

Charlotte Beck / Frédéric Erard

Le sort des données de santé en cas de cessation d'activité

Analyse inspirée des affaires mesvaccins.ch et 23andMe

La cessation d'activité d'entités traitant des données de santé soulève des questions sensibles, comme l'ont montré les affaires mesvaccins.ch et 23andMe. En l'absence de règles générales claires en droit suisse, les principes de proportionnalité, de finalité et de consentement jouent un rôle central, tandis que les motifs justificatifs liés aux intérêts prépondérants demeurent incertains. Les auteurs présentent le cadre juridique applicable, en analysant les lacunes et proposent des pistes pour renforcer la protection des personnes concernées.

Catégories d'articles : Articles scientifiques

Domaines juridiques : Protection des données

Proposition de citation : Charlotte Beck / Frédéric Erard, Le sort des données de santé en cas de cessation d'activité, in : Jusletter 29. September 2025

Table des matières

1. Introduction
2. Cessation d'activité et atteintes à la personnalité
3. Examen des motifs justificatifs permettant la conservation et le transfert des données de santé
 - 3.1. Loi
 - 3.2. Intérêts prépondérants
 - 3.2.1. Intérêts de la personne concernée
 - 3.2.2. Intérêt public prépondérant
 - 3.2.3. Intérêts privés prépondérants
 - 3.3. Consentement
 - 3.3.1. Exigences du consentement
 - 3.3.2. Temporalité du consentement
4. Discussion
 - 4.1. Constat
 - 4.2. Recommandations
5. Conclusion

1. Introduction

[1] L'ouverture de la faillite de la Fondation mesvaccins.ch en 2021¹ a suscité de vives réactions. Le but de la fondation consistait en particulier à « exploiter le dossier de vaccination électronique sur une plate-forme électronique [...] », permettant aux personnes de stocker leurs données vaccinales, mais également des informations sur des allergies ou maladies diagnostiquées². Après un rapport d'enquête du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) pointant des failles majeures dans la gestion des données par mesvaccins.ch³, suivi par l'annonce de la faillite et une reprise par la communauté de référence du dossier électronique du patient argovienne (e-Health Argovie⁴), les données de près de 300'000 patients⁵ ont finalement pu être restituées à celles et ceux qui en avaient fait la demande, avant d'être supprimées en juin 2024⁶.

[2] Cette situation n'est pas isolée, notamment sur le plan international. En mars 2025, la société américaine 23andMe Inc., dont l'activité commerciale consiste à vendre des tests génétiques à

¹ FOOSC n° 228 du 23 novembre 2021, Message 1005339983.

² Office fédéral de la santé publique, Un carnet de vaccination électronique facilement accessible, publié le 18 avril 2013, accessible sur : <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=48525> (consulté le 16 août 2025).

³ PFPDT, Rapport final et recommandations, 31 août 2021, accessible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/07092021-publication-du-rapport-final-du-pfpdt> (consulté le 16 août 2025).

⁴ PFPDT, Mesvaccins.ch : les autorités sanitaires veulent sauver les données, le PFPDT lève la recommandation de les supprimer, publié le 20 juin 2022, accessible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=89301> (consulté le 16 août 2025).

⁵ OFSP, L'OFSP regrette la non-restitution des données de la plateforme mesvaccins.ch, publié le 24 mai 2022, accessible sur : <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=88997> (consulté le 16 août 2025).

⁶ PFPDT, Le PFPDT recommande la suppression des données de mesvaccins.ch, publiée le 24 mai 2022, accessible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=88991> (consulté le 16 août 2025).

vocation récréative, annonçait également sa faillite et la potentielle vente de données génétiques de ses millions d'utilisatrices et utilisateurs⁷, suscitant de vives et nombreuses réactions⁸.

[3] Si le cas particulier de 23andMe est peu susceptible de se produire en Suisse en raison des exigences imposées par le droit suisse en lien avec les activités commerciales de génétique récréative⁹, il n'en reste pas moins que de nombreuses entreprises traitent des données médicales de patients ou de clients en Suisse, au nombre desquelles de nombreuses start-ups actives dans le domaine biomédical¹⁰. Dans l'hypothèse où de telles entités cessent leurs activités, notamment en cas de faillite, vient alors la question du sort des données relatives à la santé traitées. Différents acteurs peuvent alors avoir un intérêt à mettre la main sur les données concernées, chacun avec des objectifs qui lui sont propres : personnes concernées, entreprises concurrentes, autorités sanitaires, etc.

[4] On soulignera d'emblée que les données de santé sont considérées comme des données sensibles au sens de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)¹¹. Elles se définissent comme toutes les informations qui permettent, directement ou indirectement, de tirer des conclusions sur l'état de santé, physique, mental ou psychique, d'une personne¹². Le traitement de ce type de données exige une attention particulière, au vu des risques que leur violation peut représenter pour les personnes concernées, notamment dans un contexte du recours à l'intelligence artificielle et du Big Data¹³. Le risque accru de réidentification associé à l'utilisation de l'IA est susceptible de porter gravement atteinte aux droits de la personnalité des personnes concernées¹⁴. Peuvent notamment survenir des conséquences sociales (telles que l'exclusion de personnes atteintes de

⁷ 23andMe Holding Co., voluntary Chapter 11 petition, U.S. Bankruptcy Court for the Eastern District of Missouri (No. 2540976), filed 23 March 2025, disponible sur : <https://investors.23andme.com/news-releases/news-release-details/23andme-initiates-voluntary-chapter-11-process-maximize> (consulté le 16 août 2025).

⁸ SARA GERKE/MELISSA B. JACOBY/I. GLENN COHEN, Bankruptcy, Genetic Information and Privacy – Selling Personal Information, N Engl J Med. 2025 Mar 6;392(19):937–939; <https://www.nytimes.com/wirecutter/reviews/23andme-data-bankrupt/> (consulté le 16 août 2025); <https://www.letemps.ch/cyber/23andme-l-incroyable-fiasco-du-specialiste-des-kits-de-tests-adn-aux-repercussions-mondiales> (consulté le 16 août 2025).

⁹ Art. 31 ss LAGH; CARLOTTA MANZ, The use of genetic data by private parties : how does the new Swiss legislation address the human rights threats?, Ex/Ante 2021/2, p. 23–33, p. 30.

¹⁰ Karamagenes SA, Crispr Therapeutics AG, Sophia Genetics SA, genknowme S.A, Gene Predictis SA, Nerai Bioscience AG sont toutes des start-ups actives dans la biotech dont les activités impliquent, de manière directe ou indirecte, le traitement de données génétiques.

¹¹ RS 235.1; art. 5 let. c. ch. 2 et 3 LPD. En droit européen, le Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (RGPD) élève lui aussi les données personnelles concernant la santé au rang des catégories particulières de données à caractère personnel, renforçant ainsi leur protection (art. 9 RGPD).

¹² Message aLPD, FF 1988 II 454; PHILIPPE MEIER, Protection des données, Berne 2010, N 486 ss; PHILIPPE MEIER/NICOLAS TSCHUMY, in : Philippe Meier/Sylvain Métille, Commentaire romand, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023, art. 5 N 56 (ci-après : CR LPD-Auteur); EMILIE JACOT-GUILLARMOD, in : Yaniv Benhamou/Bertil Cottier (édit.), Petit commentaire, Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023, art. 5 N 27 (ci-après : PC LPD-Auteur). Plus généralement sur la définition des données de santé : MICHAEL WIDMER/PHILIPP EGLI, Datenschutz im Gesundheitsrecht, in : Virgilia Rumetsch/Tomas Poledna (édit.), Gesundheitsrecht, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band VIII/2, N 60 ss; ERARD F., Le secret médical. Etude des obligations de confidentialité des soignants en droit suisse, thèse Neuchâtel, Zurich 2021, N 768 ss.

¹³ Message aLPD, FF 1988 II 453, EVA CELLINA, La commercialisation des données personnelles. Aspects de droit contractuel et de protection des données, thèse Genève, Genève/Zurich/Bâle 2020, N 156; ANQ, FMH, H+, ASSM, Médecine Universitaire Suisse, Recommandations concernant la création et la gestion de registres dans le domaine de la santé, v. 2.1, Septembre 2023, p. 4.

¹⁴ LUC ROCHER/JULIEN M. HENDRICKX/YVES-ALEXANDRE DE MONTJOYE, Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models, Nat Commun 10, 3069, 2019, disponible sur : <https://doi.org/10.1038/s41467-019-10933-3> (consulté le 16 août 2025).

maladies stigmatisantes), des pertes financières découlant de licenciements ou de discriminations à l'emploi, ou encore un impact sur les couvertures d'assurances privées (p. ex. en cas de prédisposition à développer certaines formes de cancers)¹⁵.

[5] En dépit de son importance pratique, la question du sort des données relatives à la santé en cas de cession d'activité du responsable de traitement a fait l'objet de peu d'attention de la littérature juridique à ce jour en Suisse¹⁶. Pour combler cette lacune, la présente contribution vise à offrir une présentation générale du cadre juridique applicable à ce type de situations, l'analyse étant volontairement limitée au droit suisse. L'analyse qui suit est de surcroît délibérément menée sous l'angle particulier des traitements de données personnelles réalisés par les personnes privées, soumis à la LPD. Les données liées à la valorisation et à la réalisation des données sont quant à elles laissées de côté. Cette contribution n'a donc pas vocation d'exhaustivité et vise avant tout à encourager des recherches approfondies sur les multiples aspects soulevés par cette thématique.

[6] Il est enfin précisé que le propos n'est pas spécifiquement porté sur la cessation d'activités des établissements médicaux, à l'instar des cabinets médicaux. Il est néanmoins fait ici et là mention des règles particulières qui leur sont applicables lorsque cela est jugé pertinent.

2. Cessation d'activité et atteintes à la personnalité

[7] Le sort des données personnelles relatives à la santé traitées par une entité légale privée qui cesse ses activités s'examine dans un premier temps à la lumière des règles générales relatives à la durée de conservation de données personnelles. En d'autres termes, il faut déterminer si les données de santé qui ont été collectées et traitées doivent être effacées ou détruites du fait que l'entité concernée cesse ses activités ou, au contraire, si les données en question peuvent ou doivent être conservées, éventuellement dans l'optique d'un transfert à une entité tierce.

[8] À l'échelon constitutionnel, l'art. 13 al. 2 Cst. garantit le droit à l'autodétermination personnelle en énonçant que « toute personne a le droit d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent »¹⁷. En ce qui concerne les données personnelles traitées par les personnes privées, à l'image des sociétés anonymes ou des fondations de droit privé, leur protection est concrétisée en premier lieu par la LPD.

[9] La LPD ne prévoit pas de délais de conservation chiffrés¹⁸ et reste muette quant au sort des données personnelles traitées par une personne privée qui cesserait d'exister. Les durées de conservation des données personnelles se déterminent en réalité d'abord par référence aux principes généraux énoncés aux art. 6 à 8 LPD, en particulier le principe de proportionnalité (art. 6 al. 2 et 4 LPD)¹⁹. La composante temporelle du principe de proportionnalité est explicitement consacrée à l'art. 6 al. 4 LPD, selon lequel les données personnelles doivent être « détruites ou

¹⁵ AGNÈS HERTIG PEA, La protection des données personnelles médicales est-elle efficace? Etude des moyens d'actions en droit suisse, thèse Neuchâtel, Bâle 2013, p. 15–16; CARLOTTA MANZ (note 9), p. 27. Pour un exemple concret de conséquences, voir : Privacy Foundation NZ, Genomic discrimination and New Zealand insurance, <https://privacyfoundation.nz/genomic-discrimination-and-new-zealand-insurance-or-how-what-you-dont-know-can-hurt-you/> (consulté le 16 août 2025).

¹⁶ YVES DONZALLAZ, Traité de droit médical – Volume II Le médecin et les soignants, Berne 2021, N 6233.

¹⁷ RS 101.

¹⁸ ATENAS ANDERSON/BENEDETTA S. GALETTI, La conservation des données personnelles : comment déterminer sa durée?, sic! 2021, p. 103 ss, p. 111.

¹⁹ WIDMER/EGLI (note 12), N 91 ss; CR LPD-MEIER/TSCHUMY, N 34.

anonymisées dès qu'elles ne sont plus nécessaires au regard des finalités du traitement ». Cette exigence requiert du responsable du traitement qu'il détermine pour chaque type de traitement la durée de conservation des données concernées²⁰. La responsabilité de détruire ou d'anonymiser les données personnelles lorsqu'elles ne sont plus nécessaires incombe au responsable du traitement, indépendamment de toute requête des personnes concernées²¹.

[10] Dans le cas de la cessation d'activités d'une entité légale qui aurait collecté et traité des données de santé, deux grands scénarios sont envisageables. L'entité légale peut cesser définitivement ses activités, sans transfert de ces dernières à un tiers. Alternativement, les activités de l'entité légale peuvent être reprises totalement ou partiellement par une entité tierce, notamment en cas de cession d'actifs (*asset deal*). À l'inverse de l'acquisition d'actions (*share deal*), la cession d'actifs qui porte entre autres sur des données personnelles implique une communication de telles données à un tiers²². Cette communication a des implications en termes de protection des données.

[11] Ces traitements s'apparentent à une communication à titre onéreux, particulièrement lorsque le traitement de données constitue le cœur du modèle économique d'une entité²³. À juste titre, une partie de la doctrine assimile ces transactions à des licences sur les données personnelles (théorie de la licence)²⁴. Dans cette optique, les données personnelles, en tant qu'attributs de la personnalité et droits absolus, ne peuvent pas être cédées en tant que telles, mais leur usage peut être accordé par une licence non exclusive, éventuellement en contrepartie d'un service²⁵. Le responsable du traitement peut disposer de ces données lorsqu'elles sont collectées directement, mais doit, en cas de collecte indirecte, justifier leur utilisation ou obtenir le consentement exprès de la personne concernée, notamment pour les données sensibles, tout en respectant ses obligations d'information, de déclaration et de garantie des droits d'accès par les personnes concernées²⁶.

[12] En cas de cessation d'activité, il est nécessaire d'identifier la personne qui est compétente pour prendre les décisions quant aux traitements de données personnelles. Cette identification dépendra du cadre juridique applicable à l'extinction de l'entité légale. Lorsqu'elle résulte d'une faillite, le responsable du traitement ne peut plus disposer des actifs compris dans la masse, cette dernière comprenant les données personnelles qui en font partie²⁷. C'est alors à l'administration de la faillite que revient la responsabilité de prendre les décisions sur les traitements de données personnelles²⁸.

²⁰ ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 111.

²¹ ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 106.

²² CLARA-ANN GORDON/TANJA LUTZ, M&A und Datenschutz, in : Hans-Jakob Diem (édit.), Mergers & Acquisitions XXII, Zurich/Bâle/Genève 2021, p. 141 ss, p. 156; MARKUS WINKLER, Datenschutz bei M&A Transaktionen, GesKR 2018, p. 124 ss, p. 132; RONNY HAUCK, Personal Data in Insolvency Proceedings : The Interface between the New General Data Protection Regulation and (German) Insolvency Law, European company and financial law review 2019 16(6), p. 724 ss, p. 743.

²³ CELLINA (note 13), N 409 ss; PFPDT, Rapport annuel 2009/2010, Annexe 4.1.4, p. 149 ss.

²⁴ CELLINA (note 13), N 602 ss; YANIV BENHAMOU/LAURENT TRAN, Circulation des biens numériques : de la commercialisation à la portabilité, Sic! 2016, p. 571 ss, p. 577; JULIEN ROUVINEZ, La licence des droits de la personnalité. Etude de droit privé suisse, thèse Lausanne, Zurich 2011, N 664 ss; HAUCK (note 22), p. 728.

²⁵ CELLINA (note 13), N 924.

²⁶ BENHAMOU/TRAN (note 24), p. 580; CELLINA (note 13), N 926.

²⁷ Art. 197 al. 1 LP; BENHAMOU/TRAN (note 24), p. 588.

²⁸ CR LPD-BENHAMOU, art. 25 N 25; BENHAMOU/TRAN (note 24), p. 588.

[13] La Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite (LP)²⁹ reste plutôt vague quant aux règles applicables aux traitements de données personnelles dans le contexte de la faillite. Tout au plus l'art. 242b LP permet-il au tiers qui atteste un droit légal ou contractuel à des données dont la masse en faillite a le pouvoir de disposer d'accéder à ces données ou de les faire restituer par la masse qui a le pouvoir d'en disposer. Une procédure particulière est prévue à cet effet, les frais de la requête étant mis à charge du requérant. L'exemple type est celui de la faillite d'un hébergeur de données et du client qui demande la restitution de ses données³⁰. L'art. 242b al. 4 LP réserve cependant l'exercice du droit d'accès prévu par les dispositions fédérales ou cantonales en matière de protection des données. Dans le contexte qui nous occupe, les demandes de droit d'accès déposées par les personnes concernées en vue d'accéder à leurs données de santé suite à la faillite du responsable du traitement sont ainsi soumises aux règles sur le droit d'accès instituées par la LPD, qui prévoient le principe de la gratuité du droit d'accès, et non à l'art. 242b LP³¹. Une application de l'art. 242b LP pourrait néanmoins être envisagée dans certaines hypothèses, par exemple si l'activité déployée par l'entreprise en faillite a été menée en partenariat avec d'autres entités (p. ex. : consortium) qui pourraient revendiquer la restitution des données ou encore si l'entreprise en faillite agissait comme sous-traitant (p. ex. : fournisseur d'hébergement) de l'entité responsable du traitement des données de santé.

[14] Lorsque la cessation d'activité résulte d'une liquidation volontaire, le responsable du traitement ou le liquidateur désigné portent la responsabilité sur les données personnelles comprises dans les actifs³². Enfin, en cas de reprise des activités par un tiers, le transfert et la prise de contrôle des données personnelles qui suit la cessation d'activités a pour effet que le repreneur devient responsable du traitement, avec toutes les obligations que cela implique³³.

[15] À notre sens, la conservation de données sur la santé au-delà de l'extinction de l'entité légale ainsi que le transfert de telles données à une entité tierce dans le contexte d'une liquidation portent nécessairement atteinte à la personnalité des personnes concernées au sens de l'art. 30 LPD. Différentes hypothèses peuvent être envisagées :

- le but sous-jacent à la collecte et à la conservation des données de santé cesse d'exister lorsque l'entité légale s'éteint, de telle sorte qu'une conservation de données qui perdure au-delà de l'extinction transgresse le principe de proportionnalité temporelle. À défaut d'un motif justificatif valable, de telles données doivent donc par principe être effacées ou anonymisées (art. 6 al. 4 LPD) puisqu'une telle conservation des données déroge aux principes généraux établis par la LPD (art. 30 al. 2 let. a *cum* art. 6 LPD);
- la reprise des activités d'une entité légale qui cesserait ses activités – que ce soit par acquisition d'actions ou par transfert d'actifs – est par ailleurs susceptible de donner lieu à une redéfinition du but pour lequel les données sur la santé sont traitées³⁴. Une réutilisation des données personnelles sur la santé à des fins incompatibles avec la finalité initiale consti-

²⁹ RS 281.1.

³⁰ NICOLAS JEANDIN, in : Bénédicte Foëx/Nicolas Jeandin/Andrea Braconi/Benoît Chappuis (édit.), Commentaire romand. Poursuite et faillite (LP), Bâle 2025, art. 242b N 1 (ci-après : CR LP-Auteur).

³¹ CR LP-JEANDIN, art. 242b N 20 s.

³² Pour les sociétés anonymes : art. 743 al. 1 et art. 754 CO.

³³ Art. 19 ss CC. En ce sens : BRUNO PASQUIER/AURÉLIEN PASQUIER, Daten im Konkurs. Vertragsforderungen an Daten un Verwertung, AJP/PJA 2019, p. 1316 ss, p. 1324 s.

³⁴ PASQUIER/PASQUIER (note 33), p. 1328.

tuerait alors elle aussi une atteinte à la personnalité des personnes concernées puisqu'elle contreviendrait pour sa part au principe général de finalité imposé par la LPD (art. 30 al. 2 let. a *cum* art. 6 al. 3 LPD)³⁵;

- enfin, l'éventualité d'un transfert des données sur la santé à une entité tierce, reprenneuse des activités, porterait pour sa part une atteinte à la personnalité des personnes concernées étant donné qu'il s'agit d'un transfert de données personnelles sensibles (art. 5 let. c LPD) qui cause *de lege* une atteinte à la personnalité fondée sur l'art. 30 al. 2 let. c LPD.

[16] Les atteintes à la personnalité causées par la conservation ou le transfert de données personnelles peuvent néanmoins être justifiées par l'un des motifs prévus par l'art. 31 LPD, à savoir le consentement de la personne concernée, l'existence d'un intérêt privé ou public prépondérant, ainsi que la loi (art. 31 al. 1 LPD).

[17] Avant d'examiner plus en détail l'éventuelle application de ces motifs justificatifs dans le contexte de la cessation d'activités d'une entité légale traitant des données de santé (cf. *infra* Section 3.), il faut encore réserver l'application potentielle d'un régime légal spécial imposant des règles renforcées pour la communication de données de santé. On pense en particulier à l'application des règles relatives au secret professionnel (art. 321 CP) qui renforcent les conditions auxquelles des données collectées par un cercle défini de professionnels de la santé peuvent communiquer ces informations à des tiers. Dans ce cas particulier, les communications à des tiers doivent reposer sur le consentement de la personne concernée, la loi ou la levée du secret professionnel par l'autorité cantonale compétente. La seule existence d'intérêts prépondérants privés ou publics ne permet pas en elle seule de justifier la communication d'informations couvertes par le secret à un tiers³⁶.

3. Examen des motifs justificatifs permettant la conservation et le transfert des données de santé

[18] La conservation ou la communication de données de santé à des tiers, après la cessation d'activité du responsable du traitement, constitue une atteinte à la personnalité des personnes concernées. Il convient dès lors d'examiner si des motifs justificatifs peuvent légitimer une telle atteinte et, le cas échéant, à quelles conditions.

3.1. Loi

[19] En pratique, la justification d'une atteinte à la personnalité s'examine d'abord à la lumière d'une éventuelle disposition légale qui oblige ou permet certaines formes de traitements de données personnelles. Lorsqu'un traitement de données personnelles est imposé par une loi, formelle ou matérielle, fédérale ou cantonale³⁷, il n'y a pas besoin de procéder à une balance des intérêts.

³⁵ CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 6 N 53 ss; PASQUIER/PASQUIER (note 33), p. 1328.

³⁶ ERARD (note 12), N 992 ss.

³⁷ La densité normative exigée n'est pas élevée, puisqu'une ordonnance est suffisante, PC LPD-GENECAND, art. 31 N 16; CR LPD-BOILLAT/WERLY, art. 31 N 22; CORRADO RAMPINI/REHANA HARASGAMA, in : Gabor P. Blechta/David Vasella (édit.), Basler Kommentar. Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Bâle 2024, 4^{ème} éd., art. 31 N 74 (ci-après : BSK DSG-Auteur).

Dans ce cas, le législateur a préalablement jugé qu'un intérêt public prépondérant justifiait l'atteinte.

[20] Même si elles sont limitées à des situations spécifiques et ponctuelles, différentes dispositions légales imposent la conservation de données de santé pour des durées définies. Ces exigences légales sont essentiellement justifiées par des considérations de santé publique. Pour ce qui est des exigences applicables aux entreprises privées qui collecteraient et traiteraient des données de santé, on mentionnera par exemple³⁸ :

- l'obligation du promoteur d'essais cliniques de conserver des informations en lien avec les essais cliniques, notamment les informations en lien avec le suivi des personnes participant à l'essai clinique, au moins pendant 20 ans à compter de la fin ou de l'arrêt prématuré de l'essai clinique, conformément à l'art. 45 Ordonnance fédérale sur les essais cliniques (OClin)³⁹;
- l'obligation d'archiver pendant 30 ans les documents importants en rapport avec les activités en lien avec le sang humain au sens de l'art. 39 Loi fédérale sur les produits thérapeutiques (LPTh)⁴⁰, conformément à l'art. 40 LPTh;
- l'obligation d'enregistrer les opérations importantes en matière de santé publique liées à l'utilisation d'organes, de tissus ou de cellules pendant 20 ans, conformément à l'art. 35 de la Loi fédérale sur la transplantation⁴¹. Les informations doivent permettre de remonter jusqu'au donneur et au receveur.

[21] Dans les cas susmentionnés, les délais de conservation imposés par la loi, exprimés en décennie, peuvent donc (largement) excéder la durée de vie de l'entité légale responsable du traitement. Le cas échéant, la loi impose alors de conserver des données personnelles alors que le responsable du traitement a formellement cessé d'exister. Une telle situation n'est pas pour autant exceptionnelle. Les documents comptables des entreprises doivent par exemple être conservés pendant une durée de dix ans à partir de la fin de l'exercice⁴², étant entendu que cette obligation perdure après la radiation de l'entreprise⁴³.

[22] Dans certains cas limités, le législateur a eu la bonne idée de désigner une entité responsable de recueillir les données dans le cas où les données concernées ne pourraient plus être conservées conformément aux exigences légales à travers le temps. Ainsi, pour les données qui doivent être conservées en vertu de la Loi fédérale sur la transplantation (cf. ci-dessus), l'art. 35 al. 2 de cette loi énonce que « en cas de cessation des activités avant l'expiration de ce délai, tous les enregistrements et documents sont conservés en lieu sûr ou, si cela n'est pas possible, remis à l'OFSP ».

[23] Dans les autres cas, le défaut de désignation par la loi d'un organe récipiendaire de données qui doivent être conservées sur le long terme peut susciter des incertitudes lorsque le responsable du traitement cesse juridiquement d'exister. Ce dernier, par les organes chargés de sa liquidation,

³⁸ Pour une liste des dispositions légales imposant des délais de conservation de données à l'égard des professionnels de la santé en particulier, voir p. ex. : FMH, Guide pour la conservation et l'archivage, mars 2023, accessible ici : <https://www.fmh.ch/files/pdf28/guide-pour-la-conservation-et-larchivage.pdf>.

³⁹ RS 810.305.

⁴⁰ RS 812.21.

⁴¹ RS 810.21.

⁴² Art. 958f CO.

⁴³ ATF 131 IV 56 du 23 décembre 2004, c. 1.4.2.

doit alors prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les données seront conservées en lieu sûr et conformément aux exigences légales, notamment celles liées à la protection des données personnelles, après son extinction.

[24] À titre d'excursus, il est intéressant de se pencher brièvement sur les solutions qui ont été adoptées par les législateurs cantonaux pour régler le sort des dossiers médicaux en cas de cessation d'activités des cabinets médicaux. Les dossiers médicaux font typiquement l'objet d'une obligation légale de conservation prévue par le droit cantonal sanitaire, généralement pour une durée minimale de 10 ou 20 ans⁴⁴. Or, la cessation d'activité d'un médecin peut soulever des questions liées à la conservation des dossiers médicaux, notamment dans une perspective de santé publique, justifiée par l'intérêt des patients à pouvoir continuer à accéder à leurs dossiers dans une perspective de continuation du suivi médical.

[25] Bon nombre de législations cantonales comprennent donc des prescriptions quant à la conservation des dossiers médicaux en cas de cessation d'activités d'un médecin, y compris dans les cas où celle-ci interviendrait suite au décès ou à une incapacité durable du médecin. À titre d'exemple, l'art. 58 de la Loi genevoise sur la santé est spécifiquement dédié au sort du dossier en cas de cessation d'activité du médecin. En bref, il impose au médecin qui cesse son activité d'en informer ses patients et, sans réponse de leur part dans un délai de trois mois, de remettre le dossier à son successeur, dans le respect des règles sur le secret professionnel. En cas d'incapacité durable ou de décès du professionnel de la santé, les dossiers médicaux sont placés sous la responsabilité de l'office cantonal de la santé qui peut habiliter l'association de son groupe professionnel ou un tiers.

[26] Les dispositions légales de droit cantonal relatives à la cessation d'activité des cabinets médicaux sont dignes d'intérêt pour la thématique qui nous occupe. Le droit genevois, par exemple, vise non seulement à garantir une information transparente aux patients quant à la cessation des activités du cabinet médical, mais assure aussi que les dossiers médicaux seront conservés de manière conforme à la loi, le cas échéant sous l'égide d'un tiers désigné par la loi.

[27] En dehors de quelques exceptions spécifiques (cf. ci-dessus), le droit suisse ne prévoit pas de dispositions légales générales qui régiraient le sort des données de santé en cas de cessation d'activité du responsable du traitement. En particulier, aucune base légale générale ne permet de justifier la communication de données personnelles en cas de transfert d'actifs à une société tierce⁴⁵. Dans ce contexte, les atteintes à la personnalité causées par la conservation et/ou la communication de données de santé à des tiers doivent donc reposer sur un autre motif justificatif, à savoir l'existence d'intérêts prépondérants privés ou publics, ou le consentement des personnes concernées.

3.2. Intérêts prépondérants

[28] Les intérêts prépondérants de plusieurs parties prenantes peuvent être invoqués à titre de motif justificatif (art. 31 al. 1 et 2 LPD), dont les intérêts publics prépondérants (3.2.2) et ceux du responsable du traitement (3.2.3). L'intérêt des personnes concernées peut également être

⁴⁴ Voir p. ex. : art. 87 al. 5 Loi sur la santé publique vaudoise, BLV 800.01 (LS-VD); art. 87 Loi sur la santé genevoise, rsGE K 1 03 (LS-GE); art. 32 Loi sur la santé valaisanne, RS-VS 800.1 (LS-VS).

⁴⁵ WINKLER, (note 22), p. 133.

invoqué par ce dernier (3.2.1) et sera pour le reste principalement mentionné dans la balance avec les intérêts poursuivis par les responsables du traitement.

[29] On entend par intérêt prépondérant tout intérêt de valeur généralement reconnue⁴⁶. Le second alinéa de l'art. 31 LPD fournit une liste exemplative des intérêts privés prépondérants, destinée à orienter l'analyse lors de la mise en balance des intérêts en présence⁴⁷. Celle-ci se fait sur la base des traitements ou des finalités concrètes⁴⁸.

3.2.1. Intérêts de la personne concernée

[30] Les intérêts privés peuvent être ceux de la personne concernée⁴⁹. Il est ainsi concevable que cette dernière ait un intérêt à ce que certaines données soient conservées au-delà de la cessation de l'activité, notamment lorsqu'il s'agit de traitement de données de santé⁵⁰.

[31] En effet, garder des informations permettant un suivi de l'état de santé peut se révéler essentiel pour les personnes concernées, raison pour laquelle la tenue d'un dossier médical par les professionnels de la santé est imposée par la loi⁵¹. Par exemple, une personne pourrait compter sur les données collectées par des applications ou bracelets connectés pour effectuer le suivi de son état de santé⁵².

[32] En pratique, il est cependant peu probable que l'intérêt de la personne concernée soit invoqué, dans la mesure où il appartient en principe au responsable du traitement de le soulever. Dans le cadre d'une cessation d'activité et en l'absence d'un responsable du traitement désigné, la question de savoir qui avancerait un tel motif justificatif fait donc l'objet d'incertitudes⁵³. On peut cependant citer le cas de la faillite de la Fondation mesvaccins.ch, où l'OFSP semble avoir porté l'intérêt privé des personnes concernées (mais peut-être surtout l'intérêt public sous-jacent, cf. Section 3.2.2) et œuvré pour empêcher l'effacement des données des utilisatrices et utilisateurs⁵⁴.

[33] À tout le moins, la personne concernée pourrait faire valoir un droit à la remise et à la transmission de ses données, conformément à l'art. 28 LPD, dans les limites posées par cet article⁵⁵. Ce droit a notamment comme objectif le renforcement de l'autonomie informationnelle et la réduction des coûts du changement de fournisseur⁵⁶. Dans ce cas, c'est généralement l'administration de la faillite ou le tiers poursuivant l'exécution des obligations qui répondra à la demande⁵⁷.

⁴⁶ Arrêt du TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017, c. 5.4.2.1.

⁴⁷ CR LPD-BOILLET/WERLY, art. 31 N 31.

⁴⁸ PC LPD-GENECAND, art. 31 N 29.

⁴⁹ CR LPD-BOILLET/WERLY, art. 31 N 26.

⁵⁰ Ceci, en contradiction avec l'obligation du responsable du traitement d'effacer les données, découlant de la disparition de la finalité initiale du traitement.

⁵¹ Art. 12 Code de déontologie de la FMH.

⁵² HÉLÈNE BRUDERER, La réutilisation des données personnelles liées à la santé à des fins de recherche scientifique. Etude de droit suisse avec des perspectives de droit comparé, thèse Genève, Zurich 2023, N 89.

⁵³ CR LPD-BENHAMOU, art. 25 N 25 et art. 28 N 14.

⁵⁴ OFSP, L'OFSP regrette la non-restitution des données de la plateforme mesvaccins.ch, 24 mai 2022, disponible à <https://www.news.admin.ch/fr/nsb?id=88997> (consulté le 16 août 2025).

⁵⁵ Désigné dans le RGPD comme « droit à la portabilité ».

⁵⁶ CR LPD-BENHAMOU, art. 28 N 4.

⁵⁷ CR LPD-BENHAMOU, art. 28 N 14.

Enfin, à défaut de remise ou transmission, la bonne pratique voudrait d'informer les personnes concernées avant de procéder à l'effacement des données⁵⁸.

3.2.2. Intérêt public prépondérant

[34] L'intérêt public doit toucher une pluralité de personnes ou la collectivité⁵⁹. En général, le traitement effectué par un responsable de traitement privé reposera principalement sur des intérêts prépondérants privés. Il est cependant possible que des intérêts publics prépondérants s'ajoutent aux intérêts privés du responsable du traitement, par exemple en matière d'archivage public⁶⁰.

[35] Dans les faits, il semble peu probable que le responsable du traitement puisse lui-même se prévaloir d'un intérêt public prépondérant pour justifier la conservation prolongée ou la transmission des données de santé à un tiers dans le cadre d'un transfert d'activités. L'exemple de la Fondation mesvaccins.ch peut néanmoins être à nouveau évoqué. On pourrait soutenir qu'un intérêt public à la conservation des données de vaccination existait, du moins de manière provisoire. Dans ce cas particulier, au-delà de l'intérêt manifeste des personnes concernées à pouvoir connaître et justifier leur statut vaccinal, la confiance de la population envers des services promus par l'OFSP, dans un contexte de mise en œuvre de la stratégie Cybersanté Suisse 2.0, pourrait avoir motivé la décision de renoncer à supprimer les données, en dépit des recommandations formulées dans ce sens par le PFPDT⁶¹.

3.2.3. Intérêts privés prépondérants

[36] L'intérêt privé se distingue par le fait qu'il vise à avantager une personne physique ou morale, que celle-ci soit le responsable du traitement, un tiers ou la personne concernée elle-même (sur ce dernier point, cf. 3.2.1). Il peut être de différents types : médical, sécuritaire, scientifique, artistique, mais est souvent d'ordre économique⁶².

[37] De manière générale, le principe de proportionnalité vise à une conservation des données personnelles la plus courte possible, afin de limiter les conséquences sur les personnes concernées en cas de violation ou d'accès indu aux données⁶³. Si les données traitées sont de nature sensibles, telles que les données de santé, le risque s'en retrouve encore accru, et la balance des intérêts penche d'autant plus en faveur de la protection des intérêts des personnes concernées⁶⁴. L'existence d'une relation de confiance particulière entre le responsable du traitement et la personne concernée dans leur relation contractuelle peut également peser dans la balance⁶⁵.

⁵⁸ ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 109 et 111.

⁵⁹ MEIER (note 12), N 1612 ss.

⁶⁰ RS 152.1 ; MEIER (note 12), N 1614 ; ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 107.

⁶¹ <https://www.bag.admin.ch/fr/strategie-cybersante-suisse> ; PFPDT, Le PFPDT recommande la suppression des données de mesvaccins.ch, publiée le 24 mai 2022, accessible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=88991> (consulté le 16 août 2025).

⁶² CELLINA (note 13), N 1059.

⁶³ MEIER (note 12), N 685 ; ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 112 ; Rapport annuel PFPDT, 2009/2010, Annexe 4.1.4, p. 150.

⁶⁴ WINKLER (note 22), p. 133.

⁶⁵ PASQUIER/PASQUIER (note 33), p. 1330.

[38] L'issue d'une balance des intérêts étant incertaine – et pour guider les pouvoirs judiciaires dans leur appréciation⁶⁶ –, le législateur suisse a défini à l'alinéa 2 de l'art. 31 LPD une liste exemplative d'intérêts pouvant servir de motif justificatif. Nous n'aborderons que le cas de l'exécution d'un contrat décrit à la let. a⁶⁷, les autres cas de figure ne semblant pas pertinents dans le périmètre de cette analyse.

[39] Conformément à l'art. 31 al. 2 let. a LPD, un intérêt prépondérant privé peut entrer en considération si le traitement de données est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant⁶⁸. Or, cette condition n'est à notre sens pas remplie dans le contexte d'un transfert de données qui suit une cessation d'activité, puisque la personne concernée n'est pas une partie au contrat entre le responsable du traitement originel et le repreneur⁶⁹.

[40] Au vu du caractère particulièrement sensible des données de santé, il apparaît peu probable que l'intérêt prépondérant du responsable du traitement soit propre à justifier une conservation prolongée des données de santé, à défaut de mesures complémentaires⁷⁰. Le recours à ce motif est d'autant plus incertain que l'art. 31 LPD exige une mise en balance avec d'autres intérêts prépondérants, laissant une marge d'appréciation importante dans un contexte de cessation d'activité. En pratique, plusieurs catégories d'intérêts peuvent entrer en concurrence :

- l'intérêt privé du responsable du traitement à préserver la valeur économique des données ;
- l'intérêt personnel de la personne concernée à maintenir l'accès à ses données – notamment pour des raisons de continuité de soins ou de suivi médical – ou au contraire à empêcher l'accès pour éviter une exploitation illicite des données ; et
- l'intérêt public, qui peut plaider en faveur de la préservation de données pertinentes pour la santé publique ou la recherche scientifique.

[41] En l'absence d'un consentement valable ou d'une obligation légale explicite, l'intérêt prépondérant, qu'il soit privé ou public, constitue donc un motif justificatif incertain et peu prévisible, d'autant que son appréciation incombe au responsable du traitement lui-même. Dans tous les cas, l'intérêt privé du responsable du traitement qui cesse ses activités ne permet pas à lui seul de transférer des données de santé à un tiers en vue d'une reprise des activités.

3.3. Consentement

[42] Enfin, le responsable du traitement peut justifier la conservation prolongée des données ainsi que leur transmission sur la base du consentement de la personne concernée (art. 31 al. 1 LPD).

⁶⁶ MEIER (note 12), N 1608 ; HAUCK (note 22), p. 742.

⁶⁷ « le traitement est en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat et les données traitées concernent le cocontractant »

⁶⁸ CR LPD-BOILLAT/WERLY, art. 31 N 37 ; CELLINA (note 13), N 1052.

⁶⁹ WINKLER (note 22), p. 135 ; similairement CELLINA (note 13), N 1054.

⁷⁰ En effet, les intérêts de la personne concernée tendent à peser de manière plus significative dans la balance d'intérêt, particulièrement lorsqu'il s'agit de profils de personnalité, par extension de données sensibles au sens de la loi, cf. arrêt du TAF A-4232/2015 du 18 avril 2017, c. 5.4.2.1. Pour PASQUIER/PASQUIER (note 33), p. 1329 s., qui examinent la question du transfert de données dans le contexte de la faillite, l'acquéreur peut rarement invoquer un intérêt prépondérant en cas d'opposition au transfert par la personne concernée.

Comme pour la loi (Section 3.1), le consentement permet de légitimer l'atteinte et enlève la nécessité de procéder à une balance des intérêts⁷¹. Il est régulièrement privilégié comme motif justificatif⁷².

3.3.1. Exigences du consentement

[43] Pour être valable, le consentement doit être libre, éclairé et concret⁷³. Lorsqu'il porte sur un traitement de données sensibles, à l'instar des données de santé, il doit de plus être exprès⁷⁴.

[44] Le consentement doit notamment être limité à des finalités déterminées. Un consentement à tout traitement ou à toute transmission d'informations à des tiers serait contraire au principe de proportionnalité et à la protection contre l'engagement excessif de l'art. 27 al. 2 CC⁷⁵.

[45] Dans le cadre de la transmission des données à la suite d'une cessation d'activité, on peut douter du fait que les personnes concernées soient en mesure d'anticiper un tel traitement s'il n'est pas communiqué par le responsable du traitement, que ce soit au moment de la collecte ou à un stade ultérieur⁷⁶. De plus, le support généralement utilisé pour informer les personnes concernées des traitements effectués sont des conditions générales d'utilisation. Ces documents, dont la complexité et le volume sont élevés, peuvent empiéter sur le caractère éclairé du consentement⁷⁷.

3.3.2. Temporalité du consentement

[46] Pour justifier l'atteinte, il est nécessaire de recueillir le consentement avant que l'événement déclenchant celle-ci ne survienne.

[47] En pratique, il est rare que le responsable du traitement ait prévu à l'avance la collecte du consentement des personnes concernées à ce que leurs données puissent être communiquées à des tiers en cas de cessation d'activité du responsable du traitement. C'est pourtant ce qu'a fait 23andMe dans sa déclaration de confidentialité, en prévoyant expressément la possibilité de transfert des données en cas de faillite de la société⁷⁸. Il reste qu'un consentement aussi large est discutable, la clause pouvant être considérée comme un engagement excessif⁷⁹. De plus, comme déjà mentionné ci-dessus (Section 3.3.1), le caractère éclairé fait défaut, la personne concernée n'étant pas à même d'identifier à qui les données seront transmises, ni à quelles fins, mettant à mal la validité du consentement ainsi collecté.

⁷¹ FF 2017 6689; PC LPD-GENECAND, art. 31 N 1.

⁷² CELLINA (note 13), N 1044.

⁷³ Art. 6 al. 6 LPD; CR LPD-BOILLAT/WERLY, art. 31 N 22; PC LPD-GENECAND, art. 31 N 6.

⁷⁴ Art. 6 al. 7 let. a LPD; WINKLER (note 22), p. 133; Datenschutzbeauftragte des kantons zürich, Kunderdaten im Konkursverfahren, v 1.2, Octobre 2022.

⁷⁵ CELLINA (note 13), N 957 et N 1065; MEIER (note 12), N 867. Également en ce sens : NEIL RICHARDS M., Report of Consumer Privacy Ombudsman in the 23andMe Bankruptcy Case, 6 juin 2025, p. 11.

⁷⁶ WINKLER (note 22), p. 134.

⁷⁷ BENHAMOU/TRAN (note 24), p. 580; CELLINA (note 13), N 1082.

⁷⁸ Mais seulement à partir de juin 2022 et sans en informer ses utilisatrices et utilisateurs : RICHARDS (note 75), p. 35; 23andMe, Privacy Statement, version du 14 mars 2025, disponible sur <https://www.23andme.com/en-eu/legal/privacy/full-version/> (consulté le 12 juillet 25) : « impliquée dans une faillite, une fusion, une acquisition, une ré-organisation ou une vente d'actifs, vos informations personnelles peuvent être consultées, vendues ou transférées dans le cadre de cette transaction et la présente déclaration de confidentialité s'appliquera à vos informations personnelles telles qu'elles sont transférées à la nouvelle entité » (traduction libre).

⁷⁹ Art. 8 LCD; WINKLER (note 22), p. 134.

[48] À notre sens, l'alternative privilégiée est de collecter le consentement au moment où la cessation d'activité est envisagée, mais avant la communication des données à un tiers repreneur⁸⁰. Ce consentement doit se présenter comme un *opt-in* (tel que cela a été le cas pour la Fondation mesvaccins.ch), l'option de l'*opt-out* ne semblant pas suffisante, d'autant plus que des données sensibles sont en jeu⁸¹.

4. Discussion

4.1. Constat

[49] Lorsqu'une organisation traitant des données de santé cesse ses activités, la conservation des données au-delà de l'extinction de l'entité légale, de même que la communication des données de santé à des tiers repreneurs, entraîne inévitablement une atteinte à la personnalité des personnes concernées. Bien que ces situations soient relativement fréquentes en pratique – on pense notamment aux cas de start-ups médicales dont les faillites ne sont pas rares – ces situations s'inscrivent dans un cadre juridique pour le moins flou et complexe, dont les enjeux sont accentués par la sensibilité des données concernées.

[50] À l'exception des cas où la loi prescrit une conservation ou une communication de données, le consentement des personnes concernées est le motif justificatif qui apparaît le plus approprié pour justifier l'atteinte causée suite à une cessation d'activité du responsable du traitement. La nécessité de recueillir le consentement implique d'informer clairement les personnes concernées des nouveaux traitements de données de santé envisagés, de mettre en place un dispositif permettant la collecte du consentement, et d'effacer les données des personnes qui refuseraient de consentir à la conservation ou à la transmission des données de santé concernées⁸². De notre point de vue, le motif justificatif des intérêts prépondérants privés du responsable du traitement ne permet pas à lui seul de justifier la transmission de données de santé à un éventuel repreneur des activités. Seuls l'intérêt privé des personnes concernées ou un intérêt public prépondérant pourraient, à la rigueur, justifier une conservation de données de santé. Le motif justificatif des intérêts prépondérants doit néanmoins être manié avec une précaution, étant entendu que la sensibilité des données de santé plaidera généralement en faveur des solutions protectrices des personnes concernées.

[51] L'exemple de la Fondation mesvaccins.ch illustre bien la complexité du recours au motif justificatif des intérêts prépondérants. Bien que le PFPDT ait recommandé, dans l'intérêt des personnes concernées, la suppression des données à la suite de la cessation d'activité, cette recommandation a été levée moins d'un mois plus tard, à la suite d'échanges avec les autorités sanitaires, dans l'optique de permettre aux personnes concernées de récupérer à terme leurs données⁸³. On mesure alors ici toute l'ambiguïté sur laquelle repose le motif justificatif des intérêts prépondérants publics et privés.

⁸⁰ WINKLER (note 22), p. 133.

⁸¹ WINKLER (note 22), p. 133; HAUCK (note 22), p. 742.

⁸² WINKLER (note 22), p. 134; GORDON/LUTZ (note 22), p. 151; ANDERSON/GALETTI (note 18), p. 109.

⁸³ PFPDT, Mesvaccins.ch : les autorités sanitaires veulent sauver les données, le PFPDT lève la recommandation de les supprimer, 20 juin 2022, disponible sur : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=89301> (consulté 16 août 2025)

[52] Quant au motif justificatif de la loi, notre analyse montre qu'il n'existe pas en droit suisse de disposition légale générale qui règle le sort des données de santé en cas de cessation d'activité du responsable du traitement. À défaut de disposition légale spécifique imposant une durée de conservation minimale (dossiers médicaux, essais cliniques, etc.; cf. *supra* Section 3.1) ou d'un autre motif justificatif, le principe de proportionnalité préconise par principe l'effacement des données avec l'extinction de l'entité légale.

[53] Reste donc le motif justificatif du consentement, dont les exigences du caractère libre, éclairé et exprès (pour les données sensibles) requièrent une attention particulière. Le cas 23andMe et le rapport du *Consumer Privacy Ombudsman* – expert indépendant désigné par un tribunal américain de la faillite pour évaluer et encadrer le transfert de données personnelles lors d'une vente d'actifs – ont par exemple mis en lumière les difficultés à obtenir des personnes concernées un consentement valide en vue du transfert de leurs données à un repreneur⁸⁴. En particulier, l'inclusion d'une clause dans les conditions générales ou la politique de confidentialité selon laquelle la personne concernée accepte que ses données puissent être transférées à une entité tierce en cas de cessation d'activité ou de faillite ne constitue pas un consentement valide, faute de caractère éclairé.

[54] En l'état, l'absence de lignes directrices précises rend par conséquent la gestion de la fin de vie d'un traitement de données de santé délicate, tant pour le responsable du traitement que pour les repreneurs éventuels.

[55] Le non-respect des prescriptions légales en matière de traitement de données personnelles peut entraîner des conséquences sur le plan légal. En matière civile, les personnes atteintes dans leur personnalité peuvent faire valoir les prétentions prévues par l'art. 32 LPD, notamment faire interdire des communications à des tiers ou exiger l'effacement de données personnelles. Le PFDPT peut en outre ordonner, par voie de décision, des mesures administratives au sens de l'art. 51 al. 1 LPD, telles que la cessation de tout ou partie du traitement, l'effacement des données ou l'interdiction de communiquer les données à l'étranger. Le non-respect d'une décision du PFDPT peut entraîner des conséquences pénales si la décision du PFDPT a été signifiée sous la menace de la peine prévue par l'art. 63 LPD. D'autres infractions pénales prévues par la LPD (art. 60 ss LPD) pourraient également entrer en ligne de compte selon les actes spécifiques commis dans le cas particulier, notamment la violation du devoir d'informer (art. 60 LPD) ou la violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD)⁸⁵. Sous réserve de l'art. 64 LPD (infractions commises dans une entreprise) dont le champ d'application est retreint, les poursuites pénales sont dirigées personnellement contre l'auteur. Dans le contexte qui nous occupe, des infractions pourraient être envisagées aussi bien contre des auteurs rattachés à l'entité qui cesse ses activités qu'à une éventuelle entité tierce repreneuse des activités. Un examen au cas par cas, à la lumière des infractions pénales de la LPD, est dans tous les cas nécessaires.

⁸⁴ RICHARDS (note 75), p. 11.

⁸⁵ Pour plus d'information sur les sanctions découlant de la LPD, voir : SANDRA HUSI-STÄMPFLI, ANNE-SOPHIE MORAND/URSULA SURY/LIVIO DI TRIA/DAVID DIAS MATOS, *Protection des données*, Genève/Zurich 2024, pp. 291 ss; JOËL PAHUD/SÉBASTIEN PITTET, *Les infractions pénales de la loi sur la protection des données*, Jusletter 25 septembre 2023.

4.2. Recommandations

[56] La cessation d'activité d'un responsable du traitement de données de santé exige une anticipation adéquate des conséquences juridiques, tant en ce qui concerne la conservation que le transfert des données. L'entité qui traite des données de santé devrait intégrer dès la phase de conception du traitement une stratégie de sortie formalisée, inscrite dans l'environnement documentaire de la société ainsi que dans le registre des activités de traitement. Cette stratégie devrait déterminer, de manière précise et documentée, les durées de conservation en fonction de la finalité initialement poursuivie, tout en garantissant le respect du principe de proportionnalité. L'établissement d'une stratégie de sortie dès le départ est d'autant plus crucial qu'une cessation d'activité s'inscrit souvent dans un contexte financier et organisationnel délicat, peu propice à la recherche et à la mise en place de mesures propres à protéger les intérêts des personnes concernées.

[57] L'information préalable des personnes concernées constitue à notre sens une exigence fondamentale. Elle devrait non seulement couvrir les traitements en cours, mais aussi exposer comment les données seront traitées en cas de cessation d'activité, y compris les conditions auxquelles les données pourront éventuellement être communiquées à un tiers repreneur. Cette information, qu'elle soit insérée dans les conditions générales ou les déclarations de confidentialité, doit rester compréhensible et accessible. La tenue à jour des coordonnées des personnes concernées s'impose donc, afin de rendre possible une notification effective lors d'un transfert envisagé. Ce dernier point est particulièrement important lorsque des données de santé sont en jeu, au vu de la sensibilité accrue liée au traitement de ce type de données et les conséquences potentielles sur les personnes concernées.

[58] En plus de l'information, le consentement libre, éclairé, spécifique et, pour les données sensibles, exprès, est le motif justificatif le plus à même de justifier un traitement (conservation ou transfert) licite dans le contexte examiné. Compte tenu des difficultés qu'entraîne un consentement trop large au moment de la collecte (Section 3.3), un nouveau consentement devrait donc être sollicité préalablement à tout transfert de données de santé à un tiers repreneur, même si cette solution peut se révéler contraignante.

[59] Enfin, il conviendrait d'offrir aux personnes concernées, préalablement à toute suppression ou transmission, la possibilité de récupérer leurs données de santé avant que le responsable du traitement cesse définitivement ses activités. Une telle opération peut néanmoins se révéler délicate en raison d'obstacles aussi bien pratiques (informer l'ensemble des personnes concernées de la cessation d'activité ou de la reprise à venir) ou financières. Néanmoins, dans la mesure où cela est techniquement possible et utile, le responsable du traitement devrait mettre en place un processus sécurisé permettant aux personnes concernées de récupérer leurs données de santé. Une telle mesure, en plus de renforcer la transparence et la confiance, répond à un intérêt public de continuité d'accès à ses propres données de santé.

5. Conclusion

[60] La conservation et le transfert des données de santé lors d'une cessation d'activité constituent un champ juridique encore largement inexploré. Or, l'importance de la question est indéniable, à l'image des cafouillages – à défaut de les qualifier de scandales – récents que sont les affaires mesvaccins.ch et 23andMe. L'absence de cadre juridique clair semble jouer un rôle important quant

à l'origine des incertitudes qui planent sur le sort des données de santé lorsque le responsable du traitement cesse ses activités. Ces lacunes contribuent ainsi directement à affaiblir la protection des droits fondamentaux des personnes concernées.

[61] Nous exhortons par conséquent le législateur à compléter le cadre légal applicable pour régler les situations de cessation d'activités de responsables de traitements de données personnelles, en particulier les données personnelles de santé. Cela peut certes passer par une révision de la LPD, qui pourrait clarifier sous quelles conditions des données personnelles peuvent être conservées ou communiquées à des tiers dans les situations concernées. Le législateur pourrait aussi saisir l'occasion des initiatives en cours liées à la numérisation du système de santé suisse, à l'image de Digisanté⁸⁶ et du projet de création d'Espace suisse des données de santé⁸⁷, pour développer des processus et/ou des infrastructures permettant d'héberger temporairement des données sensibles ou en déshérence et s'assurer qu'elles puissent être restituées aux personnes concernées. Un tel outil se serait révélé pour le moins utile dans la gestion du dossier mesvacins.ch.

CHARLOTTE BECK est juriste spécialisée en protection des données dans une société de conseil et titulaire d'un master en droit des universités de Lausanne et Zurich. Elle est présidente et contributrice chez swissprivacy.law.

FRÉDÉRIC ERARD est professeur associé à la Faculté de droit, des sciences criminelles et d'administration publique (FDCA) ainsi qu'à la Faculté de biologie et médecine (FBM / Institut des humanités en médecine) de l'Université de Lausanne. Il co-dirige le Lab' Santé et Droit et occupe la fonction de vice-directeur de l'Ecole de droit. Il est titulaire du brevet d'avocat et docteur en droit. Ses domaines de spécialisation sont le droit médical, la protection des données de santé, le droit civil et la recherche sur l'être humain.

⁸⁶ <https://www.digisante.admin.ch/fr> (consulté le 16 août 2025).

⁸⁷ <https://www.digisante.admin.ch/fr/espace-donnees-sante> (consulté le 16 août 2025).