

La protection des données en matière de bail

par

Thomas Probst

Professeur à l'Université de Fribourg

I. Introduction	49
II. Eléments de base de la protection de données personnelles en matière de bail.....	50
A. Le champ d'application de la LPD	50
B. Les données personnelles (plus ou moins) dignes de protection	53
C. Le traitement de données personnelles	55
1. Généralités.....	55
2. Finalités du traitement.....	57
3. Appariement de données	59
4. Transmission de données personnelles en Suisse et à l'étranger ...	60
5. Fichier de données, archivage et destruction de données.....	62
D. Atteinte à la personnalité et sa justification.....	64
1. Atteinte à la personnalité.....	64
2. Motifs justificatifs pour une atteinte à la personnalité	65
a. <i>Le consentement du locataire (potentiel ou effectif)</i>	65
b. <i>Intérêt prépondérant privé</i>	71
c. <i>La loi</i>	72
III. La protection des données personnelles du locataire (potentiel) dans le cadre de la conclusion du bail.....	72
A. La conclusion du contrat de bail.....	73
B. Les informations recueillies par le bailleur en vue de la conclusion du bail	73
1. Les formules d'inscription et leur contenu.....	74
a. <i>Renseignements licites</i>	75
b. <i>Renseignements illicites</i>	77
2. Conséquences d'éventuelles questions illicites du bailleur	78

C. Renseignements à d'autres fins: liste d'attente, locataire effectif.....	80
IV. La loi sur l'harmonisation des registres.....	80
V. Conclusion.....	81
Bibliographie.....	82

I. Introduction

1. Dans notre société dite de l'information, les moyens informatiques modernes sont pratiquement accessibles à tout un chacun et permettent de recueillir et d'archiver des données sur n'importe quel événement, objet ou personne. Lorsque des données collectées par des privés ou des organes étatiques ne concernent que des *objets* (p. ex. le nombre de trains partant avec du retard d'une certaine gare par jour) ou des *événements* (p. ex. le nombre d'accidents routiers sur le réseau routier national par an), l'utilité d'une protection des données est plutôt de nature virtuelle que réelle. Par contre, dès que les données se rapportent à des *personnes*, leur protection devient une nécessité¹.
2. Aussi, la protection des *données* vise-t-elle avant tout la protection des *personnes*² et la loi fédérale sur la protection des données (LPD³) énonce comme but la protection de la *personnalité*, respectivement la protection des *droits fondamentaux* des personnes concernées par le traitement de données⁴. Par conséquent, cette loi entend par « données » des informations personnelles, soit des informations se rapportant à une « *personne identifiée ou identifiable* »⁵.
3. Alors que la protection des données est un besoin connu et reconnu dans des domaines tels que la médecine, le travail, les banques, les assurances privées ou sociales, la sensibilité pour la protection des données est moins développée dans d'autres domaines comme le *droit du bail*. Cela s'explique probablement par le fait que le locataire

¹ Voir récemment BONDALLAZ, Protection de la vie privée, 1 ss.

² Dans les rapports de droit privé, la *protection des données* constitue un aspect particulier de la *protection de la personnalité* selon l'art. 28 CC. La LPD est donc une loi spéciale qui concrétise et précise la protection de la personnalité pour le domaine des données personnelles. – Evidemment, il faut également protéger les données *elles-mêmes* par des mesures techniques, organisationnelles ou autres visant à éviter que des données ne soient perdues ou puissent être traitées par des personnes non autorisées (cf. l'art. 7 LPD et les art. 8 ss OLPD). En fin de compte, ces mesures visent également la protection des personnes auxquelles les données se rapportent.

³ Loi fédérale sur la protection des données, du 19 juin 1992 (RS 235.1).

⁴ L'art. 1 LPD a la teneur suivante: « La présente loi vise à protéger la personnalité et les droits fondamentaux des personnes qui font l'objet d'un traitement de données ». Conformément à son approche *transversale*, la LPD règle aux art. 12 ss le traitement de données personnelles par des *privés* (aspect de droit privé) et aux art. 16 ss le traitement de données par des organes fédéraux (aspect de *droit public*).

⁵ Art. 3 lit. a LPD.

(potentiel) en tant que partie (typiquement) faible porte une attention plus grande à l'objet du bail en tant que tel (p. ex. l'obtention d'un logement approprié en cas de pénurie) qu'aux données personnelles échangées dans le cadre de la conclusion du contrat (ou éventuellement au cours du bail). A cela s'ajoute le fait que le locataire (potentiel ou effectif) n'a pas forcément connaissance d'un éventuel comportement du bailleur qui est incompatible avec les règles régissant la protection des données; et même s'il en a connaissance, il peut avoir des doutes sur l'opportunité d'entreprendre d'éventuelles démarches contre son bailleur.

4. Il s'ensuit que la protection des données doit être prise au sérieux également dans le domaine du *bail* et qu'une meilleure prise de conscience est souhaitable. C'est dans ce contexte que s'inscrit la présente contribution. Nous aborderons le sujet par un *rappel de quelques éléments de base* en matière de protection des données personnelles (ci-après, II) pour ensuite nous pencher sur la *protection des informations personnelles* que le locataire potentiel fournit régulièrement au bailleur dans le cadre de la conclusion du contrat de bail (ci-après, III). Puis nous traiterons brièvement de la nouvelle *loi sur l'harmonisation des registres* et sa portée pour le bailleur (ci-après, IV). Finalement, nous terminerons par une brève conclusion (ci-après, V).

II. Eléments de base de la protection de données personnelles en matière de bail

5. Sans entrer dans les détails et tout en se concentrant sur le domaine du bail, il sied de rappeler quelques éléments de base relatifs à la protection des données selon la LPD.

A. Le champ d'application de la LPD

6. Contrairement à d'autres ordres juridiques⁶ et une partie du droit européen⁷ qui ne protègent que les personnes physiques, le champ

⁶ A titre d'exemples, on mentionnera le § 3 al. 1 de la *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) allemande du 20 décembre 1990 qui énonce : « Personenbezogene Daten sind Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlicher Person (Betroffener) ».

⁷ Les personnes *morales* ne sont *pas protégées* selon l'art. 2 lit. a de la Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Nr. 108), du 28 janvier 1981 : « données à caractère

La protection des données en matière de bail

d'application de la LPD suisse est *plus large* parce que cette loi protège non seulement les personnes *physiques* mais également les personnes *morales*⁸. Il est donc indifférent de savoir si le locataire (potentiel) est une personne physique ou morale, puisque dans les deux cas, le bailleur doit respecter les règles relatives à la protection des données personnelles de son locataire (potentiel). Quant au bailleur qui traite des données personnelles, il peut s'agir d'une personne physique ou morale⁹.

7. Conformément à son double but de protéger les *droits fondamentaux*¹⁰ et la *personnalité* des personnes physiques ou morales, la LPD comprend tant des dispositions de droit *public* que de droit *privé*. Quand le traitement de données personnelles est effectué par des *organes fédéraux*¹¹, les dispositions particulières de droit public des art. 16 ss LPD¹² s'appliquent. Toutefois, en droit du bail, l'intérêt porte surtout sur le traitement de données par le bailleur en tant que personne *privée*;

personnel' signifie: toute information concernant une personne *physique* identifiée ou identifiable ('personne concernée') » (mise en évidence ajoutée).

Par ailleurs, selon l'art. 2 lit. a de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281 du 23.11.95, p. 31 ss), on entend par : « 'données à caractère personnel': toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ».

Voir également la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques) (JO L 201 du 31.07.02, p. 37 ss).

Voir par contre l'art. 2 al. 2 lit. b de la Directive 2006/24/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE (JO L 105 du 13.04.06, p. 54 ss).

⁸ Cf. l'art. 3 lit. a LPD qui parle de « personne » et non pas de « personne physique ».

⁹ Cf. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, art. 2 N 11.

¹⁰ Cf. l'art. 1 LPD ; art. 13 al. 2 Cst. féd.: « Toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent ».

¹¹ Le traitement de données personnelles par des organes *cantonaux* relève du droit cantonal. Toutefois, dans la mesure où les cantons agissent en exécution du droit fédéral, la LPD assure une protection minimale des données. Cf. l'art. 37 al. 1 LPD : « A moins qu'il ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat, le traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral est régi par les dispositions des art. 1 à 11a, 16, 17, 18 à 22 et 25, al. 1 à 3, de la présente loi ».

¹² Voir également les dispositions dans l'ordonnance, soit les art. 13 à 27a OLPD.

c'est donc les dispositions relatives aux *atteintes à la personnalité*¹³, aux éventuels *motifs justificatifs*¹⁴ ainsi qu'aux *aspects procéduraux*¹⁵ qui sont pertinentes¹⁶.

8. En vertu de l'art. 2 al. 2 lit. a LPD, la loi fédérale sur la protection des données ne s'étend pas aux données personnelles « qu'une personne physique traite pour *un usage exclusivement personnel* et qu'elle ne communique pas à des tiers »¹⁷. Pour le bailleur qui est une personne physique, il faut donc se demander s'il échappe au champ d'application de la LPD lorsqu'il traite des données personnelles d'un locataire (potentiel) sans les communiquer à des tiers.
9. Cette exception légale vise à protéger la *sphère privée* de la *personne traitant* des données personnelles d'autrui. Aussi, les données personnelles d'autrui traitées dans le cercle familial ou dans les rapports avec des proches ou des amis ne tombent-elles pas sous le coup de la LPD¹⁸. Par exemple, il s'agit d'éviter que la LPD accorde un droit d'accès¹⁹ à des carnets d'adresses ou à des notes personnelles privés²⁰.
10. Par conséquent, dans l'hypothèse où un bailleur – en tant que personne physique – traite des données personnelles de locataires (potentiels), on ne saurait parler d'un « *usage exclusivement personnel* » au sens de l'art. 2 al. 2 lit. a LPD. Même si le bailleur ne communique pas ces

¹³ Art. 12 LPD.

¹⁴ Art. 13 LPD.

¹⁵ Art. 15 LPD.

¹⁶ Voir également les dispositions dans l'ordonnance, soit les art. 1 à 12b OLPD.

¹⁷ Mise en évidence ajoutée.

¹⁸ Cf. Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 448 s. : « L'expression 'usage exclusivement personnel' vise surtout la famille et les proches. Ainsi, il est hors de question de contraindre un particulier à révéler le contenu de son agenda. De même, les conversations au sein du cercle familial ou des amis et la correspondance privée ne tombent pas sous le coup de la loi sur la protection des données. Ne tombent pas non plus sous le coup de cette loi les notes que tout un chacun est amené à prendre dans l'exercice de sa profession à titre de pense-bête, du moment qu'il n'en fait qu'un usage personnel » ; voir également BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, art. 2 N 21.

¹⁹ Cf. les art. 8 s. LPD.

²⁰ Des *notes privées* qui sont exemptes du champ d'application de la LPD peuvent également être prises dans un *cadre professionnel* (cf. BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ, art. 2 N 21). Cela peut être le cas lorsqu'un bailleur prend des notes personnelles lors de l'interrogation des locataires potentiels (p. ex. pour mieux se rappeler les candidats qui lui conviennent le mieux).

données à des tiers, il les traite à *des fins professionnelles ou commerciales* et non pas à des fins purement privées. Par conséquent, il ne pourra se prévaloir de l'exception légale lorsqu'il traite de telles données personnelles en vue de choisir son locataire²¹. Cela dit, il sied de noter que la distinction entre un « usage exclusivement personnel » et un « usage à des fins professionnelles ou commerciales » doit toujours s'opérer à la lumière de toutes les circonstances du cas d'espèce.

B. Les données personnelles (plus ou moins) dignes de protection

11. Sous l'angle de la protection des données, toutes les données relatives à une personne ne présentent pas la même sensibilité. La LPD mentionne comme catégories spéciales les *données sensibles* et les *profils de la personnalité*²² et leur accorde une protection particulière²³ par rapport aux autres données personnelles. Or, on peut avoir des doutes sur la pertinence de telles catégories *abstraites* du fait que le *contexte concret* d'une donnée peut se révéler plus déterminant que sa nature abstraite²⁴. Par exemple, si des données en soi peu sensibles comme le nom et l'adresse d'une personne figurent dans l'annuaire téléphonique, on est face à une situation très différente – sous l'angle de la protection des données – de celle où les mêmes données se trouvent sur une liste d'un pénitencier ou d'un établissement traitant des personnes séropositives.
12. Néanmoins, il est utile de distinguer des catégories de données pourvu que l'on soit conscient de leur relativité. Une certaine différenciation est également indiquée car les exigences pour un consentement libre et éclairé²⁵ varient en fonction de la nature des données²⁶. Par conséquent, dans un premier temps, il sied de différencier entre, d'un côté, les

²¹ Dans le même sens : Recommandation PFPD 1994, ch. I/1.

²² Art. 3 lit. consid. et d LPD.

²³ Voir notamment les dispositions suivantes : art. 4 al. 5, 7a, 11a, 12 al. 2 lit. c, 13 al. 2 lit. c, 17 al. 2, 17a, 19 al. 3, 22 al. 2 lit. b, 35 et 38 al. 3 LPD.

²⁴ Dans le même sens, BSK DSG-BELSER, art. 3 N 10.

²⁵ Cf. l'art. 4 al. 5 LPD.

²⁶ Voir le jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 28 août 2003, JAAC 68.153, consid. 7a : « La validité du consentement s'apprécie au vu des circonstances du cas et, plus les données traitées portent atteinte à la personnalité, plus les exigences en ce qui concerne le consentement sont élevées (décision de la présente Commission du 21 novembre 1996, in JAAC 62.42 B consid. V 1.b) » ; BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 4.

données non personnelles (Sachdaten), qui se rapportent à des objets ou des événements sans lien avec une personne identifiée ou identifiable et, de l'autre côté, les *données personnelles*. Puisque les premières ne posent guère de problèmes et ne rentrent pas dans le champ d'application de la LDP, elles ne seront pas examinées ci-après.

13. Parmi les données personnelles qui, elles, sont toutes régies par la LPD, il convient de distinguer quatre catégories²⁷, à savoir les données personnelles *simples (einfache Personendaten)*, les données personnelles *qualifiées (qualifizierte Personendaten)*, les données personnelles *sensibles (besonders schützenswerte Personendaten)* et les *profils de la personnalité (Persönlichkeitsprofile)*.
14. La catégorie des *données personnelles simples* comprend les données qui, de manière *abstraite*, n'impliquent normalement qu'un *risque faible* de porter atteinte à la personnalité de la personne concernée. A titre d'exemple, on mentionnera le nom, le prénom, l'adresse et la date de naissance.
15. Les *données personnelles qualifiées* comportent régulièrement un *risque moyen* de porter atteinte à la personnalité de la personne concernée sans toutefois être des données sensibles au sens propre. Comme exemple, on citera le revenu et la fortune d'une personne. La LPD ne les mentionne pas comme catégorie à part et les traite comme les données personnelles simples. Pourtant, il semble évident que pour la plupart des gens le nom d'une personne est une donnée moins sensible que son revenu ou sa fortune²⁸.
16. Les *données personnelles sensibles* impliquent régulièrement un *risque considérable* de porter atteinte à la personnalité de la personne concernée. La LPD renonce à les définir de manière abstraite mais en

²⁷ La LPD distingue deux catégories particulières de données personnelles, à savoir les *données personnelles sensibles* ainsi que les *profils de la personnalité* qu'elle assimile aux données personnelles sensibles. Il s'ensuit que toutes les autres données sont des données personnelles « non sensibles ». Toutefois, cette catégorie résiduelle comprend des données aussi différentes que le nom et le revenu d'une personne. Par conséquent, nous introduisons ici une différenciation supplémentaire en distinguant les données personnelles *simples* des données personnelles *qualifiées*.

²⁸ On comprend que le législateur n'ait pas voulu introduire des distinctions trop subtiles vu la difficulté de les définir. En plus, la notion de « données personnelles sensibles » était déjà en soi controversée au Parlement (cf. BSK DSG-BELSER, art. 3 N 10). Toutefois, cela n'empêche pas que la doctrine et la jurisprudence différencient davantage que la loi.

donne une énumération exhaustive²⁹ en mentionnant notamment les opinions ou activités religieuses, politiques ou philosophiques; la race, la santé et la sphère intime; les mesures d'aide sociale et les poursuites ou sanctions administratives ou pénales³⁰. En plus, la loi assimile aux données personnelles sensibles les *profils de la personnalité*³¹, c'est-à-dire un assemblage de données personnelles permettant une appréciation des caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique³².

17. En matière de bail, toutes les catégories de données susmentionnées peuvent être pertinentes. Ainsi le bailleur veut régulièrement connaître non seulement le nom et l'adresse (données personnelles simples) d'un locataire potentiel mais également son salaire (données personnelles qualifiées); le cas échéant, il sera aussi intéressé à savoir si le locataire touche de l'aide sociale (données personnelles sensibles). Surtout dans le cadre de la conclusion du contrat où le locataire potentiel se trouve dans une position précaire notamment en cas de pénurie de logements, le risque qu'il soit exposé à des atteintes à la personnalité est réel³³.

C. Le traitement de données personnelles

1. Généralités

18. La LPD donne un sens très vaste à la notion de « *traitement* » et la définit comme « 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 »³⁴. Il découle de cette définition large que le bailleur qui demande aux locataires potentiels de remplir une formule d'inscription ou qui se renseigne auprès de tiers (p. ex. l'office des poursuites, l'ancien bailleur) à leur égard procède à un traitement de données personnelles au sens de la

²⁹ ATF 124 I 176, 179 ; TF du 28 mai 2001, 1P.79/2000, consid. 2d/dd ; Message concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, 454.

³⁰ Pour la liste complète, voir l'art. 3 lit. c LPD.

³¹ Voir ci-après, N 25.

³² Cf. l'art. 3 lit d. LPD.

³³ Voir ci-après, N 32 ss.

³⁴ Art. 3 lit. e LPD ; voir également BSK DSG-BELSER, art. 3 N 26.

loi³⁵. Si, et le cas échéant, dans quelle mesure il emploie des moyens techniques ou informatiques pour traiter les données n'est pas pertinent³⁶; même un traitement purement manuel est un traitement au sens de la loi.

19. Pour qu'il y ait « traitement », il n'est pas non plus nécessaire que le bailleur traite les données *lui-même*. Il lui est loisible de déléguer le traitement de données à ses propres employés, voire de mandater un tiers externe (p. ex. en procédant à un *outsourcing* à une société fiduciaire ou à une gérance immobilière). Dans ce dernier cas, il doit toutefois veiller à ce que les conditions de l'art. 10a LPD³⁷ soient réunies, c'est-à-dire (1) qu'une base légale ou contractuelle permette de déléguer le traitement de données personnelles à autrui³⁸; (2) que le mandataire ne procède qu'à des traitements que le mandant lui-même serait également en droit de faire³⁹ et (3) qu'aucune obligation (légale ou contractuelle) de garder le secret n'interdise le traitement de données par un tiers⁴⁰. Si ces trois conditions sont réunies, le bailleur peut

³⁵ Voir également Recommandation du PFPD relative aux formulaires de demande de logement de la Société X., Genève, du 6 septembre 2001 (« Recommandation PFPD du 6 septembre 2001 ») consid. II/1.

³⁶ Voir également la Demande PFPD du 6 décembre 2001, consid. IV/7 : « Contrairement à ce que pense la X, le terme de traitement de données personnelles couvre toute opération relative à des données personnelles et ne se rapporte pas uniquement à la méthode ni aux moyens techniques utilisés. Il est compris dans un sens extrêmement large depuis qu'il existe et va de l'acquisition des données à la phase finale de leur destruction (BELSER, *in*: MAURER (édit.), Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, art. 3, lit. e, N 22). La seule chose qui compte ici est que la X traite des données personnelles au sens de l'art. 3, lit. e, LPD, que ce soit avec des moyens électroniques ou non, dès lors qu'elle reçoit un formulaire rempli et a fortiori quand elle l'utilise par la suite. » ; voir également AEBI-MÜLLER, Persönlichkeitsschutz, N 554.

³⁷ L'art. 10a LPD (en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008) correspond à l'ancien art. 14 LPD qui a été déplacé dans la partie générale de la loi pour qu'il s'applique non seulement aux privés mais aussi aux organes fédéraux et, subsidiairement, aux organes cantonaux traitant des données dans l'exécution du droit fédéral. Cf. le Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1947.

³⁸ Art. 10a al. 1 LPD.

³⁹ Art. 10a al. 1 lit. a LPD.

⁴⁰ Art. 10a al. 1 lit. b LPD.

communiquer des données personnelles à un tiers mandataire, même s'il devait s'agir de données sensibles ou de profils de la personnalité⁴¹.

20. En cas de *groupement de sociétés*, il sied de noter que la société-mère ne peut déléguer le traitement à une succursale ou à une autre société du même groupe – *et vice versa* – que si les conditions de l'art. 10a LPD sont remplies⁴². Si la société-mère, qui a son siège en Suisse, délègue le traitement de ses données à sa filiale à l'étranger, il faut en outre observer les restrictions relatives à la communication transfrontière de données personnelles⁴³.

2. Finalités du traitement

21. Un principe fondamental en matière de protection des données veut que des données personnelles ne peuvent pas être traitées à *une fin autre* que celle indiquée lors de leur récolte, respectivement la fin qui ressort des circonstances ou est prévue par la loi⁴⁴. Ce principe est intelligible car si quelqu'un consent à fournir des données personnelles pour une certaine fin, il se voit trompé si, par la suite, ses données sont traitées à une autre fin qu'il n'aurait pas acceptée. Par exemple, si à l'aide de sa formule d'inscription, le bailleur relève l'adresse et le salaire d'un locataire potentiel en vue de la conclusion d'un bail, il ne saurait utiliser ces données à une autre fin (p. ex. vente des données à une agence publicitaire). Un tel comportement serait en plus contraire au principe de la bonne foi⁴⁵.

⁴¹ Selon l'art. 12 al. 2 lit. c LPD, des données sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être communiqués à des tiers que lorsqu'il existe un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD. Selon l'avis d'une partie de la doctrine (cf. BSK DSG-RAMPINI, art. 14 N 18, et les références y indiquées), l'art. 10a LPD (antérieurement art. 14 LPD), qui parle de « données » tout court, constituerait une *lex specialis* par rapport à l'art. 12 LPD. Il en est déduit que le *outsourcing* du traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité serait possible dans les conditions de l'art. 14, respectivement de l'art. 10a LPD, à savoir sans motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD. A notre sens, il est douteux que cet avis soit bien fondé. Etant donné que, depuis le 1^{er} janvier 2008, l'art. 10a LPD fait partie des dispositions générales, il est difficile d'argumenter que cette disposition constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 12 LPD.

⁴² Voir également BSK DSG-RAMPINI, art. 14 N 6.

⁴³ Art. 6 LPD ; voir également, ci-après, N 27 ss.

⁴⁴ Art. 4 al. 3 LPD.

⁴⁵ Art. 4 al. 1 LPD.

22. Depuis le 1^{er} janvier 2008, la LPD a amélioré la transparence à ce sujet en exigeant explicitement que la finalité du traitement des données relevées soit *reconnaisable* pour la personne concernée⁴⁶. La question de savoir si cette exigence est remplie s'apprécie au vu des circonstances de chaque cas d'espèce. Lorsqu'il s'agit de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité, la LPD statue en plus un *devoir d'information* spécifique pour que la personne concernée soit correctement informée⁴⁷.
23. Le fait de traiter des données personnelles à des fins non déclarées ou non prévues par la loi constitue une atteinte illicite à la personnalité de la personne concernée⁴⁸. Cette violation du droit donne lieu aux prétentions légales selon les art. 28 ss CC⁴⁹. A ce sujet, la question se pose de savoir si les prétentions légales s'appliquent également lorsque le devoir d'information de l'art. 7a LPD, qui n'est pas mentionné à l'art. 12 al. 2 lit. a LPD, est enfreint. La réponse est affirmative car il serait étrange que la violation de ce devoir reste sans conséquences (*lex imperfecta*). Méthodologiquement, cette interprétation ne pose guère de problème puisque l'art. 12 al. 2 LPD ne contient pas d'énumération exhaustive⁵⁰ des atteintes à la personnalité.

⁴⁶ Art. 4 al. 4 LPD : « La collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée ».

⁴⁷ Art. 7a LPD : « ¹ Le maître du fichier a l'obligation d'informer la personne concernée lorsqu'il collecte des données sensibles ou des profils de la personnalité la concernant, que la collecte soit effectuée directement auprès d'elle ou auprès d'un tiers. ² La personne concernée doit au minimum recevoir les informations suivantes : a. l'identité du maître du fichier; b. les finalités du traitement pour lequel les données sont collectées; c. les catégories de destinataires des données si la communication des données est envisagée. ³ Si les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, celle-ci doit être informée au plus tard lors de leur enregistrement ou, en l'absence d'un enregistrement, lors de leur première communication à un tiers. ⁴ Le maître du fichier est délié de son devoir d'information si la personne concernée a déjà été informée; il n'est pas non plus tenu d'informer cette dernière dans les cas prévus à l'al. 3 : a. si l'enregistrement ou la communication sont expressément prévus par la loi; b. si le devoir d'information est impossible à respecter ou nécessite des efforts disproportionnés. » ; voir également Message, FF 2003 1937 ss.

⁴⁸ Art. 12 al. 2 lit. a LPD.

⁴⁹ Art. 15 LPD.

⁵⁰ L'art. 12 al. 2 LPD utilise le terme « notamment ».

3. Appariement de données

24. Le risque inhérent à des données personnelles ne réside pas exclusivement dans le fait qu'elles contiennent des informations plus ou moins sensibles sur une personne. Un risque aussi important – quoique souvent sous-estimé – provient également du fait que des données personnelles plus ou moins anodines de *différentes sources* ou *périodes* soient *appariées*. En effet, l'appariement de données (*Datenverknüpfung*) permet d'arriver à un assemblage d'informations dont la synthèse crée une image beaucoup plus circonstanciée d'une personne que des informations isolées. Ainsi l'enregistrement d'un achat singulier d'une personne par une carte de fidélité ou de crédit n'implique pas le même risque pour la personnalité de l'acheteur que les informations consolidées sur tous ses achats effectués pendant une année. Dans la règle, un appariement *longitudinal* de données est plus problématique du point de vue de la protection des données qu'un appariement de données *transversal* provenant de diverses sources mais se rapportant au même moment⁵¹.
25. Contrairement à la loi sur la statistique (LSF)⁵² et la loi sur l'harmonisation des registres (LHR)⁵³, la LPD ne contient pas de règles spécifiques relatives à l'appariement de données. Par contre, la LPD cherche à appréhender la problématique par le concept du *profil de la personnalité* des personnes physiques⁵⁴ et assimile de tels profils aux données personnelles sensibles. Cela implique que les personnes morales ne jouissent pas de la même protection que les personnes physiques et que la LPD se focalise sur le *résultat* de l'appariement de données et non pas sur l'appariement en soi. Or, l'appariement de données personnelles pose déjà un problème en tant que mode de

⁵¹ Voir également JAAC 64.48, 551, consid. 2b : « Personendaten, die über einen längeren Zeitraum zusammengetragen werden und dadurch gleichsam ein biografisches Bild ergeben, indem sie eine Entwicklung, einen Werdegang, also eine Art 'Längsprofil' der betroffenen Person aufzeigen, sind eher als Persönlichkeitsprofil zu qualifizieren als Daten, die eine bloss Momentaufnahme, ein 'Querprofil', darstellen ».

⁵² Voir l'art. 14a de la loi sur la statistique fédérale du 9 octobre 1992 (RS 431.01).

⁵³ Voir l'art. 16 al. 3 de loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes du 23 juin 2006 (RS 431.02).

⁵⁴ L'art. 3 lit. d LPD définit le profil de la personnalité comme « un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique ». Il sied de noter que les personnes *morales* ne rentrent pas dans cette définition.

traitement. Par exemple, le consentement d'une personne au traitement de certaines données personnelles ne s'étend régulièrement pas à leur couplage avec d'autres données. En plus, la fin pour laquelle des données personnelles spécifiques ont été relevées ne couvre pas automatiquement l'appariement avec des données ayant été relevées à une autre fin.

26. En matière de bail, le problème de l'appariement de données n'a encore guère été soulevé. Or, on peut imaginer que le bailleur veuille apparier les données d'une liste d'attente et les données relevées à l'aide des feuilles d'inscription remplies par les personnes intéressées à louer un appartement du bailleur. Puisque les deux sources de données servent le même but, à savoir la conclusion d'un contrat de bail, l'appariement de ces données est en principe admissible. On peut également s'imaginer que, pendant le bail, le bailleur veuille lier les données personnelles du locataire relevées à l'occasion de la conclusion du bail, avec des données ultérieures issues d'autres sources (p. ex. le numéro de plaque d'immatriculation, respectivement le propriétaire d'une nouvelle voiture utilisée par le locataire⁵⁵; l'assurance RC du locataire⁵⁶, l'adresse du nouveau employeur du locataire⁵⁷). A défaut d'un éventuel consentement du locataire, la collecte, respectivement l'appariement de telles données ultérieures devra se justifier par un intérêt prépondérant privé⁵⁸.

4. Transmission de données personnelles en Suisse et à l'étranger

27. La transmission de données est un mode de communication au sens de l'art. 3 lit. f LPD⁵⁹ qui, à son tour, constitue un acte de traitement de données selon l'art. 3 lit. e LPD. En droit du bail, le bailleur relève régulièrement des données personnelles des locataires potentiels en vue de conclure un contrat de bail et non pas pour les communiquer à des

⁵⁵ La propriété de la voiture peut intéresser le bailleur comme élément de la fortune du locataire, respectivement comme objet potentiel de son droit de rétention (art. 268 CO).

⁵⁶ Cette information intéresse le bailleur en cas d'éventuels dégâts causés à l'objet loué par le locataire.

⁵⁷ Cette information permettra au bailleur p. ex. de contacter le locataire pendant les heures de travail.

⁵⁸ Cf. l'art. 13 LPD.

⁵⁹ L'art. 3 lit. f LPD définit la notion de « communication » comme « le fait de rendre des données personnelles accessibles, par exemple en autorisant leur consultation, en les transmettant ou en les diffusant ».

tiers. Tout de même, la transmission de données personnelles peut intéresser le bailleur. Tout d'abord, il arrive que la loi oblige le bailleur à communiquer certaines données personnelles de ses locataires à des autorités administratives⁶⁰. Ensuite, il est possible que le bailleur ou sa gérance immobilière veuille traiter des données personnelles à l'étranger, soit que la gérance est la succursale d'une société ayant son siège à l'étranger, soit que la gérance suisse envisage de faire effectuer le traitement de données par des tiers spécialisés à l'étranger afin de réduire les frais de traitement.

28. Alors que la transmission de données sur territoire suisse est licite dans les limites des règles générales de la protection des données, la transmission de données personnelles à l'étranger est sujette à des *conditions particulières*. Selon l'art. 6 al. 1 LPD⁶¹, une telle transmission est interdite si la personnalité de la personne concernée serait *gravement menacée*, notamment parce que la législation étrangère n'assure pas une protection adéquate des données⁶². Dans l'intérêt de la sécurité juridique, l'art. 7 OLPD prévoit que le PFPDT publie une liste des Etats qui disposent d'une législation adéquate en matière de protection des données⁶³. Lorsqu'un pays étranger ne dispose pas d'une protection adéquate, il est tout de même possible d'y transmettre des données personnelles si l'une des conditions suivantes est réunie: (1) une protection adéquate est assurée par des garanties *contractuelles*⁶⁴; (2) la personne concernée a donné son *consentement*⁶⁵; (3) les données personnelles concernent le *cocontractant* dans le cadre de la conclusion

⁶⁰ Voir l'art. 12 al. 1 lit. b LHR ainsi que, ci-après, N 65.

⁶¹ Cette disposition est en accord avec l'art. 12 de la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel du 28 janvier 1981 (pour la Suisse en vigueur depuis 1^{er} février 1998) (RS 0.235. 1) qui permet d'interdire des flux transfrontières de données personnelles lorsque le pays destinataire ne dispose pas d'une protection des données équivalente.

⁶² Cf. l'art. 6 al. 1 LPD.

⁶³ Cette liste est publiée sur le site du PFPDT (<http://www.edoeb.admin.ch>) et énumère actuellement les pays étrangers suivants comme ayant une législation adéquate en matière de protection des données : Allemagne, Argentine, Belgique, Bulgarie, Canada, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Guernsey, Hongrie, Ile de Man; Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldavie, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République Tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Slovaquie, Slovénie, Suède.

⁶⁴ Art. 6 al. 2 lit. a LPD.

⁶⁵ Art. 6 al. 2 lit. b LPD.

ou de l'exécution d'un contrat⁶⁶; (4) la transmission des données est indispensable pour sauvegarder un *intérêt public prépondérant* ou pour une *procédure judiciaire*⁶⁷; (5) la transmission des données s'impose pour *protéger l'intégrité corporelle* ou la vie de la personne concernée⁶⁸; (6) il s'agit de données que la personne concernée a *rendues accessibles à tout le monde* et elle ne s'est pas opposée à leur traitement⁶⁹; (7) la transmission s'effectue *au sein de la même entreprise* ou d'un groupement d'entreprises assurant une protection adéquate⁷⁰. Dans la première et la dernière hypothèse, le PFPDT doit être informé des garanties assurant une protection adéquate des données personnelles⁷¹.

29. Au vu de ces dispositions particulières, on peut se demander si toute publication de données personnelles sur Internet équivaut à une transmission à l'étranger car ces informations peuvent être traitées dans n'importe quel pays étranger. Contrairement à ce que l'on pourrait penser, l'art. 5 OLPD y donne une réponse négative⁷²; ceci probablement pour des raisons pragmatiques parce que l'on trouvera toujours un pays étranger sans protection adéquate des données personnelles de sorte que toute publication par Internet devrait être justifiée en établissant qu'une des conditions de l'art. 6 al. 2 LPD est réunie.

5. Fichier de données, archivage et destruction de données

30. Le maître d'un fichier de données (*Inhaber einer Datensammlung*), c'est-à-dire celui qui décide du but et du contenu⁷³ d'un ensemble de données organisé de telle manière que les données peuvent être recherchées par personne concernée⁷⁴, est sujet à certaines dispositions

⁶⁶ Art. 6 al. 2 lit. c LPD.

⁶⁷ Art. 6 al. 2 lit. d LPD.

⁶⁸ Art. 6 al. 2 lit. e LPD.

⁶⁹ Art. 6 al. 2 lit. f LPD.

⁷⁰ Art. 6 al. 2 lit. g LPD.

⁷¹ Voir l'art. 6 al. 3 LPD et les précisions à l'art. 6 OLPD.

⁷² L'art. 5 OLPD énonce : « La publication de données personnelles au moyen de services d'information et de communication automatisés afin d'informer le public n'est pas assimilée à une communication à l'étranger ».

⁷³ Cf. l'art. 3 lit. i LPD.

⁷⁴ L'art. 3 lit. g LPD définit le *fichier* comme un « ensemble de données personnelles dont la structure permet de rechercher les données par personne concernée ».

spécifiques de la LPD⁷⁵. Parmi ces obligations figure notamment le devoir du maître du fichier d'annoncer son fichier au PFPDT. Ce dernier tient un registre des fichiers qui peut être consulté par tout le monde et qui est accessible en ligne⁷⁶. En matière de bail, le fait de relever (par des formules d'inscription) des données sur les personnes intéressées à louer un appartement et de classer ces formules par ordre alphabétique (p. ex. dans un classeur) suffit pour constituer un fichier de données au sens de la loi⁷⁷. Il s'ensuit que la plupart des bailleurs possèdent des fichiers de données personnelles et dès lors ont la qualité de maîtres de fichiers. Toutefois, dans la mesure où ces fichiers de données ne contiennent *pas* de *données sensibles* ou de *profils de la personnalité*, le bailleur est dispensé d'annoncer son fichier au PFPDT⁷⁸.

31. Lorsque le bailleur a terminé le processus de sélection et que le contrat de bail a été conclu avec la personne retenue, la question de *l'archivage*⁷⁹, respectivement de la *destruction* des données, se pose. Le principe de la proportionnalité⁸⁰ exige que le bailleur détruise toutes les données personnelles dont il n'a plus besoin. Plus concrètement, cela signifie que les données personnelles des locataires potentiels non retenus pour la location d'un logement doivent être détruites dès que le contrat de bail pour cette habitation est conclu⁸¹. Restent évidemment réservées les données des personnes qui souhaitent être inscrites sur une liste d'attente pour des logements similaires.

⁷⁵ Cf. notamment les art. 7a (devoir d'information), 8 (droit d'accès), 9 (restriction du devoir d'information et du droit d'accès), 11a (devoir de déclarer le fichier), 34 al. 2 (violation des obligations de renseignement) LPD.

⁷⁶ Voir l'art. 11a al. 1 LPD et les art. 3 s. OLPD.

⁷⁷ Cf. Demande PFPDT du 6 décembre 2001, consid. IV/7 ; BSK DSG-BELSER art. 3 N 32 ; Message, FF 1988 II 455.

⁷⁸ Voir l'art. 11a al. 3 LPD : « Les personnes privées sont tenues de déclarer leurs fichiers dans les cas suivants: a. elles traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité; b. elles communiquent régulièrement des données personnelles à des tiers ».

⁷⁹ La distinction entre la « conservation » (*Aufbewahrung*) et « l'archivage » (*Archivierung*) de données, mentionnées à l'art. 3 lit. e LPD, est la suivante : La conservation des données fait partie du processus de traitement au sens propre et sert à enregistrer le résultat de chaque étape de traitement des données pour la prochaine étape, jusqu'au moment où tous les travaux sont terminés et le but du traitement des données est atteint. Dès que les travaux sont terminés, les données sont archivées à des fins de documentation ou de sécurité. Voir également BSK DSG-BELSER, art. 3 N 27 s.

⁸⁰ Cf. l'art. 4 al. 2 LPD.

⁸¹ Dans ce sens également, Recommandation PFPD 1994, ch. I/7.

D. Atteinte à la personnalité et sa justification

32. Toute personne qui traite des données personnelles d'autrui doit veiller à ce que ce traitement ne porte pas atteinte aux personnes concernées. En matière de bail, surtout les dispositions relatives au traitement de données par des *privés*, soit les art. 12 et 13 LPD sont pertinentes⁸².

1. Atteinte à la personnalité

33. En premier lieu, le bailleur qui traite des données de ses locataires (effectifs ou potentiels) doit respecter les principes fondamentaux régissant la protection des données. Puisque son comportement doit être conforme au droit, il va de soi que cela vaut également pour le traitement de données personnelles d'autrui⁸³. De plus, il doit respecter le principe de la *bonne foi* et de la *proportionnalité*. Alors que la bonne foi en droit privé ressort déjà de l'art. 2 CC, le principe de la proportionnalité relève du droit public⁸⁴ et présente une innovation dans les rapports de droit privé⁸⁵. Le principe de la proportionnalité exige notamment que le bailleur ne collecte et ne traite que les données dont il a *objectivement besoin* pour atteindre son objectif (p. ex. pour trouver un locataire adéquat pour son appartement)⁸⁶.
34. Le bailleur doit également veiller à ce que les données personnelles qu'il traite soient *correctes*. Par conséquent, il doit prendre les mesures nécessaires pour effacer ou rectifier des données inexacts ou incomplètes⁸⁷. En plus, il doit mettre en œuvre les mesures organisationnelles et techniques appropriées pour éviter tout traitement des données par des personnes non autorisées⁸⁸. Sans motif justificatif,

⁸² Recommandation PFPD 1994, 3

⁸³ L'art. 4 al. 1 LPD énonce en effet une banalité (« Tout traitement de données doit être licite »). L'utilité d'une telle mention dans la loi est douteuse.

⁸⁴ Cf. l'art. 5 al. 2 Cst. féd.

⁸⁵ Dans ce sens également, Message, FF 1988 II 458 ; BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 10.

⁸⁶ Cf. ATF 125 II 473, 476 : « Das Datenschutzgesetz verbietet daher das Sammeln von Personendaten 'auf Vorrat' und verlangt, dass nur diejenigen Daten erhoben und gespeichert werden, die eine Behörde zur Erfüllung ihrer Aufgabe objektiv benötigt » ; voir également BSK DSG-MAURER-LAMBROU/STEINER, art. 4 N 11 ; Message, FF 1988 II 458.

⁸⁷ Voir l'art. 5 LPD.

⁸⁸ Art. 7 LPD, art. 8 ss OLPD.

il lui est également interdit de traiter des données personnelles de ses locataires (effectifs ou potentiels) contre leur volonté expresse ou de communiquer des données sensibles, respectivement des profils de la personnalité à des tiers⁸⁹.

35. Toute violation de ces règles constitue une atteinte à la personnalité du locataire (potentiel ou effectif) sauf si le bailleur peut faire valoir un *motif justificatif*⁹⁰. Demeure également réservée le cas où la personne concernée a rendu accessible ses données personnelles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à leur traitement⁹¹. Dans cette dernière hypothèse, il n'y a pas non plus d'atteinte à la personnalité.

2. Motifs justificatifs pour une atteinte à la personnalité

36. A l'instar du droit de la personnalité, la LPD mentionne plusieurs motifs qui justifient une atteinte à la personnalité, à savoir le consentement de la victime, un intérêt prépondérant public ou privé ou la loi⁹². Lorsque le bailleur traite des données personnelles d'un locataire (potentiel ou effectif) et porte ainsi atteinte à la personnalité de celui-ci, il ne pourra guère se prévaloir d'un intérêt prépondérant *public* vu qu'il traite les données à ses propres fins⁹³. Par contre, il arrive que la *loi* lui impose la collecte de certaines données personnelles des locataires. Il s'ensuit que nous examinerons brièvement le *consentement* de la personne concernée, l'*intérêt prépondérant privé* et la *loi* comme motifs justificatifs pour le traitement de données personnelles par le bailleur.

a. Le consentement du locataire (potentiel ou effectif)

aa. Généralités

37. Depuis le 1^{er} janvier 2008, la nouvelle disposition de l'art. 4 al. 5 LPD énonce que le consentement de la personne atteinte dans sa personnalité

⁸⁹ Art. 12 al. 2 lit. b et c LPD.

⁹⁰ Voir également la Recommandation PFPD 1994, ch. I/3.

⁹¹ Art. 12 al. 3 LPD.

⁹² L'art. 13 al. 1 LPD reprend (pratiquement mot à mot) le texte de l'art. 28 al. 2 CC ce qui souligne que – dans le domaine du droit privé – la protection des données n'est qu'un cas d'application de la protection de la personnalité (art. 28 CC).

⁹³ Dans ce sens également la Recommandation PFPD 1994, ch. I/4.

par le traitement de ses données personnelles doit être *libre et informé*⁹⁴. Cette exigence n'est pas nouvelle⁹⁵ et, selon le message du Conseil fédéral, ne change rien par rapport à la situation juridique antérieure mais entend simplement apporter une clarification inspirée du consentement « libre et éclairé » du patient à un traitement médical⁹⁶. En plus, elle est conforme au droit communautaire⁹⁷.

38. Il s'ensuit que le consentement ne constitue un motif justificatif que si la personne concernée a été *préalablement et suffisamment informée* sur la matière et l'objet auxquels elle a *librement* donné son consentement. En cas de données personnelles sensibles ou de profils de la personnalité, la LPD requiert en plus que le consentement soit explicite⁹⁸.

bb. Portée et problématique du consentement libre et informé

39. En matière de bail, la question du consentement au traitement de données personnelles se pose typiquement lorsque la personne s'intéressant à louer un appartement ou un local remplit une *formule*

⁹⁴ L'art. 4 al. 5 LPD a la teneur suivante : « Lorsque son consentement est requis pour justifier le traitement de données personnelles la concernant, la personne concernée ne consent valablement que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée. Lorsqu'il s'agit de données sensibles et de profils de la personnalité, son consentement doit être au surplus explicite ».

⁹⁵ Voir p. ex. Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 28 août 2003, JAAC 68.153, consid. 7a.

⁹⁶ Cf. Message, FF 2003 1939 : « Il convient de relever préalablement que l'art. 4, al. 5, ne modifie pas le droit actuellement en vigueur, mais qu'il clarifie la notion de 'consentement'... La notion de consentement valable s'inspire de celle de 'consentement éclairé du patient', dans le sens où la personne concernée doit disposer de tous les éléments du cas d'espèce qui lui permettent de prendre librement sa décision ». – Pour le consentement du patient voir p. ex. ATF 133 III 121, consid. 4.1.1 : « Dans le domaine médical, la justification de l'atteinte réside le plus souvent dans le consentement du patient; pour être efficace, le consentement doit être éclairé, ce qui suppose de la part du praticien de renseigner suffisamment le malade pour que celui-ci donne son accord en connaissance de cause (ATF 113 Ib 420 consid. 4 et 6; ATF 108 II 59 consid. 2 ; ATF 105 II 284 consid. 6b) ».

⁹⁷ La Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données donne à son art. 2 lit. h) la définition suivante du « consentement de la personne concernée » : « toute manifestation de volonté, *libre, spécifique et informée* par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (mise en évidence ajoutée).

⁹⁸ Cf. l'art. 4 al. 5 in fine LPD.

d'inscription du bailleur et la lui remet. Est-ce que le fait que le locataire potentiel remet cette formule avec ses données personnelles au bailleur constitue un consentement valable au traitement des données par le bailleur?

40. En ce qui concerne l'exigence d'un consentement *informé* (ou éclairé), on n'aura guère de doutes que, premièrement, le locataire potentiel est régulièrement conscient des données qu'il fournit lui-même au bailleur et, deuxièmement, qu'il sait – ou au moins doit savoir selon les circonstances⁹⁹ – que ses données serviront au bailleur à sélectionner la personne qui lui convient le mieux pour le bail. L'exigence d'un consentement *informé* sera donc régulièrement remplie.
41. Quant à l'exigence d'un consentement *libre*, il est dit que la personne cherchant un logement se trouve dans une situation de nécessité effective ou présumée – p. ex. en raison d'une pénurie de logement ou d'un profil personnel peu souhaité par les bailleurs (tel que personne sans emploi ou nationalité à connotation négative etc.) – et que, dès lors, son consentement de fournir des données personnelles au bailleur ne constitue pas un « véritable acte d'autodétermination »¹⁰⁰. Il en est conclu que le traitement de données personnelles n'est pas justifié par le consentement du locataire potentiel¹⁰¹. Cette manière de voir du PFPDT a été confirmée par la Commission fédérale de la protection des données sans présenter une motivation dogmatique concluante¹⁰².

⁹⁹ Cf. l'art. 4 al. 3 in fine LPD.

¹⁰⁰ Recommandation PFPD 1994, ch. I/4a.

¹⁰¹ Ibidem ; Recommandation PFPDT du 6 septembre 2001, consid. II/3a. – Parfois, on en tire des conclusions simplificatrices dans le sens « que le consentement du futur locataire doit être écarté purement et simplement de la liste des motifs justificatifs d'atteinte » (SEPPEY, Protection des données, 35). – Sur le site du PFPD, le feuillet thématique concernant les « Formulaires d'inscription relatifs à la location d'un appartement » indiqué que le consentement du locataire potentiel (ch. 1, point 5) ne serait pas valable si le locataire potentiel devait craindre qu'il ne serait pas choisi s'il ne répondait pas à toutes les questions. Or, cette affirmation ne peut pas être correcte. Pourquoi le consentement au traitement des données fournies ne devrait-il pas être valable si le locataire sait que sans (également) indiquer sa date de naissance il aura peu de chance d'être retenu comme locataire ?

¹⁰² Voir le jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 21 novembre 1996, JAAC 62.42B, consid. V/1b ainsi que le jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 28 août 2003, JAAC 68.153, consid. 7. – Renvoyant à l'art. 27 CC pour expliquer que le consentement du locataire potentiel doit être libre et éclairé, les deux jugements concluent que cette exigence n'est pas réunie dans les deux cas d'espèce. Or, l'art. 27 al. 2 CC s'applique à des *obligations*

42. Cette jurisprudence n'emporte pas la conviction. Premièrement, il sied de noter que si – dans la phase des négociations d'un contrat de bail – le consentement du locataire potentiel de fournir des données personnelles au bailleur n'est pas libre parce qu'il n'a *pas le choix de les refuser* s'il veut garder ses chances d'obtenir le contrat de bail, il devrait en aller de même du patient ayant besoin de soins médicaux, de l'étudiant qui a absolument besoin d'un prêt bancaire pour pouvoir faire des études, de l'employé qui nécessite un crédit bancaire pour financer le leasing d'une voiture qui lui est indispensable pour se rendre au travail ou encore du père de famille sans emploi qui cherche désespérément du travail parce qu'il n'aura plus droit à des allocations chômage. Or, tel n'est pas le cas. Dans les quatre dernières hypothèses, on argumentera régulièrement que de telles contraintes (médicales, économiques ou autres) ne vicent pas le consentement de la personne fournissant des données personnelles pour obtenir le bien ou le service souhaité. Par ailleurs, les conditions générales sont également presque toujours acceptées sans que le cocontractant (notamment le consommateur) ait le *choix de les refuser* s'il veut acquérir le bien ou le service dont il a besoin. Afin de retenir une solution différente en faveur des locataires, il faudrait donc une explication concluante qui, toutefois, fait défaut dans les arrêts cités. En effet, le besoin d'avoir un logement n'est pas plus existentiel que le besoin d'avoir un médecin, d'obtenir un travail pour nourrir sa famille ou d'obtenir des moyens financiers pour pouvoir faire des études.
43. Deuxièmement, le fait que le locataire potentiel remet la formule d'inscription avec ses données personnelles au bailleur constitue une déclaration de volonté qui est supposée être libre à moins qu'elle ne soit entachée d'un *vice du consentement*¹⁰³. Etant donné que l'erreur et le

contractuelles et non pas à des *actes juridiques unilatéraux* (BK-BUCHER, art. 27 N 100). La position défendue dans les deux jugements repose donc sur une *base légale très vague*. – A cela s'ajoute que l'argument principal selon lequel le *besoin d'avoir un logement est impératif* (JAAC 62.42B, 368) est trompeur, parce qu'il insinue un choix entre obtenir le logement qui est à louer et n'avoir *aucune demeure*. Or, cette situation est très rare et reflète le cas extrême qui ne peut pas être généralisé car, dans la plupart des cas, le choix effectif est entre *garder la demeure actuelle* qui ne convient plus et trouver un logement qui convient mieux. Un tel choix ne constitue guère un besoin impératif.

¹⁰³ Il est généralement reconnu que les règles relatives aux vices du consentement s'appliquent non seulement aux actes juridiques bilatéraux mais également aux actes juridiques unilatéraux ; cf. p. ex. BK-SCHMIDLIN, art. 23/24 N 174 ss. – Voir également BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 6.

doi¹⁰⁴ touchent le caractère *éclairé* du consentement (aspect cognitif), son caractère *libre* (aspect volitif) qui nous occupe en l'occurrence s'apprécie à l'aune des règles sur la *crainte fondée*¹⁰⁵ et la *lésion*¹⁰⁶. Dès lors, la comparaison faite dans le message du Conseil fédéral¹⁰⁷ avec le consentement libre et éclairé du patient n'est pas pertinente. En effet, pour le patient c'est le consentement *éclairé* qui pose normalement problème¹⁰⁸ alors que pour le locataire potentiel la *liberté* du consentement est au centre de l'intérêt. Or, le locataire potentiel ayant rempli *nolens volens* la formule d'inscription du bailleur ne saura raisonnablement argumenter que le bailleur lui avait inspirée une crainte fondée, soit un danger grave et imminent pour sa vie, sa personne, son honneur ou ses biens¹⁰⁹. On ne pourra pas non plus parler de lésion à défaut d'une disproportion évidente entre la prestation du bailleur et la contre-prestation du locataire (potentiel)¹¹⁰. En d'autres termes, les règles sur les vices du consentement ne fournissent pas d'arguments convaincants pour mettre en doute la liberté du consentement du locataire potentiel ayant rempli et remis la formule d'inscription au bailleur¹¹¹. Par ailleurs, cela semble aussi être l'avis du Conseil fédéral

¹⁰⁴ Art. 23 ss et 28 CO.

¹⁰⁵ Art. 29 et 30 CO.

¹⁰⁶ Art. 21 CO.

¹⁰⁷ Voir Message, FF 2004 193.

¹⁰⁸ Ainsi, au sujet du « consentement libre et éclairé » du patient, doctrine et jurisprudence discutent amplement le devoir d'information du médecin tendant à assurer un consentement *éclairé* mais ne s'occupent pratiquement pas de l'exigence d'un consentement *libre*. Voir p. ex. ATF 133 III 121, 128 ss ; BK-BREHM, art. 41 N 64 ss ; HONSELL, Haftpflichtrecht, § 5 N 22 ss – A cela s'ajoute que le consentement du patient intervient régulièrement dans le cadre d'un *rapport contractuel établi* alors que le consentement du locataire au traitement de ses données personnelles s'inscrit dans un rapport *extra- ou pré-contractuel*. On ne saurait donc assimiler les deux situations sans autres considérations.

¹⁰⁹ Art. 30 al. 1 CO.

¹¹⁰ La lésion exige, comme élément objectif, une disproportion évidente entre la prestation et la contre-prestation (art. 21 al. 1 CO).

¹¹¹ Il est parfois dit que la liberté du consentement à des actes susceptibles de porter atteinte à la personnalité ne saurait être appréciée seule en vertu des règles sur les vices du consentement puisqu'il faudrait un consentement « plus authentique qu'en matière contractuelle » (cf. GUILLOD, Consentement éclairé, 105). Toutefois, le fondement juridique et l'étendue d'éventuelles exigences supplémentaires sont très flous et spéculatifs. Dès lors, en matière de traitement des données personnelles, la doctrine mesure la liberté du consentement régulièrement à l'aune des vices du consentement (cf. p. ex. BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 6). – Par ailleurs, ce constat est confirmé par l'art. 270 CO. Lorsqu'un locataire se voit contraint de conclure un bail par nécessité

qui, dans son message, expose au sujet de la nouvelle disposition de l'art. 4 al. 5 LPD, ce qui suit:

« Le terme «librement» correspond du reste au terme adopté par le droit communautaire. Cela signifie en particulier que la personne concernée doit être informée des conséquences ou des désavantages qui pourraient résulter pour elle d'un refus. Le fait qu'un refus entraîne un désavantage pour la personne concernée n'entache en revanche pas la validité même du consentement, sauf si ce désavantage est sans rapport avec le but du traitement ou qu'il est disproportionné par rapport à celui-ci. Ainsi, la personne qui consent au traitement de données personnelles la concernant pour permettre à un institut financier d'évaluer son crédit en vue de l'obtention d'une carte de crédit consent librement, même si elle sait qu'un refus la privera de la possibilité de se voir délivrer une telle carte. Dans une situation de ce genre, le désavantage qui résulte du non-consentement est en effet proportionné au but du traitement. Au contraire, le travailleur contraint de donner son consentement, sous la menace d'un licenciement, à un traitement de données qui n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail n'est pas en mesure de donner son consentement librement »¹¹².

44. Troisièmement, la situation est différente lorsque le bailleur cherche à obtenir des données personnelles par des *moyens illicites*, notamment en posant des questions dans la formule d'inscription qui visent à obtenir des informations dont il *n'a pas besoin* pour sélectionner le locataire qui lui convient le mieux¹¹³. Le fait de poser des *questions illicites* équivaut à une atteinte à la personnalité du locataire potentiel. D'éventuelles réponses à ces questions ne signifient ni que le locataire potentiel a consenti à cette atteinte à sa personnalité ni que les données personnelles fournies peuvent être traitées par le bailleur¹¹⁴.

familiale ou personnelle ou à cause de la situation sur le marché local, il ne peut pas mettre en cause la *validité du bail* mais peut juste faire valoir que le *loyer* est abusif et en demander la diminution.

¹¹² Message, FF 2003 1939 s.

¹¹³ Cf. également BSK DSG-RAMPINI, art. 13 N 8.

¹¹⁴ Selon l'art. 4 al. 1 LPD tout traitement, donc également la récolte de données personnelles doit être licite. Par conséquent, des données personnelles obtenues de manière illicite ne peuvent pas être traitées légalement sauf s'il existe un motif justificatif, comme p. ex. le consentement libre et éclairé *ultérieur* de la personne atteinte dans sa personnalité.

cc. Résultat

45. Des considérations qui précèdent nous pouvons tirer les conclusions suivantes: Dans la mesure où le bailleur demande aux locataires potentiels des *informations légitimes* (questions licites), à savoir des informations dont il a besoin pour sélectionner la personne la plus convenable pour le bail, le fait que le locataire potentiel remplit la formule d'inscription et la remet au bailleur vaut régulièrement *consentement valable* au traitement des données fournies. Toutefois, la portée du consentement est étroitement liée au but que le bailleur poursuit – expressément ou implicitement – par la récolte des données, à savoir la sélection définitive du locataire. Aussi, le bailleur ne peut-il traiter les données qu'à cette fin spécifique¹¹⁵. Par ailleurs, le consentement valable du locataire potentiel ne s'étend pas non plus – sauf indication contraire claire et précise – à un traitement de données en violation des principes de la proportionnalité ou de la bonne foi¹¹⁶. Enfin, les données personnelles obtenues par des moyens illicites (p. ex. à l'aide de questions illicites) ne doivent pas être traitées par le bailleur; exception faite d'un éventuel motif justificatif spécifique¹¹⁷.

b. Intérêt prépondérant privé

46. Dans la mesure où le consentement du locataire potentiel fait défaut ou n'est pas valable, le bailleur peut justifier, le cas échéant, le traitement de données personnelles par un *intérêt prépondérant privé*. Selon l'art. 13 al. 2 lit. a LPD, un intérêt prépondérant privé entre notamment en considération lorsque « le traitement est en relation directe avec la *conclusion* ou *l'exécution* d'un contrat et [que] les données traitées concernent le *cocontractant* »¹¹⁸. Cette disposition confirme que le bailleur peut légitimer le traitement de données personnelles (recueillies au moyen de formules d'inscriptions) pour autant que les données lui soient indispensables afin de sélectionner le locataire et de conclure le bail avec lui¹¹⁹. Après la conclusion du bail, le bailleur ne pourra traiter

¹¹⁵ Voir l'art. 4 al. 3 LPD.

¹¹⁶ Voir l'art. 4 al. 2 LPD ; Recommandation PFPD du 6 septembre 2001, consid. II/3b.

¹¹⁷ Par exemple le consentement *ultérieur* de la personne concernée.

¹¹⁸ Mise en évidence ajoutée.

¹¹⁹ Cf. Message, FF 1988 II 467 : « Ainsi, ce motif justificatif pourrait être invoqué par un vendeur désireux de se renseigner sur un client potentiel, ou encore par un bailleur qui

les données personnelles du locataire que dans la mesure où *l'exécution* du contrat devrait le requérir. Par contre, le bailleur ne pourra plus traiter les données des personnes n'ayant pas été retenues pour le bail¹²⁰.

c. La loi

47. Il arrive que la loi¹²¹ requière le bailleur de transmettre des données personnelles du locataire aux autorités, par exemple au contrôle d'habitants ou à la police des étrangers¹²². Etant donné que ces informations ne sont régulièrement requises que par rapport aux locataires effectifs, il serait disproportionné de les relever de toutes les personnes remplissant une formule d'inscription en vue d'un éventuel bail. Il suffira que le bailleur collecte ces données auprès de la personne avec laquelle il conclut le contrat de bail.

III. La protection des données personnelles du locataire (potentiel) dans le cadre de la conclusion du bail

48. En matière de bail, la phase de la *conclusion du contrat* revêt un intérêt particulier du point de vue de la protection des données parce que toute personne intéressée à louer un logement ou un local (locataire potentiel) est régulièrement amenée à fournir des informations personnelles au bailleur si elle souhaite être sélectionnée comme locataire.

souhaite s'informer sur un futur locataire » ; Recommandation PFPDT du 6 septembre 2001, consid. II/4.

¹²⁰ Demeure évidemment réservé le cas où une personne non retenue souhaite que ses données personnelles soient ajoutées à une liste d'attente.

¹²¹ Le terme de « loi » n'est pas limité aux lois au sens formel mais englobe toute disposition légale.

¹²² Cf. Recommandation PFPD 1994, ch. I/4c. – Voir à ce sujet également les explications relatives à la loi sur l'harmonisation des registres, ci-après, N 65.

A. La conclusion du contrat de bail

49. Dans le secteur immobilier¹²³, les contrats de bail sont normalement conclus selon un procédé plus ou moins similaire que l'on peut résumer comme suit: (1) Le propriétaire¹²⁴, qui entend donner à bail une habitation ou un local commercial, fait une *annonce* dans la presse, sur Internet ou par d'autres voies de communications. (2) Les personnes intéressées à louer l'objet en cause s'annoncent auprès du propriétaire (ou de son représentant p. ex. la gérance d'immeuble) et remplissent – souvent à l'occasion de la visite du local – une *formule d'inscription* qu'elles remettent au propriétaire¹²⁵. (3) Après vérification des renseignements, le propriétaire choisit parmi les personnes intéressées celle qui correspond le mieux au profil souhaité et *prépare le contrat* dont il soumet (au moins) deux exemplaires signés¹²⁶ à la personne retenue pour contre-signature. (4) La personne retenue signe les deux exemplaires du contrat et en renvoie un exemplaire au bailleur. A ce moment, le contrat est valablement conclu entre les deux parties.

B. Les informations recueillies par le bailleur en vue de la conclusion du bail

50. Afin de pouvoir faire un choix raisonnable, le bailleur a besoin de certaines informations sur les locataires potentiels, notamment sur leur *situation financière* (le candidat pourra-t-il s'acquitter du loyer ?) et leur

¹²³ Les exigences de la protection des données valent évidemment pour *tous* les contrats de bail. En pratique, les baux d'habitations ou de locaux commerciaux sont toutefois les plus pertinents en matière de protection des données. Par conséquent, la présente contribution se concentre sur ce type de bail. Néanmoins, les considérations exposées dans la présente contribution valent également – *mutatis mutandis* – pour d'autres types de bail (p. ex. location de voitures).

¹²⁴ Sans précisions contraires, il est admis en l'occurrence que le propriétaire et le bailleur sont les mêmes personnes (physiques ou morales).

¹²⁵ Contrairement à ce qui est parfois dit (voir Protection des données, 33), le fait de remettre la formule d'inscription dûment remplie ne constitue pas d'offre mais manifeste l'intérêt de la personne concernée à recevoir une offre du bailleur, normalement sous forme d'un contrat standard signé qu'elle pourra ensuite accepter par sa signature du contrat. Cf. LACHAT, Bail à loyer, 2008, chapitre 6, N 3.2 ; arrêt de la Cour suprême de Thurgovie du 24 février 1993, consid. 2a, MP 1997, 23.

¹²⁶ Parfois, le contrat envoyé par le bailleur n'est pas encore signé de sorte que l'offre est formellement faite par le locataire qui renvoie le contrat signé au bailleur pour contre-signature.

mode de vie (le candidat risque-t-il de porter atteinte aux intérêts des autres locataires)¹²⁷. Suivant les circonstances, des informations supplémentaires peuvent également s'avérer nécessaires. Ainsi, pour la location de logements subventionnés où il faut souvent respecter des conditions particulières (p. ex. salaire maximal, nombre de personnes).

1. Les formules d'inscription et leur contenu

51. Le bailleur prie régulièrement les locataires potentiels de remplir une *formule d'inscription*¹²⁸ qui comprend un certain nombre de questions. Du point de vue juridique, il importe avant tout de savoir quels renseignements ou questions sont *licites* et lesquels ne le sont pas.
52. Le 21 novembre 1994, le Préposé fédéral à la protection des données a publié une Recommandation relative aux données recueillies auprès des personnes intéressées à louer un logement¹²⁹. Cette Recommandation a été portée devant la Commission fédérale de la protection des données qui – après avoir constaté qu'elle n'était compétente pour prononcer un jugement qu'à l'égard des destinataires de la Recommandation qui l'ont *rejetée*¹³⁰ – a confirmé la Recommandation sous réserve de certains points. Une recommandation ultérieure du PFPDT du 6 septembre 2001 dans une affaire particulière¹³¹, qui fut également portée devant la Commission fédérale¹³², a permis à celle-ci de confirmer et préciser son

¹²⁷ Art. 257c, 257f CO ; cf. également Recommandation PFPD 1994, ch. I/5c.

¹²⁸ En pratique, les formules d'inscription sont très répandues. Le mode de renseignement n'est toutefois pas déterminant pour juger le contenu des renseignements du point de vue de la protection des données. Le fait que le propriétaire utilise un questionnaire, pose les questions oralement ou se renseigne auprès de tiers ne revêt pas d'importance dans ce contexte. Voir également Recommandation PFPD 1994, ch. I/2 in fine.

¹²⁹ Voir Recommandation sur les données recueillies auprès de personnes intéressées à la location d'un logement du 21 novembre 1994 (accessible sous <http://www.edbs.ch>). Un résumé est publié aux FF 1994 V 407 ss sous le titre de « Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données au sujet des données recueillies auprès de personnes intéressées à la location d'un logement ».

¹³⁰ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 15 décembre 1995, JAAC 62.42, 42A, consid. II/2d.

¹³¹ Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données du 6 septembre 2001 à propos des formulaires de demande de logement de la Société X. à Genève (accessible sur le site du PFPDT sous <http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation>)

¹³² Voir la Demande du PFPD du 6 décembre 2001 (<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation>).

point de vue¹³³. Il en ressort un catalogue assez différencié des informations (licites) que le bailleur peut recueillir auprès des locataires potentiels.

a. Renseignements licites

aa. Données sur l'identité du locataire potentiel et ses proches

53. Le bailleur doit forcément être à même *d'identifier* son locataire futur. A cet effet, il peut recueillir les données personnelles suivantes auprès des personnes intéressées: le nom, le prénom, l'adresse, la date de naissance du ou des signataires du contrat¹³⁴, le numéro de téléphone¹³⁵, la nationalité suisse ou étrangère¹³⁶ (en cas de nationalité étrangère: type du permis de séjour et date de son expiration). Il peut également se renseigner sur le nombre des personnes (enfants, conjoint, autres adultes)¹³⁷ qui occuperont le logement avec le locataire de même que sur l'utilisation du logement comme logement de la famille et sur une éventuelle sous-location.
54. Par contre, le numéro AVS¹³⁸, le lieu d'origine, la confession, l'état civil, la date du mariage, de la séparation ou du divorce ne peuvent être

¹³³ Jugement de la Commission fédérale de la protection des données du 28 août 2003, JAAC 68.153.

¹³⁴ Le bailleur doit savoir si le locataire est majeur et dispose de la capacité civile pour valablement conclure un contrat de bail.

¹³⁵ Le numéro de téléphone est nécessaire pour établir rapidement une communication de vive voix.

¹³⁶ Pour le processus de sélection, le bailleur n'a pas besoin de connaître la *nationalité spécifique*. Par contre, au moment de la *conclusion* du contrat avec la personne retenue, il a un intérêt légitime de connaître la nationalité de son cocontractant pour éviter que des ressortissants étrangers qui s'entendent mal (p. ex. à cause d'une guerre entre leurs pays d'origine) ne se trouvent face à face.

¹³⁷ La connaissance de l'âge (pas de la date de naissance exacte) des enfants est légitime (p. ex. afin d'éviter des risques pour les petits enfants qui existent au jardin ou dans l'escalier). Par contre – et contrairement à JAAC 62.42 B consid. 6a – il est douteux que la connaissance de leur *sexe* soit nécessaire car, sauf circonstances très particulières, on voit mal pourquoi le bailleur aurait besoin de cette information pour faire son choix. En ce qui concerne les adultes, la connaissance de leur âge n'est pas indispensable ; par contre, la connaissance d'éventuels liens de parenté avec et entre eux paraît légitime.

¹³⁸ En ce qui concerne l'utilisation systématique du nouveau numéro AVS, voir les art. 50c, 50d LAVS et 134bis ss RAVS.

relevés que par rapport au locataire définitif et que sur la base d'une obligation légale ou d'un motif particulier du bailleur¹³⁹.

bb. Données sur la situation financière du locataire potentiel

55. Un point central pour le bailleur est la situation *financière* du locataire potentiel. A ce sujet, le bailleur peut relever la catégorie de revenus (par tranches de 10'000.- frs jusqu'à concurrence de 100'000.- frs) ou l'indication du pourcentage du revenu consacré au paiement du loyer¹⁴⁰; les poursuites engagées contre le locataire potentiel (pendant les deux dernières années); les actes de défaut de biens (pendant les cinq dernières années); la profession et l'employeur¹⁴¹ du signataire du contrat.

cc. Données sur le mode de vie du locataire potentiel

56. Le bailleur a également un intérêt légitime à connaître certains aspects du *mode de vie* du locataire potentiel dans la mesure où ceux-ci peuvent avoir une influence sur la pratique du bail (p. ex. parce qu'ils risquent de causer des inconvénients aux voisins). Ainsi le bailleur peut savoir si le locataire possède des animaux domestiques ou s'il comporte une source particulière de bruit (p. ex. parce qu'il joue d'un instrument de musique faisant beaucoup de bruit). Il peut également se renseigner sur le nombre des voitures du locataire potentiel¹⁴². Par contre, d'autres données comme des horaires de travail irréguliers ne peuvent être relevées que si le bailleur peut faire valoir un motif particulier.

¹³⁹ Cf. feuillet thématique du PFPD sur les « Formulaires d'inscription relatifs à la location d'un appartement », ch. 3.

¹⁴⁰ Des informations sur la fortune ou sur des aspects financiers ponctuels (p. ex. réserve de propriété, contrat de leasing, cession de salaire, petit crédit) ne sont régulièrement pas nécessaires.

¹⁴¹ L'adresse et le numéro de téléphone de l'employeur ainsi que la durée du contrat de travail ne peuvent être relevés que lorsque le bailleur a un motif particulier pour s'intéresser à ces données.

¹⁴² Cette information peut intéresser le bailleur par exemple par rapport aux places de parc qu'il loue.

dd. Conditions de logement

57. On peut aussi s'interroger si le bailleur peut se renseigner sur les conditions de logement actuelles d'un locataire potentiel. Bien que de telles informations puissent intéresser le bailleur, il est généralement admis qu'il peut uniquement demander si le bail actuel, respectivement précédent a été résilié par le bailleur, et le cas échéant, pour quel motif¹⁴³.
58. Par contre des questions sur des aspects tels que le nombre de déménagements pendant les dernières années et les motifs des déménagements; le nombre de pièces ainsi que le loyer et l'utilisation de l'ancien appartement sont seulement licites si le bailleur peut faire valoir un motif particulier. Il en va de même de l'utilisation prévue du nouvel appartement et de la durée probable du nouveau bail¹⁴⁴.

ee. Références

59. A condition qu'elles soient désignées comme « *facultatives* », les questions dans la formule d'inscription peuvent également porter sur des références, le lieu de travail du locataire potentiel ainsi que le nom et l'adresse de son bailleur actuel. Toutefois, le bailleur ne doit contacter ces références que si la personne qui les a indiquées entre sérieusement en considération pour la conclusion du bail. S'il les contacte, le bailleur doit se limiter à recevoir une confirmation des informations que le locataire a données dans la formule d'inscription. Des questions supplémentaires ne peuvent être posées aux références que si le bailleur a un motif particulier à le faire¹⁴⁵.

b. Renseignements illicites

60. Dans sa formule d'inscription (ou sous une autre forme), le bailleur n'est pas en droit de recueillir des informations dont il *n'a pas besoin* pour procéder à la sélection du locataire définitif. Ainsi les données suivantes

¹⁴³ Cf. Recommandation PFPD 1994, ch. II/7d.

¹⁴⁴ Cf. feuillet thématique du PFPD sur les « Formulaires d'inscription relatifs à la location d'un appartement », ch. 3.

¹⁴⁵ Cf. Recommandation PFPD 1994, ch. II/7f.

doivent être considérées comme *inadmissibles*¹⁴⁶: (1) des informations ponctuelles sur la situation financière du locataire (p. ex. existence d'une réserve de propriété, d'un contrat de leasing, d'une cession de salaire ou d'un petit crédit); (2) l'existence de maladies chroniques; (3) l'appartenance raciale¹⁴⁷; (4) l'intérêt à conclure une transaction couplée (p. ex. un contrat d'assurance)¹⁴⁸; (5) l'affiliation à une organisation de protection des locataires; (6) une situation de nécessité au sens de l'art. 270 CO; (7) l'estimation du rapport prix/qualité de l'objet à louer. Toutes ces informations ne concernent pas des critères objectifs de sélection.

2. Conséquences d'éventuelles questions illicites du bailleur

61. Si l'on admet que le bailleur ne doit pas poser des questions illicites dans sa formule d'inscription (ou par d'autres voies), il faut forcément s'interroger sur les conséquences si cela arrive tout de même. Pour y répondre, il sied de différencier. Tout d'abord, il va de soi que le locataire (potentiel) n'a *aucune obligation* de répondre à des questions illicites¹⁴⁹. Si le locataire potentiel se décide tout de même à y répondre, les informations fournies seront recueillies par des moyens illicites. Comme une récolte illicite de données personnelles constitue une atteinte à la personnalité du locataire potentiel¹⁵⁰, celui-ci peut faire valoir les prétentions légales, en particulier demander la destruction des données¹⁵¹. Le fait de répondre à une question illicite ne vaut pas consentement parce que, soit le locataire potentiel n'a pas été conscient de la nature illicite de la question, soit il en était conscient mais pas libre de refuser toute réponse s'il voulait garder ses chances d'obtenir le contrat de bail.
62. Lorsqu'une personne, qui souhaite louer un logement ou local commercial, ne répond pas à des questions qu'elle juge illicites, elle

¹⁴⁶ Voir également LACHAT, Bail à loyer, chapitre 6, N 2.2.

¹⁴⁷ Toutefois, on ne peut pas empêcher le bailleur de prendre connaissance de l'appartenance raciale d'un locataire potentiel à l'occasion d'une rencontre personnelle p. ex. lors de la visite de l'appartement.

¹⁴⁸ Cf. l'art. 254 CO ; l'art. 3 OBLF.

¹⁴⁹ Evidemment, le locataire potentiel n'a pas non plus d'obligation de répondre à des questions licites.

¹⁵⁰ Cf. les art. 4 al. 1 et 12 al. 2 lit. a LPD ; voir également LACHAT, Bail à loyer, chapitre 6, N 2.2 in fine.

¹⁵¹ Art. 15 al 1 LPD.

risque de compromettre sérieusement ses chances d'aboutir à un contrat de bail avec le bailleur¹⁵². D'un point de vue pratique, la question véritable est dès lors de savoir si le locataire potentiel peut donner des *informations fausses* à des questions illicites (non facultatives) afin d'éviter un refus de répondre qui le priverait de toute chance d'être retenu comme locataire. La question est délicate et les réponses éparses divergentes¹⁵³. A notre sens la réponse devrait être affirmative. Le fait de poser des questions illicites à un locataire est contraire à la bonne foi¹⁵⁴, viole le principe que la récolte de données doit être conforme au droit¹⁵⁵ et constitue une atteinte à la personnalité du locataire. Face à cette atteinte illicite, le locataire potentiel se trouve devant le choix entre deux maux: soit il refuse de répondre et perd ainsi toute chance réaliste d'obtenir le bail, soit il enfreint sa propre sphère privée et communique ses données personnelles au bailleur. Comme le locataire potentiel n'est pas responsable de cette situation, on ne saurait permettre que le bailleur puisse en profiter ni que le locataire potentiel en subisse des désavantages. Il sied donc de lui accorder la possibilité de donner une *réponse fausse à des questions illicites* sans que cela entraîne sa responsabilité pour *culpa in contrahendo*¹⁵⁶ ni que le bailleur puisse annuler le contrat pour vice du consentement (erreur ou dol). Cette solution est conforme à la situation analogue en droit du travail¹⁵⁷.

¹⁵² Dans ce contexte, on remarquera que le considérant 5 de la décision de la Commission fédérale de la protection des données du 21 novembre 1996 (JAAC 62.42B) « Das Interesse, Daten zu verschweigen, ist jedenfalls dann höher zu gewichten, wenn der Vermieter nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen keinen Anspruch auf Kenntnis der betreffenden Daten beim Vertragsschluss hat, d. h. deren Erhebung nicht mit vertragsrelevanten Auswahlkriterien gerechtfertigt werden kann » n'est pas vraiment utile pour le locataire potentiel. Cf. également, Recommandation PFPD du 6 septembre 2001, consid. II/3a. Cf. également ZIHLMANN/JAKOB, Mietrecht, 22 : « Entweder man will die Wohnung und spielt das Spiel nach den Regeln des Anbieters oder man lässt es bleiben ».

¹⁵³ Réponse *négative* : PERMANN, Mietrecht, Vorbemerkungen N 15 et 40 ; probablement également ZIHLMANN/JAKOB, Mietrecht, 23. – Réponse *positive* : LACHAT, Bail à loyer, chapitre 6, N 2.2 in fine ; KNOEPFLER, Pourparlers, 6.

¹⁵⁴ Art. 4 al. 2 LPD.

¹⁵⁵ Art. 4 al. 1 LPD ; STEINAUER, Datenbearbeitung, 45.

¹⁵⁶ Dans le même sens, LACHAT, Bail à loyer, chapitre 6, N 2.2 in fine ; KNOEPFLER, Pourparlers, 6.

¹⁵⁷ Cf. PELLEGRINI, Anfechtung, 123 ss ; STREIFF/VON KAENEL, Arbeitsvertrag, art. 328b N 12, 19 ; CR-AUBERT, art. 328b N 5 ; BSK-PORTMANN, art. 320 N 9. – Voir également ATF 122 V 267.

C. Renseignements à d'autres fins: liste d'attente, locataire effectif

63. Pour les *listes d'attente* la Recommandation du PFPD¹⁵⁸ prévoyait de limiter les données personnelles à l'indication du nom, du prénom et de l'adresse de la personne intéressée. La Commission fédérale de la protection des données a considéré toutefois que cette restriction serait disproportionnée et qu'il n'existait pas d'intérêt public à prévoir des restrictions particulières pour les listes d'attente¹⁵⁹. Par conséquent, les règles qui régissent les formules d'inscription valent également pour les listes d'attente.
64. Lorsque le bailleur a fait son choix, il aura souvent encore besoin de quelques données supplémentaires (p. ex. une pièce d'identité) afin de préparer le contrat pour la signature par les deux parties. A ce stade se pose également la question de savoir si le bailleur doit encore relever certaines données pour faire face à des obligations légales par exemple par rapport au contrôle d'habitants ou à la police des étrangers.

IV. La loi sur l'harmonisation des registres

65. Le 1^{er} janvier 2006, respectivement le 1^{er} janvier 2008¹⁶⁰, la loi sur l'harmonisation des registres (LHR)¹⁶¹ est entrée en vigueur. Selon l'art. 12 al. 1 lit. b LHR, les *bailleurs et gérants d'immeuble* ont une obligation légale subsidiaire envers les services du contrôle des habitants de fournir gratuitement des renseignements relatifs à leurs locataires qui ne respectent pas leur obligation de s'annoncer. Il incombe aux cantons d'édicter les dispositions nécessaires jusqu'au 1^{er} janvier 2009¹⁶² de sorte qu'actuellement la plupart des cantons sont

¹⁵⁸ Voir Recommandation 1994, ch. 6.

¹⁵⁹ JAAC 62.42B, consid. V/3 : « Unter diesem Gesichtspunkt ist davon auszugehen, dass das Ausfüllen einer Warteliste in der Regel durch eine gültige Einwilligung gerechtfertigt ist, und es besteht kein öffentliches Interesse, die Datenerhebung im Zusammenhang mit Wartelisten weiter einzuschränken als im Zusammenhang mit konkreten Einzelbewerbungen ».

¹⁶⁰ Les art. 1 à 5, 6, lit. b à u, 7 à 12, 13, al. 2 et 3, art. 14 à 23 et annexe ch. 4 sont entrés en vigueur 1^{er} novembre 2006 ; les art. 6, lit. a, 13, al. 1 et annexe ch. 1 à 3 le 1^{er} janvier 2008.

¹⁶¹ Loi fédérale sur l'harmonisation des registres des habitants et d'autres registres officiels de personnes (Loi sur l'harmonisation de registres, LHR) du 23 juin 2006 (RS 431.02).

¹⁶² Art. 12 al. 1, 21 LHR.

en train de légiférer en la matière¹⁶³. Il faudra dès lors suivre l'évolution de la législation cantonale afin de savoir dans quel sens l'obligation légale des bailleurs et gérants d'immeuble sera mise en œuvre au niveau cantonal¹⁶⁴.

V. Conclusion

66. Les considérations qui précèdent montrent que la protection des données en matière de bail revêt aussi bien un intérêt pratique qu'un intérêt dogmatique. Du point de vue pratique, il faut veiller à ce que l'aspect de la protection des données soit traité avec l'attention qui lui est due. Le fait que la jurisprudence ne s'est prononcée que rarement sur la protection des données en matière de bail ne permet pas de conclure que tout est en ordre. En effet, le locataire potentiel qui, après avoir répondu ou avoir refusé de répondre à une question illicite, constate que sa candidature n'a pas été retenue, n'aura guère d'intérêt à ouvrir une action contre le bailleur. Il va plutôt se concentrer sur la recherche d'un autre logement. De même, le locataire potentiel dont la candidature a été retenue par le bailleur n'a pas non plus d'intérêt à se plaindre du fait que le questionnaire comprenait des questions illicites. L'absence de jurisprudence n'est donc pas un indicateur fiable pour juger de la protection effective des données personnelles en matière de bail. Du point de vue dogmatique, il importe de ne pas déconnecter la protection des données personnelles dans le secteur privé des fondements généraux régissant le droit privé en général afin d'éviter un cloisonnement dogmatique de la protection des données. Les deux tâches ne sont pas toujours faciles.

¹⁶³ Voir p. ex. l'art. 12 de l'Avant-projet de loi concernant le contrôle des habitants du canton du Jura, Avant-projet du 4 juin 2008 qui énonce : « Sur demande du préposé communal, l'employeur, le bailleur et le logeur sont tenus de communiquer gratuitement les renseignements relatifs aux personnes tenues de s'annoncer, si celles-ci ne s'acquittent pas de leurs obligations au sens des articles et suivants ».

¹⁶⁴ La législation de certains cantons comprend déjà des obligations analogues. Voir p. ex. l'art. 14 de la Loi sur le contrôle des habitants du 9 mai 1983 du Canton de Vaud.

Bibliographie

AEBI-MÜLLER R., Personenbezogene Informationen im System des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes, Bâle 2005, (cité : Persönlichkeitsschutz)

AUBERT G., in THÉVENOZ/WERRO (édit.), Commentaire romand, Code des obligations, Bâle 2003 (cité : CR-AUBERT)

BELSER U., in MAURER-LAMBROU/VOGT (édit.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2^e éd., Bâle 2006 (cité : BSK DSG-BELSER)

BONDALLAZ S., Le « droit à une télécommunication protégée » ou la nécessité de reconsidérer la protection de la vie privée dans les environnements numériques, Jusletter du 25 février 2008, 1 ss (cité : Protection de la vie privée)

BREHM R., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Die Entstehung durch unerlaubte Handlung, art. 41-61 OR, vol. VI/1/3/1, 3^e éd., Berne 1993 (cité : BK-BREHM)

BUCHER E., Berner Kommentar, Einleitung und Personenrecht, Die natürlichen Personen, art. 27 ZGB, vol. I/2/2, 3^e éd., Berne 1993 (cité : BK-BUCHER)

DEMANDE du Préposé fédéral à la protection des données du 6 décembre 2001 à la Commission fédérale de la protection de données de confirmer la Recommandation du 6 septembre 2001 à propos des formulaires de demande de logement de la Société X (cité : Demande PFPD du 6 décembre 2001)

GUILLOD O. Le consentement éclairé du patient, Autodétermination ou paternalisme ?, thèse Neuchâtel, 1986 (cité : Consentement éclairé)

HONSELL H., Schweizerisches Haftpflichtrecht, 4^e éd., Zurich/Bâle/Genève 2005 (cité : Haftpflichtrecht)

KNOEPFLER F., Pourparlers précontractuels, promesse de conclure et droit d'option en matière de bail, in 10^e Séminaire sur le droit du bail 1998 (cité : Pourparlers)

LACHAT D., Le bail à loyer, 2^e éd., Lausanne 2008 (cité : Bail à loyer)

MAURER-LAMBROU U./KUNZ S., in MAURER-LAMBROU/VOGT (édit.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2^e éd., Bâle 2006, (cité : BSK DSG-MAURER-LAMBROU/KUNZ)

La protection des données en matière de bail

PELLEGRINI B., Die Anfechtung des Arbeitsvertrags wegen Willensmängeln, thèse Zurich 1983 (cité : Anfechtung)

PERMANN R., Kommentar zum Mietrecht, 2^e éd., Zurich 2007 (cité : Mietrecht)

PORTMANN W., in HONSELL/VOGT/WIEGAND (édit.), Basler Kommentar, Obligationenrecht I, 4^e éd., Bâle 2007 (cité : BSK-PORTMANN)

RAMPINI C., in: MAURER-LAMBROU/VOGT (édit.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz, 2^e éd., Bâle 2006 (cité : BSK DSGVO-RAMPINI)

RECOMMANDATION du Préposé fédéral à la protection des données sur les données recueillies auprès de personnes intéressées à la location d'un logement du 21 novembre 1994 (accessible sous <http://www.edbs.ch>) (cité : Recommandation PFPD 1994). Un résumé est publié aux FF 1994 V 407 ss, sous le titre de « Recommandation du Préposé fédéral à la protection des données au sujet des données recueillies auprès de personnes intéressées à la location d'un logement »

RECOMMANDATION du Préposé fédéral à la protection des données du 6 septembre 2001 à propos des formulaires de demande de logement de la Société X. à Genève (cité : Recommandation PFPD du 6 septembre 2001)

SEPPEY E., De l'influence de la protection des données sur le droit du bail, Cahiers du bail 2008, 33 ss (cité : Protection des données)

SCHMIDLIN B., Berner Kommentar, Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Mängel des Vertragsabschlusses, art. 23-31 OR, vol. VI/1/2/1b/1, Berne 1993 (cité : BK-SCHMIDLIN)

STEINAUER P.-H., Die Verletzung durch private Datenbearbeitung und die allfällige Rechtfertigung einer Verletzung : Einzelheiten der gesetzlichen Regelung; in SCHWEIZER R. J., Das neue Datenschutzgesetz des Bundes, Referate der Tagungen der Hochschule St. Gallen vom 15. Oktober und 13. November 1992 (cité : Datenbearbeitung)

STREIFF U./VON KAENEL A., Arbeitsvertrag, 6^e éd., Zurich 2006 (cité : Arbeitsvertrag)

ZIHLMANN P./JAKOB M., Mietrecht, Ein Ratgeber aus der Beobachter-Praxis, Zurich 2004 (cité : Mietrecht)