

## Nouvelle réglementation applicable à la collecte de données personnelles et à leur transfert à l'étranger

La loi fédérale de 1992 sur la protection des données (LPD) fait actuellement l'objet d'une révision, datée du 24 mars 2006 et dont l'entrée en vigueur est envisagée au printemps 2007. Les nouvelles dispositions influenceront les obligations des entreprises traitant des données personnelles, en particulier en ce qui concerne l'information des personnes concernées par le traitement et la transmission de données personnelles à l'étranger, y compris au sein d'un groupe de sociétés.

### 1 Introduction

Les entreprises ont, depuis toujours, conservé des données relatives à leurs activités professionnelles, qu'il s'agisse de données relatives à des transactions (stocks, ventes, documents de travail, etc.) ou à des personnes (employés, fournisseurs, partenaires contractuels, clients, etc.). Afin d'offrir un cadre juridique à la collecte et au traitement des données personnelles, la Suisse s'est dotée, au début des années 90 déjà, d'une loi fédérale sur la protection des données et d'une ordonnance d'application. Cette loi fait aujourd'hui pour la première fois l'objet de **modifications substantielles**, qui doivent entrer en vigueur dans quelques mois, à l'horizon du printemps 2007. Ces modifications sont l'occasion de faire le point sur les risques liés à la collecte et au traitement de données personnelles par les entreprises, ainsi que sur la manière de limiter ceux-ci et sa responsabilité.

### 2 Principes généraux

On rappellera tout d'abord que la législation suisse donne une **définition large** de la notion de données personnelles et a ainsi vocation à s'appliquer de façon étendue. En effet, toutes les informations qui se rapportent à une personne physique ou morale identifiée ou identifiable sont considérées comme étant des données personnelles, et tout ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée sera considéré comme un fichier de données. En outre, tout traitement de telles données, c'est-à-dire 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, est soumis à la loi sur la protection des données.

La collecte et le traitement de données personnelles doit répondre à un certain nombre de **principes fondamentaux**, qui sont les suivants:

- I toute collecte de données personnelles doit être faite de manière **licite**. Cette condition pose le principe de la transparence de la collecte, selon laquelle celle-ci et le traitement des données doivent être reconnaissables, et interdit notamment que des données personnelles soient obtenues par la force, la ruse ou la tromperie. Celui qui traite des données personnelles doit par ailleurs bénéficier d'un intérêt prépondérant public ou privé à ce traitement (par exemple si le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et que les données concernent le cocontractant), sauf si le traitement est prévu par la loi ou est fait avec l'accord des personnes concernées ;
- I les données personnelles doivent être traitées en conformité avec le principe de la **bonne foi**. Il est ainsi nécessaire que le traitement des données soit reconnaissable par les personnes concernées, soit que ces personnes aient été informées du traitement, soit que celui-ci ressorte des circonstances. En outre, les données ne peuvent être traitées que dans le but qui a été indiqué lors de la collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances ;
- I le traitement des données doit respecter le principe de **proportionnalité** et être limité à ce qui est nécessaire pour atteindre le but légitime recherché ;
- I le maître du fichier, à savoir la personne qui décide du but et du contenu du fichier de données, doit s'assurer que les données personnelles qu'il traite sont **correctes**. Cela implique de mettre à jour les données qui auraient été modifiées, ainsi que de les rectifier si elles s'avèrent inexactes.



### 3 Obligation d'informer et déclaration au Préposé

#### 3.1 Information des personnes concernées

Pour autant que les principes généraux mentionnés ci-dessus soient respectés, la législation actuelle n'impose **pas d'obligation générale d'informer** les personnes concernées du traitement de données à leur sujet. Il s'agit cependant là de l'une des principales faiblesses que le législateur a souhaité **corriger** dans le texte de la nouvelle loi.

Celle-ci prévoit une information à deux niveaux. En premier lieu, le nouvel article 4 alinéa 4 LPD dispose que la collecte de données personnelles, et notamment les finalités du traitement, doivent être **reconnaissables pour la personne concernée**. L'étendue de cette obligation devra être appréciée en fonction des circonstances. Si celles-ci sont telles que la collecte et la finalité du traitement des données sont d'emblée manifestement reconnaissables, aucun devoir d'information supplémentaire ne sera exigé de celui qui collecte des données, à moins qu'il ne s'agisse de données sensibles ou de profils de la personnalité (voir ci-dessous). Dans les autres cas, une information devra être fournie activement, de façon précisément à rendre la collecte et sa finalité reconnaissables.

En second lieu, la nouvelle loi impose une **obligation d'information étendue** dans tous les cas où une personne collecte des données sensibles ou des profils de la personnalité. On entend par "**données sensibles**" toutes données personnelles qui concernent: (1) les opinions ou activités religieuses, philosophiques, politiques ou syndicales; (2) la santé, la sphère intime ou l'appartenance à une race; (3) des mesures d'aide sociale; ou (4) des poursuites ou sanctions pénales ou administratives. On entend par "**profil de la personnalité**" tout assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique (ce qui comprend, par exemple, les habitudes de consommation). Dans ces cas, la personne concernée doit recevoir, au minimum, les informations relatives à l'identité du maître du fichier, aux finalités du traitement pour lequel les données sont collectées, ainsi qu'aux catégories de destinataires des données si la communication des données est envisagée.

Si le respect de la bonne foi l'exige, le maître du fichier devra fournir également d'autres informations, par exemple le caractère obligatoire ou facultatif de la collecte, ou les conséquences du refus de répondre aux questions. **L'information doit être donnée activement**, c'est-à-dire sans attendre que la personne concernée en fasse la demande. Elle peut être fournie oralement ou par écrit, l'écrit devant toutefois être privilégié pour des motifs de preuve. L'information peut figurer dans un document spécifiquement remis à la personne concernée, mais peut également être fournie d'autre manière, par exemple par affichage, par l'intermédiaire d'un texte joint à un contrat ou à une facture, ou encore par une notice figurant de manière visible sur un site Internet.

Le maître du fichier n'est en revanche pas tenu par son obligation d'information si les personnes concernées ont déjà

été informées par lui-même ou par un tiers, si l'enregistrement ou la communication des données sont expressément prévus dans la loi, ou encore si le devoir d'information est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés. Il faut enfin préciser que le maître du fichier peut **restreindre l'information**, voire en différer l'octroi, lorsqu'une loi le prévoit ou si des intérêts prépondérants de tiers l'exigent. Il peut également restreindre l'information lorsque ses propres intérêts prépondérants l'exigent, pour autant qu'il ne communique pas de données personnelles à des tiers.

#### 3.2 Droit d'accès

Comme c'est déjà le cas sous la législation actuelle, la personne concernée dispose également d'un **droit d'accès**, qu'elle peut exercer à sa discrétion. Ce droit permet à chacun de demander au maître d'un fichier si des données le concernant sont traitées, ainsi que, si tel est le cas, d'obtenir la communication de toutes ces données. Le droit d'accès permet également de demander au maître du fichier de communiquer le but et le cas échéant la base juridique du traitement des données, ainsi que les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données (dans le cas où les données sont communiquées à des tiers). Les informations doivent en règle générale être fournies **gratuitement et par écrit**, le Conseil fédéral gardant toutefois la possibilité de prévoir des exceptions par voie d'ordonnance.

Si les données sont traitées par un tiers, le maître du fichier reste néanmoins tenu de fournir les informations demandées. Ceci dit, le tiers a une obligation propre de fournir ces renseignements, s'il ne révèle pas l'identité du maître du fichier ou si celui-ci n'a pas de domicile en Suisse.

Le droit d'accès peut être **restreint** dans la même mesure que l'obligation d'informer (voir ci-dessus). En revanche, la renonciation par avance au droit d'accès de la part de la personne concernée est nulle.

#### 3.3 Déclaration des fichiers auprès du Préposé

Le **Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence** (le "Préposé") est l'autorité qui exerce des tâches de contrôle et de conseil en matière de protection des données en Suisse. La législation actuelle n'impose pas d'obligation générale de déclarer l'existence de fichiers de données personnelles au Préposé. Dans certaines circonstances toutefois, une personne privée qui traite des données personnelles doit faire l'annonce de son ou ses fichiers auprès du Préposé.

Si les personnes concernées par le traitement ont connaissance de celui-ci, ou si le traitement est soumis à une obligation légale, le fichier n'a pas besoin d'être déclaré aux autorités. Dans les autres cas, l'**annonce du fichier au Préposé** est requise si les conditions supplémentaires suivantes sont réalisées:

- I lorsque l'on traite régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité; ou
- I lorsque l'on communique régulièrement des données personnelles à des tiers.

Le Conseil fédéral a reconnu qu'étant donné l'extension, dans la nouvelle loi, de l'obligation d'informer les personnes concernées d'un traitement de données, les dispositions relatives à la déclaration des fichiers auprès du Préposé ont perdu de leur importance. La nouvelle loi maintient toutefois l'obligation d'annonce dans les cas mentionnés ci-dessus. Cependant, la loi prévoira désormais un certain nombre d'**exceptions**. Si l'une d'entre elles est remplie, le maître du fichier ne sera pas tenu de déclarer son fichier:

- | si les données sont traitées par une personne privée en vertu d'une obligation légale;
- | si le traitement est désigné par le Conseil fédéral comme n'étant pas susceptible de menacer les droits des personnes concernées;
- | si le maître du fichier utilise le fichier exclusivement pour la publication dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique et ne communique pas les données à des tiers à l'insu des personnes concernées;
- | si les données sont traitées par un journaliste qui se sert du fichier comme un instrument de travail personnel;
- | si le maître du fichier 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;
- | si le maître du fichier s'est soumis à une procédure de certification prévue par la nouvelle loi, a obtenu un label de qualité et a annoncé le résultat de la procédure de certification au Préposé. Cette procédure de certification, qui visera autant les processus d'exploitation que les systèmes techniques d'information ou de programmes, permettra d'obtenir un label de qualité de la protection des données, délivré lorsqu'au terme de la procédure, un organisme de certification constatera que les normes légales et techniques sont respectées.

La déclaration d'un fichier de données peut, actuellement comme sous l'égide de la nouvelle loi, être faite de manière simple et rapide par l'intermédiaire d'un **formulaire type** fourni par le Préposé. La nouvelle loi prévoit en outre que le registre sera accessible en ligne et donc disponible à chacun.

#### 4 Transmission de données à l'étranger

La législation actuelle distingue clairement, d'une part, les conditions auxquelles des données personnelles peuvent ou non être transmises à l'étranger et, d'autre part, les conditions auxquelles un tel transfert doit faire l'objet d'une déclaration auprès du Préposé. La nouvelle loi modifie de manière substantielle les dispositions régissant le transfert de données à l'étranger.

##### 4.1 Droit actuel - conditions applicables au transfert

La règle qui prévaut en Suisse en matière de transmission de données personnelles à l'étranger est à la fois claire et vague: 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 protection des données équivalente à celle qui est garantie en Suisse. Cette disposition implique clairement que la responsabilité de déterminer si, dans un cas particulier, un transfert est autorisé ou non appartient au maître du fichier. On peut retenir qu'en pratique, la transmission de données personnelles non sensibles (et ne constituant pas un profil de la personnalité) vers des pays offrant une législation de protection des données équivalente est autorisée (sauf cas particuliers démontrant un risque spécifique dans les circonstances du cas d'espèce).

En revanche, la transmission de données personnelles vers des pays ne disposant pas d'une législation équivalente, ou le transfert de données sensibles et de profils de la personnalité, ne sont autorisés que si le maître du fichier prend des mesures propres à protéger efficacement la personnalité des personnes concernées. Dans la pratique, il est ainsi **nécessaire de conclure un contrat** avec le récipiendaire des données à l'étranger, garantissant en substance le respect des principes de protection des données du droit suisse. Le Préposé recommande d'ailleurs la conclusion d'un tel contrat dans tous les cas.

##### 4.2 Droit actuel - conditions applicables à la déclaration du transfert auprès du Préposé

Le droit en vigueur prévoit, à certaines conditions, une obligation d'annoncer au Préposé tout transfert d'un fichier à l'étranger. On entend par transfert à l'étranger non seulement la communication effective des données, mais également l'accès, depuis l'étranger, à des données personnelles situées en Suisse, par procédure d'appel (**remote access**), ainsi que la transmission de fichiers à des tiers mandatés pour effectuer le traitement pour le compte du maître du fichier.

En principe, il n'y a d'exception à l'obligation de déclaration que dans les cas suivants:

- | si la transmission découle d'une obligation légale;
- | si les personnes concernées ont connaissance de la transmission; ou
- | si des données personnelles non sensibles sont transmises vers un Etat qui dispose d'une protection des données équivalente à celle garantie en Suisse, sauf s'il est prévu de réexporter les fichiers vers un Etat n'ayant pas de législation équivalente.

La procédure de déclaration elle-même est simple et rapide. Elle implique uniquement la transmission d'un certain nombre d'informations relatives au fichier transmis (telles que, par exemple, l'identité de la personne communiquant les données et du destinataire de celles-ci, les catégories de données personnelles transmises, le cercle des personnes concernées et leur nombre approximatif, le but du traitement des données par le destinataire, etc.), qui peuvent être fournies par le biais d'un **formulaire** disponible auprès du Préposé. Il s'agit véritablement d'une simple notification, l'accord ou l'approbation du Préposé n'étant ni requis ni possible.



### 4.3 Les conditions d'un transfert de données à l'étranger sous la nouvelle loi

La nouvelle loi sur la protection des données modifie, en les simplifiant, les règles applicables au transfert de données à l'étranger. En particulier, elle abandonne le système de déclaration au Préposé, qui était peu utilisé en pratique, pour le remplacer par un **devoir de diligence** imposé aux personnes qui transmettent des données. La nouvelle loi prend également en considération les intérêts des groupes internationaux de sociétés, en leur facilitant les échanges de données intra-groupe.

La loi maintient la règle selon laquelle 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 (et non plus "équivalent"). En revanche, elle mentionne expressément un certain nombre de circonstances dans lesquelles le transfert de données est **autorisé** même en l'absence d'une législation assurant un niveau de protection adéquat à l'étranger. Ceci est le cas si:

- | des garanties suffisantes, notamment contractuelles, permettent d'assurer un niveau de protection adéquat à l'étranger;
- | la personne concernée a, en l'espèce, donné son consentement;
- | le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant;
- | 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;
- | la communication est, en l'espèce, nécessaire pour protéger la vie ou l'intégrité corporelle de la personne concernée;
- | la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et elle ne s'est pas opposée formellement au traitement;
- | 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.

### 5 Rapports avec le droit européen

On mentionnera brièvement que la nouvelle loi sur la protection des données, même si elle n'a pas pour but de rendre le droit suisse en tous points comparable au droit communautaire, le rapproche néanmoins sensiblement de celui-ci. Sur certains points d'ailleurs, le droit suisse offre même une protection plus étendue que celle en vigueur en Europe. Il protège par exemple les données des personnes morales, ce qui n'est pas le cas dans certains autres pays.

On relèvera également à ce sujet que l'Union Européenne a rangé la Suisse dans le groupe de pays qui jouissent d'un niveau de protection adéquat. En tout état de cause, la nouvelle loi permettra 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.

### Contact

Le contenu de cette Newsletter ne peut pas être assimilé à un avis ou conseil juridique ou fiscal. Si vous souhaitez obtenir un avis sur votre situation particulière, votre personne de contact habituelle auprès de Schellenberg Wittmer ou l'un des avocats suivants répondra volontiers à vos questions:

#### | A Genève:

FABRIZIO LA SPADA  
fabrizio.laspada@swlegal.ch

#### | A Zurich:

ANDREA MONDINI  
andrea.mondini@swlegal.ch

CHRISTINE BEUSCH-LIGGENSTORFER  
christine.beusch@swlegal.ch

15bis, rue des Alpes  
Case postale 2088  
CH-1211 Genève 1  
Tél. +41 (0) 22 707 8000  
Fax +41 (0) 22 707 8001

Löwenstrasse 19  
Case postale 6333  
CH-8023 Zurich  
Tél. +41 (0) 44 215 5252  
Fax +41 (0) 44 215 5200

| [www.swlegal.ch](http://www.swlegal.ch)