

Eva Cellina / Grégoire Geissbühler

Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites

À l'heure où se rencontrent big data et crise économique, un domaine voit ses activités et son exposition médiatique augmenter de jour en jour : les sociétés de renseignements économiques. Malgré les apparences, nombre de leurs pratiques sont illicites. En effet, bien que la transmission de certaines données puisse être couverte par la loi, leur collecte contrevient aux principes régissant la protection des données personnelles. Dès lors, tout traitement subséquent est impossible. Ces sociétés sont donc vouées à évoluer ou à disparaître.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Droit des obligations ; Protection des données ; LP

Proposition de citation : Eva Cellina / Grégoire Geissbühler, Collecte et transmission de données relatives au crédit : cadre légal, validité et limites, in : Jusletter 13 juillet 2015

Table des matières

1. Introduction
2. Données relatives au crédit
 - 2.1. Motifs justifiant le traitement
 - 2.1.1. Consentement de la personne
 - 2.1.2. Intérêt prépondérant au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LPD
 - 2.2. Restrictions
 - 2.2.1. Cercle des destinataires
 - 2.2.2. Contenu des données
 - 2.2.2.1. Exactitude
 - 2.2.2.2. Temps
 - 2.2.3. Finalité du traitement
3. Collecte des données
 - 3.1. Tiers
 - 3.2. Cocontractants
 - 3.3. Sociétés de recouvrement
 - 3.4. Registres officiels
 - 3.4.1. Registres librement accessibles
 - 3.4.2. Registres nécessitant un intérêt légitime
4. Voies de droit
 - 4.1. Droit d'accès
 - 4.2. Rectification
 - 4.3. Protection de la personnalité
5. Conclusion

1. Introduction

[Rz 1] Les sociétés de renseignements économiques ont pour but de fournir à leurs clients toutes les informations possibles sur de futurs partenaires contractuels, afin de réduire au maximum le risque d'être confronté à un « mauvais payeur ». Les personnes visées ne sont toutefois pas nécessairement conscientes ou informées du fait que leur situation financière est scrutée, analysée et notée.

[Rz 2] La transmission de données aux clients par ces sociétés ne profite pas d'un vide juridique pour se développer librement. Elle est encadrée par la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹. En revanche, rien n'est dit sur le contenu de ces données relatives au crédit (I.), ni sur les sources qui les ont fournies (II.). Notre étude se concentrera donc principalement sur ces deux points.

2. Données relatives au crédit

2.1. Motifs justifiant le traitement

[Rz 3] En matière de traitement de données personnelles, le principe général est posé à l'art. 12 al. 1 LPD, qui dispose que : « [q]uiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées ».

[Rz 4] L'art. 12 al. 2 LPD contient une liste non exhaustive des situations dans lesquelles l'atteinte

¹ RS 235.1.

est présumée de manière irréfutable². La notion d'atteinte à la personnalité correspond à celle de l'art. 28 al. 1 du Code civil (CC), qui prévoit qu'une atteinte a lieu lorsqu'une personne subit un trouble dans sa personnalité du fait du comportement d'un tiers³.

[Rz 5] Selon l'art. 12 al. 2 LPD, le traitement de données personnelles porte atteinte à la personnalité notamment lorsque ledit traitement viole les principes généraux énoncés aux art. 4, 5 al. 1 et 7 LPD (let. a), soit les principes de licéité, de bonne foi, de proportionnalité, de finalité, de reconnaissabilité, d'exactitude et de sécurité. Le traitement de données personnelles porte également atteinte à la personnalité lorsque le traitement se fait contre la volonté expresse de la personne concernée (let. b) ou lorsque le traitement inclut la communication à des tiers de données sensibles ou de profils de la personnalité (let. c).

[Rz 6] S'il est établi que le traitement des données personnelles provoque une atteinte à la personnalité, cette atteinte sera présumée illicite au sens de l'art. 13 al. 1 LPD à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi⁴. Hormis les informations destinées à éviter le surendettement des preneurs de crédits à la consommation (art. 22 ss de la loi fédérale sur le crédit à la consommation (LCC)⁵), qui sortent du cadre de cette étude, il n'existe pas à notre connaissance de base légale permettant ou obligeant des privés à traiter des données personnelles relatives au crédit et à la solvabilité. Nous nous concentrerons donc sur le consentement de la personne visée (1.) et sur l'intérêt prépondérant privé des sociétés de renseignements (2.).

2.1.1. Consentement de la personne

[Rz 7] Parmi les motifs justificatifs permettant de lever l'illicéité d'un traitement de données personnelles, le consentement joue un rôle essentiel car il est l'expression même du droit à l'autodétermination informationnelle⁶. Le principe du consentement, consacré à l'art. 4 al. 5, 1^{ère} phrase LPD, précise que pour être valable, il doit être l'expression libre de la volonté de l'individu dont les données sont traitées et celui-ci doit consentir de manière éclairée audit traitement⁷. Cette notion est équivalente à celle de consentement libre et éclairé du patient en droit médical, en ce sens que la personne concernée par le traitement de ses données personnelles doit disposer des éléments nécessaires lui permettant de prendre librement sa décision, en étant notamment informée des

² FF 1988 II 421, 466 ; GUILLOD, OLIVIER, *Droit des personnes*, 3e éd., Bâle 2012, N 213 ; MEIER, PHILIPP, *Protection des données – Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011, N 1536 ; RAMPINI, CORRADO, in *Maurer-Lambrou Urs/Blechlta Gabor-Paul* (édit.), *Basler Kommentar, Datenschutzgesetz*, 3e éd., 2014 (cité : BaK DSG-AUTEUR), LPD 12 N 6.

³ BUCHER, ANDREAS, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, 5e éd., Bâle 2009, N 496 ; GUILLOD (n. 2), N 213 ; MEIER, (n. 2), N 1528.

⁴ GUILLOD, (n. 2), N 214 ; STEINAUER PAUL-HENRI/FOUNTOULAKIS CHRISTIANA, *Droit des personnes physiques et de la protection de l'adulte*, Berne 2014, N 696. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00847/index.html?lang=fr>.

⁵ RS 221.214.1.

⁶ FLÜCKIGER, ALEXANDRE, *L'autodétermination en matière de données personnelles : un droit (plus si) fondamental à l'ère digitale ou un nouveau droit de propriété ?* PJA, 2013, p. 837-864, p. 856 ; MEIER, (n. 2), N 824 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 3 ; ATF 140 I 381, consid. 4.1.

⁷ BaK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, (n. 2), LPD 4 N 16f.

conséquences et des désavantages pouvant résulter d'un refus⁸.

[Rz 8] En outre, concernant le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité, le consentement doit être donné explicitement (art. 4 al. 5 2^{ème} phrase LPD)⁹. Les données concernant l'état économique d'une personne physique ou morale ne rentrent en principe pas dans cette catégorie¹⁰, aussi nous ne nous y attarderons pas.

[Rz 9] Le consentement doit porter sur un traitement précis avec une finalité précise (principe de finalité) ou du moins une catégorie de traitement déterminée, il n'est pas possible de donner son consentement de manière illimitée. Si l'étendue ou le but du traitement sont modifiés après l'obtention du consentement, le traitement n'est plus couvert, il faudra à nouveau obtenir le consentement de la personne concernée¹¹.

[Rz 10] Concernant la communication des données personnelles à des tiers, soit le fait de les rendre accessible en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant (art. 3 let. f LPD), il doit s'agir d'une catégorie déterminée ou déterminable de tiers et d'une finalité précise. Un consentement généralisé à une transmission à tout tiers sans autres précisions quant à la finalité du traitement ne nous paraît pas valable au regard de l'art. 27 al. 2 CC¹². La révocation du consentement sera toujours possible et, selon nous, devra se faire auprès du maître du fichier qui aura à charge d'en informer les tiers auxquels il a transmis les données personnelles.

[Rz 11] L'art. 10a LPD traite du cas particulier où le traitement des données est délégué à un tiers, qui n'est pas le destinataire des données, mais seulement un sous-traitant¹³. Cette délégation de traitement, plus communément appelée « *outsourcing* », a lieu lorsqu'une entreprise fait appel à un mandataire externe pour certains traitements spécifiques et ponctuels de données personnelles¹⁴. Le sous-traitant est soumis aux mêmes principes et obligations régissant le traitement de données personnelles que le maître du fichier¹⁵.

[Rz 12] Dans notre cas, il n'est pas question de traitement de données personnelles délégué à un tiers au sens de l'art. 10a LPD. Bien que les données soient effectivement transférées à un tiers, celui-ci en fait un usage propre et dans son propre intérêt¹⁶, il n'est donc pas un sous-traitant du maître du fichier.

[Rz 13] En règle générale, le consentement est obtenu à travers l'acceptation de conditions générales, surtout lorsque la personne visée est un consommateur. *A priori*, cette inclusion n'est pas utile, vu le motif justificatif général de l'art. 13 al. 2 let. a LPD. Le législateur considère que le traitement des données personnelles du partenaire contractuel répond à un besoin, et y reconnaît donc un intérêt

⁸ FF 2003 1915, 1939 ; FLÜCKIGER, (n. 6), n. 164 ; GUILLOD, (n. 2), N 215 ; MEIER, (n. 2), N 831 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 4, 6 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 705 ; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 7.1.

⁹ GUILLOD, (n. 2), N 215 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 14 ; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 7.1.

¹⁰ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 705, 709.

¹¹ HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Zurich, Bâle, Genève, 2007, N 807 ; MEIER, (n. 2), N 867 ss ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 13.

¹² HAAS (n. 11), N 794, 797, 807 ; BaK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, (n. 2), LPD 4 N 16f.

¹³ BaK DSG-BÜHLER/RAMPINI, (n. 2), LPD 10a N 1 ; MEIER, (n. 2), N 615, 1207.

¹⁴ MEIER, (n. 2), N 1198 ; ROSENTHAL, DAVID, in *Rosenthal David/Jöhri Yvonne* (édit.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich, Bâle, Genève, 2008, (cité : HK-AUTEUR), LPD 10a N 1, 23.

¹⁵ MEIER, (n. 2), N 1210, 1233.

¹⁶ MEIER, (n. 2), N 1235.

privé prépondérant¹⁷. En effet, on voit mal un contrat de durée être exécuté convenablement sans que les cocontractants n'aient à leur disposition les données personnelles de l'autre, fussent-elles les plus basiques : nom, adresse, *etc.*

[Rz 14] Cependant, deux facteurs plaident pour une intégration de la question des données personnelles dans les conditions générales. D'une part, cela permet de définir clairement l'étendue du traitement, pour réduire le risque de litige. D'autre part, les conditions générales peuvent aller au-delà d'un traitement qui serait couvert par l'art. 13 al. 2 let. a LPD, en autorisant par exemple une plus longue durée de conservation ou d'autres types de données.

[Rz 15] Les règles relatives aux conditions générales, notamment concernant l'intégration et les clauses insolites, s'appliqueront également pour les données personnelles. Elles n'appellent pas de développements particuliers dans le cadre de cette étude. Comme dans les autres cas, les conditions générales doivent être référencées dans le contrat, disponibles, rédigées dans la langue du lieu de consommation, conformes à la bonne foi, et les clauses inhabituelles doivent être mises en exergue¹⁸.

[Rz 16] Il est admis que la plupart des consommateurs signent les conditions générales sans les lire, en grande partie car elles ne sont pas négociables¹⁹. Si cela ne pose pas de problème pour les contrats de consommation en général, il est douteux que l'on puisse considérer que la personne visée ait consenti de façon libre et éclairée au moment d'apposer sa signature ou de cocher la case « J'ai lu et j'accepte les conditions générales ». Ce constat – qui pourrait remettre en cause toute la pratique en matière de collecte de données, notamment sur internet – mériterait à lui seul une étude approfondie²⁰. Nous nous contenterons ici de relever cette problématique, sans qu'elle n'impacte la suite de notre raisonnement.

[Rz 17] Le consentement est révocable en tout temps, sans motifs, tant que le traitement est en cours²¹. Une utilisation active des données n'est pas nécessaire pour que l'on considère que le traitement est pendant, l'archivage ou la conservation des données suffisent²². Toutefois, le traitement des données s'intègre généralement dans un cadre contractuel plus large. Certains contrats, notamment s'ils s'inscrivent dans la durée, peuvent être remis en cause si l'une des parties n'a plus accès aux informations personnelles de l'autre²³.

[Rz 18] À notre sens, une possibilité de résilier le contrat à la suite d'une révocation ne doit être ouverte que si la collecte et l'utilisation des données personnelles est un élément essentiel du contrat, notamment si cette autorisation tient lieu de prestation de la personne visée²⁴. Le risque que le contrat perde son sens ou qu'une disproportion majeure entre les obligations des parties apparaisse suffit à justifier une résiliation. Cela ne sera toutefois pas le cas pour les contrats où les données ne sont qu'une information utile à la bonne exécution, par exemple une adresse de livraison ou des coordonnées bancaires. Ces données seront de toute façon couvertes par l'art. 13 al. 2 let. a

¹⁷ GUILLOD, (n. 2), N 216; MEIER, (n. 2), N 1638; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 29 ss.

¹⁸ MARCHAND, SYLVAIN, Droit de la consommation : le droit suisse à l'épreuve du droit européen, Genève, 2012, p. 143 ss.

¹⁹ MARCHAND, (n. 18), p. 139.

²⁰ Voir notamment le caractère « utopique » d'une telle approche relevé par FLÜCKIGER, (n. 6), p. 856.

²¹ HAAS, (n. 11), N 548, 800; MEIER, (n. 2), N 840 ss; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 14.

²² MEIER, (n. 2), N 842. Voir aussi : HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD N 104.

²³ MEIER, (n. 2), N 844.

²⁴ Suivant le principe : « Si c'est gratuit, vous êtes le produit » : <https://www.youtube.com/watch?v=8vLSf1i4E7A> (dernière consultation en juillet 2015)

LPD, comme nous l'avons précédemment exposé. Une remise en cause du contrat ne serait alors pas justifiée.

[Rz 19] Même si une révocation du consentement devait aboutir à la fin du contrat, il n'y a pas à notre avis de possibilité de demander des dommages-intérêts positifs ou de faire valoir une clause pénale de ce seul fait. Il se justifie de traiter cette situation comme la révocation d'un pouvoir de représentation ou celle d'un mandat, qui ne peuvent être entravées par la menace d'une indemnisation²⁵. Suivant l'opinion de HAAS – en matière de consentement aux atteintes à la personnalité²⁶ – nous estimons que seuls des dommages-intérêts négatifs peuvent être réclamés, correspondant aux frais que le maître du fichier a engagés de bonne foi en se fiant au consentement de la personne visée. Cette solution, analogue à l'art. 404 al. 2 du Code des obligations (CO)²⁷ relatif à la résiliation d'un mandat en temps inopportun, est un juste équilibre entre les intérêts des deux parties.

[Rz 20] Enfin, une personne peut s'opposer au traitement de ses données personnelles à tout moment, même après avoir donné son consentement²⁸. L'opposition au traitement de la personne concernée rend ce traitement illicite (art. 12 al. 2 let. b LPD), à moins que la personne effectuant le traitement ne dispose d'un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD²⁹.

2.1.2. Intérêt prépondérant au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LPD

[Rz 21] Dans le champ de notre étude, l'intérêt prépondérant de la personne traitant les données correspond au cas où « les données personnelles sont traitées dans le but d'évaluer le crédit d'une autre personne, à condition toutefois que ces données ne soient ni sensibles ni constitutives de profils de la personnalité et qu'elles ne soient communiquées à des tiers que si ceux-ci en ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée » (art. 13 al. 2 let. c LPD).

[Rz 22] L'existence d'un intérêt à connaître la situation financière d'un (futur) partenaire contractuel ne fait pas de doute. On conçoit aisément qu'un individu ne souhaite pas prendre de risques en concluant avec un partenaire qui ne serait pas en mesure de faire face à ses obligations³⁰. Une fois que le contrat est conclu, la connaissance de l'insolvabilité du partenaire offre une exception quant à l'exécution de sa prestation, voire une possibilité de résilier le contrat (art. 83 CO)³¹. Des mécanismes similaires se trouvent dans la partie spéciale du Code des obligations (art. 316, 337a, 349a, 418o CO, *etc.*).

[Rz 23] Le Message de 1988 prévoyait de restreindre le motif justificatif de l'art. 13 al. 2 let. c LPD aux renseignements sur les personnes inscrites au registre du commerce, motif pris de leur plus grande implication dans la vie économique et d'un seuil de tolérance plus élevé aux

²⁵ TERCIER PIERRE/PICHONNAZ PASCAL, *Le droit des obligations*, 5e éd., Zurich, Bâle, Genève, 2012, N 426 ss ; ATF 127 III 515, consid. 2b.

²⁶ HAAS, (n. 11), N 559 ss. Voir également : HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 4 N 105.

²⁷ HAAS, (n. 11), N 561. Voir également : HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 4 N 105.

²⁸ MEIER, (n. 2), N 1553.

²⁹ BUCHER, (n. 3), N 465 ; MEIER, (n. 2), N 1554 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 25 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 4 N 105, LPD 12 N 24 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 708.

³⁰ GUILLOD, (n. 2), N 216 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 36 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 716.

³¹ BUTTICAZ, LAURENT, *La notion d'insolvabilité en droit suisse*, Genève 2011, N 4 ; HOHL, FABIENNE, in *Thévenoz Luc/Werro Franz* (édit.), *Commentaire romand, CO I (Code des obligations, art. 1-529 CO)*, 2e éd., Bâle, 2012 (cité : CR CO I-AUTEUR), CO 83 N 11 ; SCHWENZER, N 62.12

atteintes à la personnalité³². Cette manière de voir, qui nous semble pourtant raisonnable, n'a pas été retenue dans le texte final de la loi. Cependant, les limitations posées par le Message, notamment l'interdiction de transmettre des données de façon « systématique ou global[e] » ou sans se rapporter à un cas spécifique sont toujours d'actualité³³. Elles nous semblent même plus importantes, vu l'élargissement du cercle des personnes visées.

[Rz 24] En conclusion, le fait, pour une société de renseignements économiques, de transmettre des données personnelles concernant la capacité de crédit ou l'état économique d'un individu à une société tierce qui souhaite conclure un contrat avec ledit individu rentre dans le cadre de l'art. 13 al. 2 let. c LPD. Toutefois, ce motif justificatif n'est pas sans limites, les restrictions découlant des principes généraux du droit de la protection des données sont toujours applicables. Nous allons les traiter maintenant.

2.2. Restrictions

2.2.1. Cercle des destinataires

[Rz 25] À la simple lecture de l'art. 13 al. 2 let. c LPD – précité – on voit bien que ce motif justificatif est assorti d'une restriction importante. La communication des données personnelles à des tiers n'est admise que si, dans un cas concret, le tiers prouve qu'il en a besoin pour conclure ou exécuter le contrat avec la personne dont il demande les renseignements. Il n'est donc pas possible de diffuser librement les informations relatives au crédit³⁴.

[Rz 26] Les critères sont les mêmes qu'à l'art. 13 al. 2 let. a LPD³⁵ – à savoir un rapport contractuel présent ou dans un futur proche – ce qui assure la cohérence du système. En effet, le futur partenaire contractuel a le droit de traiter des informations concernant la personne visée, il est donc logique qu'un tiers puisse les lui transmettre. La réciproque n'est en revanche pas vraie, nous y reviendrons dans notre deuxième partie.

2.2.2. Contenu des données

[Rz 27] Les conséquences de la communication de données relatives au crédit peuvent être importantes pour la personne visée, vu que cela peut l'exclure de la vie économique en la privant de la conclusion de certains contrats ou en la soumettant à des conditions plus dures³⁶. Simultanément, celui qui se sera procuré des données relatives au crédit se basera dessus pour fonder son choix de conclure ou de poursuivre ses relations avec la personne visée, en présumant que ces données sont fiables. Si elles sont inexactes, la décision prise s'avérera mauvaise, soit en causant une perte due à une représentation trop optimiste de la réalité, soit en faisant perdre une opportunité profitable.

³² FF 1988 II 421, 468.

³³ FF 1988 II 421, 468 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 716.

³⁴ GUILLOD, (n. 2), N 216 ; MEIER, (n. 2), N 1683 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 716. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00847/index.html?lang=fr>.

³⁵ MEIER, (n. 2), N 1638 ss, 1665 ss ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 13 N 36 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 716.

³⁶ FF 1988 II 421, 457 ; HOFER, CHRISTOPH, in *Passadelis Nicolas/Rosenthal David/Thür Hanspeter* (édit.), *Datenschutzrecht – Beraten in Privatwirtschaft und öffentlicher Verwaltung*, Bâle, 2015, (cité : DSR-AUTEUR), N 16.7.

[Rz 28] Nous examinerons ici le contenu des données sous deux angles : l'exactitude des données recueillies d'une part, et leur durée de conservation d'autre part. Ces deux facteurs influencent très largement la pertinence de la transmission.

2.2.2.1. Exactitude

[Rz 29] L'art. 5 al. 1 LPD consacre le principe d'exactitude des données traitées et impose à la personne effectuant un traitement de données personnelles non seulement de s'assurer que « les données reflètent de manière correcte, actuelle et objective les faits ou autres circonstances se rapportant à la personne concernée »³⁷, mais aussi de rectifier les données incomplètes ou inexactes – ceci dans l'intérêt de toutes les parties concernées³⁸. Une violation du principe d'exactitude fait présumer l'illicéité du traitement (art. 12 al. 2 let. a LPD)³⁹. Les données invérifiables ne peuvent pas non plus être traitées⁴⁰. Le maître du fichier doit prouver qu'il a pris les mesures nécessaires pour s'assurer de l'exactitude des données⁴¹. Par conséquent, s'il ne peut raisonnablement démontrer la véracité des données qu'il a reçues, le maître du fichier doit renoncer à les utiliser.

[Rz 30] Dans la définition du « crédit » ou au sens de l'art. 13 al. 2 let. c LPD, certains auteurs germanophones distinguent la « *Zahlungsfähigkeit* » de la « *Zahlungswilligkeit* »⁴². Cette distinction ne se retrouve pas dans la doctrine francophone, mais nous pouvons la traduire par « faculté de paiement » ou « solvabilité » pour la première, et « volonté de paiement » ou « morale de paiement » pour la seconde.

[Rz 31] À notre sens, cette double inclusion n'a pas lieu d'être. Seules les informations relatives à la solvabilité d'une personne sont susceptibles de satisfaire au critère d'exactitude – soit les données comptables, les revenus, la fortune ou les crédits en cours, l'existence et le montant de poursuites, saisies et actes de défaut de biens, ainsi que les procédures judiciaires relatives à un paiement⁴³ – à l'exclusion d'informations sur la « morale de paiement ». Nous voyons deux raisons à cela :

[Rz 32] Premièrement, la « morale de paiement » est une donnée essentiellement subjective. On ne saurait considérer un oubli isolé comme le signe d'une volonté d'échapper à ses obligations. Se pose alors la question du nombre et de la fréquence de ces défauts de paiement, et force est de constater qu'aucune réponse satisfaisante sur le plan de l'objectivité ne peut être apportée. Un débiteur qui paie avec un mois de retard sans qu'un rappel lui soit adressé vaut-il « mieux » que celui qui paie après dix jours et un rappel ? Est-il préférable de payer à la troisième relance sur une créance donnée ou d'attendre trois fois un premier rappel ? La réponse dépendra de la sensibilité de chacun.

[Rz 33] À ces éléments, il faut ajouter la grande diversité en matière d'échéances de paiement et de rappels sur le marché suisse. Les créanciers peuvent avoir une politique de relance et un suivi

³⁷ MEIER, (n. 2), N 745. Voir également : BaK DSG-MAURER-LAMBROU/SCHÖNBÄCHLER, (n. 2), LPD 5 N 4. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00847/index.html?lang=fr>.

³⁸ GUILLOD, (n. 2), N 206 ; MEIER, (n. 2), N 743 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 706.

³⁹ BUCHER, (n. 3), N 465 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 5 N 4.

⁴⁰ BaK DSG-MAURER-LAMBROU/SCHÖNBÄCHLER, (n. 2), LPD 5 N 36 ; MEIER, (n. 2), N 745 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 5, N 1 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 706.

⁴¹ BaK DSG-MAURER-LAMBROU/SCHÖNBÄCHLER, (n. 2), LPD 5 N 13a ss ; MEIER, (n. 2), N 760.

⁴² DSR-HOFER, (n. 36), N 16.1 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 13 N 49.

⁴³ MEIER, (n. 2), N 1680. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00847/index.html?lang=fr>.

plus ou moins strict en fonction de la branche, de la taille de l'entreprise ou des montants en jeu. Ainsi, même des données purement factuelles – indiquant par exemple qu'un débiteur donné n'a payé qu'après un rappel dans tel ou tel contrat – n'ont pas une valeur suffisante pour en tirer une conclusion qui satisfasse au principe d'exactitude.

[Rz 34] Deuxièmement, le maître du fichier ne dispose d'aucun moyen de vérifier la véracité des données qu'il reçoit. Il doit se fier à la parole du créancier ou du tiers qui lui fournit les informations. Or, ceux-ci ont généralement un intérêt propre dans l'affaire en cause, ce qui n'est pas un gage d'objectivité. De plus, le débiteur qui refuse de s'acquitter d'un montant quelconque peut être fondé à le faire. Les exemples ne manquent pas : vices du consentement, révocation ou résiliation d'un contrat, inexécution par le créancier de ses propres obligations, actions rédhibitoire ou minutoire, *etc.*

[Rz 35] Tous ces motifs ont un point commun, il s'agit de manifestations unilatérales de volonté, qui n'ont pas à être soumises à l'approbation d'un juge et qui déploient leurs effets si les conditions de base du droit exercé sont remplies⁴⁴. Le créancier peut certes penser – de bonne foi – qu'il a un droit à une prestation, mais cela n'est pas une donnée objective et vérifiable. Seule une poursuite ou un acte de procédure pourrait indiquer un risque à moyen terme que le débiteur soit condamné à faire sa prestation, mais il s'agit alors de solvabilité telle que nous l'avons précédemment définie et non plus de « morale de paiement ».

[Rz 36] Il apparaît que la « morale de paiement » n'est en somme qu'une indication quant au comportement du débiteur face à un litige. On peut comprendre l'intérêt d'un créancier à n'avoir que des partenaires contractuels qui s'acquittent de leurs obligations sans réfléchir et sans poser de questions, mais cela n'est pas – et ne doit pas être – le but de la Loi sur la protection des données.

[Rz 37] En conclusion, même s'il semble couvert par le motif justificatif de l'art. 13 al. 2 let. c LPD, le traitement de données relatives à la « morale de paiement » viole le principe d'exactitude, il nous faut par conséquent conclure à son illicéité.

2.2.2.2. Temps

[Rz 38] Le principe de proportionnalité énoncé à l'art. 4 al. 2 LPD se subdivise en trois aspects, soit la proportionnalité de principe, matérielle et temporelle⁴⁵. Cette dernière requiert que les données traitées et conservées doivent être nécessaires au but poursuivi par l'auteur du traitement. Elles ne peuvent être conservées au-delà de la période nécessaire à leur traitement⁴⁶, après quoi elles doivent être spontanément détruites ou anonymisées⁴⁷.

[Rz 39] La durée de conservation n'est pas prévue par la LPD et doit être déterminée selon chaque cas d'espèce⁴⁸. Il faudra notamment vérifier que la donnée soit toujours actuelle et pertinente en vue d'atteindre le but poursuivi. Selon MEIER, une poursuite datant d'il y a 15 ans n'est plus pertinente pour évaluer le crédit de la personne concernée⁴⁹. De ce fait, une telle conservation de

⁴⁴ TERCIER/PICHONNAZ, (n. 25), N 176.

⁴⁵ MEIER, (n. 2), N 664 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 702.

⁴⁶ MEIER, (n. 2), N 679.

⁴⁷ MEIER, (n. 2), N 680 ; Arrêt de la CACI/VD HC / 2012 / 130 du 12 janvier 2012, JdT 2012 III 197, consid. 8.

⁴⁸ MEIER, (n. 2), N 684.

⁴⁹ MEIER, (n. 2), N 1682. Repris par : arrêt de la CACI/VD HC / 2012 / 130 du 12 janvier 2012, JdT 2012 III 197, consid. 8.

donnée ne serait pas couverte par l'art. 13 al. 2 let. c LPD. STEINAUER/FOUNTOULAKIS relèvent un arrêt en matière de crédit à la consommation dans lequel une durée de conservation de 3 ans est admise⁵⁰ et qui envisage – sans que cela ne soit tranché – un délai de 5 ans dans les cas de défaut⁵¹.

[Rz 40] Ces durées nous semblent pertinentes dans la mesure où il s'agit d'un registre établi à la demande de la loi, qui vise à protéger tant le prêteur que le consommateur et qui concerne des engagements à long terme. En revanche, une poursuite réglée ou un rappel ponctuel devraient être effacés après un laps de temps bien plus court, dès lors qu'ils ne reflètent que peu – voire pas du tout – la situation financière effective de la personne visée, par nature changeante (perte, reprise ou changement d'emploi, dépenses imprévues, revenus ponctuels, soutien de proches, modifications de la situation familiale, *etc.*).

2.2.3. Finalité du traitement

[Rz 41] L'art. 4 al. 3 LPD, qui consacre le principe de finalité, prévoit que les données personnelles ne doivent pas être traitées dans un but qui ne serait pas indiqué lors de leur collecte, prévu par la loi ou ressortant des circonstances.

[Rz 42] Le principe de finalité assure non seulement la détermination du but de la collecte mais aussi l'immutabilité de ce but⁵². Ces deux sous-principes sont des concrétisations du principe de la bonne foi en affaires et du principe de la confiance. Le but du traitement doit être clairement défini de manière à ce que la personne concernée connaisse ou puisse en déduire la finalité⁵³. Lorsque les données personnelles sont communiquées à des tiers, ceux-ci restent tenus par la finalité initialement prévue⁵⁴.

[Rz 43] De plus, le but initialement défini ne doit pas être modifié par la suite et les données ne doivent pas être utilisées dans un autre but que celui qui a été annoncé, à moins qu'il existe un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD. S'agissant alors d'une violation d'un principe cardinal du droit de la protection des données – appartenant à la liste de l'art. 12 al. 1 let. a LPD – il convient de se montrer strict dans l'admission du motif justificatif⁵⁵.

[Rz 44] L'un intérêt purement économique pourrait justifier une atteinte, qu'il s'agisse de celui de la personne traitant les données ou d'un tiers qui en bénéficierait, s'il est prépondérant⁵⁶. Dans l'arrêt de principe sur la question, le Tribunal fédéral a nié que l'intérêt privé du maître du fichier et de ses mandants – à savoir la répression du *peer-to-peer* en vue de protéger le droit d'auteur – puisse primer sur la protection des données, sans vouloir toutefois établir une hiérarchie entre

⁵⁰ STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 716. Arrêt de la CACI/VD HC / 2012 / 130 du 12 janvier 2012, JdT 2012 III 197, consid. 8.

⁵¹ Arrêt de la CACI/VD HC / 2012 / 130 du 12 janvier 2012, JdT 2012 III 197, consid. 8.

⁵² GUILLOD, (n. 2), N 203; MEIER, (n. 2), N 722; BaK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, (n. 2), LPD 4 N 13; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 703.

⁵³ GUILLOD, (n. 2), N 203, 205; MEIER, (n. 2), N 723; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 703; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 7.1, 9.1.

⁵⁴ MEIER, (n. 2), N 726; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 4 N 47.

⁵⁵ MEIER, (n. 2), N 725; ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446, consid. 5.2, 6.3.1; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 7.2, 8.1. Plus stricts encore, en cela que seule une modification législative ultérieure pourrait permettre une modification du but : GUILLOD, (n. 2), N 203; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 706.

⁵⁶ ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446, consid. 6.3.3 ; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 10.3.

ces droits⁵⁷. Un des arguments avancés est le risque d'utilisation des données dépassant la finalité avancée pour le traitement⁵⁸.

[Rz 45] Ce raisonnement peut être transposé dans le cadre de notre étude. D'une part, il existe un intérêt purement financier des sociétés de renseignements économiques, dont le revenu dépend directement des données qu'elles traitent. Leurs clients ont également un intérêt à conclure avec des clients solvables. D'autre part, les personnes visées transmettent et consentent au traitement de données dans leurs relations économiques, sans nécessairement envisager qu'elles seront utilisées à d'autres fins – par exemple donner des informations sur leur solvabilité. Le risque d'un usage abusif des données ne peut être écarté (extrapolations telles que la « morale de paiement », menaces visant à faire payer un débiteur⁵⁹, *etc.*). Cela peut conduire, comme nous l'avons déjà exposé, à ce que ces personnes se retrouvent exclues du marché, ou soumises à des conditions bien plus sévères, sans motif objectif. Il se justifie donc de se montrer particulièrement restrictif en la matière, et de n'admettre un changement de finalité des données que dans des cas très particuliers.

[Rz 46] Une approche contraire ne serait pas souhaitable. Cela reviendrait à admettre que des données – même collectées ou transmises illicitement – se trouveraient « guéries » et utilisables, dès lors qu'une justification leur est trouvée *ex post*. Tous les principes et toutes les restrictions posées par la Loi sur la protection des données se trouveraient mises à néant, et l'on en viendrait à admettre que la fin justifie les moyens dans ce domaine. Cela ne peut pas être une interprétation raisonnable de la loi.

3. Collecte des données

[Rz 47] Le Préposé fédéral à la protection des données rappelle que toute transmission de données, même si elle implique une société spécialisée – en renseignements économiques, dans le cas qui nous occupe – doit être couverte par un motif justificatif, faute de quoi elle serait illicite⁶⁰. Nous avons conclu dans notre première partie à la licéité de la transmission « descendante » de données relatives au crédit, c'est-à-dire de la société de renseignements économiques à ses clients – sous quelques réserves que nous avons explicitées.

[Rz 48] Dans notre deuxième partie, nous examinerons la collecte des données, sous l'angle de la transmission « ascendante » de celles-ci. Notre but est d'établir la licéité ou l'illicéité de la communication de données relatives aux crédits de quatre sources potentielles d'informations : les tiers en général (A.), les cocontractants – réguliers ou ponctuels – des sociétés de renseignements économiques (B.), les sociétés de recouvrement (C.) et enfin les registres officiels, notamment le registre des poursuites (D.).

⁵⁷ ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446, consid. 6.3.3, 6.4.

⁵⁸ ATF 136 II 508, JdT 2011 II 446, consid. 6.3.3.

⁵⁹ <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr> (consulté en juillet 2015).

⁶⁰ <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr> (consulté en juillet 2015).

3.1. Tiers

[Rz 49] Dans notre conception, les tiers sont les individus qui n'ont aucun lien avec la société de renseignements économiques, mais qui acceptent de lui fournir des informations sur la personne visée. Les raisons de ce transfert peuvent être diverses, allant de la volonté de « bien faire » en mettant ces données à disposition du plus grand nombre, à celle de nuire au débiteur avec lequel ils sont en conflit.

[Rz 50] Les motifs justificatifs posés par l'art. 13 al. 2 let. a et c LPD ne trouvent toutefois pas application ici. En effet, les sociétés de renseignements économiques ne sont ni liées ni en voie d'être liées contractuellement avec les personnes dont les données sont transmises. Elles collectent ces données dans leur propre intérêt – qui est de les revendre par la suite – sans que cela n'implique la personne visée.

[Rz 51] Par conséquent, elles ne peuvent pas traiter ces données, ni les obtenir, et le tiers n'est pas en droit de les transmettre. Il s'agira donc d'une atteinte illicite à la personnalité commise à la fois par la société de renseignements économiques et par le tiers, à moins qu'ils ne disposent d'un autre motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD, typiquement le consentement. Cependant, la personne visée reste libre de révoquer son consentement en tout temps auprès de son partenaire qui, comme nous l'avons déjà expliqué, devra en informer la société de renseignements économiques.

3.2. Cocontractants

[Rz 52] Les cocontractants sont ceux qui sont liés par contrat à la société de renseignements économiques, et qui demandent des informations sur le crédit dans le but de conclure – ou de refuser de conclure – un contrat avec la personne visée⁶¹. Comme nous l'avons vu précédemment, la société de renseignements économiques peut transmettre des données relatives au crédit d'une personne à ses clients qui souhaitent conclure un contrat avec ladite personne. C'est ce que nous avons appelé la transmission « descendante ».

[Rz 53] En revanche, la transmission que nous avons appelée « ascendante » – la fourniture de données personnelles par le cocontractant à la société de renseignements économiques – n'est pas couverte par un motif justificatif au sens de l'art. 13 al. 2 LPD. Le contrat passé entre les parties ne leur offre aucun droit supplémentaire quant à la transmission des données, cette hypothèse n'étant pas prise en compte par la loi. Il se justifie donc de leur appliquer le même régime juridique qu'aux autres tiers, et de conclure à un traitement illicite des données, sauf autre motif justificatif.

3.3. Sociétés de recouvrement

[Rz 54] Le raisonnement est le même pour les sociétés de recouvrement que pour les tiers en général. Celles-là ont généralement besoin que le créancier leur fournisse un certain nombre d'informations sur le débiteur et la créance dont elles sont chargées, mais elles ne disposent d'aucun droit ni d'aucune position officielle particulière qui puisse leur permettre de transmettre ces informations à des tiers.

⁶¹ MEIER, (n. 2), N 1643.

[Rz 55] Dans le cas, envisageable, où une même société – ou un même groupe de sociétés – se charge tant de recouvrement de créances que de renseignements économiques, le principe de finalité s’oppose à ce que les données personnelles transitent d’une branche d’activité à l’autre. En effet, la personne visée – cocontractante du client de la société de recouvrement – a transmis certaines informations au créancier, nécessaires à la bonne exécution du contrat (art. 13 al. 2 let. a LPD). Si la transmission des données à la société de recouvrement est une hypothèse raisonnable, car elle s’inscrit dans l’exécution des prestations convenues, leur utilisation à des fins de renseignements économiques relève d’un tout autre but, qui ne peut être couvert par un des motifs justificatifs de l’art. 13 LPD.

[Rz 56] Il convient enfin de relever que la menace d’une « dénonciation » à une société de renseignements économiques est une pratique illicite selon le Préposé fédéral⁶².

3.4. Registres officiels

[Rz 57] Il existe en Suisse un certain nombre de registres officiels tenus par l’Etat, aux fonctions diverses : attester de la propriété foncière, donner les caractéristiques des personnes morales, répertorier les poursuites, *etc.* Ces registres ne sont pas soumis en tant que tels à la LPD (art. 2 al. 2 let. d LPD)⁶³. Cependant, ils contiennent généralement des données personnelles, et le traitement de ces données par des tiers est soumis – *a contrario* – aux principes généraux en la matière.

[Rz 58] Pour mieux rendre compte de la situation juridique, nous diviserons ces registres officiels en deux catégories : ceux librement accessibles (1.) et ceux dont la consultation nécessite un intérêt légitime – surtout le registre des poursuites (2.).

3.4.1. Registres librement accessibles

[Rz 59] Le Tribunal administratif fédéral a tranché dans un arrêt de 2008 que la diffusion de données librement accessibles – notamment par le biais du registre du commerce – n’est pas contraire à la protection des données, notamment car ces registres visent la protection d’un intérêt public⁶⁴. Il s’agit donc d’une source légitime d’informations pour les sociétés de renseignements économiques⁶⁵.

[Rz 60] Toutefois, les inscriptions au registre du commerce, ou – par exemple – au registre foncier, ne donnent qu’un aperçu très parcellaire de la situation financière d’un individu, et de nombreuses personnes ne sont pas inscrites dans ces registres. En faire une unique source de renseignements n’aurait pas de sens.

3.4.2. Registres nécessitant un intérêt légitime

[Rz 61] Le législateur a instauré, il y a déjà plusieurs années, le droit de consultation des registres de poursuite, afin de fournir des renseignements sur la solvabilité des individus. Afin de parer aux

⁶² <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00848/index.html?lang=fr> (consulté en juillet 2015).

⁶³ BaK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, (n. 2), LPD 2 N 23; MEIER, (n. 2), N 398; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 695.

⁶⁴ ATAF 2008/16, consid. 5.2.

⁶⁵ Pour une liste des registres, voir : MEIER, (n. 2), N 400; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 695.

dérives, l'art. 8a LP prévoit que ce droit est restreint aux personnes pouvant rendre vraisemblable un intérêt légitime à cette consultation, notamment si elles souhaitent conclure un contrat avec la personne visée⁶⁶. Cet intérêt prime alors la protection de la sphère privée du débiteur⁶⁷. On remarque une analogie évidente avec les motifs justificatifs du droit de la protection des données.

[Rz 62] À nouveau, il apparaît que seul un lien direct avec le débiteur permet d'obtenir – et par extension de traiter – ces données. Comme dans les autres hypothèses envisagées dans cette étude, les sociétés de renseignements économiques n'ont aucun intérêt légitime à consulter les registres, vu leur absence de lien avec le débiteur.

[Rz 63] Dans les faits, certaines sociétés offrent d'agir comme représentant auprès de l'office des poursuites, moyennant finances⁶⁸. Cette pratique nous paraît tout à fait licite, tant qu'elle se borne à user de ce pouvoir de représentation. En revanche, la conservation ou tout autre traitement des données personnes acquises par ce biais ne peut être couvert par un motif justificatif de l'art. 13 LPD, vu l'absence de lien déjà évoquée à plusieurs reprises.

4. Voies de droit

[Rz 64] La mise en œuvre du droit de la protection des données dans les cas particuliers est laissée à la charge des personnes visées. Elle se déroule en trois temps. Tout d'abord, la personne doit pouvoir accéder aux données la concernant (A.). Ensuite, elle peut demander la rectification des données inexactes (B.). Enfin, elle dispose des actions habituelles en protection de sa personnalité (C.).

4.1. Droit d'accès

[Rz 65] Le droit d'accès est régi en détail par l'art. 8 LPD. Il découle de la nécessité pour la personne visée de connaître quelles données le concernant sont traitées – et par qui – afin de pouvoir mettre en œuvre ses droits⁶⁹. Ce droit est de nature impérative, la personne visée ne pouvant y renoncer à l'avance (art. 8 al. 6 LPD)⁷⁰.

[Rz 66] Dans le cadre de cette étude, il ne nous semble pas exister de motifs particuliers justifiant un refus de transmettre des données personnelles (art. 9 et 10 LPD). De même, la procédure de demande ne nous semble pas nécessiter de développements particuliers. Comme dans les autres cas, la personne visée doit formuler par écrit sa demande, en apportant une preuve de son identité⁷¹

⁶⁶ MUSTER, ÉRIC, Les renseignements (article 8a LP), BLSchK, 2014, p. 161–178, p. 161 ss : ATF 135 III 503, JdT 2012 II 523, consid. 3.

⁶⁷ FF 1991 III 1, 33 ss; MUSTER (n. 66), p. 162; ATF 135 III 503, JdT 2012 II 523, consid. 3.4.

⁶⁸ Par exemple : http://www.monetas.ch/htm/1528/fr/Extrait-du-registre-des-poursuites-particulier.htm?S=bet_lp_def (consulté en juillet 2015).

⁶⁹ BaK DSG-GRAMIGNA/MAURER-LAMBROU, (n. 2), LPD 8 N 1; GUILLOD, (n. 2), N 212; MEIER, (n. 2), N 964; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 8 N 1; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 723; ATF 125 II 473, JdT 2001 I 322, consid. 4b.

⁷⁰ GUILLOD, (n. 2), N 212; MEIER, (n. 2), N 973; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 8 N 27;

STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 723a.

⁷¹ GUILLOD, (n. 2), N 212; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 8 N 10; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 723a ss.

(art. 1 al. 1 de l'Ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD))⁷². En cas de refus, l'art. 15 al. 4 LPD offre la possibilité de s'adresser au juge pour les obtenir, par le biais d'une procédure simplifiée⁷³.

4.2. Rectification

[Rz 67] L'art. 5 al. 2 LPD prévoit un droit à la rectification des données, corollaire du principe d'exactitude⁷⁴. Si le maître du fichier le refuse, il est possible de s'adresser au juge (art. 15 al. 1 LPD)⁷⁵. Comme pour les actions du Code civil, il est possible de demander la publication dudit jugement ou sa communication à des tiers (art. 15 al. 3 LPD)⁷⁶.

[Rz 68] S'il est impossible de prouver que les données sont exactes ou inexactes, la mention du caractère litigieux peut être ajoutée au fichier (art. 15 al. 2 LPD)⁷⁷. À notre avis, cette option ne doit pas être admise trop facilement, sauf à vider de son sens le principe d'exactitude. En effet, dans le contexte des renseignements économiques, une inscription indiquant un défaut de paiement pourra avoir un effet dévastateur, même si elle est contestée. Il ne faudrait pas non plus que ces mentions servent à légitimer certaines pratiques illicites, telles que des indications sur la supposée « morale de paiement ».

4.3. Protection de la personnalité

[Rz 69] L'art. 15 al. 1 LPD renvoie, pour les actions en protection de la personnalité, aux art. 28 ss CC⁷⁸. Les conditions générales d'exercice de ces actions sont une atteinte à la personnalité du demandeur, qui doit être illicite, donc ne pas disposer d'un motif justificatif⁷⁹. Or, ce sont précisément les conditions que nous avons analysées tout au long de cette étude. Dès lors, une action en protection de la personnalité sera possible lorsqu'un traitement contrevient aux principes que nous avons analysés.

[Rz 70] Il sera donc possible de demander la prévention, la cessation ou la constatation du caractère illicite de l'atteinte⁸⁰ découlant d'un traitement contraire à la Loi sur la protection des données.

⁷² RS 235.11.

⁷³ GUILLOD, (n. 2), N 212 ; MEIER, (n. 2), N 1068 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 15 N 35 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 93 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 723d. <http://www.edoeb.admin.ch/datenschutz/00626/00806/00847/index.html?lang=fr>.

⁷⁴ GUILLOD, (n. 2), N 206 ; BaK DSG-MAURER-LAMBROU, (n. 2), LPD 5 N 14 ; MEIER, (n. 2), N 1747.

⁷⁵ GUILLOD, (n. 2), N 218 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 15 N 1 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 34 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 726.

⁷⁶ GUILLOD, (n. 2), N 218 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 15 N 16 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 86 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 726.

⁷⁷ GUILLOD, (n. 2), N 218 ; MEIER, (n. 2), N 1766 ss ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 82 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 726.

⁷⁸ GUILLOD, (n. 2), N 200, 218 ; MEIER, (n. 2), N 1751 ; BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 15 N 1 ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 14 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 721, 726 ; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 10.6.5.

⁷⁹ BUCHER, (n. 3), N 430 ss ; 472 ss ; GUILLOD, (n. 2), N 163 ss ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 553 ss, 558 ss ; ATF 138 II 436, JdT 2013 I 71, consid. 8.

⁸⁰ BUCHER, (n. 3), N 554 ss ; GUILLOD, (n. 2), N 171, 174 ss ; MEIER, (n. 2), N 1735 ss ; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 15 ; STEINAUER/FOUNTOULAKIS, (n. 4), N 576.

L'art. 28a al. 3 CC prévoit également que les actions en dommages-intérêts (art. 41 ss CO) et en tort moral (art. 49 CO) sont réservées⁸¹.

[Rz 71] Ces actions manquent toutefois d'un véritable effet dissuasif, la victime ne pouvant que très difficilement se faire indemniser. Les dommages-intérêts présupposent que cette dernière ait subi un dommage – donc une diminution involontaire du patrimoine net⁸². Or, la perte d'une chance de conclure un contrat n'est pas indemnisable en droit suisse⁸³. Même si l'on pouvait prouver avec une certitude métaphysique que l'action de la société de renseignements économiques a causé, seule, le non-aboutissement de la négociation, la question de la différence de patrimoine continuerait d'empêcher l'indemnisation. Quant au tort moral, on peut douter que les souffrances ressenties par la personne visée⁸⁴ soient suffisantes pour le justifier, hors cas exceptionnels.

5. Conclusion

[Rz 72] L'art. 13 al. 2 let. c LPD semble *a priori* légitimer l'activité de renseignements économiques, en autorisant la transmission de données relatives au crédit. Cependant, une analyse plus fine, prenant en compte toute la structure de la Loi sur la protection des données, montre que l'obtention de telles données est illicite pour ces sociétés – hors le cas de registres publics ne nécessitant pas un intérêt légitime. Ces données ne peuvent être guéries après coup par l'un des motifs justificatifs de l'art. 13 al. 2 let. a LPD, sauf à remettre en cause tout le système de protection des données.

[Rz 73] Vu le nombre de sociétés proposant ces services et l'opacité de leurs méthodes de collecte, il est impossible pour une personne d'avoir une vision claire de la situation de ses données personnelles relatives au crédit et de leur provenance. Une vérification minutieuse, auprès de chaque maître de fichier potentiel serait disproportionnée, ne serait-ce qu'en termes de temps investi.

[Rz 74] La personne qui s'y adonnerait n'aurait aucun moyen de pression en cas de refus de communication ou de rectification, une action civile étant généralement trop coûteuse par rapport au bénéfice potentiel. Même si un traitement illicite venait à être admis, après des mois, voire des années de procédure, la preuve d'un dommage reste pratiquement impossible. De plus, rien n'empêcherait le maître du fichier de réinscrire les données, ce qui nécessiterait une nouvelle procédure.

[Rz 75] Dès lors, une action étatique est nécessaire pour mettre fin à ces pratiques illicites, basées sur une interprétation erronée de la Loi sur la protection des données.

[Rz 76] Faut-il cependant conclure à l'inutilité de l'art. 13 al. 2 let. c LPD, tant son champ d'application se réduit ? Nous ne le pensons pas.

[Rz 77] Nous avons déjà analysé l'art. 8a LP. Le Message du Conseil fédéral relatif à cette révision montre à quel point le débat entre « police économique » et protection des données a été vif⁸⁵. Le compromis final est relativement équilibré, même si le droit de consultation nous paraît encore trop large aujourd'hui, notamment vis-à-vis des poursuites que le créancier abandonne juste après

⁸¹ BUCHER, (n. 3), N 584 ss; GUILLOD, (n. 2), N 165; ATF131 III 26, consid. 12.1. Voir également : BaK DSG-RAMPINI, (n. 2), LPD 15 N 20 ss; HK-ROSENTHAL, (n. 14), LPD 15 N 8, 14.

⁸² MEIER, (n. 2), N 1782; TERCIER/PICHONNAZ, (n. 25), N 1209 s.; CR CO I-WERRO, (n. 31), CO 41 N 7; WERRO, FRANZ, Responsabilité civile, 2e éd., Berne 2011, N 42; ATF 133 III 462, consid. 4.4.2.

⁸³ CR CO I-WERRO, (n. 31), CO 41 N 16 s.; ATF 133 III 462, consid. 4.4.3.

⁸⁴ TERCIER/PICHONNAZ, (n. 25), N 1882; WERRO, (n. 82), N 163.

⁸⁵ FF 1991 III 1, 33 ss.

avoir lancées⁸⁶.

[Rz 78] Il est impossible de faire abstraction de ce débat pour les pratiques actuelles en matière de renseignements économiques. Ce que le législateur a refusé pour un registre – étatique, neutre et désintéressé – il ne peut l’accepter pour d’autres, surtout s’ils ne présentent pas ces mêmes garanties.

[Rz 79] Le droit de transmettre des données (art. 13 al. 2 let. c LPD) ne peut donc se comprendre que d’une seule manière : il est le pendant du droit d’obtenir et de traiter ces données (art. 13 al. 2 let. a LPD). Le transfert est donc licite si – et seulement si – il se fait entre deux partenaires de la personne visée. Les données ne sont alors plus un objet d’échange et d’enrichissement, mais une composante de relations d’affaires plus larges.

[Rz 80] Avec cette interprétation, les problèmes principaux que nous avons listés disparaissent. Seuls ceux qui sont, seront ou ont été en relation avec la personne visée ont accès aux données personnelles de celle-ci, et ils ont – seuls – le droit de traiter ces données. Le cadre de transmission des données est donc restreint et plus facilement contrôlable. Toutes les parties impliquées ont également un intérêt accru à l’exactitude des données, car elles en sont toutes directement dépendantes pour l’exécution de leurs obligations. Dans ce cercle plus restreint, les traitements illicites apparaissent plus facilement, et une réponse appropriée – par exemple la remise en cause de relations économiques – est plus aisée à apporter.

[Rz 81] Pour conclure, la disparition des sociétés de renseignements économiques sous leur forme actuelle est souhaitable. En effet, en se concentrant sur les acteurs d’un marché, la protection des données deviendra plus simple, car elle se fera au bénéfice de tous.

EVA CELLINA est titulaire d’une maîtrise universitaire en droit général et assistante-doctorante au département de droit civil de la Faculté de droit de l’Université de Genève.

GRÉGOIRE GEISSBÜHLER est titulaire d’une maîtrise universitaire en droit économique et assistant-doctorant au département de droit civil de la Faculté de droit de l’Université de Genève.

⁸⁶ Du même avis, parmi d’autres : MUSTER, (n. 66) p. 172, 178.