



Enquêtes du PFPDT concernant des violations des prescriptions de protection des données

Application des art. 49 à 53 de la loi sur la protection des données révisée

État : octobre 2024

(Traduit du texte original allemand)

Bibliographie

AMSTUTZ MARC / REINERT MANI (éditeurs), *Basler Kommentar Kartellgesetz*, 2^e éd., Bâle 2021 (cit. BSK KG-AUTEUR).

AUER CHRISTOPH *et al.* (éditeurs), *VwVG Kommentar*, 2^e éd., Zurich / St- Gall 2019.

BAERISWYL BRUNO / PÄRLI KURT / BLONSKI DOMINIKA, *Stämpflis Handkommentar Datenschutzgesetz (DSG)*, 2^e éd., Berne 2023.

CHAKSAD DAVID, *Die verwaltungsrechtliche Aufsichtsanzeige*, Diss. Zurich 2015.

KERN MARKUS / EPINEY ASTRID, *Durchsetzungsmechanismen im EU-Recht und ihre Implikationen für die Schweiz*, in : Epiney Astrid / Nüesch Daniela (éditrices), *Durchsetzung der Rechte der Betroffenen im Bereich des Datenschutzes / La mise en œuvre des droits des particuliers dans le domaine de la protection des données*, Zurich 2015, p. 19 ss.

KIENER REGINA / RÜTSCH BERNHARD / KUHN MATHIAS, *Öffentliches Verfahrensrecht*, 3^e éd., Zurich / St-Gall 2021.

LOBSIGER ADRIAN, *Hohes Risiko – kein Killerargument gegen Vorhaben der digitalen Transformation*, SJZ 6/2023, p. 311 ss.

MAURER-LAMBROU URS / BLECHTA GABOR P. (éditeurs), *Datenschutzgesetz Öffentlichkeitsgesetz*, 3^e éd., Bâle 2014 (cit. BSK DSG-AUTEUR).

PAAL BORIS P. / PAULY DANIEL A. (éditeurs), *Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz*, 3^e éd., Munich 2021.

ROSENTHAL DAVID, *Das neue Datenschutzgesetz*, Jusletter du 16 novembre 2020 (cit. ROSENTHAL, LPD).

Rosenthal David / Jöhri Yvonne, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich / Bâle / Genève 2008.

SIMITIS SPIROS / HORNING GERRIT / SPIECKER INDRA (éditeurs), *Datenschutzrecht: DSGVO mit BDSG*, Baden-Baden 2019.

UHLMANN FELIX, *Die Einleitung eines Verwaltungsverfahrens*, in : Häner Isabelle / Waldmann Bernhard (éditeurs), *Das erstinstanzliche Verwaltungsverfahren*, Zurich 2008, p. 1 ss.

WALDMANN BERNHARD / WEISSENBERGER PHILIPPE (éditeurs), *Praxiskommentar Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVG)*, 2^e éd. Zurich / Bâle / Genève 2016.

WATTER ROLF / BAHAR RASHID (éditeurs), *Finanzmarktaufsichtsgesetz Finanzmarktinfrastrukturgesetz*, 3^e éd., Bâle 2018 (cit. BSK FINMAG-AUTEUR).

WEBER ROLF H., *Stämpflis Handkommentar Preisüberwachungsgesetz (PÜG)*, Berne 2009.

Liste des documents de référence (matériaux)

Message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données (LPD), FF **1988** II 421 ss (cit. message aLPD)

Message du 15 septembre 2017 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, FF **2017** 6565 ss (cit. message nLPD)

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif concernant la loi fédérale mettant en œuvre la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales (développement de l'acquis de Schengen), octobre 2018 (cit. OFJ, rapport explicatif LPDS)

Office fédéral de la justice, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, 21 décembre 2016 (cit. OFJ, rapport explicatif avant-projet)

Office fédéral de la justice, *Esquisse d'acte normatif relative à la révision de la loi sur la protection des données* : Rapport du groupe d'accompagnement Révision LP, 29 octobre 2014 (cit. esquisse d'acte normatif)

Office fédéral de la justice, Révision totale de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données : Rapport explicatif relatif à la procédure de consultation, 23 juin 2021 (cit. OFJ, rapport explicatif P-OLPD)

Office fédéral de la justice, Ordonnance sur la protection des données (OPDo) : Rapport explicatif, 31 août 2022 (cit. OFJ, rapport explicatif OPDo)

Art. 49

Le contenu en bref

- I. But de la norme
- II. Ouverture de l'enquête (al. 1)
 - 1. Motif et but de l'enquête
 - 2. Parties et objet de l'enquête
 - 3. Moment et étendue de l'enquête
 - 4. « Indices suffisants » d'une violation des prescriptions de protection des données
 - 5. Enquêtes préliminaires informelles
- III. Dénonciation au PFPDT (al. 1 et 4)
 - 1. Auteur et modalités de la dénonciation
 - 2. Nature juridique de la dénonciation et statut juridique général du dénonciateur
 - 3. Statut juridique particulier du dénonciateur
- IV. Obligation d'enquête du PFPDT (al. 1 et 2)
 - 1. Pas d'obligation d'enquête en cas de violation de peu d'importance
 - 2. Obligation d'enquête en cas de violation importante
- V. Obligation de la partie de renseigner et de produire des documents (al. 3)

I. But de la norme

- 1 Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) est chargé de surveiller la bonne application des dispositions fédérales de protection des données (cf. art. 4, al. 1, LPD), c'est à dire de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données (LPD) et des autres prescriptions en la matière de la Confédération. Dans le cadre de ses tâches de surveillance, le PFPDT peut ouvrir des enquêtes concernant des violations des prescriptions de protection des données et, le cas échéant, ordonner des mesures administratives pour imposer ces prescriptions (cf. art. 49 ss LPD).
- 2 L'art. 49 LPD règle les conditions dans lesquelles le PFPDT doit ou peut ouvrir une enquête (cf. al. 1 et 2) et les obligations qui lui incombent vis-à-vis de l'auteur de la dénonciation si celui-ci est concerné par une violation potentielle des prescriptions de protection des données (cf. art. 4). L'al. 3 porte sur l'obligation de la partie de collaborer à la procédure après l'ouverture d'une enquête. Cette disposition est thématiquement étroitement liée aux pouvoirs du PFPDT en matière de recherche des informations prévus à l'art. 50 LPD.
- 3 L'art. 49 LPD revêt une importance centrale pour l'activité de surveillance du PFPDT. Il faut considérer cette disposition à la lumière de l'objectif supérieur de la révision de la législation sur la protection des données, qui est de maintenir en Suisse un niveau adéquat de protection des données et de respecter les prescriptions contraignantes pour la Suisse à l'échelon européen, c'est-à-dire la directive (UE) 2016/680 pertinente pour le domaine Schengen et à l'avenir la Convention 108+ du Conseil de l'Europe. Le PFPDT dispose donc de **nouveaux pouvoirs d'enquête plus étendus** qu'il exercera, en cas de violation, à l'encontre tant des organes

fédéraux que des personnes privées. Selon l'art. 49 LPD, le PFPDT a l'**obligation** d'ouvrir une enquête si des indices suffisants font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données, sous réserve qu'il ne s'agisse pas d'une violation de peu d'importance. Il est également obligé, en vertu de l'al.4 , d'informer l'auteur de la dénonciation des suites données à celle-ci et du résultat de l'enquête éventuelle si cette personne est concernée par la potentielle violation.

II. Ouverture de l'enquête (al. 1)

1. Motif et but de l'enquête¹

- 4 L'art. 49, al. 1, LPD dispose que le PFPDT ouvre une enquête si des indices suffisants font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données. L'enquête peut être ouverte d'office ou sur dénonciation. Cela signifie que les premiers éléments de fait, qui nécessitent le cas échéant une enquête complète et une clarification approfondie par le biais d'une investigation, peuvent avoir été perçus par le PFPDT dans le cadre de ses tâches légales de surveillance ou de conseil ou reposer, en tout ou en partie, sur des faits décrits par les personnes concernées ou des tiers.
- 5 L'enquête sert à **établir et à constater les faits** et permet de vérifier, du point de vue juridique, si les faits constatés violent des prescriptions fédérales de protection des données. Si la violation est avérée, le PFPDT peut, en vertu de l'art. 51 LPD, ordonner des mesures administratives (cf. *infra* n. 18 *ad* art. 52).

2. Parties et objet de l'enquête

- 6 L'enquête est dirigée contre des organes fédéraux (cf. art. 5, let. i, LPD) ou des personnes privées (personnes physiques ou morales). Elle porte sur tous les faits auxquels s'appliquent la LPD ou d'autres dispositions fédérales de protection des données spécifiques à un domaine (cf. art. 4, al. 1, LPD et message nLPD, p. 6631 ; à propos de l'art. 27 aLPD, cf. BSK DSG-HUBER, n. 5 *ad* art. 27).
- 7 Si la formulation de l'art. 49, al. 1, LPD suppose qu'il y ait « traitement de données » (cf. art. 5, let. d, LPD), cette notion doit être comprise au sens large : de ce point de vue, il est toujours possible d'ouvrir une enquête s'il est aussi possible d'ordonner des mesures administratives au sens de l'art. 51 LPD (à propos des différentes catégories de mesures administratives, cf. *infra* n. 3 s. *ad* art. 51). L'enquête est donc également admissible lorsque des indices suffisants font penser que les responsables ne respectent pas des prescriptions d'ordre ou des obligations envers les personnes concernées (cf. Rosenthal, Datenschutzgesetz, p. 67), par exemple lorsqu'en cas de perte de données, ils n'informent pas le PFPDT ou, le cas échéant, les personnes concernées, en violation de l'art. 24 LPD (cf. art. 51, al. 3, let. f, LPD).

¹ Cf. LOBSIGER, p. 314.

3. Moment et étendue de l'enquête²

- 8 Si des indices suffisants font penser qu'il y a violation de dispositions de protection des données (cf. art. 49, al. 1, LPD) et si les autres conditions sont réunies (Pour plus de détails : cf. *infra* n. 13 *ad* art. 49), le PFPDT ouvre la procédure d'enquête. Sous l'angle de la hiérarchisation temporelle et matérielle de son activité d'enquête, le PFPDT dispose d'une marge d'exécution s'agissant du moment de l'ouverture et de l'ampleur à donner à l'enquête. En tant qu'autorité de surveillance indépendante, il doit agir indépendamment de toute influence. Il ne doit donc jamais ouvrir une enquête sous la pression d'autres autorités ou d'organisations de la société civile telles que des médias ou des communautés d'intérêts.

4. « Indices suffisants » d'une violation des prescriptions de protection des données

- 9 Les conditions permettant l'ouverture d'une enquête sont les mêmes que celle-ci soit dirigée contre un organe fédéral ou contre une personne privée : il suffit que des indices suffisants fassent penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (art. 49, al. 1, LPD). Le seuil de l'« erreur de système », qui selon l'ancien droit ne permettait d'établir les faits dans le domaine du droit privé que si les méthodes de traitement étaient susceptibles de porter atteinte à la personnalité d'un nombre important de personnes (cf. art. 29, al. 1, let. a, aLPD et, entre autres, BSK DSG-HUBER, n. 6 ss *ad* art. 29), disparaît dans le droit révisé, n'étant pas compatible avec les prescriptions à l'échelon européen (cf. KERN / EPINEY, p. 30). En effet, ni la Convention 108+, qui sera contraignante pour la Suisse à l'avenir, ni la directive (UE) 2016/680, que la Suisse avait mise en œuvre dans la loi du 28 septembre 2018 sur la protection des données Schengen (LPDS), **ne prévoient de limitation du pouvoir de surveillance** vis-à-vis des responsables (cf. art. 15, ch. 2, let. a, de la Convention 108+ et à ce propos message nLPD, p. 6705 ; art. 46, par. 1, let. i de la directive (UE) 2016/680, mis en œuvre par l'art. 22 LPDS, et à ce propos OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 25).
- 10 Alors que le projet de LPD (P-LPD) prévoyait encore que le PFPDT ouvrirait une enquête dès que « des indices » feraient penser que des traitements de données pourraient être contraires à des dispositions légales de protection des données (cf. art. 43, al. 1, P-LPD), l'art. 49, al. 1, LPD exige désormais de manière plus précise que ces indices soient « **suffisants** ». Le Conseil national a rejeté une proposition de minorité selon laquelle le PFPDT ne pourrait ouvrir une enquête qu'en présence de soupçons fondés ou en cas de dénonciation motivée reposant sur des indices manifestes faisant penser qu'un traitement de données est contraire à des prescriptions de protection des données. Une telle limitation des pouvoirs d'investigation eût été contraire à l'art. 15, ch. 2, let. a, de la Convention 108+ (cf. Conseil national, session d'automne 2019, treizième séance, 25.09.19, 09h00, 17.059, BO 2019 N 1824). Comme le prévoyait déjà l'aLPD, le PFPDT peut donc établir des faits même s'il n'existe que quelques indices donnant à penser qu'il y a violation de prescriptions de protection des données. Il n'est cependant pas tenu d'ouvrir une enquête si, sur la base de ses propres constatations ou d'indications fournies par des tiers, il considère non pas comme exclu mais comme invraisemblable qu'un traitement de données soit contraire à des dispositions de protection des données.

² Cf. LOBSIGER, p. 314.

- 11 Les indices sont réputés « suffisants » (« genügend » dans le texte de loi allemand, « sufficienti » dans le texte de loi italien) s'ils permettent de supposer, premièrement, qu'il pourrait y avoir traitement de données, et deuxièmement, que celui-ci pourrait être contraire aux prescriptions de protection des données. Il doit être possible de supposer avec **une certaine vraisemblance** que c'est le cas. En d'autres termes, l'indication vague d'une violation hypothétique ne saurait justifier ni imposer l'ouverture d'une enquête. L'activité de l'État doit toujours répondre à un intérêt public et être proportionnée au but visé (cf. art. 5, al. 2, et 36, al. 2 et 3, de la Constitution [Cst.]).

5. Enquêtes préliminaires informelles³

- 12 L'art. 41, al. 4, de l'avant-projet de LPD (AP-LPD) contenait une base légale expresse qui devait permettre au PFPDT de vérifier, en dehors d'une procédure d'enquête, si une personne privée ou un organe fédéral respectait les dispositions fédérales de protection des données. Si, sur la base des vérifications effectuées, des indices avaient fait penser qu'un traitement pouvait être contraire à des prescriptions de protection des données, le préposé aurait ouvert une enquête (OFJ, rapport explicatif avant-projet, p. 74). La LPD qui est entrée en vigueur le 1^{er} septembre 2023 ne contient en revanche pas de base légale pour des enquêtes préliminaires (tout comme la loi sur la surveillance des marchés financiers [LFINMA], mais contrairement à l'art. 26 de la loi sur les cartels [LCart] ; cf. à propos des enquêtes préliminaires de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (FINMA) BSK FINMAG-ROTH PELLANDA / KOPP, n. 4 ss *ad* art. 30 ; BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 5 ss *ad* art. 53).
- 13 Le pouvoir de mener une enquête préliminaire découle d'ailleurs déjà de l'obligation d'ouvrir une enquête en présence d'indices suffisants d'une violation des prescriptions de protection des données, et uniquement dans ce cas (cf. art. 49, al. 1, LPD). Cependant une enquête ne peut être ouverte que **si toutes les conditions sont réunies** (cf. à propos des enquêtes préliminaires sous l'aLPD Rosenthal / Jöhri-ROSENTHAL, n. 13 *ad* art. 29 ; BSK DSG-HUBER, n. 20a *ad* art. 29). Il peut par exemple y avoir un doute sur la compétence du PFPDT, ou sur la personne ou l'organe fédéral contre lequel l'enquête doit être dirigée. Il se peut que pendant la phase préliminaire, l'enquête se révèle superflue, soit parce que les indices d'une violation de la loi peuvent être rapidement réfutés, soit parce que la personne privée ou l'organe fédéral prend volontairement, dès le premier contact informel avec le PFPDT (p. ex. dans le cadre d'une intervention à bas seuil), des mesures propres à garantir promptement la conformité au droit de la protection des données ou demande des conseils à cet effet (voir art. 58, al. 1, let. a, LPD). Il se peut également que, bien que les indices soient suffisants, l'ouverture d'une enquête ne se justifie pas en l'espèce parce que la violation est de peu d'importance (cf. art. 49, al. 2, LPD et n. 28 s. *ad* art. 49). Lorsqu'il est prévisible d'emblée qu'il ne sera pas possible de prouver une violation potentielle avec un effort administratif raisonnable, et d'imposer ensuite la conformité à loi, le PFPDT renoncera à une enquête même si la violation ne semble pas de peu d'importance ou devra la suspendre peu après son ouverture. Dans la réalité numérique, les traitements et les projets à examiner (p. ex. des apps) peuvent être très éphémères. Dans certains cas il peut donc s'avérer plus efficace que le PFPDT cherche à rétablir la légalité, dans une première phase, en privilégiant des contacts informels, au lieu d'engager une procédure administrative chronophage.
- 14 Le stade de l'enquête préliminaire se distingue par son **caractère informel**. La doctrine et la jurisprudence classent les enquêtes préliminaires parmi les « actes informels de l'administration »

³ À propos des explications qui suivent, cf. LOBSIGER, p. 314.

(cf. à propos de la LFINMA BSK FINMAG-ROTH PELLANDA / KOPP, n. 5 *ad* art. 30 ; BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 7 *ad* art. 53 ; TF, 2C_1184/2013, 17.07.2014 consid. 3.3 ; TAF, B-3844/2013, 7.11.2013 consid. 1.4.2.3.1). On entend par là les relations informelles entre les autorités administratives et les personnes privées, telles que prises de contact réciproques, concertations et clarifications préalables (TAF, B-3844/2013, 7.11.2013 consid. 1.4.2.3.1 et les références citées). Par contre, dès lors qu'un acte de l'administration est axé sur une décision, il a pour but de définir de manière contraignante la situation juridique de la personne concernée (TAF, B-3844/2013, 7.11.2013 consid. 1.4.2.3.2).

- 15 Selon UHLMANN, une procédure n'est pas réputée administrative « si aucune décision ne se profile à l'horizon » (UHLMANN, p. 4). La PA ne s'applique pas aux étapes préliminaires d'une procédure administrative, telles que les vérifications informelles et autres, faute d'un objectif de décision (ATF 146 V 38 consid. 4.1 ; cf. KIENER / RÜTSCHKE / KUHN, n. 464). Lorsque le PFPDT entreprend une enquête préliminaire, il n'est pas en mesure de juger si la nécessité d'ordonner une mesure administrative au sens de l'art. 51 LPD à l'encontre d'une personne privée ou d'un organe fédéral va se présenter ou non. Il cherche uniquement à déterminer si un état de fait a besoin d'être éclairci par une enquête, ce qui pourra conduire, en fin de compte, à une mesure administrative, et donc à une décision au sens de l'art. 5 PA. Par conséquent, une enquête préliminaire ne comporte **pas de procédure administrative**, et la PA n'est en principe pas applicable (cf. art. 52, al. 1, LPD *a contrario* et *infra*, n. 3 s. *ad* art. 52).
- 16 Les enquêtes préliminaires visent à recueillir des informations plus précises sur une éventuelle violation des prescriptions de protection des données auprès de sources accessibles au public, mais aussi auprès du responsable lui-même, de personnes concernées ou de tiers, tels que des organisations de consommateurs (cf. à propos de l'art. 53 LFINMA BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 5 *ad* art. 53). À ce stade, les réponses aux questions du PFPDT ou l'adaptation du traitement des données à la suite d'une intervention à bas seuil sont volontaires ; contrairement à ce qui se passe lors d'une enquête formelle (cf. art. 49, al. 3, LPD), le responsable n'a pas d'obligation de collaborer et la disposition pénale de l'art. 60, al. 2, LPD ne s'applique pas (cf. ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, p. 67 ; à propos de l'aLPD Rosenthal / Jöhri-ROSENTHAL, n. 13 *ad* art. 29). Toutefois, le refus de collaborer volontairement peut amener le PFPDT à obliger le responsable à coopérer en ouvrant une enquête. Si, dans le cadre de l'enquête préliminaire, le responsable fournit volontairement des arguments probants pour démontrer que les prescriptions de protection des données ne sont pas violées, il n'est généralement pas nécessaire d'ouvrir une enquête. Par contre, si les indices sont suffisants (cf. art. 49, al. 1, LPD) et que les autres conditions sont réunies (cf. *supra* n. 13 *ad* art. 49), le PFPDT ouvre une enquête (cf. art. 49, al. 1 et 2, LPD).

III. Dénonciation au PFPDT (al. 1 et 4)

1. Auteur et modalités de la dénonciation

- 17 La dénonciation au PFPDT peut émaner soit de la personne concernée, donc d'une personne physique dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (cf. art. 5, let. b, LPD) ou dont les droits ne sont pas respectés, soit d'un tiers (cf. message nLPD, p. 6705). Ces tiers peuvent être des médias, des organisations de protection des consommateurs ou des avocats ou avocates qui découvrent, dans le cadre de leur activité professionnelle, des traitements de données qui violent ou pourraient violer des prescriptions de protection des données. Si la

personne ne souhaite pas révéler son identité au PFPDT, elle peut effectuer une dénonciation anonyme (cf. message nLPD, p. 6791). Dans ce cas, le PFPDT ne l'informer pas des suites données à celle-ci et du résultat d'une éventuelle enquête, comme le prévoit l'art. 49, al. 4, LPD.

- 18 Dans l'idéal, la dénonciation est adressée au PFPDT au moyen du formulaire en ligne disponible sur son site, mais aucune forme n'est imposée. Aucun délai de dénonciation n'est imparti ; toutefois, les faits dénoncés devraient être d'une certaine actualité pour que le PFPDT puisse, en cas de violation des prescriptions de protection des données, ordonner en temps utile les mesures administratives appropriées visées à l'art. 51 LPD. Le traitement d'une dénonciation n'est pas soumis à émoluments (cf. art. 59 LPD, *a contrario*).

2. Nature juridique de la dénonciation et statut juridique général du dénonciateur

- 19 Selon le texte de la loi et les documents de référence, l'auteur de la dénonciation n'a pas qualité de partie. L'art. 52, al. 2, LPD précise que seuls l'organe fédéral ou la personne privée contre lesquels une enquête a été ouverte ont qualité de partie (cf. message nLPD, p. 6705 et 6708). De ce point de vue, la dénonciation au PFPDT s'apparente à un recours en matière de surveillance adressée à l'autorité supérieure (à propos de la dénonciation dans l'administration fédérale, voir la réglementation générale à l'art. 71 PA). Dans cette forme de dénonciation, le dénonciateur ne fait que donner l'impulsion à une procédure relevant du droit de la surveillance, mais il n'est en principe pas partie à cette procédure et n'a donc pas la qualité de partie, même s'il est personnellement concerné. Le recours en matière de surveillance (que l'on peut aussi dénommer dénonciation (de surveillance)) constitue une voie de droit informelle et une sous-catégorie du droit de pétition visé à l'art. 33 Cst. Elle vise à pousser l'autorité de surveillance à accomplir un acte qu'elle devrait accomplir d'office si elle découvrait elle-même les faits rapportés (cf. VOGEL, *in* : Auer *et al.*, n. 1, 3 et 5 *ad* art. 71). La dénonciation visée à l'art. 49 LPD poursuit, en principe, le même objectif : en portant à la connaissance du PFPDT des faits susceptibles de nécessiter l'ouverture d'une enquête, elle le soutient dans l'exercice de son activité légale de surveillance (cf. art. 4, al 1, LPD).
- 20 En cas de dénonciation à l'autorité de surveillance, le dénonciateur ne peut en rien prétendre au traitement matériel ni au règlement, le cas échéant, de la dénonciation (cf. CHAKSAD, p. 112 et les références citées). Selon la pratique courante, l'autorité de surveillance (sous réserve d'une disposition légale contraire) n'est pas non plus tenue de rendre compte au dénonciateur du traitement ou du règlement de la dénonciation (cf. les preuves données par ZIBUNG *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 33 *ad* art. 71 ; à propos du point de vue plus récent selon lequel l'auteur de la dénonciation a droit à un retour, qu'il s'agisse ou non de la personne concernée, CHAKSAD, p. 112 s. et 137, et VOGEL, *in* : Auer *et al.*, n. 38 *ad* art. 71). Il en va de même en cas de dénonciation au PFPDT : Celui-ci est certes tenu, selon le droit objectif, d'ouvrir une enquête si certaines conditions sont réunies (cf. art. 49, al. 1 et 2 LPD et *supra* n. 13 *ad* art. 49) ; il doit donc donner suite aux dénonciations et vérifier s'il faut ouvrir une enquête. Mais dans l'esprit du législateur, si le dénonciateur n'est **pas** personnellement **concerné** par la violation des prescriptions de protection des données, il ne peut pas, selon le droit subjectif, prétendre au traitement de la dénonciation et le PFPDT n'est pas tenu de l'informer des suites données à la dénonciation et du résultat d'une éventuelle enquête (cf. art. 49, al. 4, LPD *a contrario* ; à propos du statut juridique des dénonciateurs concernés, cf. *supra* n. 21 *ss ad* art. 49). S'il en va de l'intérêt général, le PFPDT informe le public, conformément à l'art. 57, al. 2, LPD.

3. Statut juridique particulier du dénonciateur

- 21 L'art. 49, al. 4, LPD concerne le cas où la dénonciation au PFPDT émane de la **personne concernée**, c'est-à-dire d'une personne physique dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 5, let. b, LPD) ou dont les droits sont bafoués. À ce propos, l'art. 49, al. 4, LPD précise que le PFPDT doit informer la personne concernée des suites données à la dénonciation et du résultat d'une éventuelle enquête (cf. jusqu'ici art. 22, al. 4, LPDS). On trouve des dispositions analogues dans le règlement général de l'UE sur la protection des données (RGPD) et dans la Convention 108+ (pour Schengen, cf. la directive (EU) 2016/680 et *infra* n. 26 *ad* art. 49) :
- 22 Le **RGPD**, qui est contraignant pour les États de l'UE, statue à l'art. 77, par. 1, que « toute personne concernée a le droit d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle ». L'art. 77, par. 2, RGPD précise que l'autorité de contrôle doit informer l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de la réclamation, y compris de la possibilité d'un recours juridictionnel en vertu de l'art. 78 RGPD. L'autorité de contrôle a donc pour tâche de traiter les réclamations, d'examiner l'objet de la réclamation dans la mesure nécessaire, et d'informer l'auteur de la réclamation de l'état d'avancement et de l'issue de l'enquête dans un délai raisonnable (cf. art. 57, par. 1, let. f, RGPD).
- 23 La **Convention 108+** du Conseil de l'Europe, que la Suisse ratifiera avec l'entrée en vigueur de la LPD révisée, dispose à l'art. 9, ch. 1, let. g, que toute personne a le droit de bénéficier de l'assistance d'une autorité de contrôle pour l'exercice de ses droits prévus par la Convention. L'art. 15, ch. 4, précise que « chaque autorité de contrôle compétente **traite** les demandes et les plaintes dont elle est saisie par les personnes concernées au regard de leurs droits à la protection des données et **tient ces personnes informées des résultats**. » (Dans le texte original anglais: «Each competent supervisory authority shall deal with requests and complaints lodged by data subjects concerning their data protection rights and shall keep data subjects informed of progress.»). Le Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données (RS 0.235.11), lui, prévoit simplement à l'art. 1, ch. 2, let. b, que chaque autorité de contrôle peut être saisie par toute personne d'une demande relative à la protection de ses droits et libertés fondamentales à l'égard des traitements de données à caractère personnel relevant de sa compétence.
- 24 Il découle donc de l'art. 49, al. 4, LPD, l'**obligation, prescrite par la convention, de traiter les dénonciations émanant d'une personne concernée**, ce qui va plus loin que la règle applicable en cas de dénonciation ordinaire à l'autorité de surveillance (cf. *supra* n. 20 *ad* art. 49). Le PFPDT est donc tenu d'examiner la dénonciation et de réfléchir à la suite à y donner afin de réagir à une violation potentielle des prescriptions de protection des données. S'il arrive à la conclusion que les faits doivent être examinés de manière approfondie au moyen d'une enquête (cf. art. 49, al. 1 et 2, LPD et *supra* n. 13 *ad* art. 49), il mène une enquête qui en cas de constatation d'une violation des dispositions relatives à la protection des données, peut le cas échéant aboutir à l'adoption d'une mesure administrative au sens de l'article 51 LPD. Enfin, il a l'**obligation légale, prescrite par la convention, d'informer** le dénonciateur concerné des suites données à la dénonciation et du résultat d'une éventuelle enquête.
- 25 La personne concernée qui dénonce des faits au PFPDT ne peut toutefois faire valoir aucun droit à l'ouverture d'une enquête ; l'ouverture d'une enquête est toujours soumise à la condition que

le PFPDT parvienne à la conclusion, dans le cadre de l'enquête préliminaire, qu'une enquête doit être ouverte (pour plus de détails, cf. *supra* n. 13 ad art. 49). Le législateur considère par ailleurs que pour faire valoir ses droits, la personne concernée doit agir selon les voies de droit applicables (message nLPD, p. 6705 ; cf. message du 6 décembre 2019 relatif à l'approbation du protocole du 10 octobre 2018 portant amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, FF 2020 545 ss, p. 570). Selon le texte de la loi et les documents de référence, l'auteur de la dénonciation n'a pas qualité de partie (cf. art. 52, al. 2, LPD *a contrario* et message nLPD, p. 6708 ; OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 27 ; OFJ, rapport explicatif avant-projet, p. 97). Or sans cette qualité, il lui manque un intérêt digne de protection pour l'ouverture d'une enquête.

- 26 **L'assistance administrative entre autorités policières de l'espace Schengen** bénéficie à cet égard d'un régime d'exception. L'art. 349h, al. 1, du code pénal (CP) dispose que la personne concernée qui rend vraisemblable qu'un échange de données personnelles la concernant pourrait être contraire à des prescriptions de protection des données personnelles peut demander au PFPDT l'ouverture d'une enquête au sens de l'art. 49 LPD. Selon l'al. 3 de cette disposition, la personne concernée et l'autorité fédérale contre laquelle une enquête a été ouverte ont qualité de partie (cf. art. 25, al. 2, LPDS et, à ce propos, OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 27). Conformément au message sur la LPD révisée, l'art. 349h CP met en œuvre les art. 52 et 53 de la directive (UE) 2016/680, qui obligent les États Schengen à prévoir un droit pour la personne concernée d'introduire une réclamation auprès de l'autorité de contrôle en matière de protection des données et de former, le cas échéant, un recours contre la décision de ladite autorité (cf. message nLPD, p. 6773 ; cf. OFJ, rapport explicatif avant-projet, p. 96 s.).

IV. Obligation d'enquête du PFPDT (al. 1 et 2)

- 27 La question se pose de savoir dans quelles circonstances le PFPDT est-il obligé d'établir les faits au moyen d'une enquête (cf. *supra* n. 13 ad art. 49) ? Il faut lire l'art. 49, al. 1, LPD conjointement avec l'al. 2, qui autorise le PFPDT à renoncer à ouvrir une enquête lorsque la violation des prescriptions de protection des données est de peu d'importance.

1. Pas d'obligation d'enquête en cas de violation de peu d'importance

- 28 L'art. 49, al. 2, LPD donne au PFPDT la latitude de renoncer à ouvrir une enquête lorsque la violation des prescriptions de protection des données est de peu d'importance. Les documents de référence issus du processus législatif ne définissent pas cette notion de peu d'importance. Le message cite l'exemple d'une association sportive ou culturelle qui a envoyé un e-mail à l'ensemble de ses membres en omettant de cacher l'identité des destinataires (cf. message nLPD, p. 6706). Lors des délibérations parlementaires, il a été mentionné que l'art. 49, al. 2, LPD servirait à hiérarchiser les ressources du PFPDT (cf. intervention de la conseillère fédérale Karin Keller-Suter, Conseil national, session d'automne 2019, treizième séance, 25.09.19, 09h00, 17.059, BO 2019 N 1824).
- 29 Le PFPDT n'est pas tenu d'ouvrir une enquête lorsque l'intensité de la violation est faible, c'est-à-dire lorsque l'intensité de la violation éventuelle de la sphère privée ou de l'autodétermination informationnelle est si faible que ni l'ouverture d'une enquête ni la prise de mesures au sens de l'art. 51 LPD ne s'imposent. Les notions « de peu d'importance » respectivement

« d'importance » sont suffisamment abstraits pour laisser une marge de manœuvre dans l'interprétation de la loi. Pour la pratique, la volonté du législateur est déterminante : l'obligation d'enquête du PFPDT doit satisfaire aux règles européennes contraignantes pour la Suisse et un niveau adéquat de protection des données doit être garanti (cf. *supra* n. 3 *ad* art. 49). Par ailleurs, le PFPDT s'efforce d'exercer ses compétences en matière d'enquête au-delà du minimum requis par la loi et ouvrira une enquête, dans la mesure où ses ressources le lui permettront, lorsqu'il en a la compétence sans en avoir l'obligation.

2. Obligation d'enquête en cas de violation importante

- 30 Sous l'ancien droit, l'obligation d'ouvrir une enquête existait en cas d'infractions commises par des organes fédéraux (art. 27 aLPD) ou par des personnes privées, si l'atteinte à la personnalité concernait un nombre important de personnes (voir formulation de l'art. 29, al. 1, let. a, aLPD). Le nouveau droit implique que le PFPDT enquête dans chaque cas pour lequel la violation des prescriptions de protection des données n'est pas de peu d'importance, c'est-à-dire est d'importance (cf. art. 49, al. 2, LPD *a contrario* et *supra* n. 29 *ad* art. 49). Le critère de la **violation importante** peut donc également être rempli lorsque des personnes privées traitent les données d'une seule personne ou d'un petit nombre de personnes. Si le PFPDT apprend, **d'office** ou **sur dénonciation d'un tiers**, qu'une violation potentielle a eu lieu, il peut par exemple être tenu d'ouvrir une enquête même si la violation potentielle ne concerne qu'un petit nombre de personnes mais que, de par son intensité, la violation est susceptible de porter gravement atteinte à la sphère privée de ces personnes.
- 31 Lorsqu'une **personne concernée** dénonce des faits au PFPDT, il faut tenir compte de l'art. 49, al. 4, LPD. Cette disposition met en œuvre l'art. 15, ch. 4, de la Convention 108+, selon lequel chaque autorité de contrôle compétente doit traiter les demandes et les plaintes dont elle est saisie par les personnes concernées au regard de leurs droits à la protection des données et tenir ces personnes informées des résultats (cf. pour Schengen le droit d'introduire une réclamation à l'art. 52 de la directive (UE) 2016/680). Le but est de soutenir l'individu dans la défense des droits et des libertés que lui accorde le droit de la protection des données (cf. à propos de l'art. 15, ch. 4, de la Convention 108+, Conseil de l'Europe, rapport explicatif du protocole d'amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, 10.X.2018, CETS 223, n. 122: « *Par ailleurs, aux termes du paragraphe 4, toute personne concernée devrait avoir la possibilité de saisir l'autorité de contrôle de toute requête concernant ses droits et libertés à l'égard du traitement de données à caractère personnel. Cela contribue à garantir le droit à un recours approprié, prévu aux articles 9 et 12. [...]* »). Ce droit existe indépendamment du fait que la violation dénoncée concerne un grand nombre de personnes ou uniquement la personne qui l'a dénoncée. Le PFPDT se saisit de la dénonciation et examine la suite à y donner afin de réagir à une violation potentielle des prescriptions de protection des données (cf. *supra* n. 24 *ad* art. 49). Si la violation dénoncée se révèle importante, le PFPDT est obligé d'ouvrir une enquête et d'informer la personne concernée de son résultat. Avant d'ouvrir une enquête administrative chronophage, il peut tenter de rétablir rapidement la conformité au droit en procédant de manière informelle (cf. *supra* n. 13 *ad* art. 49).

V. Obligation de la partie de renseigner et de produire des documents (al. 3)

- 32 Dans la procédure d'enquête, qui est régie par la PA, le PFPDT établit d'office les faits (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec l'art. 12 PA). La **maxime inquisitoire**, en vertu de laquelle il appartient à l'autorité et non aux parties à la procédure d'établir les faits, c'est-à-dire de déterminer les faits juridiquement pertinents, s'applique (cf. AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 7 *ad* art. 12).
- 33 La maxime inquisitoire est complétée et relativisée par l'**obligation des parties de collaborer**, c'est-à-dire de participer à la constatation des faits (cf. art. 13 PA ; AUER/BINDER, *in*: Auer *et al.*, n. 1 *ad* art. 12). La LPD contient aux art. 49, al. 3, et 50 des dispositions spéciales sur l'obligation de collaborer. Cette obligation est régie sur deux niveaux (cf. ROSENTHAL, Datenschutzgesetz, p. 67). Tout d'abord, l'art. 49, al. 3, LPD stipule que l'organe fédéral ou la personne privée fournit au PFPDT tous les renseignements et les documents qui lui sont nécessaires pour l'enquête ; il institue donc pour la partie une obligation de renseigner et de produire des documents. L'art. 50 LPD règle ensuite les conséquences du non-respect par la partie de son obligation de collaborer, mais il règle également le droit de se procurer des informations, lequel ne naît qu'à partir du moment où le PFPDT n'a pas pu suffisamment clarifier les faits avec la méthode moins contraignante du renseignement et de la production de documents par les parties. Il s'agit par exemple d'ordonner l'accès à des informations (cf. art. 50, al. 1, let. a) ou l'audition de tiers (cf. art. 50, al. 1, let. c).
- 34 L'obligation de la partie de renseigner et de produire des documents s'étend, sous réserve du droit de refuser de fournir des renseignements (art. 49, al. 3, 2^e phrase, LPD), à toutes les informations qui « **sont nécessaires pour l'enquête** » (art. 49, al. 3, 1^{re} phrase, LPD). Conformément à la Constitution, le PFPDT ne peut recueillir des données personnelles, mais aussi des informations ne se rapportant pas à une personne, que d'une manière proportionnée, c'est-à-dire approprié et nécessaire pour atteindre le but visé par l'enquête et raisonnablement exigible de la personne concernée (cf. art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.). Il ne peut donc examiner des éléments factuels que s'ils paraissent importants pour l'issue de la procédure d'enquête (cf. AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 2 *ad* art. 12).
- 35 Sous l'ancien droit, le PFPDT envoyait avec l'annonce écrite de l'ouverture d'une procédure d'établissement des faits un catalogue de questions avec lequel il pouvait aussi, si nécessaire, demander la production de certains documents. Le droit révisé permet en principe de poser des questions et demander des documents sous la même forme.
- 36 Une description concrète des différents documents n'est pas obligatoire. Il suffit d'une description générale des informations, qui permette au destinataire d'identifier ce qui est nécessaire pour établir les faits et quels sont les documents demandés par le PFPDT (cf. à propos de l'art. 58, par. 1, let. a, RGPD POLENZ, *in* : Simitis / Hornung / Spiecker, n. 10 *ad* art. 58). L'ancienne ordonnance relative à la LPD (aOLPD) contenait à l'art. 34 une énumération expresse des renseignements que le PFPDT pouvait demander au maître du fichier. En vertu de l'art. 49, al. 3, LPD, le PFPDT peut demander, par exemple, des accords contractuels pertinents, des instructions et des directives internes, des documentations relatives à des procédures, à des programmes ou à des systèmes, ou encore des dossiers concernant des mesures personnelles, techniques ou organisationnelles (cf. BSK DSG-HUBER, n. 8 *ad* art. 27 ; à propos de l'art. 58, par. 1, let. a, RGPD POLENZ, *in* : Simitis / Hornung / Spiecker, n. 10 *ad* art. 58). Si les renseignements et les documents obtenus ne suffisent pas à établir les faits pertinents ou s'ils

gènèrent de nouveaux points à clarifier, le PFPDT est libre de poser des questions supplémentaires pour demander les renseignements ou les documents nécessaires. Il a en outre la possibilité d'inviter la partie à lui fournir des renseignements oralement. Cette solution est notamment indiquée lorsque la partie a des difficultés à s'exprimer de manière précise par écrit.

- 37 L'obligation de la partie de renseigner et de produire des documents est soumise à la réserve du **droit de refuser de fournir des renseignements**. Celui-ci est régi, selon l'art. 49, al. 3, LPD, par les art. 16 et 17 PA, pour autant que l'art. 50, al. 2, LPD n'en dispose pas autrement. L'art. 16, al. 1, PA renvoie à ce propos au droit de refuser de témoigner régi par l'art. 42, al. 1 et 3, de la loi fédérale du 4 décembre 1947 sur la procédure civile fédérale (PCF). En vertu de l'art. 42, al. 1, let. b, PCF, les personnes visées à l'art. 321, ch. 1, CP peuvent refuser de déposer lorsqu'elles sont interrogées sur des faits qui, d'après cette disposition, rentrent dans le secret professionnel, à moins que l'intéressé n'ait consenti à la révélation du secret. Bien que cette disposition protège déjà le secret professionnel des avocats ou des médecins, par exemple, le Conseil des États a décidé d'intégrer à l'art. 50, al. 2, LPD une réserve explicite à l'égard du secret professionnel (Conseil des États, session d'hiver 2019, dixième séance, 18.12.19, 09h00, 17.059, BO 2019 S 1247). Par contre, le secret de fonction ne peut pas être opposé au PFPDT (cf. message aLPD, p. 486 et, entre autres, Rosenthal / Jöhri-JÖHRI, n. 11 *ad* art. 27).

Art. 50

Le contenu en bref

- I. But de la norme
- II. Champ d'application
- III. Mesures d'enquête (al. 1)
 - 1. Accès aux informations et aux données personnelles
 - 2. Accès aux locaux et aux installations
 - 3. Audition de témoins
 - 4. Expertises
- IV. Réserve du secret professionnel (al. 2)
- V. Exécution des mesures (al. 3)

I. But de la norme

- 1 Sous l'aLPD, le PFPDT n'était pas habilité à prendre des décisions. Il ne pouvait donc pas non plus statuer, par une décision contraignante, sur des questions de droit de procédure. Les art. 27, al. 3, et 29, al. 2, aLPD lui accordaient bien un pouvoir d'enquête relativement étendu (cf. KERN/EPINEY, p. 29) ; toutefois, l'aLPD ne lui permettait pas certains moyens de se procurer des informations, notamment l'audition de témoins et les expertises.
- 2 La LPD révisée modifie la situation : l'art. 50, al. 1, LPD confère au PFPDT la compétence, lorsque l'organe fédéral ou la personne privée ne respecte pas son obligation de collaborer à l'établissement des faits, d'**ordonner** des mesures afin d'obtenir les informations nécessaires au but de l'enquête. Les mesures fondées sur l'art. 50 LPD peuvent prendre la forme d'une simple injonction d'ordre procédural ou alors, pour autant qu'elles fondent dans un cas d'espèce concret de manière souveraine et unilatérale des obligations de droit administratif des destinataires, la forme d'une décision (incidente) (cf. formulation de l'art. 52, al. 1, LPD, qui parle des « mesures visées aux art. 50 [...] » ; cf. *supra* n. 10 *ad* art. 52). Ces mesures peuvent s'adresser non seulement à des personnes privées mais aussi à des organes fédéraux. Elles peuvent notamment inclure l'audition de témoins ou des expertises (cf. art. 50, al. 1, let. c et d, LPD), à condition que le principe de la proportionnalité soit respecté (cf. art. 5, al. 2, et 36, al. 3, Cst.). L'art. 50, al. 3, LPD règle l'exécution des mesures avec l'aide de la police.
- 3 Avec l'art. 50 LPD, la Suisse satisfait aux exigences de la Convention 108+, contraignante pour elle, qui prescrit à l'art. 15, par. 2, let. a, que les autorités de contrôle doivent disposer « de pouvoirs d'investigation et d'intervention » (cf. message nLPD, p. 6706). La Suisse satisfait aussi aux exigences de l'art. 47, al. 1, de la directive (UE) 2016/680, qui prescrit que les États Schengen sont tenus de prévoir que l'autorité de contrôle dispose de pouvoirs d'enquête, au minimum celui d'obtenir du responsable du traitement et du sous-traitant l'accès à toutes les données personnelles traitées et à toutes les informations nécessaires pour l'exercice de ses tâches (cf. à propos de l'art. 23 LDPS OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 25 s.).

II. Champ d'application

- 4 Les mesures énoncées à l'art. 50 LPD ne peuvent être ordonnées que si le PFPDT a ouvert une enquête (cf. message nLPD, p. 6706), et pour autant que la personne privée ou l'organe fédéral **ne respecte pas son obligation de collaborer**. Comme le précise le message, ce n'est que si ses tentatives d'obtenir la collaboration du responsable du traitement sont restées vaines que le préposé pourra ordonner les mesures prévues à l'art. 50, al. 1, let. a à d (cf. message nLPD, p. 6706). De ce point de vue, la disposition traite des conséquences du refus de la partie de renseigner et de produire des documents visé à l'art. 49, al. 3, LPD (à propos de l'obligation de la partie de renseigner et de produire des documents visée à l'art. 49, al. 3, LPD, cf. *supra* n. 33 ss *ad* art. 49). L'art. 50 LPD règle aussi le droit du PFPDT de se procurer des informations, lequel ne naît que si la collaboration visée à l'art. 49, al. 3, LPD **n'a pas suffi à établir les faits**. Les mesures ordonnées par le PFPDT impliquent une obligation de collaborer, notamment en donnant accès à certaines informations (al. 1, let. a) ou à tolérer une inspection de locaux (al. 1, let. b).
- 5 Les mesures visées à l'art. 50 LPD peuvent être prises à l'encontre de la **partie à la procédure**, par exemple les accès visés à l'art. 50, al. 1, let. a ou b, LPD (cf. à propos de l'art. 41, al. 3, let. b, AP-LPD OFJ, rapport explicatif avant-projet, p. 74 : « Le préposé peut [...] inspecter [...] les locaux de la personne privée ou de l'organe fédéral. ») Dans le cas de l'audition de témoins prévu à l'art. 50, al. 1, let. c, LPD, la mesure est forcément prise vis-à-vis de tiers non concernés, c'est-à-dire des personnes qui n'ont pas qualité de parties (cf. art. 6 PA ; cf. art. 12, let. c, PA et, entre autres, AUER/BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 35 *ad* art. 12 ; cf. aussi TAF, A-6567/2008, 7.4.2009 consid. 5.3).
- 6 L'art. 50 LPD est en soi trop imprécis pour pouvoir servir de base légale à d'autres formes d'**administration de preuves vis-à-vis de tiers**. D'ailleurs l'art. 52, al. 1, LPD renvoie pour la procédure d'enquête à la PA. Cette disposition, de même que les prescriptions de la PCF applicables par analogie en vertu de l'art. 19 PA, prévoit pour les tiers, outre l'obligation de témoigner (cf. art. 12, let. c, et 15, PA), une obligation de renseigner (cf. art. 12, let. c, et 19 PA en relation avec l'art. 49 PCF), l'obligation de produire en justice les titres qu'ils détiennent (cf. art. 19 PA en relation avec l'art. 51, al. 1, PCF) et l'obligation de se prêter à l'inspection des choses en leur possession (cf. art. 19 PA en relation avec l'art. 55, al. 2, PCF). Par ailleurs, l'art. 17 PA statue que les tiers sont tenus, sous réserve du droit de refuser le témoignage visé à l'art. 16 PA, de collaborer à l'administration de preuves (cf. GÜNGERICH / BICKEL, *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 1 *ad* art. 15 ; RÜTSCHKE BERNHARD / SCHNEIDER DANIELLE, *Die Sachverhaltsfeststellung als arbeitsteiliger Prozess: Ein neuer Blick auf den Untersuchungsgrundsatz im öffentlichen Verfahren*, *in* : Bommer Felix / Berti Stephen V. (éditeurs), *Verfahrensrecht am Beginn einer neuen Epoche*, Zurich / Bâle / Genève 2011, p. 67 ss et 77). Il convient donc de partir du principe que le législateur voulait laisser au PFPDT, aussi sous l'empire du droit révisé, le droit de se procurer des informations auprès de tiers (cf. à propos de la situation juridique sous l'aLPD Rosenthal / Jöhri-ROSENTHAL, n. 14 *ad* art. 29). Les obligations de collaborer des tiers inscrites dans la PA et dans la PCF devraient donc aussi être maintenues dans le champ d'application de la LPD et pourront fonder des mesures d'administration de preuves du PFPDT (cf. ROSENTHAL, *Datenschutzgesetz*, p. 67).

III. Mesures d'enquête (al. 1)

- 7 La liste des mesures énumérées à l'al. 50, al. 1, LPD a valeur d'exemple, comme l'indique la formulation de la disposition. Elle rappelle celle des moyens de preuve admissibles mentionnée à l'art. 12 PA (cf. message nLPD, p. 6706), respectivement qu'elle élargit en partie. Selon la jurisprudence et la doctrine dominante, la liste de l'art. 12 PA n'est pas exhaustive, contrairement à ce que laisse penser sa formulation (cf., p. ex., TAF, B-1113/2021, 10.8.2021 consid. 2.4 ; ATF, B-880/2012, 25.6.2018 consid. 8.4.2 ; et, entre autres, AUER/BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 20 *ad* art. 12 ; d'un autre avis, MARC ALEXANDER NIGGLI, *Die Verfügung als Falschbeurkundung*, ContraLegem 2021/1, p. 7 ss et 31). La question de l'énumération exhaustive des moyens de preuve admissibles dans une procédure administrative au sens de la PA reste cependant plutôt théorique car la nécessité d'obtenir un moyen de preuve ne figurant pas à l'art. 12 PA ne devrait se présenter que rarement en pratique (AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 20 *ad* art. 12). En tout état de cause, la question de savoir dans quelle mesure la procédure d'enquête du PFPDT pourrait avoir besoin de recourir à des mesures autres que celles qui sont expressément mentionnées à l'art. 50 LPD n'est pas tranchée (à propos des mesures d'administration de preuves vis-à-vis de tiers cf. *supra* n. 6 *ad* art. 50).

1. Accès aux informations et aux données personnelles

- 8 Si l'organe fédéral ou la personne privée ne se conforme pas à l'obligation de collaborer visée à l'art. 49, al. 3, LPD ou si les renseignements et les documents fournis n'ont pas suffi à établir les faits, le PFPDT a la possibilité, en vertu de l'art. 50, al. 1, let. a, LPD d'ordonner l'accès à tous les renseignements, documents, registres des activités de traitement et données personnelles nécessaires pour l'enquête. Bien qu'ils ne soient mentionnés qu'à l'art. 50, al. 1, let. a, LPD, les registres des activités de traitement (cf. art. 12 LPD) et les données personnelles nécessaires pour l'enquête font partie des documents à fournir, le cas échéant, dans le cadre de l'obligation de collaborer visée à l'art. 49, al. 3, LPD.
- 9 Le droit à l'accès visé à l'art. 50, al. 1, let. a, LPD a probablement été inspiré du droit européen. En effet, l'art. 58, par. 1, let. e, RGPD prévoit que l'autorité de contrôle doit disposer de pouvoirs d'enquête qui lui permettent d'obtenir du responsable du traitement et du sous-traitant l'accès à toutes les données à caractère personnel et à toutes les informations nécessaires à l'accomplissement de ses missions. Les documents de référence ne thématisent pas où se situe la frontière entre le droit d'accès visé à l'art. 50, al. 1, let. a, LPD et l'obligation de la partie de renseigner et de produire des documents visée à l'art. 49, al. 3, LPD.
- 10 La différence entre l'obligation de la partie de renseigner et de produire des documents visée à l'art. 49, al. 3, LPD et l'accès aux informations correspondantes visé à l'art. 50, al. 1, let. a, LPD pourrait résider, comme c'est le cas pour le RGPD (cf. art. 58, par. 1, let. a et e, RGPD), dans le fait que dans le premier cas, le PFPDT attend de la partie à la procédure un comportement actif sous la forme de la fourniture d'informations alors que dans le second c'est à lui d'agir pour obtenir les informations nécessaires, la partie à la procédure n'ayant qu'à donner l'accès ou à le tolérer (cf. à propos de l'art. 58, par. 1, let. e, RGPD POLENZ, *in* : Simitis / Hornung / Spiecker, n. 18 *ad* art. 58 ; Körffer, *in* : Paal / Pauly, n. 13 *ad* art. 58).
- 11 L'accès au sens de l'art. 50, al. 1, let. a, LPD permet au PFPDT d'effectuer une **inspection locale**, laquelle se limite aux informations mentionnées dans la disposition. En règle générale,

une telle visite des lieux n'est pas possible sans l'accès aux locaux et aux installations au sens de l'art. 50, al. 1, let. b, LPD (cf. à propos de l'art. 58, par. 1, let. e, RGPD KÖRFFER, *in* : Paal / Pauly, n. 13 *ad* art. 58). Elle figure aussi comme instrument d'établissement des faits dans la liste des moyens de preuve mentionnée à l'art. 12 PA (cf. art. 12, let. d, PA : « Visite des lieux » ; cf. aussi art. 19 PA en relation avec l'art. 55, al. 1, PCF : « Inspection oculaire »).

2. Accès aux locaux et aux installations

- 12 Si une partie refuse de fournir les renseignements ou les documents exigés dans le cadre de l'art. 49, al. 3, LPD ou si ceux-ci ne suffisent pas à établir les faits, le PFPDT a la possibilité d'exiger l'accès aux locaux et aux installations afin d'effectuer une inspection locale sur place (cf. art. 50, al. 1, let. b, LPD ; art. 12, let. d, PA). L'aLPD permettait déjà au préposé, s'il entendait juger de l'impact réel des traitements, de se les faire présenter sur place (cf. art. 27, al. 3, et 29, al. 2, aLPD ; message aLPD, p. 486). L'inspection locale est un élément fondamental dans le processus d'un contrôle, car l'analyse de la documentation fournie par l'organe contrôlé ne suffit bien souvent pas à établir les faits (PFPDT, 18^e rapport d'activités 2010/2011, p. 97). Une visite sur place peut fournir des informations plus précises sur le fonctionnement concret d'un système de traitement de données ou, dans le cas d'une installation de vidéosurveillance, de montrer les locaux pertinents pour l'appréciation juridique.

3. Audition de témoins

- 13 Selon l'art. 14, al. 1, PA, seules les autorités qui sont énoncées dans cette disposition peuvent ordonner l'audition de témoins ; les autres autorités n'y sont habilitées que si une disposition spéciale le prévoit (cf. p. ex. art. 42, al. 1, LCart concernant l'audition de témoins par les autorités en matière de concurrence). L'art. 50, al. 1, let. c, LPD autorise désormais le PFPDT à ordonner l'audition de témoins.
- 14 Le faux témoignage est punissable (cf. art. 307 et 309 CP). Selon l'art. 52, al. 1, LPD en relation avec l'art. 14, al. 1, PA, l'audition de témoins ne peut être ordonnée que si les faits ne peuvent pas être suffisamment élucidés d'une autre façon ; elle n'est donc admissible que si les autres moyens de preuve, moins contraignants pour la personne concernée, ne produisent pas de résultat (cf. à propos de l'art. 14, al. 1, PA AUER/BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 2 *ad* art. 14). Selon l'art. 15 PA, chacun est tenu de témoigner. Mais seul un tiers peut être un témoin (cf. art. 12, let. c, PA), c'est-à-dire une personne sans lien avec l'enquête, qui n'a pas qualité de partie au sens de l'art. 6 PA (cf. AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 39 *ad* art. 12 ; cf. *supra* n. 5 *ad* art. 50).

4. Expertises

- 15 L'art. 12, let. e, PA mentionne aussi l'expertise comme moyen de preuve. L'expertise est nécessaire lorsque l'établissement des faits nécessite des connaissances spécialisées. L'expert doit être indépendant, c'est-à-dire qu'il ne doit faire l'objet d'aucune objection (cf. art. 19, PA en relation avec l'art. 58, al. 1, PCF). Selon la PA et la PCF, rien n'oblige un expert à accepter un mandat d'expertise (AUER, *in* : Auer *et al.*, n. 70 *ad* art. 12). On ne peut poser à l'expert que des questions relevant de l'établissement ou de l'appréciation des faits, mais pas de questions juridiques (cf. ATF 132 II 257 consid. 4.4.1). On peut par exemple imaginer que la compréhension d'un certain traitement de données spécifique nécessite des connaissances techniques spéciales et exceptionnelles, que les informaticiens du PFPDT ne peuvent pas mettre à disposition.

IV. Réserve du secret professionnel (al. 2)

- 16 L'art. 50, al. 2, LPD a été introduit dans la loi lors des délibérations parlementaires. Cette disposition précise expressément que le pouvoir du PFPDT d'obtenir des informations de la partie à la procédure en ordonnant les mesures visées à l'art. 50 LPD existe, tout comme l'obligation de collaborer visée à l'art. 49, al. 3, LPD, sous réserve du secret professionnel (cf. Conseil des États, session d'hiver 2019, dixième séance, 18.12.19, 09h00, 17.059, BO 2019 S 1247 ; cf. *supra* n. 37 *ad* art. 49).

V. Exécution des mesures (al. 3)

- 17 Selon l'art. 50, al. 3, LPD, le PFPDT peut, pour l'exécution des mesures prévues à l'al. 1, faire appel à d'autres autorités fédérales ainsi qu'aux organes de police cantonaux et communaux. La formulation de la disposition découle des délibérations parlementaires ; le projet du Conseil fédéral réglait par contre l'exécution de mesures provisionnelles ordonnées par le PFPDT pour la durée de l'enquête (cf. art. 44, al. 2, P-LPD).
- 18 La PA, à laquelle renvoie l'art. 52, al. 1, LPD, prévoit à l'art. 41 les **moyens de contrainte** possibles pour exécuter les décisions ne portant pas condamnation à payer une somme d'argent ou à fournir des sûretés. Elle cite notamment l'exécution directe contre la personne de l'obligé ou ses biens (cf. art. 41, al. 1, let. b, PA). S'agissant de la PA, il y a débat sur la question de savoir si l'obligation des parties à la procédure de collaborer est contraignante ou s'il s'agit d'un simple devoir dont le non-respect entraîne des désavantages juridiques. En conséquence la question est également controversée de savoir si et dans quelle mesure l'utilisation des moyens de contraintes selon l'art. 41 PA est autorisée en cas de violation de l'obligation de collaborer (cf. KIENER / RÜTSCHKE / KUHN, n. 700 à 714 ; AUER, *in* : Auer *et al.*, n. 9 s. et 41 *ad* art. 13 ; KRAUSKOPF / EMMENEGGER / BABEY, *in* : Waldmann / Weissenberger, n 70 s. *ad* art. 13 ; KÖLZ ALFRED / HÄNER ISABELLE / BERTSCHI MARTIN, *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsrechtspflege des Bundes*, 3^e éd., Zurich / Bâle / Genève 2013, n. 467). À titre d'exemple, au cas où une partie à la procédure refuse de collaborer à une inspection locale, il est fait référence à l'art. 19 PA en relation avec l'art. 55, al. 1, PCF selon lequel le refus doit être pris en considération dans le cadre de l'appréciation des preuves (cf. AUER, *in* Auer *et al.*, n. 14 *ad* art. 13).
- 19 Contrairement à la PA, la LPD rend punissable dans son art. 60, al. 2, le refus intentionnel de collaborer des personnes privées (cf. jusqu'ici art. 34, al. 2, let. b, en relation avec l'art. 29

aLPD). La collaboration de la partie à la procédure est donc indirectement contraignante dans le cadre de l'art. 60 LPD. L'art. 50, al. 3, LPD constitue une autre *lex specialis* : il ressort de cette disposition que d'autres autorités fédérales ainsi que les organes de police cantonaux et communaux doivent fournir l'assistance administrative respectivement l'assistance à l'exécution des mesures ordonnées en vertu de l'art. 50, al. 1, LPD (cf. à propos de l'art. 43 PA GÄCHTER / EGLI, *in* : Auer *et al.*, n. 1 ss *ad* art. 43 ; WIEDERKEHR RENÉ / MEYER CHRISTIAN / BÖHME ANNA, Kommentar VwVG, Zurich 2022, n. 1 *ad* art. 43). Étant donné que l'art. 50, al. 3, LPD mentionne expressément le recours aux organes de police, l'exécution directe contre une partie à la procédure (cf. art. 41, al. 1, let. b, PA) devrait constituer un moyen de contrainte admissible pour autant qu'il soit proportionné. La contrainte directe au moyen de la force publique est envisageable en premier lieu lorsqu'une partie à la procédure refuse au PFPDT l'accès physique aux informations (cf. art. 50, al. 1, let. a, LPD) ou aux locaux et aux installations (cf. art. 50, al. 1, let. b, LPD). Il pourra aussi faire appel aux organes de police afin de faire comparaître de force à l'audience un témoin qui est absent sans excuse suffisante (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec les art. 19 PA et 44, al. 2, PCF ; cf. M. BAERISWYL, *in* : Baeriswyl / Pärli / Blonski, n. 17 *ad* art. 50). Il n'est pas clair, et les documents de référence ne le précisent pas, dans quelle mesure le PFPDT peut faire appel à « d'autres autorités fédérales » pour l'exécution des mesures prévues à l'art. 50 .

- 20 Conformément à l'art. 54, al. 2, let. c, LPD, le PFPDT communique les informations et les données personnelles nécessaires à l'accomplissement de leurs tâches légales aux autorités fédérales ainsi qu'aux organes de police cantonaux et communaux, pour l'exécution des mesures prévues aux art. 50, al. 3, et 51 LPD.

Art. 51

Le contenu en bref

- I. But de la norme
- II. Catégories de mesures administratives
- III. Applicabilité de l'art. 51 LPD
- IV. Marge de manœuvre du PFPDT
- V. Procédure à suivre lorsque des mesures administratives sont ordonnées
- VI. Exécution de mesures administratives

I. But de la norme

- 1 L'une des principales nouveautés apportées par la révision de la LPD réside dans le fait que l'art. 51 LPD donne au PFPDT la compétence de prendre des mesures administratives en cas de violation de prescriptions de protection des données. Le législateur suisse se conforme ainsi dans une large mesure aux exigences de la Convention 108+, qui statue à l'art. 15, par. 2, let.c, que les autorités de contrôle disposent du pouvoir de rendre des décisions relatives aux violations des dispositions de la Convention et peuvent, notamment, infliger des sanctions administratives (cf. message nLPD, p. 6707 s.). S'agissant de la protection des données dans le cadre de l'application de l'acquis de Schengen en matière pénale, le PFPDT a le pouvoir de rendre des décisions déjà depuis le 1^{er} janvier 2019 ; avec l'art. 24 LPDS, le législateur avait mis en œuvre l'art. 47, par. 2, de la directive (UE) 2016/680 et donné suite aux recommandations des évaluateurs Schengen de conférer des compétences décisionnelles au PFPDT (cf. message nLPD, p. 6707; esquisse d'acte normatif, p. 9). La LPD contient à présent à l'art. 51 un large catalogue de mesures administratives que le PFPDT peut ordonner. Mais malgré l'élargissement de ses compétences, le PFPDT, contrairement aux autorités de protection des données de l'UE, n'a toujours pas la possibilité d'infliger des sanctions administratives en cas de violation des prescriptions de protection des données (cf. message nLPD, notamment pp. 6568, 6594 et 6597 ; cf. art. 58, par. 2, let. i, RGPD concernant la possibilité d'imposer une amende administrative en application de l'art. 83 RGPD). La LPD se limite à prévoir une liste de dispositions pénales plus étendue par rapport à celle de l'aLPD (cf. art. 60 ss LPD). La poursuite de ces infractions incombe aux autorités de poursuite pénale des cantons (cf. art. 65 LPD). Dans ce contexte il convient de préciser que lors des délibérations relatives à la LPD, il a été décidé de clarifier la question des sanctions administratives dans le cadre d'une nouvelle loi fédérale sur les sanctions administratives. Le Conseil fédéral a toutefois décidé entre temps de ne pas donner suite à ce projet. La question se pose donc de savoir si de telles sanctions ne devraient pas être introduites dans la LPD lors d'une prochaine révision.
- 2 La compétence de rendre des décisions renforce la position du PFPDT sur le plan formel. Sous l'aLPD, le préposé n'avait que des possibilités très limitées de poursuivre les responsables du traitement. Il ne pouvait qu'émettre des recommandations non contraignantes vis-à-vis tant des organes fédéraux que des personnes privées (cf. art. 27, al. 4, et 29, al. 3, aLPD). Si une recommandation était rejetée ou n'était pas suivie volontairement, il devait dans le cadre de la surveillance des organes fédéraux demander au département compétent ou à la Chancellerie

fédérale (ChF) d'obliger, par une décision, l'organe fédéral à accomplir ou à ne pas accomplir un certain acte (cf. art. 27, al. 5, aLPD). Si le département ou la ChF refusait sa demande, il n'avait plus que la ressource de recourir contre cette décision devant le Tribunal administratif fédéral (cf. art. 27, al. 6, aLPD). En cas de rejet de ses recommandations en matière de droit privé, c'était au Tribunal administratif fédéral de trancher dans le cadre d'une action en première instance (cf. art. 29, al. 4, aLPD et ancien art. 35, let. b, de la loi sur le Tribunal administratif fédéral).

II. Catégories de mesures administratives

- 3 L'art. 51 LPD prévoit deux catégories de mesures administratives. La première catégorie concerne les mesures à prendre lorsque des **traitements de données** violent les prescriptions de protection des données, donc la LPD ou d'autres dispositions en la matière de la Confédération. Sont visés notamment les principes définis aux art 6 ou 16 LPD, l'art. 31 LPD relatif aux motifs justificatifs (s'agissant des personnes privées) ou l'art. 34 LPD relatif aux bases légales (s'agissant des organes fédéraux). En cas de violation des dispositions de protection des données, le PFPDT peut ordonner la modification, la suspension ou la cessation de tout ou partie du traitement ainsi que l'effacement ou la destruction de tout ou partie des données personnelles (cf. art. 51, al. 1, LPD). Il peut suspendre ou interdire la communication de données personnelles à l'étranger si elle est contraire aux conditions des art. 16 ou 17 ou à des dispositions d'autres lois fédérales concernant la communication de données personnelles à l'étranger (cf. art. 51, al. 2, LPD). Lorsque l'organe fédéral ou la personne privée prend, durant l'enquête, les mesures nécessaires au rétablissement d'une situation conforme aux prescriptions de protection des données, le PFPDT peut se limiter à prononcer un avertissement (cf. art. 51, al. 5, LPD).
- 4 La deuxième catégorie de mesures concerne les cas où des **prescriptions d'ordre** ou les **droits de la personne concernée** ne sont pas respectés (cf. art. 51, al. 3 et 4, LPD et message nLPD, p. 6708). Ces mesures n'étaient pas mentionnées dans l'AP-LPD ni dans la LPDS, mais selon le message nLPD, elles ne renforcent pas les pouvoirs décisionnels du PFPDT, mais ne font que les préciser (cf. message nLPD, p. 6602). La liste de l'art. 51, al. 3, LPD n'est pas exhaustive. Selon l'art. 51, al. 3, LPD, le PFPDT peut par exemple ordonner à l'organe fédéral ou à la personne privée de prendre les mesures prévues aux art. 7 et 8 LPD (*let. b*). Mais il peut aussi ordonner l'établissement d'une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles conformément à l'art. 22 (*let. d*), par exemple si l'organe fédéral ou la personne privée lui soumet un code de conduite au sens de l'art. 11 LPD qui ne remplit pas les conditions dispensant de l'établissement d'une analyse d'impact (cf. art. 22, al. 5, LPD ; art. 43 OPDo) et n'est pas prêt à le modifier volontairement (cf. OFJ, rapport explicatif P-OLPD, p. 46 ; OFJ, rapport explicatif OPDo, p. 58). Si une personne privée ou un organe fédéral refuse de communiquer à la personne concernée les renseignements visés à l'art. 25 LPD, le PFPDT peut lui ordonner de le faire (*let. g*).

III. Applicabilité de l'art. 51 LPD

- 5 L'art. 51 LPD figure sous la section 2, qui règle les « enquêtes concernant des violations des prescriptions de protection des données ». Toutefois son applicabilité ne présuppose pas nécessairement qu'une enquête au sens de l'art. 49 LPD ait eu lieu avant qu'une mesure administrative soit ordonnée. En effet, si le PFPDT a été sollicité pour un **conseil** (cf. art. 58, al. 1, let. a, LPD), il en sait en principe assez sur les faits pour pouvoir évaluer s'il y a violation des

prescriptions de protection des données. Cela pourrait par exemple être le cas d'une entreprise privée qui a demandé conseil au PFPDT à propos d'un projet de traitement de données, mais qui n'est pas disposée à suivre l'avis du PFPDT sur la base des documents qu'elle lui avait remis, de procéder à une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles au sens de l'art. 22 LPD. Si dans un tel cas de figure, les faits sont suffisamment clairs et incontestés, le PFPDT n'aura pas besoin de procéder à des actes d'enquête. Il pourra en principe, après ouverture de la procédure, constater directement les faits, accorder le droit d'être entendu visé à l'art. 30 PA et ensuite décider qu'une analyse d'impact relative à la protection des données doit être effectuée (cf. art. 51, al. 3, let. d, et 52, al. 1, LPD, selon lequel les décisions visées à l'art. 51 LPD sont régies par la PA ; cf. à propos de la procédure à suivre lorsque des mesures administratives sont ordonnées *supra* n. 9 *ad* art. 51 et n. 18 *ss ad* art. 52).

- 6 Dans le cadre de son activité de conseil et de surveillance, le PFPDT est fréquemment confronté à des **traitements de données planifiés et à venir** liés à des projets numériques de l'administration fédérale et de personnes privées. L'art. 51, al. 2, LPD concernant la décision de suspendre ou d'interdire la communication de données personnelles à l'étranger montre que les mesures administratives peuvent aussi concerner des traitements de données futurs. La même règle doit s'appliquer, pour des raisons téléologiques, aux mesures visées à l'art. 51, al. 1, LPD ; il doit donc être possible de décider de la modification d'un traitement de données futur.

IV. Marge de manœuvre du PFPDT

- 7 L'art. 51 LPD est une **disposition potestative**. Il laisse au PFPDT une marge de manœuvre en lui donnant la faculté de décider si une mesure administrative doit être prise et laquelle (message nLPD, p. 6708). Si le PFPDT ordonne une mesure, elle doit être proportionnée (cf. art. 5, al. 2, Cst.). Ainsi, au lieu d'ordonner la cessation du traitement, le PFPDT doit si possible limiter la mesure à la partie du traitement problématique (cf. message nLPD, p. 6708 ; OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 26).
- 8 S'il s'avère, pendant une enquête au sens de l'art. 49 LPD, qu'il y a eu violation des prescriptions de protection des données, le PFPDT n'a généralement pas d'autre choix que d'ordonner une mesure administrative. Il peut y renoncer lorsque le responsable du traitement a pris, durant l'enquête, les mesures nécessaires au rétablissement d'une situation conforme aux prescriptions de protection des données. L'art. 51, al. 5, LPD prévoit, dans ce cas de figure, que le PFPDT peut se limiter à prononcer un **avertissement**. Il ne peut cependant le faire que si l'avertissement est proportionné au cas d'espèce concret. Hormis ce cas de figure, le PFPDT peut aussi renoncer à ordonner une mesure administrative s'il constate lors d'une enquête que la violation grave supposée est en réalité **un cas bagatelle**. En effet, dans de tels cas de peu d'importance, le PFPDT aurait pu selon son appréciation renoncer à ouvrir une enquête (cf. art. 49, al. 2, LPD et *supra* n. 28 s. *ad* art. 49).

V. Procédure à suivre lorsque des mesures administratives sont ordonnées

- 9 Les mesures visées à l'art. 51 LPD sont ordonnées sous la forme d'une décision (cf. art. 52, al. 1, LPD). Tout comme la conduite d'une enquête au sens de l'art. 49 LPD, elles sont ordonnées dans le cadre d'une **procédure administrative au sens de la PA** (cf. art. 52, al. 1, LPD). Cela implique notamment que l'organe fédéral ou la personne privée soit entendu avant que la décision ne soit rendue (cf. art. 29, al. 2, Cst. et 30 PA) et que la mesure prononcée soit à chaque fois motivée (cf. art. 35 PA et OFJ, rapport explicatif LPDS, p. 27 ; cf. à propos de la conduite de la procédure administrative *infra* n. 2 ss *ad* art. 52).
- 10 Le PFPDT peut être obligé de **se coordonner** avec d'autres services. Conformément à l'art. 41, al. 2, OPDo, il invite le Centre national pour la cybersécurité (NCSC) à se prononcer avant d'ordonner à un organe fédéral, en vertu de l'art. 51, al. 3, let. b, LPD, de prendre les mesures visées à l'art. 8 LPD concernant la sécurité des données (cf. OFJ, rapport explicatif P-OLPD, p. 45 ; OFJ, rapport explicatif OPDo, p. 57).

VI. Exécution de mesures administratives

- 11 Le PFPDT peut faire appel à d'autres autorités fédérales ainsi qu'aux organes de police cantonaux et communaux non seulement pour l'exécution des mesures prévues à l'art. 50, al. 1, LPD (cf. art. 50, al. 3, LPD et *supra* n. 17 ss *ad* art. 50), mais aussi pour l'exécution des mesures administratives visées à l'art. 51 LPD (cf. art. 54, al. 2, let. c LPD).

Art. 52

Le contenu en bref

- I. Généralités
- II. Applicabilité de la PA (al. 1)
 - 1. Enquêtes préliminaires informelles
 - 2. Ouverture de la procédure
 - 3. Suite de la procédure
 - 4. En particulier : mesures provisionnelles pendant la procédure d'enquête
 - 5. Clôture de la procédure
- III. Qualité de partie (al. 2)
- IV. Droit de recours du PFPDT (al. 3)

I. Généralités

- 1 L'art. 52 LPD statue que la procédure d'enquête et les décisions relatives aux mesures visées aux art. 50 et 51 sont régies par la PA (*al. 1*). Il précise en outre que seuls l'organe fédéral ou la personne privée contre lesquels une enquête a été ouverte ont qualité de partie (*al. 2*). Il octroie par ailleurs au PFPDT le pouvoir de recourir contre les décisions sur recours du Tribunal administratif fédéral (*al. 3*).

II. Applicabilité de la PA (al. 1)

- 2 Conformément à l'art. 50, al. 1, LPD, la procédure d'enquête et les décisions relatives aux mesures visées aux art. 50 et 51 LPD sont régies par la PA. La procédure devant le PFPDT s'articule en principe en trois parties (cf., par analogie, BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 4 ss *ad* art. 53 concernant la procédure administrative devant la FINMA).

(1) Tout commence par les premiers indices d'une violation des prescriptions de protection des données, révélés soit par l'activité de surveillance ou de conseil du PFPDT soit par une dénonciation (cf. art. 49, al. 1, LPD). Le PFPDT vérifie alors, dans le cadre d'une **enquête préliminaire** informelle, si ces indices se confirment et sont suffisants pour faire penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (cf. point 1. ci-après).

(2) Si les indices d'une violation sont suffisants et que toutes les autres conditions requises pour ouvrir une enquête sont réunies, le PFPDT ouvre, en vertu de l'art. 49, al. 1, LPD, une **procédure d'enquête** régie par la PA selon l'art. 52, al. 1, LPD (cf. point 2. ci-après). Lors de cette procédure, il collecte des informations supplémentaires et examine les faits (cf. point 3. ci-après). Pendant la procédure d'enquête, il a la possibilité d'ordonner des mesures provisionnelles (cf. point 4. ci-après).

(3) Si l'examen des faits révèle une violation des prescriptions de protection des données, le PFPDT peut ordonner les **mesures administratives visées à l'art. 51 LPD** en respectant les prescriptions de la PA (cf. point 5. ci-après).

1. Enquêtes préliminaires informelles⁴

- 3 Lorsque le PFPDT prend connaissance de violations éventuelles des prescriptions de protection des données, il doit se faire une opinion de savoir si les conditions requises pour l'ouverture d'une enquête sont réunies. Il doit notamment vérifier s'il est compétent et si les indices qui font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données sont suffisants (cf. art. 49, al. 1 et 2, LPD ; cf. *supra* n. 13 *ad* art. 49). Il peut à cette fin mener une enquête préliminaire. Le stade de l'enquête préliminaire se distingue par son caractère informel et relève des « **actes informels de l'administration** ». La PA n'est applicable qu'à partir de l'ouverture de la procédure d'enquête (cf. art. 52, al. 1, LPD et *supra* n. 14 *ss ad* art. 49).
- 4 Le Tribunal fédéral a considéré qu'avant l'ouverture d'une procédure administrative, la PA n'est pas applicable mais que les exigences de l'État de droit en matière d'action étatique (tels que les principes de la légalité et de la proportionnalité) doivent être respectés (cf. ATF 136 II 304 consid. 6.3). Le PFPDT est donc tenu de respecter les principes de l'État régi par le droit (cf. art. 5 Cst.) même dans le cadre d'une enquête préliminaire, et ne peut agir ni de façon arbitraire ni de façon inéquitable (cf. UHLMANN, p. 8 s.). Une fois l'enquête ouverte, les personnes concernées jouissent de tous les droits des parties. Elles peuvent notamment donner leur avis sur les investigations déjà menées (cf. ATF 136 II 304 consid. 6.3).
- 5 Les enquêtes préliminaires visent à recueillir des informations plus précises sur une éventuelle violation des prescriptions de protection des données auprès de sources accessibles au public, mais aussi auprès du responsable lui-même, de personnes concernées ou de tiers, tels que des organisations de consommateurs. À ce stade, les réponses aux questions du PFPDT ou l'adaptation du traitement des données à la suite d'une intervention à bas seuil sont volontaires ; contrairement à ce qui se passe lors d'une enquête formelle (cf. art. 49, al. 3, LPD), le responsable n'a pas d'obligation de collaborer et la disposition pénale de l'art. 60, al. 2, LPD ne s'applique pas. Si, dans le cadre de l'enquête préliminaire, le responsable fournit des arguments probants pour démontrer que les prescriptions de protection des données ne sont pas violées, il n'est généralement pas nécessaire d'ouvrir une enquête. Par contre, si les indices sont suffisants et que les autres conditions sont réunies, le PFPDT ouvre une enquête (cf. *supra* n. 16 *ad* art. 49).

2. Ouverture de la procédure

- 6 La PA s'applique dès que le PFPDT ouvre une procédure d'enquête (cf. art. 52, al. 1, LPD). L'ouverture des procédures administratives n'obéit à aucune forme particulière (cf., entre autres, UHLMANN, p. 2 s.). La loi spéciale peut prescrire la notification de l'ouverture aux parties (cf. art. 30 LFINMA) ou sa publication officielle (cf. art. 28, al. 1, LCart). La LPD ne prescrit rien de tel ; toutefois le PFPDT informe de manière standard par courrier d'ouverture la partie à la procédure de l'ouverture d'une enquête et envoie en même temps un questionnaire par lequel il

⁴ À propos des explications qui suivent, cf. LOBSIGER, p. 314.

demande, en vertu de l'art. 49, al. 3, LPD, les renseignements et les documents nécessaires à l'établissement des faits (cf. *supra* n. 35 *ad* art. 49).

- 7 L'ouverture d'une procédure administrative telle qu'une enquête constitue, étant donné qu'elle ne modifie pas le statut juridique de la partie concernée, un acte interne à l'administration et non une décision sujette à recours (cf. TF, 2C_167/2016, 17.3.2017 consid. 3.3.1 ss, et à propos de l'art. 30 LFINMA BSK FINMAG-ROTH PELLANDA / KOPP, n. 17 *ad* art. 30 ; cf. aussi SEILER, *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 22 *ad* art. 56 ; Uhlmann, p. 3). S'agissant de la procédure administrative devant la FINMA, le message concernant la loi fédérale sur l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers (LAUFIN) part aussi du principe que l'ouverture d'une procédure respectivement l'annonce d'ouverture n'est pas sujette à recours (cf. message du 1^{er} février 2006 concernant la LAUFIN, FF 2006 2741 ss, p. 2793; BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 10 *ad* art. 53). Il n'en va pas autrement pour l'ouverture d'une procédure d'enquête au sens de l'art. 49, LPD. Elle n'est donc pas non plus sujette à recours.
- 8 Il est certes arrivé au Tribunal fédéral, dans des arrêts anciens, de qualifier l'ouverture d'une procédure de décision incidente au sens de l'art. 46 PA (cf. TF 1P.555/2001, 3.1.2002 consid. 5.1.1 ; ATF 124 II 215 consid. 2), et une partie de la doctrine partage ce point de vue (cf. JÜRIG BICKEL, *Auslegung von Verwaltungsrechtsakten*, Diss. Fribourg, Berne 2014, § 13 n. 44, et les références citées). Selon l'art. 46, al. 1, let. a, PA, les décisions incidentes ne peuvent cependant faire l'objet d'un recours que si elles peuvent causer un préjudice irréparable. Tel n'est pas le cas selon la jurisprudence lorsque le recourant jouit de tous ses droits dans la suite de la procédure et a la possibilité de contester une mesure prise à son encontre en recourant contre la décision finale. Le seul fait qu'une procédure (en l'occurrence, une enquête) soit en cours ne justifie donc pas de considérer qu'il existe un préjudice irréparable (cf. TF, 2C_167/2016, 17.3.2017 consid. 3.3.3 ; ATF 131 II 587 consid. 4.1.2 ; BSK FINMAG-ROTH PELLANDA / KOPP, n. 17 *ad* art. 30. Cf. aussi WALDMANN / BICKEL, *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 42 *ad* art. 29).

3. Suite de la procédure

- 9 Dans la procédure d'enquête, le PFPDT examine les indices qui font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (cf. art. 49, al. 1, LPD). Il doit constater les faits d'office et procéder s'il y a lieu à l'administration des preuves ; la **maxime inquisitoire** s'applique (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec l'art. 12 PA). La PA règle la liste des moyens de preuve admissibles à l'art. 12 et l'obligation de collaborer à l'art. 13 PA. La LPD contient à cet égard des dispositions spéciales, aux art. 49, al. 3, et 50 (cf. *supra* n. 33 *ad* art. 49, et n. 4 *ad* art. 50).
- 10 **Les mesures visées à l'art. 50 LPD** servent à constater les faits juridiquement pertinents. Il peut s'agir d'une part de mesures simples de conduite de la procédure, qui ne sont pas des décisions au sens de l'art. 5 PA. Il peut d'autre part aussi s'agir de décisions (incidentes) qui, si elles ont été notifiées séparément, peuvent faire l'objet d'un recours aux conditions définies à l'art. 46 PA (cf. art. 52, al. 1, LPD et par analogie, AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 8 s. *ad* art. 13 et n. 24 s. *ad* art. 12). C'est à l'instance de recours compétente, en l'occurrence le Tribunal administratif fédéral, qu'il appartient d'apprécier si les conditions définies à l'art. 46 PA sont remplies dans un cas d'espèce (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec l'art. 47, al. 1, let. b, PA). Étant donné que les décisions (incidentes) au sens de l'art. 50 LPD ne portent pas sur une prestation pécuniaire, elles peuvent prévoir qu'un recours éventuel n'aura pas d'effet suspensif (cf. art. 52, al. 1 LPD en

relation avec l'art. 55, al. 2, PA). Le retrait de l'effet suspensif doit cependant respecter le principe de la proportionnalité (cf. art. 5, al. 2, Cst.) et être justifié par des motifs convaincants (cf. KIENER, *in* : Auer *et al.*, n. 16 *ad* art. 55 ; ATF 129 II 286 consid. 3 et 3.1).

- 11 Si la procédure d'enquête révèle que d'autres autorités disposent d'informations et de documents nécessaires à la procédure, le PFPDT a la possibilité de les obtenir **par la voie de l'assistance administrative** (cf. art. 54, al. 1, et 55, al. 1 et 2, LPD ; cf. à propos de la PA KRAUSKOPF / EMMENEGGER / BABEY, *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 179 *ad* art. 12 ; à propos de la procédure administrative de la FINMA BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 45 *ad* art. 53).
- 12 La procédure d'enquête étant régie par la PA, la partie à la procédure jouit de tous les **droits des parties** prévus par cette loi, de l'ouverture à la clôture de la procédure. Il s'agit notamment du droit d'être entendu (cf. art. 29 PA) et du droit de consulter les pièces (cf. art. 26 PA), qui découlent tous deux au niveau constitutionnel de l'art. 29, al. 2, Cst.
- 13 Le droit d'être entendu donne à la partie à la procédure le droit de **participer à l'établissement des faits** (cf. MÜLLER JÖRG PAUL / SCHEFER MARKUS, *Grundrechte in der Schweiz*, 4^e éd. Berne 2008, p. 863 ss). Le droit constitutionnel d'être entendu comprend entre autres le droit d'apporter des preuves importantes, de participer à l'administration des preuves ou au moins de se prononcer sur les résultats de l'administration des preuves (cf. ATF 124 I 49 consid. 3a). La partie à la procédure a par conséquent le droit d'être entendue sur des réquisitions de preuves et des allégués présentés dans les formes et en temps utile, pour autant qu'ils portent sur des faits importants et qu'ils ne soient pas manifestement impropres à apporter une preuve (ATF 138 V 125 CONSID. 2.1 ; cf. art. 33 PA). Elle a aussi le droit d'assister à une inspection locale au sens de l'art. 50, al. 1, let. a et b, LPD (cf. à propos de l'art. 12, let. d, PA AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 54 *ad* art. 12), d'être entendue à propos de la désignation de l'expert et sur l'expertise visée à l'art. 50, al. 1, let. d, LPD, et de poser des questions complémentaires à l'expert (cf. art. 19 PA en relation avec l'art. 57, al. 2, PCF ; cf. à propos de l'art. 53 LFINMA BSK FINMAG-LEBRECHT, n. 43 *ad* art. 53). En cas d'audition de témoins au sens de l'art 50, al. 1, let. c, LPD, la partie à la procédure a le droit d'y assister et de poser des questions complémentaires au témoin (cf. art. 18, al. 1, et 19 PA en relation avec l'art. 46 PCF).

4. En particulier : mesures provisionnelles pendant la procédure d'enquête

- 14 En vertu de l'art. 33, al. 2, aLPD, le PFPDT pouvait requérir des **mesures provisionnelles** du président de la cour du Tribunal administratif fédéral compétente en matière de protection des données s'il constatait à l'issue d'une enquête menée en application de l'art. 27, al. 2, ou de l'art. 29, al. 1, aLPD, que la personne concernée risquait de subir un préjudice difficilement réparable. L'art. 44, al. 2, P-LPD conférait au PFPDT la compétence d'ordonner lui-même des mesures provisionnelles pour la durée de l'enquête (cf. art. 23, al. 2, LPDS) et de les faire exécuter, le cas échéant, par une autre autorité fédérale ou par des organes de police cantonaux ou communaux (cf. message nLPD, p. 6707). Cette compétence a été retirée de la disposition en question lors des délibérations parlementaires, sans indication de motif (cf. Conseil national, session d'automne 2019, treizième séance, 25.09.19, 09h00, 17.059, BO 2019 N 1828 s.). La LPD prévoit cependant la possibilité pour le PFPDT de prononcer des mesures provisionnelles dans la section consacrée aux émoluments (cf. art. 59, al. 1, let. d, LPD). Cette compétence perdure donc. Par ailleurs, la PA, à laquelle renvoie l'art. 52, al. 1, LPD pour la procédure d'enquête, ne prévoit expressément le prononcé de mesures provisionnelles que pour la

procédure de recours (cf. art. 56, PA). Selon la doctrine et la jurisprudence, les mesures provisionnelles sont toutefois aussi admissibles sans base légale spéciale en application par analogie de l'art. 56 PA dans le cadre d'une procédure administrative de première instance et même avant l'ouverture d'une procédure de décision, pour autant que l'ouverture de la procédure principale suive rapidement (cf. TAF, 5242/2018, 9.3.2020 consid. 1.2.1 ; SEILER, *in* : Waldmann / Weissenberger, n. 18 et 23 *ad* art. 56). Il faut partir du principe que le PFPDT peut aussi, à titre exceptionnel, ordonner des mesures **superprovisionnelles**, c'est-à-dire sans audition préalable des personnes concernées (cf. art. 30, al. 2, let. e, PA).

- 15 Le Tribunal fédéral résume les **règles générales** applicables aux mesures provisionnelles dans la procédure administrative de la manière suivante (cf. ATF 127 II 132 consid. 3 et les références citées ; BSK KG-SCHOTT, n. 94 *ad* art. 39 ; pour approfondir : HÄNER ISABELLE, *Vorsorgliche Massnahmen im Verwaltungsverfahren und Verwaltungsprozess*, ZSR 1997 [116] II p. 253 ss et 322 ss) : Les mesures provisionnelles prises en amont d'une décision visent à garantir l'efficacité de celle-ci. Les mesures conservatoires visent à garantir que la situation de fait ou de droit existante reste provisoirement inchangée. Les mesures d'aménagement permettent de créer provisoirement un rapport juridique ou de le régler à nouveau temporairement. Les mesures provisionnelles reposent sur un examen sommaire des faits et de la situation juridique. Leur prononcé présuppose un certain degré d'urgence, c'est-à-dire qu'il faut donc qu'il soit nécessaire de prendre immédiatement les mesures en question. En outre, il faut que les personnes concernées risquent de subir un préjudice difficilement réparable si les mesures ne sont pas prises, un intérêt réel, notamment économique, pouvant suffire. Il faut enfin qu'une pesée des intérêts en présence fasse pencher la balance du côté de la protection juridique provisoire et que celle-ci paraisse proportionnée au but visé. Les mesures ne doivent pas pour autant porter préjudice à la situation que doit régler la décision finale, ni la rendre impossible. Ces principes seront aussi pertinents pour la procédure d'enquête devant le PFPDT (à propos des mesures provisionnelles fondées sur l'art. 33, al. 2, aLPD, cf. TAF, A-8028/2008, 14.1.2009 consid. 2 ss ; TAF, A-3831/2012, 6.8.2012 consid. 2).
- 16 La procédure de recours contre les mesures provisionnelles est régie par l'art. 44 ss PA. Les mesures provisionnelles prennent la forme d'une décision incidente et peuvent faire l'objet d'un recours distinct lorsqu'elles entraînent un préjudice irréparable (cf. art. 46, al. 1, let. a, PA). C'est régulièrement le cas (cf. KIENER / RÜTSCHKE / KUHN, n. 488 et 1236). Alors que l'AP-LPD prévoyait que les recours formés contre les mesures provisoires n'auraient pas d'effet suspensif (cf. art. 44, al. 3, AP-LPD), ce sont désormais les dispositions de la PA qui s'appliquent. Celle-ci règle l'effet suspensif des recours à l'art. 55 (cf. message nLPD, p. 6707).

5. Clôture de la procédure

- 17 Dans le cadre de l'enquête, le PFPDT détermine s'il existe un état de fait déterminé et si, d'un point de vue juridique, il y a violation des prescriptions de protection des données. Si ce n'est pas le cas, il clôt la procédure ou la classe parce que sans objet, notamment lorsque les faits supposés ayant déclenché l'enquête ne peuvent pas être confirmés, par exemple lorsqu'il s'avère que le responsable du traitement ne traite pas du tout les données personnelles comme le PFPDT l'avait d'abord supposé.
- 18 Par contre, en cas de violation des prescriptions de protection des données, le PFPDT peut ordonner **des mesures administratives** conformément à l'art. 51 LPD. Ces mesures ont la

particularité de créer, de modifier ou d'annuler des droits ou des obligations des destinataires, à l'exception de l'avertissement visé à l'art. 51, al. 5, LPD (cf. art. 5, al. 1, let. a, PA). C'est la raison pour laquelle elles revêtent la forme d'une décision (cf. art. 52, al. 1, LPD). Selon la doctrine et la jurisprudence, les avertissements, les menaces, voire l'expression d'un mécontentement peuvent revêtir un caractère décisionnel lorsqu'ils sont susceptibles de porter atteinte à la situation juridique de la personne concernée (cf. TSCHANNEN PIERRE / ZIMMERLI ULRICH / MÜLLER MARKUS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 4^e éd. Berne 2014, § 28 n. 27 s. ; MÜLLER, *in* : Auer *et al.*, n. 90 *ad* art. 5). Le prononcé d'une **décision en constatation** positive ou négative n'entre en ligne de compte qu'à titre subsidiaire et uniquement en présence d'un intérêt digne de protection (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec les art. 5, al. 1, let. b, et 25 PA). On peut par exemple imaginer une décision en constatation positive du contenu, lorsqu'un responsable du traitement de données a violé, par le passé, des prescriptions de protection des données, associée à un avertissement au sens de l'art. 51, al. 5 LPD.

- 19 Le **droit d'être entendu** (cf. art. 29, al. 2, Cst. et 29 PA) impose l'audition des parties avant qu'une mesure soit ordonnée (cf. art. 30, al. 1, PA). Il n'est possible de déroger à cette règle que dans les cas prévus à l'art. 30, al. 2, PA, notamment lorsqu'une mesure superprovisionnelle est ordonnée parce qu'il y a péril en la demeure (cf. art. 30, al. 2, let. e, PA et *supra* n. 14 *ad* art. 52 ; pour approfondir : KIENER / RÜTSCHKE / KUHN, n. 660 ss). Afin de garantir le droit d'être entendu, le PFPDT donne à la partie l'occasion de se prononcer sur les faits établis et sur le droit applicable avant de prendre une décision. S'agissant de l'appréciation juridique des faits, l'autorité n'a par contre qu'exceptionnellement l'obligation d'entendre les parties (cf. ATF 132 II 485 consid. 3.2) Ce n'est que lorsqu'elle envisage de fonder sa décision sur une motivation juridique entièrement nouvelle dont les parties en présence ne pouvaient en aucune manière s'attendre, qu'elle doit donner aux parties l'occasion de se prononcer (cf. TF 2C_251/2016, 30.12.2016 consid. 2.3 ; ATF 114 Ia 97 consid. 2a). Cela peut arriver lorsque l'autorité jouit d'une certaine marge de manœuvre en matière d'interprétation et d'application du droit (cf. SUTTER, *in* : Auer *et al.*, n. 12 *ad* art. 29). Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, le droit d'être entendu n'exige pas, cependant, que les parties puissent s'exprimer sur chaque résultat possible envisagé par l'autorité qui prend la décision. Celle-ci n'est donc pas tenue d'exposer d'emblée aux parties, pour avis, sa motivation ou son projet de décision (cf. ATF 132 II 485 consid. 3.4 ; ATF 132 II 257 consid. 4.2 ; cf., entre autres, SUTTER, *in* : Auer *et al.*, n. 14 *ad* art. 29 ; KIENER / RÜTSCHKE / KUHN, n. 651).
- 20 La notification et la motivation des décisions doivent respecter les exigences exposées aux art. 34 à 38 PA : l'autorité notifie ses décisions aux parties par écrit (art. 34, al. 1, PA), et les décisions écrites sont désignées comme telles, motivées, et indiquent les voies de droit (art. 35, al. 1, PA). S'agissant des mesures administratives visées à l'art. 51 LPD, la motivation doit être suffisamment précise pour permettre au responsable du traitement en particulier de déterminer les traitements tombant sous le coup de la décision du PFPDT (cf. message nLPD p. 6708). Au besoin, le PFPDT peut assortir la mesure administrative d'une menace de sanction pénale au sens de l'art. 63 LPD (cf. message nLPD, p. 6708 et 6717).
- 21 La partie à la procédure a qualité pour recourir contre les mesures administratives visées à l'art. 51 LPD conformément aux dispositions générales sur la procédure fédérale (cf. art. 52, al. 1, LPD en relation avec l'art. 44 PA ; message nLPD, p. 6708). L'autorité de recours compétente est le Tribunal administratif fédéral (cf. art. 52, al. 3, LPD *a contrario* ; art. 47, al. 1, let. b, PA).

III. Qualité de partie (al. 2)

- 22 L'art. 52, al. 2, LPD précise que seuls l'organe fédéral ou la personne privée contre lesquels une enquête a été ouverte ont qualité de partie. Par conséquent, eux seuls ont qualité pour recourir contre les mesures visées à l'art. 51 LPD. Selon le message, la personne concernée n'a pas qualité de partie à la procédure même si le PFPDT a ouvert l'enquête sur dénonciation de celle-ci ; elle doit faire valoir ses prétentions devant le juge civil compétent, respectivement, dans le secteur public, elle doit recourir contre la décision de l'organe fédéral responsable auprès de l'autorité de recours compétente (cf. message nLPD, p. 6708 et 6709 ; cf. *supra* n. 19 et 25 *ad* art. 49).

IV. Droit de recours du PFPDT (al. 3)

- 23 En vertu de l'art. 52, al. 3, LPD, le PFPDT a qualité pour recourir contre les décisions sur recours du Tribunal administratif fédéral devant le Tribunal fédéral. Il avait déjà qualité pour recourir contre les décisions du Tribunal administratif fédéral sous l'ancien droit (cf. art. 27, al. 6, et 29, al. 4, aLPD). Le recours du PFPDT est un cas d'application du droit de recours accordé aux autorités (cf. art. 89, al. 2, let. d, de la loi sur le Tribunal fédéral ; à propos de l'art. 29, al. 4, aLPD SCHINDLER, *in* : Auer *et al.*, n. 35 *ad* art. 48).

Art. 53

Le contenu en bref

- I. But de la norme
- II. Champ d'application
- III. Invitation du PFPDT à se prononcer (al. 1)
- IV. Coordination des procédures (al. 2)

I. But de la norme

- 1 Certaines autorités fédérales (l'art. 53 LPD parle d'«autorités administratives fédérales») surveillent des personnes privées ou des organisations extérieures à l'administration fédérale. Tel est le cas par exemple de l'Office fédéral de la santé publique (OFSP) par rapport aux assurances maladies, ou de la FINMA concernant les banques ou d'autres prestataires financiers (cf. message nLPD, p. 6709). Ces procédures de surveillance, qui peuvent aboutir à une décision de l'autorité compétente, peuvent soulever des questions relevant du droit de la protection des données (cf. ROSENTHAL DAVID, *in* : Passadelis Nicolas / Rosenthal David / Thür Hanspeter (éditeurs), *Datenschutzrecht*, Bâle 2015, § 7 *Sanktionierung von Wirtschaftsverstössen*, n. 7.64 ss). Dans ce cas de figure, l'art. 53 LPD prévoit que l'autorité exerçant la surveillance donne au PFPDT la possibilité de se prononcer (al. 1) ou coordonne sa procédure avec celle du PFPDT contre la même partie (al. 2). L'objectif est d'assurer une interprétation uniforme des prescriptions fédérales de protection des données respectivement une application coordonnée du droit. L'obligation de coordination s'est surtout développée dans le domaine de l'aménagement du territoire et de l'environnement, mais elle doit également être prise en compte dans d'autres domaines, dès lors qu'une situation similaire se présente (OFJ, *Guide de législation, Guide pour l'élaboration de la législation fédérale*, 4^e éd. 2019, n. 810). Avec l'art. 53, le législateur a pour la première fois intégré une norme de coordination dans la LPD.

II. Champ d'application

- 2 L'art. 53 LPD concerne la coordination avec les autorités administratives fédérales qui surveillent une personne privée ou une organisation extérieure à l'administration fédérale en vertu d'une autre loi fédérale (cf. art. 53, al. 1, LPD). En ce qui concerne les assujettis à la surveillance, le message indique que la notion d'« organisation extérieure à l'administration fédérale » employée à l'art. 53, al. 1, LPD correspond à celle prévue à l'art. 1, al. 2, let. e, PA (« d'autres autorités ou organisations indépendantes de l'administration fédérale, en tant qu'elles statuent dans l'accomplissement de tâches de droit public à elles confiées par la Confédération ») (message nLPD, p. 6709). Parmi les organisations concernées, on trouve par exemple les caisses-maladie pour l'application de l'assurance obligatoire (cf. art. 2 de la loi sur la surveillance de l'assurance-maladie et TSCHANNEN, *in* : Auer *et al.*, n. 24 *ad* art. 1).

III. Invitation du PFPDT à se prononcer (al. 1)

- 3 Lorsque l'autorité administrative fédérale compétente est confrontée à des questions relevant du droit de la protection des données dans une procédure de surveillance sans que le PFPDT mène une enquête contre la même partie, l'art. 53, al. 1, LPD prévoit que l'autorité de surveillance donne au PFPDT la possibilité de se prononcer lorsqu'elle doit rendre une décision qui touche à des questions de protection des données. L'autorité de surveillance concernée n'a pas seulement la possibilité de demander l'avis du PFPDT, mais elle y est **obligée**. L'esquisse d'acte normatif relative à la révision de la LPD (cf. ce document p. 31, 37 et 42) prévoyait quant à elle la possibilité, pour les juges civils ou les autorités administratives de première instance ou de recours, de soumettre les questions de protection des données au PFPDT pour prise de position.
- 4 L'art. 53, al. 1, LPD a pour but de favoriser l'application uniforme des prescriptions fédérales de protection des données. Le PFPDT a la possibilité, en tant qu'autorité spécialisée, de donner son avis sur des **questions de droit** qui se posent sur la base de faits déjà établis (cf. à propos de l'appréciation juridique de faits AUER/BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 47 *ad* art. 12 ; ALBERTINI MICHÈLE, *Der verfassungsmässige Anspruch auf rechtliches Gehör im Verwaltungsverfahren des modernen Staates*, Diss. Berne 1999, p. 230 ss). On trouve une disposition analogue à l'art. 5, al. 4, de la loi fédérale concernant la surveillance des prix (LSPr), par exemple, selon lequel, lorsqu'il s'agit d'apprécier des questions relatives au champ d'application à raison des personnes (art. 2 LSPr), ainsi qu'à la notion de concurrence efficace (art. 12 LSPr), le Surveillant des prix ou l'autorité compétente (art. 15 LSPr) doivent consulter la Commission de la concurrence (COMCO) avant de prendre leurs décisions. La COMCO répond à cette sollicitation en émettant un avis (cf. message du 30 mai 1984 à l'appui d'une loi concernant la surveillance des prix (LSPr), FF 1984 II 781 ss, p. 813 s. ; message du 27 novembre 1989 relatif à l'initiative populaire « sur la surveillance des prix et des intérêts des crédits » et à la révision de la loi concernant la surveillance des prix, FF 1990 I 85 ss, p. 103).
- 5 L'avis du PFPDT n'est **pas contraignant** (cf. AUER / BINDER, *in* : Auer *et al.*, n. 61 *ad* art. 12, concernant la question de l'admissibilité des avis de droit dans l'administration de la justice interne à l'administration). Étant donné que le PFPDT prend position en tant qu'autorité spécialisée désignée par le législateur, l'autorité de surveillance compétente pour régler l'affaire doit toutefois sopeser soigneusement ses explications et présenter des motifs suffisants si elle s'en écarte (cf. à propos de l'art. 5, al. 4, LSPr WEBER, n. 19 *ad* art. 5 ; KÜNZLER / LÖTSCHER, *in* : Oesch *et al.* (éditeurs), *Kommentar Wettbewerbsrecht II*, 2^e éd., Zurich 2021, n. 7 *ad* art. 5 ; TAF, A-2121/2013, 27.1.2015 consid 4.2.2.1, avec un renvoi à un avis d'expert de la COMCO). Les parties ne peuvent pas contester l'avis du PFPDT si elles le désapprouvent. Pour faire valoir une objection à l'avis ou à la non-prise en compte de celui-ci, il faut recourir contre la décision finale de l'autorité de surveillance concernée (cf. à propos de l'art. 5, al. 4, LSPr WEBER, n. 20 *ad* art. 5).

IV. Coordination des procédures (al. 2)

- 6 Si l'autorité administrative fédérale compétente est confrontée à des questions de protection des données alors que le PFPDT mène une enquête au sens de l'art. 49 LPD contre la même partie, les deux autorités doivent coordonner leurs procédures (cf. art. 53, al. 2, LPD).

- 7 Selon le message, la coordination visée à l'art. 53, al. 2, LPD doit être assurée sur deux plans : d'une part pour déterminer si les deux procédures peuvent être menées parallèlement, ou si l'une des deux doit être suspendue ou encore abandonnée, et d'autre part sur le contenu de leurs décisions respectives dans l'hypothèse où les procédures sont menées parallèlement (message nLPD, p. 6709) Les procédures doivent donc être coordonnées tant sur le plan formel que sur le plan matériel (cf. p. ex. KARLEN PETER, *Schweizerisches Verwaltungsrecht: Gesamtdarstellung unter Einbezug des europäischen Kontextes*, Zurich 2018, p. 252). Selon le message toujours, si une configuration donnée produit un conflit de compétences entre le PFPDT et l'autorité administrative, le Conseil fédéral tranchera en vertu de l'art 9, al. 3, PA (cf. message nLPD, p. 6709). Cette solution n'est cependant pas compatible avec l'indépendance du PFPDT : tout comme le Tribunal administratif fédéral, que l'art. 9, al. 3, AP exclut de la règle en question, le PFPDT n'est pas soumis à la surveillance du Conseil fédéral. Il n'est ainsi pas clair comment les décisions de PFPDT et celles d'une autre autorité de surveillance compétente parallèle doivent être harmonisées sur le plan du contenu, c'est-à-dire coordonnées sur le plan matériel. En fin de compte, en cas de divergence d'appréciation entre le PFPDT et l'autorité administrative fédérale concernée, il appartiendra finalement au Tribunal fédéral, si celui-ci est compétent, d'assurer l'uniformité de l'application du droit.