsi de trouver des solutions pour concilier obligation légale et pratique de tous les jours, en rappelant toutefois que la violation du secret professionnel peut entraîner des sanctions pénales, mais également civiles et disciplinaires,

⁷³⁹ Loi valaisanne sur la santé du 14 février 2008, RSVS 800.1

⁷⁴⁰ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 27

conformément à la LPMéd, au droit sanitaire cantonal et aux règles déontologiques des professions concernées par l'article 321 CP⁷⁴¹.

551. — Il semble également résulter de la pratique en matière de santé une certaine méconnaissance du secret professionnel. Où et quand commence cette obligation ? Où et quand prend-elle fin ? Existe-t-elle aussi pour les patients mineurs et les patients incapables de discernement ? Il s'agit des questions auxquelles les professionnels de la santé doivent faire face et auxquelles il ne peuvent pas toujours donner de réponse. Nous verrons également quelles mesures les patients peuvent prendre et s'ils les utilisent.

5.2.2. Différentes notions du « *secret* »

552. — La notion de secret va tout d'abord dépendre du pays où l'on se trouve. En Suisse, le secret professionnel s'inspire tant du secret professionnel français, dont le but est d'assurer le bon fonctionnement de la profession en permettant aux soignants de disposer d'un maximum d'informations sur leurs patients, que du secret professionnel allemand, qui vise principalement à protéger la vie privée du patient. Il doit ainsi être considéré comme une disposition protégeant le bon exercice de la profession, il se trouve d'ailleurs dans la partie du Code pénal consacrée aux « *infractions contre les devoirs de fonction et les devoirs professionnels* », mais aussi comme une disposition légale protégeant la vie privée du patient⁷⁴².

553. — Il est également important de distinguer les différentes notions faisant référence à la confidentialité des données personnelles médicales. En effet, est-ce que le « *secret professionnel* », le « *secret médical* », le « *secret du patient* », le « *devoir de discrétion* » ou encore le « *secret de fonction* » sont des synonymes ?

554. — Le « *secret médical* » est une notion non juridique définissant le devoir de confidentialité que les médecins ont envers leurs patients. Du point de vue juridique, il s'agit du « *secret professionnel* » de l'article

⁷⁴¹ NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, in Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49

⁷⁴² ATF 117 Ia 341 ; ATF 115 IA 197 ; ATF 114 III 105 ; ATF 87 IV 105 ; OLIVIER GUILLOD, Le secret médical aujourd'hui, in Le secret: éthique, transparence et confidentialité, Lausanne, 1996, p. 49, p. 51 ; ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, in Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, p. 6 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 2, pp 759-760

321 CP qui concerne les médecins, mais aussi d'autres professions, telles que les avocats et les ecclésiastiques. En d'autres termes, le secret médical est le secret professionnel mais le secret professionnel n'est pas forcément le secret médical⁷⁴³.

555. — Le « *secret du patient* » (« *Patientengeheimnis* », art. 11 de la version allemande du Code de déontologie de la Fédération des médecins suisses) est parfois évoqué⁷⁴⁴ ; la version germanophone du Code de déontologie de la FMH reprend ainsi la conception allemande du secret médical, dont l'idée est de protéger le patient avant tout. Le « *secret du patient* » est donc synonyme de « *secret médical* ».

556. — Ensuite, il y a le « *secret de fonction* » (art. 320 CP) dont le contenu, le but et les modalités pour la levée sont différents du secret professionnel. Le secret de fonction ne s'applique qu'aux fonctionnaires de l'Etat et aux membres des autorités et leur permet d'exercer leurs fonctions, sans que les administrés ne s'immiscent dans leurs tâches⁷⁴⁵ ; le secret de fonction protège le travail effectué par les fonctionnaires et les autorités, contrairement au secret professionnel, qui vise principalement à protéger la vie privée du patient et le bon exercice de la profession.

557. — La question qui se pose alors est de savoir à quel secret est soumis le médecin exerçant comme employé dans un hôpital public. Corboz⁷⁴⁶ estime que celui-ci est soumis au secret de fonction alors que le médecin pratiquant en cabinet privé est soumis au secret professionnel. Comme une grande partie de la doctrine⁷⁴⁷, je pense que cet avis est erroné et

⁷⁴³ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, pp 22-23

⁷⁴⁴ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, in Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2047 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 8

⁷⁴⁵ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 3, pp 737-738

⁷⁴⁶ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 9, p. 739 ; voir aussi : MICHEL DUPUIS, BERNARD GELLER, GILLES MONNIER, CHRISTOPHE PIQUET, CHRISTIAN BETTEX & DANIEL STOLL, Petit commentaire du Code pénal, Bâle, 2012, N 17, art. 321 CP, p. 1873 ; CHRISTIAN FAVRE, MARC PELLET & PATRICK STOUDMANN, Code pénal annoté, 3e édition, Lausanne, 2011, N 1.19, art. 321 CP, p. 740

⁷⁴⁷ RDAF 2000 117 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 24 ; KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321

qu'il ne tient pas compte des spécificités des deux types de secrets. En effet, en suivant l'avis de Corboz, les médecins privés et publics ainsi que leurs patients respectifs seraient traités de manière inégale ; ceci n'est pas admissible étant donné qu'ils pratiquent le même métier et que leurs patients ont les mêmes attentes vis-à-vis de la médecine. L'inégalité de traitement interviendrait tout d'abord avec la levée du secret. Ainsi, le patient pourrait consentir à la levée du secret professionnel, mais pas à la levée du secret de fonction, le consentement du patient n'étant en effet pas une condition à la levée de ce dernier. Cette distinction lèserait alors les patients des médecins publics en les empêchant d'être maîtres de leur secret et de décider du sort de leurs données personnelles médicales⁷⁴⁸. Concrètement, le médecin public ne pourrait pas répondre à une assurance de soins privée dans le cadre de la conclusion d'un contrat d'assurance complémentaire entre son patient et cette institution sans devoir requérir le consentement de son supérieur hiérarchique. Le Tribunal fédéral a d'ailleurs précisé qu'il n'était pas admissible que les patients d'un établissement hospitalier public voient leur liberté personnelle « *restreinte dans une mesure plus étendue que ne l'est celle du patient soigné dans un établissement hospitalier privé* »⁷⁴⁹. Une partie de la doctrine⁷⁵⁰ estime toutefois que le secret de fonction peut être levé si la personne concernée y consent, à condition que ce consentement ne concerne que des intérêts purement privés. Cette solution permettrait ainsi de soumettre les professionnels de la santé exerçant dans un établissement public au secret de fonction sans créer d'inégalités entre patients soumis à l'article 321 CP et patients soumis à l'article 320 CP, du moins en ce qui concerne la levée du secret. Je pense toutefois qu'il peut être difficile de déterminer si des intérêts publics peuvent être lésés en cas de divulgation de données protégées par le secret de fonction, s'il n'en existe pas, le secret de fonction ne pourrait être levé, et que vu que cette question ne se pose pas avec

StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Zürich, 1993, pp 98ss ; JÖRG REHBERG, *Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit*, 2. Auflage, Zurich, 1996, p. 424 ; STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zürich, 2008, art. 320, N 15, p. 1318

⁷⁴⁸ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants*, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 25

⁷⁴⁹ ATF 111 Ia 231

⁷⁵⁰ STEFAN TRECHSEL, *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 2. Auflage, Zürich, 2008, N 31, art. 320 CP ; MICHEL DUPUIS, BERNARD GELLER, GILLES MONNIER, CHRISTOPHE PIQUET, CHRISTIAN BETTEX & DANIEL STOLL, *Petit commentaire du Code pénal*, Bâle, 2012, N 41ss, art. 320 CP, p. 1879

l'article 321 CP, il existerait une inégalité de traitement entre patients dont les données personnelles sont protégées par le secret de fonction et ceux dont les données sont protégées par le secret professionnel. Par ailleurs, la violation du secret de fonction est poursuivie d'office contrairement au secret professionnel, ce qui signifie que les médecins publics seraient plus facilement déférés devant la justice que les médecins privés. Cette différence n'est pas justifiable car les données médicales doivent être protégées de la même manière dans le privé et dans le public afin que cela n'engendre pas d'inégalité de traitement entre les médecins et les patients du secteur public et du secteur privé. En conclusion, lors d'une divulgation de données personnelles médicales par un professionnel soumis à l'article 321 CP et exerçant dans un établissement public, tant les éléments constitutifs de l'article 320 CP que ceux de l'article 321 CP sont remplis, donnant ainsi lieu à un concours imparfait d'infraction ; le secret professionnel doit alors être préféré, et ce, pour les raisons citées ci-dessus. Par contre, il peut à mon avis s'appliquer aux informations concernant l'administration et le fonctionnement de l'établissement hospitalier.

558. — Le « *devoir de discrétion* » est une notion juridique se trouvant dans la LPD. Il s'agit d'une obligation de confidentialité visant à sanctionner « *la personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données* » (art. 35 LPD). Cette obligation diffère ainsi du secret professionnel et du secret de fonction et doit être considérée comme une infraction pénale à part. Lorsqu'une personne est soumise au secret professionnel ou au secret de fonction, c'est toutefois ces dispositions qui doivent s'appliquer et non celle de l'article 35 LPD, qui est une disposition légale générale.

559. — Il existe encore d'autres « *secrets* » qui ressemblent au secret professionnel du Code pénal, comme ceux de la LAVI, de l'article 3c al. 4 LStup et de la Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse et qui prévoient un devoir de confidentialité pour les personnes exerçant dans de tels centres. Le secret de la LAVI (art. 11 LAVI) est différent du secret professionnel⁷⁵¹, contrairement à celui de la LStup et celui de la loi sur les centres de consultation en matière de grossesse. Même si ce der-

⁷⁵¹ Message concernant la loi fédérale sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI) et l'arrêté fédéral portant approbation de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 25 avril 1990, FF 1990 II 909, p. 928

nier se réfère expressément au secret professionnel de l'article 321 CP, les personnes qui y sont soumises ne peuvent avoir l'obligation de témoigner et de renseigner en justice et un motif supplémentaire de levée du secret est prévu pour celui-ci (art. 2 Loi sur les centres de consultation en matière de grossesse).

560. — Les obligations de garder le secret prévues par les législations cantonales en matière de santé diffèrent également de l'article 321 CP⁷⁵², comme il sera démontré au point 5.2.3.2 du présent chapitre.

5.2.3. Eléments constitutifs de l'infraction

5.2.3.1. Généralités

561. — Pour qu'il y ait infraction, tous les éléments constitutifs de l'infraction doivent être réalisés. Il y a ainsi infraction lorsque les professionnels cités à l'article 321 CP ont révélé de manière intentionnelle à un tiers, sans y avoir été autorisés, un secret appris dans le cadre de leur profession ou en raison de celle-ci.

5.2.3.2. Personne exerçant une profession citée à l'article 321 CP

562. — Pour qu'il y ait infraction, la personne qui a révélé le secret doit faire partie de l'une des professions citées à l'article 321 CP, soit celles de médecin, avocat, notaire, conseil en brevet, défenseur en justice, médecin-dentiste, sage-femme, pharmacien, contrôleur soumis au secret conformément au Code des obligations, psychologue, chiropraticien et ecclésiastique. Ces professions sont soumises à l'article 321 CP car elles traitent des données sensibles et doivent garantir une certaine confidentialité pour qu'elles puissent être pratiquées dans les meilleures conditions⁷⁵³.

563. — Les personnes qui sont citées à l'article 3c al. 4 de la Loi fédérale sur les stupéfiants (personnel des institutions de traitement et services d'aide sociale compétents) sont également soumises au secret profession-

⁷⁵² ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, pp 15-16

⁷⁵³ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 3-4, p. 760

nel⁷⁵⁴ de même que celles qui exercent dans des centres de consultation en matière de grossesse⁷⁵⁵ ; le législateur fédéral a ainsi élargi le cercle des personnes soumises à l'article 321 CP.

564. — Les professionnels qui ne sont pas cités à l'article 321 CP doivent également garder le secret, mais en vertu d'autres dispositions légales ; les lois fédérale et cantonales de protection des données prévoient un devoir de discrétion pour les personnes traitant des données sensibles et la plupart des lois cantonales sur la santé incluent une disposition qui soumet les professionnels de la santé au « *secret professionnel* »⁷⁵⁶.

565. — La solution du secret professionnel cantonal peut à mon avis s'avérer problématique car selon la manière dont elle est rédigée dans la loi, elle semble élargir le champ d'application de l'article 321 CP, ce qui va à l'encontre de la volonté du législateur fédéral. Ce dernier a en effet décrété que cette liste était exhaustive, signifiant ainsi qu'il ne souhaitait pas inclure d'autres professions dans l'article 321 CP⁷⁵⁷. La Confédération a ainsi utilisé sa compétence législative de manière exhaustive, ne laissant plus aux cantons la possibilité d'élargir le champ d'application de cette disposition fédérale. C'est pourtant ce que le législateur neuchâtelois a fait à l'article 62 de la loi neuchâteloise de santé⁷⁵⁸ en soumettant au secret professionnel de l'article 321 CP tous les professionnels de la santé de l'article 53 de la même loi, c'est-à-dire « *les personnes qui, à titre professionnel, fournissent des soins à des patients ou leur offrent d'autres prestations de santé et dont l'activité doit être contrôlée pour des raisons de santé publique* ». Il a en effet fait un renvoi à l'article 321 CP et laisse par conséquent supposer un élargissement du champ d'application de la disposition fédérale, ce qui serait contraire à la volonté du législateur fédéral et qui rendrait cette disposition neuchâteloise contraire au droit fédéral. Il convient donc d'interpréter l'article 62 LS

⁷⁵⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 26

⁷⁵⁵ Loi fédérale du 9 octobre 1981 sur les centres de consultation en matière de grossesse, RS 857.5

⁷⁵⁶ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, in L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 28

⁷⁵⁷ Motion 00.3344 du 22 juin 2000 de Pia Hollenstein, portant sur la modification de l'article sur le secret professionnel, déposée au Conseil national ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, in Jusletter du 13 août 2007, p. 8

⁷⁵⁸ Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS), RSN 800.1

dans le même sens que la loi bernoise sur la santé publique⁷⁵⁹, qui ne prévoit pas de « *secret professionnel* » proprement dit mais un « *devoir de discrétion* » (art. 27 al. 1), obligeant les professionnels de la santé à « *garder secrets tous les faits que leur communiquent leurs patients et patientes dans le cadre de leur traitement et toutes les observations dont ils prennent note* ». En ne faisant pas de renvoi à l'article 321 CP, le législateur bernois n'a ainsi pas ajouté d'autres professions à cette disposition, mais a créé une infraction cantonale indépendante du secret professionnel du Code pénal, reprenant en substance la disposition fédérale.

566. — L'article 62 de la loi de santé neuchâteloise pose également problème lorsque survient la question du droit de refuser de témoigner dans le cadre d'une procédure, car si tous les professionnels de la santé sont soumis à l'article 321 CP, comme le suggère le législateur neuchâtelois, seuls ceux qui sont cités à l'article 171 du Code de procédure pénale fédéral (CPP)⁷⁶⁰ bénéficient de ce droit. En effet, l'article 171 CPP précise que « *les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci* », créant ainsi une inégalité de traitement entre professionnels de la santé⁷⁶¹. Pour être conforme au droit fédéral, la loi neuchâteloise ne devrait ainsi pas faire de renvoi à l'article 321 CP, mais simplement créer une disposition pénale cantonale indépendante sanctionnant les professions de la santé qui violent leur devoir de confidentialité, comme l'a fait le droit bernois.

567. — Lorsque l'article sur le secret professionnel est entré en vigueur en 1942, il n'y avait pas autant de professions de la santé différentes, raison pour laquelle il avait été jugé suffisant que seules les professions de médecin, médecin-dentiste, pharmacien et sage-femme soient soumises au secret. De plus, le principe de hiérarchie au sein des professions de la santé ne rendait pas nécessaire l'élargissement du champ d'application de l'article 321 CP. En effet, les professionnels de la santé travaillaient sous les ordres d'un médecin et étaient soumis au secret professionnel en tant qu'auxiliaires. Or, aujourd'hui, certains de ces professionnels de la santé, tels que des infirmiers, des kinésithérapeutes ou encore des diététiciens

⁷⁵⁹ Loi bernoise sur la santé publique du 2 décembre 1984 (LSP), RSB 811.01

⁷⁶⁰ Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (Code de procédure pénale; CPP), RS 312.0

⁷⁶¹ Loi fédérale du 4 octobre 1991 sur l'aide aux victimes d'infractions (LAVI), RS 312.5

sont devenus indépendants et ne sont dès lors plus soumis à l'article 321 CP. Ces professionnels disposent de données médicales concernant leurs patients qui devraient pourtant être protégées au même titre que les données utilisées par les médecins, or elles ne le sont que par des dispositions moins strictes, telles que celles de la LPD. Le secret professionnel ne répond ainsi plus aux besoins actuels en matière de confidentialité puisque certaines professions de la santé n'y sont pas soumises⁷⁶².

568. — En 1977, un postulat demandait que les « *éducateurs sociaux, les travailleurs sociaux, les conseillers d'orientation professionnelle, les conseillers en affaire conjugales, les psychologues, de même que les spécialistes de la psychologie des profondeurs sans études médicales* » soient ajoutés à la liste de l'article 321 CP. Il demandait également que le Conseil fédéral étudie « *le moyen d'obliger les cantons de prévoir, dans leurs codes de procédure, le droit des professionnels mentionnés de refuser le témoignage* ». Le but du postulat était de renforcer le lien de confiance entre le patient et le professionnel de la santé. Puis en 1985, la Société suisse de psychologie et de psychologie appliquée⁷⁶³ et l'Association suisse des psychothérapeutes⁷⁶⁴ ont demandé dans une pétition « *la mention explicite de l'obligation particulière au secret professionnel pour les psychologues et les psychothérapeutes dans le cadre de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données* » ainsi que l'extension de la liste des professionnels cités à l'art. 321 CP. En 1987, c'est l'Association suisse des assistants sociaux et des éducateurs diplômés qui a demandé à ce que les assistants sociaux et les éducateurs diplômés soient intégrés à l'article 321 CP⁷⁶⁵. Le législateur a répondu à ces demandes en créant l'article 35 LPD qui sanctionne les personnes dévoilant des données sensibles ou des profils de la personnalité dont elles ont eu connaissance dans le cadre d'une profession nécessitant de telles données. Ces professionnels de la santé souhaitaient toutefois être soumis au secret professionnel pour avoir le droit de refuser de témoigner, comme peuvent le faire les professionnels de la santé soumis à l'article 321

⁷⁶² ATF 95 I 439 ; ATF 83 IV 194 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 23

⁷⁶³ www.ssp-sgp.ch/

⁷⁶⁴ www.psychotherapie.ch/

⁷⁶⁵ Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787, p. 1957

CP⁷⁶⁶. En juin 2000, il a été proposé dans une motion d'inclure les autres professionnels de la santé dans l'article 321 CP, mais le Conseil fédéral a refusé en invoquant le fait que la liste figurant dans cette disposition légale était exhaustive et que l'article 35 LPD sur le devoir de discrétion était suffisant pour protéger les données confidentielles utilisées par les professionnels de la santé ; il a également fait savoir que la question du droit de refuser de témoigner pour les personnes soumises à l'article 321 CP serait débattue lors de la création de la procédure pénale fédérale. Cette motion a donc été transformée en postulat, examiné lors de l'unification de la procédure pénale⁷⁶⁷.

569. — Avec la nouvelle procédure pénale fédérale, le Conseil fédéral a toutefois renoncé à ajouter d'autres professions de la santé à l'article 321 CP, car ces dernières n'étaient pas toutes soumises à une autorité de surveillance pouvant les délier du secret, comme le prévoit le chiffre 2 de l'article 321 CP. Sans autorité de surveillance, ces professionnels n'auraient pu témoigner que s'ils avaient été déliés par le détenteur du secret, créant ainsi une disparité entre les patients d'un professionnel soumis à une autorité de surveillance et ceux d'un professionnel n'y étant pas soumis ; les données de ces derniers auraient été mieux protégées puisque les patients auraient été les seuls à pouvoir lever le secret. Quant aux médecins, ils auraient dû témoigner lorsque l'autorité de surveillance les avait déliés du secret même si le patient s'y était opposé, situation qui n'aurait pas pu se produire pour un professionnel n'étant pas soumis à une autorité de surveillance⁷⁶⁸. Le législateur fédéral a tout de même par la suite élargi le champ d'application ; il a toutefois fallu attendre le 1^{er} juillet 2011 pour qu'une nouvelle profession fasse son entrée dans le cercle restreint de l'article 321 CP. Il s'agit des conseils en brevet soumis au secret professionnel depuis l'entrée en vigueur du ch. 4 de l'annexe à la Loi fédérale du 20 mars 2009 sur les conseils en brevet⁷⁶⁹. Ensuite les professions de psychologue et de chiropraticien ont été ajoutées à l'article

⁷⁶⁶ Message concernant la modification du code pénal suisse (dispositions générales, entrée en vigueur et application du code pénal) et du code pénal militaire ainsi qu'une loi fédérale régissant la condition pénale des mineurs du 21 septembre 1998, FF 1999 II 1787pp 1957-1958

⁷⁶⁷ Motion 00.3344 du 22 juin 2000 de Pia Hollenstein, portant sur la modification de l'article sur le secret professionnel, déposée au Conseil national ; Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1182

⁷⁶⁸ Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1182

⁷⁶⁹ Message concernant la loi sur les conseils en brevets du 7 décembre 2007, FF 2008 327 ; RO 2011 2259

321 CP, lors de l'entrée en vigueur de la LPsy le 1^{er} avril 2013⁷⁷⁰. La notion de psychologue doit être comprise dans son sens le plus large, en englobant notamment les professions de psychothérapeute et de psychologue clinicien⁷⁷¹. Jusqu'à l'entrée en vigueur de cette nouvelle loi, les psychologues et les chiropraticiens devaient respecter l'obligation du secret médical en tant qu'auxiliaires d'une personne soumise à l'article 321 CP ou encore le devoir de discrétion de la LPD (art. 35 LPD)⁷⁷², ou des lois cantonales sur la santé⁷⁷³ et la protection des données. Les cantons ont pour tâche de désigner une autorité de surveillance pour les psychologues et les chiropraticiens afin que celle-ci contrôle que les devoirs professionnels des membres de cette profession soient respectés⁷⁷⁴.

570. — Nous allons donc maintenant examiner qui sont les personnes soumises à l'article 321 CP, en commençant par le médecin. Pour pouvoir être considéré comme un médecin au sens de la loi, celui-ci doit avoir effectué une formation reconnue par la LPMéd⁷⁷⁵ ou être en cours de formation et avoir une activité thérapeutique. Ces conditions s'appliquent d'ailleurs à toutes les professions médicales universitaires soumises à l'article 321 CP⁷⁷⁶.

571. — En ce qui concerne les pharmaciens, Corboz précise que ceux qui n'ont pas de contacts avec les patients, comme par exemple les pharmaciens qui travaillent dans la recherche ou dans les entreprises pharmaceutiques, ne sont pas soumis au secret professionnel⁷⁷⁷. A mon avis, il en va de même pour les autres professions médicales citées à l'article 321 CP qui n'ont pas de rapports avec des patients, comme par exemple les em-

⁷⁷⁰ Loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie (Loi sur les professions relevant de la psychologie, LPsy), RS 935.81

⁷⁷¹ Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 30 septembre 2009, FF 2009 6235, p. 6286

⁷⁷² Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421

⁷⁷³ ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, pp 6-7

⁷⁷⁴ Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 30 septembre 2009, FF 2009 6235, p. 6278

⁷⁷⁵ Loi fédérale du 23 juin 2006 sur les professions médicales universitaires (Loi sur les professions médicales universitaires, LPMéd), RS 811.11

⁷⁷⁶ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 25 ; NIKLAUS OBERHOLZER, art. 321, N 5a, p. 2324, Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 111-392 StGB, 2. Auflage, Basel, 2007

⁷⁷⁷ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 15, p. 763

ployés de l'administration fédérale ou les chercheurs. Un médecin qui établit des statistiques pour la Confédération n'est pas soumis à l'article 321 CP, mais à l'article 320 CP consacré au secret de fonction, d'autant plus qu'il ne travaille pas avec des données personnelles médicales de patients spécifiques mais avec des données anonymisées. Le but du secret de fonction est ainsi bien plus approprié dans une telle situation, puisqu'il vise la confidentialité des données de l'Etat et non la protection de la vie privée du patient.

572. — Les personnes exerçant la profession de sages-femmes sont aussi soumises au secret professionnel. Comme pour les médecins et pharmaciens, elles y sont soumises lorsqu'elles exercent en tant que thérapeutes mais pas lorsqu'elles travaillent pour la recherche et qu'elles n'ont pas de contact avec des patients.

573. — L'article 321 CP cite également les auxiliaires de ces professions, c'est-à-dire les personnes « *qui collaborent à la prise en charge du patient avec un membre d'une de ces professions, soit directement (par exemple un infirmier qui assiste un chirurgien lors d'une intervention), soit sur requête (par exemple un technicien en radiologie qui prend un cliché sur demande d'un médecin)* »⁷⁷⁸. L'auxiliaire peut être employé ou mandataire, le rapport de subordination n'étant pas nécessaire pour être considéré comme auxiliaire⁷⁷⁹. Les personnes qui ne participent pas directement au traitement mais qui utilisent les données personnelles médicales pour effectuer leurs tâches, comme les secrétaires médicales ou le service de comptabilité d'un établissement hospitalier, sont aussi considérées comme des auxiliaires⁷⁸⁰. Pour une partie de la doctrine, le service

⁷⁷⁸ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 27 ; ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, p. 6 ; NICOLE BLANCHARD, La levée du secret professionnel, *in* Médecine et Hygiène 2003 n°2432, p. 762, p. 762 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, *in* Jusletter du 13 août 2007, pp 8-9 ; ODILE PELET & RALPH SCHLOSSER, TARMED et le secret médical, *in* L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 199, p. 204

⁷⁷⁹ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 25 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 16, p. 764

⁷⁸⁰ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 27 ; NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, *in* Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49, p. 52 ; DOMINIQUE MANAI, Droits du patient

de nettoyage d'un hôpital n'est pas soumis au secret professionnel, même si le simple fait de savoir que telle ou telle personne se trouve hospitalisée est déjà une donnée personnelle médicale qui tombe sous le coup du secret médical⁷⁸¹. Trechsel estime toutefois que ces personnes sont soumises au secret pour ce qui concerne l'identité des personnes se trouvant dans les locaux médicaux⁷⁸². Je pense que le service de nettoyage doit être soumis au secret professionnel car en plus de pouvoir connaître l'identité des patients, il fait partie des auxiliaires travaillant pour les professionnels soumis à l'article 321 CP. Il a en effet un rôle dans le processus d'un traitement médical car sans lui, les risques de contracter des infections nosocomiales seraient grands. Il est nécessaire au bon fonctionnement d'un établissement hospitalier et doit dès lors être considéré comme auxiliaire.

574. — Les étudiants et apprentis en formation avec des professionnels cités à l'article 321 CP sont également soumis au secret professionnel⁷⁸³. Il est indispensable d'inclure les étudiants qui effectuent souvent des stages pratiques requérant les mêmes connaissances sur les patients que les professionnels pour qui ils travaillent.

575. — Les professionnels qui arrêtent leur activité ou les étudiants qui ont terminés leurs études restent soumis au secret professionnel ; leur obligation de confidentialité ne tombe qu'une fois qu'ils sont décédés. Leurs héritiers ne sont pas soumis au secret professionnel, mais ils pourraient être sanctionnés conformément à l'article 179^{novies} CP s'ils prenaient connaissance des données personnelles médicales des patients. Pour éviter cela, il existe des dispositions légales cantonales portant sur la remise des dossiers médicaux du professionnel décédé pour que les héritiers ne puissent pas prendre connaissance des informations figurant dans de tels documents. Par exemple, l'article 58 al. 2 de la loi genevoise sur

et biomédecine, Berne, 2013, pp 129ss ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 21 ; OLIVIER GUILLOD, Le secret médical

aujourd'hui, in Le secret: éthique, transparence et confidentialité, Lausanne, 1996, p. 49, pp 53ss

⁷⁸¹ GÜNTER STRATENWERTH & FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT II:

Straftaten gegen Gemeininteressen, sechste überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, 2003 und 2008, §59, N17, pp 451-452 ; JÖRG REHBERG, Strafrecht IV, Delikte gegen die Allgemeinheit, 2. Auflage, Zurich, 1996, p. 430

⁷⁸² STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich, 2008, art. 321, N 13, pp 1325-1326

⁷⁸³ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 17-18, pp 764-765

la santé prévoit qu'en cas de décès du professionnel de la santé, ses dossiers médicaux doivent être remis à « *l'association professionnelle à laquelle il appartient* » ou à la « *direction générale de la santé* »⁷⁸⁴.

576. — Quant aux personnes qui prennent connaissance de secrets mais qui ne sont pas soumises à l'article 321 CP, le devoir de confidentialité sera moindre et différera selon leur statut ; le journaliste n'est pas soumis au secret professionnel mais il doit néanmoins se conformer à un code de déontologie⁷⁸⁵ et au devoir de discrétion (art. 35 LPD) et peut être actionné conformément à l'article 28a CC s'il porte atteinte à la personnalité en divulguant des informations protégées par le secret médical.

5.2.3.3. Existence d'un secret

577. — La première condition à la réalisation de l'infraction est l'existence d'un secret. Le législateur n'ayant pas donné de définition du secret, ce sont les tribunaux qui se sont chargés de cette tâche. Le tribunal administratif genevois a précisé que le secret consistait « *dans la possession exclusive de la connaissance de certains faits jointe à la volonté du détenteur du secret d'en rester seul possesseur* » et qu'il s'agissait d'informations, apprises dans le cadre de la profession, qui n'étaient pas publiques et qui n'avaient pas à être divulguées en raison d'un intérêt prépondérant⁷⁸⁶. Il s'agit de la même définition que celle de l'article 320 CP, qui veut que le secret porte sur un fait qui n'est pas connu, c'est-à-dire sur des données qui ne sont pas facilement accessibles ou qui n'ont pas été rendues publiques⁷⁸⁷. Si l'information est connue, il ne s'agit plus d'un secret⁷⁸⁸.

⁷⁸⁴ Loi genevoise sur la santé du 7 avril 2006 (LS), RSG K 1 03

⁷⁸⁵ Art. 7 de la Déclaration des devoirs et des droits du / de la journaliste : « *Respecter la vie privée des personnes, pour autant que l'intérêt public n'exige pas le contraire ; s'interdire les accusations anonymes ou gratuites* » ; www.impressum.ch

⁷⁸⁶ ATA du 11 juin 2002 H c/ département de l'action sociale et de la santé ; NICOLE BLANCHARD, La levée du secret professionnel, *in* Médecine et Hygiène 2003 n°2432, p. 762, p. 762

⁷⁸⁷ ATF 112 Ib 606 ; ATF 101 Ia 10 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 19-24, pp 765-766 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, *in* Jusletter du 13 août 2007, p. 9

⁷⁸⁸ ATF 112 Ib 606, ATF 106 IV 131 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 19-24, pp 765-766

578. — En droit médical, le secret porte sur tout ce que le patient confie au médecin et sur tout ce que le médecin constate lors de l'exercice de sa profession⁷⁸⁹. Il porte sur des faits médicaux mais également sur des faits de nature privée dont le médecin prend connaissance dans le cadre de l'exercice de sa profession⁷⁹⁰. Certains auteurs estiment que le lien existant entre le patient et le médecin fait déjà partie du secret⁷⁹¹, raison pour laquelle il peut être considéré que le secret professionnel est violé lorsque plusieurs patients se retrouvent ensemble dans la salle d'attente d'un cabinet médical.

579. — Les données médicales protégées par le secret médical bénéficient toutes de la même protection, qu'il s'agisse de données anodines ou de données particulièrement sensibles⁷⁹².

580. — Il est également important de préciser qu'il n'y a pas violation du secret professionnel si les données ont été anonymisées ; pour qu'il y ait violation, le patient doit pouvoir être identifié à travers les données⁷⁹³.

5.2.3.4. Secret appris dans le cadre de la profession ou en raison de celle-ci

581. — En plus de l'existence du secret, celui-ci doit avoir été appris dans le cadre de la profession ou en raison de celle-ci⁷⁹⁴. Dans la première hy-

⁷⁸⁹ ATF 101 Ia 10

⁷⁹⁰ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 19-24, pp 765-766

⁷⁹¹ Arrêt non publié 2P.144/2001 ; STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich, 2008 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 19-24, pp 765-766 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, in Jusletter du 13 août 2007 ; ODILE PELET & RALPH SCHLOSSER, TARMED et le secret médical, in L'avocat et le juge face au droit pénal, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 199, pp 202-203 ; PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES, 11e Rapport d'activités 2003/2004, Berne, 2004, www.edoeb.admin.ch

⁷⁹² HANSPETER KUHN, Protection des données et LAMal, in Bulletin des médecins suisses 2001 n° 32-33, p. 1707, p. 1709

⁷⁹³ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 27

⁷⁹⁴ NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, in Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49, p. 53 ; DOMINIQUE MANAÏ, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, pp 133ss ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel

pothèse, le secret est appris lors de l'exercice de la profession, quand il existe un rapport juridique liant les deux parties, par exemple le patient rencontrant le professionnel dans le but d'un traitement médical. La connaissance du secret peut également avoir lieu à l'insu du patient, notamment lorsque le médecin reçoit le résultat d'analyses médicales, dont il prend connaissance avant le patient, ou lorsqu'il ausculte le patient. Quant à la seconde hypothèse, elle ne requiert pas de contrat de mandat entre les deux protagonistes. La confiance a lieu en raison du statut de la personne à qui le secret est confié⁷⁹⁵ ; la communication faite en raison de la profession du détenteur du secret peut ainsi avoir lieu en dehors d'un cabinet médical, par exemple dans la rue lors d'une rencontre ou au restaurant lors d'un dîner entre amis.

582. — L'infraction n'est par contre pas établie si le professionnel a eu connaissance du secret sans que sa profession ne soit la cause de cette communication ; en effet, un médecin peut prendre connaissance de certaines informations concernant la santé d'une personne en écoutant simplement une conversation⁷⁹⁶. Il en va de même si le professionnel a eu connaissance du secret dans le cadre d'une activité politique ou sociale, sans toutefois que sa profession ne soit la cause d'une telle connaissance⁷⁹⁷.

5.2.3.5. Révélation du secret

583. — Pour que l'infraction ait lieu, il faut encore que le professionnel concerné ait révélé le secret sans qu'il n'y ait de faits justificatifs⁷⁹⁸ ; nous développerons ces derniers au point 5.2.4 du présent chapitre.

584. — Un médecin ne peut ainsi transmettre des informations à l'un de ses collègues en arguant qu'ils sont les deux soumis au secret professionnel ; il ne peut informer ses collègues que dans les cas où il a été délié de

des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 26 ; OLIVIER GUILLOD, *Le secret médical aujourd'hui*, *in* *Le secret: éthique, transparence et confidentialité*, Lausanne, 1996, p. 49, p. 54

⁷⁹⁵ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 25-30, pp 766-767

⁷⁹⁶ ATF 112 Ib 606 ; ATF 101 Ia 13

⁷⁹⁷ ATF 112 Ib 606 ; ATF 101 Ia 107 ; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 30, p. 767

⁷⁹⁸ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 32-34, p. 768 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, *Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?*, *in* *Jusletter* du 13 août 2007, p. 9

son obligation de garder le secret⁷⁹⁹. Il est également important de rappeler que le simple fait de confirmer un fait consiste déjà en une violation du secret professionnel⁸⁰⁰.

585. — Le devoir de garder le secret perdure après la fin de la relation entre le mandataire et le patient, que cela soit à la mort du patient, à la fin du mandat ou au départ à la retraite du mandataire⁸⁰¹.

586. — Le secret peut être révélé par écrit, oralement⁸⁰² ou encore par omission, lorsque le professionnel laisse un dossier médical papier ou informatique à la vue d'autres personnes⁸⁰³.

5.2.3.6. Intention

587. — Pour qu'il y ait infraction, il est encore nécessaire que le professionnel ait violé le secret intentionnellement ; l'auteur doit ainsi avoir commis l'infraction en « *sachant* » le résultat et en le « *voulant* »⁸⁰⁴.

588. — Le dol éventuel suffit également pour que l'acte soit condamné, mais pas la négligence⁸⁰⁵. Conformément à l'article 12 al. 2 CP, il y a dol éventuel lorsque l'auteur « *tient pour possible la réalisation de l'infraction et l'accepte au cas où celle-ci se produirait* ». Cela signifie qu'il doit avoir prévu que certaines conséquences de ses actes pouvaient se produire et s'en être accommodé au cas où elles se produiraient⁸⁰⁶ et qu'il considère que la survenance du résultat est probable et pas seulement possible. Si l'auteur pensait que le résultat ne se produirait pas, il n'y a pas dol éventuel⁸⁰⁷.

⁷⁹⁹ ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, p. 7

⁸⁰⁰ OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, *in* Jusletter du 13 août 2007, p. 9

⁸⁰¹ ATF 117 Ia 341 ; ATF 114 III 105 ; ATF 112 Ib 606 ; ATF 87 IV 105

⁸⁰² ATF 112 Ib 606

⁸⁰³ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 68, p. 775

⁸⁰⁴ JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève, 2008, N 556, p. 186

⁸⁰⁵ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 80-83, p. 777

⁸⁰⁶ MARTIN KILLIAS, ANDRÉ KUHN, NATHALIE DONGOIS & MARCELO F. AEBI, Précis de droit pénal général, 3e édition, Berne, 2008, N 321, pp 47-48

⁸⁰⁷ JOSÉ HURTADO POZO, Droit pénal, partie générale, Nouvelle édition refondue et augmentée, Genève, 2008, N 585, p. 195

589. — Dans le domaine de la protection des données personnelles médicales, le secret est violé intentionnellement lorsque le professionnel de la santé communique consciemment et sans autorisation à des tiers des données concernant ses patients. En effet, si la communication est faite consciemment, c'est-à-dire sans qu'il ne s'agisse d'une erreur, je pense que la condition de l'intention est remplie. Le professionnel doit savoir qu'il est soumis à l'article 321 CP et quelle est la teneur de cette obligation. Ainsi, en transmettant consciemment des données, il enfreint intentionnellement la loi, en toute connaissance de cause. L'acte illicite peut prendre la forme d'une communication à un collègue ou au proche d'un patient.

590. — Quant au dol éventuel, il peut se traduire par le professionnel de la santé qui laisse ouvert le dossier d'un patient sur son bureau, à la vue de tous. Il ne souhaite pas transmettre des informations à des tiers, mais permet à ces derniers de prendre connaissances de ces informations et l'accepte.

5.2.4. Levée du secret

5.2.4.1. Généralités

591. — Divulguer des informations protégées par le secret professionnel n'est pas toujours illégal ; des faits justificatifs, tels que le consentement du patient, l'autorisation de l'autorité compétente suite à une requête ou encore la loi, le permettent⁸⁰⁸.

592. — Un professionnel de la santé n'est ainsi pas sanctionné pénalement s'il peut invoquer l'un des faits justifiant la divulgation de données protégées par l'article 321 CP. Si le secret est levé, le professionnel peut communiquer les informations médicales concernées par la levée du secret mais reste soumis aux principes figurant dans la LPD, notamment à celui de la proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD).

5.2.4.2. Consentement du patient

593. — Lorsque le patient a donné son consentement à la divulgation de ses données médicales, il n'y a pas violation du secret médical. C'est

⁸⁰⁸ ANTONELLA CEREGHETTI, Nul n'est censé ignorer. que le secret médical doit être manié avec précaution, *in* Revue médicale suisse n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 684

l'exception la plus fréquente et la plus facile à obtenir puisqu'il suffit de demander l'autorisation au patient⁸⁰⁹. Le fait de présenter cette requête directement auprès du patient et non auprès de l'autorité supérieure compétente est une marque de confiance, qui renforce ce lien entre le professionnel de la santé et son patient⁸¹⁰, qui rappelle que le patient est le maître du secret et qu'il peut décider de la confidentialité de ses données personnelles médicales sans avoir besoin de justifier sa décision.

594. — Le secret n'est pas opposable au patient lui-même⁸¹¹, ce qui signifie que le médecin ne peut refuser de communiquer des informations à son patient sous prétexte que celles-ci sont protégées par le secret médical.

595. — Pour être valable, le consentement doit être donné par le titulaire du droit au secret, c'est-à-dire la personne dont les données sont protégées mais qui n'est pas forcément celle qui a transmis les informations au professionnel de la santé⁸¹²; en effet, des proches ou des assistants médicaux peuvent avoir communiqué des informations sur le patient au professionnel de la santé.

596. — Il est également indispensable que la personne ait la capacité de discernement, notion que nous avons définie au point 1.6.2.2. du chapitre 1 et auquel il convient de se référer.

597. — Pour finir, l'autorisation donnée par le patient ne doit pas être générale, mais toujours concerner une situation spécifique⁸¹³, le consentement à la transmission intégrale du dossier médical, en tout temps et à n'importe qui, étant jugé comme un engagement excessif (art. 27 al. 2 CC)⁸¹⁴.

⁸⁰⁹ ANTONELLA CEREGHETTI, Nul n'est censé ignorer. que le secret médical doit être manié avec précaution, *in* Revue médicale suisse n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 684 ; OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, pp 2047

⁸¹⁰ JEAN STROUN & DOMINIQUE BERTRAND, Médecin, secret médical et justice, 3e édition, Chêne-Bourg, 2009, p. 184

⁸¹¹ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2048

⁸¹² ATF 97 II 369 ; ATF 75 IV 75

⁸¹³ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 29

⁸¹⁴ OLIVIER GUILLOD, Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme, thèse, Neuchâtel, 1983, p. 54 ; OLIVIER GUILLOD & DAMIAN KÖNIG, Secret professionnel et

598. — Quant à sa forme, le consentement peut être écrit, oral, tacite ou présumé, mais pour des questions de preuve, la forme écrite est préférable⁸¹⁵. Le consentement tacite résulte d'un comportement du patient, tel que le fait de demander à son médecin traitant de remplir un formulaire à l'intention de son assurance complémentaire pour la conclusion d'un contrat⁸¹⁶. Le consentement présumé, lui, est accepté dans certaines situations, comme par exemple dans les rapports entre les professionnels de la santé et les proches du patient, dans les rapports entre professionnels de la santé travaillant dans la même équipe ou encore dans les rapports entre les membres d'un établissement hospitalier et les professionnels de la santé qui traitent le patient hors de l'hôpital lorsque le consentement ne peut être demandé. Ce sont des situations où le patient aurait très certainement donné son consentement si on avait pu le lui demander⁸¹⁷. Le Tribunal fédéral a également admis qu'il y avait consentement lorsque le titulaire du droit au secret ne s'est pas opposé à la communication de ses données personnelles faite en sa présence⁸¹⁸.

599. — Le consentement du patient peut également être assorti de limites, qui n'autorisent la révélation que de certains faits, limitent les destinatai-

assurances, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2009, p. 189, pp 191-192 ; JÜRIG GASSMANN, art. 378, N 9, p. 105, Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360ff. ZGB, Basel, 2011 ; MAX NÄGELI, Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht, Zürich, 1984, p. 137

⁸¹⁵ ATF 106 IV 133 ; ANTONELLA CEREGHETTI, Nul n'est censé ignorer. que le secret médical doit être manié avec précaution, *in* Revue médicale suisse n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 684 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, pp 27-28 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, *in* Jusletter du 13 août 2007, p. 10 ; GÜNTER STRATENWERTH & FELIX BOMMER, Schweizerisches Strafrecht, BT II: Straftaten gegen Gemeininteressen, sechste überarbeitete und ergänzte Auflage, Bern, 2003 und 2008, §59, N23, pp 454-455 ; ODILE PELET & RALPH SCHLOSSER, TARMED et le secret médical, *in* L'avocat et le juge face au droit pénal. Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 199, p. 205 ; KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Zürich, 1993, p. 144

⁸¹⁶ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, pp 27-28 ; NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 29

⁸¹⁷ DOMINIQUE MANAI, Droits du patient et biomédecine, Berne, 2013, pp 100ss

⁸¹⁸ ATF 98 IV 217 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 48, p. 770

res de l'information ou encore définissent le moment et les circonstances de la communication⁸¹⁹.

600. — Il peut également être révoqué en tout temps⁸²⁰.

5.2.4.3. Requête auprès de l'autorité supérieure compétente

601. — Lorsque le consentement ne peut être demandé ou obtenu, par exemple parce que le patient est incapable de discernement, qu'il est décédé ou qu'il refuse la levée du secret de manière abusive, il est possible de demander une autorisation de lever le secret professionnel auprès de l'autorité supérieure ou de l'autorité de surveillance compétente⁸²¹. Cette situation peut se produire lorsqu'une famille souhaite connaître les circonstances exactes du décès d'un proche, quand une assurance-vie envoie à un médecin un questionnaire concernant l'assuré décédé ou encore lorsqu'un médecin doit témoigner en justice dans le cadre d'une succession sur la capacité de discernement de son patient au moment de la rédaction de son testament⁸²².

602. — L'autorité supérieure compétente est désignée par le droit cantonal ; il s'agit du Conseil de santé (art. 13 Loi sur la santé publique) dans le canton de Vaud, du Département de la santé et des affaires sociales, sur préavis du médecin cantonal (art. 63 Loi de santé et art. 1 du Règlement provisoire d'exécution de la loi de santé) à Neuchâtel ou encore de la Commission de levée du secret professionnel (art. 12 Loi sur la santé) en Valais. Cette autorité doit faire une pesée des intérêts en présence pour

⁸¹⁹ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 49, p. 770

⁸²⁰ ODILE PELET & RALPH SCHLOSSER, *TARMED et le secret médical*, in *L'avocat et le juge face au droit pénal*, Mélanges offerts à Eric Stoudmann, Genève, Zurich, Bâle, 2005, p. 199, p. 206

⁸²¹ NATHALIE BRUNNER, *Secret médical et protection des données en assurances sociales*, in *Supplément I Douleur et analgésie* (2009), p. 49 ; ANTONELLA CEREGHETTI, *Nul n'est censé ignorer que le secret médical doit être manié avec précaution*, in *Revue médicale suisse* n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 684 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants*, in *RSDS 2/2004*, p. 21 ; MARINETTE UMMEL & JEAN-PIERRE RESTELLINI, *Les instances de levée du secret médical en Suisse*, in *SJZ 1994 n°90*, p. 361 ; JEAN STROUN & DOMINIQUE BERTRAND, *Médecin, secret médical et justice*, 3e édition, Chêne-Bourg, 2009, pp 184-185 ; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 51, p. 771

⁸²² NICOLE BLANCHARD, *La levée du secret professionnel*, in *Médecine et Hygiène* 2003 n°2432, p. 762, p. 764

savoir si elle accepte ou non de lever le secret médical⁸²³ et s'il existe un intérêt prépondérant à celui du patient de garder ses données médicales confidentielles, elle lève le secret professionnel. Si le patient est opposé à la levée du secret professionnel, l'autorité supérieure doit l'entendre, procédure qui n'est toutefois pas toujours respectée⁸²⁴.

603. — Seule la personne soumise au secret professionnel peut requérir sa levée, ce qui peut créer une situation problématique, comme l'a démontré un arrêt du Tribunal fédéral qui examinait la possibilité de lever le secret médical d'un patient décédé alors que le médecin refusait de s'adresser à l'autorité compétente⁸²⁵. Le cas était celui d'héritières souhaitant démontrer que la personne décédée en 1994 était physiquement et psychologiquement incapable de signer des actes juridiques en mars 1994, époque où elle avait signé un contrat important. Elles souhaitaient ainsi dénoncer le contrat en question car selon elles, il était vicié en raison de la capacité de discernement qui faisait défaut au moment de la signature. Les héritières demandèrent alors au médecin traitant de produire un certificat médical attestant de l'état de santé du patient en mars 1994 mais celui-ci refusa, comme il l'avait déjà refusé dix ans auparavant dans la même procédure, suite à la demande du juge. Elles firent alors plusieurs requêtes auprès du médecin cantonal et auprès de l'autorité de surveillance, mais cette dernière refusa, arguant, à juste titre, que seul le détenteur du secret pouvait en demander la levée (art. 321 al. 2 CP). L'autorité a agi conformément à la loi, mais empêcha les héritières de déterminer la capacité de discernement de leur père au moment de la signature du contrat et de contester la validité de cet acte. Le refus inattendu du médecin de demander la levée du secret professionnel n'est à mon sens pas admissible et je pense que le législateur n'avait pas prévu une telle situation. Est-ce que la loi devrait permettre au juge ou au médecin cantonal de demander la levée du secret de personnes décédées lorsque le médecin refuse de le faire sans raison et en lésant les intérêts de tiers ? Une modification de la loi dans ce sens permettrait de faire face à ce genre de situations problématiques mais affaiblirait le secret professionnel en permettant à d'autres personnes que le

⁸²³ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 29 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 55, pp 771-772

⁸²⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 29 ; MARINETTE UMMEL & JEAN-PIERRE RESTELLINI, Les instances de levée du secret médical en Suisse, *in* SJZ 1994 n°90, p. 361

⁸²⁵ 4C.111/2006

détenteur du secret de demander sa levée. C'est toutefois ce qui s'est produit avec l'entrée en vigueur du nouveau droit de la protection de l'adulte ; celui-ci prévoit en effet à l'article 443 al. 2 CC que « *les médecins, les dentistes, les pharmaciens, les sages-femmes⁸²⁶ ainsi que leurs auxiliaires ne sont tenus de collaborer que si la personne concernée les y a autorisés ou que, à la demande de l'autorité de protection de l'adulte, l'autorité supérieure les ait déliés du secret professionnel* ». La personne soumise au secret professionnel n'est ainsi plus la seule à pouvoir requérir la levée du secret professionnel⁸²⁷.

604. — Dans une autre affaire⁸²⁸, le Tribunal fédéral avait octroyé à un homme le droit d'accès au dossier médical de sa mère décédée, car celui-ci soupçonnait une erreur médicale de la part de l'hôpital qui l'avait traitée. Ce droit avait été accordé sur la base du droit d'être entendu (art. 29 Cst), droit qui selon la jurisprudence⁸²⁹ permettait aux tiers de consulter un dossier personnel dans certaines situations et pouvait être invoqué hors procédure si les requérants avaient un intérêt digne de protection. Dans cette affaire, le Tribunal a jugé que l'intérêt protégé par l'article 8 CEDH⁸³⁰ primait l'intérêt privé à la « *non-divulgence de faits de nature intime* » et qu'il permettait au requérant de consulter le dossier médical de sa mère décédée. Le Tribunal fédéral n'étant toutefois pas sûr que la mère aurait consenti à la levée du secret médical dans son entier et à ce que son fils ait accès à son dossier médical dans sa totalité, il a dès lors estimé que la consultation devait être faite par l'intermédiaire d'un médecin, conformément à l'article 8 al. 3 LPD. Cette décision est toutefois erronée car cet article porte sur le droit d'accès pour les personnes concernées et non pour les tiers, rendant son application dans cette situation contraire au but de la loi. De surcroît, la LPD n'est pas applicable dans ce cas de figure, car l'hôpital, maître du fichier, est un hôpital public cantonal ; le Tribunal fédéral le confirme d'ailleurs dans l'arrêt, en rappelant

⁸²⁶ Chiropraticiens et psychologues sont soumis au secret professionnel de l'article 321 CP depuis l'entrée en vigueur de la LPsy, le 1^{er} avril 2013. La LPsy n'a pas prévu de modification concernant l'article 443 al. 2 CC entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, mais il faut certainement s'attendre à ce qu'il y ait prochainement une modification, avec l'ajout des professions de psychologues et de chiropraticiens.

⁸²⁷ Code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) (Projet), FF 2006 6767 ; ODILE PELET, Protection de l'adulte: le secret médical ébréché, in REISO Revue d'information sociale, du 28 juin 2010, www.reiso.ch,

⁸²⁸ SJ 1996 293

⁸²⁹ ATF 113 Ia 1 ; ATF 113 Ia 257 ; ATF 95 I 103

⁸³⁰ Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), RS 0.101

que l'article 1 al. 7 OLPD est inapplicable dans cette affaire. Si l'ordonnance ne peut être appliquée, il en va de même pour la loi. Par ailleurs, la constitutionnalité de l'article 1 al. 7 OLPD est discutable car cet article prévoit que « *la consultation des données d'une personne décédée est accordée lorsque le requérant justifie un intérêt à la consultation et qu'aucun intérêt prépondérant de proches de la personne décédée ou de tiers ne s'y oppose. Un intérêt est établi en cas de proche parenté ou de mariage avec la personne décédée* ». L'ordonnance prévoit ainsi un droit d'accès pour les tiers, alors que la loi n'en prévoit pas. Un tel droit constitue une atteinte à la vie privée et éventuellement à l'honneur d'une personne certes décédée ou de ses proches, atteinte qui mériterait à mon sens de figurer dans une base légale formelle⁸³¹ et ce, même si la jurisprudence découlant du droit au respect de la vie privée (art. 8 CEDH) prévoit un droit d'accès aux données médicales d'une personne décédée⁸³². En effet, la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu un droit de connaître son ascendance, pour lequel il est nécessaire d'effectuer des tests ADN ; ceux-ci ne peuvent être faits sous la contrainte, car le prélèvement de salive, nécessaire pour ces tests, est considéré comme une atteinte à la personnalité. Seul un intérêt prépondérant permet d'effectuer un test ADN sous la contrainte, mais la connaissance de son ascendance n'en est pas un. Par contre, lorsque la personne sur laquelle il faut prélever un échantillon d'ADN est décédée, le prélèvement peut être effectué, car selon la CEDH, l'intérêt de connaître son ascendance est plus grand que l'atteinte portée au corps du défunt et aux sentiments de piété de ses proches⁸³³. Je pense toutefois que, même si la personne est décédée et qu'elle ne bénéficie plus d'une protection de la personnalité au sens civil, le contenu de l'article 1 al. 7 OLPD devrait figurer dans la loi plutôt que dans l'ordonnance. Les articles 321 CP et 35 LPD protègent les données personnelles médicales des patients après leur décès et seul un article de loi peut légitimer une divulgation de ces données et non un article d'ordonnance, cela afin de garantir la relation de confiance entre le professionnel de la santé et le patient, du vivant de ce dernier.

⁸³¹ HEINRICH HONSELL, art. 2, N 6, p. 46, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; GÉRALD PAGE, Le droit d'accès aux données personnelles: fondements, étendue, limites, in La nouvelle loi fédérale sur la protection des données, Lausanne, 1994, p. 113, p. 121 ; AGNÈS HERTIG PEA, La levée du secret professionnel en faveur d'héritiers: commentaire de l'arrêt du Tribunal fédéral du 7 novembre 2006 - 4C.111/2006, in Jusletter du 7 mai 2007, p. 8

⁸³² Arrêt de la CEDH du 7 juillet 1989, Gaskin c. Royaume-Uni, Série A, vol. 160, par. 37 ; Arrêt de la CEDH du 26 mars 1987, Leander c. Suède, Série A, vol. 116, par. 48 ; ATF 122 I 153 ; ATF 125 I 257

⁸³³ Arrêt de la CEDH du 13 juillet 2006, Jäggi c. Suisse, requête n° 58757/00

605. — La question qui peut ensuite se poser est de savoir ce qu'il faut faire en cas d'urgence, comme par exemple lorsqu'un médecin se retrouve face à un patient atteint d'une hépatite ou du VIH, qui refuse de faire part de son état de santé à son partenaire. Dans une telle situation, le médecin devrait demander à l'autorité supérieure la levée du secret, afin d'informer le partenaire et ainsi le protéger ; invoquer l'état de nécessité (art. 17 CP) peut être risqué car pour que ce juste motif soit accepté, il faudrait à mon avis que la procédure auprès de l'autorité compétente soit très lente et que la maladie soit hautement transmissible, au point que cela risque de porter gravement préjudice au partenaire du patient⁸³⁴. Le motif justificatif de l'état de nécessité sera développé au point 5.2.4.4. du présent chapitre.

5.2.4.4. La loi

606. — Le secret professionnel peut également être levé si la loi le prévoit⁸³⁵, en général pour des raisons d'intérêt public⁸³⁶. Les exceptions au secret professionnel doivent être appliquées de manière restrictive, pour que les buts du secret professionnel qui sont le bon exercice de la profession et la protection de la vie privée des patients puissent être garantis. Les dispositions légales cantonales ou fédérales, autorisant ou obligeant la personne soumise à l'article 321 CP à transmettre des données personnelles médicales ne sont justifiées que si des intérêts prépondérants peuvent légitimer la levée du secret professionnel⁸³⁷.

607. — Font notamment partie de ces dispositions l'article 27 de la Loi fédérale sur les épidémies⁸³⁸ qui oblige les médecins traitants à déclarer les cas de maladie pouvant causer une épidémie. Lorsque ceux-ci constatent certaines maladies contagieuses, ils doivent en informer le médecin can-

⁸³⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, pp 29 et 34 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 93, p. 779 ; CATHERINE RITTER RAIMUNDO MATIAS, Secret médical et maladies transmissibles, *in* Médecin et droit médical, Chêne-Bourg, 2003, p. 156, pp 161-162

⁸³⁵ NATHALIE BRUNNER, Secret médical et protection des données en assurances sociales, *in* Supplément I Douleur et analgésie (2009), p. 49, p. 53

⁸³⁶ NATHALIE BRUNNER, Quelques considérations sur la réglementation de la protection des données médicales dans le cadre des assurances, *in* L'Expertise médicale vol. 3, p. 25, p. 30

⁸³⁷ OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, *in* Jusletter du 13 août 2007, p. 26

⁸³⁸ Loi fédérale du 18 décembre 1970 sur la lutte contre les maladies transmissibles de l'homme (Loi sur les épidémies), RS 818.101 ; le projet de révision de la loi sur les épidémies, qui sera voté en septembre 2013, prévoit cette obligation à l'article 12.

tonal qui transmet chaque semaine ces informations à l'Office fédéral de la santé publique qui les analyse et décide des mesures qui doivent être prises pour éviter ou endiguer l'épidémie.

608. — Lorsqu'une action en responsabilité ou pénale est dirigée contre un professionnel soumis à l'article 321 CP, celui-ci ne peut invoquer le secret professionnel pour refuser de donner les informations requises par le juge⁸³⁹. Le secret professionnel a pour but de protéger la sphère intime du patient et non d'empêcher la justice d'établir les faits nécessaires pour juger une action en responsabilité. Ainsi, conformément à l'article 14 CP, qui stipule que « *quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présente code ou d'une autre loi* », le médecin ne sera pas puni s'il communique des informations confidentielles étant donné qu'il se soumet à la justice. En matière civile, il a d'ailleurs l'obligation d'établir les faits, conformément à l'article 160 CPC.

609. — Quant à l'état de nécessité (art. 17 CP) qui prévoit que « *quiconque commet un acte punissable pour préserver d'un danger imminent et impossible à détourner autrement un bien juridique lui appartenant ou appartenant à un tiers agit de manière licite s'il sauvegarde ainsi des intérêts prépondérants* », la question de sa validité est plus délicate. Pour que l'état de nécessité soit reconnu, l'auteur de l'acte punissable doit avoir choisi une solution de dernier recours, lorsqu'aucune autre solution conforme à la loi n'a pu lui être substituée⁸⁴⁰. Le professionnel de la santé soumis à l'article 321 CP pourrait ainsi remettre à des tiers des informations confidentielles sans être sanctionné⁸⁴¹. En matière de secret médical, la question qui peut se poser est de savoir si le médecin peut faire part de l'état de santé de son patient souffrant d'une maladie dangereuse et hautement transmissible au partenaire de celui-ci, si le patient refuse de parler de ses problèmes de santé à son partenaire. Cette question s'est également posée au point 3.5.3.2.4, il convient donc de s'y référer.

⁸³⁹ ATF 117 Ia 341 ; ATF 106 IV 413 ; ATF 102 IV 210 ; ATF 101 Ia 10

⁸⁴⁰ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2051 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 34

⁸⁴¹ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2051

610. — En matière d'assurances sociales, l'article 42 al. 3 LAMal⁸⁴² prévoit que le professionnel de la santé doit transmettre à l'assurance-maladie du patient une « *facture détaillée et compréhensible* » ainsi que toutes les indications qui lui permettront de vérifier « *le calcul de la rémunération et le caractère économique de la prestation* ». Dans cette facture détaillée, les fournisseurs de prestations doivent communiquer les diagnostics et les procédures sous forme codée (art. 42 al. 3bis LAMal). Quant aux assureurs, ils doivent avoir un service de réception de données certifié par la LPD qui a pour tâche la réception des factures codées ; il revient au PFPDT d'établir la liste des services de réception de données certifiés (art. 59a al. 7 LAMal). Si l'assurance-maladie estime que les informations sont insuffisantes, elle peut demander des renseignements complémentaires d'ordre médical (art. 42 al. 4 LAMal). Si le professionnel de la santé ou le patient le souhaite, les informations peuvent être remises uniquement au médecin-conseil de l'assurance. Il n'est pas obligatoire de transmettre les données médicales du patient à l'assurance-maladie, cas échéant, cette dernière peut refuser de rembourser les prestations, arguant qu'elle n'a pas pu vérifier le caractère économique de la prestation (art. 32 LAMal).

611. — La législation fédérale sur la statistique⁸⁴³ permet la collecte des données médicales, mais comme les données utilisées en statistique sont en général anonymisées, il ne s'agit pas dans ces cas-là d'une exception au secret professionnel⁸⁴⁴.

612. — L'article 15d de la loi fédérale sur la circulation routière⁸⁴⁵ permet également la levée du secret professionnel. En effet, afin de garantir la sécurité routière, il prévoit que les médecins sont libérés du secret professionnel lorsqu'ils signalent à l'autorité cantonale responsable de la circulation routière ou à l'autorité de surveillance des médecins qu'une « *personne n'est pas apte, en raison d'une maladie physique ou mentale ou d'une infirmité, ou pour cause de dépendance, de conduire un véhicule automobile en toute sécurité* »⁸⁴⁶. Dans la pratique, il est toutefois préférable que le médecin prenne contact avec son patient afin de lui expliquer la situation et lui faire prendre conscience de sa dangerosité sur les

⁸⁴² Loi fédérale du 18 mars 1994 sur l'assurance-maladie (LAMal), RS 832.10

⁸⁴³ Loi fédérale du 9 octobre 1992 sur la statistique fédérale (LSF), RS 431.013

⁸⁴⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 31

⁸⁴⁵ Loi fédérale du 19 décembre 1958 sur la circulation routière (LCR), RS 741.01

⁸⁴⁶ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 33

routes. Le législateur avait renoncé à l'obligation d'annoncer, car cela aurait pu briser le lien de confiance que le médecin a avec son patient et il aurait pu être difficile de déterminer si le médecin avait bien rempli son obligation d'annoncer⁸⁴⁷. Dans un cas tragique, où un conducteur âgé et souffrant de problème de vue avait tué une cycliste, le Tribunal fédéral avait d'ailleurs jugé que le médecin n'avait pas une obligation légale d'avertir le service cantonal des automobiles⁸⁴⁸ et que par conséquent il n'était pas coupable d'homicide involontaire.

613. — Ensuite, certains professionnels de la santé peuvent signaler les cas d'abus de stupéfiants qu'ils ont pu constater lors de l'exercice de leur profession et « *lorsqu'ils estiment que des mesures de protection sont indiquées* » dans l'intérêt du patient, de ses proches ou de la société (art. 3c al. 1 LStup)⁸⁴⁹. Dumoulin précise toutefois que ce genre de situations est rare, car lorsqu'il faut signaler le cas, c'est que le toxicomane refuse de suivre un traitement, alors que pour être efficace, un traitement doit être accepté par le patient⁸⁵⁰.

614. — La révision du droit de la tutelle a apporté de nouvelles dispositions légales qui permettent de justifier la divulgation de données personnelles médicales. En effet, le nouveau droit de la protection de l'adulte, entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013, prévoit un représentant thérapeutique pour les patients incapables de discernement ; celui-ci prend les décisions concernant le traitement médical à leur place (art. 377ss CC). Avec le représentant thérapeutique, le législateur comble une lacune de l'ancien droit qui ne prévoyait pas de système de représentation pour le patient définitivement ou momentanément incapable de discernement⁸⁵¹. Le représentant thérapeutique est tout d'abord celui qui a été désigné par le patient dans les directives anticipées (art. 370ss CC) ou dans un mandat pour cause d'incapacité (art. 360ss CC) ; si aucune désignation n'a été faite, il s'agit des représentants figurant par ordre de priorité dans la liste

⁸⁴⁷ CÉDRIC MIZEL, Aptitude à la conduite automobile, exigences médicales, procédure d'examen et secret médical, *in* AJP 5/2008, p. 586, pp 594ss ; Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la modification de la loi fédérale sur la circulation routière du 14 novembre 1973, FF 1973 II 1141, pp 1147-1148

⁸⁴⁸ 6B_921/2009

⁸⁴⁹ Loi fédérale du 3 octobre 1951 sur les stupéfiants et les substances psychotropes (Loi sur les stupéfiants, LStup), RS 812.121

⁸⁵⁰ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 33

⁸⁵¹ Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, pp 6636-6637

exhaustive de l'article 378 CC. Il y a tout d'abord le curateur qui a pour tâche de représenter le patient dans le domaine médical, puis le conjoint ou le partenaire enregistré qui fait ménage commun avec le patient ou qui lui fournit une assistance personnelle régulière, puis la personne qui fait ménage commun avec le patient et qui lui fournit une assistance personnelle régulière, et pour finir, dans l'ordre, les descendants, les père et mère et les frères et sœurs, si ceux-ci fournissent une assistance personnelle régulière au patient devenu incapable de discernement (art. 378 CC)⁸⁵². Le représentant thérapeutique a comme devoir de prendre des décisions à la place du patient dans l'intérêt de celui-ci (art. 378 al. 3 CC). Pour pouvoir remplir cette tâche, le représentant thérapeutique doit être informé par le médecin de l'état de santé du patient, afin de pouvoir donner son consentement ou son refus éclairé au traitement médical⁸⁵³. Cette obligation découle de l'obligation d'informer le patient, qui figure dans toutes les législations cantonales de santé⁸⁵⁴ et de l'obligation en tant que mandataire de renseigner son mandant, découlant des devoirs de diligence et de fidélité (art. 398 al. 2 CO) et de l'obligation de rendre des comptes (art. 400 CO). Le Tribunal fédéral s'est prononcé sur le devoir d'informer en précisant que le médecin devait donner au patient des explications concernant le diagnostic, le pronostic⁸⁵⁵, la nature du traitement, sa durée, son déroulement, ses avantages et ses inconvénients⁸⁵⁶, ses risques⁸⁵⁷ en fonction de la maladie et du traitement⁸⁵⁸ ainsi que les alternatives thérapeutiques⁸⁵⁹. Le secret médical ne peut ainsi être opposé au représentant

⁸⁵² HERMANN SCHMID, *Erwachsenenschutz*, Kommentar, Zürich, St-Gallen, 2010, pp 65-67 ; HEINZ HAUSHEER, THOMAS GEISER & REGINA E. AEBI-MÜLLER, *Das neue Erwachsenenschutzrecht*, Bern, 2010, N 2.71, pp 43-44 ; JÜRIG GASSMANN, art. 378, N 13ss, pp 107-108, *Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360ff. ZGB*, Basel, 2011 ; CHRISTOF BERNHART, *Handbuch der fürsorglichen Unterbringung*, Basel, 2011, N 727ss, p. 283 ; Message concernant la révision du code civil suisse (Protection de l'adulte, droit des personnes et droit de la filiation) du 28 juin 2006, FF 2006 6635, pp 6669-6670

⁸⁵³ JÜRIG GASSMANN, art. 378, N 17, p. 105, *Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360ff. ZGB*, Basel, 2011

⁸⁵⁴ DOMINIQUE MANAI, *Droits du patient et biomédecine*, Berne, 2013, pp 79-80

⁸⁵⁵ ATF 105 II 284

⁸⁵⁶ ATF 108 II 59

⁸⁵⁷ ATF 117 Ib 197, JT 1992 I 214

⁸⁵⁸ ATF 66 II 34 ; ATF 113 Ib 420 ; ATF 108 II 59 ; ATF 115 Ib 175, SJ 1962 214

⁸⁵⁹ ATF 114 Ia 350

thérapeutique concernant les informations dont il aurait besoin pour prendre une décision à la place du patient incapable de discernement⁸⁶⁰.

615. — Le droit cantonal prévoit également des dispositions permettant aux professionnels de la santé d’être déliés de leur secret. Le droit vaudois prévoit une obligation pour ces derniers de dénoncer les cas de maltraitance et de soins dangereux (art. 80a LSP)⁸⁶¹ ainsi que les situations de mineurs en danger dans leur développement (art. 32 LVPAE)⁸⁶². La question qui se pose est de savoir si le droit cantonal peut contraindre les professionnels de la santé à communiquer de telles informations, alors que le droit fédéral ne fait que prévoir un droit de dénoncer dans ce type de situations (art. 364 CP). A mon avis, les dispositions vaudoises ne peuvent être appliquées aux professions soumises à l’article 321 CP en raison de la primauté du droit fédéral qui veut que l’article 364 CP prime les articles de lois cantonales⁸⁶³. Seuls les professionnels de la santé qui ne sont pas soumis au secret professionnel fédéral, tels que les ostéopathes ou encore les kinésithérapeutes ont l’obligation d’avertir l’autorité compétente dans de tels cas de figure⁸⁶⁴.

5.2.5. Procédure

616. — La violation du secret professionnel est une infraction qui ne se poursuit que sur plainte. Le lésé a donc trois mois depuis la découverte

⁸⁶⁰ JÜRIG GASSMANN, art. 378, N 7, p. 105, *Das neue Erwachsenenschutzrecht, Einführung und Kommentar zu Art. 360ff. ZGB*, Basel, 2011 ; MAX NÄGELI, *Die ärztliche Behandlung handlungsunfähiger Patienten aus zivilrechtlicher Sicht*, Zürich, 1984, p. 118

⁸⁶¹ Loi vaudoise sur la santé publique du 29 mai 1985 (LSP), RSV 800.01

⁸⁶² Loi vaudoise d’application du droit fédéral de la protection de l’adulte et de l’enfant du 29 mai 2012 (LVPAE), RSV 211.255

⁸⁶³ Loi vaudoise sur la protection des mineurs du 4 mai 2004 (LProMin), RSV 850.41 ; ANTONELLA CEREGHETTI, *Nul n’est censé ignorer. que le secret médical doit être manié avec précaution*, in *Revue médicale suisse* n°56 vol. X 2006, p. 682, p. 685 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants*, in *RSDS 2/2004*, p. 21, p. 32 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, *Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?*, in *Jusletter* du 13 août 2007, p. 26 ; OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, *Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d’un patient*, in *Bulletin des médecins suisses* 2000 n° 37, p. 2047, 2048ss

⁸⁶⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants*, in *RSDS 2/2004*, p. 21, p. 32 ; OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, *Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d’un patient*, in *Bulletin des médecins suisses* 2000 n° 37, p. 2047, p. 2047

des faits pour porter plainte, sous peine de péremption (art. 30 et 31 CP). La violation du secret professionnel fait toutefois rarement l'objet de sanctions judiciaires, puisque seulement 67 sanctions pénales ont été prononcées par les tribunaux entre 1984 et 2010⁸⁶⁵.

617. — Seule la personne dont les données personnelles sont protégées par le secret professionnel peut porter plainte. Pour ce faire, celle-ci doit avoir la capacité de discernement (art. 16 CC), sinon c'est son représentant légal qui peut porter plainte ou l'autorité tutélaire, dans le cas d'une mise sous tutelle ; une personne sous curatelle de portée générale ou un mineur capables de discernement peuvent porter plainte, conformément à l'article 30 al. 3 CP.

618. — Lorsque le lésé décède, la situation est la suivante : s'il n'a pas porté plainte et qu'il n'y a pas expressément renoncé, ses proches⁸⁶⁶ peuvent le faire à sa place (art. 30 al. 4 CP) si l'infraction a eu lieu de son vivant⁸⁶⁷. Par contre, si le lésé avait porté plainte de son vivant, celle-ci subsiste après son décès et les proches ne peuvent ni porter plainte, ni la retirer⁸⁶⁸ ; la procédure ne s'arrête pas en raison du décès du lésé, elle continue, « *même si personne ne reprend le procès pour le compte du plaignant et intimé décédé* »⁸⁶⁹. Il en va différemment si l'infraction intervient après le décès de la personne dont les données médicales sont protégées. Une grande partie de la doctrine estime que personne ne peut porter plainte⁸⁷⁰, mais le Tribunal fédéral a admis que dans certaines circonstances bien particulières, les proches du défunt pouvaient porter plainte lorsque l'infraction avait été commise juste après la mort du lésé. La protection du droit pénal subsiste ainsi un certain temps après le décès du lésé, jusqu'à ses funérailles. C'est ce que le Tribunal fédéral avait décidé dans le cas d'une violation de domicile (art. 186 CP) et atteinte à la

⁸⁶⁵ Statistique de l'OFS, Code pénal, Condamnations selon article du CP entre 1984 et 2010, www.bfs.admin.ch

⁸⁶⁶ L'article 110 al. 1 CP précise la notion de « *proches* » : « *Les proches d'une personne sont son conjoint, son partenaire enregistré, ses parents en ligne directe, ses frères et sœurs germains, consanguins ou utérins ainsi que ses parents, frères et sœurs et enfants adoptifs* ». Cette liste est exhaustive.

⁸⁶⁷ DANIEL STOLL, art. 30, N 43ss, pp 374-375, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle, 2009

⁸⁶⁸ ATF 95 IV 161, JT 1979 IV 28 ; ATF 73 IV 74, JT 1947 IV 94 ; DANIEL STOLL, art. 30, N 45, p. 375, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle, 2009

⁸⁶⁹ DANIEL STOLL, art. 30, N 45, p. 375, Commentaire romand, Code pénal I, Art. 1-110 CP, Bâle, 2009

⁸⁷⁰ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich, 2008, art. 321, N 31, p. 1335

paix des morts (art. 262 CP), arrêt applicable par analogie aux violations du secret professionnel. Le droit pénal prolonge ainsi quelque peu la protection de la personnalité, contrairement au droit civil qui l'arrête au moment de la mort de la personne⁸⁷¹. La Haute Cour a également admis que des parents pouvaient porter plainte contre le médecin traitant pour violation du secret professionnel vis-à-vis de leur enfant décédé, car en vertu du lien de confiance établi avec le professionnel de la santé, ils étaient également lésés par l'infraction⁸⁷².

619. — Ces solutions pragmatiques données par le Tribunal fédéral sont à mon sens de bonnes décisions, car même si elles sont discutables du point de vue juridique, il serait absurde d'empêcher les proches de porter plainte dans certains cas de violation du secret professionnel. En effet, si l'obligation de confidentialité des fournisseurs de soin doit persister après le décès de la personne concernée mais qu'il n'est plus possible de porter plainte après le décès, l'infraction peut dès lors être commise sans crainte de sanctions.

620. — Concernant l'infraction en soi, l'erreur sur les faits ainsi que l'erreur de droit est possible⁸⁷³.

621. — Lorsqu'un médecin est à la fois chercheur scientifique et fournisseur de soins, la doctrine estime que l'article 321 CP prime sur l'article 321bis CP⁸⁷⁴. En ce qui me concerne, je considère que ce devrait être l'activité qui détermine l'article applicable. Si le médecin viole le secret professionnel dans le cadre de son activité de chercheur, c'est l'article 321 bis CP qui devrait être appliqué et si c'est dans le cadre de son activité de soignant, ce devrait être l'article 321 CP.

622. — La question du droit applicable se pose aussi quand le médecin travaille dans un centre de consultation LAVI ; l'article 4 LAVI prime sur l'article 321 CP, car il s'agit d'une loi spéciale. Elle est d'ailleurs plus sévère que la disposition du Code pénal, puisqu'en cas de violation du secret professionnel, elle prévoit la poursuite d'office⁸⁷⁵.

⁸⁷¹ ATF 118 IV 319

⁸⁷² ATF 87 IV 105, JT 1962 IV 2 ; BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 87, p. 778

⁸⁷³ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 89-92, pp 778-779

⁸⁷⁴ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 95, p. 779

⁸⁷⁵ BERNARD CORBOZ, *Les infractions en droit suisse*, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 97, p. 780

5.2.6. Droit de refuser de témoigner

Dans le cadre d'une procédure judiciaire, les tiers ont pour obligation de témoigner (art. 160 CPC, art. 163 al. 2 CPP, art. 15 PA) afin que le juge puisse établir les faits pertinents pour le jugement. Les législateurs fédéral et cantonaux ont toutefois estimé que le devoir de garder le secret conformément à l'article 321 CP l'emportait sur le devoir de témoigner, raison pour laquelle les procédures (art. 166 CPC, art. 171 CPP, art. 16 PA et art. 42 al. 1 lit. b PCF) prévoient un droit de refuser de témoigner pour les personnes soumises au secret professionnel. La question du droit de refuser de témoigner est très importante car elle fait intervenir des intérêts contradictoires, soit celui de la justice à connaître la vérité grâce au témoignage du professionnel de la santé et celui des parties ou des tiers à garder confidentielles certaines informations dans le but de protéger la vie privée⁸⁷⁶.

623. — Lorsque les procédures civile et pénale étaient cantonales, le droit de refuser de témoigner pour les personnes soumises au secret professionnel existait déjà. L'article 147 al. 2 du Code de procédure pénale neuchâtelois prévoyait en effet que pouvaient refuser de témoigner « *sur les faits qui sont l'objet du secret professionnel ou du secret de fonction, les personnes auxquelles la loi impose un devoir de discrétion en raison de leur état, dans la mesure où elles ne sont pas déliées de leur obligation ; toutefois, le fait d'être délié du secret professionnel n'oblige pas l'avocat-e à divulguer des faits qui lui ont été confiés (art. 13, al. 1 LLCA)* ». Il s'appliquait ainsi à tous les professionnels de la santé soumis au secret professionnel par le droit cantonal (art. 62 al. 1 LS neuchâteloise) et par le droit fédéral (art. 321 CP)⁸⁷⁷, ce qui signifie qu'en plus des professions citées dans le code pénal fédéral il fallait encore compter toutes celles qui sont soumises à la loi de santé neuchâteloise, conformément au Règlement concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998. Ce n'était par contre pas le cas du Code de procédure civile neuchâtelois qui, prévoyant à l'article 236 al. 1 lit. d que « *les personnes visées par l'article 321, chiffre 1, du code pénal suisse et celles qui sont par profession dépositaires*

⁸⁷⁶ JACQUES HALDY, La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, *in* La preuve dans le procès civil, Berne, 2000, p. 101 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* Jusletter du 18 janvier 2010, p. 3

⁸⁷⁷ ALAIN BAUER & PIERRE CORNU, Code de procédure pénale neuchâtelois annoté, 2003, art. 147, N 20, p. 339

de secrets d'autrui pour les choses qui leur ont été confiées en raison de leur profession » pouvaient refuser de témoigner, ne faisait référence qu'aux professions soumises à l'article 321 CP ainsi qu'aux professions d'assistants sociaux, conseillers conjugaux, psychologues et éventuellement banquiers et agents d'assurance⁸⁷⁸.

624. — Depuis janvier 2011, les procédures civile et pénale ont été unifiées au niveau fédéral ; la première question qui se pose dès lors est de savoir si les personnes qui ont le droit de refuser de témoigner sont toujours les mêmes qu'avant ou si les nouveaux articles fédéraux ne tiennent compte que de celles qui sont soumises à l'article 321 CP ; la seconde est de savoir si ces personnes peuvent ou doivent refuser de témoigner.

625. — Le Code de procédure civile fédéral prévoit que « *tout tiers peut refuser de collaborer dans la mesure où, de ce fait, la révélation d'un secret serait punissable en vertu de l'art. 321 CP* » et que « *à l'exception des avocats et des ecclésiastiques, le tiers soumis à une obligation de dénoncer ou délié de l'obligation de garder le secret a le devoir de collaborer, à moins qu'il ne rende vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité* » (art. 166 al. 1 lit. b CPC). Cela signifie que les professionnels tombant sous le coup de l'article 321 CP et qui ont une obligation de dénoncer ou qui ont été délié par la personne concernée ou par l'autorité compétente peuvent refuser de témoigner si un intérêt prépondérant à garder le secret le justifie⁸⁷⁹.

626. — Il convient tout d'abord de voir si les personnes soumises au secret professionnel par l'article 62 al. 1 de la loi neuchâteloise de santé peuvent refuser de témoigner, puisque cet article de loi fait un renvoi à l'article 321 CP. Comme nous l'avons vu au point 5.2.3.2., cet article cantonal est rédigé de manière erronée et ne soumet certainement pas à l'article 321 CP mais crée un secret professionnel cantonal. Par conséquent, comme il n'étend pas le cercle des personnes soumises à l'article 321 CP, il n'étend pas non plus celui des personnes ayant le droit de refuser de témoigner (art. 166 al. 1 lit. b CPC) ; ce dernier ne s'applique ainsi qu'aux personnes citées à l'article 321 CP.

⁸⁷⁸ FRANÇOIS BOHNET, Code de procédure civile neuchâtelois commenté, Bâle, 2003, art. 236 al. 1 c), N 1ss, p. 375

⁸⁷⁹ OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste, *in* Droit du sport et aménagement du territoire L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, 2011, p. 263, pp 276-277 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in* Jusletter du 18 janvier 2010, pp 3-4

627. — La question qui se pose ensuite est quel peut être cet intérêt prépondérant qui permettrait au professionnel de refuser de témoigner, alors que celui-ci a une obligation de dénoncer ou qu'il a été délié de son secret ? Est-ce que celui-ci pourrait refuser dans l'intérêt de son patient ? Le message du Conseil fédéral cite l'exemple du « *privilege thérapeutique* » qui est un principe permettant au professionnel de la santé de ne pas informer son patient sur son mauvais état de santé car une telle information pourrait aggraver ce dernier. Il s'agit toutefois d'une pratique de plus en plus abandonnée étant donné que l'évolution de la pratique de la médecine veut que le patient soit aujourd'hui considéré comme un partenaire au traitement médical et non comme une personne assistée. L'utilisation de ce juste motif est dès lors peu probable en protection des données : si le patient a donné son consentement à la levée du secret, un intérêt prépondérant à la volonté du patient à ce que ses données médicales soient communiquées à une autorité judiciaire semble peu probable. De même, si la levée du secret fait suite à une décision de l'autorité supérieure ou de surveillance, il est également difficile d'imaginer que le médecin puisse invoquer un intérêt si c'est lui qui a demandé la levée du secret⁸⁸⁰. Lorsque la procédure civile n'était pas encore unifiée, les cantons avaient choisi différentes solutions : Vaud et Genève estimaient que le professionnel restait maître du secret et qu'il n'avait dès lors pas d'obligation de témoigner, ce que le Tribunal fédéral a contesté⁸⁸¹, alors que Neuchâtel, Jura et Berne pensaient qu'il devait témoigner lorsqu'il était délié du secret par le mandant, la solution intermédiaire voulant que le professionnel doive témoigner, à moins qu'un intérêt prépondérant ne s'y oppose⁸⁸². La première solution ne me semble pas être la bonne, car si le patient a donné son accord à la levée du secret, le médecin doit respecter la volonté du maître du secret et doit témoigner. Le but du secret professionnel est de préserver la vie privée du patient et la relation de confiance entre le patient et le médecin et non les intérêts du médecin.

⁸⁸⁰ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, in Jusletter du 18 janvier 2010, p. 4 ; OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin : un régime dissocié mais indigeste, in Droit du sport et aménagement du territoire L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, 2011, p. 263, p. 277

⁸⁸¹ ATF 97 II 369, JT 1972 I 580

⁸⁸² JACQUES HALDY, La protection des intérêts des parties et des tiers dans la procédure probatoire ou les limites du droit à la preuve, in La preuve dans le procès civil, Berne, 2000, p. 101, pp 102-103 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, in Jusletter du 18 janvier 2010

Quant à la deuxième solution, je pense qu'elle respecte l'essence même du principe du secret professionnel qui protège la vie privée du patient et non les intérêts du médecin : si le patient décide de ne plus être protégé, le médecin doit respecter sa volonté sans pouvoir invoquer un intérêt qui ne peut être prépondérant, le « *privilège thérapeutique* » devant être abandonné. Quant à la troisième solution, choisie pour la nouvelle procédure civile fédérale, comme il l'a été dit plus haut, je ne vois pas quels sont les intérêts pouvant être invoqués.

628. — Pour les personnes qui ne sont pas soumises à l'article 166 al. 1 CPC, le Code prévoit que les « *titulaires d'autres droits de garder le secret qui sont protégés par la loi peuvent refuser de collaborer s'ils rendent vraisemblable que l'intérêt à garder le secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité* » (art. 166 al. 2 CPC). Ceux-ci bénéficient ainsi également de la possibilité de refuser de témoigner si un intérêt prépondérant le justifie. Les mêmes remarques peuvent alors être faites que pour ceux qui sont soumis à l'article 166 al. 1 CPC. Si le patient a donné son consentement, le professionnel de la santé devrait devoir témoigner.

629. — L'article 171 du Code de procédure pénale fédéral prévoit que seuls « *les ecclésiastiques, avocats, défenseurs, notaires, conseils en brevet, médecins, dentistes, chiropraticiens, pharmaciens, sages femmes, psychologues, ainsi que leurs auxiliaires peuvent refuser de témoigner sur les secrets qui leur ont été confiés en vertu de leur profession ou dont ils ont eu connaissance dans l'exercice de celle-ci* ». Les personnes soumises aux articles 321bis CP, 139 al. 3 CC, 2 de la loi fédérale sur les centres de consultation en matière de grossesse, 11 LAVI et 15 al. 2 LStup ne doivent témoigner que si l'intérêt à la manifestation de la vérité est prépondérant (art. 173 CPP). L'énumération des professions bénéficiant de ce droit règle la question qui s'est posée pour le CPC avec les personnes soumises au secret professionnel cantonal (art. 62 de la Loi neuchâteloise de santé).

630. — Les professionnels de la santé bénéficiant du droit de refuser de témoigner en procédure pénale au sens de l'article 171 CPP voient toutefois ce droit restreint par l'alinéa 2 qui prévoit qu'ils doivent témoigner lorsqu'ils ont été déliés du secret ou lorsqu'ils sont soumis à une obligation légale de dénoncer (art. 171 al. 1 et 2 CPP). La teneur de cette obligation est toutefois atténuée par l'alinéa 3 du même article qui prévoit que les personnes qui ont été déliées du secret professionnel ne doivent témoigner que s'il existe un intérêt prépondérant à la manifestation de la

vérité⁸⁸³. Contrairement au CPC, les personnes qui ont une obligation de dénoncer ne peuvent invoquer un intérêt prépondérant à la conservation du secret ; cependant, si la personne concernée délie le professionnel du secret, je ne vois toujours pas quels pourraient être les intérêts prépondérants au maintien du secret. Comme pour le CPC, si la personne concernée délie le professionnel du secret, rien ne justifie que ce dernier refuse de renseigner la justice⁸⁸⁴.

631. — Les détenteurs d'autres secrets, tels que celui de l'article 35 LPD, doivent déposer à moins qu'ils ne « *rendent vraisemblable que l'intérêt au maintien du secret l'emporte sur l'intérêt à la manifestation de la vérité* » (art. 173 al. 2 CPP). Les remarques faites pour le CPC concernant l'intérêt au maintien du secret peuvent également être reprises ici, en particulier lorsque la personne concernée a donné son consentement à la divulgation de ses données personnelles.

632. — Il est important de rappeler que les psychologues et les chiropraticiens font partie des professions soumises à l'article 321 CP depuis l'entrée en vigueur de la loi fédérale sur les professions de la psychologie, le 1^{er} avril 2013. Ils ont donc également le droit de refuser de témoigner au même titre que les médecins, les pharmaciens, les médecins-dentistes et les sages-femmes ; l'article 171 CPP est ainsi modifié dans ce sens⁸⁸⁵.

633. — En procédure administrative, l'article 16 PA qui renvoie à l'article 42 al. 1 lit. b PCF prévoit que les personnes soumises à l'article 321 CP ont la possibilité de refuser de témoigner, sauf si la personne concernée les a déliées du secret. Le professionnel de la santé n'a ainsi pas la possibilité d'invoquer un intérêt prépondérant lui permettant de refuser de témoigner⁸⁸⁶. Les personnes soumises à un autre devoir de discrétion (art.

⁸⁸³ Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2005, FF 2006 1057, p. 1184 ; Message relatif au code de procédure civile suisse (CPC) du 28 juin 2006, FF 2006 6841, p. 6928 ; JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants et leur obligation de témoigner selon les nouveaux codes de procédure fédéraux, *in Jusletter* du 18 janvier 2010

⁸⁸⁴ OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste, *in Droit du sport et aménagement du territoire, L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, 2011, p. 263, pp 277-278

⁸⁸⁵ Message relatif à la loi fédérale sur les professions relevant du domaine de la psychologie du 30 septembre 2009, FF 2009 6235, p. 6286

⁸⁸⁶ OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste, *in Droit du sport et aménagement du territoire, L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen*, 2011, p. 263, p. 280

42 al. 1 lit. a PCF) peuvent refuser de déposer, même si la personne concernée y a consenti.

634. — Quant à la procédure administrative neuchâteloise, celle-ci permet au professionnel de la santé soumis au secret professionnel de refuser de témoigner si ses dires peuvent entraîner des sanctions pénales (art. 16 LPJA) ; cela signifie que toutes les personnes soumises à une obligation légale de confidentialité ont le droit de refuser de témoigner. Elle prévoit par contre à l'article 16 lit. b LPJA que les personnes soumises au secret d'affaires et au secret professionnel ont également la possibilité de refuser de témoigner, sauf si la personne concernée les a déliées ou si une loi les y oblige⁸⁸⁷.

5.2.7. Médecin expert

635. — Dans le cadre d'une expertise, l'autorité compétente donne mandat à un médecin de se prononcer sur l'état de santé de la personne concernée. Même s'il n'y a pas de rapport contractuel entre le médecin et la personne expertisée mais qu'il y en a un entre le médecin et l'Etat et qu'il n'y a par conséquent pas de rapport de confiance entre les parties, le professionnel de la santé reste soumis au secret professionnel⁸⁸⁸. Cependant, selon une autre doctrine plus répandue, le médecin expert est soumis au secret de fonction (art. 320 CP) car il agit en tant que mandataire de l'Etat. Quel que soit le secret, l'expert doit garder ses informations confidentielles vis-à-vis des tiers mais ne peut les cacher à son mandant⁸⁸⁹.

636. — A mon avis, le devoir de confidentialité qui lie le médecin expert relève plus du secret de fonction que du secret professionnel, même si de par son statut de médecin, il pourrait également être soumis au secret professionnel. En effet, je pense qu'il y a un concours d'infractions imparfait entre les articles 320 CP et 321 CP et que l'application du secret de fonction doit être préférée, car le médecin expert effectue une tâche pour l'Etat et n'est pas dans un rapport de confiance avec le patient expertisé.

⁸⁸⁷ OLIVIER GUILLOD, Le professionnel de la santé comme expert ou témoin: un régime dissocié mais indigeste, *in* Droit du sport et aménagement du territoire L'activité et l'espace, Mélanges en l'honneur de Piermarco Zen-Ruffinen, 2011, p. 263, p. 280

⁸⁸⁸ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, *in* Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2052

⁸⁸⁹ JOËLLE VUILLE, art. 184, N 13, p. 851, Code de procédure pénale suisse, Commentaire romand, Bâle, 2011

5.3. Le secret professionnel dans la recherche

5.3.1. Généralités

637. — L'article 321bis CP⁸⁹⁰, entré en vigueur le 1^{er} juillet 1993 avec la LPD, est venu étendre le champ d'application de l'article 321 CP en soumettant au secret professionnel les chercheurs travaillant dans les domaines de la médecine ou de la santé publique⁸⁹¹. Cet article prévoit également une procédure de levée du secret en plus de celles de l'article 321 al. 2 CP, spécifique aux chercheurs.

638. — Cette disposition est complétée par l'Ordonnance du 14 juin 1993 portant sur les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale⁸⁹² qui régleme notamment les types d'autorisations, l'organisation de la commission d'experts et la procédure.

639. — La levée du secret professionnel en matière de recherche fait intervenir plusieurs intérêts contradictoires, à savoir celui de la recherche, qui est un intérêt public visant notamment à « *combattre efficacement les affections graves ou répandues* » ou à enquêter sur l'état de santé général de la population⁸⁹³, celui de la personne concernée, qui souhaite une protection de sa vie privée, et celui de la collectivité, qui souhaite que le secret professionnel subsiste pour garantir le lien de confiance entre le médecin et le patient. Il y a donc un conflit d'intérêts qui peut parfois poser

⁸⁹⁰ Art. 321bis CP : « ¹ Celui qui, sans droit, aura révélé un secret professionnel dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité pour la recherche dans les domaines de la médecine ou de la santé publique sera puni en vertu de l'art. 321.

² Un secret professionnel peut être levé à des fins de recherche dans les domaines de la médecine ou de la santé publique si une commission d'experts en donne l'autorisation et si l'intéressé, après avoir été informé de ses droits, n'a pas expressément refusé son consentement.

³ La commission octroie l'autorisation dans les cas où :

*La recherche ne peut être effectuée avec des données anonymes ;
Il est impossible ou particulièrement difficile d'obtenir le consentement de l'intéressé ;
Les intérêts de la recherche priment l'intérêt au maintien du secret. »*

⁸⁹¹ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 1-2, p. 784

⁸⁹² Ordonnance du 14 juin 1993 portant sur les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP), RS 235.154

⁸⁹³ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 498

problème⁸⁹⁴. La commission d'experts chargée d'autoriser la levée du secret professionnel, qui va toutefois disparaître lors de l'entrée en vigueur de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain le 1^{er} janvier 2014⁸⁹⁵, doit ainsi faire une pesée d'intérêts afin de prendre une décision qui respecte au mieux les intérêts de chacun ainsi que le principe de proportionnalité.

640. — Si la personne concernée refuse que le secret médical soit levé dans un cas d'application de l'article 321bis CP, le professionnel ne peut plus demander à la commission d'experts d'autoriser la levée du secret professionnel, mais doit se tourner vers l'article 321 ch. 2 CP et démontrer un intérêt prépondérant permettant la levée du secret⁸⁹⁶.

5.3.2. Eléments constitutifs de l'infraction

5.3.2.1. Personnes exerçant dans la recherche en matière médicale ou dans la santé publique

641. — Le premier élément constitutif de l'infraction de l'article 321bis CP est que l'auteur de l'infraction soit un chercheur dans les domaines de la médecine ou de la santé publique. Il s'agit donc principalement d'un professionnel de la santé tel qu'un médecin, un médecin-dentiste, un biologiste, un pharmacien, une sage-femme, un psychologue ou un chiropraticien ou un auxiliaire travaillant pour lui⁸⁹⁷.

642. — Quant à la notion de recherche, il convient de se référer à la loi fédérale sur la recherche sur l'être humain, qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2014 ; celle-ci définit la recherche comme étant toute « *recherche méthodologique visant à obtenir des connaissances généralisables* » (art. 3 lit. a LRH)⁸⁹⁸. La notion de « *recherche dans le domaine de la médecine* » peut ainsi être définie comme étant « *toute investigation systématique sur l'être humain ou avec des données médicales personnelles, me-*

⁸⁹⁴ OLIVIER GUILLOD, Protection des données dans la recherche médicale, in Commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale, Janvier 1998, p. 19, pp 21-22

⁸⁹⁵ www.bag.admin.ch

⁸⁹⁶ DENIS PIOTET, De certains aspects civils de la révélation du secret privé pénalement protégé, in *Revue pénale suisse* 1996 (114), p. 333, p. 335

⁸⁹⁷ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 498-499

⁸⁹⁸ www.bag.admin.ch

nées selon un protocole préétabli, pour acquérir ou élargir des connaissances généralisées. Toute recherche utilise par conséquent des informations et vise à découvrir plus d'informations encore »⁸⁹⁹.

5.3.2.2. Existence d'un secret

643. — Le secret de l'article 321bis CP correspond à celui de l'article 321 CP⁹⁰⁰. Il convient donc de se référer au point 5.2.3.3 du présent chapitre, concernant le secret professionnel.

5.3.2.3. Secret appris dans le cadre de la recherche

644. — Le secret doit avoir été appris dans le cadre de la recherche. Selon Corboz, lorsque des soignants effectuent des recherches dans le cadre de leur profession, ils sont soumis à l'article 321 CP et non à l'article 321bis CP, ce dernier ne s'appliquant qu'aux chercheurs purs qui n'ont pas d'activité thérapeutique⁹⁰¹. Comme il a déjà été dit au point 5.2.5, je trouve que l'article à appliquer devrait dépendre de l'activité du médecin ; s'il exerce en tant que chercheur, c'est l'article 321bis CP qui devrait s'appliquer et dès que son activité prend un tournant thérapeutique, c'est l'article 321 CP qui devrait être choisi.

5.3.2.4. Révélation du secret

645. — L'auteur devra ensuite avoir transmis à un tiers non autorisé le secret qu'il a appris dans le cadre de sa recherche⁹⁰². En ce qui concerne la « *révélation du secret* », il convient également de se référer au point 5.2.3.5 de ce chapitre.

⁸⁹⁹ OLIVIER GUILLOD, Protection des données dans la recherche médicale, in Commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale, Janvier 1998, p. 19, pp 21-22

⁹⁰⁰ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 2, p. 784

⁹⁰¹ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 2, p. 784

⁹⁰² BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010}, N 3, p. 784

5.3.2.5. Intention

646. — Cette infraction doit être intentionnelle et comme pour le secret professionnel de l'article 321 CP, le dol éventuel suffit⁹⁰³. Il convient donc de se référer au point 5.2.3.6 du présent chapitre.

5.3.3. Levée du secret

5.3.3.1. Généralités

647. — L'article 321bis n'est pas une infraction supplémentaire mais une exception supplémentaire à l'article 321 CP. Les chercheurs peuvent lever le secret aux conditions de l'article 321 CP et 321bis CP. Le secret de l'article 321bis CP peut être levé suite au consentement de la personne concernée (art. 321 ch. 2 CP) ou suite à l'autorisation de la commission d'experts lorsque la personne concernée n'a pas expressément refusé⁹⁰⁴.

5.3.3.2. Consentement du patient

648. — Comme la question du consentement a déjà été traitée pour le secret professionnel, il convient de se référer au point 5.2.4.2 du présent chapitre.

5.3.3.3. Autorisation de la commission d'experts

649. — La commission d'experts ne peut octroyer une autorisation de levée du secret que si les trois conditions de l'alinéa 3 de l'article 321bis CP sont remplies. Il faut tout d'abord que les données médicales ne puissent pas être anonymisées (art. 321bis al 3 lit. a CP), car si elles sont anonymisées, la protection du secret professionnel n'est plus nécessaire.

650. — Ensuite, l'autorisation ne peut être donnée que s'il est impossible ou particulièrement difficile d'obtenir le consentement de l'intéressé (art. 321bis al. 3 lit. b CP), par exemple lorsqu'il faut demander le consentement à un grand nombre de personnes situées dans des pays différents.

⁹⁰³ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010}, N 4, p. 784

⁹⁰⁴ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 499

D'une manière générale, le fait que les chercheurs doivent faire un effort démesuré pour obtenir le consentement des personnes concernées suffit pour qu'ils puissent directement demander l'autorisation à la commission d'experts⁹⁰⁵.

651. — Pour finir, la troisième condition est que les intérêts de la recherche doivent primer sur ceux au maintien du secret (art. 321bis al. 3 lit. c CP).

652. — En plus des conditions à remplir, la commission d'experts évalue la recherche pour déterminer s'il est vraiment nécessaire que le secret soit levé ; elle détermine notamment « *si le chercheur est dépendant de l'accès aux données qui l'intéressent, si le projet de recherche est susceptible de favoriser le traitement et d'apporter un progrès médical, si les résultats de la recherche peuvent être utiles à un nombre important de personnes ou encore quelle valeur le projet revêt pour la santé publique* »⁹⁰⁶. Les projets de recherche n'ayant qu'un but commercial ne justifient pas une autorisation de levée du secret médical.

653. — L'autorisation peut être grevée de charges afin de garantir au mieux la protection des données ; il peut s'agir d'une restriction quant à l'utilisation des données personnelles, à la désignation des personnes qui ont accès à ces données ou au type de données qui peuvent être utilisées pour la recherche.

654. — Corboz déduit qu'il n'est plus possible de demander une autorisation à la commission d'experts si la personne concernée est décédée, car celle-ci n'a pas pu être informée de ses droits⁹⁰⁷. Le message du Conseil fédéral laisse toutefois penser le contraire car il dit que l'autorisation doit également concerner les données des personnes décédées, puisque la violation du secret professionnel entraîne également des sanctions civiles, disciplinaires et pénales⁹⁰⁸. Cependant, l'alinéa 2 de l'article 321bis CP laisse penser que cette solution n'est pas possible puisqu'il prévoit que la personne concernée doit d'une part avoir eu connaissance de ses droits et d'autre part qu'elle ne doit pas avoir expressément refusé ; une personne

⁹⁰⁵ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 500

⁹⁰⁶ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 500

⁹⁰⁷ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 7, p. 785

⁹⁰⁸ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 499

décédée ne pouvant expressément refuser, l'article 321bis CP ne serait donc pas applicable aux données des personnes décédées. Or, il me semble que, dans la pratique, il est important que la commission d'experts puisse lever le secret médical pour les données de personnes décédées, car l'objet de la recherche peut avoir un lien avec le décès de celle-ci.

655. — Lorsque les personnes concernées sont vivantes, la commission d'experts doit tenir compte de leur avis ; les personnes concernées peuvent refuser que les scientifiques traitent leurs données après l'autorisation de levée du secret⁹⁰⁹.

656. — Pour finir, il faut encore préciser que l'alinéa 5 de l'article 321bis CP prévoit des autorisations générales ou d'autres simplifications lorsque « *les intérêts légitimes des intéressés ne sont pas compromis et si les données personnelles sont rendues anonymes dès le début des recherches* ». Il peut s'agir par exemple de recherches internes au sein d'hôpitaux universitaires, par exemple pour la formation et le perfectionnement du personnel, ou lorsqu'un hôpital effectue de nombreuses recherches, comme le font les hôpitaux universitaires. La commission d'experts donne alors une autorisation générale, non pas aux personnes souhaitant effectuer une recherche mais à l'hôpital ou l'institution dans laquelle elles travaillent⁹¹⁰.

657. — La commission d'experts, nommée par le Conseil fédéral, doit être considérée comme une autorité fédérale ; son organisation est régie dans l'Ordonnance concernant les autorisations de lever le secret professionnel en matière de recherche médicale (OALSP). Elle est composée de médecins, de patients, de chercheurs et de personnes du monde judiciaire. Elle est rattachée au Département fédéral de l'intérieur et son secrétariat est assuré par l'OFSP (art. 5 OALSP). La procédure applicable aux demandes de levée du secret professionnel pour la recherche médicale est la procédure administrative fédérale.

⁹⁰⁹ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 499

⁹¹⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, pp 500-501

5.3.4. Modification de l'article 321bis CP suite à l'entrée en vigueur de la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain

658. — La loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain entrera en vigueur le 1er janvier 2014 et apportera quelques modifications au niveau législatif, notamment en ce qui concerne le secret professionnel en matière de recherche médicale. L'article 321bis CP est modifié comme suit: l'alinéa 1 précise désormais que « *Celui qui, sans droit, aura révélé un secret professionnel dont il a eu connaissance dans le cadre de son activité pour la recherche sur l'être humain au sens de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain sera puni en vertu de l'art. 321* » ; l'alinéa 1 ne parle donc plus de recherche en matière médicale ou en matière de santé publique, le champ d'application est restreint. Ensuite, les alinéas 2 à 7 sont supprimés et un nouvel alinéa 2 fait son apparition; ce dernier a la teneur suivante: « *Un secret professionnel peut être levé à des fins de recherche sur les maladies humaines et sur la structure et le fonctionnement du corps humain si les conditions posées à l'art. 34 de la loi du 30 septembre 2011 relative à la recherche sur l'être humain sont remplies et que la commission d'éthique compétente a autorisé la levée du secret* ». L'article 34 prévoit que « *Lorsque les exigences posées au consentement et à l'information au sens des art. 32 et 33 ne sont pas remplies, le matériel biologique et les données personnelles liées à la santé peuvent être réutilisés à titre exceptionnel à des fins de recherche aux conditions suivantes: a. l'obtention du consentement ou l'information sur le droit d'opposition est impossible ou pose des difficultés disproportionnées, ou on ne peut raisonnablement l'exiger de la personne concernée ; b. aucun document n'atteste un refus de la personne concernée ; c. l'intérêt de la science prime celui de la personne concernée à décider de la réutilisation de son matériel biologique ou de ses données* »⁹¹¹.

659. — La Commission d'experts du secret professionnel pouvant lever le secret au sens de l'article 321bis CP va ainsi disparaître et c'est les commissions d'éthique cantonales qui vont reprendre ses tâches. Ces dernières pourront ainsi délivrer des autorisations pour effectuer des recherches avec des données protégées par le secret médical, mais uniquement pour de la recherche entrant dans le champ d'application de la LRH; par exemple, « *les domaines de la formation de base, de la formation continue et*

⁹¹¹ www.bag.admin.ch

de l'assurance qualité » sont qualifiés au sens de l'article 321bis CP de « *recherche dans les domaines de la médecine et de la santé* »; dans de telles situations, la requête de levée du secret professionnel devra se faire auprès de l'autorité cantonale compétente en matière de levée du secret professionnel⁹¹².

5.4. Le secret professionnel cantonal

5.4.1. Généralités

660. — Comme nous l'avons vu, le secret professionnel est principalement celui de l'article 321 CP ; le législateur cantonal a cependant prévu dans les lois cantonales sur la santé un devoir de confidentialité⁹¹³ pour la grande majorité des professionnels de la santé.

661. — Les législateurs cantonaux n'ont toutefois pas tous soumis les professionnels de la santé à ce devoir de la même manière ; le législateur neuchâtelois renvoie à l'article 321 CP, les législateurs vaudois et valaisan évoquent un « *secret professionnel* » alors que le législateur bernois parle de « *devoir de discrétion* ». Les questions qui surviennent sont donc de savoir si ces secrets sont comparables à celui de l'article 321 CP et si le législateur cantonal a la compétence pour élargir le cercle des personnes soumises à l'article 321 CP. Nous ne reviendrons toutefois pas sur la seconde question à laquelle nous avons déjà répondu au point 5.2.3.2 du présent chapitre. Nous tenterons par contre de répondre à la première question en abordant différentes dispositions cantonales.

⁹¹² Message sur la loi fédérale relative à la recherche sur l'être humain du 21 octobre 2009, FF 2009 7259, p. 7362

⁹¹³ Art. 62 de la Loi de santé neuchâteloise du 6 février 1995 (LS), RS 800.1, art. 80 de la Loi sur la santé publique vaudoise du 29 mai 1985 (LSP), RS 800.01, art. 31 de la Loi sur la santé valaisanne du 14 février 2008, RSVS 800.1 et art. 27 de la Loi sur la santé publique bernoise du 2 décembre 1984 (LSP), RS 811.01

5.4.2. Eléments constitutifs

5.4.2.1. Professionnels de la santé

Pour qu'il y ait infraction, l'auteur doit être un professionnel de la santé, comme le relèvent les lois cantonales. Neuchâtel énumère une liste de professions dans le règlement concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé⁹¹⁴ soumises au secret professionnel cantonal. Le règlement neuchâtelois⁹¹⁵ cite un grand nombre de professions, mais en oublie d'autres, comme par exemple les kinésithérapeutes ; ceci est à mon avis une erreur, car cela crée une inégalité de traitement entre les professionnels de la santé, alors qu'ils utilisent tous dans le cadre de leur profession des données sensibles qui mériteraient toutes une protection similaire. Les législations vaudoise (art. 2 Règlement sur l'exercice des professions de la santé⁹¹⁶) et valaisanne (art. 1 Ordonnance sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance⁹¹⁷) précisent également quelles sont les professions de la santé qui sont soumises à la législation portant sur l'exercice des professions de la santé. Les professions qui n'y figurent pas ne sont dès lors pas soumises au secret cantonal, mais au devoir de discrétion des lois de protection des données fédérale ou cantonales⁹¹⁸ ou à l'article 321 CP si elles exercent en tant qu'auxiliaires d'une profession soumise au secret professionnel.

662. — En ce qui concerne les médecins, médecins-dentistes, pharmaciens, sages-femmes, psychologues et chiropraticiens ainsi que les auxiliaires de ces professions, c'est le secret professionnel de l'article 321 CP qui s'applique en priorité, le droit fédéral primant le droit cantonal.

⁹¹⁴ Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998, RSN 801.100

⁹¹⁵ Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998, RSN 801.100

⁹¹⁶ Règlement vaudois sur l'exercice des professions de la santé (REPS), RSV 811.01.1

⁹¹⁷ Ordonnance valaisanne sur l'exercice des professions de la santé et leur surveillance, RSVS 811.100

⁹¹⁸ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, *Le secret professionnel des soignants*, in RSDS 2/2004, p. 21, p. 26

5.4.2.2. Autres éléments constitutifs

663. — Les autres éléments constitutifs du secret prévu par les lois cantonales de santé sont les mêmes dans les cantons de Neuchâtel, Zurich, Berne et Vaud, soit l'existence d'un secret, appris dans le cadre de la profession et qui a été communiqué à des tiers sans qu'il y ait de fait justificatif. L'infraction doit également être intentionnelle. Il convient donc de se référer au point 5.2.3. sur le secret professionnel pour une description plus détaillée des éléments constitutifs de l'infraction.

5.4.3. Levée du secret

664. — Le secret cantonal peut être levé grâce au consentement du patient (art. 63 de la Loi de santé neuchâteloise, art. 80 al. 3 de la Loi de santé publique vaudoise, art. 27 de la Loi sur la santé publique bernoise, art. 15 zürcherische Gesundheitsgesetz) mais également suite à l'autorisation de l'autorité compétente ou en raison de cas prévus par la loi (art. 63a de la Loi de santé neuchâteloise, art. 80a de la Loi de santé publique vaudoise, art. 28 de la Loi sur la santé publique bernoise, art. 15 al. 3 zürcherische Gesundheitsgesetz). Par exemple, la loi vaudoise prévoit que le professionnel soumis au secret *« doit annoncer au médecin cantonal les faits susceptibles de constituer un cas de maltraitance ou de soins dangereux émanant d'autres professionnels de la santé »* (art. 80a al. 1 de la Loi de santé publique vaudoise). Comme on l'a vu précédemment, cet article va plus loin que la disposition fédérale qui prévoit que *« lorsqu'il y va de l'intérêt des mineurs, les personnes astreintes au secret professionnel ou au secret de fonction (art. 320 et 321) peuvent aviser l'autorité tutélaire des infractions commises à l'encontre de ceux-ci »* (art. 364 CP). Les professionnels soumis à l'article 321 CP ne sont, à mon avis, pas soumis à cette obligation vaudoise mais uniquement à l'article 364 CP en raison de la primauté du droit fédéral.

665. — Quant au droit valaisan, il prévoit qu'en cas de justes motifs, *« le professionnel de la santé peut informer le représentant légal d'un patient mineur ou interdit capable de discernement »* (art. 31 al. 3 Loi sur la santé valaisanne), ce qui est contraire au droit civil fédéral, l'article 19c CC⁹¹⁹ permettant au mineur capable de discernement d'exercer librement

⁹¹⁹ Art. 19c CC : *«¹ Les personnes capables de discernement mais privées de l'exercice des droits civils exercent leurs droits strictement personnels de manière autonome ; les cas dans lesquels la loi exige le consentement du représentant légal sont réservés.*

ses droits strictement personnels. Le droit fédéral ne permet pas aux fournisseurs de soins de communiquer des informations au représentant légal des mineurs et interdits capables de discernement⁹²⁰. L'article 14 CP⁹²¹ pourrait toutefois permettre aux professionnels de la santé appliquant l'article 31 al. 3 de la loi sur la santé valaisanne de ne pas être condamné puisqu'ils appliqueraient de bonne foi le droit cantonal. L'article 14 CP permet en effet de rendre un acte illicite licite si une disposition légale fédérale, cantonale ou communale ordonne ou autorise un tel acte⁹²². Cela n'enlèverait toutefois rien au fait que cette disposition cantonale serait contraire à la législation fédérale⁹²³.

5.5. Le secret de fonction

5.5.1. Généralités

666. — Nous venons de voir que les professionnels de la santé figurant dans la liste de l'article 321 CP sont soumis au secret professionnel afin de protéger les données concernant le patient et d'assurer un bon fonctionnement de la médecine lorsque les informations à protéger portent sur le traitement du patient. Lorsque les données utilisées par ces professionnels portent sur des questions administratives, liées par exemple à l'organisation de l'établissement hospitalier, ce n'est plus le secret pro-

² *Les personnes incapables de discernement sont représentées par leur représentant légal, sauf pour les droits qui ne souffrent aucune représentation en raison de leur lien étroit avec la personnalité.* »

⁹²⁰ OLIVIER GUILLOD & JEAN MARTIN, Secret médical, Quelle attitude du praticien quand des instances ou personnes extérieures demandent des renseignements à propos d'un patient, in Bulletin des médecins suisses 2000 n° 37, p. 2047, p. 2051 ; OLIVIER GUILLOD & GLADYS WINKLER, Un professionnel de la santé peut-il être tenu de signaler les cas de mise en danger de mineurs?, in Jusletter du 13 août 2007, p. 10 ; KARIN KELLER, Das ärztliche Berufsgeheimnis gemäss Art. 321 StGB: unter besonderer Berücksichtigung der Regelung im Kanton Zürich, Zürich, 1993, p. 118 ; OLIVIER GUILLOD, Le secret médical aujourd'hui, in Le secret: éthique, transparence et confidentialité, Lausanne, 1996, p. 49, p. 59

⁹²¹ Art. 14 CP « *Quiconque agit comme la loi l'ordonne ou l'autorise se comporte de manière licite, même si l'acte est punissable en vertu du présent code ou d'une autre loi* ».

⁹²² MICHEL DUPUIS, BERNARD GELLER, GILLES MONNIER, CHRISTOPHE PIQUET, CHRISTIAN BETTEX & DANIEL STOLL, Petit commentaire du Code pénal, Bâle, 2012, N 4, art. 14, p. 110

⁹²³ STEFAN TRECHSEL, Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar, 2. Auflage, Zürich, 2008, art. 14, p. 82

fessionnel qui doit être appliqué mais le secret de fonction (art. 320 CP). C'est également le secret de fonction qui s'applique lorsqu'il faut protéger des données personnelles médicales utilisées dans un but autre que curatif, comme cela peut être le cas pour les personnes établissant des statistiques en matière de santé publique pour la Confédération ou encore les personnes gérant les registres où sont inscrits les donneurs de sperme (art. 15ss OPMA).

667. — Le secret de fonction a un but différent de celui du secret professionnel qui vise la protection des droits de la personnalité du patient ainsi qu'un bon exercice de la médecine, puisqu'il vise « à permettre l'accomplissement sans entrave des tâches de l'Etat, mais aussi à protéger les intérêts des personnes touchées par cette activité ». L'administration publique doit ainsi pouvoir rendre des décisions sans être mise sous pression ou influencée par des personnes ayant eu connaissance de certains faits délicats ; ceci ne l'empêche toutefois pas de devoir garantir à ses administrés la confidentialité de leurs données personnelles traitées par l'Etat, la publicité de telles données pouvant leur porter préjudice⁹²⁴. « Pour l'activité des pouvoirs publics, le principe est le secret, et non la transparence »⁹²⁵, malgré la loi fédérale sur la transparence entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2006⁹²⁶.

668. — Comme le secret de fonction a également un rôle à jouer dans la protection des données personnelles médicales, nous allons l'étudier ici et voir quelles sont les personnes qui y sont soumises, ses éléments constitutifs, les motifs permettant sa levée ainsi que les sanctions pouvant être prononcées.

5.5.2. Eléments constitutifs de l'infraction

5.5.2.1. Membre d'une autorité, fonctionnaire ou employé de l'administration

669. — Les personnes soumises au secret de fonction sont « les personnes qui sont membres d'une autorité, qui sont au bénéfice du statut de fonc-

⁹²⁴ ATF 120 Ia 220 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 3, pp. 737-738

⁹²⁵ ATF 107 Ia 304

⁹²⁶ Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration du 17 décembre 2004 (Loi sur la transparence, LTrans), RS 152.3

tionnaire ou qui sont employées de l'administration »⁹²⁷. Il peut ainsi s'agir d'employés de la Confédération ou des cantons, mais également de personnes privées remplissant des tâches publiques, comme les caisses-maladie (cf. point 3.7.2.2.2. du chapitre 3).

670. — Comme nous l'avons déjà vu, un professionnel peut être soumis tant au secret professionnel, pour ce qui concerne les données de ses patients, qu'au secret de fonction, pour ce qui concerne les données administratives qui ne sont pas liées au patient⁹²⁸.

671. — Si un tiers intervient dans la violation du secret de fonction mais qu'il n'est pas une personne exerçant une fonction publique ni un fonctionnaire, il peut être considéré comme instigateur ou complice⁹²⁹.

5.5.2.2. Intention

672. — Pour qu'il y ait infraction, l'auteur doit avoir agi de manière intentionnelle. Le dol éventuel suffit pour que l'auteur soit condamné, alors que la négligence, elle, ne suffit pas⁹³⁰.

5.5.2.3. Secret

673. — L'existence d'un secret fait également partie des éléments constitutifs de l'infraction de l'article 320 CP ; comme il a déjà été dit au point 5.2.3.4. du présent chapitre, le secret est une information portant sur un ou plusieurs faits, véridiques ou non, que la personne concernée souhaite garder confidentiels⁹³¹. L'information concernée ne doit par ailleurs être connue que d'un cercle restreint de personnes, car si elle est connue d'un

⁹²⁷ ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, p. 10 ; voir aussi : OLIVIER GUILLOD, Le secret médical aujourd'hui, *in* Le secret: éthique, transparence et confidentialité, Lausanne, 1996, p. 49, p. 53

⁹²⁸ ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, *in* Actualités psychologiques n°10, 2001, p. 1, p. 10 ; OLIVIER GUILLOD, Le secret médical aujourd'hui, *in* Le secret: éthique, transparence et confidentialité, Lausanne, 1996, p. 49, p. 53

⁹²⁹ ATF 118 II 254 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 6, p. 738

⁹³⁰ ATF 116 IV 56 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 35, p. 746

⁹³¹ ATF 127 IV 122 ; ATF 126 IV 236 ; ATF 114 IV 44 ; ATF 116 IV 56 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 10ss, pp 739-741

très grand nombre de gens, sa caractéristique de secret disparaît puisqu'elle devient publique⁹³².

5.5.2.4. Secret appris dans le cadre de la fonction

674. — Ensuite, comme élément constitutif, le secret doit avoir été appris dans le cadre de l'exercice de la fonction ; il doit ainsi exister un lien entre la fonction du membre de l'autorité ou du fonctionnaire et la connaissance du secret⁹³³.

5.5.2.5. Devoir de garder le secret

675. — Il faut ensuite que le fonctionnaire ou le membre de l'autorité ait le devoir de garder le secret, ce qui est le cas, même si « aucune norme ou instruction ne le dit expressément »⁹³⁴. Ce devoir ne se termine pas au moment où le fonctionnaire prend sa retraite ou lorsque la fonction prend fin, ce qui fait que le détenteur du secret reste soumis à l'article 320 CP ; le devoir ne prend ainsi fin qu'à la mort de celui-ci⁹³⁵.

5.5.2.6. Communiquer des données à des tiers

676. — Pour finir, il faut encore que la personne soumise à l'article 320 CP communique le secret à une personne qui ne fait pas partie du cadre des personnes autorisées à connaître l'information⁹³⁶.

677. — Le fonctionnaire peut procéder de manière active, en communiquant l'information oralement, par écrit ou en transmettant les documents concernés ou de manière passive, par omission, en laissant des tiers consulter des documents laissés à la vue de tous⁹³⁷. Informer les tiers

⁹³² BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 13, p. 740

⁹³³ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 17ss, pp 741-742

⁹³⁴ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 21ss, pp 742-743

⁹³⁵ ATF 123 IV 75

⁹³⁶ ATF 116 IV 56 ; ATF 114 IV 44 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 31ss, pp 744-746

⁹³⁷ ATF 114 IV 44 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 33, p. 745

alors qu'ils connaissent déjà le secret est une violation de secret de fonction lorsqu'elle a « *valeur de confirmation* »⁹³⁸.

5.5.3. Levée du secret de fonction

5.5.3.1. Levée du secret par l'autorité supérieure

678. — Le secret de fonction peut être levé par l'autorité supérieure⁹³⁹.

679. — Les administrés n'ont pas un droit d'accès automatique aux données traitées par l'administration ; pour que ce droit puisse être admis, ils doivent avoir un intérêt légitime dûment reconnu⁹⁴⁰.

680. — Comme on l'a vu, l'obligation de garder le secret perdure après la fin des rapports de fonction, par conséquent, il convient de demander à l'autorité supérieure de lever le secret, même lorsque le membre de l'autorité ou le fonctionnaire n'exerce plus sa fonction publique⁹⁴¹.

5.5.3.2. Levée du secret par la loi

681. — Le secret de fonction peut être levé par la loi, lorsque cette dernière le prévoit, notamment en vertu de l'article 364 CP qui permet de communiquer à l'autorité tutélaire les cas de maltraitance⁹⁴², mais également en vertu de l'article 104 al. 1 LCR (seulement en ce qui concerne la police ou les autorités pénales), de l'article 453 CC, permettant aux personnes soumises au secret de fonction de « *communiquer des informations nécessaires à l'autorité de protection de l'adulte* » dans les cas où il existe un risque qu'une personne « *ayant besoin d'aide mette en danger sa vie ou son intégrité corporelle ou commette un crime ou un délit qui cause un grave dommage corporel, moral ou matériel à autrui* ». Les personnes soumises au secret de fonction ont également la possibilité,

⁹³⁸ ATF 75 IV 74 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 33, p. 745

⁹³⁹ ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, in *Actualités psychologiques* n°10, 2001, p. 1, p. 11

⁹⁴⁰ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 29, p. 744

⁹⁴¹ ATF 123 IV 76

⁹⁴² ARIANE AYER, Le secret professionnel du psychologue, in *Actualités psychologiques* n°10, 2001, p. 1, p. 9

sous certaines conditions (art. 3c al. 1 lit. a à c LStup), d'annoncer « *aux institutions de traitement ou aux services d'aide sociale compétents* » les personnes ayant des troubles ou des risques de troubles liés à l'addiction (art. 3c LStup).

5.5.3.3. Consentement de l'administré ?

682. — Il est important de rappeler que, conformément à l'article 320 CP, l'administré dont les données personnelles sont traitées par l'Etat n'a pas la possibilité de lever le secret de fonction en donnant son consentement. A première vue, c'est une différence majeure avec le secret professionnel qui impliquerait qu'un médecin exerçant dans le public ne puisse être soumis au secret de fonction pour les rapports qu'il entretient avec ses patients, étant donné que ces derniers ne pourraient demander la levée du secret concernant leurs propres données personnelles. Or, selon une partie de la doctrine, le consentement de l'administré pourrait être un fait justificatif si le secret ne protégeait que les intérêts privés de la personne concernée⁹⁴³. Cette solution ne me paraît toutefois pas satisfaisante dans la mesure où il peut être difficile selon les cas de déterminer s'il y a un intérêt public à ce que les données personnelles ne soient pas divulguées. Par exemple, les méthodes choisies pour traiter le patient pourraient, si elles sont controversées, présenter un intérêt public à ne pas être divulguées. Je ne pense ainsi pas que le consentement du patient à la levée du secret de fonction doive être considéré comme un motif justificatif.

683. — Comme il a été dit au point 5.2.2. du présent chapitre, le fait que la personne dont les données sont traitées et protégées par le secret de fonction ne puissent décider de leur sort, notamment à qui elles peuvent être communiquées, est un argument suffisant pour déterminer qu'un médecin, une sage-femme, un pharmacien, un chiropraticien, un psychologue ou un dentiste doit être soumis au secret professionnel et non au secret de fonction pour les données qui concernent le traitement de ses patients.

⁹⁴³ MICHEL DUPUIS, BERNARD GELLER, GILLES MONNIER, CHRISTOPHE PIQUET, CHRISTIAN BETTEX & DANIEL STOLL, *Petit commentaire du Code pénal*, Bâle, 2012, art. 320, N 41, p. 1879

5.5.4. Procédure

684. — Le secret de fonction est une infraction qui se poursuit d'office. Les sanctions prévues à l'article 320 CP sont la peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

5.6. Le devoir de discrétion

5.6.1. Généralités

685. — Les professionnels de la santé doivent garder confidentielles les données personnelles médicales qu'ils utilisent dans le cadre de leur profession. L'article 321 CP consacré au secret professionnel est la principale disposition légale en la matière puisque tout professionnel cité au chiffre 1 de cet article, ainsi que les auxiliaires et étudiants travaillant avec eux, y sont soumis ; les soignants peuvent également être soumis au secret professionnel des lois cantonales sur la santé⁹⁴⁴. Comme on l'a vu précédemment, certains professionnels de la santé, comme les kinésithérapeutes, ne sont soumis ni au secret professionnel de l'article 321 CP, ni à celui des lois cantonales sur la santé ; ceux qui exercent dans le privé ou dans le public au niveau fédéral doivent alors respecter le devoir de discrétion de l'article 35 LPD⁹⁴⁵ et ceux qui n'exercent que dans le public doivent respecter l'article 320 CP.

⁹⁴⁴ JEAN-FRANÇOIS DUMOULIN, Le secret professionnel des soignants, *in* RSDS 2/2004, p. 21, p. 23 ; Règlement neuchâtelois concernant l'exercice des professions médicales universitaires et des autres professions de la santé du 2 mars 1998, RSN 801.100 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1972-1974, pp 627-628

⁹⁴⁵ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1973-1974, p. 628

Art. 35 LPD : « ¹ La personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données, est, sur plainte, punie de l'amende.

² Est passible de la même peine la personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans le cadre des activités qu'elle exerce pour le compte de la personne soumise à l'obligation de garder le secret ou lors de sa formation chez elle.

³ La révélation illicite de données personnelles secrètes et sensibles ou de profils de la personnalité demeure punissable alors même que les rapports de travail ou de formation ont pris fin ».

686. — Le législateur a créé l'article 35 LPD car il estimait que l'article 321 CP était insuffisant. En effet, avec des professions de plus en plus spécialisées et des moyens de traitements de données toujours plus sophistiqués, il était nécessaire de créer une nouvelle disposition protégeant pénalement les données personnelles utilisées dans le cadre professionnel. Les professionnels de la santé qui ne sont pas soumis au secret professionnel de l'article 321 CP et qui exercent au niveau fédéral ou dans le privé sont dès lors soumis à l'article 35 LPD⁹⁴⁶.

5.6.2. Eléments constitutifs

5.6.2.1. Données personnelles secrètes et sensibles ou profils de la personnalité

687. — Pour qu'il y ait infraction, la divulgation doit porter sur des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité. Selon la définition figurant dans la LPD, les données portant sur la santé sont des données sensibles (art. 2 lit. c ch. 2 LPD).

688. — Ces données doivent en plus être secrètes, ce qui signifie qu'elles ne doivent pas porter sur des faits connus du public. La définition de « *secrètes* » est la même que pour l'article 321 CP ; il convient donc de se référer au point 5.2.3.3.⁹⁴⁷ Une information qui a été rendue publique le reste et ne peut plus devenir secrète par la suite ; en effet, tant les données notoires que les données accessibles au public ne sont plus des données secrètes et leur révélation ne constitue donc pas une contravention au sens de l'article 35 LPD⁹⁴⁸.

689. — Quant aux profils de la personnalité, ils sont « *un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la*

⁹⁴⁶ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 491

⁹⁴⁷ ATF 127 IV 122, JT 2002 IV 118 ; ATF 114 IV 44, JT 1989 IV 51 ; FRANZ RIKLIN, art. 35 LPD, N 13, p. 463, Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, Basel, 2006 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1987, p. 630

⁹⁴⁸ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1988, p. 630 et N 1974 p. 628

personnalité d'une personne physique » (art. 2 lit. d LPD). Contrairement aux données personnelles, ils ne sont pas secrets⁹⁴⁹.

5.6.2.2. Informations apprises dans le cadre d'une profession requérant la connaissance de telles informations

Les données sensibles ou les profils de la personnalité doivent avoir été appris dans le cadre d'une profession requérant la connaissance de telles informations. Cet élément constitutif est en partie comparable à celui que l'on retrouve dans le secret professionnel, qui demande à ce que le secret ait été appris dans le cadre de la profession. L'article 35 LPD exige en plus que les données soient nécessaires à la pratique de la profession, ce qui n'est pas le cas avec le secret professionnel. En effet, ce dernier protège les données médicales concernant le patient, nécessaires au traitement, mais également les informations apprises lors de l'exercice de la profession, informations qui peuvent n'avoir aucun rapport avec les problèmes de santé du patient. Il peut ainsi s'agir d'informations obtenues lorsque le médecin se rend au domicile d'un patient, comme par exemple la possession de tableaux de maîtres ou la présence d'ouvriers qui effectuent des rénovations, ou de confidences que le patient fait au médecin sans rapport avec l'état de santé. Cet article va probablement prendre de l'importance, car actuellement des sociétés commencent à vendre les données personnelles de leurs clients dans un but lucratif⁹⁵⁰.

5.6.2.3. Révélation illicite de ces informations

690. — Le devoir de discrétion est violé si la révélation est effectuée de manière illicite, c'est-à-dire sans que l'un des motifs justificatifs prévus par la LPD ne puisse être invoqué⁹⁵¹. Ces motifs justificatifs ont été abordés au point 3.5.3.2 du chapitre 3, raison pour laquelle nous n'y reviendrons pas en détail.

691. — Il convient toutefois de rappeler que lorsque le maître du fichier est une personne privée, les motifs justificatifs sont le consentement de la

⁹⁴⁹ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1990, p. 631

⁹⁵⁰ HANSPETER KUHN & JUDITH WAGNER, Lorsque le diagnostic devient un bien commun, in BMS 2010 (91) 38, p. 1453, p. 1453

⁹⁵¹ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 2006, p. 634

victime ou un intérêt prépondérant privé ou public ou encore une disposition légale autorisant ou obligeant la divulgation de données personnelles (art. 13 al. 1 LPD). Quant au traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité effectué par des organes fédéraux, il n'est licite que si une base légale formelle le prévoit expressément (art. 17 al. 2 LPD), si « *l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel l'exige absolument* » (art. 17 al. 2 lit. a LPD), si « *le Conseil fédéral l'a autorisé en l'espèce, considérant que les droits des personnes concernées ne sont pas menacés* » (art. 17 al. 2 lit. b LPD) ou si la personne concernée a donné son consentement à un tel traitement ou si elle a rendu publiques ses données personnelles et qu'elle « *ne s'est pas opposée formellement au traitement* » (art. 17 al. 2 lit. c LPD).

5.6.2.4. Intention

692. — La transmission des données secrètes doit avoir été faite de manière intentionnelle ou par dol éventuel, comme pour le secret professionnel ; il convient donc de se référer au point 5.2.3.6. du présent chapitre⁹⁵².

5.6.3. Procédure et sanctions

693. — Il s'agit d'un « *délit propre* » (art. 26 CP)⁹⁵³, poursuivable sur plainte, comme le secret professionnel. La sanction en sera l'amende (art. 35 LPD) et elle ne pourra pas être supérieure à CHF 10'000.- ; la peine est en effet moins élevée que pour la violation du secret professionnel⁹⁵⁴. Quant à la prescription, elle est de trois ans (art. 109 CP)⁹⁵⁵.

⁹⁵² PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1978, p. 629

⁹⁵³ Art. 26 CP : « *Si la punissabilité est fondée ou aggravée en raison d'un devoir particulier de l'auteur, la peine est atténuée à l'égard du participant qui n'était pas tenu à ce devoir* »

⁹⁵⁴ PRÉPOSÉ FÉDÉRAL À LA PROTECTION DES DONNÉES ET À LA TRANSPARENCE, Guide relatif au traitement de données personnelles dans le domaine médical: traitement de données personnelles par des personnes privées et des organes fédéraux: le Préposé fédéral à la protection des données informe, Berne, 1997, p. 9 ; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1977 p. 629 et N 1951 p. 624

⁹⁵⁵ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1977 p. 629 et N 1981 p. 629

5.7. Dispositions cantonales de lois sur la protection des données

5.7.1. Généralités

694. — Lorsque le professionnel de la santé est employé par un canton, une commune ou un établissement de droit public, il n'est pas soumis à la LPD, mais aux dispositions cantonales des lois sur la protection des données, qui prévoient des sanctions en cas de violation du devoir de discrétion ; il s'agit de droit pénal administratif applicable aux institutions de droit public cantonales, et par conséquent aux professionnels de la santé exerçant dans des établissements publics cantonaux. Nous allons nous pencher sur les situations des cantons de Neuchâtel, Vaud, Zurich et Berne.

695. — La loi neuchâteloise sur la protection des données⁹⁵⁶ précise à l'article 51 que « *sous réserve de dispositions spéciales du droit fédéral ou cantonal [par exemple, les dispositions de la LAMal ou de la loi sur les épidémies permettant de communiquer licitement des données], celui qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles sensibles et secrètes ou des profils de la personnalité, dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction au sein d'une autorité, lors de sa formation ou dans le cadre d'activités qu'il exerce pour le compte d'une autorité sera puni de l'amende* ». Les dispositions spéciales de droit fédéral ou cantonal dont parle la loi neuchâteloise sont des normes qui permettent la transmission de données. Cette révélation demeure illicite et punissable après la fin des rapports de service ou de la formation. La loi vaudoise sur la protection des données personnelles⁹⁵⁷ précise quant à elle que « *toute personne ayant révélé intentionnellement, d'une manière illicite, des données personnelles ou sensibles qui ont été portées à sa connaissance dans l'exercice de sa fonction, sera punie d'une amende* ». Il en sera de même pour les personnes exerçant « *pour le compte de personnes soumises à l'obligation de garder le secret* », obligation qui subsiste après la fin des rapports de service (art. 41 Loi vaudoise sur la protection des données personnelles).

⁹⁵⁶ Loi neuchâteloise sur la protection des données du 30 septembre 2008 (LCPD), RSN 150.30

⁹⁵⁷ Loi vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (LPRd), RSV 172.65

696. — Ces dispositions de droit public cantonal et l'article 320 CP constituent à mon sens un concours parfait d'infractions. Par exemple, si une personne travaillant pour une institution cantonale de droit public révèle des données personnelles sensibles, elle pourra être poursuivie sur la base des articles de lois cantonales sur la protection des données et sur la base de l'article 320 CP.

5.7.2. Eléments constitutifs de l'infraction

697. — Les éléments constitutifs de l'infraction sont en grande partie les mêmes que ceux qui s'appliquent à la violation du devoir de discrétion par des organes fédéraux. Il doit notamment s'agir de données personnelles sensibles et secrètes connues dans le cadre de la profession, qui ont été traitées de manière illicite. Il convient donc de se référer au point 5.6.2. du présent chapitre.

5.7.3. Exceptions

698. — Les motifs justificatifs rendant le traitement de données licite sont d'une manière générale les mêmes que ceux qui s'appliquent aux traitements de données effectués par des organes fédéraux. On retrouve donc le consentement de la personne concernée, les dispositions légales autorisant le traitement de données et l'intérêt prépondérant (art. 15 loi vaudoise sur la protection des données personnelles, art. 14 loi neuchâteloise sur la protection des données, art. 10 et 11 loi bernoise sur la protection des données, art. 8 Zürcherisches Gesetz über die Information und den Datenschutz).

5.7.4. Procédure et sanctions

699. — La poursuite se fait sur plainte et la sanction prévue par les législations cantonales citées est l'amende (art. 41 loi vaudoise sur la protection des données personnelles, art. 51 loi neuchâteloise sur la protection des données, art. 40 Zürcherisches Gesetz über die Information und den Datenschutz).

5.8. Conclusion

5.8.1. Problématiques

700. — Selon l'Office fédéral de la statistique, seules 67 sanctions pénales ont été prononcées entre 1984 et 2010 pour violation du secret professionnel et l'article 35 LPD est rarement cité dans la jurisprudence fédérale⁹⁵⁸. Les tribunaux ne rendent ainsi pratiquement pas de décisions sur de telles infractions.

701. — Le peu de plaintes pénales fondées sur les articles 321 CP et 35 LPD laisserait supposer qu'il n'y a pratiquement jamais de traitement illicite de données personnelles médicales, ce qui n'est évidemment pas le cas. Dans les faits, la violation du secret médical est une chose relativement courante, mais les dommages consécutifs à une telle infraction étant souvent inexistant, les victimes ne portent pas plainte contre le professionnel de la santé, auteur de l'infraction. En effet, un médecin qui affirme qu'untel était l'un de ses patients, le dentiste qui affiche au mur aux yeux de tous son « *planning* » de la journée avec le nom du patient et sa pathologie, les salles d'attente bondées de patients, la communication quasi systématique de l'état de santé d'une personne âgée et saine d'esprit résidant dans un EMS aux enfants de celle-ci sont des exemples fréquents de violation du devoir de confidentialité et du secret professionnel. Dans de telles situations, les patients ne portent pas plainte parce qu'ils n'ont pas connaissance de l'infraction ou parce qu'ils estiment qu'une plainte pénale et toute la procédure qui en découle sont des mesures disproportionnées pour ce type d'infraction, commise par une personne en qui elles ont confiance et qui s'est toujours préoccupée de leur santé et de leur bien-être. Les patients accordent peut-être plus d'importance à l'obligation principale du médecin qui est de s'occuper au mieux de leur santé qu'à l'obligation secondaire qui est de préserver leur intimité.

702. — Les violations du secret médical citées ci-dessus sont certes maladroites et peu respectueuses de la confidentialité dont devrait faire preuve le professionnel de la santé, mais vu la gravité de l'atteinte qui résulte d'une telle infraction, il peut en effet sembler disproportionné de porter plainte. Il en va par contre différemment si le professionnel de la santé traite des données particulièrement sensibles, telles que les données utilisées en psychiatrie ; le patient pourrait se trouver dans une situation par-

⁹⁵⁸ 8G.75/2003 ; 1B_157/2011

ticulièrement délicate si le professionnel de la santé venait à divulguer des informations à son sujet. Les professionnels de la santé exerçant de telles spécialités sont d'ailleurs souvent plus sensibles au devoir de confidentialité que ceux qui utilisent des données que l'on pourrait qualifier de moins sensibles.

703. — Les données personnelles médicales doivent toutefois bénéficier de la même protection, qu'il s'agisse de données « *hautement sensibles* » telles que celles que possède un psychiatre ou de données « *moins sensibles* » comme celles qu'on peut retrouver en médecine dentaire. Les médecins devraient tous respecter le secret professionnel de la même manière, quelle que soit la sensibilité des données.

704. — Il est important de trouver des solutions pour que le secret professionnel soit respecté comme il se doit, pour renforcer le sentiment de sécurité et de confiance du patient à l'égard de son médecin.

5.8.2. Quelles solutions envisager ?

705. — Est-ce que la poursuite d'office en cas de violation du secret professionnel ou du devoir de discrétion pourrait améliorer la situation ? Elle permettrait de donner plus de poids à ces dispositions pénales et les professionnels de la santé y seraient peut-être plus sensibles, mais je ne pense pas que cela soit une bonne solution, car il ne s'agit pas d'une infraction suffisamment grave au point de prévoir une poursuite d'office. Il est préférable de réserver cette solution aux infractions dont la gravité justifie la poursuite d'office. D'ailleurs, le fait qu'elle ne soit poursuivable que sur plainte permet aux protagonistes de régler leur conflit à l'amiable s'ils le souhaitent et ne pas détruire le rapport de confiance entre le patient et le médecin. Une poursuite d'office ferait que les médecins se sentiraient surveillés et menacés à tout moment, raison pour laquelle cette solution ne devrait pas être retenue.

706. — Une amélioration de l'information aux professionnels de la santé et une sensibilisation sur le devoir de garder confidentielles les données personnelles de leurs patients semble préférable et améliorerait certainement la situation actuelle ; il conviendrait d'expliquer en quoi consiste exactement le secret professionnel, quel est le contenu du devoir, quels sont les enjeux d'une telle protection et quelles peuvent être les conséquences d'une violation du secret professionnel pour les patients. Cette information pourrait être améliorée par les facultés de médecine et par les organisations professionnelles telles que la FMH, et pourrait ensuite être rappelée au patient et à ses proches, proches qui oublient parfois qu'ils

n'ont pas un droit de regard systématique sur le dossier du patient. En effet, lorsque des patients très âgés résident dans des établissements médico-sociaux, la famille souhaite fréquemment connaître le dossier médical du patient alors que celui-ci a sa capacité de discernement. Les médecins de ces établissements ainsi que les auxiliaires devraient ainsi être mieux informés de leur devoir de confidentialité et ne pas systématiquement transmettre des informations aux proches, sans avoir le consentement du résident. Il en va de même pour tous les patients qui ont la capacité de discernement, mais qui, parce qu'ils sont jeunes, âgés ou malades psychiquement, voient leurs données personnelles médicales transmises sans que leur consentement ne soit forcément requis.

707. — Mieux informer le professionnel de la santé fera également prendre conscience à celui-ci que même s'il ne peut pas toujours préserver les données de ses patients, il peut tout de même prendre des mesures peu contraignantes pour éviter certaines violations. Il n'est en effet pas compliqué d'afficher son « *planning* » de la journée ailleurs que dans la salle de consultation ou de ne pas révéler l'identité de ses patients. Je pense donc qu'une bonne information et une sensibilisation auprès des professionnels de la santé est la meilleure solution pour la préservation du secret médical.

708. — Il faut également relever que la protection des données personnelles médicales est parfois problématique car les professionnels de la santé ne sont pas tous soumis aux mêmes dispositions pénales et ne sont donc pas sanctionnés de la même manière, alors qu'ils traitent le même type de données. Comme le but des dispositions pénales concernant la confidentialité des données des patients est de préserver le lien de confiance entre patient et médecin, mais surtout de protéger la vie privée du patient, je ne vois pas quelles sont les raisons qui justifient de traiter différemment un médecin et un ostéopathe. Il est encore plus absurde de faire une distinction entre un infirmier auxiliaire d'un médecin et un infirmier indépendant.

709. — La solution serait de soumettre tous les professionnels de la santé à l'article 321 CP et comme il n'existe pas d'autorité de surveillance ou d'autorité supérieure pour toutes les professions, permettant de lever le secret, il pourrait revenir au médecin cantonal de se charger de lever le secret professionnel. Cependant, comme les professionnels de la santé, définis dans les lois de santé cantonales, ne sont pas les mêmes dans tous les cantons, il serait préférable de prévoir une disposition soumettant non pas tous les professionnels de la santé au secret professionnel mais toutes

les personnes utilisant des données personnelles médicales dans le cadre de leur travail, comme le fait l'article 35 LPD.

710. — La problématique du champ d'application des personnes soumises à l'article 321 CP soulève également la question du droit de refuser de témoigner. A mon sens, ils doivent également tous avoir le droit de refuser de témoigner, car le témoignage de professionnels de la santé porte à chaque fois sur des données sensibles et une inégalité de traitement entre professionnels de la santé n'est pas justifiée ; ce droit ne devrait pas être le privilège de certaines professions.

711. — Une autre problématique en matière de secret médical est le fait que seule la victime puisse porter plainte. Cette situation pose problème en cas de décès de la personne lésée : si l'infraction a été commise de son vivant, les proches peuvent porter plainte si la victime ne l'avait pas fait et si elle n'avait pas expressément renoncé à le faire (art. 30 al. 4 CP), mais si l'infraction est survenue après le décès, il n'est en général plus possible de porter plainte pour violation du secret médical. Comme nous l'avons vu au point 5.2.5 du présent chapitre, les proches peuvent porter plainte pour violation du secret professionnel lorsque l'infraction a eu lieu juste après le décès du lésé, mais cette règle n'est possible que dans des situations bien précises et ne peut être généralisée. Par conséquent, les professionnels de la santé violant le secret professionnel après le décès du patient ne risquent que rarement d'être poursuivis ; cette situation affaiblit le secret professionnel et pourrait même laisser croire que celui-ci tombe après le décès du patient. Je pense donc qu'il faudrait octroyer aux proches la possibilité de porter plainte après le décès de la victime, afin de garantir le secret médical au-delà de la mort du patient. Il faudrait ensuite tenir compte du fait que la victime est décédée et du temps qui s'est écoulé entre le décès et la violation du secret professionnel, afin de fixer une sanction adéquate.

712. — Concernant le droit de porter plainte pour les proches en cas de violation du secret professionnel, il convient de se pencher sur la question de la calomnie (art. 174 CP). L'un des éléments constitutifs de l'infraction est l'atteinte à l'honneur, l'honneur qui est le « *droit de ne pas être méprisé en tant qu'être humain ou entité juridique* »⁹⁵⁹ ; ainsi, tant l'article 174 CP (atteinte à l'honneur) que l'article 321 CP (atteinte à la vie privée) protègent des biens de la personnalité. En cas de calomnie visant une personne décédée ou déclarée absente, les proches ont le droit

⁹⁵⁹ ATF 132 IV 112 ; ATF 128 IV 53 ; ATF 119 IV 44 ; ATF 117 IV 27 ; BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 4, p. 611

de porter plainte (art. 175 al. 1 CP)⁹⁶⁰ ; étant donné que l'article 321 CP est une disposition légale protégeant le même type de bien, il devrait également être possible pour les proches de personnes décédées de porter plainte pour violation du secret professionnel.

⁹⁶⁰ BERNARD CORBOZ, Les infractions en droit suisse, volume II, 3e édition, Berne, 2010, N 16, p. 614

Moyens de droit auprès des préposés fédéral et cantonaux à la protection des données

6.1. Généralités

713. — Nous allons aborder la question des moyens que les préposés fédéral et cantonaux à la protection des données mettent à disposition en cas de traitement illicite de données personnelles, développer les problématiques que ces autorités rencontrent face aux nouvelles technologies, notamment avec Internet et les sites de réseaux sociaux, et exposer les solutions qui peuvent être apportées. Nous évoquerons également le rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données⁹⁶¹ qui examine l'efficacité de la LPD en proposant diverses modifications, ainsi que les propositions de l'UE et du Conseil de l'Europe pour modifier les dispositions légales en matière de protection des données afin de mieux protéger les personnes concernées des risques liés aux avancées technologiques.

6.2. Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT)

6.2.1. Généralités

714. — Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) est nommé par le Conseil fédéral pour quatre ans (art. 26 al. 1 LPD) et ses rapports de fonction sont renouvelés tacitement à la fin de chaque période, à moins que le PFPDT ou le Conseil fédéral, mais uni-

⁹⁶¹ CONSEIL FEDERAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, www.admin.ch

quement pour des « *motifs objectifs suffisants* »⁹⁶², n'en décident autrement (art. 26a al. 1 et 2 LPD). Ce dernier peut également révoquer le PFPDT avant la fin de sa période de fonction, lorsqu'il « *a violé gravement ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave* » ou lorsqu'il « *a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction* » (art. 26a al. 3 LPD). Le siège du PFPDT se trouve à Berne (art. 30 al. 1 OLPD).

715. — Afin de pouvoir garantir au mieux la protection des données personnelles et avoir ainsi une protection efficace tant au niveau national qu'au niveau international, le PFPDT « *participe aux travaux du Conseil de l'Europe, de la Conférence européenne et de la Conférence internationale des commissaires à la protection des données, des instances de contrôle communes Schengen et Eurodac et de l'Association francophone des autorités de protection des données* ». Le Conseil de l'Europe est une institution regroupant 47 pays européens dont le but est d'encourager la démocratie et d'avoir un espace juridique commun articulé autour de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres textes protégeant l'individu⁹⁶³. Les Conférences européennes des commissaires à la protection des données sont organisées chaque année, notamment par le Contrôleur européen de la protection des données (CEPD) et le Groupe de travail de l'article 29 (de la Directive 95/46) et réunissent les autorités de protection des données des pays de l'UE et des pays du Conseil de l'Europe ainsi que différentes autorités étatiques et de l'UE, avec chaque année un thème différent. Ces conférences donnent lieu à des résolutions⁹⁶⁴. Les Conférences internationales des commissaires à la protection des données réunissent également chaque année des autorités de protection des données régionales et nationales, mais également des personnes intéressées par la protection des données, telles que peuvent l'être des avocats, des chercheurs, des professeurs ou encore des personnes venant du monde économique. Des sessions, avec uniquement les autorités de

⁹⁶² Les « *motifs justificatifs suffisants* » sont ceux que l'on peut invoquer lors d'une résiliation ordinaire d'un contrat de travail entre la Confédération et l'un de ses employés ; voir aussi : Message relatif à l'arrêté fédéral portant approbation et mise en oeuvre de l'échange de notes entre la Suisse et l'Union européenne sur la reprise de la décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale du 11 septembre 2009, FF 2009 6091, p. 6118 ; DÉPARTEMENT FÉDÉRAL DES FINANCES, Projet de révision de la loi sur le personnel de la Confédération, rapport explicatif au projet soumis à consultation du 19 septembre 2008, www.efd.admin.ch, art. 10, p. 9

⁹⁶³ www.coe.int

⁹⁶⁴ www.privacycommission.be

protection des données, débâtent sur les thèmes actuels et rendent des résolutions portant sur le point de vue de ces autorités et qui sont ensuite rendues publiques⁹⁶⁵. Les instances de contrôle communes de Schengen et Eurodac sont l’Autorité commune de contrôle Schengen qui compte les représentants des autorités nationales de protection des données des pays membres de Schengen et dont le but est notamment de régler et de se prononcer sur les problèmes en matière de protection des données découlant de l’utilisation du SIS (Schengen Information System)⁹⁶⁶ et l’Autorité de contrôle commune Eurodac, composée au maximum de deux représentants des autorités de contrôle en matière de protection des données de chaque Etat membre et dont l’un des buts principaux est de contrôler l’activité de l’unité centrale en charge de gérer la base de données centrale d’Eurodac. (Règlement (CE) n°2725/2000 du Conseil du 11 décembre 2000 concernant la création du système « Eurodac » pour la comparaison des empreintes digitales aux fins de l’application efficace de la convention de Dublin)⁹⁶⁷. L’Association francophone des autorités de protection des données regroupe 27 autorités de protection des données provenant des 24 pays membres de l’Organisation internationale de la Francophonie et a notamment comme but « *de favoriser la coopération et les actions de formation entre les pays de la francophonie dans le domaine de la protection des données* ». Une assemblée est tenue chaque année pour fixer les buts pour l’année à venir et un séminaire est également organisé chaque année avec des thèmes différents⁹⁶⁸. Le Conseil de l’Europe participe ainsi aux discussions internationales ayant pour but de mieux protéger les données personnelles des administrés.

6.2.2. Tâches

6.2.2.1. Généralités

716. — L’une des principales tâches du PFPDT est la surveillance de la bonne application de la LPD et des autres lois relatives à la protection des données par les organes fédéraux (art. 27 LPD) ; il ne surveille par contre pas les activités du Conseil fédéral (art. 27 al. 1 LDP). Il jouit ainsi de par la loi d’une indépendance essentielle pour l’accomplissement de sa tâche,

⁹⁶⁵ www.privacycommission.be

⁹⁶⁶ www.cnpd.public.lu

⁹⁶⁷ <http://eur-lex.europa.eu>

⁹⁶⁸ www.privacycommission.be

indépendance concrétisée par le fait qu'il ne dépend pas d'un département fédéral et qu'il est rattaché à la Chancellerie fédérale uniquement pour les questions administratives (art. 26 al. 3 LPD). En 2010, cette indépendance a été renforcée avec une modification législative prévoyant l'approbation du Parlement lors de son élection par le Conseil fédéral (art. 26 al. 1 LPD). Cottier avait relevé ce problème d'indépendance en indiquant que même si le PFPDT était une autorité administrative indépendante, il pourrait toutefois être plus autonome, par exemple en ne dépendant plus administrativement de la Chancellerie fédérale, « *en lui imposant d'exercer ses fonctions à plein temps et en donnant à l'Assemblée fédérale le droit de se prononcer et sur le renouvellement de son mandat et sur sa révocation* ». Il souligne encore que le PFPDT devrait être complètement autonome quant à son budget et avoir un régime collégial plutôt qu'un régime directorial⁹⁶⁹.

717. — Le préposé donne aussi des conseils aux personnes privées (art. 28 LPD) et étudie, d'office ou sur demande, des situations où il pourrait y avoir un traitement illicite de données personnelles (art. 27 al. 2 et 29 al. 1 LPD). Lors de l'enquête qu'il mène en application des articles 27 al. 2 et 29 al. 1, le PFPDT peut demander au Tribunal administratif des mesures provisionnelles si la personne concernée risque de subir un préjudice difficilement réparable (art. 33 al. 2 LPD). Chaque année, le PFPDT doit également rendre à l'Assemblée fédérale un rapport public comportant ses constatations et recommandations en matière de protection des données (art. 30 LPD)⁹⁷⁰.

718. — Le législateur a également attribué au PFPDT d'autres tâches (art. 31 et 32 LPD), dont notamment celle d'« *assister les organes fédéraux et cantonaux dans le domaine de la protection des données ; se prononcer sur les projets d'actes législatifs fédéraux et de mesures fédérales qui touchent de manière importante à la protection des données ; collaborer avec les autorités chargées de la protection des données en Suisse et à l'étranger* » ou encore celle de conseiller la Commission d'experts du secret professionnel en matière de recherche médicale et de surveiller « *le respect des charges qui grèvent l'autorisation* » de levée du secret professionnel octroyée par la Commission.

⁹⁶⁹ BERTIL COTTIER, L'indépendance du Préposé fédéral à la protection des données à l'aune des modèles étrangers, in *Plaidoyer* 4/11, p. 34, pp 34ss

⁹⁷⁰ www.edoeb.admin.ch

6.2.2.2. Recommandations aux organes fédéraux et aux privés

719. — Dans le cas de la surveillance des organes fédéraux, le PFPDT établit les faits d'office ou sur requête et mène une enquête pour savoir s'il y a eu violation de la LPD (art. 27 LPD). Le cas échéant, il émet des recommandations à l'organe fédéral concerné en lui demandant de modifier ou de cesser le traitement illicite. La Chancellerie et le département compétent sont informés de cette recommandation. Si l'organe concerné refuse de suivre la recommandation, le PFPDT peut alors porter l'affaire devant le département compétent ou la Chancellerie qui rendra une décision contre laquelle le PFPDT aura la compétence pour recourir (art. 27 LPD)⁹⁷¹.

720. — En ce qui concerne les personnes privées, le PFPDT intervient lorsque les conditions de l'article 29 al. 1 LPD sont remplies, à savoir lorsqu'« *une méthode de traitement est susceptible de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes (erreur de système) ; des fichiers doivent être enregistrés (art. 11 a) ; il existe un devoir d'information au sens de l'art. 6, al. 3* ». Il peut également requérir « *la production de pièces, demander des renseignements et se faire présenter des traitements* » pour pouvoir établir les faits (art. 29 al. 2 LPD). Suite à cet examen, le PFPDT peut, comme pour les organes fédéraux, établir une recommandation visant à modifier ou faire cesser le traitement de données personnelles (art. 29 al. 3 LPD). La procédure envers les privés est sensiblement la même qu'envers les organes fédéraux. Si le PFPDT constate qu'il y a eu des irrégularités dans les traitements de données pour lesquels il peut établir d'office ou sur demande des faits (art. 29 al. 1 LPD), il peut recommander au maître du fichier de modifier ou de faire cesser le traitement (art. 29 a. 3 LPD). Comme pour l'organe fédéral, le privé peut rejeter ou ne pas suivre la recommandation du PFPDT (art. 29 al. 4 LPD). Dans un tel cas, il revient à ce dernier de « *porter l'affaire devant le Tribunal fédéral administratif pour décision* » (art. 29 al. 4 LPD). Le Parlement avait choisi d'octroyer au PFPDT la possibilité de formuler des recommandations et non de rendre des décisions, car il estimait que les premières étaient suffisantes et qu'elles seraient suivies⁹⁷².

⁹⁷¹ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1917ss, pp 616ss

⁹⁷² PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne, 2011, N 1919, p. 617 ; BO CE 1990 159

6.3. Efficacité des moyens d'action de la LPD face aux nouvelles technologies

721. — Nous venons de voir quels étaient les moyens mis à disposition du PFPDT pour agir en cas de traitement illicite de données personnelles médicales. La question qui se pose est dès lors de savoir si ce recours auprès du PFPDT est efficace, en d'autres termes, si les recommandations et les procédures s'y rapportant garantissent la protection des données personnelles. Le Conseil fédéral s'est également posé la question de l'efficacité de la LPD en sortant en décembre 2011 un rapport⁹⁷³ étudiant la « notoriété de la loi », les « mécanismes de mise en œuvre » ainsi que le rôle du PFPDT.

722. — Comme le relève le rapport du Conseil fédéral⁹⁷⁴, la LPD est efficace face aux traitements de données effectués dans des domaines qui existaient déjà au moment de son entrée en vigueur ; en effet, tant les organes fédéraux que les privés qui effectuent de tels traitements se sont soumis à la loi et se sont conformés aux recommandations émises par le PFPDT. Il est certes difficile d'imaginer un organe fédéral violer de manière manifeste les principes de bases de protection des données alors que le PFPDT dénonce l'acte incriminé. Les autorités fédérales sont en effet soucieuses de la protection de la vie privée des administrés surtout depuis l'affaire des fiches, où la Confédération s'était illustrée en récoltant les données personnelles de quelques 900'000 personnes à leur insu, sous prétexte de se protéger de la menace communiste⁹⁷⁵. De même, on imagine mal une entreprise privée d'envergure nationale ne pas se soumettre à la LPD ; s'il s'agit d'une petite entreprise, elle risque de ne pas faire le poids face au PFPDT dans le cadre d'une procédure et s'il s'agit d'une entreprise qui a une position forte dans l'économie du pays, elle risque de voir son image de marque se détériorer si elle ne se plie pas aux recommandations du PFPDT.

723. — En revanche, en ce qui concerne les récentes activités touchant à la protection des données et ayant trait aux nouvelles technologies, comme par exemple les réseaux sociaux, de plus en plus nombreux et de plus en

⁹⁷³ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011

⁹⁷⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, p. 2

⁹⁷⁵ Dictionnaire historique de la Suisse, www.hls-dhs-dss.ch; EVA MARIA BELSER, ASTRID EPINEY & BERNHARD WALDMANN, Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht, Bern, 2011, N 12ss, pp 6ss

plus utilisés, la LPD peut s'avérer moins efficace pour protéger les personnes concernées. En effet, ces sites proposant des services tels que retrouver des amis d'enfance⁹⁷⁶, publier son profil professionnel⁹⁷⁷ ou encore réunir en un seul endroit l'entier de son dossier médical⁹⁷⁸ sont de plus en plus nombreux et font apparaître des problèmes tels que l'accroissement des données personnelles qui laissent des traces sur Internet, l'hébergement dans des pays où la protection des données n'est pas une priorité, la gestion des sites par des personnes dont le but principal est économique et non de garantir la protection des données ou encore le manque de mesures de sécurité pour protéger les données personnelles. En effet, les données personnelles sont toujours plus nombreuses à figurer sur Internet puisque dès qu'un utilisateur fait un achat en ligne, s'inscrit sur un réseau social, fait un commentaire sur un forum ou tout simplement va consulter une page web, ses données sont enregistrées qu'il en soit conscient ou non. En collectant toutes les données personnelles d'un utilisateur, il est ainsi aisé de connaître son identité personnelle, ses habitudes d'achats, son adresse URL, ses avis politiques, religieux ou encore son carnet d'adresses et d'obtenir un profil très précis de sa personnalité ; le dirigeant de l'un des plus gros réseaux sociaux professionnels sur Internet a d'ailleurs dit que « *les données personnelles sont le pé-trole du XXIème siècle* »⁹⁷⁹ démontrant ainsi la sensibilité et la valeur de telles données.

724. — Les Commissaires à la protection des données et de la vie privée ont également fait part de leurs inquiétudes concernant les réseaux sociaux et l'augmentation des données personnelles sur Internet lors de la 30^e conférence mondiale des Commissaires à la protection des données et de la vie privée qui s'est tenue à Strasbourg du 15 au 17 octobre 2008⁹⁸⁰. L'utilisateur doit certes être responsable et ne pas mettre n'importe quoi n'importe où sur Internet, mais le problème réside également dans le fait

⁹⁷⁶ www.facebook.com

⁹⁷⁷ www.linkedin.com

⁹⁷⁸ www.google.ch/health, toutefois fermé en raison du peu de succès (!) :

<http://googleblog.blogspot.com>;

www.dmp.gou.fr, le dossier médical personnel, outil créé par l'administration française ;

www.iMedix.com, une sorte de réseau social de la santé où les membres peuvent former des groupes selon leur état de santé et partager leur avis quant à celui-ci, etc.

⁹⁷⁹ FRANÇOIS BECKER, Nos données personnelles, de l'or pour les géants du net, AFP 24 janvier 2012

⁹⁸⁰ 30^e Conférence mondiale des Commissaires à la protection des données et de la vie privée, Strasbourg, 15-17 octobre 2008, Résolution sur la protection de la vie privée dans les services de réseaux sociaux

que les données ne disparaissent jamais complètement, même si l'utilisateur le souhaite. Avec la multitude de données personnelles se trouvant sur Internet, il est impossible de contrôler qu'elles ont bien été effacées et qu'elles ont bien disparu. Les données personnelles subsistent alors, oubliées du maître du fichier, transférées sur d'autres sites ou encore enregistrées sur des serveurs ; il y a traitement illicite de données personnelles dès lors qu'elles sont conservées alors qu'elles sont devenues inutiles pour le maître du fichier ou que la personne concernée a souhaité leur effacement. Leur conservation peut ensuite entraîner d'autres traitements illicites si par exemple elles sont rendues publiques, utilisées par des tiers ou vendues. La destruction définitive des données figurant sur Internet devrait pouvoir être garantie aux personnes concernées.

725. — L'autre problème concernant l'émergence des nouvelles technologies est le fait que les sites de réseaux sociaux recueillant un grand nombre de données personnelles se trouvent souvent dans des pays peu scrupuleux en matière de protection des données, comme c'est par exemple le cas pour les Etats-Unis⁹⁸¹. Le but des sociétés détenant ces sites est principalement économique et non altruiste, raison pour laquelle les données personnelles que les utilisateurs leur fournissent ou qu'ils s'attribuent sans autorisation risquent d'être utilisées à des fins peu scrupuleuses et illégales, comme l'ont fait à de nombreuses reprises les deux sites Internet les plus consultés, *Facebook* et *Google*⁹⁸².

726. — En conclusion, les données personnelles sur Internet tendent à être de moins en moins protégées et la tentation de la part des gestionnaires de sites Internet de vendre de telles données est grande. L'appât du gain et le peu de considérations pour la protection de la vie privée qu'ont certains propriétaires et gestionnaires de certains sites font que la LPD n'est à mon sens plus assez efficace ; elle ne propose pas assez de moyens d'action efficaces face aux problèmes émanant de ces nouvelles technologies, raison pour laquelle il convient de trouver de nouvelles solutions pour anticiper une situation où la protection des données risque grandement d'être malmenée à court terme.

⁹⁸¹ www.edoeb.admin.ch

⁹⁸² FRÉDÉRIC LEMAÎTRE, L'Allemagne s'attaque aux excès de Facebook, *Cahiers Géo & Politique*, Le Monde du 4 novembre 2011, www.lemonde.fr ; DANIEL LELOUP, Google est à nouveau accusé d'espionnage, *Le Monde* du 19 février 2012, www.lemonde.fr

6.4. Propositions de solutions

6.4.1. Modification de la procédure auprès du PFPDT

727. — Le fait que le PFPDT puisse établir d’office les faits, tant en ce qui concerne la surveillance des organes fédéraux que celle du domaine privé, est important puisqu’il lui suffit de constater qu’il peut y avoir violation d’un traitement de données personnelles pour qu’il examine la situation et fasse des recommandations. Cette solution semble avoir été satisfaisante jusqu’à aujourd’hui mais suite à l’affaire *Google Street View*⁹⁸³, face à l’émergence des réseaux sociaux et la multiplication des données personnelles sur Internet, la LPD doit maintenant être modifiée pour donner plus de pouvoir au PFPDT, en lui octroyant par exemple la possibilité de rendre des décisions qui ont force exécutoire plutôt que des recommandations.

728. — La procédure concernant les recommandations n’est à mon sens pas satisfaisante, que cela soit face aux organes fédéraux ou face aux privés. Le PFPDT est le spécialiste en matière de protection des données et c’est lui qui est chargé de la surveillance de la bonne application de la LPD. Ainsi, dans le cas d’une recommandation à un organe fédéral qui a violé les dispositions de la loi, celui-ci devrait se soumettre à la recommandation du PFPDT et s’il veut manifester son désaccord, c’est lui qui devrait porter l’affaire devant le Département compétent ou la Chancellerie fédérale et non le PFPDT ; cette procédure renforcerait la position de ce dernier. La question de l’indépendance du département fédéral compétent peut d’ailleurs se poser dans le cas d’un litige opposant l’un de ses organes au PFPDT ; le département concerné ne serait à mon sens pas assez neutre et indépendant et le litige devrait être tranché par un organe présentant un caractère plus impartial.

729. — Dans le cas d’une recommandation faite à un privé, la procédure devrait également être modifiée car le fait que cela soit le PFPDT qui doive ouvrir action lorsque la recommandation n’est pas suivie affaiblit

⁹⁸³ Le PFPDT a fait savoir à *Google* que les prises de vue effectuées pour le service *Google Street View* étaient légales si les personnes qui figuraient dessus étaient anonymisées avant la mise en ligne de ces images. Suite à la mise en ligne des images, le PFPDT a pu constater que *Google* n’avait pas respecté ses recommandations. Après de nouvelles recommandations qui n’ont pas été suivies, le PFPDT a porté l’affaire devant le Tribunal administratif fédéral (A-7040/2009) puis devant le Tribunal fédéral (1C_230/2011) ; les deux instances judiciaires lui ont donné raison pour la grande majorité de ses recommandations.

également sa position ; en effet, je trouve que cette situation ne donne pas beaucoup d'importance à la recommandation du PFPDT, car si le maître du fichier n'est pas d'accord avec elle, la seule chose qu'il a à faire est de l'ignorer. Cette procédure donne aux maîtres du fichier un message négatif, laissant supposer que les recommandations du PFPDT n'ont pas à être suivies, puisque si elles ne le sont pas, ils ne souffriront d'aucune conséquences. Comme pour les organes fédéraux, la recommandation devrait être contraignante pour son destinataire, elle devrait donc être une décision, et en cas de contestation, c'est ce dernier qui devrait porter l'affaire devant le Tribunal administratif fédéral.

730. — En conclusion, les recommandations du PFPDT devraient être modifiées pour devenir des décisions, ce qui donnerait plus de poids au PFPDT puisqu'en cas de non-respect de la décision, c'est le maître du fichier qui devrait recourir et non le contraire.

6.4.2. Possibilité de sanctionner

731. — Le PFPDT peut porter plainte pénale contre toute « *personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données* » (art. 35 al. 1 LPD) ou contre toute « *personne qui, intentionnellement, aura révélé d'une manière illicite des données personnelles secrètes et sensibles ou des profils de la personnalité portés à sa connaissance dans le cadre des activités qu'elle exerce pour le compte de la personne soumise à l'obligation de garder le secret ou lors de sa formation chez elle* ». Le PFPDT peut donc se tourner vers les autorités judiciaires afin de demander des sanctions pénales, à savoir une amende, mais il ne peut lui-même prendre de telles mesures. Je pense que lui donner le pouvoir de sanctionner renforcerait son autorité et aurait un effet dissuasif sur les gestionnaires de sites Internet récoltant des données personnelles.

732. — Par exemple, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après la CNIL), autorité administrative indépendante française, a le pouvoir de sanctionner. De par ses fonctions, elle remplit en grande partie le même rôle que le PFPDT, puisqu'elle est « *chargée de veiller à ce que l'informatique soit au service du citoyen et qu'elle ne porte atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni*

aux libertés individuelles ou publiques »⁹⁸⁴. Elle a également pour tâches d'informer « toutes les personnes concernées et tous les responsables de traitements de leurs droits et obligations » et veiller « à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions » de l'article 11 de la Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après Loi n° 78-17)⁹⁸⁵. Comme le PFPDT, la CNIL veille au respect de la vie privée et de la protection des données, mais contrairement à son collègue suisse, elle dispose d'un pouvoir de sanction auprès des responsables de traitements de données qui ne respectent pas les dispositions légales en la matière. En effet, il est prévu aux articles 45 et suivants de la Loi n° 78-17 que cette autorité peut infliger à tout responsable d'un traitement illicite de données personnelles un avertissement, une « mise en demeure au responsable de faire cesser le manquement constaté » dans un délai qu'elle lui fixe, et si le responsable ne se conforme pas à cette mise en demeure, elle peut le sanctionner par une peine pécuniaire, à moins que le responsable ne soit l'Etat (!), ou une injonction de cesser le traitement ou encore un retrait de l'autorisation accordée (art. 45 de la Loi n° 78-17). La sanction pécuniaire doit être proportionnée « à la gravité des manquements commis et aux avantages tirés de ce manquement », mais peut s'élever jusqu'à 150'000 € lors d'un premier manquement et jusqu'à 300'000 € en cas de récidive (art. 47 de la Loi n° 78-17). Le fait de pouvoir ordonner des amendes d'un tel montant aux privés qui violent les dispositions en matière de protection des données est dissuasif non seulement en raison du montant de l'amende mais également en raison du côté médiatique qu'entraîne une telle sanction. Lorsqu'une multinationale, telle que *Google* par exemple, est sanctionnée, les médias en font leurs gros titres⁹⁸⁶ et l'image de la société condamnée est ternie, ce qui n'est certainement pas une chose qu'elle souhaite.

733. — A mon avis, ce pouvoir de sanctionner manque au PFPDT pour qu'il puisse faire face à ces multinationales efficacement et la gravité des sanctions ne ferait que renforcer sa position.

⁹⁸⁴ www.cnil.fr

⁹⁸⁵ Loi française n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés,

⁹⁸⁶ AFP, Street View: La CNIL inflige une amende à Google, *Le Monde* du 21 mars 2011, www.lemonde.fr; AFP, Google Street View/reprise: CNIL contre, *Le Figaro* du 20 août 2010, www.lefigaro.fr; Facebook signe un accord avec les autorités américaines, *Le Temps* du 30 novembre 2011, www.letemps.ch

6.4.3. Label

734. — Les propositions des points 6.4.1. et 6.4.2. du présent chapitre permettraient de renforcer la protection des données ainsi que la position du PFPDT face aux nouvelles technologies par le biais d'actions sanctionnant les maîtres du fichier irrespectueux de la LPD mais il convient également d'étudier la possibilité de récompenser les sites Internet « *propres* », c'est-à-dire respectueux de la protection des données. L'octroi de « *labels* » permettrait ainsi de démontrer publiquement quels sont les sites Internet respectueux des données personnelles de leurs utilisateurs.

735. — En reprenant l'exemple de la CNIL, on constate que celle-ci peut, depuis 2009⁹⁸⁷, délivrer un label « *à des produits ou à des procédures tendant à la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel, après qu'elle les a reconnus conformes aux dispositions de la présente loi* ». Ces labels sont octroyés à la demande d'organisations professionnelles et d'institutions qui remplissent les conditions requises. Le législateur souhaitait instaurer ce label pour permettre « *aux entreprises de se distinguer par la qualité de leur service* » et garantir ainsi aux utilisateurs la protection de leurs données personnelles⁹⁸⁸.

736. — Il devrait donc également être possible pour le PFPDT d'attribuer des labels aux sites Internet respectant la protection des données personnelles. Des contrôles devraient bien évidemment être effectués de manière ponctuelle pour s'assurer que le label est toujours mérité et celui-ci ne serait octroyé que sur requête du maître du fichier. Ce nouveau moyen permettrait notamment aux utilisateurs d'avoir une garantie que leurs données personnelles sont bien protégées sur de tels sites, qu'elles ne seront pas modifiées ni utilisées sans leur consentement et qu'eux seuls pourront décider de leur publicité.

⁹⁸⁷ Modification de la loi n°2009-526 du 13 mai 2009

⁹⁸⁸ www.cnil.fr

6.4.4. Solutions proposées par le rapport du Conseil fédéral

6.4.4.1. Rapport du Conseil fédéral

737. — Le Conseil fédéral s'est penché sur la question de l'efficacité de la LPD en 2011 en publiant un rapport qui, comme il a été dit au point 6.3. du présent chapitre, avait pour but d'étudier « *la notoriété de la loi* », les « *mécanismes de mise en œuvre* » et le rôle du PFDPT. Il s'agit de la première évaluation de la LPD alors que celle-ci fête ses 20 ans en 2012⁹⁸⁹. Pour faire face aux problèmes évoqués au point 6.3., le rapport du Conseil fédéral propose diverses solutions visant à renforcer l'efficacité de la LPD. Les auteurs du rapport proposent notamment de « *promouvoir le principe d' « opt in », revoir les notions juridiques de « données à caractère personnel » et de « données particulièrement dignes de protection » et renforcer le principe de « privacy by design » (protection intégrée de la vie privée, PIVP), notamment par l'introduction d'un contrôle préalable obligatoire pour tout nouveau traitement de données tel que le prévoit déjà la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation des données* ».

738. — L'Union européenne (UE) et le Conseil de l'Europe étant également en train de réviser leurs législations en matière de protection des données, il est indispensable d'en tenir compte dans le cadre de la révision de la LPD⁹⁹⁰ ; cette révision législative est développée au point 6.4.5. du présent chapitre.

6.4.4.2. Le principe d' « opt in »

739. — Le comité d'experts qui a rédigé le rapport propose notamment comme solution pour renforcer la protection des données sur Internet le principe d' « opt in », principe qui veut que « *les applications Internet notamment sont configurées par défaut pour une utilisation minimale des données mises à disposition par l'utilisateur, qui doit approuver de façon*

⁹⁸⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, p. 2

⁹⁹⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, pp 10-11

explicite chaque extension de cette utilisation »⁹⁹¹. Même si le rapport ne le précise pas, il est utile de rappeler qu'il existe l'« *opt in actif* », où l'utilisateur doit expressément donner son accord à ce que ses données soient utilisées à des fins commerciales, en cochant une case par exemple, et l'« *opt in passif* », où la case est déjà cochée, l'utilisateur devant par conséquent montrer son désaccord en « *décochant* » la case ou son accord en laissant la case cochée. Il existe encore l'« *opt out actif* » où l'utilisateur doit cocher une case pour signaler qu'il refuse une utilisation de ses données personnelles, l'accord de l'utilisateur est ainsi acquis par défaut, et l'« *opt out passif* » où l'utilisateur peut demander à ce que ces données ne soient pas utilisées dans un but commercial uniquement lorsque l'inscription a déjà été faite, son accord étant demandé postérieurement à l'inscription⁹⁹². Les Commissaires à la protection des données et de la vie privée ont eux aussi proposé la solution de l'« *opt in* », du moins pour les données sensibles, et celui de l'« *opt out* » pour les autres données personnelles⁹⁹³.

740. — Je pense qu'en ce qui concerne les données personnelles médicales, c'est la solution de l'« *opt in actif* » qui devrait être choisie car c'est la plus restrictive vis-à-vis du maître du fichier et celle qui protège le mieux les données personnelles de l'utilisateur. Cette solution ne restreint en rien l'activité du maître du fichier et ne fait que respecter les principes de la LPD qui requiert le consentement explicite de la personne concernée pour l'utilisation de ses données personnelles médicales (art. 4 al. 5 2^e phrase LPD).

6.4.4.3. Le principe « *privacy by design* »

741. — Il est également proposé dans le rapport de renforcer le principe de « *privacy by design* », « *protection intégrée de la vie privée, PIVP* » en français⁹⁹⁴, qui vise à intégrer des mesures protégeant les données per-

⁹⁹¹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, pp 10

⁹⁹² www.journaldunet.com; www.ddm.gouv.fr

⁹⁹³ 30^e Conférence mondiale des Commissaires à la protection des données et de la vie privée, Strasbourg, 15-17 octobre 2008, Résolution sur la protection de la vie privée dans les services de réseaux sociaux ; CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011

⁹⁹⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, pp 10-11

sonnelles dès la conception du site Internet et non par la suite⁹⁹⁵. Le rapport du Conseil fédéral propose « *l'introduction d'un contrôle préalable obligatoire pour tout nouveau traitement de données* », comme le prévoit déjà la directive 95/46/CE⁹⁹⁶.

742. — Le concept de vie privée intégrée a été développé par Ann Cavoukian, commissaire à l'information et à la protection de la vie privée de l'Ontario au Canada et est fondé « *sur le principe selon lequel la protection de la vie privée ne pourra être assurée par le simple respect des lois et règlements et doit, idéalement, être intégrée dans les activités de l'organisation* ». Le « *privacy by design* » vise ainsi la prévention en matière d'atteinte à la vie privée plutôt que la réaction suite à une atteinte ; il n'offre d'ailleurs aucune solution en cas d'atteinte à la vie privée, mais ne propose que des principes à suivre pour prévenir de telles atteintes. L'adage « *mieux vaut prévenir que guérir* » prend dès lors tout son sens avec un tel principe.

743. — Selon Ann Cavoukian, le principe « *privacy by design* » doit notamment apparaître sous la forme de mesures préventives, intégrées au moment de la création du site Internet, c'est-à-dire effectives avant l'apparition du traitement illicite de données personnelles. Cette protection doit également être implicite, ce qui signifie que l'utilisateur ne doit pas agir pour voir sa vie privée protégée puisque les mesures de protection sont intégrées par avance au système ; la protection de la vie privée doit être « *un élément essentiel des fonctionnalités de base* », puisque les mesures s'y rapportant sont prises au moment de la création du site. Cette protection doit également se faire sur toute la durée de conservation des données personnelles des utilisateurs, jusqu'à la destruction de ces dernières. Elle a également pour but d'assurer une certaine visibilité et une certaine transparence du système, afin que les utilisateurs puissent avoir un contrôle de leurs données personnelles⁹⁹⁷.

744. — Le principe de « *privacy by design* » est à mon avis une bonne solution car il oblige les concepteurs de sites Internet à se pencher sur les problèmes de protection des données dès le départ, dès la conception de leur site. En y réfléchissant tout de suite, en posant immédiatement les

⁹⁹⁵ www.globasecuritymag.fr

⁹⁹⁶ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, p. 11

⁹⁹⁷ ANN CAVOUKIAN, La protection intégrée de la vie privée, Les sept principes fondamentaux, <http://viepriveeintegree.ca> ; ELISABETH HÖDL, Privacy by Design, Überlegungen zum Design des Rechts, in Jusletter IT du 6 juin 2012

bases en matière de protection des données, les sites Internet doivent être construits autour de ce principe et ne peuvent par la suite se justifier que plus difficilement en cas de traitement illicite de données personnelles. Si ces sites sont construits avec pour base la protection des données, les traitements illicites de données personnelles devraient également être moins nombreux. Ce principe est d'une certaine manière déjà prévu à l'article 9 OLPD, qui rappelle quelles mesures doivent être prises lors de traitements automatisés de données, mais il serait utile de prévoir spécifiquement le « *privacy by design* » afin qu'il puisse être appliqué de manière plus claire aux nouvelles technologies.

6.4.5. Solutions proposées par l'UE et le Conseil de l'Europe dans le cadre de la révision de leur législation en matière de protection des données

6.4.5.1. Révision au sein de l'UE et du Conseil de l'Europe

745. — L'UE et le Conseil de l'Europe se sont également penchés sur la question de l'efficacité des dispositions légales en matière de protection des données face aux avancées technologiques.

746. — En ce qui concerne l'UE, la Commission européenne a fait début 2012 une proposition législative qui vise notamment à renforcer les droits des personnes concernées ainsi que les droits d'accès, de rectification, de suppression et de verrouillage des données, tout en précisant le principe du « *droit à l'oubli* » mais aussi d'encourager le « *privacy by design* »⁹⁹⁸. Elle compte également « *renforcer et [...] harmoniser le statut et les pouvoirs des autorités nationales de protection des données* »⁹⁹⁹. On constate ainsi que les préoccupations de l'UE sont les mêmes que celles du PFPDT et qu'il est donc nécessaire que le Conseil fédéral s'en inspire pour les modifications de la LPD qu'il compte entreprendre.

747. — Quant au Conseil de l'Europe, celui-ci prévoit de modifier la Convention STE n° 108 ; un comité consultatif a dès lors été créé et a rendu fin 2012 des propositions au Comité des Ministres. La révision de la convention STE n° 108 vise également à renforcer les droits des per-

⁹⁹⁸ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, pp 10-11 ; <http://ec.europa.eu>

⁹⁹⁹ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, p. 11

sonnes concernées face à l'évolution des technologies et à la « mondialisation des traitements de données », en adoptant les principes de « l'utilisation économe des données » qui semble s'apparenter à l'« opt in » et celui du « privacy by design ». Elle prévoit également des sanctions sévères en cas de traitement illicite de données personnelles, puisque la sanction peut être une amende s'élevant à 2% du chiffre d'affaire mondial de la société auteure de l'atteinte. Les aspirations en matière de modification et de renforcement de la législation sur la protection des données du Conseil de l'Europe sont également semblables à celles de la Confédération, raison pour laquelle il serait également bon de s'en inspirer¹⁰⁰⁰.

6.4.5.2. Principe du droit à l'oubli

748. — L'UE propose ainsi de clarifier le « droit à l'oubli », qui donne la possibilité de demander à ce que ses données personnelles soient supprimées lorsqu'elles ne sont plus utiles au maître du fichier¹⁰⁰¹. Les Commissaires à la protection des données et à la vie privée l'avaient d'ailleurs également proposé lors de leur 30^e Conférence mondiale qui s'est tenue en 2008 à Strasbourg¹⁰⁰².

749. — Ce droit existe déjà dans la jurisprudence suisse¹⁰⁰³, via le principe de finalité qui veut que « les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par la loi ou qui ressort des circonstances » (art. 4 al. 3 LPD)¹⁰⁰⁴, ainsi que via le principe de proportionnalité (art. 4 al. 2 LPD). L'article 15 al. 1 LPD rappelle également que le demandeur, dans le cadre d'une action défensive, a la possibilité de demander la destruction des données personnelles devenues notamment inutiles. Ainsi, les données qui ne sont plus nécessaires au maître du fichier doivent être détruites ; il me semble qu'une clarification à ce sujet ne serait pas inutile, car lorsque le maître du fichier est un médecin par exemple, il doit connaître son devoir de dé-

¹⁰⁰⁰ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011, p. 14

¹⁰⁰¹ Communiqué de presse du 25 janvier 2012 de l'UE : <http://europa.eu>

¹⁰⁰² 30^e Conférence mondiale des Commissaires à la protection des données et de la vie privée, Strasbourg, 15-17 octobre 2008, Résolution sur la protection de la vie privée dans les services de réseaux sociaux

¹⁰⁰³ ATF 122 III 449, JT 1998 I 131 ; ATF 109 II 353, JT 1985 I 98

¹⁰⁰⁴ CONSEIL FÉDÉRAL, Rapport du Conseil fédéral sur l'évaluation de la loi fédérale sur la protection des données, Berne, 2011

truire ou de rendre au patient les dossiers médicaux après le délai de conservation de 10 ans (art. 64 de la Loi neuchâteloise de santé¹⁰⁰⁵) ou de détruire le dossier avant la fin du délai de conservation si le patient le requiert¹⁰⁰⁶, mais lorsqu'il s'agit d'un site Internet, ce devoir ne va pas forcément de soi car le propriétaire d'un site lambda est sûrement moins sensible aux questions de confidentialité que le professionnel de la santé. En conclusion, une précision du « *droit à l'oubli* » pour les données informatiques dans la législation suisse serait à mon sens une bonne initiative pour clarifier une situation qui n'est peut-être pas toujours très claire pour certains concepteurs de sites Internet.

6.4.5.3. Principe du « *privacy by design* »

750. — La notion de « *Privacy by design* » ayant été développée au point 6.4.4.3. du présent chapitre, il convient de s'y référer.

6.5. Préposés cantonaux à la protection des données

751. — Presque chaque canton dispose d'un préposé cantonal à la protection des données, Schwyz, Nidwald et Obwald n'ayant qu'un seul préposé pour les trois¹⁰⁰⁷, de même que Neuchâtel et le Jura, qui se partagent le même préposé ; le but principal d'un préposé cantonal à la protection des données est de surveiller la bonne application des lois de protection des données cantonales par les autorités cantonales (art. 45 de la loi neuchâteloise sur la protection des données¹⁰⁰⁸, art. 36 de la loi vaudoise sur la protection des données personnelles¹⁰⁰⁹, art. 34 zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz¹⁰¹⁰, art. 34 de la Loi bernoise sur la protection des données¹⁰¹¹) et faire des recommandations quand ils estiment que les traitements de données doivent être modifiés ou arrêtés pour

¹⁰⁰⁵ Loi neuchâteloise de santé du 6 février 1995 (LS), RSN 800.1

¹⁰⁰⁶ Jugement tessinois, Rivista ticinese di diritto, II-2012, p. 51 n° 10, CPD 7.6.2010

¹⁰⁰⁷ Art. 2, Vereinbarung des Kanton Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz vom 1. Oktober 2008, RS 232.12 (loi de Nidwald) ; www.kdsb.ch

¹⁰⁰⁸ Loi neuchâteloise sur la protection des données du 30 septembre 2008 (LCPD), RSN 150.30

¹⁰⁰⁹ Loi vaudoise sur la protection des données personnelles du 11 septembre 2007 (LPRd), RSV 172.65

¹⁰¹⁰ Zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz vom 12. Februar 2007 (IDG), ZH-Lex 170.4

¹⁰¹¹ Loi bernoise sur la protection des données du 19 février 1986 (LCPD), RSB 152.04

qu'ils soient conformes aux dispositions de la protection des données (art. 49 de la loi neuchâteloise sur la protection des données, art. 36 de la loi vaudoise sur la protection des données personnelles, art. 36 zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz, art. 35 de la Loi bernoise sur la protection des données). Les préposés cantonaux sont en général nommés par le Conseil d'Etat et bénéficient d'une certaine indépendance pour pouvoir effectuer correctement leur contrôle (art. 42 de la loi neuchâteloise sur la protection des données, art. 34ss de la loi vaudoise sur la protection des données personnelles, art. 30 zürcherische Gesetz über die Information und den Datenschutz, art. 2 Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz). A Berne, c'est le Grand Conseil qui élit le délégué chargé de diriger l'autorité de surveillance cantonale en matière de protection des données (art. 32 de la Loi bernoise sur la protection des données).

752. — Comme les préposés cantonaux à la protection des données n'ont à faire qu'aux autorités cantonales, ils ne subissent pas les mêmes pressions que le PFPDT qui doit faire face à des entreprises privées qui ne se soucient guère de la vie privée des consommateurs. Les recommandations des préposés cantonaux sont donc le plus souvent respectées par les autorités cantonales, qui n'ont ni la volonté ni des raisons de violer les dispositions en matière de protection des données. Il n'est donc pas utile de s'arrêter sur la situation des préposés cantonaux puisqu'ils ne posent pas de problèmes particuliers.

753. — Mis à part le préposé des cantons de Schwyz, Nidwald et Obwald, tous les préposés cantonaux sont membres de Privatim, qui a pour but de « renforcer le respect des exigences de la protection des données, encourager la collaboration entre les cantons, les communes et la Confédération dans le domaine de la protection des données, améliorer les compétences des membres, utiliser plus efficacement les ressources des membres et être un interlocuteur pour les autorités et le public » (art. 3 des statuts de Privatim)¹⁰¹². Les préposés de certaines villes, telles qu'Uster ou Bienne, ainsi que le préposé du Liechtenstein se sont également joints à cette association.

¹⁰¹² www.privatim.ch

6.6. Conclusion

6.6.1. Problématiques

754. — Les recommandations du PFPDT sont en général bien suivies par les maîtres du fichier, mais jusqu'à quand ? En effet, nous avons pu constater que *Google Street View* n'avait pas suivi les recommandations et que l'affaire avait été portée devant le Tribunal administratif fédéral, puis devant le Tribunal fédéral¹⁰¹³. Même si ce dernier a donné raison au PFPDT et qu'actuellement *Google Street View* doit appliquer la décision du Tribunal fédéral, on peut se demander comment, dans le futur, les grandes entreprises internationales agissant sur Internet vont faire pour éviter de devoir respecter les dispositions fédérales en matière de protection des données et les recommandations du PFPDT. Le Tribunal fédéral a déjà renforcé la position du PFPDT en jugeant que les entreprises internationales agissant en Suisse étaient soumises à la surveillance du préposé, mais il convient toutefois encore, à mon sens, de renforcer sa position, pour faire face à l'évolution technologique et aux entreprises internationales qui utilisent Internet et nos données personnelles pour faire toujours plus de profit, sans forcément avoir une grande éthique en matière de protection de la personnalité.

755. — Pour faire face à cette problématique qui, je pense, prendra de plus en plus d'ampleur ces prochaines années, une modification de la LPD serait la bienvenue ; celle-ci est efficace face aux traitements de données personnelles qui existaient au moment de son entrée en vigueur, mais pas forcément face aux nouveaux traitements de données.

6.6.2. Quelles solutions envisager ?

756. — La procédure actuelle, lui permettant de faire des recommandations puis d'introduire une action au Tribunal administratif fédéral si celles-ci ne sont pas suivies n'est à mon avis pas satisfaisante. En effet, c'est le maître du fichier qui devrait agir en justice s'il s'oppose aux recommandations du PFPDT, lesquelles devraient alors prendre la forme de décisions exécutoires. Le maître du fichier pourrait ainsi recourir auprès du Tribunal administratif fédéral, lequel rendrait un jugement pouvant être contesté au Tribunal fédéral, comme c'est le cas actuellement. Cette pro-

¹⁰¹³ ATF 138 II 346

cédure donnerait plus de poids au PFPDT et ne le confinerait pas dans une position de conseiller-expert. C'est d'ailleurs la solution qui avait été choisie pour renforcer la position de la ComCo, à savoir le pouvoir de lui donner la possibilité de rendre directement des décisions.

757. — Le législateur devrait également conférer au PFPDT un pouvoir de sanctionner, similaire à celui de la CNIL, des préposés des Länder allemands ou de la ComCo (cf. chapitre 3) ; le préposé devrait ainsi pouvoir rendre une décision pour décréter si un traitement de données personnelles est illicite ou non, mais également pour amender le maître du fichier qui ne respecte pas les principes en matière de protection des données. La CNIL a la possibilité de sanctionner les maîtres du fichier à hauteur d'une amende pouvant aller jusqu'à 300'000 €, ce qui a certainement un caractère dissuasif, d'une part en raison du montant et d'autre part en raison de l'impact médiatique.

758. — Des propositions plus techniques pourraient également être envisagées pour apporter plus de sécurité aux utilisateurs d'Internet. Un label pour « *sites propres* » pourrait être une bonne solution ; celui-ci devrait toutefois faire l'objet d'un contrôle indépendant de la part du PFPDT ou d'une entreprise mandatée par ce dernier. Les solutions proposées dans le rapport du Conseil fédéral, par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe seraient également des solutions à mettre en oeuvre car elles renforcent la protection de la personne concernée face un traitement de données personnelles effectué de manière électronique. La solution de l'« *opt in* », qui veut que l'utilisateur approuve de façon explicite chaque nouveau traitement de données personnelles, celle du « *privacy by design* », qui prévoit des mesures pour protéger les données personnelles dès la conception d'un site Internet et non après, une fois que les atteintes ont déjà eu lieu, et pour finir celle du droit à l'oubli, qui même si elle existe déjà dans la LPD serait bien de préciser, renforceront de manière indéniable la protection des données face à l'évolution technologique et aux idées d'utilisation de nos données personnelles à des fins économiques des maîtres du fichier.

Conclusions

759. — La protection des données est omniprésente dans notre société, que cela soit dans le domaine de la santé, des loisirs, de l'économie ou encore des nouvelles technologies ; les données personnelles traitées peuvent être anodines ou très sensibles, mais doivent toutes bénéficier d'une protection efficace. Est-ce que les professionnels de la santé, qui doivent respecter de nombreuses obligations légales, sont toujours respectueux de la protection des données ? Face à l'évolution des nouvelles technologies, avec notamment Internet qui est une plateforme traitant des données personnelles sans que les gestionnaires des sites ne soient toujours très soucieux de la protection des données personnelles et sans que les usagers ne sachent toujours quels sont leurs droits, se pose la question de savoir si les dispositions en matière de protection des données sont toujours efficaces. Est-ce que les personnes lésées les appliquent ? Y a-t-il actuellement beaucoup de traitements illicites de données personnelles ? Cette thèse soulève plusieurs problématiques concernant l'utilisation et l'efficacité des dispositions légales en la matière et donne quelques solutions pouvant être appliquées pour améliorer la protection des données.

760. — Concernant l'efficacité des dispositions en matière de protection des données, lorsqu'on se penche sur les mesures de droit civil pouvant être prises, on constate tout d'abord que les actions défensives (art. 15 LPD et 28a CC) ne sont pratiquement jamais utilisées. En effet, il est difficile, en matière de protection des données personnelles, de démontrer une atteinte imminente et non réalisée, car les personnes lésées ne voient pas d'intérêt à agir en justice étant donné qu'il n'y a pas de dommage financier. Les lésés peuvent aussi ne pas avoir connaissance de l'atteinte ou des moyens juridiques permettant de mettre un terme à cette atteinte ou encore ne pas avoir la volonté de s'engager dans une procédure judiciaire. Cette inactivité octroie aux maîtres du fichier une certaine impunité affaiblissant les principes légaux en matière de protection des données.

761. — Comme il n'est pas possible de forcer les personnes lésées à introduire une action en justice, il convient de se tourner vers d'autres solutions, parfois apportées par d'autres lois fédérales, modifiées parfois en raison de leur inefficacité. La LPD devrait ainsi être modifiée, comme l'a

été la LCart. Le PFPDT devrait pouvoir rendre des décisions constatant l'illicéité ou la licéité d'un traitement de données personnelles et cette décision pourrait être contestée par le maître du fichier auprès du Tribunal administratif fédéral. Cette procédure renforcerait la position du PFPDT, car aujourd'hui, il ne peut qu'émettre des recommandations et lui-même doit porter l'affaire auprès du Tribunal administratif fédéral si ces recommandations ne sont pas suivies. Cela donne un caractère facultatif à ces recommandations, ce qui n'est à mon sens pas souhaitable pour garantir une protection des données efficace.

762. — Le maître du fichier devrait également pouvoir présenter son projet de traitement de données personnelles au PFPDT pour que celui-ci lui confirme la licéité de son projet, comme peuvent le faire les entreprises avec la ComCo.

763. — Comme la CNIL et la ComCo, le PFPDT devrait également pouvoir sanctionner les personnes qui ne respectent pas la LPD. La CNIL peut amender les maîtres du fichier à hauteur d'une amende maximale de 300'000 €, ce qui est fortement dissuasif pour les maîtres du fichier, tant en ce qui concerne le montant de l'amende qu'en ce qui concerne l'impact médiatique d'une telle sanction.

764. — Quant à l'utilisation des actions réparatrices, celle-ci est rare, car le dommage ou le tort moral n'est pas facile à démontrer et/ou à calculer en matière de protection des données ; l'action en remise du gain semble être, lorsque les conditions pour l'appliquer sont remplies, la meilleure solution, car la remise du gain occasionnée par le traitement illicite de données personnelles sanctionne le maître du fichier et a un caractère dissuasif pour les autres maîtres du fichier.

765. — En droit pénal, les dispositions légales en matière de protection des données ne sont pas beaucoup plus utilisées que celles du droit civil, puisque seulement 67 sanctions pénales ont été prononcées entre 1984 et 2010 pour violation du secret professionnel ; quant à l'article 35 LPD, celui-ci est également rarement invoqué. Cela ne signifie toutefois pas qu'il n'y a pas de violation du secret médical, mais simplement que les victimes ne portent pas plainte, car elles n'estiment pas toujours que cela en vaille la peine, car elles n'ont pas forcément conscience de la portée de l'obligation de garder les données confidentielles et car elles ne souhaitent pas forcément porter plainte contre un professionnel de la santé qui les soigne et qui se soucie de leur santé. Pour renforcer le secret professionnel, je pense que la poursuite d'office n'est pas une bonne solution car il ne s'agit pas d'une infraction si grave au point qu'elle doive être poursuivie d'office et cela empêcherait également les protagonistes de

régler leur différend à l'amiable. Par contre, améliorer l'information auprès des professionnels de la santé quant à l'importance du secret professionnel renforcerait celui-ci ; il conviendrait de faire prendre conscience que ce devoir de confidentialité est important pour la protection de la personnalité des patients et qu'il amène un rapport de confiance permettant aux patients de se fier sans crainte à leur soignant. Les données personnelles médicales des patients devraient également toutes être soumises au secret professionnel, quel que soit le professionnel de la santé ; en effet, le médecin a souvent connaissance des mêmes données que le kinésithérapeute, raison pour laquelle ces données doivent être protégées de la même manière. Le droit pour les proches d'une personne décédée de porter plainte pour violation du secret professionnel devrait également être possible, car actuellement, seul le patient peut porter plainte. Or, si celui-ci est décédé, le professionnel de la santé peut violer le secret professionnel sans crainte d'être poursuivi pénalement.

766. — En ce qui concerne les dispositions de la LPD, celles-ci doivent également être modifiées pour améliorer la protection des données personnelles médicales pouvant se trouver sur Internet ou sur toute autre plateforme électronique. En plus de la modification de la procédure auprès du PFPDT proposée ci-dessus, la création d'un label qualité pour les « *sites propres* » devrait être une solution à envisager ; un contrôle indépendant devrait être effectué pour justifier de la qualité de ce label. Les solutions apportées dans le rapport du Conseil fédéral, par l'Union européenne et par le Conseil de l'Europe sont également à envisager dans une future modification de la LPD. Il s'agit du principe de l' « *opt in* », qui veut que l'utilisateur d'Internet approuve de manière explicite tout nouveau traitement de données personnelles, du principe de « *privacy by design* », qui veut que des mesures de protection des données personnelles soient prises avant la création du site Internet et non après et pour finir, du principe du droit à l'oubli, qui devrait être précisé dans la LPD, même si les principes de finalité et de proportionnalité font qu'il devrait déjà être appliqué.

767. — Ces solutions, qui pour la plupart concernent une grande modification de la LPD, devraient répondre aux problèmes causés par les nouveaux traitements de données personnelles qui apparaissent sur Internet et sur d'autres plateformes électroniques. Les données personnelles médicales, qui sont des données précieuses pour la recherche médicale, figurent de plus en plus dans des traitements électroniques (dossier électronique du patient, carte d'assuré, sites Internet de réseaux sociaux, etc.) et pourront dès lors également être mieux protégées par ces modifications de la LPD.