



Schweizerisches Kompetenzzentrum für Menschenrechte (SKMR)
Centre suisse de compétence pour les droits humains (CSDH)
Centro svizzero di competenza per i diritti umani (CSDU)
Swiss Centre of Expertise in Human Rights (SCHR)

Résumé de l'étude sur le droit à la sphère privée à l'ère numérique

Extrait de « Das Recht auf Privatsphäre im digitalen Zeitalter. Staatliche Schutzpflichten bei Aktivitäten von Unternehmen », Christine Kaufmann, Sabrina Ghelmini, Gabriela Medici, Fanny Pulver, Bern, 22 septembre 2016

Il est largement reconnu, que les droits humains confèrent aux États un double mandat : respecter et garantir les droits humains, mais aussi protéger les individus contre tout abus commis par des tiers. Ce devoir de protection s'applique également dans le domaine de la communication numérique, notamment lorsque des entreprises privées se procurent des données personnelles pour les utiliser à des fins commerciales et, ce faisant, peuvent se rendre coupables d'atteintes à la sphère privée – ou vie privée. Ces dernières décennies, la numérisation qu'a connue notre société de l'information tertiarisée et mondialisée s'est aussi traduite par des échanges de données transfrontières toujours plus importants et toujours plus globaux. De nos jours, les opérations de traitement de données ont très souvent lieu à l'étranger, sur les serveurs de divers fournisseurs de services d'envergure mondiale, de sorte qu'il n'est pratiquement plus possible de faire une distinction entre communications nationales et communications internationales. Cette évolution pose la question de la compétence en matière de protection de la vie privée ainsi que celle des critères et des liens de rattachement, territoriaux ou autres. Il faut dès lors établir le rôle que les États, du fait de leur devoir de protection, doivent jouer pour protéger le droit au respect de la vie privée qui peut être lésé par les activités des entreprises.

Devant cette nouvelle donne, la Confédération a confié au domaine thématique Droits humains et économie du CSDH, dans le cadre du contrat de prestation 2015, la réalisation d'une étude portant sur le droit à la sphère privée à l'ère numérique et s'intéressant en particulier aux devoirs de protection de l'État face aux activités des entreprises.

Cette étude présente une vue générale des obligations que la protection des droits humains impose à la Suisse pour préserver le droit à la sphère privée à l'ère numérique. Elle analyse ainsi la teneur et la portée de l'obligation de l'État de protéger les individus des (possibles) atteintes à leur vie privée qui peuvent résulter du traitement de données personnelles effectué par des entreprises agissant dans le monde entier. Elle montre par ailleurs comment diverses instances internationales ont concrétisé jusqu'ici cet aspect de la défense des droits humains à l'ère numérique, en s'intéressant en particulier aux éventuels effets extraterritoriaux des obligations de protection de l'État et à leurs conséquences pour les échanges de données transfrontières des entreprises.

L'étude du CSDH montre que le traitement de données relève du champ d'application matériel de l'obligation de l'État de protéger le droit au respect de la vie privée, que ce traitement soit le fait de particuliers ou de l'État. Les critères de rattachement qui fondent les obligations de l'État sont d'une part le lieu où les données sont traitées et, d'autre part, le domicile des personnes dont les données sont traitées. Du fait de la prohibition de la discrimination, les distinctions opérées en raison de la nationalité de ces personnes sont problématiques. Selon l'opinion de diverses instances internationales, il devrait en revanche être licite d'établir des distinctions en fonction du lieu de séjour des personnes concernées, à condition toutefois qu'aucun autre critère de rattachement ne fonde l'obligation de l'État d'agir, ce qui est le cas par exemple lorsqu'une entreprise étrangère n'a pas un lien suffisant avec la Suisse ou n'y traite pas de données. Pour cette raison, les données personnelles traitées en Suisse qui appartiennent à des personnes séjournant à l'étranger doivent elles aussi être protégées. Les États ont également le devoir de protéger les individus contre les atteintes à leur vie privée qui se produisent dans des pays tiers lors de la transmission de données transfrontière. Nous observons dès lors une tendance à ne pas interpréter l'obligation de protection qui découle des droits humains sur une base territoriale, mais en fonction du pouvoir de contrôle et de réglementation que les États peuvent exercer sur les données numériques et des effets concrets de l'utilisation de ces données.

Sur le fond, l'obligation de protection à l'ère numérique n'a pas enregistré de changement substantiel par rapport à l'ère analogique, du moins si l'on se réfère à la pratique des organes internationaux de surveillance des traités. En conséquence, les États doivent adopter les mesures qui s'imposent (d'ordre légal, administratif, organisationnel, technique ou autre) pour garantir une protection suffisante de la sphère privée. Toute atteinte à cette sphère doit remplir les conditions usuelles en la matière et les États sont tenus de mettre en place certains mécanismes de protection et certaines garanties procédurales.

Diverses instances internationales reconnaissent le rôle particulier qu'ont à jouer les entreprises TIC dans la préservation de la vie privée. Dès lors, elles les exhortent à prendre leurs responsabilités en la matière, selon les Principes directeurs des Nations Unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme. À cet égard, tant le document de la Commission européenne concrétisant le deuxième pilier de ces Principes directeurs pour la branche des TIC que les initiatives multipartites d'autorégulation de ce secteur – et en particulier l'Initiative mondiale des réseaux (ou GNI, pour *Global Network Initiative*) et son mécanisme de surveillance indépendant – fournissent un cadre d'orientation et des mesures de mise en œuvre de premier plan. On observe par ailleurs une tendance toujours plus forte à saluer le recours à des mesures techniques, comme des configurations standard et des techniques favorables à la protection des données, et à exiger qu'ils deviennent systématiques. Enfin, les États sont invités à collaborer davantage avec les sociétés TIC pour résoudre ensemble divers problèmes caractéristiques de l'ère numérique, tels que la (cyber)criminalité transfrontière et la sécurité d'Internet sans pour autant que leurs interventions empêchent les entreprises de respecter le droit à la vie privée. Toutefois, le transfert, partiel ou total, des compétences publiques de surveillance et d'application du droit aux sociétés TIC soulève de plus en plus de critiques du point de vue des droits humains.

L'analyse du droit constitutionnel montre qu'en Suisse aussi, le droit au respect de la vie privée, qui est garanti par l'art. 13 Cst, est considéré comme un droit fondamental. Il est par ailleurs communément admis que le champ d'application matériel de cette disposition correspond en gros aux garanties du droit international (art. 8 CEDH et art. 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

Les dispositions fédérales actuelles sur la protection des données correspondent elles aussi aux règles en vigueur en droit international et en droit européen, ce qui, de l'avis du Conseil fédéral, devrait continuer à être le cas. Les auteur-e-s de l'étude recommandent toutefois, justement en raison du nouveau règlement européen, de faire figurer explicitement le principe de territorialité dans la révision en cours de la loi sur la protection des données. Par ailleurs, la question se pose de savoir s'il convient d'étendre à d'autres faits le champ d'application de la loi, constitué actuellement par le lieu du traitement des données. Les organismes internationaux dont les positions ont été prises en compte dans l'étude estiment actuellement que pour la protection des droits humains, cette extension est nécessaire lorsque les personnes concernées par le traitement des données se trouvent en Suisse et entretiennent un lien étroit et établi avec celle-ci.

Les projets de révision de la législation sur la surveillance et sur la protection des données, qu'ils soient encore en cours, déjà publiés ou même déjà adoptés, soulèvent aussi plusieurs interrogations en ce qui concerne les droits fondamentaux. Pour ce qui est des obligations des États lors de la transmission transfrontière de données privées, les problèmes proviennent surtout des Accords Safe Harbor que la Suisse a conclus avec les États-Unis. La Suisse doit donc, comme l'UE, trouver des solutions pour garantir que les droits fondamentaux soient suffisamment protégés lors de la transmission de données personnelles aux États-Unis. La même question devrait aussi se poser lors de la transmission outre-Atlantique des données des passagers d'un vol. Enfin, pour autant que la LRens entre en vigueur comme prévu, il faut aussi s'attendre à voir des difficultés surgir en matière de transmission transfrontière de données avec l'UE, étant donné que les compétences que la LRens octroie au Service de renseignement de la Confédération en matière de surveillance des connexions par câble sont susceptibles d'entrer en conflit avec les obligations de protection européennes qui découlent de l'arrêt rendu par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire *Schrems contre Data Protection Commissioner*.

Enfin, le devoir des États de garantir le droit au respect de la vie privée à l'ère numérique les oblige pour le moins à ne pas empêcher les entreprises privées d'assumer les responsabilités que les principes des droits humains leur imposent en la matière. Les États devraient plutôt — en vertu notamment des art. 35, al. 2 et 3 Cst — aider les entreprises à respecter ces obligations, en particulier concernant les mécanismes techniques et organisationnels de protection et de sécurité des données ainsi que pour concrétiser les mesures concernant le devoir de diligence et l'établissement de rapports. Les États devraient aussi soutenir les initiatives allant dans le sens de l'autorégulation et des partenariats public-privé. Cependant, tant du point de vue des droits humains que selon les avis des initiatives multipartites prises jusqu'à maintenant dans le secteur des TIC, la protection de la sphère privée reste avant tout une tâche de l'État, au moins pour ce qui est des mécanismes de contrôle et de surveillance.

L'étude complète en allemand est accessible sous <http://www.skmr.ch/frz/publications/index.html>.