

## Modèle de dispense d'une amende

### «Décharge» dans le cadre d'un contrat de travail d'une amende pour infraction à la législation sur la protection des données

**Auteur** Hans-Ulrich Zürcher, Yann Golay

**Date** 12.01.2023

Les articles 60 à 64 de la loi totalement révisée sur la protection des données du 25 septembre 2020 (ci-après: nLPD) prévoient le paiement d'amendes en cas de violation intentionnelle des obligations d'information, de renseignement, de collaboration ou de diligence, ainsi qu'en cas de violation du secret professionnel ou de non-respect de décisions d'autorités. Dans cette optique, il peut s'avérer judicieux de prévoir le paiement de l'amende correspondante par l'institution / la structure concernée pour personnes ayant besoin de soutien (employeur), c'est-à-dire une libération de fait de l'amende pour le/la salarié-e. Un tel accord est licite<sup>1</sup>. Concrètement, il s'agit de compléter le contrat de travail par une brève clause.

Le but d'une telle «décharge» (ou «dispense») est de ne pas dissuader les employé-e-s d'assumer des tâches de protection des données en raison des menaces de sanctions (amendes) prévues par la nLPD, et de bien plutôt renforcer la relation de confiance nécessaire entre l'employeur et les employé-e-s.

Seules les violations intentionnelles de la LPD sont passibles de sanctions. En font également partie la négligence consciente («il n'arrivera rien») et la dol éventuel («je m'en fiche si cela se produit»). C'est justement et uniquement dans ces cas qu'une décharge de l'employé-e peut se justifier. En revanche, en cas d'action clairement intentionnelle («il en sera ainsi») ou en cas de dol direct («ça pourrait bien arriver»), l'employé-e doit assumer seul-e la responsabilité de ses actes – et ne peut donc tirer aucun avantage d'une décharge.

En pratique, il est concevable qu'outre les responsables à la protection des données, d'autres collaborateurs ou collaboratrices se trouvent exposé-e-s à un risque de sanction; cela dépend de la répartition des tâches au sein de l'établissement. C'est pourquoi chaque institution/structure pour personnes ayant besoin de soutien doit évaluer elle-même à quel-le-s employé-e-s elle souhaite accorder une telle décharge contractuelle.

---

<sup>1</sup> Dans le cadre pénal, il est admissible de dispenser de facto les employé-e-s d'une sanction en stipulant de manière contractuelle que les conséquences financières d'une amende pour violation de la protection des données sont prises en charge (payées) par l'employeur – et non par l'employé-e: la nature pénale des sanctions en cause ne constitue pas un obstacle à cet égard. Le droit du travail ne présente pas non plus d'obstacle dans ce contexte: Les dispositions du droit du travail (en particulier la réglementation de la responsabilité selon l'article 321e CO, si tant est qu'elle soit ici pertinente) peuvent ainsi être modifiées en faveur des employé-e-s, raison pour laquelle aucun problème ne se pose à l'égard de l'article 362 CO. Un tel accord est autorisé en vertu de la liberté contractuelle générale. Il en va de même à l'égard de l'article 64, 2e alinéa, nLPD en liaison avec la loi fédérale sur le droit pénal administratif (DPA), car ces dispositions ne concernent pas la relation juridique entre l'employeur et l'employé-e, mais se limitent à la réglementation de la relation entre l'État et l'entreprise concernée ou les personnes agissant pour le compte de celle-ci.

La situation des sous-traitants<sup>2</sup> est différente, car ceux-ci décident eux-mêmes de la manière dont ils s'organisent ou dont ils organisent leur entreprise pour remplir le mandat qui leur est confié. De la sorte, ce sont eux qui sont en premier lieu responsables de leurs actes et menacés de sanctions pénales. Si une institution souhaite «libérer» les sous-traitants du risque de sanction, elle est libre de le faire. Dans ce cas, une clause correspondante peut être insérée dans le règlement du contrat de mandat.

## **Modèle de formulation d'une «clause de décharge»:**

*L'employeur s'engage à rembourser à l'employé·e l'amende qui lui a été infligée personnellement pour violation des dispositions de la loi sur la protection des données si la sanction a été prise sur la base d'une négligence consciente ou d'un dol éventuel; le remboursement est exclu en cas d'acte intentionnel ou de dol direct de l'employé·e. L'employeur s'engage en outre à rembourser à l'employé·e les frais de procédure et de défense pénale y afférents.*

Si les rapports entre l'institution / la structure et le/la responsable à la protection des données sont régis par un contrat de mandat (art. 394ss. CO), et non par un contrat de travail (art. 319ss. CO), il convient de remplacer les termes «employeur» et «employé·e» par ceux de «mandant» et «mandataire».

---

<sup>2</sup> Sous-traitants au sens de l'article 5, lettre k, et de l'article 9 nLPD.