

[11/12 | 2020]

ANWALTS REVUE DE L'AVOCAT

CORINA BÖLSTERLI / CINTHIA LÉVY

Mediation SAV: Neue Ausbildung –
neues Konzept / Médiation FSA:

Nouvelle formation – nouveau concept SEITE / PAGE 438 / 439

CINTHIA LÉVY / MAYA KIEPE

Médiation judiciaire:
volontaire ou obligatoire? SEITE / PAGE 446

DANIEL KETTIGER

Das Anwaltsgeheimnis
im Coronavirus-
Contact-Tracing SEITE / PAGE 465



Stämpfli Verlag

SAV  FSA

INHALTSVERZEICHNIS

TABLE DES MATIÈRES

LE POINT DE MIRE DU CONSEIL FSA IM FOKUS DES VORSTANDS SAV	435
THEMA / QUESTION DU JOUR	
Corina Bölsterli Mediation SAV: Neue Ausbildung – neues Konzept	438
Cinthia Lévy Médiation FSA: Nouvelle formation – nouveau concept	439
Urs Weber-Stecher/Katia Renner Wirtschaftsmediation – ideale Ergänzung zur Schiedsgerichtsbarkeit	440
Cinthia Lévy/Maya Kiepe Médiation judiciaire: volontaire ou obligatoire?	446
Jennifer Dürst/Julia Jung «Gerüchteküche» um die Mediation	454
Stéphanie Wietlisbach Mediation als Chance bei Trennung oder Scheidung	459
ANWALTSPRAXIS / PRATIQUE DU BARREAU	
Daniel Kettiger Das Anwaltsgeheimnis im Coronavirus-Contact-Tracing	465
Bruno Pasquier/Marilyne Pasquier États locatifs, outil statistique et protection des données	472
Julia Kalenberg Herausfordernde Zeiten – handlungsfähig und erfolgreich bleiben	481
RECHTSPRECHUNG / JURISPRUDENCE	486
ANWALTSRECHT / DROIT DE L'AVOCAT	
Tano Barth/Fabio Burgener Tensions entre avocats et magistrats: récusation du magistrat ou incapacité de postuler de l'avocat?	487
SAV – KANTONALE VERBÄNDE / FSA – ORDRES CANTONAUX	
Der SAV teilt mit / La FSA vous informe	494

IMPRESSUM

Anwaltsrevue / Revue de l'avocat
23. Jahrgang 2020 / 23^e année 2020
ISSN 1422-5778 (Print)
e-ISSN 2504-1436 (Online)

Erscheinungsweise / Parution
10-mal jährlich / 10 fois l'an

Zitervorschlag / Suggestion de citation
Anwaltsrevue 5/2013, S. 201 ff.
Revue de l'avocat 5/2013, p. 201 ss

Herausgeber / Edité par
Stämpfli Verlag AG
Schweizerischer Anwaltsverband/
Fédération Suisse des Avocats

Co-Chefredaktion / Co-rédacteurs en chef
Peter von Ins, Rechtsanwalt (vI)
Koehnergasse 6, CH-3001 Bern
Tel. 031 328 35 35, Fax 031 328 35 40
peter.vonins@bern.law

Dr. Patrick Sutter, Rechtsanwalt (PS)
Färberstrasse 4, CH-8832 Wollerau
Tel. 044 687 32 32, Fax 044 687 32 33
patrick.sutter@klgp.ch

**Kontakt Verlag /
Contact maison d'édition**
Martin Imhof
Stämpfli Verlag AG
Wölflistrasse 1, Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 99, Fax 031 300 66 88
www.staempfliverlag.com
anwaltsrevue@staempfli.com
revueavocat@staempfli.com

Mitarbeiter / Collaborateur
Thomas Büchli, Rechtsanwalt (Bü)
Livia Kunz, MLaw (LKu)

Sekretariat SAV / Secrétariat FSA
Marktgasse 4, Postfach 8321,
CH-3001 Bern
Tel. 031 313 06 06, Fax 031 313 06 16
info@sav-fsa.ch, www.sav-fsa.ch

Inserate / Annonces
Stämpfli AG
Postfach, CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 41, Fax 031 300 63 90
inserate@staempfli.com

Auflage / Tirage
10 286 Exemplare / exemplaires
(notariell beglaubigt / authentifié par
un notaire)

Vertrieb / Distribution
Stämpfli Verlag AG
Periodika
Wölflistrasse 1, Postfach 5662
CH-3001 Bern
Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88
zeitschriften@staempfli.com

Mitglieder des SAV melden sich für
Adressänderungen bitte direkt beim SAV.
Les membres de la FSA s'adressent
directement à la FSA pour leurs **change-
ments d'adresse**.

Preise / Prix
Jährlich / Annuel:
CHF 233.-, EUR 271.- (Print und Online);
CHF 187.-, EUR 187.- (Online)
Studenten/ Etudiants: CHF 123.-
Preise inkl. 2,5% MwSt. und Versandkosten.
Einzelheft / Numéro séparé:
CHF 28.-, EUR 28.-
Mitglieder des SAV gratis/
Membres FSA gratuit
Alle Preise inkl. 2,5% MwSt. /
Tous les prix incluent la TVA de 2,5%
Die Preisangaben in € gelten nur
für Europa.
Les prix indiqués en € ne sont valables
que pour l'Europe.
Schriftliche Kündigung bis 3 Monate
vor Ende der Laufzeit möglich. /
Résiliation de l'abonnement possible
par écrit jusqu'à 3 mois avant la fin de
l'abonnement.

Copyright
©Titel <<Anwaltsrevue / Revue de
l'Avocat>> by Schweizerischer Anwalts-
verband, Bern
© Inhalt by Schweizerischer Anwaltsver-
band, Bern und Stämpfli Verlag AG, Bern
© Gestaltung und Layout by Schweizeri-
scher Anwaltsverband, Bern.
Gestalter: grafikraum, Bern

Alle Rechte vorbehalten. Die Zeitschrift
und ihre Teile sind urheberrechtlich ge-
schützt. Veröffentlicht werden nur bisher
noch nicht im Druck erschienene Original-
beiträge. Die Aufnahme von Beiträgen
erfolgt unter der Bedingung, dass das aus-
schliessliche Recht zur Vervielfältigung
und Verbreitung an den Stämpfli Ver-
lag AG und den Schweizerischen Anwalts-
verband übergeht. Jede Verwertung und
Vervielfältigung bedarf der vorherigen
schriftlichen Einwilligung des Verlages. /
Tous droits réservés. La revue est protégée
par la législation sur le droit d'auteur.
Ne sont publiées que des contributions
originales qui n'ont pas encore été diffu-
sées sous forme imprimée. Les contribu-
tions ne sont acceptées qu'à la condition
que le droit exclusif de reproduction et de
diffusion soit accordé à Stämpfli Editions
SA et à la Fédération Suisse des Avocats.
Toute exploitation et reproduction néces-
site l'accord écrit de l'éditeur.

Die in dieser Zeitschrift von Autorinnen
und Autoren geäußerte Meinungen und
Ansichten müssen sich nicht mit denjeni-
gen der Redaktion oder des SAV decken. /
Les opinions exprimées dans cette revue
par les auteurs sont personnelles et n'en-
gagent ni la rédaction ni la FSA.

ÉTATS LOCATIFS, OUTIL STATISTIQUE ET PROTECTION DES DONNÉES

BRUNO PASQUIER*

PD Dr iur., LL. M., avocat, Professeur-HES à la Haute école de gestion Fribourg (HES-SO) et à la Zürcher Hochschule für Angewandte Wissenschaften

MARILYNE PASQUIER*

Dr. rer. pol., Professeure-HES ordinaire à la Haute école de gestion Fribourg (HES-SO) / Responsable du projet de l'observatoire du logement et immobilier Fribourg

Mots-clés: protection des données, statistique, logement, Fribourg

Cet article s'intéresse à la question de savoir sous quelles conditions une personne privée peut communiquer des données personnelles dans le cadre d'une enquête ou d'une statistique. L'article s'appuie sur l'exemple de la communication de données concernant les propriétaires et les locataires par des régies immobilières dans le cadre d'une statistique sur les logements locatifs. Les différentes options et la solution retenue sont discutées.

I. Introduction

Cet article s'intéresse à une problématique du droit de la protection des données qui est d'actualité dans le cadre d'enquêtes ou de statistiques. Pour obtenir des résultats pertinents, il est souvent nécessaire de prendre en compte des données personnelles détenues par des personnes privées. Le texte discute, sur la base d'un exemple concret, les exigences du droit de la protection des données applicables dans ce contexte.

L'article utilise l'exemple d'un système d'information fribourgeois sur l'immobilier (cf. II.). Pour pouvoir publier des résultats concluant, plusieurs informations contenues dans les états locatifs des régies immobilières (ci-après: régies), comme le loyer net ou la surface des appartements, ont dû être traitées. Après une présentation de cet outil statistique (II.), le texte montre que ces données doivent être qualifiées de données personnelles (III.). Finalement, il explique que la solution retenue a consisté à adopter une base légale pour justifier le traitement de données par les régies dans le cadre de la statistique (IV.). L'analyse porte uniquement sur le traitement de données par les régies et pas sur les autres problématiques juridiques en lien avec cet outil statistique.

II. L'exemple du système d'information fribourgeois sur l'immobilier

1. Observatoire du logement et immobilier: historique et contexte

Depuis 1991, la croissance de la population du canton de Fribourg n'a cessé d'être supérieure à celle de la popula-

tion suisse.¹ Le seuil des 300 000 résidents, dépassé en 2014², a entraîné une augmentation des constructions de nouveaux logements pour entrevoir aujourd'hui une sur-offre du parc immobilier fribourgeois. En effet, pour répondre aux besoins de logements d'une population grandissante et avec des taux d'intérêts hypothécaires bas, les investisseurs immobiliers ont largement concentré leurs placements dans plusieurs régions fribourgeoises.³

Le 30.8.2018, seize acteurs privés et publics actifs dans l'immobilier fribourgeois se sont réunis en une association de droit privé sans but lucratif, créant ainsi l'observatoire du logement et immobilier Fribourg (ci-après observatoire). Une meilleure perception du marché immobilier local est le point de rencontre des intérêts parfois divergents de ces acteurs. La mission est de développer un outil de référence pour les décisions stratégiques sur le marché immobilier fribourgeois. La publication d'indicateurs connectés à rythme trimestriel au parc de logements

* Les auteurs, qui ont participé au projet de l'observatoire du logement et immobilier Fribourg, expriment leur propre opinion dans cet article.

1 Office fédéral de la statistique, Bilan de la population résidente permanente par canton, de 1991 à 2019.

2 Communication officielle intitulée «Ca y est: les Fribourgeois et les Fribourgeoises sont 300 000!», 6.10.2014, <<https://www.fr.ch/dee/actualites/ca-y-est-les-fribourgeois-et-fribourgeoises-sont-300000>> (consulté le 22.9.2020).

3 JEAN-PHILIPPE BUCHS, Fribourg: le cercle vicieux qui menace l'immobilier. Le Bilan du 25.3.2020, pp. 34-37.

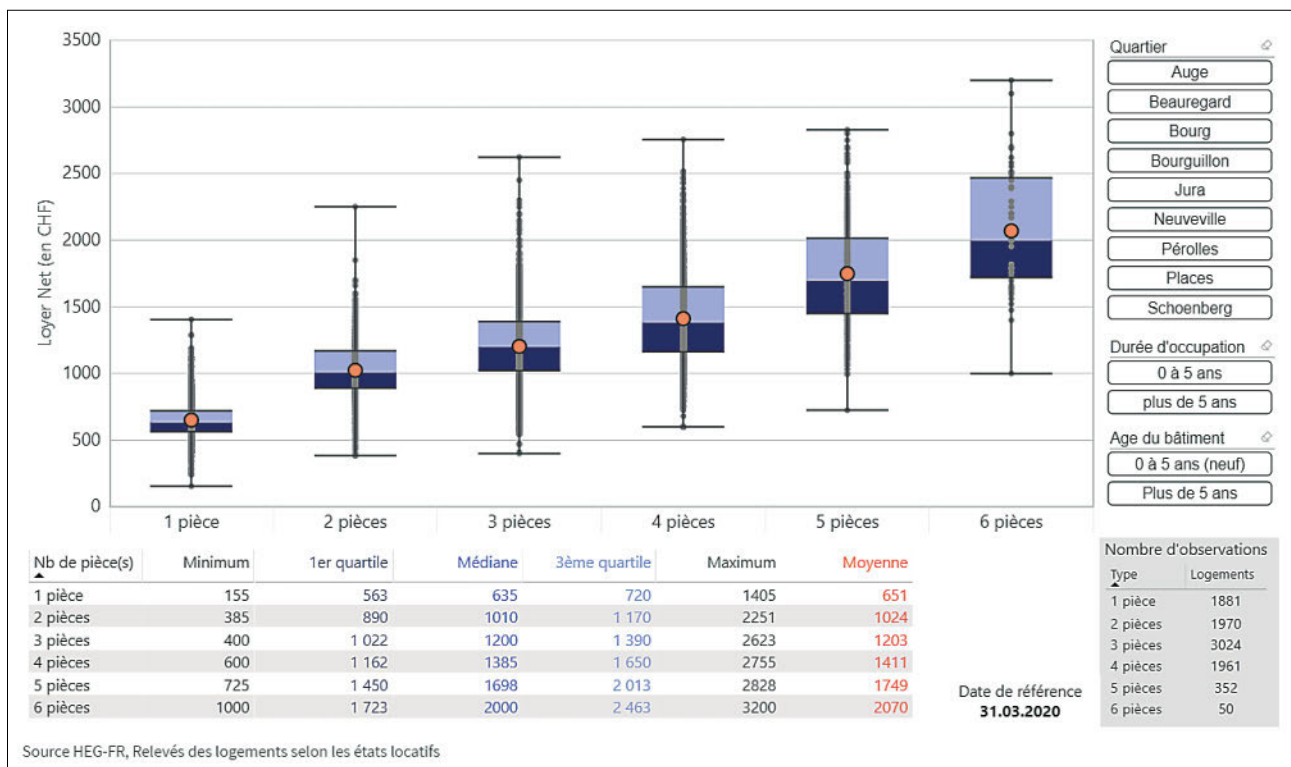


Figure 1: Grille des loyers nets pratiqués pour les logements locatifs en ville de Fribourg – état au 31.3.2020⁴.

à l'échelle locale est l'une de ses principales prestations. Ce partenariat public-privé garantit la mobilisation des acteurs locaux. Les membres stratégiques contribuent au budget de fonctionnement de l'outil, alors que la responsabilité de l'enquête a été confiée à la Haute école de gestion de Fribourg (ci-après: HEG-FR). On peut relever que l'importance de la publication de statistiques immobilières régionales se base notamment sur les résultats d'une étude exploratoire menée par la HEG-FR.⁵ Cette étude, achevée en 2018, avait démontré l'utilité de disposer d'un outil d'intelligence territoriale pour le canton de Fribourg. L'étude s'est fondée sur une revue de la littérature pertinente, une analyse de neuf observatoires immobiliers existants⁶ et une analyse en profondeur des besoins avérés de plus de 29 acteurs locaux. Des informations mieux connectées à la réalité immobilière, un outil de pilotage plutôt que des analyses standardisées et un ancrage local sont les principales raisons évoquées à la nécessité de cet outil.

La statistique immobilière conduite par l'observatoire se distingue des statistiques basées sur les annonces immobilières publiées sur des portails immobiliers. Ces dernières ont certes l'avantage de recenser rapidement une grosse quantité d'informations sur les logements offerts sur le marché. Toutefois, elles présentent l'inconvénient de pouvoir renseigner uniquement sur les logements accessibles par leurs canaux. De plus, elles captent uniquement l'offre de logements à un jour donné, sans référence temporelle aux dates contractuelles de début et de fin de bail. La sensibilité de l'offre aux flux des transactions rend aussi impossible l'extrapolation des résultats obtenus par cette

source de données. L'offre renseigne sur une intention, mais pas sur un état. Pour apporter un éclairage connecté au marché immobilier régional, la singularité de l'approche choisie dans le projet de l'observatoire est d'étudier le parc de logements en enrichissant les données des registres étatiques (registre des bâtiments et logements, registre des habitants) avec les données des privés (relevés des états locatifs).

2. Premiers résultats pour la ville de Fribourg

Pour ses premiers résultats, disponibles sur le site <www.immolab-fr.ch/fr/tableau-de-bord/grille-des-loyers-nets-pratiqu%C3%A9s-pour-les-logements-locatifs-en-ville-de-fribourg/> (consulté le 22.9.2020).

- 4 HEG-FR, 2020. Grille des loyers nets pratiqués pour les logements locatifs en ville de Fribourg, 3.7.2020, <https://www.immolab-fr.ch/fr/tableau-de-bord/grille-des-loyers-nets-pratiqu%C3%A9s-pour-les-logements-locatifs-en-ville-de-fribourg/> (consulté le 22.9.2020).
- 5 Utilité et finalité d'un observatoire du logement et immobilier pour le canton de Fribourg, projet de recherche financé par le Réseau de Compétence de Suisse Occidentale (RCSO), janvier 2018.
- 6 Observatoire du logement Vaud, observatoire du territoire Neuchâtel, observatoire statistique transfrontalier valdo-genevois, baromètre de l'immobilier de la Banque cantonale de Zurich, observatoire immobilier des Alpes Maritimes, observatoire immobilier de Limoges, observatoire de l'habitat de Grenoble, observatoire régional de l'habitat à Bruxelles, observatoire de l'habitat au Luxembourg.

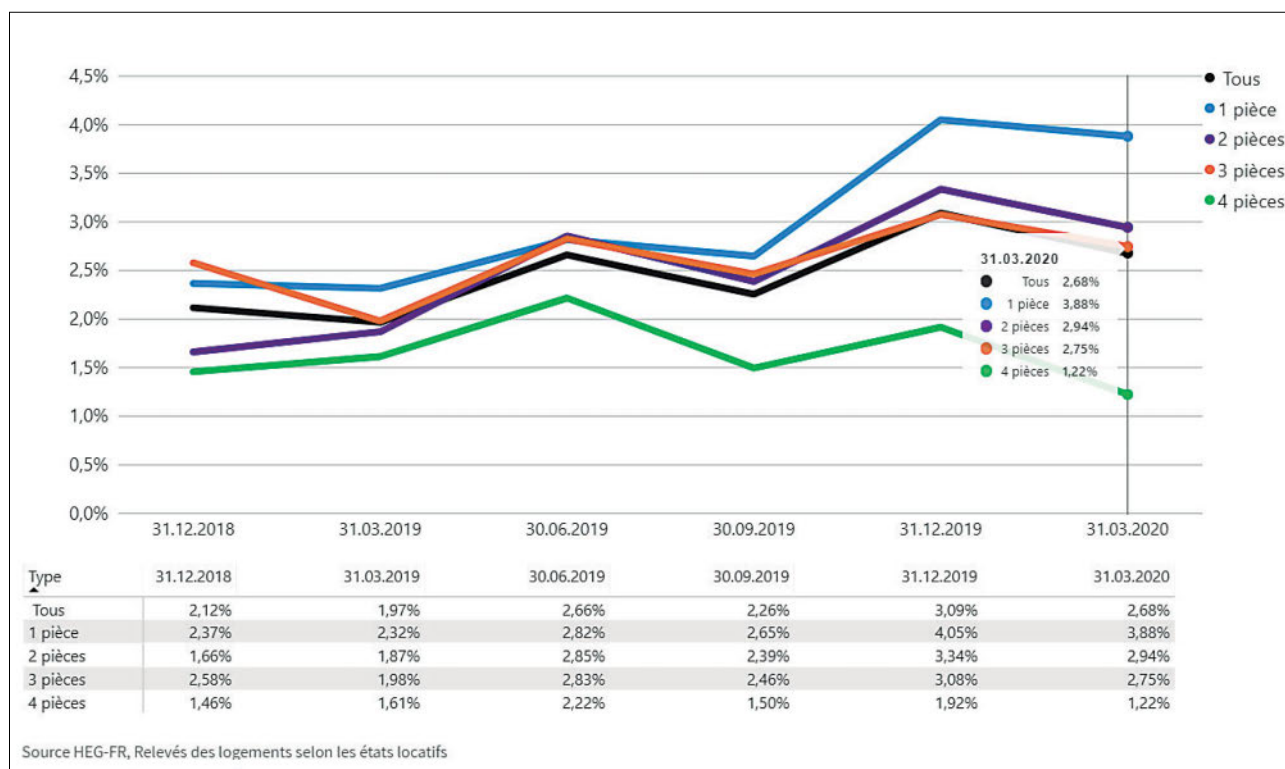


Figure 2: Évolution du taux de logements locatifs sans contrat de bail en ville de Fribourg – état au 31.3.2020⁷.

Fribourg, ces résultats fournissent de précieuses informations sur la grille des loyers nets pratiqués, les logements locatifs disponibles, les mouvements observés sur ce marché de la location et les chambres d'étudiants, entre autres. La plateforme permet à l'utilisateur de faire varier les paramètres pour avoir des indicateurs ciblés, même jusqu'au niveau du quartier. Onze indicateurs sont proposés pour une analyse multiaxiale du parc de logements: des loyers effectivement pratiqués à l'occupation des logements nouvellement construits.

Ces premiers résultats pour la ville de Fribourg apportent un éclairage sur le parc de logements en location. Ils se révèlent particulièrement pertinents pour mieux percevoir un parc locatif estimé, pour la ville de Fribourg, à 86%⁸ des logements totaux. Une partie de cette perception vous est présentée par les trois exemples suivants.

La Figure 1 présente l'indicateur le plus sollicité par les acteurs, à savoir la grille des loyers nets (sans frais accessoires). Ainsi, pour un appartement de trois pièces en ville de Fribourg, le loyer net moyen s'élève à CHF 1203.-. Il est également possible de connaître le loyer net moyen pour un quartier déterminé⁹ ou en fonction de l'âge du bâtiment. Sur la base de la durée du contrat de bail, une fourchette indicative des loyers pratiqués est également possible selon l'occupation récente des logements (moins de 5 ans) ou plus longue.

Selon les états locatifs, un logement est disponible sur le marché de la location lorsqu'aucun contrat de bail n'est enregistré à la fin du trimestre. L'évolution trimestrielle présentée dans la Figure 2 permet de mieux envisager les fluctuations des logements locatifs disponibles dans le

temps. En effet, ce taux est très sensible à la fluctuation des types de logements disponibles. Plus une proportion du type de logements (p.ex. 6 pièces) est faible dans l'échantillon, moins le taux devrait être pris en considération. Ces résultats diffèrent du taux de logements vacants publié par l'Office fédéral de la statistique, car ils sont obtenus par une méthodologie différente se concentrant uniquement sur les logements locatifs.

Les données contractuelles des états locatifs permettent aussi d'apporter des précisions à l'indicateur précédant en étudiant le temps nécessaire à la relocation. L'intervalle de temps entre la fin d'un bail et le début d'un nouveau bail fait état de l'absorption des logements locatifs disponibles. En se basant sur le cumul des données trimestrielles depuis décembre 2018, la Figure 3 illustre qu'en ville de Fribourg, environ 60% des logements disponibles à la (re)location trouvent immédiatement un

7 HEG-FR, 2020. Évolution du taux de logements locatifs sans contrat de bail en ville de Fribourg. 3. 7. 2020, <<https://www.immolab-fr.ch/fr/tableau-de-bord/evolution-du-taux-de-logements-locatifs-sans-contrat-de-bail-en-ville-de-fribourg/>> (consulté le 22. 9. 2020).

8 Office fédéral de la statistique, Relevé structurel. Conditions d'habitation selon le statut d'occupation, par villes, période cumulée de 2013-2017.

9 Seuls des indicateurs avec des données agrégées et anonymisées sont publiés. Le quartier est le plus petit degré de granularité géographique utilisé dans la diffusion des résultats.

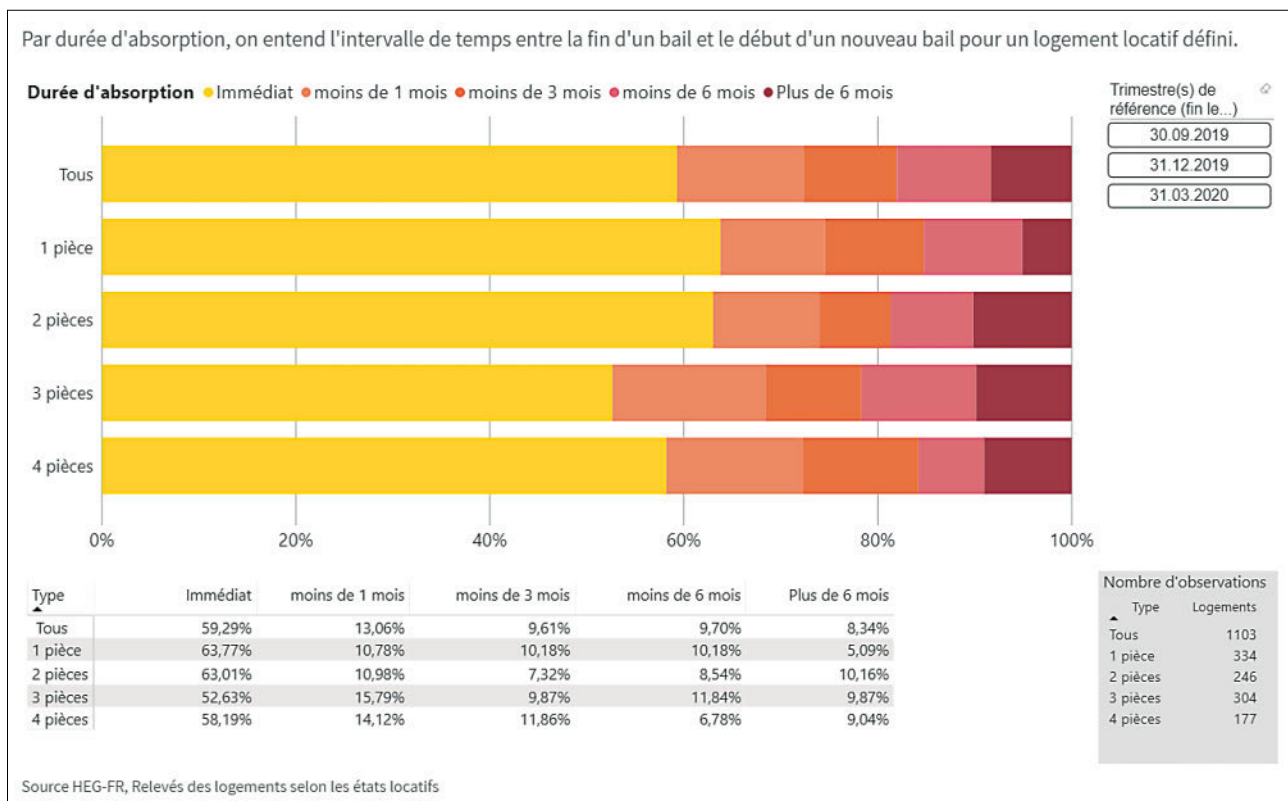


Figure 3: Durée d'absorption des logements locatifs en ville de Fribourg¹⁰

repreneur. Pour percevoir la réalité immobilière vécue, l'utilisation des états locatifs permet ainsi une clarté complémentaire à la durée d'insertion¹¹, indicateur usuellement publié dans les rapports immobiliers.

Pour générer les indicateurs susmentionnés, une liste d'informations nécessaires a été dressée. Ces données sont issues des caractéristiques du logement (p.ex. nombre de pièces, année de construction, surface, adresse, etc.) fournies dans le registre des bâtiments et logements par l'Office fédéral de la statistique. Le registre des habitants du canton de Fribourg permet l'étude de l'occupation des logements en faisant appel aux données se rapportant au ménage (p.ex. nombre de personnes par logement, etc.). Toutefois, pour pouvoir permettre la pertinence des résultats, une prise en compte des états locatifs est nécessaire. Ceux-ci permettent d'obtenir des informations additionnelles à l'échelle régionale sur l'état du parc de logements locatifs (p.ex. loyer mensuel net, charges mensuelles, début et fin de bail, etc.). Les relevés de ces états locatifs sont fournis par les régies ou d'autres acteurs privés de l'immobilier.

III. Application du droit de la protection des données au traitement de données par les régies

1. Droit applicable

La Loi fédérale sur la protection des données (ci-après: LPD) s'applique, selon son art. 2 al. 1 let. b, aux personnes

privées et aux organes fédéraux. Dans la mesure où les régies sont organisées sous la forme de personnes morales de droit privé, elles sont soumises à la LPD. Il ne devrait pas en aller autrement à l'avenir. La LPD fait actuellement l'objet d'une révision totale.¹² Le projet de loi (ci-après: P-LPD), ainsi que le texte accepté par le Parlement suisse le 25.9.2020 et susceptible d'être soumis au référendum facultatif (ci-après: nLPD),¹³ ne prévoient aucune modification quant à l'application de la loi au traitement de données par des personnes privées (art. 2 al. 1 P-LP, art. 2 al. 1 nLPD). En revanche, le nouveau droit devrait limiter l'application aux données concernant les personnes physiques (cf. art. 2 al. 1 P-LPD, art. 2 al. 1 nLPD). Cela signifie que le traitement de données concernant des personnes morales – en tant que propriétaires ou locataires – par les

¹⁰ HEG-FR, 2020. Durée d'absorption des logements locatifs en ville de Fribourg, 3. 7. 2020, <<https://www.immolab-fr.ch/fr/tableau-de-bord/dur%C3%A9e-dabsorption-des-logements-locatifs-en-ville-de-fribourg/>> (consulté le 22. 9. 2020).

¹¹ Nombre de jours durant lesquels une annonce d'un logement a été publiée en ligne.

¹² Cf. le Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15. 9. 2017, FF 2017 6565 ss.

¹³ Le texte de la nLPD est publié dans FF 2020 7397 ss. Le délai référendaire expire le 14. 1. 2021 et aucune récolte de signatures ne nous est connue, un référendum nous semble donc très improbable.

régies ne devrait plus être soumis au droit fédéral de la protection des données. On peut finalement relever que le droit de la protection des données européen n'est pas applicable dans le contexte du traitement de données par les régies.¹⁴

2. Qualification des informations sur les locataires et propriétaires comme «données personnelles»

Le droit de la protection des données s'applique au traitement de données personnelles. La notion de donnée personnelle est donc fondamentale pour déterminer si les dispositions légales sur la protection des données s'appliquent. Selon l'art. 3 al. 1 let. a LPD, on entend par données personnelles «toutes les informations qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable». Comme indiqué, le P-LPD et la nLPD – qui contiennent pour le reste une définition similaire – limitent cette notion aux données qui se rapportent à des personnes physiques. Le droit de la protection des données confère des droits aux «personnes concernées», à savoir celles au sujet desquelles les données sont traitées (cf. art. 3 let. b LPD). Dans le présent contexte de l'utilisation de données contenues dans les états locatifs des régies, les données personnelles peuvent porter aussi bien sur les propriétaires que sur les locataires. L'information selon laquelle un locataire identifié ou identifiable paye un certain loyer à un propriétaire identifié ou identifiable constitue une donnée personnelle – sous réserve de la limitation aux personnes physiques – aussi bien au sujet du locataire que du propriétaire. Si par exemple un consentement est nécessaire, il devrait être obtenu aussi bien auprès du locataire que du propriétaire.

La notion de donnée personnelle suppose que la personne concernée soit identifiée ou identifiable. On considère qu'elle est identifiée si son identité ressort directement de l'information.¹⁵ Elle est identifiable si l'identification est possible en prenant en compte des informations supplémentaires. On ne saurait toutefois admettre que la personne concernée est identifiable, si des moyens déraisonnables devraient être mis en œuvre pour l'identification, qui serait donc purement théorique.¹⁶ La perspective de la personne qui détient l'information est déterminante pour savoir si la personne concernée peut être identifiée.¹⁷ À titre d'exemple, on peut mentionner un jugement du TF sur les adresses IP dynamiques.¹⁸ Notre Haute Cour avait argumenté que, dans le cas jugé, il s'agissait de données personnelles, dans la mesure où les détenteurs des adresses IP pouvaient obtenir l'identité des personnes utilisant l'adresse IP dans le cadre d'une éventuelle procédure pénale.

Pour ce qui concerne les informations sur les locataires ou les propriétaires, il est donc clair qu'il n'est pas nécessaire que leurs noms et prénoms apparaissent pour l'application des dispositions sur la protection des données. Plusieurs autres informations peuvent permettre de conclure à l'existence d'une donnée personnelle:

- Les adresses des logements sont utilisées dans le cadre de la statistique. Or, l'information portant sur l'adresse

d'un logement suffit en général à conclure à l'existence d'une donnée personnelle, aussi bien pour le locataire que pour le propriétaire. En effet, une consultation de l'annuaire téléphonique ou une visite sur place permet en principe sans grande difficulté d'identifier le locataire. Par ailleurs, une consultation du registre foncier permet d'en connaître le propriétaire.

- Il pourrait en aller différemment si la même adresse est partagée par plusieurs propriétaires (p. ex. propriété par étages) ou par plusieurs locataires (p. ex. immeuble locatif). Dans ce cas, l'adresse permettrait d'identifier la personne concernée uniquement si elle est complétée par des informations supplémentaires, également utilisées pour la statistique, portant par exemple sur la surface exacte ou l'étage. D'une manière générale, on peut affirmer que les informations contenues dans les états locatifs nécessaires à la statistique, lorsqu'elles sont combinées, permettent l'identification des propriétaires et des locataires.

3. Traitement de données personnelles par les régies

Comme indiqué, les états locatifs contiennent des données personnelles. Il s'agit de déterminer si ces données sont traitées par les régies et si ce traitement est licite. La notion de traitement est très large. Selon l'art. 3 let. e LPD, on entend par traitement «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» (cf. la définition similaire de l'art. 4 let. d P-LPD et de l'art. 5 let. d nLPD). Un traitement de données par les régies a évidemment lieu lorsque les données sont communiquées à la HEG-FR pour effectuer la statistique. Comme indiqué, même si les données ne contiennent ni les noms ni les prénoms, il s'agit de données personnelles dans la mesure où les locataires et les propriétaires sont identifiables. Toutefois, compte tenu de la définition large de l'art. 3 let. e LPD, il faut considérer que les opérations préalables à la communication, comme le tri des dossiers ou des informations, constituent également un traitement de données.

¹⁴ Cf. art. 3 Règlement général sur la protection des données (RGDP). Le règlement est applicable en cas d'établissement dans l'Union européenne ou, en cas d'établissement en dehors de l'Union, en cas d'activités qui ciblent des personnes dans le territoire de l'Union. Il semble clair que ces exigences ne sont pas remplies dans le cas d'une régie fribourgeoise qui gère des immeubles dans le Canton de Fribourg.

¹⁵ Cf. P. ex. THOMAS PROBST, Die unbestimmte «Bestimmbarkeit» der von Daten betroffenen Person im Datenschutzrecht Personendaten und anonymisierte Einzeldaten in der globalisierten Informationsgesellschaft – Quo vaditis?, PJA 10/2013, 1425.

¹⁶ Message LPD (n. 12), 6639 s.

¹⁷ ATF 136 II 508 c. 3.4.

¹⁸ ATF 136 II 508 c. 3.4–3.6.

Dans la mesure où les régies traitent des données personnelles dans le cadre de la statistique sur l'immobilier, il s'agit de déterminer si ce traitement est licite (art. 4 al. 1 LPD). Dans ce contexte, une exigence semble particulièrement difficile à remplir. Les données doivent être collectées pour des finalités déterminées et reconnaissables pour la personne concernée (art. 4 al. 3 et al. 4 LPD). Cette exigence est reprise sans modification substantielle dans l'art. 5. al. 3 P-LPD et dans l'art. 6 al. 3 nLPD. La personne concernée doit être informée de la finalité du traitement lors de la collecte, à moins que cette finalité ne ressorte des circonstances. Une modification ultérieure de la finalité rend le traitement illicite. Ainsi, par exemple, un client qui donne des informations personnelles à un magasin en souscrivant à une carte de fidélité devrait s'attendre à recevoir de la publicité à l'adresse indiquée. En revanche, la vente des données relatives aux habitudes de consommation à un tiers ne correspond pas à une finalité reconnaissable. Si le client n'en a pas été informé expressément lors de la collecte, cette finalité serait donc illicite.¹⁹ Pour ce qui concerne la collecte d'informations personnelles par les régies, il ressort sans doute des circonstances que ces données peuvent être utilisées pour toutes les opérations en lien avec la location (p. ex. utilisation de l'adresse pour l'envoi de rappels de paiement du loyer). Toutefois, le traitement de données dans le cadre d'une statistique sur l'immobilier n'est pas reconnaissable, à moins que les locataires aient été informés expressément de cette finalité. En conclusion, cette modification ultérieure de la finalité du traitement semble être en contradiction avec la disposition de l'art. 4 al. 3 et al. 4 LPD, de l'art. 5. al. 3 P-LPD et de l'art. 6 al. 3 nLPD.

En cas de traitement non conforme à la finalité du traitement, une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées – qui peuvent aussi bien être les locataires que les propriétaires – doit être admise conformément à l'art. 12 al. 2 let. a LPD (cf. art. 26 al. 2 let. a P-LPD et art. 30 al. 2 let. a nLPD). Selon l'art. 13 LDP, «une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi» (cf. art. 27 P-LPD et art. 31 nLPD). Cette disposition reprend la règle de l'art. 28 al. 2 CC.²⁰ Trois motifs pourraient permettre de justifier le traitement de données par les régies:

– Le *consentement* des personnes concernées (locataires et propriétaires) permettrait de justifier le traitement de données. La personne concernée ne peut consentir valablement «que si elle exprime sa volonté librement et après avoir été dûment informée» (art. 4 al. 5 LDP). Dans le cas présent, compte tenu du nombre de personnes concernées (tous les propriétaires et tous les locataires dans la région faisant l'objet de la statistique), cette solution occasionnerait une charge de travail importante et un coût élevé. De plus, le consentement peut être révoqué, ce qui représente – en comparaison aux autres motifs justificatifs – également un désavantage pour la personne qui traite les données.²¹ Celle-ci devrait en effet s'attendre à ce que certains locataires

ou propriétaires révoquent leur consentement et que les informations ne puissent pas être prises en compte dans l'enquête.

- Un *intérêt public ou privé prépondérant* permettrait également de justifier un traitement de données. L'art. 13 al. 2 LPD (cf. art. 27 al. 2 P-LPD et art. 31 al. 2 nLPD) contient une liste non exhaustive de possibles intérêts prépondérants. Parmi ces intérêts, on trouve le traitement de données «à des fins ne se rapportant pas à des personnes, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique» (art. 13 al. 2 let. e LPD; cf. art. 27 al. 2 let. e P-LPD). La statistique sur l'immobilier, à laquelle les régies participent, correspond à cette description. L'art. 27 al. 2 let. e P-LPD prévoit trois conditions pour faire valoir cet intérêt: «1. les données sont anonymisées dès que la finalité du traitement le permet, 2. les données sensibles ne sont communiquées à des tiers que sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées, 3. les résultats sont publiés sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées» (cf. la formulation légèrement différente de l'art. 31 al. 2. let. e nLPD). Ces conditions peuvent être respectées dans le cadre de la statistique cantonale. Toutefois, même dans ce cas, une pesée des intérêts, qui prend en compte l'intérêt des personnes concernées à la protection de leurs données personnelles, s'impose.²² Le résultat de la pesée des intérêts, qui découle de l'exercice du pouvoir d'appréciation du juge, est par nature incertain.²³ La justification du traitement par un intérêt prépondérant à la recherche serait donc lié à une insécurité juridique.
- Finalement, l'atteinte à la personnalité peut être justifié par une *base légale*. Comme cela sera discuté plus bas, une telle base légale n'existait pas et la solution retenue a consisté à en adopter une (cf. IV). Nous discuterons dans ce contexte les exigences relatives à la base légale (cf. IV.2).

¹⁹ Cet exemple se trouve dans le message du Conseil fédéral en lien avec une modification de l'art. 4 al. 4 LPD (FF 2003 1938).

²⁰ Message LPD (n. 12), 6689.

²¹ BRUNO BAERISWYL, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (éd.), Stämpfli Kommentar Datenschutzgesetz, Berne 2015, art. 4 LPD N 57. Cf. dans un contexte différent, BRUNO PASQUIER/AURÉLIEN PASQUIER, Daten im Konkurs – Vertragsforderungen an Daten und Verwertung, PJA 12/2019, 1327, 1330 s.

²² Cf. Message LPD (n. 12), 6689: «L'al. 2 liste les cas dans lesquels les intérêts prépondérants du responsable du traitement entrent en considération. La formulation, qui est restée la même par rapport au droit actuel, montre clairement que les cas énumérés ne constituent pas des motifs justificatifs absolus. Comme dans le droit actuel, le résultat de la pesée des intérêts dans le cas d'espèce est déterminant».

²³ Cf. AMÉDÉO WERMELINGER, in: Bruno Baeriswyl/Kurt Pärli (éd.), Stämpfli Kommentar Datenschutzgesetz, Berne 2015, art. 13 LPD N 8 ss.

En conclusion, la participation des régies à la statistique immobilière peut poser problème sous l'angle du droit de la protection des données. Le traitement des données personnelles par les régies n'est pas conforme à la finalité reconnaissable pour les personnes concernées (les locataires et les propriétaires). En conséquence, une atteinte à la personnalité devrait être admise. Celle-ci peut toutefois être justifiée par un motif énuméré à l'art. 13 al. 1 LPD (cf. art. 27 P-LPD et art. 31 nLPD). Dans ce contexte, l'obtention du consentement de tous les locataires et propriétaires représente une charge de travail élevée, alors que l'existence d'un intérêt prépondérant est liée à une insécurité juridique. Le risque juridique aurait pu se concrétiser par l'exercice, de la part d'un locataire ou d'un propriétaire, d'une des actions concernant la personnalité, comme l'interdiction du traitement ou une réparation du dommage. Pour éviter ce risque, la solution retenue a consisté à adopter une base légale pour justifier le traitement par les régies (cf. IV.).

IV. La solution retenue: l'adoption d'une base légale

1. L'Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques cantonaux (ORStat)

L'Ordonnance concernant l'exécution des relevés statistiques cantonaux (ci-après: ORStat) du 3.3.2020 est entrée en vigueur le 3.3.2020. La compétence du Conseil d'État de l'État de Fribourg pour l'adoption de cette ordonnance repose sur l'art. 6 al. 1 de la Loi du 7.2.2006 sur la statistique cantonale (LStat), selon laquelle «le Conseil d'État ordonne l'exécution des relevés nécessaires et en règle les modalités». L'ORStat règle «l'exécution de relevés statistiques cantonaux et le traitement des données relevées à des fins de production statistique» (art. 1 al. 1 ORStat). L'ORStat contient plusieurs dispositions sur les modalités du traitement, comme l'obligation de garder le secret et le devoir de vigilance (art. 9), la publication des résultats (art. 14) ou la répartition des frais (art. 15). Les motifs de son adoption sont énoncés en préambule aux dispositions de l'ordonnance. Ce texte fait référence à l'art. 13 al. 1 LPD: «Plusieurs projets nécessitent la collecte, à l'échelle cantonale, de données dites individuelles au sens de la législation sur la statistique et/ou de données dites personnelles au sens de la législation sur la protection des données mais sont confrontés à l'absence de la base légale nécessaire au sens de l'article 13 al. 1 LPD [...] Une telle ordonnance doit faciliter le traitement des données, en garantissant une base légale conforme à l'article 13 al. 1 LPD pour ordonner la collecte, auprès de privés, de données dites individuelles au sens de la législation sur la statistique et/ou de données dites personnelles au sens de la législation sur la protection des données, et libérer ces partenaires privés de leur responsabilité dans le traitement à futur de ces données par l'organe responsable».

Selon l'art. 1 al. 1 ORStat, l'Annexe 1 (ci-après: A1-ORStat) dispose «la liste des organes responsables de ces rele-

vés [les relevés statistiques cantonaux] en précisant les conditions de leur réalisation». Cette annexe est intitulée «Enquête sur les logements réalisée sur la base des états locatifs». Conformément à l'art. 1 de l'Annexe 1, la HEG-FR est l'organe responsable de cette enquête. Dans le cadre de l'enquête, les «personnes physiques et morales avec des activités de gérance immobilière» peuvent être interrogées. Il est donc clair que la HEG-FR peut notamment collecter des données auprès des régies, qui sont mandatées par des propriétaires d'immeubles notamment pour la perception des loyers. Cette annexe règle plusieurs aspects importants de la statistique sur les logements. Ainsi, l'enquête s'effectue trimestriellement (art. 7 A1-ORStat) par voie électronique (art. 3 A1-ORStat), et la participation est obligatoire (art. 5 A1-ORStat). L'art. 2 A1-ORStat donne une liste de 22 informations qui peuvent faire l'objet de l'enquête. Il s'agit notamment de l'adresse, de la localité, de l'étage, du loyer mensuel net ou encore de la surface habitable en mètres carrés. Cette disposition indique que les données doivent être «anonymisées». Selon la terminologie du droit de la protection des données, l'anonymisation impliquerait que les données soient communiquées sous une forme ne permettant pas d'identifier les personnes concernées.²⁴ Or, cette interprétation serait en contradiction avec la liste d'informations à fournir selon cette annexe. En effet, ces informations – notamment l'adresse – permettent en général l'identification des personnes concernées (cf. III.2). À notre avis, l'art. 2 A1-ORStat utilise une terminologie non juridique mais néanmoins répandue, selon laquelle les noms et les prénoms des personnes concernées ne doivent pas être mentionnés.

2. L'ORStat comme base légale pour justifier le traitement

Selon l'art. 13 al. 1 LPD, «une atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi». L'ORStat (y compris son Annexe 1) est déterminante dans le présent contexte, dans la mesure où elle pourrait servir de base légale pour le traitement des données par les régies (cf. III.3). Lorsque l'atteinte à la personnalité peut être justifiée par une base légale, il faut admettre que le législateur a procédé lui-même à la pesée des intérêts en faveur du traitement des données.²⁵ La

²⁴ Cf. par exemple Message LPD (n. 12), 6699, en lien avec l'art. 35 P-LPD. Cf. aussi la définition de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL): «L'anonymisation est un traitement qui consiste à utiliser un ensemble de techniques de manière à rendre impossible, en pratique, toute identification de la personne par quelque moyen que ce soit et de manière irréversible» (<<https://www.cnil.fr/fr/lanonymisation-de-donnees-personnelles>> [consulté le 22.9.2020]).

²⁵ PHILIPPE MEIER, Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé, Berne 2010, N 1600; CORRADO RAMPINI, in: Urs Maurer-Lambrou/Gabor-Paul Blechta (éd.), Basler Kommentar Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, 3^e édition, Bâle 2014, art. 13 LPD N 15.

base légale peut relever du droit privé, du droit public ou du droit pénal, mais aussi du droit fédéral, du droit cantonal ou du droit communal.²⁶ Par ailleurs, l'expression «loi» fait référence à une loi au sens matériel, ce qui inclut notamment les ordonnances.²⁷ L'ORStat pourrait donc être une base légale et ainsi un motif justificatif au sens de l'art. 13 al. 1 LDP. Il n'y a aucune raison de penser qu'il devrait en aller différemment en application de l'art. 27 al. 1 P-LPD ou de l'art. 31 al. 2 nLPD, qui reprennent sans modification matérielle le texte de l'art. 13 al. 1 LPD.

L'interprétation de la ou des dispositions légales permet d'établir si le traitement est couvert par la base légale; il faut que le traitement soit conforme au but poursuivi par la ou les dispositions concernées.²⁸ Il n'est pas nécessaire qu'une obligation de traiter les données résulte de la base légale. Un simple droit au traitement de données personnelles est suffisant.²⁹ L'ORStat et son Annexe 1 règlent avec précision le traitement des informations contenues dans les états locatifs par les régies dans le cadre de la statistique immobilière. Il ne fait aucun doute que le traitement des données peut, tant qu'il est conforme à ces dispositions légales, être justifié par une base légale. Dans la mesure où un droit au traitement de données est suffisant, il en irait de même si la participation des régies était facultative (et pas obligatoire, comme le prévoit l'art. 5 A1-ORStat).

On peut finalement relever que, dans la mesure où le traitement est prévu par une loi, il faudrait considérer qu'il est licite conformément à l'art. 4 al. 3 LPD. La question du motif justificatif serait alors superflue. L'art. 5 P-LPD et l'art. 6 nLPD ne mentionnent toutefois pas explicitement la loi. Le Message du Conseil fédéral contient l'explication suivante: «Cette nouvelle formulation n'implique pas de changements matériels par rapport au droit en vigueur: tant la collecte des données que les finalités du traitement doivent être reconnaissables. Tel est en principe le cas lorsqu'on informe la personne concernée, lorsque ces traitements sont prévus par la loi ou lorsqu'ils ressortent clairement des circonstances».³⁰ On peut se demander si, compte tenu de cette nouvelle formulation, la personne concernée pourrait se reposer sur son ignorance d'une base légale pour conclure à l'illicéité du traitement. Quoi qu'il en soit, il semble que la question de savoir si le traitement est d'emblée licite ou si un traitement illicite est justifié par une base légale n'ait aucune implication pratique.

3. Les autres avantages de l'ORStat

En plus de constituer une base légale pour justifier le traitement des données, l'ordonnance présente les deux avantages suivants:

- L'adoption d'une base légale permet de régler plusieurs aspects importants du traitement de données. On peut notamment mettre en évidence l'art. 5 A1-ORStat, selon lequel la participation à l'enquête est obligatoire. Cette disposition assure une participation élevée et, par conséquent, la pertinence des résultats. Si le traitement des données reposait sur le consentement ou sur un in-

térêt prépondérant, la participation des régies serait facultative.

- L'existence d'une base légale peut également avoir une importance pour le devoir d'informer. Sous le droit actuel, le devoir d'informer s'applique à la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité (art. 14 LPD).³¹ Dans la mesure où le traitement de données dans le cadre de la statistique immobilière n'implique pas l'établissement de profils de personnalité ni le traitement de données sensibles, le devoir d'informer selon cette disposition semble pouvoir être d'emblée exclu.³² Il devrait en aller différemment en application du nouveau droit. En effet, l'art. 17 P-LPD et l'art. 19 nLPD prévoient un devoir d'informer plus large, qui s'applique de manière générale à la collecte de données personnelles. Le nouveau droit ne règle pas explicitement la question de savoir si le devoir d'informer s'applique également lors d'une modification de la finalité du traitement. Selon une partie de la doctrine, l'art. 17 P-LPD (et l'art. 19 nLPD) devrait s'appliquer uniquement en cas de collecte de nouvelles données et pas en cas de modification de la finalité du traitement.³³ Le devoir d'informer ne s'appliquerait donc pas si les régies modifiaient la finalité du traitement en utilisant les dossiers locatifs dans le cadre d'une statistique immobilière. Quoi qu'il en soit, l'existence d'une base légale permet de régler définitivement la question. Selon l'art. 18 al. 1 let. b P-LPD et l'art. 20 al. 1 let. b nLPD, le responsable du traitement est délié du devoir d'information si le traitement des données personnelles est prévu par la loi. Là aussi, une loi au sens matériel suffit.³⁴

²⁶ Cf. MEIER (n. 24), N 1601; RAMPINI (n. 24), art. 13 LPD N 17.

²⁷ MEIER (n. 24), N 1601; RAMPINI (n. 24), art. 13 LPD N 17; WERMELINGER (n. 12), art. 13 LPD N 16. Cette interprétation doit à notre avis être validée. On peut relever que la LDP et le P-LDP exigent, à plusieurs reprises, une «base légale au sens formel» (p. ex. art. 9 al. 1 let. a LPD; art. 17 al. 2 let. a LPD ou art. 24 al. 1 let. a P-LPD). On peut en déduire que, lorsque la loi fait simplement référence à une loi ou une base légale, une loi au sens matériel devrait être suffisante.

²⁸ MEIER (n. 24), N 1601; WERMELINGER (n. 12), art. 13 LPD N 15.

²⁹ RAMPINI (n. 24), art. 13 LPD N 16; WERMELINGER (n. 12), art. 13 LPD N 15.

³⁰ Message LPD (n. 12), 6644.

³¹ Le devoir d'informer de l'art. 18a LDP ne s'applique qu'aux organes fédéraux et n'est donc pas applicable au traitement de données par les régies.

³² Pour la liste de données sensibles cf. art. 3 let. c LPD. Pour ce qui concerne le profil de la personnalité selon l'art. 3 let. d LPD, il convient de relever que la statistique immobilière se concentre essentiellement sur les caractéristiques des logements (et pas des personnes concernées).

³³ DAVID ROSENTHAL, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter du 27.11.2017, N 95.

³⁴ En lien avec l'art. 14 LPD: ENDRIT PODA, Les effets en droit privé de l'obligation d'identifier l'ayant droit économique, Zurich 2019, 112. WERMELINGER (n. 12), art. 14 LPD N 11.

V. Résumé

L'article a discuté la question de la licéité du traitement de données portant sur des locataires et des propriétaires par des régies dans le cadre d'un outil statistique cantonal sur les logements locatifs (II.). Il montre que les données communiquées par les régies doivent être qualifiées de données personnelles, dans la mesure où les locataires et les propriétaires peuvent être identifiés, notamment sur la base des adresses (III.).

Comme le traitement des données dans le cadre d'une statistique immobilière ne correspond pas à une finalité reconnaissable, le traitement doit être justifié par le consentement des personnes concernées (locataires et propriétaires), un intérêt privé ou public prépondérant ou une base légale (III.3.). La solution retenue a consisté à l'adoption d'une base légale (ORStat; cf. IV.). La base lé-

gale est, en comparaison aux autres motifs justificatifs, avantageuse. L'existence d'un intérêt prépondérant est liée à une insécurité juridique. Compte tenu de la grande quantité de personnes concernées, la sécurité juridique est particulièrement importante. L'obtention du consentement auprès des personnes concernées occasionnerait une charge de travail élevée et des coûts importants. De plus, le consentement pourrait être révoqué à tout moment. La base légale a par ailleurs permis de régler les modalités du traitement et de rendre la participation à l'enquête obligatoire. Il est clair que l'adoption d'une base légale, qui est la solution la mieux adaptée, n'a été possible que grâce à une prise de conscience, par les autorités politiques fribourgeoises, de l'importance d'un système d'information cantonal fiable et pertinent sur l'immobilier.