

Rapport sur la conférence du Forum Suisse pour le Droit de la Communication sur la protection des données du premier octobre 2004

SOPHIE KÜNZI*

Le premier octobre 2004 a eu lieu à l'Université de Genève une conférence d'une demi-journée sur le thème «La protection des données: aspects juridiques et pratiques», cette manifestation ayant été organisée par le Forum Suisse pour le Droit de la Communication (SF-FS) en collaboration avec la Faculté de droit de l'Université de Genève. Cette thématique a été abordée tout d'abord dans le cadre d'une introduction générale puis dans certains domaines d'application spécifiques, soit dans le domaine bancaire et financier, le domaine médical, en matière de relations de travail et enfin dans l'administration publique.

Le premier exposé introductif a été donné par Jean-Philippe Walter, docteur en droit et Préposé fédéral suppléant à la protection des données, sur le thème: «La loi sur la protection des données: bilan et perspectives». Sa présentation visait à passer en revue les principales caractéristiques de la loi fédérale sur la protection des données¹ (ci-après «LPD») et à discuter de son adéquation avec le monde actuel. En guise d'introduction, M. Walter a relevé que la société a considérablement changé depuis l'adoption de la LPD en 1992 et surtout depuis son élaboration, dans les années septante, suite à l'affaire des fiches. Il a notamment soulevé la problématique posée par la société de l'information, les développements technologiques, la dissémination et la mise en réseau de l'information, la banalisation du concept de vie privée par la télé réalité, les tendances sécuritaires et l'imbrication toujours plus importante entre les tâches publiques et les activités du secteur privé.

Dans un premier temps, M. Walter a rappelé les fondements juridiques de la protection des données, tant au niveau interne qu'au niveau international. A suivi une présentation générale de la LPD actuelle. Il a relevé notamment que l'objet de cette loi est de permettre à toute personne d'exercer une certaine maîtrise sur les informations la concernant et de restreindre le traitement de telles données par des tiers. Pour atteindre ce but, la LPD prévoit des règles matérielles régissant le traitement, mais aussi les droits des personnes concernées, les obligations des personnes responsables du traitement des données et un mécanisme de surveillance par une autorité indépendante.

Par la suite, M. Walter a rappelé les principes de base en matière de collecte, d'utilisation, d'exactitude et de sécurité des données personnelles. Le régime différent appliqué selon que les données sont traitées par des personnes privées ou par des organes fédéraux a également été relevé. La présentation a ensuite porté sur les droits et prétentions des personnes concernées par un traitement de données. A suivi une présentation des tâches de conseil, d'information et de surveillance du Préposé fédéral à la protection des données.

L'exposé a ensuite porté sur la révision partielle de la LPD visant notamment au renforcement de la position des personnes concernées et à l'adaptation de la loi aux exigences du 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.

M. Walter a conclu sa présentation par un bilan et l'examen des perspectives d'avenir de la LPD. Il a relevé notamment que l'approche non technologique de la LPD permettait de prendre en compte l'évolution de la technique. Dans cette optique, il a souligné également le caractère de loi cadre de la LPD garantissant une approche souple en favorisant autant que possible l'autonomie privée. Il a toutefois suggéré certaines modifications de la LPD visant à renforcer la protection des personnes concernées, à accroître les compétences du Préposé fédéral à la protection des données et à établir un régime d'autorisations pour certains types de traitement de données. M. Walter a exprimé le souhait d'une adaptation du droit suisse au droit européen et de la reconnaissance d'une place plus

¹ RS 235.1.

importante à l'autoréglementation. Il a également appelé de ses vœux une sensibilisation des personnes concernées et un renforcement de la collaboration internationale.

Le deuxième exposé de Me Gérald Page, docteur en droit, avocat à Genève et membre de la Commission fédérale de la protection des données, portait sur le thème de la protection des données dans le secteur bancaire et financier. Me Page a commencé sa présentation par l'énumération de quelques questions pratiques relatives à la protection des données qui se posent dans le domaine bancaire et financier. Il a notamment évoqué les problèmes posés par l'usage interne des données, l'e-banking, le trafic des paiements et le négoce des titres. Il a ensuite énuméré les personnes potentiellement touchées par le traitement des données dans une entreprise financière. Il s'agit en premier lieu des clients, mais également des cautions, des clients potentiels, des mandataires et ayants droit économiques, des employés, des postulants à un emploi, des tiers contractuels, des fournisseurs et des actionnaires. Il a ensuite mis l'accent sur l'augmentation du volume des données personnelles à collecter et à traiter. Il a également constaté l'existence d'obligations à la fois organisationnelles et contractuelles en matière de protection et de sécurité des données.

La deuxième partie de la présentation de Me Page s'est attachée à l'étude de la relation existant entre le secret bancaire et la protection des données. A cet égard, il a relevé la différence entre les buts respectifs de ces instruments légaux: alors que le but du secret bancaire est d'augmenter la confiance des clients en la place financière, la protection des données, elle, vise à garantir la liberté personnelle. Me Page a ensuite souligné que le champ d'application de la LPD est beaucoup plus vaste que celui du secret bancaire.

Sa présentation s'est ensuite arrêtée sur la question de l'application de l'art. 13 LPD dans le domaine bancaire en prenant l'exemple de l'évaluation du crédit. Dans ce cadre, il ne doit y avoir ni de traitement de données sensibles ou de profils de personnalité, ni de transmission de données à des tiers. Or, cela pose un sérieux problème pour la banque, qui souhaite principalement savoir si la personne concernée fait l'objet de poursuites, question qui compte parmi les données sensibles au sens de l'art. 3 LPD.

En relation avec la sécurité des données, Me Page a relevé que les problèmes les plus pointus semblent se poser principalement en matière d'e-banking, de flux «transfrontières», de banques de données, d'outsourcing et de création d'un accès en ligne à distance. En matière de droit d'accès aux données personnelles (art. 8 LPD), la question de la légitimation de «l'ayant droit économique» a été soulevée par Me Page.

La problématique de l'entraide administrative internationale a été abordée sous l'angle d'une jurisprudence du Tribunal fédéral selon laquelle la transmission de données personnelles à un État étranger à des fins d'entraide administrative est admissible, pour autant que les données personnelles ainsi transmises ne soient pas rendues accessibles au public dans l'État de destination avant que la procédure ayant donné lieu à la demande d'entraide ne se soit soldée par une décision².

Pour conclure, Me Page a constaté l'élargissement, dans la pratique bancaire, de la sécurité en matière de traitement informatique des données, notamment par le biais de l'établissement d'un audit et de standards, ainsi que l'importance des mesures organisationnelles devant être prises au sein des banques.

Me Ariane Ayer, docteur en droit et avocate à Genève, s'est ensuite exprimée sur le thème de la protection des données dans le domaine médical. Son exposé a présenté la problématique de la protection des données en relation avec le monde de la santé au sens large (y compris les dentistes, physiothérapeutes, etc...). Dans un premier temps, les différents régimes régissant la relation existant entre le patient et le professionnel de la santé ont été présentés, étant noté que le droit applicable dépendra de la nature, privée ou publique, de cette relation. Les données médicales ont ensuite été définies à la lumière des notions de données sensibles et de profils de la personnalité. Les notions de secret professionnel et de secret de fonction ont ensuite été abordées. Le secret médical est à cet égard considéré comme un secret professionnel protégé par l'art. 321 CP, ce contrairement aux autres professionnels de la santé. Les conditions de levée du secret ont été mentionnées (notamment l'art. 358ter CP). La suite de l'exposé a présenté en quoi le droit cantonal pouvait contribuer à la pro-

² Arrêt du Tribunal fédéral du 26 août 2003 en la cause 2A.136/2003: X. et Y. contre Commission fédérale des banques (recours de droit administratif).

tection des données dans le domaine médical. Dans ce cadre, Me Ayer a souligné que les lois cantonales de protection des données ne sont pas les seules à entrer en ligne de compte, le droit sanitaire cantonal devant également être pris en considération.

La deuxième partie de l'exposé de Me Ayer a traité plus spécifiquement des dispositions de la LPD applicables aux données médicales. En matière de bonne foi notamment, l'obligation d'obtenir les données à traiter directement de la part du patient a été rappelée. De même, l'importance de l'obligation de rectifier des données inexactes a été relevée, par exemple dans le cas d'une maladie ou d'un trouble passé dont la guérison totale ne serait pas mentionnée dans le dossier médical du patient. Finalement, le devoir de discrétion consacré par l'art. 35 LPD, qui implique l'accord du patient pour toute transmission à d'autres professionnels de la santé ou à des proches, a été mis en opposition avec l'obligation qui peut exister dans des situations déterminées de transmettre des données à des tiers, comme c'est le cas par exemple lorsque le patient souffre de certaines maladies transmissibles.

Dans la troisième partie de sa présentation, Me Ayer s'est attachée plus spécifiquement à la question du dossier médical. Me Ayer a ainsi souligné que l'étendue du droit d'accès du patient à son dossier médical reste controversée, par exemple en ce qui a trait à l'accès aux notes personnelles du praticien.

La dernière partie de l'exposé était consacrée à la question de la protection des données médicales dans la relation avec les assureurs. Le principal problème relevé a été celui de la communication d'informations médicales aux assureurs maladie, en particulier dans le cadre du nouveau système TARMED qui exige que toute prestation médicale soit transmise directement à l'assureur, alors que la loi fédérale sur l'assurance-maladie³ (LAMal) permet à l'assuré de demander que les informations soient filtrées par le médecin-conseil de l'assurance. Le régime de la transmission des données a également été abordé à propos de l'assurance accident obligatoire et de la loi sur le contrat d'assurance⁴, pour lequel le patient est soumis à l'obligation de renseigner sans qu'il soit possible pour lui de recourir au «filtre «du médecin-conseil.

Le quatrième exposé du Professeur Jean-Philippe Dunand, docteur en droit, avocat et Professeur à l'Université de Neuchâtel, était consacré au thème de la protection des données dans les relations de travail. Le Prof. Dunand a tout d'abord rappelé les dispositions du droit du travail ayant trait à la protection des données. Il s'agit en premier lieu de l'art. 328b CO qui définit les données qui peuvent être traitées par l'employeur au sujet de son employé et précise l'applicabilité de la LPD dans les relations de travail. L'article 26 OLT⁵ concernant les mesures de surveillance ou de contrôle du travailleur a ensuite été examiné, étant relevé que cette disposition vise à protéger la santé du travailleur, dans la mesure où une surveillance permanente impliquerait une surcharge de stress pour l'employé.

La seconde partie de l'exposé a porté sur la mise en œuvre des dispositions précitées. La protection conférée par ces dispositions doit être invoquée en premier lieu par le travailleur, qui peut engager action sur la base des art. 28 ss CC devant le juge du travail, ou par son syndicat. Toutefois, le rôle du service cantonal de l'inspection du travail a également été souligné ainsi que celui du Préposé fédéral à la protection des données, ce dernier pouvant agir auprès de la Commission fédérale de la protection des données lorsque de nombreuses personnes sont touchées par une mesure contrevenant aux normes applicables en la matière.

Dans une troisième partie, Le Prof. Dunand a présenté des décisions de jurisprudence illustrant l'application de la protection des données en matière de relations de travail. La première affaire concernait le cas d'une femme ayant refusé de remplir un questionnaire lui demandant si elle était enceinte ou désirait l'être et dont les indemnités d'assurance chômage avaient été suspendues pour ce motif⁶. Le Tribunal fédéral a ainsi jugé que ce questionnaire portait atteinte à la personnalité de la femme concernée et qu'il était donc illicite. Cette femme était donc en droit de ne pas y répondre. Elle aurait même eu le droit de le remplir et de mentir au sujet de son désir d'être enceinte, dans la mesure où la question était illicite. Le second cas présenté concernait l'emploi d'un test généralisé de dépis-

³ RS 832.10.

⁴ RS 221.229.1.

⁵ Ordonnance relative à la loi sur le travail (hygiène), RS 822.113.

⁶ ATF 122 V 267.

tage de drogues effectué sur des mineurs désirant décrocher une place d'apprentissage⁷. Une telle pratique a été considérée comme illicite dans la mesure où ces personnes n'avaient pu consentir librement à un tel test. Le principe de proportionnalité n'était dès lors pas respecté.

Concernant la question des dossiers des travailleurs, le Prof. Dunand a relevé que des demandes d'informations provenant de l'employeur relatives à l'appartenance syndicale de l'employé n'étaient certes pas licites dans la relation précontractuelle, mais devenaient admissibles une fois le contrat conclu si la demande était légitime⁸. Il a également souligné que le droit de l'employé de consulter son dossier est en principe assez large, mais pas absolu, l'employé devant justifier d'un intérêt légitime et l'employeur pouvant refuser la consultation en cas d'intérêt prépondérant, par exemple dans le cas d'un employé soupçonné de faute ou dans le but de préserver des secrets d'affaires⁹. Concernant les mesures de surveillance des employés, un récent arrêt du Tribunal fédéral a constaté que la localisation du véhicule d'un employé à l'aide d'un système GPS était licite au regard de l'art. 26 OLT3, pour autant qu'une telle mesure ne permette pas de suivre l'employé de manière continue en temps réel¹⁰. Par contre, aucune jurisprudence n'a encore été rendue au sujet de la légalité du contrôle par l'employeur de l'usage des ordinateurs fait par ses employés. La solution proposée à ce propos est de ne considérer comme licites que les contrôles globaux et non personnalisés effectués uniquement lorsque des abus peuvent être suspectés et sur la base d'un règlement interne relatif à l'utilisation des installations informatiques, notamment de l'Internet.

Le cinquième et dernier exposé de la journée donné par le Professeur Alexandre Flueckiger, docteur en droit, avocat, Professeur adjoint à la Faculté de droit de l'Université de Genève et membre de la Commission fédérale de la protection des données, était consacré au thème de la protection des données dans l'administration publique. Dans un premier temps, l'exposé a porté sur le droit des particuliers à un traitement confidentiel de leurs communications avec l'administration. La problématique a été analysée de manière différenciée au niveau fédéral et au niveau cantonal, la législation applicable n'étant pas la même. Concernant le cas de l'administration genevoise qui a été analysé plus en détail, le Professeur Flueckiger a relevé que la mise en œuvre de la loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur¹¹ (LITAO) n'était pas satisfaisante et aboutissait à des inégalités de traitement dans la mesure où certains fichiers n'étaient pas déclarés au sens de l'art. 2 LITAO et permettaient d'avoir accès à des données sensibles, ces dysfonctionnements étant dus à la lourdeur de la procédure en comparaison avec la quantité de données à traiter.

Le conflit entre le droit au traitement confidentiel des données et le droit à la transparence administrative (permettant à chacun de consulter les documents officiels) a ensuite été mis en évidence par le Professeur Flueckiger, la difficulté consistant à trouver les moyens de concilier ces deux principes. Dans ce but, trois types d'approches ont été présentés: l'atteinte à un intérêt prédéfini, la pesée des intérêts par les autorités d'application et la définition de règles fixes. A propos de la notion d'intérêt prédéfini, un exemple a été tiré du projet de loi fédérale sur la transparence de l'administration (LTrans) prévoyant que le droit d'accès peut être limité s'il porte atteinte à la sphère privée de tiers. Toutefois, l'orateur a noté que cette même disposition fait également appel à la pesée des intérêts dans la mesure où un intérêt public à la transparence pourrait faire échec à une restriction du droit d'accès fondée sur le droit à la sphère privée. Concernant l'approche reposant sur l'adoption de règles fixes, les règles fixes spéciales visant un document spécifique, par exemple les art. 71 al. 2 LPD et 11 al. 1 LPFisc-GE¹² (en faveur du secret) ou les art. 4 al. 3 LPD et 29A al. 5 LEDP-GE¹³ (en faveur de la publicité), ont été distinguées des règles fixes générales visant tous les documents officiels. Comme exemples de règles fixes générales, les règles concernant l'anonymisation des documents, le droit de veto des tiers, par exemple dans le cas de données sensibles, ainsi que le droit d'être entendu et de participer à la procédure ont été citées. La coordination entre le droit à la protection de la sphère privée et le droit à la transparence administrative a été décrite comme une problématique en continuelle évolution, des évaluations périodiques étant nécessaires pour déterminer s'il est plus opportun de régler une question par le biais d'une pesée des intérêts ou plutôt par des règles fixes.

⁷ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 29 août 2003 en la cause Préposé fédéral à la protection des données c. X AG, in JAAC 2003, 68.

⁸ ATF 123 II 129.

⁹ ATF 120 II 118; JT 1995 I 141.

¹⁰ Arrêt du Tribunal fédéral du 13 juillet 2004 en la cause 2A.118/2003.

¹¹ RSG B 4 35.

¹² Loi genevoise de procédure fiscale, RSG D 3 17.

¹³ Loi genevoise sur l'exercice des droits politiques, RSG A 5 05.

En conclusion, le Professeur Flueckiger a souligné la nécessité d'une révision de la LITAO. À ce sujet, les hypothèses d'une réglementation spéciale ou d'une fusion avec la loi genevoise sur l'information du public et l'accès aux documents¹⁴ (LIPAD) ont été avancées.

A l'issue de ces exposés a eu lieu un débat animé par le Professeur Robert Roth, doyen de la Faculté de droit de l'Université de Genève. Parmi les questions posées par le public, l'une d'elles a particulièrement retenu l'attention. Elle concernait la transmission d'informations médicales relevant de la protection des données au sein d'une assurance active à la fois dans le domaine de l'assurance maladie obligatoire et dans l'assurance vie. Il en est ressorti qu'une telle pratique ne devait pas être admissible et qu'il était nécessaire de cloisonner strictement les différents secteurs d'une même entreprise d'assurance, les données accessibles à l'assurance maladie obligatoire ne devant pas être transmises directement par l'assurance aux personnes responsables d'un autre type d'assurance.

De par la variété des thèmes abordés et le nombre des questions soulevées, cette conférence a souligné l'importance pratique de la protection des données dans des secteurs d'activité extrêmement divers.

* Licenciée en droit, assistante à la Faculté de droit de l'Université de Genève.

¹⁴ RSG A 2 08.