

L'indépendance de l'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données

**Avis de droit réalisé sur mandat de la
Direction de la Sécurité et de la Justice du Canton de Fribourg**

BERNHARD WALDMANN
(PROF. DR. IUR., RA)

ANDRE SPIELMANN
(MLAW, RA)

Février 2010

VERSION FRANÇAISE
DR. NICOLAS SCHMITT

Avril 2010 / Mars 2011

TABLE DES MATIERES

§ 1	Point de départ, questions posées et procédure	1
§ 2	La notion d'indépendance d'une autorité de surveillance en matière de protection des données: notion et contenu.....	2
I.	Selon le droit fribourgeois	2
1.	Point de départ.....	2
2.	Situation de l'autorité de surveillance dans le droit de l'organisation.....	4
3.	Concept et contenu de l'«indépendance» aux termes de l'art 32 LPrD.....	6
a.	Point de départ.....	6
b.	Interprétation de l'art. 32 al. 1 LPrD	7
aa.	Interprétation grammaticale.....	7
bb.	Interprétation historique.....	7
cc.	Systématique législative	9
d.	Conclusion provisoire	11
II.	Les prescriptions du droit supérieur.....	12
1.	Droit fédéral.....	12
a.	« Indépendance des tribunaux » selon l'art. 30 al. 1 CF ?.....	12
b.	L'« indépendance » découlant de la procédure équitable (art. 29 al. 1 CF)?.....	13
c.	« Indépendance » sur la base de l'obligation qui incombe à l'Etat de protéger la sphère privée (art. 13 al. 2 en relation avec art. 35 CF) ?.....	14
2.	Droit international.....	15
a.	Nations Unies	15
b.	OCDE.....	16
c.	Conseil de l'Europe	16
aa.	CEDH	17
bb.	La convention sur la protection des données et son protocole additionnel.....	17
d.	Accord d'association avec Schengen (AAS).....	19
aa.	Point de départ	19
bb.	Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990	19
cc.	Directive 95/46/CE (Directive sur la protection des données personnelles)...	21
dd.	Extension de la Convention d'application de Schengen: Décision-cadre 2008/977/JAI	22
ee.	En partant de quelques éléments relatifs à l'indépendance.....	23
ff.	... jusqu'à un concept global de l'indépendance	26
III.	Une comparaison avec la Confédération et les autres cantons	26
1.	La protection des données au niveau fédéral et le préposé à la transparence	27
a.	Statut organique et institutionnel.....	27
b.	Résultats du rapport d'évaluation de l'UE	29
c.	Révision partielle de la LPD portant mise en œuvre de la Décision-cadre 2008/977/JAI ainsi que des recommandations du rapport d'évaluation.....	30
2.	La surveillance de la protection des données dans les cantons.....	31
a.	Point de départ.....	31

b.	Matérialisation de l'indépendance dans les cantons (aperçu).....	32
aa.	Matérialisation de l'indépendance du point de vue fonctionnel	33
bb.	Matérialisation de l'indépendance du point de vue institutionnel	33
cc.	Matérialisation de l'indépendance du point de vue personnel.....	35
dd.	Concrétisation de l'indépendance du point de vue matériel	35
c.	Transposition et matérialisation de l'indépendance dans un certain nombre de cantons	36
aa.	Berne.....	36
bb.	Canton de Lucerne.....	37
cc.	Canton de Zurich	38
IV.	Conclusion	39
§ 3	Appreciation relative au cas concret	40
I.	Point de départ	40
II.	La relation avec l'exécutif pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives	40
1.	La préposée a-t-elle agi dans le contexte de l'exécution d'une tâche légale?.....	41
a.	Question préjudicielle: la nécessité d'une base légale et les exigences imposées à celle-ci	41
b.	Une base légale déterminante pour les feuilles informatives?.....	43
aa.	Point de départ	43
bb.	Excursus (1): les bases légales et la pratique au niveau fédéral.....	44
cc.	Excursus (2): bases légales et pratique dans d'autres cantons.....	46
dd.	Une base légale (suffisante?) dans le canton de Fribourg?.....	50
2.	La préposée doit-elle donner à l'administration l'occasion d'informer à titre préalable avant qu'elle ne le fasse elle-même?.....	51
III.	Réponse aux questions spécifiques	52
1.	L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public?	52
2.	L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public?	52
3.	L'exécutif peut-il adresser à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer?	52
4.	En ce qui concerne la feuille informative litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration?	53
IV.	Conclusion générale.....	53
	BIBLIOGRAPHIE	54

§ 1 POINT DE DEPART, QUESTIONS POSEES ET PROCEDURE

1. La préposée à la surveillance des données du canton de Fribourg a élaboré (après avoir demandé l'avis des directions concernées) une **feuille informative** concernant les contrôles effectués en matière d'aide sociale (ci-après : feuille informative)¹. Après que la Commission cantonale en eut pris connaissance, la feuille informative a été intégralement transmise à la Direction concernée, celle de la Santé et des affaires sociales, et publiée sur le site internet de l'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données².

2. Il s'en est suivi une sérieuse divergence d'opinions entre le Conseil d'Etat et l'Autorité cantonale de surveillance des données quant aux compétences appartenant à cette dernière.

- Du point de vue du *Conseil d'Etat*, l'Autorité cantonale de surveillance ne peut intervenir que si l'administration ne respecte pas son devoir d'information. Dans le cas présent, la Commission de protection des données aurait dû rendre l'administration attentive à cette problématique et lui rappeler son devoir d'information. Une information *proactive* émanant de l'Autorité de surveillance et court-circuitant de ce fait l'administration ne serait pas conforme à la loi. En conséquence, l'aide-mémoire litigieux devrait être retiré du site internet.
- De son côté, l'*Autorité cantonale de surveillance* défend le point de vue selon lequel il est à la fois de son droit et de son devoir d'informer les cercles concernés, *de sa propre initiative*, dès lors qu'il s'agit de projets importants ou de problèmes sensibles. Une approbation préalable de l'exécutif ne serait en l'occurrence pas indispensable, qu'il s'agisse du *contenu* ou de la *forme* de l'information. En exigeant le retrait de la feuille informative, le Conseil d'Etat aurait indûment empiété sur son *indépendance*.

3. Dans ce contexte, la Direction de la Sécurité et de la Justice du Canton de Fribourg a demandé à l'Institut du Fédéralisme, par un courrier du 13 octobre 2009, d'élaborer un **avis de droit** apportant une réponse aux questions suivantes³:

1. *Exégèse de la notion d'indépendance d'une autorité de surveillance en matière de protection des données:*

Il s'agit ici de présenter ce que ce concept signifie du point de vue de son contenu, les divers éléments qu'il recouvre et les normes de droit (cantonal, fédéral, international et concordataire) qui l'encadrent, mais également de déterminer si, outre le droit cantonal, il existe un droit supérieur qui imposerait au canton des prescriptions contraignantes. Pour parachever cette présentation, il convient de prendre en compte la pratique des autorités de surveillance dans les autres cantons et au niveau fédéral.

¹ Feuille informative N° 8 – Feuille informative concernant les contrôles effectués en matière d'aide sociale et la protection des données (Février 2009).

² <<http://www.fr.ch/sprd/>>

³ Annexe au courrier de la Direction de la Justice et de la Sécurité du 2 octobre 2009.

2. Cette présentation doit permettre de répondre aux questions suivantes:
- a. L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public ?
 - b. L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public ?
 - c. L'exécutif peut-il imposer à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer ?
 - d. En ce qui concerne la feuille d'information litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration ?

4. Cet avis de droit est pour l'essentiel divisé en deux parties : une première (§ 2) étudie la notion et le contenu de l'indépendance des autorités cantonales de surveillance en matière de protection des données – en tenant compte des prescriptions du droit supérieur, mais aussi en procédant à une comparaison avec la situation juridique prévalant à la Confédération et dans d'autres cantons. Une seconde (§ 3) doit permettre de répondre aux questions touchant au conflit de compétence qui nous occupe.

§ 2 LA NOTION D'INDEPENDANCE D'UNE AUTORITÉ DE SURVEILLANCE EN MATIÈRE DE PROTECTION DES DONNÉES: NOTION ET CONTENU

5. Le point de départ, mais également le cœur de la présente recherche, est constitué par l'article 32 al. 1 de la loi fribourgeoise sur la protection des données (LPrD)⁴, aux termes duquel l'autorité cantonale de la protection des données est « **indépendante** » dans l'exercice de ses attributions. Dans les pages qui suivent, nous allons approfondir cette notion d'« indépendance » et définir ce qu'elle recouvre dans l'optique de notre problématique. Nous allons procéder tout d'abord du point de vue du droit cantonal (I.). Il conviendra dans une phase suivante d'examiner si le droit supérieur impose des conditions à l'interprétation du droit cantonal, et si oui lesquelles (II.). Par la suite, les contours de la notion d'indépendance seront plus précisément mis en lumière par un regard comparatif porté sur les autorités de surveillance de la Confédération et des autres cantons (III.), avant que les informations ainsi recueillies ne puissent être synthétisées (IV.)

I. Selon le droit fribourgeois

1. Point de départ

6. Dans le canton de Fribourg, la surveillance en matière de protection des données est exercée par l'**autorité cantonale de la protection des données**, qui se compose d'une part d'une *commission* cantonale et de l'autre d'un ou une *préposé-e* à la protection des données (Art. 29 al. 1 LPrD). A l'art. 26 al. 1 RSD⁵, cette surveillance est qualifiée d'« externe ». Il

⁴ Loi du 25 novembre 1994 sur la protection des données (LPrD; RSF 17.1.).

⁵ Règlement du 29 juin 1999 sur la sécurité des données personnelles (RSR; SGF 17.15).

convient ici de distinguer cette surveillance du contrôle de l'application des dispositions topiques par l'autorité supérieure prévue à l'art. 25 RSD.

Il existe divers modèles quant à l'organisation des autorités de surveillance. Alors que les cantons suisses alémaniques dans leur majorité ont instauré un ou une préposé-e à la surveillance des données, la plupart des cantons romands ont choisi dans leurs textes topiques (du moins ceux de la première génération) de mettre sur pied une commission spécifique⁶. D'une certaine manière, le canton de Fribourg a adopté une solution médiane en introduisant avec la LPrD un système bicéphale⁷. Celui-ci devrait concilier l'indépendance vis-à-vis de l'administration et la légitimité tirées d'une commission élue par le Grand Conseil avec le professionnalisme et la disponibilité quotidienne d'un-e préposé-e⁸. Cette division structurelle s'est maintenue jusqu'à aujourd'hui. Les membres de la commission, qui sont hiérarchiquement supérieurs au préposé, sont désignés par le Grand Conseil sur proposition du Conseil d'Etat. De son côté, la nomination du préposé est opérée exclusivement par le Conseil d'Etat pour une période de fonction de quatre ans.

7. La **composition**, les **tâches** et l'**organisation** de l'autorité de surveillance sont réglées pour l'essentiel aux articles 29-32 LPrD, l'art. 30 et l'art. 30a étant consacrés plus précisément à la commission et l'art. 31 au préposé, alors que les art. 29 et 32 sont applicables à l'autorité de surveillance dans son ensemble. En outre, en se basant sur l'art. 30 al. 4 LPrD, la Commission a adopté un *règlement* définissant l'organisation interne de l'autorité de surveillance⁹. Par ailleurs, les dispositions générales du droit administratif de l'organisation sont également applicables (cf. pour les détails les N° 9ss.).

8. En ce qui concerne l'« **indépendance** », l'art. 32 al. 1 LPrD n'opère aucune distinction entre la commission et le ou la préposé-e ; tous deux sont également indépendants en tant qu'organes de l'autorité de surveillance. Le concept d'indépendance lui-même n'est pas défini en tant que tel dans la loi ; il semble pourtant que l'art. 32 al. 1 LPrD fasse référence à une indépendance dans l'exercice des attributions, donc à une indépendance fonctionnelle (cf. plus en détail N° 12ss.). Pour le reste, le concept est directement lié aux prescriptions qui réglementent l'organisation de l'autorité de surveillance et sa position dans l'organigramme de l'administration cantonale. Dès lors, les pages qui suivent vont se consacrer tout d'abord à la situation de l'autorité de surveillance dans le droit de l'organisation.

⁶ Les cantons de JU et du VS connaissent toujours comme autorité de surveillance une commission (de milice). Un tel système a prévalu à GE jusqu'au 31.12.2009. Avec l'entrée en vigueur pour la première fois d'une loi exhaustive sur la protection des données (cf. à ce propos N° 76), les tâches exécutées jusqu'alors exclusivement par une commission ont été transférées à un ou une préposé-e professionnel-le. A ses côtés on trouve également une commission nouvellement instituée.

⁷ Dans le canton du TI, l'organe de contrôle se compose lui aussi d'une commission et d'un-e préposé-e. Le 9 octobre 2008, le Grand Conseil du canton du VS a adopté la LIPDA (Loi sur l'information du public, la protection des données et l'archivage), qui réglemente notamment le traitement des données personnelles par les autorités cantonales ainsi que les exigences envers l'autorité de surveillance. L'art. 35 al. 1 LIPDA confie la tâche de surveillance en matière de protection des données à une commission et à un-e préposé-e. La date d'entrée en vigueur de cette loi, qui abrogera l'actuelle loi sur la protection des données, est pour l'instant encore inconnue.

⁸ Message N° 194 accompagnant le projet de loi sur la protection des données du 13 septembre 1994, Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg 1994, p. 3041ss, 3062s. (Message LPrD).

⁹ Règlement sur l'organisation et le fonctionnement de la Commission cantonale de surveillance en matière de protection des données du 17 février 2009; ci-après « règlement d'organisation » ; téléchargeable sous :

<http://www.fr.ch/atprd/files/pdf26/reglement_commission_F.pdf>

2. Situation de l'autorité de surveillance dans le droit de l'organisation

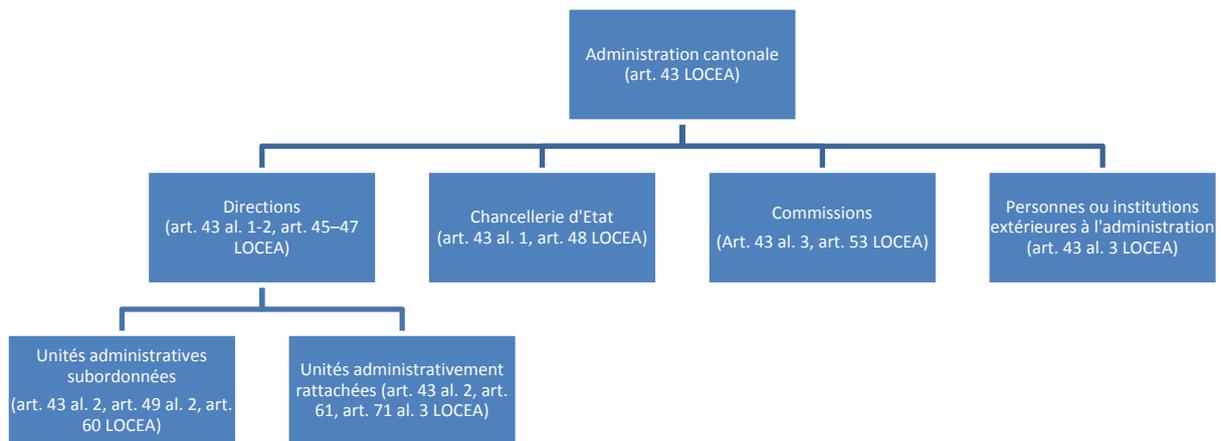
9. L'organisation de l'administration cantonale est réglée de manière générale aux art. 43ss. LOCEA¹⁰. L'art. 43 LOCEA représente la **norme fondamentale** en ce qui concerne l'organigramme de l'administration cantonale :

Art. 43 Structure générale

¹ L'administration cantonale est divisée en sept Directions ; elle comprend en outre la Chancellerie d'Etat.

² Les Directions comprennent des unités administratives, qui leur sont subordonnées ou rattachées administrativement.

³ L'attribution de tâches à des commissions, ainsi qu'à des personnes ou institutions extérieures à l'administration, est réservée.



- Appartiennent à l'administration cantonale (au sens étroit), outre la Chancellerie d'Etat, sept directions (Art. 43 al. 1 LOCEA), qui regroupent de leur côté des unités administratives qui leur sont subordonnées ou rattachées administrativement (Art. 43 al. 2 LOCEA)¹¹. La surveillance sur les deux genres d'unités est exercée par la direction compétente (Art. 45 al. 3 LOCEA), bien que cette surveillance diffère tant du point de vue de son objet que de son intensité : la surveillance sur les unités subordonnées s'entend comme un contrôle complet, qui s'étend aussi bien à l'exécution qu'à la gestion et qui s'assortit d'un droit général de donner des instructions et d'intervenir dans une affaire déterminée (Art. 60 LOCEA). En revanche, le contrôle des directions sur les unités rattachées administrativement – sous réserve de dispositions spéciales (Art. 61 al. 2 LOCEA) – reste limité à la gestion (Art. 61 al. 1 lit. b LOCEA)¹²; pour le reste, de telles unités administratives sont indépendantes de la direction à laquelle elles sont rattachées (Art. 61 al.1 LOCEA).

¹⁰ Loi du 16 octobre 2001 sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration (LOCEA; RSF 122.0.1).

¹¹ En ce sens, la subordination reste la règle; la relation de rattachement administratif n'existe que là où la législation spéciale le prévoit expressément (art. 49 al. 2 LOCEA).

¹² La disposition de l'art. 61 al. 1 lit. a LOCEA, selon laquelle les objets qu'elles [les unités rattachées administrativement] soumettent au Conseil d'Etat sont présentés par la Direction, qui peut cependant faire valoir son point de vue lors de cette présentation, ne fait pas directement fonction de surveillance.

Le Conseil d'Etat a défini dans une ordonnance les unités administratives hiérarchiquement subordonnées et celles qui sont rattachées aux différentes directions¹³. Ces unités administratives règlent elles-mêmes leur organisation¹⁴, dans la mesure où celle-ci n'est pas fixée par la législation spéciale ou par le Conseil d'Etat (Art. 71 al. 3 LOCEA).

- Les *commissions* (Art. 43 al. 3 LOCEA) sont instituées par la législation spéciale ou par une décision du Conseil d'Etat (Art. 53 al. 1 LOCEA)¹⁵. Les commissions sont des organes institués pour assumer des tâches publiques pour le compte de l'Etat et dont une partie des membres au moins exercent leur fonction à titre accessoire (Art. 2 al. 2 ROFC)¹⁶. Sous réserve d'une disposition contraire, les commissions relèvent d'une direction à laquelle elles sont simplement rattachées d'un point de vue administratif (art. 53 al. 3 LOCEA, art. 8 al. 1 ROFC; cf. également N° 11 in fine).
- Les *personnes* ou les *institutions* auxquelles sont confiés des mandats publics ne font pas partie de l'administration (art. 43 al. 3 LOCEA).

10. Outre la réglementation générale relative à l'organisation de l'administration cantonale, il convient de tenir compte des textes spécifiques à certains domaines. Ainsi, la **LPrD** fait plusieurs fois référence au statut de l'autorité cantonale de surveillance :

- La disposition centrale est l'art. 32 al. 1 LPrD, selon laquelle l'autorité cantonale de surveillance est *indépendante* dans l'exercice de ses attributions.
- L'autorité cantonale de surveillance est *rattachée administrativement* à la Direction de la sécurité et de la justice (art. 32 al. 2 LPrD). En corollaire, elle figure aussi sur la liste des unités rattachées administrativement à cette direction¹⁷.
- La Commission règle elle-même son organisation et son fonctionnement (art. 30 al. 4 LPrD)¹⁸.
- L'autorité cantonale de surveillance dispose d'une *enveloppe budgétaire* dont le montant est déterminé chaque année à l'occasion de l'adoption du budget de l'Etat (art. 32 al. 3 LPrD).

¹³ Cf. Ordonnance du 9 juillet 2002 désignant les unités administratives des Directions du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat (RSF 122.0.13).

¹⁴ Cf. pour le règlement d'organisation correspondant la note 9 *supra*.

¹⁵ Il existe quelque 100 commissions (Message N° 281 accompagnant le projet de loi sur l'organisation du Conseil d'Etat et de l'administration du 8 janvier 2001, Bulletin officiel des séances du Grand Conseil, septembre 2001, p. 1079ss., 1103 ; à titre d'exemple, citons la Commission de dégustation des vins d'appellation d'origine contrôlée (AOC) (art. 31 de l'Ordonnance du 1^{er} octobre 2009 sur la vigne et le vin ; RSF 912.4.111), la Commission cantonale de l'égalité hommes-femmes et de la famille (art. 2 al. 1 lit. b de la Loi du 6 novembre 2003 instituant un Bureau et une Commission de l'égalité hommes-femmes et de la famille ; RSF 122.26.3), la Commission d'acquisition des immeubles (art. 1 du Règlement du 28 décembre 1984 concernant la Commission d'acquisition des immeubles ; RSF 122.93.12), ou encore la Commission cantonale pour la protection de la nature et du paysage (Arrêté du 2 juillet 1968 fixant l'organisation et les attributions de la Commission cantonale pour la protection de la nature et du paysage ; RSF 721.0.12).

¹⁶ Règlement du 31 octobre 2005 sur l'organisation et le fonctionnement des commissions de l'Etat (RSF 122.0.61).

¹⁷ Cf. art. 2 al. 2 lit. e de l'Ordonnance du 9 juillet 2002 désignant les unités administratives des Directions du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat (RSF 122.0.13).

¹⁸ Règlement sur l'organisation et le fonctionnement de la Commission cantonale de surveillance en matière de protection des données du 17 février 2009 ; téléchargeable sous : http://www.fr.ch/atprd/files/pdf26/reglement_commission_F.pdf >.

- La *Commission cantonale de la protection des données* adresse chaque année au Grand Conseil, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat, un *rapport* sur son activité et celle du ou de la préposé-e. Elle peut, dans la mesure où l'intérêt public le justifie, informer le public de ses constatations (art. 30a al. 2 LPrD).
- Les membres de la Commission sont élus pour une durée de quatre ans par le Grand Conseil (art. 30 al. 1 LPrD), tandis que le ou la préposé-e cantonal-e à la protection des données est nommé-e par le Conseil d'Etat (art. 31 al. 1 LPrD).

11. Dès lors, l'**autorité cantonale de surveillance** constitue une **unité administrative** et à ce titre elle est **rattachée administrativement** à la *Direction de la sécurité et de la justice* (cf. art. 32 al. 2 LPrD en relation avec l'art. 49 al. 2 LOCEA et l'art. 2 al. 2 lit. e de l'Ordonnance du 9 juillet 2002 désignant les unités administratives des Directions du Conseil d'Etat et de la Chancellerie d'Etat). De ce fait, elle est en principe *indépendante* de la Direction (art. 61 al. 1 en relation avec l'art. 45 al. 3 LOCEA). Le contrôle de la Direction reste limité à la gestion (art. 61 al.2 LOCEA) ; la manière dont elle s'acquitte concrètement de ses tâches n'est en revanche pas prise en compte. Il n'existe pas de réglementation dérogatoire relevant de la législation spéciale au sens de l'art. 61 al. 2 LOCEA. L'art. 30a al. 2 LPrD oblige cependant la Commission à adresser chaque année au Grand Conseil, par l'intermédiaire du Conseil d'Etat, un rapport sur son activité et celle du ou de la préposé-e.

Du point de vue de sa structure, la Commission cantonale de la protection des données (en tant qu'organe de l'autorité de surveillance) se rapproche sensiblement des commissions indépendantes (N° 9), dans la mesure où – ce qui correspond à la définition légale de l'art 2 al. 2 ROFC – elle se compose de membres exerçant leur fonction à titre accessoire. Le droit de l'organisation dispose de réglementations spécifiquement adaptées à de telles commissions¹⁹. Leur statut juridique ne diffère cependant pas sensiblement de celui des unités administratives qui sont rattachées administrativement à une Direction.

3. Concept et contenu de l'«indépendance» aux termes de l'art 32 LPrD

a. Point de départ

12. La relation entre l'autorité cantonale de surveillance, les Directions et le Conseil d'Etat est définie de manière abstraite par la **classification relevant du droit administratif de l'organisation**. De ce point de vue, l'autorité de surveillance relève de la Direction de la sécurité et de la justice, à laquelle elle n'est pas hiérarchiquement subordonnée, mais *administrativement rattachée*. Cette relation implique notamment un contrôle restreint, portant essentiellement sur la gestion. Il résulte de cette réglementation de nature organisationnelle une certaine *indépendance institutionnelle* en faveur de l'autorité de surveillance.

13. Au surplus, l'art. 32 al. 1 LPrD prévoit que l'autorité cantonale de surveillance exerce ses **attributions** de manière **indépendante**. Au contraire de l'indépendance institutionnelle découlant du droit administratif de l'organisation, il s'agit ici d'une *indépendance fonctionnelle (relevant des attributions)*. L'art. 32 al. 1 LPrD possède dès lors une composante bipolaire : d'un côté, l'autorité de surveillance est obligée de rester indépendante

¹⁹ Cf. art. 53 LOCEA et art. 1ss. ROFC.

dans l'exercice de ses attributions²⁰. De l'autre, la loi garantit également à l'autorité une autonomie au sens fonctionnel du terme²¹.

b. Interprétation de l'art. 32 al. 1 LPrD

14. Le concept d'indépendance auquel fait référence l'art. 32 al. 1 LPrD n'est pas défini dans la loi.

Si la lettre d'une disposition n'est pas claire et qu'il est possible de l'interpréter de plusieurs manières différentes, alors selon une jurisprudence constante et la doctrine unanime il convient de rechercher sa véritable portée en recourant à tous les instruments de l'interprétation (grammaticale, historique, systématique, téléologique). Pour y arriver, le Tribunal fédéral ne préconise pas une méthode au détriment d'une autre, mais il se laisse guider par un pluralisme méthodologique. Il convient ensuite d'associer les éléments les plus convaincants pour aboutir à une interprétation raisonnable et praticable²². Lors de l'interprétation, il convient toujours de prêter attention au droit international supérieur dans la mesure où il existe. Selon l'art. 5 al. 4 CF, la Confédération et les cantons respectent le droit international ; aux termes de l'art. 49 CF, le droit fédéral prime le droit cantonal qui lui est contraire. Tant pour la jurisprudence du Tribunal fédéral que pour la doctrine, il est incontestable que le droit national doit être interprété conformément au droit international²³.

aa. Interprétation grammaticale

15. En ce qui concerne la portée de l'indépendance au sens de l'art. 32 al. 1 LPrD, l'interprétation grammaticale n'apporte pas d'informations essentielles. La lettre de cette disposition fait néanmoins référence à l'indépendance de l'autorité de surveillance dans **l'exercice de ses attributions**. Comme il a déjà été signalé, il s'agit d'une indépendance *fonctionnelle*. Le texte allemand (« Die Kantonale Behörde für Öffentlichkeit und Datenschutz erfüllt ihre Aufgaben unabhängig. ») correspond à la version française. Selon l'usage courant, exécuter une tâche indépendamment, on pourrait également dire « librement » ou « de manière autonome », signifie que toute intervention d'un tiers (par exemple sous forme de directives) est exclue.

bb. Interprétation historique

16. Avant l'entrée en vigueur de la LPrD, la protection des droits de la personnalité contre des violations dues au traitement des données par les autorités cantonales se bornait dans le canton de Fribourg à des dispositions ponctuelles du droit civil, pénal et administratif, ainsi

²⁰ Dans ce contexte, les dispositions de l'art. 32 al. 5 LPrD (signalement des liens particuliers) et de l'art. 32 al. 6 LPrD (application des normes générales de récusation du code de procédure et de juridiction administratives) continuent à s'appliquer.

²¹ Quand on considère cette autonomie, le plus significatif est l'art. 32 al. 3 LPrD (enveloppe budgétaire).

²² Cf. ATF 125 II 177, c. 3 p. 179ss; 134 II 249, c. 2.3 p. 251; 135 V 153, c. 4.1 p. 158.

²³ Défini pour la première fois de manière très claire par le Tribunal fédéral dans l'ATF 94 I 669, c. 6 p. 678ss.; cf. également la prise de position conjointe de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public et le droit interne dans le cadre de l'ordre juridique suisse, in JAAC 53(1989), N° 54, p. 394ss.; KÄLIN/EPINEY, p. 96ss. – nous ne nous étendons pas ici sur les spécificités de ce que l'on appelle la « pratique Schubert » et sa relativisation dans la jurisprudence récente.

qu'à la jurisprudence relative aux droits fondamentaux. Suite au développement constant de l'informatique et à la croissance de la société de l'information, le besoin s'est fait sentir à la fin des années huitante, tant au niveau fédéral que dans les cantons, d'une réglementation systématique et spécifique consacrée à la protection des données. Couronnement de longs travaux préparatoires, le 19 juin 1992 a vu l'apparition au niveau *fédéral* de la LPD²⁴, qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993. Cette loi régit le traitement de données personnelles par des organes fédéraux et des personnes privées²⁵.

17. Répondant à une motion déposée par l'ancien député DOMINIQUE DE BUMAN, le Conseil d'Etat fribourgeois a chargé le professeur RAINER J. SCHWEIZER de rédiger un avant-projet de **loi cantonale sur la protection des données**. Celui-ci a été déposé à la fin de l'année 1990 et, accompagné d'un rapport détaillé, il a été envoyé en procédure de consultation aux partis politiques, aux organisations concernées, aux communes et aux services de l'administration cantonale. Après que toutes les prises de position eurent été collationnées, un groupe de travail piloté par le préposé fédéral suppléant à la protection des données, JEAN PHILIPPE WALTER, a élaboré une première version qui servira de base au futur projet de loi²⁶. Dans le message accompagnant le projet de LPrD du 13 septembre 1994, le Conseil d'Etat ne s'est pas exprimé de manière explicite sur la notion d'indépendance de l'autorité de surveillance. Il a néanmoins justifié la nomination de la commission par le Grand Conseil en invoquant des arguments portant notamment sur la garantie de l'indépendance de l'autorité de surveillance vis-à-vis de l'exécutif cantonal et de son administration²⁷. Il s'est par ailleurs exprimé de la manière suivante sur la fonction de l'autorité de surveillance et l'éventail des activités qui lui incombent (évidences de l'auteur) :

«L'effectivité de la protection des données dépend également pour une large part de la possibilité pour la personne concernée de faire valoir des droits, qui sont, pour l'essentiel:

- le droit d'accéder aux données la concernant ;*
- le droit de faire rectifier ou détruire les données inexactes ou illicites ;*
- le droit d'obtenir la réparation d'un dommage éventuel dû à un traitement illicite.*

*Ces droits permettent aux personnes d'exercer un premier contrôle sur la manière dont l'administration traite les informations qui les concernent, contrôle qui joue également un rôle **préventif**.*

*Cependant, en pratique, les droits attribués aux citoyens par les législations sur la protection des données ne déploient que des effets limités. C'est pourquoi le projet institue une autorité de surveillance indépendante, dotée d'un pouvoir d'**investigation étendu**, dont le rôle est double : elle exerce, d'une part, une **fonction de contrôle**, et, d'autre part, une **fonction de conseil**.»²⁸*

18. A lire le message du Conseil d'Etat relatif à la dernière **révision de la LPrD du 8 mai 2008**, il est permis d'affirmer sans risque de se tromper que les organes compétents envisageaient en tout premier lieu d'*adapter le droit cantonal aux exigences du droit international* découlant de la Directive 95/46/CE (Directive; N° 52ss.) et du Protocole additionnel à la convention du Conseil de l'Europe à la Convention du 28 janvier 1981 pour la

²⁴ Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données, LPD (RS 235.1).

²⁵ Art. 2 al. 1 LPD.

²⁶ Message LPrD (note 8), p. 3085.

²⁷ Message LPrD (note 8), p. 3108.

²⁸ Message LPrD (note 8), p. 3043.

protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (Protocole; N° 44ss.). C'est ainsi que la tâche du groupe de travail chargé d'élaborer le projet de loi s'est expressément limitée à adapter la LPrD aux exigences internationales²⁹. Pour ce faire, les experts ont pu utiliser comme base de travail le guide (« Wegleitung ») élaboré par le Dr. BEAT RUDIN à la demande de la Conférence des Gouvernements cantonaux³⁰. En ce qui concerne la question de l'indépendance, le Conseil d'Etat s'est essentiellement borné à rappeler que celle-ci, tant du point de vue institutionnel que personnel, avait jusqu'alors été largement garantie par la réglementation en vigueur. Il convenait en particulier de constater que l'autorité de surveillance n'était rattachée qu'administrativement à une direction du Conseil d'Etat et qu'en conséquence il n'existait aucune relation de subordination entre cette autorité et l'exécutif ou l'administration³¹. Il était néanmoins raisonnable d'adapter les dispositions des art. 30 et 32 de manière à renforcer cette indépendance³². Ces précisions concernaient des aspects institutionnels³³, pratiques³⁴, personnels³⁵ et matériels³⁶ liés à l'indépendance de l'autorité de surveillance.

19. Historiquement, l'élaboration de la LPrD ainsi que les documents liés à sa révision partielle du 8 mai 2008 font clairement ressortir que le législateur historique a constamment pensé à faire coïncider le droit cantonal de la protection des données **avec les exigences découlant du droit supérieur** (droit fédéral, droit international). Dans ce contexte, il se justifie donc d'interpréter les dispositions de la LPrD conformément au droit international, tant pour le concept d'indépendance que pour les tâches et les compétences de l'autorité cantonale de protection des données.

cc. Systématique législative

20. Si l'on prend en compte la **systématique de la LPrD**, il en ressort que l'art. 32 réunit plusieurs aspects touchant à l'indépendance de l'autorité de surveillance :

- En tout premier lieu, l'art. 32 LPrD prévoit une indépendance de l'autorité de surveillance dans l'exercice des attributions qui lui sont confiées par la loi, sans la définir de manière plus précise. Une telle indépendance dite *fonctionnelle* touche la manière dont elle s'acquitte de ses obligations. Les tâches et compétences de l'autorité de surveillance découlent quant à elles des art. 30a et 31 LPrD.

²⁹ Message N° 56 du Conseil d'Etat au Grand Conseil accompagnant le projet de loi modifiant la loi sur la protection des données (adaptation au droit international, en particulier aux accords de Schengen/Dublin) du 4 mars 2008, Bulletin officiel des séances du Grand Conseil du canton de Fribourg, p. 672ss (Message LPrD II) ; téléchargeable sur internet : http://www.fr.ch/publ/files/pdf13/2007-11_056_message.pdf

³⁰ Message LPrD II (note 29), p. 665.

³¹ Message LPrD II (note 29), p. 665s.

³² Message LPrD II (note 29), p. 666.

³³ Notamment des précisions quant à la période de fonction (art. 30 al. 1 LPrD).

³⁴ Notamment en ce qui concerne la qualification professionnelle de la commission et de son président (art. 30 al. 2 LPrD).

³⁵ Cf. à ce propos l'art. 32 al. 5 LPrD (signalement des liens particuliers) et al. 6 LPrD (application des normes générales de récusation du code de procédure et de juridiction administratives) ; le secret de fonction de l'art. 32 al. 4 LPrD correspondait à la réglementation alors en vigueur ; cf. pour le tout le message, LPrD II (note 29), p. 672.

³⁶ Cf. à ce propos l'art. 32 al. 3 LPrD (enveloppe budgétaire) ainsi que le message LPrD II (note 29), p. 672.

- Le deuxième alinéa est consacré à un aspect spécifique de l'indépendance *institutionnelle*, qui est directement liée à la position de l'organe de surveillance dans l'organigramme de l'administration. Selon l'art. 49 al. 2 LOCEA, les unités administratives sont rattachées administrativement aux Directions uniquement si une loi spéciale le prévoit (N° 9).

Pour ce qui touche l'indépendance institutionnelle, d'autres dispositions sont pertinentes, notamment celles qui concernent la désignation, la composition, l'organisation et le fonctionnement de la commission (Art. 30 LPrD). L'indépendance est relativisée par le contrôle exercé au titre de l'art. 61 al. 2 lit. b LOCEA, ainsi que par l'obligation de soumettre chaque année au Grand Conseil par l'intermédiaire du Conseil d'Etat un rapport sur les activités de la Commission et du ou de la préposée, inscrite à l'art. 30a al. 2 LOCEA.

Aux yeux du Conseil d'Etat, un aspect spécifique de l'indépendance institutionnelle tient à son autonomie budgétaire ; une réglementation topique figure à l'art. 32 al. 3 LPrD³⁷. Il relève également de l'indépendance de l'autorité de surveillance que celle-ci dispose de son propre budget, duquel elle puisse librement disposer, d'après ses besoins et en fonction des dossiers dont elle s'occupe³⁸. Cet aspect de l'indépendance est parfois décrit dans la littérature comme une indépendance « *matérielle* »³⁹. A lire le rapport annuel 2008 de l'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données, la préposée comme sa secrétaire exerçaient dans les années 2000 – 2008 une activité à mi-temps. Dans l'année couverte par le rapport, la préposée a été assistée tout d'abord par une juriste, ensuite par un juriste à temps partiel pour les travaux qui exigeaient des recherches juridiques (instruction des dossiers, préparation des prises de position, rédaction de feuilles informatives) aussi bien que pour gérer les registres des fichiers⁴⁰. La doctrine s'est demandé si la dotation en personnel de l'autorité fribourgeoise de surveillance correspondait véritablement aux exigences de l'indépendance. Il apparaît en effet que la préposée, en comparaison avec d'autres cantons, doit se contenter d'une dotation en personnel relativement limitée⁴¹.

- On trouve finalement aux alinéas 4, 5 et 6 des dispositions censées garantir l'indépendance *personnelle* des membres de l'autorité de surveillance. Ceux-ci ne doivent être les victimes d'aucun conflit d'intérêts lors de l'exécution de leurs tâches⁴². Dans ce but, ils sont contraints de signaler les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts privés ou publics (art. 32 al. 5 LPrD), et le cas échéant ils sont tenus de se récuser (art. 32 al. 6 LPrD). Le fait que les membres de l'autorité de surveillance doivent posséder les connaissances nécessaires à l'accomplissement de leur tâche relève aussi des aspects liés à l'indépendance personnelle (cf. art. 30 al. 2–3 LPrD)⁴³.

21. Si l'on recourt à la réglementation découlant du **droit cantonal de l'organisation administrative** pour mieux comprendre les dispositions de la LPrD, on y trouve principalement d'autres éléments permettant de préciser et de concrétiser la notion d'indépendance institutionnelle (cf. N° 9ss.), mais qui sont également utiles pour mieux appréhender le concept d'indépendance. Dans la mesure où l'autorité de surveillance est

³⁷ Message LPrD II (note 29), p. 665.

³⁸ Message LPrD II (note 29), p. 672.

³⁹ HÄNER, p. 11.

⁴⁰ Rapport sur l'activité de l'Autorité de surveillance en matière de protection des données pour la période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2008, p. 25.

⁴¹ EPINEY ET AL., p. 308.

⁴² Message LPrD II (note 29), p. 665.

⁴³ Message LPrD II (note 29), p. 665 et 672.

uniquement *rattachée* administrativement à une Direction du Conseil d'Etat, il n'existe pas de lien de subordination, que ce soit envers la Direction ou le Conseil d'Etat⁴⁴. Il ressort par ailleurs (*a contrario*) de la réglementation générale en termes d'organisation de l'art. 61 LOCEA que l'autorité de surveillance, en ce qui concerne les modalités de son fonctionnement, n'est pas soumise au contrôle de la Direction (ou du Conseil d'Etat) et, de la sorte, reste hors de portée des instruments topiques servant à donner des instructions aux unités administratives et à surveiller leurs activités (cf. art. 60 LOCEA).

22. L'interprétation **conforme au droit international** représente un cas d'application de l'interprétation systématique, en vertu de laquelle le sens du droit national doit être interprété de telle manière qu'il ne contredise pas le droit international⁴⁵. Dans le cas présent, l'interprétation conforme au droit international recoupe l'interprétation historique, tant il est vrai que le but et le sens de la dernière révision partielle de la LPrD consistaient justement à préciser et à renforcer l'indépendance de l'autorité de surveillance du point de vue du *respect des prescriptions* de l'accord de Schengen/Dublin (N° 47ss.) et du protocole additionnel à la convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (N° 44ss.).

dd. Interprétation téléologique

23. L'interprétation téléologique de l'art. 32 LPrD (en particulier de son al. 1) conduit aux mêmes conclusions que l'interprétation historique et systématique.

d. Conclusion provisoire

24. A ce stade, les dispositions relatives à l'indépendance de l'autorité cantonale de surveillance ancrées dans la LPrD doivent être interprétées, vu le développement historique de la loi et la volonté exprimée par le législateur lors de la révision partielle du 8 mai 2008, conformément aux **prescriptions du droit supérieur** (en particulier du droit *international*). Au cœur de ces prescriptions, on trouve – ce qui sera rappelé ci-après (N° 36 et 53ss.) – l'exigence d'une « indépendance totale » de l'autorité de surveillance.

25. Dans le contexte de ces prescriptions, il est évident que la notion d'indépendance recouvre différents aspects. En tout premier lieu il convient de mentionner – ce qui ressort également de la construction de l'art. 32 LPrD – l'**indépendance fonctionnelle**, selon laquelle l'exercice de ses attributions appartient exclusivement à l'autorité de surveillance, qui décide de manière totalement autonome de la manière dont elle entend les exercer. L'indépendance fonctionnelle implique une interdiction d'ingérence absolue d'une autre autorité dans l'accomplissement des tâches de l'autorité de surveillance. Dans le contexte des conditions-cadre légales et constitutionnelles (en particulier l'art. 5 CF) et des moyens qui sont mis à sa disposition, celle-ci est libre pour tout ce qui touche à l'exercice concret de ses attributions.

26. Les autres aspects de l'indépendance – **institutionnelle** (organisationnelle) et **personnelle** – qui sont l'un et l'autre concrétisés à plusieurs endroits de la LPrD et la LOCEA, revêtent une importante fonction d'*assistance* au bénéfice de l'indépendance

⁴⁴ Cf. art. 61 LOCEA; Message LPrD II (note 29), p. 665s.

⁴⁵ Pour toute cette question, cf. HÄFELIN/HALLER/KELLER, N° 162s.; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N° 232 avec de nombreuses références.

fonctionnelle. Ainsi, l'indépendance dans l'exercice des attributions présuppose qu'aucune autre instance ne puisse s'immiscer dans la sélection des tâches de la commission ou de la préposée, pas plus que dans le contrôle de leur exécution.

27. Pour élargir la notion d'indépendance requise par la LPrD, il convient maintenant d'examiner de plus près les prescriptions du droit fédéral et du droit international, que les cantons sont tenus d'observer.

II. Les prescriptions du droit supérieur

1. Droit fédéral

28. Les pages qui suivent doivent tout d'abord permettre d'examiner dans quelle mesure il est possible de déduire du droit fédéral des prescriptions touchant l'organisation et l'indépendance des organes cantonaux de contrôle. Comme nous l'avons vu, ces exigences minimales facilitent également la compréhension du concept d'indépendance tel qu'il est utilisé à l'art. 32 LPrD.

a. « Indépendance des tribunaux » selon l'art. 30 al. 1 CF ?

29. En vertu de la garantie d'un juge, conformément à la constitution (art. 30 al. 1 CF), toute personne a droit à ce que sa cause soit portée devant un tribunal compétent, indépendant et impartial, qui ne s'arrête pas à des éléments extérieurs au dossier. Si des indices permettent objectivement de fonder une apparence de prévention et le danger d'un préjugé, alors cette garantie est violée.⁴⁶

30. Indépendamment de la question de savoir s'il existe une garantie constitutionnelle (art. 29a CF) ou internationale de l'accès à un juge, les garanties de l'art. 30 al. 1 CF sont toujours applicables lorsqu'une autorité se charge d'une tâche judiciaire spécifique. De la sorte, l'art. 30 al. 1 CF ne vaut pas seulement pour un juge ou un tribunal au sens le plus étroit du terme, mais sous certaines conditions aussi pour d'autres institutions comme les ministères publics ou les offices de juges d'instructions. Le fait que ces institutions soient chargées de tâches judiciaires est seul déterminant⁴⁷. Dans tous les autres cas de figures – notamment dans les procédures administratives et les recours administratif classiques – l'activité des autorités administratives ne relève pas concrètement du domaine d'application de l'art. 30 CF. Les exigences strictes mises à l'indépendance institutionnelle des tribunaux ne leur sont donc pas applicables⁴⁸.

31. L'autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données n'est pas un tribunal, mais une unité administrative décentralisée essentiellement active en qualité d'autorité de surveillance et de contrôle pour ce qui concerne le traitement de données personnelles. C'est uniquement lorsqu'une des recommandations émises par la commission n'est pas respectée par l'organe compétent et qu'en fonction de l'art. 22a al. 4 LPrD l'autorité

⁴⁶ Cf. ATF 120 Ia 184 c. 2b p. 187; 125 I 119, c. 3a p. 122; 126 I 68, c. 3a p. 73.

⁴⁷ Cf. ATF 102 Ia 179, c. 3 p. 180; 112 Ia 142, c. 2a p. 143; 119 Ia 264, c. 4.3 p. 268; 124 I 255, c. 4 p. 261; très détaillé sur l'ensemble de la question MÜLLER/SCHEFER, p. 928ss.

⁴⁸ MÜLLER/SCHEFER, p. 947s.

de surveillance fait recours, que le jugement de la cause est opéré par un tribunal, qui dans ce cas doit respecter les exigences de l'art. 30 al. 1 CF. Il en va de même dans le contexte d'une procédure contentieuse liée au jugement des droits en cas d'atteinte au sens des art. 26s. LPrD. **On ne peut donc rien déduire de l'art. 30 al. 1 CF quant aux exigences mises à l'indépendance de l'autorité de la surveillance cantonale en matière de protection des données.**

Pour ce qui concerne les compétences d'intervention de l'autorité de surveillance, les systèmes adoptés par la Confédération et les cantons se montrent fort différents. Ainsi en va-t-il dans le canton de Bâle-Campagne, où l'autorité de surveillance se voit confier le mandat légal d'adopter une recommandation sous forme de décision, au cas où l'autorité cantonale concernée montrerait quelque réticence à donner suite à la première recommandation⁴⁹. Les cantons de Berne, Bâle-Ville, Jura, Schaffhouse et Thurgovie prévoient eux aussi un tel système. Cela ne change cependant rien au fait que l'art. 30 CF ne s'applique pas aux procédures administratives correspondantes, dans la mesure où l'autorité de surveillance n'exerce pas de fonction judiciaire mais qu'elle se charge des tâches administratives qui lui ont été confiées.

b. *L'« indépendance » découlant de la procédure équitable (art. 29 al. 1 CF)?*

32. Selon l'art. 29 al. 1 CF, toute personne a droit, dans une *procédure* judiciaire ou administrative, à ce que sa cause soit traitée équitablement et jugée dans un délai raisonnable. Cette garantie générale d'équité s'applique au sens d'une « solution alternative » lorsque les garanties spécifiques des art. 30–32 CF ne sont pas pertinents. Il prévoit notamment qu'une *autorité administrative* traite un dossier de manière équitable et impartiale.

33. Les destinataires sont, outre les personnes physiques et morales de droit privé, les collectivités de droit public, dans la mesure où elles sont concernées par une intervention à l'instar d'une personne privée⁵⁰. En ce qui concerne le **champ d'application** de ce droit constitutionnel, il est en outre soumis à la condition qu'un justiciable soit parti à une *procédure judiciaire ou administrative*. De la sorte, la garantie constitutionnelle de l'art. 29 CF ne s'applique à l'activité de surveillance en matière de protection des données que si une procédure (administrative) est ouverte à l'encontre d'un sujet de droit bien défini. La procédure doit se montrer désavantageuse pour ses intérêts dignes de protection. Pour ce faire, une simple atteinte matérielle se révèle suffisante. La victime ne doit subir aucun préjudice matériel⁵¹.

L'autorité de surveillance en matière de protection des données du canton de Fribourg n'exécute elle-même aucune procédure administrative. Certes, en cas de violation réelle ou potentielle de ses directives elle a la possibilité d'inviter l'organe concerné à prendre dans un délai déterminé les mesures nécessaires pour remédier à la situation (art. 22a al. 1 LPrD). Mais il s'agit essentiellement d'un acte objectif (« Realakt », « recommandation », cf. art. 22a al. 3 LPrD) et non pas d'une décision qui précède une procédure administrative, de sorte que **les garanties minimales de l'art. 29 al. 1 CF ne s'appliquent pas**⁵².

Même au cas où les exigences minimales de l'art. 29 CF devraient également s'appliquer par analogie à l'équité administrative dans le contexte de l'art. 22a LPrD, la garantie se limiterait uniquement à une indépendance *personnelle* au sens d'une immunité des membres de l'autorité de surveillance impliqués dans une procédure. De ce point de vue, les exigences de l'art. 29 al. 1 CF équivalent pour l'essentiel à

⁴⁹ Cf. § 25 al. 4 Datenschutzgesetz BL (Gesetz vom 7. März 1991 über den Schutz von Personendaten; SGS 162).

⁵⁰ STEINMANN, in St. Galler Kommentar, N° 8 relatif à l'art. 29.

⁵¹ MÜLLER/SCHEFER, p. 949.

⁵² Il en va différemment dans les cantons qui reconnaissent à l'autorité de surveillance une compétence directe de directive voire de décision (cf. N° 31) : dans de telles procédures, l'art. 29 al. 1 CF trouve à s'appliquer.

l'impartialité des membres d'autorité telle que l'art. 30 al. 1 CF l'impose au juge⁵³. En revanche, l'art. 29 al. 1 CF ne garantit aucune indépendance d'organisation, mais il fait référence à la composition personnelle de l'autorité compétente. Si l'on devait s'en tenir à l'art. 29 al. 1 CF il ne serait pas interdit aux cantons d'intégrer l'autorité de surveillance en matière de protection des données comme une unité administrative subordonnée dans la hiérarchie de l'administration centrale.

c. « *Indépendance* » sur la base de l'obligation qui incombe à l'Etat de protéger la sphère privée (art. 13 al. 2 en relation avec art. 35 CF) ?

34. Le droit d'être protégé contre l'usage abusif de données personnelles (art. 13 al. 2 CF) garantit en principe à toute personne le droit de décider elle-même quand et à qui elle entend confier des éléments de sa vie privée, des pensées, des sentiments ou des émotions. La protection fondamentale touche toute activité de l'Etat relative à la récolte, à la collation, au traitement, à la conservation ou à la transmission de données liées à la sphère privée et qui de ce fait – contrairement à la lettre de la disposition – ne servent pas seulement à la protection contre les abus⁵⁴. Sont considérées comme données personnelles au sens du droit d'être protégé contre l'usage abusif des données personnelles (« informationelle Selbstbestimmung »), toutes celles qui se rapportent à une personne identifiée ou identifiable⁵⁵.

35. En tant que droit fondamental, l'art. 13 al. 2 CF s'impose en tout premier lieu aux organes de l'Etat qui, lors de l'accomplissement de leurs tâches, doivent s'abstenir de toute violation injustifiée du droit d'être protégé contre l'usage abusif des données personnelles, sous forme de traitement de données non autorisé, mais qui doivent également autoriser l'accès des personnes privées aux fichiers existants (art. 35 al. 2 CF). Ce simple fait ne permet pas encore de garantir que la protection de la sphère privée soit effectivement assurée et que les prétentions correspondantes puissent être prises en considération. La réalisation effective des droits fondamentaux présuppose – comme le veut la théorie des droits fondamentaux désormais ancrée à l'art. 35 de la nouvelle Constitution fédérale – l'existence d'un certain nombre de conditions-cadre (structurelles). Parmi elles, on peut notamment rencontrer des structures relatives à des autorités et des procédures⁵⁶. Dans le tourbillon des technologies de l'information et de la communication qui ne cessent de se développer, les instances judiciaires se sont rapidement rendu compte (au niveau européen aussi)⁵⁷ qu'un individu, en raison de la disproportions des forces en présence et des structures prévues par l'Etat, allait rencontrer les plus grandes difficultés à faire valoir ses prétentions en matière de droits fondamentaux relatifs à la protection des données, s'il ne pouvait compter que sur lui-même. L'existence d'une instance publique s'avère dès lors indispensable pour aider les particuliers à défendre leurs droits constitutionnels, une instance chargée de surveiller les offices publics et les personnes publiques (et privées) qui traitent les données, tout au moins pour ce qui concerne les fautes fondamentales et systématiques. Grâce à ses connaissances techniques, un *organe de contrôle indépendant* peut constater efficacement des manquements éventuels dans le traitement des données et y remédier par une activité de conseil et de médiation entre l'autorité traitante et la personne concernée, sans qu'il soit nécessaire d'emprunter la voie

⁵³ Cf. également l'art. 32 al. 6 LPrD, qui renvoie aux règles générales relatives à la récusation des art. 21–25 CPJA (Code du 23 mai 1991 de procédure et de juridiction administrative, RSF 150.1).

⁵⁴ BIAGGINI, N° 11 relatif à l'art. 13; MÜLLER/SCHEFER, p. 167ss.; SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, N° 41 relatif à l'art. 13.

⁵⁵ SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, N° 41 relatif à l'art. 13.

⁵⁶ Cf. de manière détaillée sur l'ensemble WALDMANN, p. 20ss.; BREITENMOSER, in St. Galler Kommentar, N° 8 relatif à l'art 13.

⁵⁷ Cf. *infra* les explications relatives à l'art. 8 CEDH.

judiciaire, qui peut se révéler longue et coûteuse selon les circonstances⁵⁸. Dans ce contexte, l'art. 13 al. 2 CF (en relation avec l'art. 35 al. 1 CF) contient, outre la justiciabilité des droits, l'obligation programmatique (autrement dit adressée au législateur) de créer un organe de contrôle suffisamment indépendant des organes de l'Etat qu'il a précisément la charge de surveiller.

2. Droit international

36. Au niveau international, il existe un grand nombre d'instruments juridiques, qui présentent diverses formes et divers degrés d'obligation, mais qui servent tous à l'harmonisation internationale de la protection des données. Ces prescriptions concernent notamment aussi l'aménagement de la surveillance en matière de protection des données par la Confédération et les cantons.

a. Nations Unies

37. Au niveau universel, il convient avant tout de mentionner les Principes directeurs pour la réglementation des fichiers informatisés contenant des données à caractère personnel, adoptés le 4 décembre 1990 par l'Assemblée générale des Nations Unies⁵⁹. Ces directives avaient pour but de faire connaître à tous les pays membres de l'ONU les préoccupations relatives au traitement des données, de les sensibiliser et de donner à tous les Etats qui ne disposaient pas encore des instruments juridiques adéquats, une impulsion à leurs législations internes. C'est la raison pour laquelle ces principes directeurs contiennent des éléments fondamentaux que la législation nationale des Etats membres des Nations Unies est censée respecter. Leur article 8 (« contrôle et sanctions ») prévoit l'exigence d'une autorité compétente et indépendante en matière de protection des données. La réglementation exige l'instauration d'une autorité chargée de contrôler le respect des principes, et qui doit présenter des garanties d'impartialité, d'indépendance et de compétence technique⁶⁰.

38. Les injonctions contenues dans ces principes directeurs n'ont cependant pas de valeur contraignante ; en d'autres termes, il n'existe aucune obligation de les transposer effectivement dans le droit interne. Il s'agit ici de ce que l'on appelle « soft law ». La signification de ces normes en reste donc – d'autant plus que les conditions d'une reconnaissance au titre de droit international coutumier ne semblent pas encore devoir être réunies – limitée au simple rôle d'un point de repère politico-juridique, ce qui est d'autant plus regrettable, selon Astrid EPINEY, qu'elles circonscrivent très clairement d'un point de vue juridique les exigences devant être respectées en matière de protection des données⁶¹.

⁵⁸ SCHWEIZER, in St. Galler Kommentar, N° 48 relatif à l'art. 13.

⁵⁹ «Guidelines for the Regulation of Computerized Personal Data Files», Doc. E/CN.4/1990/72, adoptées par l'Assemblée générale dans la résolution 45/95 du 4.12.1990 ; téléchargeable sous : <<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/french/Fq2grcpd.html>>.

⁶⁰ EPINEY ET AL., p. 78.

⁶¹ EPINEY, in Epiney/Theuerkauf, p. 29s.

b. OCDE

39. Le 23 septembre 1980, le Conseil de l'OCDE a adopté des **lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel**⁶². Aux yeux du droit international, celles-ci ne sont pas non plus juridiquement obligatoires. Du point de vue de leur contenu, les lignes directrices de l'OCDE visent moins la protection de droits subjectifs de la personnalité que la libéralisation générale des flux transfrontaliers de données personnelles. Les réglementations relatives à la protection des données y sont dès lors envisagées comme des obstacles potentiels aux échanges de données par-delà les frontières. Au surplus, leur formulation reste en de nombreux endroits assez vague, de sorte que l'on peut difficilement en tirer des données précises et qu'en fin de compte leur effectivité dépend largement de la bonne volonté des Etats membres⁶³. Ces lignes directrices ne mentionnent d'ailleurs pas la nécessité d'un organe de contrôle en matière de protection des données au niveau des Etats membres.

c. Conseil de l'Europe

aa. CEDH

40. L'**art. 8 CEDH** garantit le **droit au respect de la vie privée et familiale**. Au cours du temps, la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) n'a cessé d'étendre cette garantie, et en particulier elle fini par reconnaître la protection des données personnelles comme un élément de ce droit. Mais en tout état de cause, un droit à la protection des données, voire à la libre disposition de l'information, un droit général, autonome et expressément ancré à l'art. 8 CEDH – comme le prévoit l'art 13 al. 2 CF pour la Suisse – n'existe pas encore au niveau européen⁶⁴.

41. La protection des droits de l'homme offerte par la CEDH ne se limite pas à l'interdiction des immixtions illégales dans les libertés garanties, mais elle contient également des **obligations touchant la transposition des droits fondamentaux en termes d'organisation et de procédure**⁶⁵. En ce qui concerne la protection de la sphère privée, il est possible de se référer à un certain nombre d'arrêts de principe de la CEDH :

- Dans la cause *Klass et al. c. Allemagne*, la CEDH a clairement signifié qu'à l'occasion du jugement de la légalité (proportionnalité) de mesures secrètes de surveillance dans le contexte de l'art. 8 ch. 2 CEDH, il convenait toujours d'examiner si l'Etat avait adopté des garanties efficaces et appropriées contre les abus, ce qui était le cas en l'occurrence⁶⁶. Cette jurisprudence a été confirmée, notamment dans l'arrêt *Leander c. Suède*: «Nevertheless, in view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security pose of undermining or even destroying democracy on the ground of defending it, the Court must be satis-

⁶² «*OECD Guidelines on the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data*»; téléchargeable en français sous: http://www.oecd.org/document/20/0,3746,fr_2649_34255_15591797_1_1_1_1,00.html.

⁶³ EPINEY, in Epiney/Theuerkauf, p. 21.

⁶⁴ Cf. SCHEFER/STÄMPFLI, in Breitenmoser/Gless/Lagodny, p. 138s.; voir également les nombreux renvois chez STÄMPFLI, p. 99ss.

⁶⁵ Cf. de manière plus fondamentale que de nombreux autres auteurs GRABENWARTHER, § 19 N° 5ss.

⁶⁶ Arrêt de la CEDH du 6 septembre 1978 dans la cause *Klass et al. c. Allemagne*, in EuGRZ 1979, p. 278ss. §§ 60ss. Cf. également sur l'ensemble STÄMPFLI, p. 90.

fied that there exist adequate and effective guarantees against abuse»⁶⁷. Par ailleurs, la CEDH a décidé dans un arrêt *Gaskin c. Royaume-Uni* que, à la lumière du principe de proportionnalité, il était indispensable qu'une autorité *indépendante* puisse décider, si en se basant sur l'art. 8 CEDH un accès aux données relatives à la sphère privée est exigé.⁶⁸

- Quelques années plus tard, la CEDH a constaté que les conflits entre privés et pouvoirs publics, précisément dans le domaine du contrôle, mais également celui des stockages de données de longue durée ou du transfert de données se déroulant dans ce contexte, exigeaient en tous les cas un examen par une autorité *indépendante* et disposant d'un pouvoir décisionnel⁶⁹.

42. Les déclarations de la CEDH quant à l'indispensable instance de contrôle et à son indépendance se réfèrent plutôt à l'aspect *sectoriel* (p. ex. accès aux données relatives à la sphère privée) et *concret*. Dès lors, il apparaît difficilement possible d'en tirer des principes généraux quant aux obligations touchant l'organisation de l'autorité de contrôle. C'est en particulier pour ce qui touche à l'indépendance de la surveillance qu'il n'est pas possible de déduire des indices concrets de la jurisprudence.

bb. La convention sur la protection des données et son protocole additionnel

43. En élaborant la « **Convention sur la protection des données** »⁷⁰ (ci-après CPD, abréviation non officielle), le Conseil de l'Europe avait pour but de mettre à disposition un instrument uniforme servant à la protection des données personnelles dans toute l'Europe. Il s'agit en l'occurrence de la première convention internationale comportant des règles obligatoires en matière de protection des données. Le champ d'application de la CPD s'étend exclusivement aux personnes physiques. Elle englobe le traitement automatisé de données à caractère personnel dans les secteurs public et privé (cf. art. 3 al. 1 CPD) et s'applique uniquement au traitement automatisé des données. Le traitement manuel en revanche ne relève pas de son champ d'application (cf. art. 1 CPD). La Convention impose un standard minimal pour le droit européen de la protection des données, qui doit être transposé dans les ordres juridiques des Etats signataires au moyen de réglementations nationales concrètes. Il s'agit en l'occurrence d'une convention dite non self-executing⁷¹. Il n'en demeure pas moins que la CPD comporte pour les Etats signataires une obligation d'établir des sanctions et des voies de recours appropriés en cas de violation des dispositions du droit interne concrétisant les principes de base pour la protection des données tels qu'ils sont énoncés dans la Convention (art. 10 CPD). En revanche, elle ne contient aucune disposition relative à l'instauration d'instances de contrôle dans les Etats signataires, à qui il incomberait de constater les violations aux règles de la convention et le cas échéant d'engager une procédure

⁶⁷ «Néanmoins, au vu du risque qu'un système de surveillance secret pour la protection de la sécurité nationale fait peser sur l'affaiblissement voire la destruction de la démocratie tout en prétendant la défendre, la Cour doit être convaincue qu'il existe des garanties adéquates et efficaces contre les abus» ; arrêt de la CEDH du 26 mars 1987 dans la cause *Leander c. Suède*, Serie A N° 116 §§ 60s.

⁶⁸ Arrêt N° 10454/83 de la CEDH du 7 juillet 1988 dans la cause *Gaskin c. Royaume-Uni*, § 49.

⁶⁹ Arrêt de la CEDH du 4 mai 2000 dans la cause *Rotaru c. Roumanie*, Rec. 2000-V, §§ 61ss.

⁷⁰ Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (RS 0.235.1). La convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998.

⁷¹ WAHL, in *Epiney/Theuerkauf*, p. 112.

judiciaire⁷². De la sorte, la CPD peine à s'imposer de manière efficace, puisque l'absence de transposition au niveau national ne saurait être sanctionnée⁷³.

44. La signature du **Protocole additionnel (ets 181)**⁷⁴ (Protocole) par les Etats parties, le 8 novembre 2001 a permis d'éliminer les faiblesses mentionnées ci-dessus et qui entachent la conception de la CPD. Tenant compte des échanges croissants de données entre les Etat signataires ainsi que de la généralisation d'une société de l'information et des besoins grandissants de protection des citoyens qui lui sont liés, le protocole additionnel contient des prescriptions obligatoires concernant l'instauration d'une autorité de surveillance spécifique. Le Protocole règle de manière relativement précise les détails relatifs à l'aménagement de cette autorité de surveillance, l'étendue de ses attributions ainsi que ses compétences. Au surplus, il contient des dispositions relatives à l'échange de données transfrontière.

45. Selon l'art. 1 ch. 1 du Protocole, chaque partie institue au moins une *autorité* chargée de veiller au respect des mesures donnant effet, dans son droit interne, aux principes énoncés dans la Convention. A cet effet, l'art. 1 ch. 2 prévoit que l'autorité de contrôle *dispose notamment du pouvoir* d'investigation et d'intervention, ainsi que de celui d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente des violations aux dispositions du droit interne donnant effet aux principes contenus dans le Protocole. Dans le cadre de ses compétences, l'autorité de contrôle est tenue de prendre en compte toute demande émanant d'une personne relativement à la protection de ses droits et libertés fondamentales à l'égard des traitements de données à caractère personnel.

46. Le Protocole additionnel exige – reprenant littéralement la formule de la Directive 95/46/CE (N° 52ss.) – l'**indépendance totale** de l'autorité de contrôle (art. 1 ch. 3). Le concept d'indépendance n'est cependant pas autrement précisé dans le protocole lui-même. Dans le rapport explicatif au Protocole⁷⁵, il est tout d'abord souligné que les autorités de contrôle ne peuvent garantir efficacement les droits et les libertés des individus que si elles peuvent exercer leur tâche en toute indépendance. Pour ce qui concerne le respect de cette indépendance, un faisceau d'indices y contribue, notamment :

- La composition de l'autorité de contrôle;
- Le mode de désignation de ses membres;
- La durée d'exercice et les conditions de cessation de leurs fonctions;
- L'octroi à l'autorité de ressources suffisantes, ou encore
- L'adoption de décisions à l'abri d'ordres ou d'injonctions extérieurs à l'autorité .

Certes, ces explications ne valent pas une interprétation authentique du protocole additionnel; il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent se révéler utiles pour éclairer le concept d'« indépendance totale ».

⁷² EPINEY ET AL., p. 27.

⁷³ De manière détaillée quant au caractère de la CPD: EPINEY ET AL., p. 50ss.

⁷⁴ 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 le flux transfrontières de données (RS 0.235.11). Le protocole additionnel est entré en vigueur pour la Suisse le 1^{er} avril 2008.

⁷⁵ Cf. Rapport explicatif au Protocole additionnel 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 ; téléchargeable sous : <http://conventions.coe.int/Treaty/FR/Reports/Html/181.htm>.

d. *Accord d'association avec Schengen (AAS)*

aa. Point de départ

47. Par un arrêté fédéral du 17 décembre 2004, les Chambres fédérales ont ratifié les accords sectoriels bilatéraux avec l'Union européenne (UE) portant sur les produits agricoles transformés, les statistiques, l'environnement, les médias, les retraites, Schengen/Dublin, la lutte contre la fraude et la fiscalité de l'épargne (connus sous la dénomination globale de « Bilatérales II »). En votation populaire du 5 juin 2005, le peuple suisse a approuvé l'**Accord sur l'Association à l'Espace Schengen** (ci-après AAS, abréviation non officielle) qui était soumis au référendum⁷⁶. Le 1^{er} février 2008, l'UE a ratifié l'accord bilatéral sur Schengen, après que la Suisse en eut fait de même le 20 mars 2006. Dès lors, ces accords bilatéraux ont pu entrer en vigueur le 1^{er} mars 2008. Après qu'un groupe d'experts *ad hoc* de l'EU eut déclaré les lois sur la protection des données de la Confédération et des cantons conformes à Schengen, les accords sont également opérationnels et obligatoires pour la Suisse depuis le 12 décembre 2008.

48. La Suisse est **associée** aux activités de l'Union européenne dans les domaines couverts par les dispositions visées aux annexes A et B de l'Accord ainsi que par celles qui leur feront suite (art. 1 al. 1 AAS). Elle s'est engagée à mettre en œuvre et à appliquer les *dispositions de la « Convention d'application de Schengen »* énumérées aux annexes A et B de l'Accord, dans la mesure où elles s'appliquent aux Etats membres de l'Union européenne (Art. 2 AAS). Au nombre de ces dispositions, qui revêtent pour la Suisse un caractère obligatoire⁷⁷, on trouve également des réglementations relatives à la protection des données. Ce sont elles qui feront l'objet des développements suivants.

bb. Convention d'application de l'Accord de Schengen du 19 juin 1990

49. Au titre de la Convention d'application de Schengen reprise par la Suisse, on trouve selon l'Annexe A partie 1 alinéa 2 la **Convention d'application de l'Accord de Schengen**⁷⁸ (ci-après CAS, abréviation non officielle ; à l'exception d'un certain nombre de dispositions, mais qui ne sont pas pertinentes en l'occurrence). Cette convention oblige les Etats signataires à garantir un niveau de protection des données correspondant au minimum aux principes ancrés dans la Convention du Conseil de l'Europe (N° 43).

50. En ce qui concerne les obligations liées à l'instauration d'un organe de contrôle indépendant, c'est en tout premier lieu l'art. **114 CAS** qui se montre pertinent :

Article 114

1. Chaque Partie contractante désigne une autorité de contrôle chargée, dans le respect du droit national, d'exercer un contrôle *indépendant* du fichier de la partie nationale du Système d'Information Schengen et de vérifier que le traitement et l'utilisation des données intégrées

⁷⁶ Accord du 26 octobre 2004 entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (avec annexes et acte final) (RS 0.362.31).

⁷⁷ Cf. pour les détails le message relatif aux « accords bilatéraux II », FF 2004 5593.

⁷⁸ Convention d'application de Schengen – Convention d'application de l'Accord signé à Schengen le 14 juin 1985 entre les Gouvernements des Etats de l'Union économique Bénélux, de la République fédérale d'Allemagne et de la République française relatif à la suppression graduelle des contrôles aux frontières communes du 19 juin 1990 (JO L 239 du 22.9.2000, p. 19ss.).

dans le Système d'Information Schengen ne sont pas attentatoires aux droits de la personne concernée. A cet effet, l'autorité de contrôle a accès au fichier de la partie nationale du Système d'Information Schengen.

2. Toute personne a le droit de demander aux autorités de contrôle de vérifier les données la concernant intégrées dans le Système d'Information Schengen ainsi que l'utilisation qui est faite de ces données. Ce droit est régi par le droit national de la Partie contractante auprès de laquelle la demande est introduite. Si les données ont été intégrées par une autre Partie contractante, le contrôle se réalise en étroite coordination avec l'autorité de contrôle de cette Partie contractante.

De la sorte, la CAS contient elle aussi l'obligation d'instaurer une autorité de contrôle nationale (indépendante). L'art. 114 CAS se réfère exclusivement aux données personnelles qui sont traitées en relation avec le *Système d'Information Schengen* (SIS). Toute personne a le droit de demander aux autorités de contrôle de vérifier les données du SIS qui la concernant, ainsi que l'utilisation qui en est faite. Le lésé peut déposer une plainte dans le domaine de souveraineté de n'importe quel Etat membre. En cas de désaccord persistant sur la justesse des données, l'art. 111 CAS autorise le plaignant à saisir, sur le territoire de chaque Partie contractante, la juridiction ou l'autorité compétente en vertu du droit national⁷⁹. Si le traitement de ses données dans le SIS cause un préjudice à une personne, alors chaque partie contractante en répond en vertu de son droit national⁸⁰.

51. L'article 117 CAS se révèle lui aussi digne d'intérêt :

Article 117

1. En ce qui concerne le traitement automatisé de données à caractère personnel qui sont transmises en application du présent titre, chaque Partie contractante prendra au plus tard au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention les dispositions nationales nécessaires aux fins de réaliser un niveau de protection des données à caractère personnel qui soit au moins égal à celui découlant des principes de la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, et dans le respect de la recommandation R (87) 15 du 17 septembre 1987 du comité des ministres du Conseil de l'Europe visant à réglementer l'utilisation des données à caractère personnel dans le secteur de la police.

2. La transmission de données à caractère personnel prévue par le présent Titre ne pourra avoir lieu que lorsque les dispositions de protection des données à caractère personnel prévues au paragraphe 1 seront entrées en vigueur sur le territoire des Parties contractantes concernées par la transmission.

La référence au niveau de protection des données à caractère personnel du Conseil de l'Europe englobe également le Protocole additionnel à la CPD (N° 44ss.). Dès lors, l'obligation d'instaurer une autorité de surveillance « totalement indépendante » s'applique également dans le contexte de la Convention d'application de Schengen⁸¹.

⁷⁹ Cf. art. 111 al. 2 CAS.

⁸⁰ Pour la Suisse, sont pertinentes à ce propos au niveau fédéral les réglementations relatives à la responsabilité de la LPD et de la LRCF (loi sur la responsabilité ; RS 170.32) ; au niveau cantonal, les textes topiques relatifs à la responsabilité de l'Etat.

⁸¹ Dans ce sens HÄNER, p. 7.

cc. Directive 95/46/CE (Directive sur la protection des données personnelles)

52. Un autre texte impératif pour la Suisse en vertu de l'AAS (Annexe B art. 2 al. 2) est la **Directive 95/46/CE**⁸² (Directive). Par ce biais, les Etats membres de l'UE entendaient prendre en compte les tensions existant entre, d'une part, la libre circulation des données résultant de l'ouverture du marché unique, et, de l'autre, les personnes touchées dans leurs libertés fondamentales⁸³. L'UE entend y parvenir par un certain nombre de mesures obligatoires que les Etats membres doivent intégrer par analogie dans leur ordre juridique interne. A l'inverse de la CPD, la Directive ne fixe pas des standards minimaux, mais elle essaie de garantir une protection des données aussi élevée et aussi globale que possible. La Directive n'est pas self-executing. Selon l'art. 288 al. 3 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. Cet instrument a permis d'atteindre l'harmonisation recherchée au niveau européen en matière de protection des données⁸⁴. Contrairement à la CPD, la Directive ne s'applique pas seulement à la transmission automatique des données, mais également à leur traitement manuel⁸⁵. En revanche, comme pour la CPD, son champ d'application personnel reste limité aux personnes physiques⁸⁶.

53. L'art. 28 al 1 de la Directive oblige les Etats membres à instaurer une ou plusieurs autorités publiques chargées de surveiller l'application, sur leur territoire, des dispositions adoptées par les Etats membres en application de la directive. A la deuxième phrase du premier alinéa, il est explicitement précisé que ces autorités exercent « **en toute indépendance** » les missions dont elles sont investies. La Directive ne précise cependant pas ce qu'il faut entendre par le terme « en toute indépendance », pas plus que la marge de manœuvre laissée aux Etats membres. Le *considérant 49* du préambule répète le même principe, sans apporter de précision supplémentaire. Quant au *considérant 62*, il rappelle que l'institution, dans les Etats membres, d'autorités de contrôle exerçant en toute indépendance leurs fonctions est un élément essentiel de la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel. L'indépendance revêt de la sorte une signification centrale pour l'application efficace de la protection des données et, de la sorte, pour l'organisation de la surveillance en la matière. Finalement, le *considérant 63* rappelle que ces autorités doivent être dotées des moyens nécessaires à l'exécution de leurs tâches, qu'il s'agisse des pouvoirs d'investigation et d'intervention, en particulier lorsque les autorités sont saisies de réclamations, ou du pouvoir d'ester en justice; au surplus, elles doivent contribuer à la transparence du traitement de données effectué dans l'Etat membre dont elles relèvent.

54. Dans le contexte d'une procédure pour violation des obligations du Traité européen à l'encontre de l'Allemagne, la **Commission européenne** a entendu de la sorte la notion de

⁸² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO N° L 281 du 23/11/1995, p. 0031 – 0050).

⁸³ Cf. en particulier les considérants 3–14 de la Directive; STÄMPFLI, p. 134.

⁸⁴ STÄMPFLI, p. 150.

⁸⁵ Cf. art. 3 al. 1 Directive. La question de savoir si la directive doit être intégralement appliquée par la Confédération et les cantons, et donc pas seulement dans les domaines couverts par la Convention d'application de Schengen, suscite la controverse. Pro EPINEY, p. 121; contra RUDIN, p. 13.

⁸⁶ Cf. art. 2 lit. a Directive.

« en toute indépendance » (évidences de l’auteur, traduction de l’original qui existe uniquement en allemand, n.d.t.)

*« L’indépendance totale des organes de contrôle revêt une signification centrale pour une application efficace du droit national de la protection des données au bénéfice de tous les citoyens. (...) Certes, l’aménagement de cette indépendance reste confié pour les détails aux Etats membres, quoique ceux-ci doivent adopter des réglementations respectant l’esprit de l’art. 28 al. 1 2^{ème} phrase. (...) La lettre de cette disposition requiert sans risque de se tromper une « indépendance totale. » Cette formule implique qu’en vertu de la Directive il ne saurait plus exister la moindre sujétion de l’autorité de contrôle, **aussi minime soit-elle**. La possibilité de directives émanant d’autorités hiérarchiquement supérieures représente une sérieuse emprise et fait dès lors obstacle à l’indépendance totale. L’article 286 du Traité sur le fonctionnement de l’UE et l’article 8 CEDH (...) confirment une telle interprétation, dans la mesure où ils exigent que le respect de ces prescriptions soit « contrôlé par un organe indépendant ». C’est la raison pour laquelle la Commission européenne est d’avis que l’inexistence de la possibilité de donner d’éventuelles instructions à l’autorité de contrôle constitue une condition essentielle pour en garantir la complète indépendance. Il s’ensuit que les Etats membres, afin de pouvoir satisfaire à leur obligation, inscrite à l’art. 28 al. 1 2^{ème} phrase de la Directive, de garantir une « indépendance totale », doivent adopter des réglementations qui rendent impossible toute possibilité d’influencer la formation de la volonté et le mode de fonctionnement des organes de contrôle. Pour ce faire, il convient en particulier que ceux que l’organe de contrôle a la charge de surveiller ne puissent en aucune façon l’influencer, **directement ou indirectement**, que les organes de contrôle en tant que tels ne soient soumis à **aucune directive, quelle qu’elle soit**, que ses décisions ne puissent être **ni influencées ni modifiées par les instances politiques**, et que les membres de l’organe de contrôle adoptent durant leur mandat une position raisonnable »⁸⁷.*

dd. Extension de la Convention d’application de Schengen: Décision-cadre 2008/977/JAI

55. L’adoption de la **Décision-cadre 2008/977/JAI du 27 novembre 2008**⁸⁸ par le Conseil de l’Union européenne a été notifiée à la Suisse le 15 décembre 2008. Il s’agit d’une extension de la Convention d’application de Schengen, à la transposition de laquelle la Suisse s’est engagée par l’Accord de Schengen avec l’UE⁸⁹.

Sous l’égide du Traité de Nice, la coopération policière et judiciaire en matière pénale relevait du troisième pilier de l’UE, qui se basait sur des conventions intergouvernementales. Il s’agit d’un domaine dans lequel la Directive 95/46/CE ne s’applique pas. La plus récente décision-cadre dans le domaine de la protection des données entend combler cette lacune dans la coopération *internationale* en matière de traitement des données, en ce sens que les Etats membres restent libres de transposer également pour le traitement des

⁸⁷ Cf. Stellungnahme der Kommission der Europäischen Gemeinschaften im Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen Verletzung von Art. 28 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 95/46/EG – 2003/4820 C(2005) 2098.

⁸⁸ Décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale (JO L 350 du 30.12.2008, p. 60ss).

⁸⁹ La transposition de la Décision-cadre 2008/977/JAI et les recommandations du Rapport d’évaluation de l’UE ont conduit la Suisse à adopter un nouveau projet de loi. Une explication détaillée des modifications législatives à la LPD proposées en ce qui concerne le statut du Préposé se trouve au N° 73.

données au niveau national les obligations qui y sont contenues⁹⁰. Les deux nouveautés les plus remarquables de la Décision-cadre 2008/977/JAI concernent l'obligation d'informer et l'indépendance du contrôle en matière de protection des données, qui connaissent toutes deux une extension, voire une revalorisation.

56. Ce qui nous intéresse ici en tout premier lieu sous l'angle de l'indépendance, c'est que l'*art. 25* de la Décision-cadre 2008/977/JAI prévoit dans chaque Etat membre une (ou plusieurs) autorité publique chargée de conseiller et de surveiller l'application, sur son territoire, des dispositions adoptées par les États membres en application de la présente décision-cadre. Cette autorité exerce **en toute indépendance** les missions dont elle est investie. Chaque autorité de contrôle dispose notamment de pouvoirs d'investigation et d'intervention, ainsi que du pouvoir d'ester en justice. Selon le considérant 33 de la Décision-cadre, la création, dans les États membres, d'autorités de contrôle exerçant leurs fonctions en toute indépendance est une composante essentielle de la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire entre les États membres, tandis que le considérant 34 réaffirme que les autorités de contrôle déjà mises en place dans les États membres en vertu de la directive 95/46/CE peuvent aussi prendre en charge les tâches qui doivent être accomplies par les autorités de contrôle nationales mises en place conformément à cette nouvelle Décision-cadre. Quant au considérant 35, il dispose que les autorités de contrôle doivent être dotées des moyens nécessaires à l'exécution de leurs tâches. Toutefois, leurs pouvoirs ne devraient interférer ni avec les règles spécifiques fixées pour la procédure pénale, ni avec l'indépendance du pouvoir judiciaire. Ces dispositions relatives à l'indépendance des organes de contrôle en matière de protection des données correspondent, pour ce qui est des obligations qu'elles imposent, à l'*art. 28* de la Directive.

ee. En partant de quelques éléments relatifs à l'indépendance...

57. Dans la *doctrine*, les exigences relatives à l'indépendance requise des organes de contrôle, telles qu'elles ressortent du corpus réglementaire du Conseil de l'Europe et de l'UE, sont circonscrites par **diverses composantes** regroupant **divers éléments**, sur lesquels il convient de s'arrêter brièvement.

58. L'**indépendance fonctionnelle** signifie que l'organe de contrôle doit pouvoir décider lui-même comment il entend remplir les obligations qui lui sont confiées, de manière autonome et sans aucune directive extérieure. Cela implique que l'organe de contrôle ne soit soumis à *aucune injonction* émanant de celles et ceux qu'il est chargé de surveiller. Et cela vaut aussi bien du point de vue du contenu que de l'étendue de son activité. Il doit être absolument impossible pour le législatif ou l'exécutif d'influencer la formation de la volonté et la manière d'agir de l'organe de contrôle. Les autorités chargées de surveiller l'organe de contrôle, ne sauraient exercer la moindre influence, directe ou indirecte, sur son activité de surveillance. Dans un tel contexte, la doctrine parle également d'une « interdiction d'immixtion absolue » (absolute «Einwirkungsverbot»)⁹¹.

59. L'**indépendance institutionnelle** signifie que l'organe de contrôle ne peut être soumis à aucun autre organe de l'Etat⁹². Il ne saurait exister aucune sujétion d'une autorité hiérarchiquement supérieure, et pour cette dernière il doit être interdit de donner à l'organe de contrôle des instructions relatives à la manière dont il doit exercer ses attributions. Mais les

⁹⁰ HUBER, in BSK DSG, N° 20ss. avant les art. 26–32 LPD.

⁹¹ Pour toute la problématique HÄNER, p. 11.

⁹² HÄNER, p. 10.

Etats conservent une certaine marge de manœuvre. En particulier un aménagement institutionnel bien précis, pour ne pas dire naturel (comme l'instauration d'une personne morale), n'est pas exigé : l'indépendance qui doit être accordée se conçoit en tout premier lieu comme une *qualification de l'activité* et non comme une marque de l'organisation. En conséquence, les obligations internationales n'interdisent pas d'intégrer l'organe de contrôle dans l'appareil administratif existant⁹³. Dès lors, l'indépendance ne s'étend pas au point que l'instauration d'un organe de contrôle en vienne à représenter un quatrième pouvoir de l'Etat⁹⁴. En pratique, les exigences relatives à l'aménagement de l'organisation de l'organe de contrôle doivent être déterminées en fonction de l'interdiction absolue de toute immixtion dans l'exercice des attributions (N° 58). Il en découle un certain nombre de conditions mises au mode de désignation de l'organe de contrôle, à sa position dans l'organigramme de l'administration, à l'aménagement potentiel de la surveillance, sans oublier des exigences personnelles.

- *Aménagement du mode de désignation*: une élection de l'organe de contrôle par le parlement en renforce l'indépendance.
- *Position dans l'organigramme de l'administration*: une éventuelle mainmise extérieure sur les procédures et les décisions de l'organe de contrôle doit rester exclue. L'organe de contrôle doit pouvoir travailler à l'abri de toute directive (N° 58). Dans ce but, il ne peut être rattaché qu'administrativement, et pas hiérarchiquement, à une autre autorité dans l'organisation administrative de l'Etat correspondant. Une indépendance totale signifie que l'autorité de surveillance, à l'exception des tribunaux, demeure le seul office public qui puisse assumer les fonctions d'un organe de contrôle⁹⁵. Des conflits d'intérêt au sein de l'organe de contrôle dans l'exercice de ses attributions doivent pouvoir être évités dans toute la mesure du possible. Dans ce contexte, les exigences relatives à l'indépendance totale ne sont suffisamment prises en compte que si l'autorité de surveillance ne peut se voir charger d'aucune autre tâche en plus de ses compétences relatives à la protection des données⁹⁶.
- *Aménagement de la surveillance*: dans le contexte de l'indépendance fonctionnelle qu'il s'agit de garantir, il est essentiel que la surveillance sur l'organe de contrôle soit exercée elle aussi sans la moindre directive. Pour cette raison, il serait absolument impensable que l'autorité de contrôle soit soumise à une forme de surveillance administrative, quelle qu'elle soit, dans l'exercice quotidien de ses attributions. La voie judiciaire est ouverte contre des décisions de l'organe de contrôle sujettes à recours. De la sorte, même une surveillance étatique par l'exécutif, qui se limiterait à juger la légalité de l'activité de l'autorité de surveillance en matière de protection des données, se révélerait incompatible avec les impératifs de l'indépendance totale, dans la mesure où, dans un cas concret, la question de la légalité serait très étroitement liée à la manière dont l'autorité exerce son activité. Le mécanisme de contrôle devrait être aménagé de manière à n'exercer aucun effet sur l'exercice des attributions de l'autorité de surveillance. Seul serait concevable un contrôle « administratif »

⁹³ EPINEY/THEUERKAUF, p. 71s.

⁹⁴ HÄNER, p. 9ss.

⁹⁵ Cependant dans les Etats fédéraux il peut exister plus d'une autorité de surveillance en fonction de la répartition des compétences; cf. SCHAAR, p. 579s.

⁹⁶ EPINEY/THEUERKAUF, p. 72s.

équivalent aux contrôles des tribunaux, ou alors une haute surveillance du Parlement⁹⁷.

- Au niveau *personnel*⁹⁸ il convient de s'assurer que les personnes chargées de la surveillance en matière de données disposent des compétences professionnelles suffisantes et qu'il n'existe aucun risque de conflits d'intérêts – par exemple en raison d'activités extraprofessionnelles. Ce dernier point est garanti dans la mesure où les personnes concernées sont obligées de déclarer leurs liens d'intérêts et de se récuser si elles sont parties prenantes dans un cas concret. Un membre d'un organe de contrôle doit s'abstenir d'actions incompatibles avec ses charges, et il ne saurait se charger d'autres tâches durant son mandat. Et cela indépendamment du fait que ces activités soient accomplies à titre onéreux ou non. En ce qui concerne le rapport de droit entre l'Etat et l'individu travaillant pour l'autorité de surveillance, il est clair qu'un contrat de travail classique résiliable par les deux parties ne suffit pas. Les membres de l'autorité de surveillance doivent être élus pour un mandat de durée précise, sans possibilité de résiliation anticipée de la part de la collectivité publique⁹⁹. La désignation de l'organe dirigeant ou du chef de l'autorité de surveillance ne devrait pas relever uniquement de l'exécutif, dans la mesure où celui-ci pourrait de la sorte exercer une influence indirecte sur l'exercice des attributions de l'autorité¹⁰⁰. Une résiliation anticipée de la part des pouvoirs publics n'est admissible qu'en cas de violation grave des devoirs de service et doit pouvoir être contestée devant les tribunaux par la personne concernée¹⁰¹. Les motifs d'une résiliation anticipée doivent être prévus dans la loi¹⁰². Les membres de l'autorité de surveillance ne sauraient être relevés de leur charge pour des actes commis dans le contexte de l'exercice de leurs attributions légales. En principe, ils ne devraient pas être démis de leurs fonctions par une autorité politique supérieure avant la fin de leur mandat. Une telle rupture des liens de travail représenterait une violation du principe de l'indépendance fonctionnelle¹⁰³.

60. L'**indépendance matérielle** signifie que l'autorité de surveillance doit disposer d'une certaine *infrastructure*, à commencer par un *financement suffisant*, qui se prête à l'exécution sans accroc de ses fonctions. L'autorité de contrôle doit notamment être dotée de *son personnel et de ses propres locaux*, afin qu'elle puisse travailler indépendamment du gouvernement et ne pas être soumise à un contrôle financier susceptible de restreindre son indépendance. Les questions personnelles et financières de l'autorité de surveillance doivent être réglées de manière à garantir l'accomplissement effectif de ses tâches¹⁰⁴. Le budget de l'organe de contrôle en matière de protection des données ne saurait représenter une fraction du budget d'une autre unité de l'organisation¹⁰⁵.

⁹⁷ HÄNER, p. 11; SCHAAR, p. 580.

⁹⁸ L'indépendance personnelle est parfois considérée comme un aspect intégral de l'indépendance et parfois comme une subdivision de l'indépendance fonctionnelle.

⁹⁹ Cf. HUBER, in BSK DSG, N° 25 avant les art. 26–32; RUDIN, p. 74.

¹⁰⁰ EPINEY/THEUERKAUF, p. 72s.

¹⁰¹ RUDIN, p. 74.

¹⁰² RUDIN, in Breitenmoser/Gless/Lagodny, p. 235.

¹⁰³ HÄNER, p. 11.

¹⁰⁴ EPINEY/THEUERKAUF, p. 72.

¹⁰⁵ RUDIN, in Breitenmoser/Gless/Lagodny, p. 235.

ff. ... jusqu'à un concept global de l'indépendance

61. C'est dans la Directive 95/46/CE et le Protocole additionnel à la CPD que l'on rencontre les prescriptions les plus extensives quant à l'obligation d'instaurer des instances de contrôles totalement indépendantes, dotées de compétences de surveillance, de conseil et d'intervention. « En toute indépendance » doit s'entendre comme une autonomie complète, générale et globale, comme une indépendance à tous points de vue. Dès lors, toute tentative de l'amenuiser ou de la restreindre, directement ou indirectement, est interdite¹⁰⁶.

62. En se basant sur les obligations du droit international et sur les documents qui les fondent, il ressort que des exigences élevées sont mises à l'indépendance des organes de protection des données, tant au point de vue **institutionnel, fonctionnel** que **matériel**. L'« indépendance totale » postulée à l'art. 28 de la Directive et à l'art 1 du Protocole additionnel ne peut exister que si ces conditions sont remplies cumulativement. Le droit international exige de la part des autorités de surveillance en matière de protection des données une indépendance qui, de par sa radicalité, se rapproche beaucoup de celle des tribunaux. Mais pour ce qui est des détails, la doctrine et la jurisprudence ne sont pas unanimes sur les conditions qui, dans les cas particuliers, doivent être remplies afin que l'indépendance du contrôle soit assurée. Il est certes incontestable qu'une simple indépendance formelle ne suffit pas. Au cœur de cette notion, on trouve l'indépendance fonctionnelle, de laquelle découlent les exigences incontournables en matière d'aménagement de l'organisation et des finances de l'autorité de surveillance. Cette indépendance fonctionnelle, l'absence de toute instruction possible donnée aux organes de contrôle de la protection des données par des autorités hiérarchiquement supérieures sur la manière dont l'autorité exerce ses compétences, doit demeurer intangible et doit dès lors être entendue dans un sens absolu (« interdiction absolue de toute ingérence »). L'autorité de contrôle ne doit en aucun cas être soumise à l'influence d'une autre autorité¹⁰⁷.

III. Une comparaison avec la Confédération et les autres cantons

63. Aux termes des art. 3 et 42 al. 1 CF, la Confédération ne peut réglementer un domaine spécifique que si la Constitution fédérale contient une norme correspondante (principe de la compétence dérivée). Comme une telle délégation de compétences fait défaut en matière de protection des données, il n'existe pas au niveau national de législation uniforme s'appliquant tout à la fois à la Confédération, aux cantons et aux communes. Dans les domaines pour lesquels la Confédération est compétente, les Chambres fédérales sont compétentes au sens d'une compétence annexe à la réglementation de la protection des données¹⁰⁸. En se basant sur cette compétence annexe, mais également sur ses compétences en matière de droit civil et pénal, la Confédération a édicté la LPD pour le traitement des données des personnes privées et des autorités *fédérales*. Pour le reste, la compétence revient aux cantons. Là où ceux-ci exécutent cette tâche fédérale et ne connaissent pas de prescriptions topiques garantissant un niveau de protection adéquat, alors certaines dispositions de la LPD s'appliquent subsidiairement au traitement des données personnelles (art. 37 al. 1 LPD).

¹⁰⁶ SCHAAR, p. 580.

¹⁰⁷ BRUNNER, in Epiney/Hobi, p. 144.

¹⁰⁸ SCHWEGLER, p. 6s.

64. Sur la base des principes de droit international public présentés ci-dessus au ch. II, la **Confédération** et les **cantons** sont tenus d'instaurer des organes de contrôle chargés d'exercer leurs attributions *en toute indépendance*. Afin de mieux comprendre cette notion, il peut s'avérer utile – outre le recours à l'interprétation par les organes du Conseil de l'Europe et de l'UE ainsi qu'à la littérature qui lui est consacrée – de s'intéresser à la manière dont la Confédération (N° 65ss.) et les cantons (N° 75ss.) ont concrétisé cet objet.

1. La protection des données au niveau fédéral et le préposé à la transparence

a. Statut organique et institutionnel

65. Le statut organique et institutionnel du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après le Préposé) est réglementé à l'art. 26 LPD. La loi dispose expressément que le préposé exerce ses fonctions de manière **indépendante** (art. 26 al. 3 LPD). Le concept d'indépendance n'est pas autrement précisé. Dans le cadre de la révision partielle du 24 mars 2006¹⁰⁹, la LPD a été adaptée au Protocole additionnel à la CPD (N° 44ss), qui – ainsi que nous l'avons vu – conformément à la Directive 95/46/CE, exige l'instauration d'une autorité de surveillance chargée d'exercer ses attributions en toute indépendance. Dans ce contexte, le concept d'indépendance figurant à l'art. 26 al. 3 LPD doit revêtir la même signification que celui du Conseil de l'Europe et de l'UE.

66. L'**autorité de nomination** est le Conseil fédéral (art. 26 al. 1 LPD). La doctrine dominante était jusqu'à présent d'avis que la nomination du Préposé par la plus haute autorité exécutive s'accordait avec l'indépendance qui devait lui être concédée, aussi longtemps que les autres exigences de l'art. 28 de la Directive étaient remplies. Ce déficit du système pouvait être compensé par d'autres garanties institutionnelles¹¹⁰. Mais au vu des tout derniers développements, cette opinion est désormais dépassée¹¹¹.

67. Du point de vue de l'**organisation**, le principe de l'indépendance interdit l'intégration hiérarchique du Préposé dans l'organigramme de l'administration fédérale, tout en autorisant un rattachement administratif à une unité¹¹². A l'origine, le Préposé était rattaché au DFJP.

¹⁰⁹ Loi fédérale du 24 mars 2006, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2008 (RO 2007 4983 ; cf. Message relatif à la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) et à l'arrêté fédéral concernant l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données du 19 février 2003, FF 2003 1915).

¹¹⁰ EPINEY ET AL., p. 278; RUDIN/BAERISWYL, in Epiney/Theuerkauf, p. 169 et 193ss.; contra HUBER, in BSK DSG, N° 24 avant les art. 26–32, qui voit une violation *per se* de l'art. 28 de la Directive, qui ne pourrait pas être annulée par des mesures de protection renforcées dans d'autres domaines, comme une plus longue période de fonction. Cf. également en référence au niveau cantonal RUDIN, Datenschutz, p. 1133, qui malgré la légitimation des exécutifs cantonaux découlant de la démocratie directe part du principe que la voie de la nomination par l'exécutif uniquement ne devrait sans doute bientôt plus être admissible.

¹¹¹ Pour renforcer l'indépendance institutionnelle du Préposé, le Conseil fédéral envisage de modifier la LPD de manière à ce que la nomination de celui-ci par le Conseil fédéral doive être approuvée par les Chambres fédérales (cf. infra N° 73).

¹¹² HUBER défend en plus l'opinion selon laquelle une indépendance totale au sens de la Directive 95/46/CE n'existe que si l'autorité de surveillance en matière de protection des données est

Depuis le 1^{er} janvier 1998, il est **rattaché administrativement à la Chancellerie fédérale** (art. 26 al. 3 LPD). Son indépendance devrait en être renforcée, dans la mesure où la Chancellerie fédérale, en sa qualité d'état-major du Conseil fédéral, ne traite pratiquement pas d'objets touchant la protection des données, au contraire des départements fédéraux. En dépit de l'indépendance ancrée dans la loi, il s'agit pour le Préposé, comme l'a fait ressortir le Tribunal fédéral, d'un *service administratif fédéral*, qui ne dispose pas de la personnalité juridique¹¹³. Le rattachement administratif signifie que le Préposé n'est soumis à *aucune directive* de la part de la Chancellerie fédérale, qu'il n'est pas lié hiérarchiquement à cette dernière et qu'il n'en relève pas au niveau central, mais comme une *unité administrative décentralisée*¹¹⁴. A la différence des unités centrales de l'administration fédérale, ces unités ne sont pas hiérarchiquement subordonnées à une autorité, mais elles lui sont simplement rattachées *administrativement*. Pour ce qui est de l'attribution administrative, il s'agit d'un concept relevant du droit de l'organisation et destiné à caractériser les unités décentralisées de l'administration fédérale. Selon Huber, le terme le plus adéquat pour qualifier le Préposé est de parler d'un « établissement *sui generis* ». Du point de vue de sa position dans l'organisation et de sa fonction, on peut noter des analogies avec la Surveillance fédérale des marchés (FINMA) et la Commission de la Concurrence (COMCO). Le Préposé dispose d'un secrétariat permanent et, de la sorte, présente une structure équivalente aux commissions décisionnelles (« Behördenkommissionen ») fédérales¹¹⁵.

68. L'indépendance du Préposé revêt une importance cruciale pour l'**accomplissement de ses tâches** : sa crédibilité, sa réputation, son poids politique au sein de la population, que ce soit vis-à-vis des médias, de l'économie, mais également de l'administration fédérale, sont entièrement et directement liés à son indépendance. Le Préposé ne reçoit *absolument aucune directive* de la part des offices qui sont soumis à son contrôle. L'indépendance au sens de la LPD n'existe que s'il est exclu que le Conseil fédéral – qui selon l'art. 27 al. 1 n'est pas soumis à la surveillance du préposé à la protection des données – puisse donner des instructions au Préposé ou s'immiscer de toute autre manière dans l'exercice de ses attributions. L'exécutif et l'administration fédérale ne sont dès lors d'aucune façon autorisés à donner des instructions quant à la manière dont le préposé doit remplir son office. Dans l'exercice de ses compétences, le Préposé n'est soumis qu'à la loi¹¹⁶.

69. Selon l'art. 178 al. 1 CF, il appartient au Conseil fédéral de diriger l'administration fédérale et de la contrôler. En sa qualité d'unité décentralisée, le Préposé fait également partie de l'administration fédérale, et de la sorte il est soumis, aux termes de la Constitution, à la **surveillance** du Conseil fédéral ainsi qu'au **contrôle financier** opéré par le Contrôle fédéral des finances (CDF). L'absence de directives à l'égard du préposé dans l'exercice de ses attributions restreint pourtant sensiblement le contrôle : certes, les affaires courantes sont soumises à surveillance, et il faut entendre cela comme un contrôle du suivi et de l'efficacité. Dans certains domaines déterminés, l'indépendance n'engendre donc pas de limitation

rattachée administrativement au *législatif* comme autorité de nomination et de tutelle, voire à la Chancellerie.

¹¹³ BGE 123 II 542, c. 2g p. 546; cf. également HUBER, in BSK DSG, N° 31 relatif à l'art. 26.

¹¹⁴ SÄGESSER, p. 1422.

¹¹⁵ SÄGESSER, p. 1423.

¹¹⁶ SÄGESSER, p. 1421; HUBER, in BSK DSG, N° 27 relatif à l'art. 26.

absolue quant à l'exercice d'une surveillance, mais uniquement une obligation de retenue¹¹⁷. Mais de toute manière un contrôle substantiel reste exclu¹¹⁸.

70. Pour remplir sa mission, le Préposé dispose d'un **secrétariat** permanent (art. 26 al. 4 LPD). Les rapports de travail de ce dernier se déterminent en fonction de la loi sur le personnel de la Confédération¹¹⁹ et de ses ordonnances d'exécution (art. 30 al. 2 OLPD).

71. Le Préposé dispose en outre de son **propre budget**, qui est certes intégré dans celui de la Chancellerie fédérale, mais figure dans une rubrique spécifique (art. 26 al. 4 LPD, art. 30 al. 3 OLPD). Dans le cadre de l'indépendance qui lui est accordée, il doit pouvoir disposer des moyens personnels et financiers nécessaires, desquels il doit pouvoir disposer librement, afin qu'il puisse remplir sa mission légale avec tout le soin nécessaire. L'indépendance requise n'est plus garantie si les ressources deviennent insuffisantes. Il en irait de même si le Préposé se voyait attribuer des moyens uniquement en présentant un budget *détaillé*, dont les rentrées devraient encore être approuvées *de cas en cas* par un autre organe (Conseil fédéral, parlement)¹²⁰. En d'autres termes, l'indépendance exige absolument que les ressources nécessaires à l'exercice de ses attributions légales soient transférées au Préposé dans le cadre d'une *enveloppe budgétaire*¹²¹.

b. Résultats du rapport d'évaluation de l'UE

72. Dans le contexte de l'entrée en vigueur de la Convention d'application de Schengen, la Suisse a été soumise à une **évaluation** par l'UE dans la première moitié de l'année 2008. A l'occasion de cette expertise, la transposition par la Confédération et les cantons des normes de Schengen dans le domaine de la protection des données a été examinée. En se basant sur le rapport d'un team d'experts, le Conseil de l'UE pour la justice et les affaires intérieures a constaté au début du mois de juillet 2008 que l'ordre juridique suisse remplissait *globalement* les exigences de la convention d'application de Schengen dans le domaine de la protection des données. En ce qui concerne l'indépendance devant être garantie à l'organe de contrôle, le team d'experts a néanmoins émis quelques réserves. Dans le rapport du Comité d'évaluation, il est *recommandé* à la Suisse de **renforcer la position du Préposé**, en ce sens que les normes relatives à sa désignation et à la fin de son mandat doivent être rédigées en des termes plus explicites, qu'une plus grande autonomie doit lui être accordée et garantie pour les questions de budget et de personnel, qu'aucune autorité ne peut déterminer comment le Préposé doit se comporter et prendre ses décisions dans un cas concret. La Suisse a fait siennes ces recommandations et s'est engagée à les mettre en œuvre¹²².

¹¹⁷ SÄGESSER, p. 1420.

¹¹⁸ Dans ce sens: EPINEY, p. 126; HÄNER, p. 11; SCHAAR, p. 580; contra SÄGESSER, p. 1421, pour lequel la surveillance comporte un examen non seulement quantitatif, mais aussi *qualitatif de la manière dont les tâches sont remplies*. De la sorte, explique l'auteur, cela permettrait de tirer des conclusions quant à la marge de manœuvre légale ou à l'activité administrative.

¹¹⁹ Loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers) (RS 172.220.1).

¹²⁰ SÄGESSER, p. 1423.

¹²¹ HUBER, in BSK DSG, N° 34 relatif à l'art. 26.

¹²² Message relatif à la LF portant mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI relative à la protection des données à caractère personnel traitées dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, du 11 septembre 2009 en vigueur depuis le 1^{er} décembre 2010 (FF 2009 6091); cf. en outre BRUNNER, in Breitenmoser/Gless/Lagodny, p. 207.

c. *Révision partielle de la LPD portant mise en œuvre de la Décision-cadre 2008/977/JAI ainsi que des recommandations du rapport d'évaluation*

73. Le 11 septembre 2009, le Conseil fédéral a rédigé à l'attention de l'Assemblée fédérale le message et le projet relatifs à une nouvelle **modification de la LPD**¹²³. Afin de transposer les exigences imposées par l'art. 25 de la *Décision-cadre 2008/977/JAI (N° 55)* et de tenir compte des *recommandations du rapport d'experts sur Schengen (N° 72)*, selon lequel le droit suisse n'offre malheureusement pas de garanties *institutionnelles* suffisamment étendues quant à l'indépendance des organes de contrôle en matière de protection des données, le projet de révision (ci-après : P-LPD) prévoit un certain nombre de précisions quant au statut du préposé :

- **Nomination:** désormais, le préposé est nommé par le *Conseil fédéral* pour une période de fonction de quatre ans, mais sa nomination est soumise à *l'approbation de l'Assemblée fédérale* (Art. 26 al. 1 P-LPD). Cette approbation revêt une valeur constitutive. Si le parlement n'approuve pas la désignation du préposé, alors le Conseil fédéral doit choisir un autre candidat¹²⁴. Le Préposé se voit ainsi accorder une légitimité supplémentaire, puisque sa désignation ne dépend plus exclusivement de l'exécutif. Du point de vue du Conseil fédéral, l'approbation parlementaire représente un bon compromis entre la situation précédente et une nomination par le Parlement¹²⁵. La modification du mode de désignation tient également compte des critiques exprimées dans la doctrine¹²⁶, pour laquelle la nomination par l'exécutif n'offre pas des garanties suffisantes pour l'indépendance du préposé.
- La version actuelle de l'art. 30 al. 2 OLPD se réfère déjà à la loi sur le personnel de la Confédération et à ses ordonnances d'exécution pour ce qui concerne les **rapports de travail** du Préposé. Cette réglementation sera désormais explicitement ancrée à l'art. 26 al. 2 P-LPD. Mais des réglementations spéciales dans la LPD restent réservées. Selon l'art. 26 al. 5 P-LPD, la rémunération du Préposé ne doit pas dépendre d'un processus d'évaluation. Son indépendance semble difficilement compatible avec une rétribution déterminée en fonction de ses prestations, puisqu'aucune autorité n'est censée avoir une influence sur ses activités¹²⁷.
- Il existe désormais dans la LPD une réglementation relative au **renouvellement** et à la **fin des rapports de fonction** du préposé, qui s'écarte quelque peu de la LPers. A l'échéance de la période de fonction de quatre ans (art. 26 al. 1 P-LPD), celle-ci est reconduite tacitement, à moins que le Conseil fédéral décide de ne pas la renouveler pour des motifs objectifs suffisants, au plus tard six mois avant son échéance (art. 26a al. 1 P-LPD). Il s'agit en l'occurrence de motifs qui ne touchent pas l'indépendance du Préposé¹²⁸. La réélection ne nécessite pas de nouvelle approbation par l'Assemblée fédérale¹²⁹. A l'art. 26a al. 3 P-LPD, on trouve une réglementation relative à l'extinction des rapports de service par le Conseil fédéral pendant la période de fonction.

¹²³ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122) (FF 2009 6091ss.)

¹²⁴ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122), FF 2009 6116.

¹²⁵ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122), FF 2009 6117.

¹²⁶ HUBER, p. 220s.; EPINEY, p. 126ss.

¹²⁷ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122), FF 2009 6117.

¹²⁸ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122), FF 2009 6117 (avec plusieurs références).

¹²⁹ Message relatif à la mise en œuvre de la décision-cadre 2008/977/JAI (note 122), FF 2009 6117.

- L'**indépendance dans l'exercice de ses attributions** (N° 59) est désormais ancrée à l'art. 26 al. 3 P-LPD, qui précise expressément que le Préposé *ne reçoit pas d'instructions* de la part d'une autre autorité.
- Un **aspect personnel** de l'indépendance (N° 59) est désormais précisé à l'art. 26b P-LPD : l'exercice d'une autre activité – peu importe qu'elle soit bénévole ou pas – exige une approbation du Conseil fédéral. Le cas échéant, elle ne doit pas affecter l'indépendance ou la réputation du Préposé.
- L'ancienne réglementation doit également être complétée de manière à garantir une certaine indépendance matérielle : à l'art. 26a al. 4 P-LPD il est désormais expressément prévu que le Préposé – en dépit de son rattachement administratif auprès de la Chancellerie fédérale – engage son **personnel**. C'était déjà le cas au préalable, sans que cela ne soit formellement inscrit dans la loi.

74. L'extension des dispositions relatives à la nomination et au statut du Préposé a permis de mieux circonscrire le concept d'indépendance. Le projet de révision a été adopté par le Conseil national le 30 novembre 2009, qui a suivi le projet du Conseil fédéral présenté ici et la majorité de sa commission. Le dossier passe ensuite entre les mains du Conseil des Etats.

2. La surveillance de la protection des données dans les cantons

a. Point de départ

75. Les **cantons** sont compétents pour réglementer la protection des données sur le domaine public cantonal¹³⁰. Certes, l'art. 37 al. 2 LPD les oblige à désigner un organe chargé de veiller au respect de la protection des données *lors de l'exécution du droit fédéral*¹³¹. Il ne contient cependant aucune prescription relative à l'aménagement juridique de cet organe de contrôle. C'est notamment la réglementation de l'art. 26 LPD (concernant le statut du Préposé) qui ne s'aurait s'appliquer par analogie.

76. Depuis l'entrée en vigueur formelle de la convention d'application de Schengen, les **prescriptions de droit international** contenue à l'art. 28 al. 1 de la Directive et à l'art. 1 du Protocole additionnel sont également applicables aux cantons (art. 5 al. 4 CF).

Auparavant, les cantons n'étaient pas tenus de réglementer *légalement* la protection des données pour l'activité de leurs autorités administratives¹³². En cas de dispositions défailtantes ou lacunaires concernant les activités de l'autorité de surveillance, les normes de la loi fédérale en la matière s'appliquaient par analogie en fonction de l'art. 37 al. 2 LPD. Il y a peu de temps encore, tous les cantons ne disposaient pas d'une loi sur la protection des données.

Jusqu'en 2008, le canton de *Nidwald* ne disposait d'aucune réglementation relative à la protection des données. Les cantons d'*Argovie* et d'*Appenzell Rhodes-extérieures* n'avaient adopté de réglementation qu'au niveau des règlements et des directives, qui dans le canton d'Argovie par exemple ne s'appliquaient qu'aux autorités cantonales, mais pas communales. Dans les cantons de *St.Gall* et d'*Obwald*, il n'existait au niveau légal que des réglementations fragmentaires, extrêmement imprécises, l'essentiel du pouvoir étant délégué à l'autorité réglementaire. Les autres cantons disposaient certes de lois sur la protection des données au sens formel, mais de portée et de densité normative très différentes. Les lois adoptées jusque vers le milieu des années 1980 se limitaient parfois au simple traitement automatisé des données. Seules les lois

¹³⁰ Cf. JÖHRI, in Handbuch DSG, N° 1 relatif à l'art. 37.

¹³¹ Cf. RUDIN, in BSK DSG, N° 52 relatif à l'art. 37; JÖHRI, in Handbuch DSG, N° 21 relatif à l'art. 37.

¹³² STÄMPFLI, p. 215.

adoptées depuis le milieu des années 1980 ont vu leur densité normative correspondre au moins à la CPD. Dans le canton de *Genève*, des dispositions relatives à la protection des données ont été intégrées dans la LIPAD¹³³. Il s'agit ici de la première loi exhaustive sur la protection des données en Suisse. Auparavant, dans la LITAO¹³⁴ comme dans le RITAO¹³⁵, seul le traitement automatique des données était réglé¹³⁶.

77. L'association à Schengen ainsi que la ratification par la Suisse du Protocole additionnel à la CPD ont entraîné pour les cantons l'obligation de respecter les **exigences qui y sont contenues en matière d'indépendance de l'autorité de surveillance des données**, ce qui a engendré au cours du processus de transposition une certaine harmonisation qui est toujours d'actualité. Le traitement des données par les autorités doit être surveillé par un organe de contrôle *totalelement indépendant* au sens de l'art. 1 du Protocole et 28 de la Directive. L'indépendance doit explicitement ressortir de la loi¹³⁷. La forme de l'organe de contrôle (préposé à la surveillance des données, commission de protection des données, voire une combinaison des deux systèmes) n'est pas spécifiée, mais elle doit pourtant se mesurer à l'aune des contraintes portant sur l'indépendance et l'effectivité des contrôles¹³⁸. Les exigences institutionnelles déjà mentionnées quant à l'indépendance (organe de nomination, conditions d'engagement, durée de fonction etc.) doivent être remplies, bien que plusieurs modèles puissent se révéler idoines. Ce qui est déterminant, c'est l'*image globale* donnée par chacun des ordres juridiques cantonaux. L'indépendance n'est par exemple pas au rendez-vous si de hauts fonctionnaires peuvent engager l'organe de contrôle au moyen d'un contrat de travail résiliable en tout temps, s'ils décident de l'attribution (et de la suppression) des dotations en finances et en personnel, ou s'ils peuvent influencer la planification et l'exécution des activités de contrôle¹³⁹. Au surplus, il s'agit de garantir l'indépendance fonctionnelle quant à la surveillance opérée sur l'organe de contrôle. Les offices publics devant être contrôlés ne sauraient être compétents pour donner des directives à l'autorité de surveillance quant à l'exercice de ses attributions. Finalement, l'autorité cantonale de surveillance doit disposer matériellement des ressources nécessaires en personnel et en finances, afin de pouvoir remplir son mandat de manière efficace¹⁴⁰. Pour le reste, il est possible de se référer aux explications données aux N° 57ss.

b. Matérialisation de l'indépendance dans les cantons (aperçu)

78. Tous les cantons disposent aujourd'hui de leur propre autorité de surveillance en matière de protection des données¹⁴¹, dont ils règlementent le statut et l'organisation dans

¹³³ Loi du 5 octobre 2001 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (RSG A 2 08).

¹³⁴ Loi du 17 décembre 1981 sur les informations traitées automatiquement par ordinateur, abrogée par l'entrée en vigueur de la LIPAD au 1^{er} janvier 2010.

¹³⁵ Règlement d'exécution de la loi sur les informations traitées automatiquement par ordinateur du 22 décembre 1982.

¹³⁶ RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 375ss.

¹³⁷ RUDIN, p. 71s.

¹³⁸ RUDIN, p. 65.

¹³⁹ RUDIN, Wegleitung, p. 9 et 19.

¹⁴⁰ RUDIN p. 73ss.

¹⁴¹ Les cantons de SZ, OW et NW se sont mis d'accord pour instaurer une autorité de surveillance conjointe (cf. Vereinbarung des Kantons Schwyz mit den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz vom 1. Oktober 2008). – Les lois sur la protection des données de AR et AI autorisent toutes deux le Parlement cantonal à transférer la tâche de préposé à la surveillance des données à une autorité supracantonale. En conséquence, le

leurs textes topiques. Comme tous les cantons ont dû se charger, il y a peu de temps encore, de transposer la Convention d'application de Schengen et le Protocole additionnel à la DPD (et le travail ne s'arrêtera pas là puisqu'il faut compter avec les développements ultérieurs du droit européen en matière de protection des données), les réglementations cantonales présentent de grandes similitudes. Quelques différences subsistent néanmoins en termes de densité normative.

79. Pratiquement tous les cantons (à l'exception du VS)¹⁴² prescrivent explicitement que cette autorité de surveillance doit accomplir ses tâches de manière **indépendante**. Le concept d'indépendance est parfois matérialisé de différentes manières en termes de densité normative, et il peut être concrétisé sous forme de prescriptions très diverses. Les révisions les plus récentes (qui sont d'ailleurs parfois encore pendantes) montrent que les cantons se sont efforcés de traduire en des termes plus explicites, dans les dispositions consacrées au statut et à l'organisation des autorités de surveillance, l'indépendance postulée par la Directive 95/46/CE et par le Protocole additionnel à la DPD.

aa. Matérialisation de l'indépendance du point de vue fonctionnel

80. Dans tous les cantons, l'**indépendance fonctionnelle (liée aux tâches)** figure au cœur du concept d'indépendance. Elle n'est parfois pas concrétisée de manière plus précise (les cantons de JU, FR, NE, NW, SH, TG, VD, ZG et ZH). Dans d'autres cantons, elle est mentionnée en passant, en ce sens que l'autorité de surveillance exerce ses attributions « *sans être liée par des directives* » (AI, AR, BS, BL, GL et GR) ou alors « *indépendamment* » ou « *de manière autonome* » (BE [N° 90ss], GR, LU, OW, SG, SO, SZ, TI et UR). Dans le canton de Berne, l'autorité de surveillance ne relève que de la Constitution et de la législation.

bb. Matérialisation de l'indépendance du point de vue institutionnel

81. Comme nous l'avons signalé à plusieurs reprises, les cantons sont tenus d'assurer l'indépendance de l'autorité de surveillance dans l'exercice de ses attributions par des garanties relevant à la fois des institutions et de l'organisation. Dans tous les cantons, on rencontre des **dispositions plus ou moins détaillées** quant à la nomination, aux conditions d'engagement et de résiliation des rapports de travail, à la position dans l'organigramme de l'administration, au budget à disposition, à la garantie de l'indépendance personnelle ou à la haute surveillance sur le contrôle. Il va de soi qu'en fonction des autorités de nomination et des prescriptions relatives à la position de l'autorité de surveillance au sein de l'administration, un plus ou moins grand nombre de garanties institutionnelles sera nécessaire pour assurer cette indépendance.

82. En ce qui concerne l'**organe de nomination** de l'autorité de surveillance, le droit cantonal présente une fois encore des situations très contrastées :

canton d'AR a confié cette tâche au canton de SG. Les cantons de UR et GL ont eux aussi créé la base légale pour un tel transfert.

¹⁴² Cela ressort de la base légale encore en vigueur actuellement, à savoir la loi du 28 juin 1984 concernant la protection des données à caractère personnel ; RSV 235.1). L'art. 40 de la LIPDA (qui n'est pas encore entrée en vigueur ; cf. note 7) doit quant à lui expressément garantir l'indépendance de l'autorité de surveillance.

- Dans onze cantons (AG, FR [partiellement¹⁴³], GR, NE, NW, SH, SZ, TG, UR, VD et ZG), la nomination est opérée par le *gouvernement cantonal*. Une désignation opérée exclusivement par l'exécutif ne va cependant pas sans poser quelques problèmes, puisqu'elle revient à faire désigner le contrôleur par le contrôlé. Il serait plus approprié du point de vue de l'indépendance que la surveillance des données ne soit pas nommée exclusivement par l'exécutif¹⁴⁴.
- Dans les cantons de AI, LU, SG, TI et ZH la nomination est certes opérée par le *gouvernement*, mais elle doit – comme au niveau fédéral – être *approuvée par le parlement*.
- C'est en revanche le parlement qui est organe de nomination dans les cantons de AR, BE, BL, BS, FR (partiellement), GE (partiellement¹⁴⁵), GL, OW, SO et VS. Dans le canton de BS le gouvernement peut préalablement prendre position; dans ceux de BE, BL¹⁴⁶, FR, GE, GL et SO la nomination a lieu sur proposition de ce dernier.
- Dans les cantons de JU et GE¹⁴⁷, les membres de l'autorité de surveillance en matière de protection des données sont nommés en partie par le gouvernement et en partie par le parlement.

83. Dans tous les cantons, l'autorité de surveillance remplit ses tâches « **indépendamment de l'administration** ». Dans la plupart des cantons, elle est rattachée administrativement soit à un département (AG, AI, BE, BL, FR, SH, SZ et UR), soit à la Chancellerie (GE, GL, GR, LU, NE, NW¹⁴⁸, SO, SG, TI, VD et ZG). Dans d'autres cantons, elle est administrativement attribuée à un organe du parlement (BS, TG, ZH).

84. Dans un certain nombre de cantons, l'organe de contrôle est expressément soumis à la **surveillance** du parlement (SG, SZ¹⁴⁹, TI, UR et VS) ou d'un organe de celui-ci (SG, ZH). En règle générale, le contrôle se concentre sur les aspects administratifs et financiers, tandis que la vérification de la manière dont les attributions légales ont été remplies (plutôt dans le sens d'une **haute-surveillance**) est principalement réalisée par le biais des rapports devant être adressés au parlement (p. ex. FR, OW), au gouvernement (p. ex. LU, SG [avec copie au parlement], SH ou TG), au parlement et au gouvernement (p. ex. BE, GE ou TI) voire au public (VD).

¹⁴³ Cette disposition ne s'applique qu'au préposé à la protection des données, dont la nomination doit être préavisée par la Commission, cf. art. 31 al. 1 LPrD. Quant à la Commission, elle est élue par le Grand Conseil.

¹⁴⁴ Dans le **Guide** (« **Wegleitung** ») relatif à la transposition de Schengen/Dublin dans les cantons rédigé par BEAT RUDIN à la demande de la CdC, du 15 mars 2006, la nomination de l'autorité de surveillance par le gouvernement est évoquée comme une variante possible, quoique celle-ci ne puisse tout au plus suffire du point de vue de l'indépendance totale exigée que si ce déficit flagrant est compensé par d'autres garanties de très haute qualité. Cf. RUDIN, *Wegleitung*, p. 24.

¹⁴⁵ Le «Préposé cantonal à la protection des données et à la transparence» est élu par le Grand Conseil sur proposition du gouvernement. Les membres de la «Commission consultative en matière de protection des données, de transparence et d'archives» sont désignés en partie par le Grand Conseil et en partie par le Conseil d'Etat.

¹⁴⁶ Dans le canton de BL, le parlement est lié à la proposition du gouvernement (art. 22a al. 1 DSchG BL).

¹⁴⁷ Cf. *supra* note 146.

¹⁴⁸ Cf. cependant *supra* note 142.

¹⁴⁹ Cf. pour les cantons de NW, OW et SZ l'art. 2 al. 3 de la « Vereinbarung des Kantons Schwyz und den Kantonen Obwalden und Nidwalden über die Zusammenarbeit bei der Aufsicht im Datenschutz vom 1. Oktober 2008 ». Cf. également *supra* note 142.

cc. Matérialisation de l'indépendance du point de vue personnel

85. Pour garantir l'indépendance personnelle des membres de l'autorité de surveillance (respectivement du préposé), pratiquement tous les cantons exigent des **compétences professionnelles** suffisantes (p. ex. FR). Dans un certain nombre de cantons, l'indépendance personnelle est assurée par des **conditions d'incompatibilité** (cf. BS, GE, JU), de **récusation** (cf. FR, GE, GL, OW) et des prescriptions relatives aux **activités accessoires** (p. ex. BE, SH, ZG). Il est également parfois prévu que les membres (dirigeants) de l'autorité de surveillance doivent signaler les liens particuliers qui les rattachent à des intérêts publics ou privés (cf. FR, GE, GL).

86. Comme l'**engagement** du préposé à la surveillance des données par un simple (donc résiliable) contrat de travail ne permet pas de satisfaire aux exigences de l'indépendance (personnelle), tous les cantons – bien que dans des mesures et avec des densités normatives différentes – ont prévu des *prescriptions spécifiques*, quoiqu'en de nombreux cas les dispositions relatives au personnel de l'Etat s'appliquent subsidiairement ou par analogie (p. ex. expressément à BS, UR, ZH [cf. pour les détails N° 97ss])¹⁵⁰. Concrètement, l'engagement se fait pratiquement dans tous les cantons¹⁵¹ sous forme de nomination, et cela habituellement pour une certaine période de fonction¹⁵². La résiliation des rapports de travail, voire leur révocation, n'est explicitement réglementée que dans un petit nombre de cantons (cf. SG, SO, UR).

dd. Concrétisation de l'indépendance du point de vue matériel

87. L'octroi d'une indépendance totale à l'autorité de surveillance présuppose que celle-ci dispose de **ressources suffisantes en termes de personnel et de matériel**. La plupart des cantons ont incorporé cette exigence dans des dispositions spécifiques.

Cf. p. ex. art. 21 al. 3 LPrD UR (traduction non officielle du texte allemand, n.d.t.)

Il [le préposé à la surveillance des données] est soumis à la haute surveillance du Grand Conseil auquel il fait part des moyens financiers qui sont nécessaires à l'accomplissement de ses tâches, il dispose de ces moyens et, dans les limites des crédits consentis, il est compétent pour engager des collaborateurs et régler leur contrat de travail.

88. La plupart des cantons (cf. AG, BE, BL, BS, GL, NE, NW/OW/SZ, SG, SH, SO, UR et ZG) disposent de réglementations plus ou moins précises quant à la **souveraineté budgétaire** de l'autorité de surveillance (contra LU, cf. N° 95s.). En règle générale, le budget (éventuellement accompagné d'une planification des tâches et des finances [cf. p. ex. AG]) est soumis au Conseil d'Etat, qui le transmet tel quel au parlement, avec (AG, BE, SO, ZG) ou sans proposition divergente. La réglementation du canton de SG paraît un peu problématique, tant il est vrai que le Conseil d'Etat fait savoir au parlement si le budget a été adopté, et il peut adopter des prises de position divergentes.

¹⁵⁰ Dans le canton de NE, le préposé à la protection des données a le même statut que les membres d'autorités; le canton du VS connaît lui aussi un statut spécial sur le plan personnel.

¹⁵¹ Dans le canton de ZG, le préposé à la surveillance des données est «engagé» par le gouvernement. Dans le canton de UR, un « rapport de service » («Auftragsverhältnis») est créé.

¹⁵² Cf. AG (8 ans); AI (4 ans); BE (4 ans); BL; BS (6 ans); FR (4 ans pour les membres de la Commission); GE (4 ans); GL; GR; NE; SZ/NW/OW (4 ans); SG; SH (4 ans); SO (4 ans); TG; TI; UR; VD (6 ans); ZH (4 ans). – La situation se présente différemment dans le canton de LU (cf. *infra* N° 95s.).

89. Pour ce qui concerne la garantie de l'indépendance (matérielle), nombre de cantons prévoient également expressément que, dans le cadre du budget qui leur est imparti, les préposés à la surveillance des données peuvent **engager eux-mêmes leur personnel** (AG, BE, BS, SG, SO, UR, ZG et ZH), qu'ils disposent de **leur propre secrétariat** (AG, GE, [par méprise] JU) et/ou que le cas échéant ils peuvent consulter des **experts** (AG, FR, SO).

c. *Transposition et matérialisation de l'indépendance dans un certain nombre de cantons*

aa. Berne

90. Les prescriptions du droit international relatives à l'indépendance de l'autorité de surveillance ainsi qu'à la manière dont elle exerce ses attributions sont transposées et matérialisées dans la LCPD¹⁵³. Le canton de Berne dispose d'une autorité de surveillance cantonale, dirigée par un délégué ou une déléguée à la protection des données. L'autorité de surveillance accomplit **de manière indépendante** les tâches que lui attribue la loi ; elle est soumise uniquement à la Constitution et à la loi (art. 32 al. 2 et art. 33a LCPD).

91. Du point de vue de l'organisation, l'autorité cantonale de surveillance est **administrativement rattachée** à la Direction de la justice, des affaires communales et des affaires ecclésiastiques (art. 32 al. 3 LCPD). Dans son rapport relatif à la révision de la LCPD, le Conseil-exécutif bernois a constaté ce qui suit quant au concept de « rattachement administratif » (évidences de l'auteur) :

«A ses débuts, cette autorité avait été comprise avant tout comme un «service spécial» s'occupant principalement de questions d'ordre juridique. Une véritable intégration de l'autorité de surveillance à l'administration, conçue comme une subordination hiérarchique à une Direction avait été exclue lors de l'édition de la loi sur la protection des données déjà, car l'indépendance de cette autorité aurait ainsi été remise en cause. Une telle situation ne répond pas en particulier aux exigences posées par les accords de Schengen/Dublin, qui prévoient que l'autorité de surveillance doit agir «en toute indépendance». En revanche, il est possible de prévoir, tout en respectant le droit européen, un rattachement purement administratif de l'autorité de surveillance à une Direction, tout comme il est envisageable de l'associer au Bureau du Grand Conseil ou à la Chancellerie d'Etat »¹⁵⁴.

92. Une réglementation adéquate de l'engagement et du statut juridique des personnes responsables, de même que le *rattachement administratif* des autorités de surveillance, doivent permettre de s'assurer que celles-ci sont indépendantes de l'administration qu'elles sont en charge de contrôler et qu'elles ne sauraient être freinées dans leur travail, par exemple par la menace d'un licenciement. Du point de vue du droit administratif de l'organisation, le statut juridique de la personne préposée à la protection des données est identique à celui d'un membre d'autorité à titre principal. Il est soumis au contrôle de la Commission de haute surveillance, qui est également compétente, le cas échéant, pour proposer la révocation si, pour cause d'incapacité, de performances durablement insuffisantes, de manquement grave ou

¹⁵³ Loi sur la protection des données du 19 février 1986 (RSB 152.04).

¹⁵⁴ Proposition commune du Conseil-exécutif et de la Commission du 17 octobre 2007; à télécharger sous: < http://www.jgk.be.ch/site/fr/vortrag_kdsgfr-2.pdf >.

répété aux obligations professionnelles ou pour un autre juste motif il paraît inacceptable que la personne concernée continue d'exercer ses fonctions¹⁵⁵.

93. La dernière révision de la LCPD dans le contexte de la transposition des prescriptions de la Directive 95/46/CE et du Protocole additionnel à la DPD, et les nouveautés qui leur sont associées, entrées en vigueur le 1^{er} août 2009, ont permis de relever l'indépendance de l'autorité de surveillance au niveau des engagements internationaux (cf. en particulier l'introduction de l'art. 33a LCPD). Désormais, la personne préposée à la protection des données n'est plus nommée par le Conseil-exécutif, mais **par le Grand Conseil pour une période de fonction de quatre ans** (art. 32 al. 1 et 2 LCPD). L'idée d'une restriction légale de la durée du mandat a été sciemment rejetée. Aux yeux du Conseil-exécutif, une limitation du nombre de réélections peut certes prévenir le risque que la personne déléguée à la protection des données devienne, au fil du temps, trop proche des autorités qu'elle est chargée de contrôler. Toutefois, il ne faudrait pas oublier non plus que ce domaine-là exige des compétences professionnelles particulières ainsi qu'une certaine expérience, ce qui justifie pour le canton de Berne qu'en principe, la personne déléguée à la protection des données puisse être réélue de manière illimitée¹⁵⁶.

94. Depuis cette dernière révision partielle, la personne préposée à la protection des données dispose de **son propre budget**. Dans le cadre des moyens qui lui sont ainsi alloués, l'autorité cantonale de surveillance peut décider de l'engagement de personnel. En revanche, pour les *investissements*, les compétences ordinaires en matière d'autorisation de dépenses s'appliquent. Le Grand Conseil conserve toute latitude pour procéder à des restrictions du budget proposé (art. 33a al. 4 LCPD).

Devenue indépendante dès le 1^{er} janvier 2009, l'autorité cantonale de surveillance des données a présenté pour la première fois un budget pour l'année 2009. Le solde comptable fait ressortir un excès de dépenses de CHF 0.6 million, ce qui représente une augmentation de 4.4% par rapport au budget de l'année précédente. A une dépense de CHF 0.8 million s'oppose un revenu de CHF 0.2 million. Les dépenses se sont établies à CHF 0.6 million pour le personnel et CHF 0.2 million pour le matériel¹⁵⁷. Dans le budget 2010, les montants relatifs aux dépenses et aux recettes sont restés inchangés. Pour la planification 2011–2013, il est prévu une augmentation annuelle moyenne de 0.6%. Selon le plan cantonal des finances, l'excédent de dépenses augmente au cours des années 2011–2013 de 0.75% par an en moyenne¹⁵⁸.

bb. Canton de Lucerne

95. Pour les questions touchant à la protection des données, c'est en tout premier lieu la loi cantonale (Datenschutzgesetz, DSchG)¹⁵⁹ qui s'applique. En qualité d'autorité cantonale de surveillance, le Conseil d'Etat élit une personne préposée à la protection des données. Sa nomination requiert l'approbation du Grand Conseil. La personne préposée à la protection des

¹⁵⁵ Art. 38 al. 1 LPers (Loi sur le personnel du 16 septembre 2004; RSB 153.01).

¹⁵⁶ Cf. pour toutes les questions la Proposition commune du Conseil-exécutif et de la Commission du 17 octobre 2007, p. 6.

¹⁵⁷ Budget 2009 et plan intégré mission-financement 2010 – 2012 du canton de Berne; téléchargeable sous:

<<http://www.fin.be.ch/fin/fr/index/finanzen/finanzen/finanzplanung/voranschlag.assetref/content/dam/documents/FIN/GS/fr/va-afp-2009.pdf>>.

¹⁵⁸ Budget 2010 et plan intégré mission-financement 2011 – 2013 du canton de Berne; téléchargeable sous:

<<http://www.fin.be.ch/fin/fr/index/finanzen/finanzen/finanzplanung/voranschlag.assetref/content/dam/documents/FIN/GS/fr/va-afp-2010.pdf>>.

¹⁵⁹ Gesetz über den Schutz von Personendaten, du 2 juillet 1990 (SRL Nr. 38).

données est **matériellement autonome, indépendante et rattachée administrativement à la Chancellerie d'Etat** (§ 22 DSchG).

96. A l'occasion des travaux ayant conduit à la dernière révision législative, le Conseil d'Etat a profité de son message pour rappeler qu'il considérait le rattachement administratif du préposé auprès de la Chancellerie comme un élément central de l'indépendance. Il a saisi cette occasion pour refuser au préposé un **budget** qui lui soit propre, motif pris que le législatif disposait de l'intégralité de la compétence budgétaire. Il a également refusé que le Conseil d'Etat puisse nommer le préposé pour une période de fonction déterminée, et il a considéré qu'un contrat de travail conforme au droit cantonal du personnel était juridiquement suffisant, tant il est vrai qu'en comparaison avec le droit privé celui-ci ne peut être résilié que sous des conditions spécifiques et pour des motifs bien précis. Ces propositions du Conseil d'Etat ont été reprises dans le texte législatif¹⁶⁰. Le fait que le préposé ne dispose **pas d'une compétence budgétaire** et ne soit **pas nommé pour une période de fonction** déterminée – de sorte qu'il peut être révoqué à *n'importe quel moment* pour des motifs sérieux – semble problématique au vu de l'indépendance fonctionnelle qui doit lui être garantie, cela d'autant plus si l'on considère que l'autorité de surveillance est nommée par le Conseil d'Etat sans que le législatif ne dispose de la moindre faculté d'influencer cette décision. Dès lors, la question de savoir si l'indépendance institutionnelle est suffisamment garantie laisse planer de sérieux doutes¹⁶¹.

cc. Canton de Zurich

97. Dans le canton de Zurich, tout ce qui concerne l'autorité de contrôle en matière de protection des données est réglementé dans l'IDG¹⁶². Selon le § 30 al. 2 de cette loi, la personne préposée à la protection des données est « **indépendante** ». Cette indépendance ancrée dans la loi est censée recouvrir les garanties requises par l'art. 28 de la Directive et l'art. 1 du Protocole additionnel. Les travaux préparatoires à l'IDG (qui est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2007) rappellent que le législateur zurichois entendait adapter le statut, les tâches et les compétences de l'autorité cantonale de surveillance aux exigences du droit international. Dans son deuxième message, le Conseil d'Etat a rappelé que l'indépendance totale garantie par l'accord de Schengen/Dublin et par la DPD devait être inscrite dans la loi et garantie sur le plan institutionnel¹⁶³.

98. La personne préposée à la surveillance des données est **nommée** par le Conseil d'Etat – sous réserve d'une approbation par le Grand Conseil – pour une période de fonction de quatre ans (§ 30 al. 1 IDG). Elle est **rattachée administrativement à l'état-major** (« **Geschäftsleitung** ») **du Grand Conseil**, qui est simultanément désigné comme organe de contrôle de l'autorité de surveillance (§ 30 al. 1 et 2, § 31 al. 3 IDG). Cette nouvelle attribution a permis de renforcer sensiblement l'indépendance de la personne préposée. Cette réglementation doit par ailleurs également contribuer à ce que les autorités devant être contrôlées disposent des plus minimes possibilités d'influencer l'organe chargé de les contrôler¹⁶⁴.

¹⁶⁰ Cf. Message LU, p. 13s.

¹⁶¹ Dans ce sens STÄMPFLI, p. 221 note 343.

¹⁶² Gesetz über die Information und den Datenschutz, du 12 février 2007 (LS 170.4).

¹⁶³ RRB Nr. 1098 du 19 juillet 2006, p. 4.

¹⁶⁴ Cf. pour toute cette problématique HÄNER, p. 15s.

99. Le § 31 al. 3 IDG se contente de préciser que l'**état-major du Grand Conseil** fonctionne en qualité d'**organe de contrôle** de la personne préposée à la protection des données, mais il reste muet sur l'étendue concrète de ses attributions. En considérant l'indépendance ancrée à l'art 30 al. 2 IDG et dans le sens d'une *interprétation conforme au droit international public* de cette loi (ci-dessus N° 14 et 22), il est permis de conclure que l'état-major du Grand Conseil se voit attribuer un contrôle limité à la gestion en général, mais qui ne saurait s'étendre à la manière concrète dont l'autorité accomplit ses tâches. Par ailleurs, il est également permis d'en déduire que le législateur zurichois, dans les §§ 34–36 IDG, entendait doter l'autorité de surveillance en matière de protection des données de toutes les compétences et de tous les pouvoirs évoqués à l'art. 28 de la Directive ainsi qu'à l'art. 1 du Protocole additionnel. Suivant l'interprétation conforme au droit international, le § 30 al. 2 IDG recouvre également l'indépendance fonctionnelle de l'autorité, cette partie constitutive de l'indépendance globale qui consiste en l'absence de toute possibilité de lui adresser des directives relatives au « pourquoi » et au « comment » lors de l'accomplissement des tâches concrètes. Il en va de même pour les exigences liées à l'indépendance matérielle relativement au budget et à l'infrastructure¹⁶⁵.

100. C'est en principe le **droit du personnel** de l'Etat qui s'applique à la personne préposée à la surveillance des données et à ses collaborateurs/trices. Les dispositions spéciales de l'IDG restent réservées¹⁶⁶. En raison de l'indépendance fonctionnelle et matérielle de la personne préposée, l'application des dispositions relevant du droit du personnel n'est admissible que dans une mesure limitée. En suivant l'interprétation conforme au droit international, il en résulte que, ici aussi, l'application de la loi sur le personnel (PG) et de son ordonnance d'application (VVPG) n'est pour une bonne part possible que par analogie¹⁶⁷.

101. La personne préposée à la protection des données tient sa propre comptabilité. Chaque année, elle soumet au Grand Conseil un aperçu relatif au développement des prestations et des finances, un projet de budget ainsi que les comptes (§ 32 al. 3 IDG). Dans le budget 2009, le crédit budgétaire du compte de résultat s'est monté pour le préposé à CHF 1'940'234¹⁶⁸. Pour l'année 2010 un crédit budgétaire de CHF 1'991'255 est prévu¹⁶⁹.

IV. Conclusion

102. Le **concept d'« indépendance »**, tel qu'il est utilisé dans les lois sur la protection des données de la Confédération et des cantons, présente une acception cohérente, qui est due pour une bonne part à la Convention d'application de Schengen et au Protocole additionnel à la DPD (cf. pour les développements détaillés N° 43ss.). Au cœur de ce concept, on trouve l'obligation d'instaurer des autorités de surveillance qui puissent accomplir leurs tâches (prescrites par la loi) de manière autonome et sans dépendre de directives. Cela implique en

¹⁶⁵ HÄNER, p. 17, N° 33s. (surveillance), ainsi que p. 22s. (indépendance matérielle).

¹⁶⁶ § 31 al. 1 et 2 IDG.

¹⁶⁷ Cf. de manière détaillée HÄNER, p. 30ss. Celui-ci exclut d'avance une résiliation et exige une limitation spéciale des motifs de non réélection, expressément inscrite dans la loi. Les motifs admissibles seraient notamment une violation des devoirs de service, une incompétence professionnelle notoire ou une maladie de longue durée.

¹⁶⁸ Téléchargeable sous:

<http://www.fv.zh.ch/internet/fd/fv/de/finanzen/voranschlag/Budget_2009.html>.

¹⁶⁹ Projet de budget 2010; téléchargeable sous:

<http://www.fv.zh.ch/internet/fd/fv/de/finanzen/voranschlag/Budget_2009.html>.

particulier que les autorités devant être contrôlées, et qui le seront quant à la manière dont elles respectent les prescriptions relatives à la protection des données, ne *puissent pas influencer* ce contrôle, pas plus que les autres attributions de l'autorité de surveillance, *que cela soit directement ou indirectement*.

103. Cette indépendance fonctionnelle de l'autorité de surveillance doit encore être assurée par les cantons du point de vue des **institutions** et de l'**organisation**. L'Etat ne saurait influencer l'autorité de surveillance dans l'exercice des attributions qui lui ont été confiées, que ce soit par le biais de l'aménagement personnel de l'organisme, du *controlling* ou du le financement. Y parvenir nécessite des *prescriptions spécifiques (suffisamment précises)* quant au statut de l'autorité de surveillance au sein de l'administration, à la nomination de son chef et à ses rapports de service, à l'assurance de l'indépendance personnelle des collaborateurs de cette autorité ainsi qu'à la dotation de l'autorité en personnel et en ressources. Ces prescriptions doivent pouvoir garantir d'une manière suffisante l'indépendance fonctionnelle de l'autorité de surveillance. Il s'agit enfin d'appliquer ces dispositions dans l'intention de garantir une complète indépendance fonctionnelle. Cela peut signifier par exemple que des dispositions relatives au contrôle de l'autorité de surveillance et qui affectent la forme d'une clause générale, doivent être interprétées de manière relativement restrictive.

§ 3 APPRECIATION RELATIVE AU CAS CONCRET

I. Point de départ

104. La divergence d'opinions (cf. N° 2) entre le Conseil d'Etat et l'Autorité cantonale de surveillance en matière de protection des données, à l'aplanissement de laquelle la présente étude devrait permettre de contribuer, concerne pour l'essentiel la question de savoir si la préposée à la protection des données a le droit de publier des feuilles informatives en se dispensant de l'approbation préalable de l'exécutif. Cette question doit trouver une réponse à la lumière du concept d'indépendance rappelé précédemment, et en s'appuyant sur le catalogue des questions posées par le mandant.

105. Dans les paragraphes qui suivent, il va s'agir dans un premier temps d'éclaircir la question du rapport entre exécutif et autorité cantonale de surveillance pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives (II.). Ce faisant, il conviendra également de présenter le cadre légal sous-tendant la mission d'information de l'autorité de surveillance et – là où c'est utile – de le comparer à la situation existant dans d'autres cantons. Les questions du mandant seront abordées dans un point séparé (III.).

II. La relation avec l'exécutif pour ce qui concerne la publication de feuilles informatives

106. Aux yeux de l'autorité de surveillance, la feuille informative qui nous occupe avait pour but d'orienter le public sur les principes de protection des données que les autorités compétentes doivent respecter dans le domaine des contrôles effectués en matière d'aide sociale. Le document contient pour l'essentiel des références aux cautions légales qui s'imposent lors des contrôles officiels dans le domaine de l'aide sociale.

107. L'interdiction de toute immixtion de l'exécutif dans l'accomplissement des tâches des autorités de surveillance, découlant de l'**indépendance** (fonctionnelle) de ces dernières (cf. N° 58) est uniquement valable – cela va de soi – pour les activités **touchant leurs compétences déléguées**. En revanche, une autorité de surveillance ne saurait se prévaloir de son indépendance si elle agit en dehors des compétences qui lui ont été confiées. Dans ce contexte, il s'agira d'examiner en tout premier lieu, dans les paragraphes qui suivent, si la préposée a principalement agi dans l'exécution d'une tâche légale (1.). Dans l'affirmative, il convient alors de voir si, et le cas échéant dans quelle mesure, l'autorité de surveillance était en droit d'informer elle-même sans donner au préalable à l'administration l'occasion de remplir son propre devoir d'information (2.).

1. La préposée a-t-elle agi dans le contexte de l'exécution d'une tâche légale?

108. Dans la publication des informations mentionnées au début de cette étude, la préposée à la surveillance des données a fait référence aux art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD. En conséquence, la feuille informative doit se comprendre d'une part comme une information donnée aux personnes concernées quant à leurs droits (Art. 31 al. 2 lit. c LPD), et d'autre part comme une recommandation apportée aux autorités responsables de l'aide sociale (Art. 31 al. 2 lit. b LPrD). Par la suite, il conviendra tout d'abord (au sens d'une question préjudicielle), d'examiner si la publication de feuilles informatives nécessite véritablement une base légale, et si oui dans quelle mesure (cf. N° 109ss), avant de se demander si l'art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD peut représenter une base légale suffisante pour la publication de la feuille informative dont il est question ici (N° 113ss.).

Dans le cas présent, on ne saurait considérer comme base légale les prescriptions qui obligent les autorités à informer le public de leurs activités (cf. Art. 88 al.1 Cst. Cant., Art. 30a al. 2 LPrD), puisque ce n'est pas là la *véritable* activité qui fait l'objet de la feuille informative, celle-ci présentant plutôt une situation juridique à l'attention des autorités impliquées et des personnes concernées. Il s'ensuit à bon droit que les prescriptions qui déterminent la manière dont l'administration cantonale doit informer le public sur son activité ne trouvent aucune application¹⁷⁰.

a. Question préjudicielle: la nécessité d'une base légale et les exigences imposées à celle-ci

109. Selon le **principe de légalité** découlant de l'art. 5 al. 1 CF, l'Etat et les organes qui lui sont subordonnés ne peuvent agir que sur la base et dans le cadre d'une base légale valide. Il en découle une double contrainte¹⁷¹: d'une part, l'administration et les autres collectivités étatiques ne peuvent agir qu'en se prévalant d'une base légale suffisante, qui est définie avec suffisamment de précision (densité normative) et qui a été adoptée au « niveau normatif » adéquat. D'autre part, les autorités doivent respecter cette norme et ne pas la transgresser. Les exigences relatives à la densité normative et au niveau normatif varient notamment en

¹⁷⁰ N'est donc pas applicable notamment l'Ordonnance du 22 mars 2005 sur l'information du public sur les activités du Conseil d'Etat et de l'administration cantonale (OInf, RSF 122.0.51). Même si elle était applicable, les prescriptions de la LPrD primeraient – pour ce qui concerne le devoir d'information de l'autorité de surveillance.

¹⁷¹ Cf. un arrêt qui en vaut de nombreux autres: ATF 132 I 242 cons. 10.1; 130 I 1 cons. 3.1; HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, N° 379ss.; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 19 N° 14ss.

fonction de l'intensité avec laquelle une activité étatique porte atteinte à la position des individus¹⁷².

110. Comme toute action de l'Etat, l'activité d'information d'une autorité (dans le cas présent sous forme de publication d'une feuille informative sur internet) nécessite une **base légale suffisante**¹⁷³. Qu'il s'agisse en l'occurrence d'un acte matériel (« *Realakt* »), voire d'une action administrative concrète ou informelle¹⁷⁴, ne change rien à la question. L'Etat ne connaît pas de zone de non-droit. La question du degré et de la précision requises pour une telle base légale n'est cependant pas immédiatement évidente.

- Quand l'activité d'information de l'Etat cause des atteintes importantes aux droits fondamentaux, il faut une **base légale formelle** (Art. 36 al. 1 CF). De telles atteintes ne résultent pas seulement d'actes juridiques, mais également d'actes matériels. Selon la doctrine dominante, les *avertissements* et les *recommandations* – qui peuvent être conçus comme une catégorie spécifique d'activité d'information de l'Etat – doivent reposer au minimum sur une base légale claire et nette, si tant est qu'ils doivent être largement diffusés dans le cadre d'une campagne de grande ampleur¹⁷⁵. Pour des campagnes d'information organisées dans les règles de l'art, l'existence irréfutable d'une base légale formelle est certes clairement postulée, mais cela ne va pas de soi. En effet, quiconque est compétent pour exécuter une tâche administrative du point de vue matériel, local et fonctionnel, possède aussi la compétence de régler les rapports de droit administratif qui y sont associés en vertu des prescriptions de la loi topique. La compétence administrative implique celle de prendre des décisions dans le domaine de compétences correspondant et par là même, à juste titre, celle d'effectuer les actes matériels nécessaires. TSCHANNEN en conclut que l'élément déterminant est moins la forme extérieure que la portée matérielle et instrumentale de la législation topique. En d'autres termes, aussi longtemps que l'activité d'information n'outrepasse pas le cadre d'une activité administrative usuelle, il n'existe aucune raison *per se* de réserver à la loi le recours à ce moyen lors de l'accomplissement de la tâche. De ce point de vue, excepté dans le cas d'atteintes sévères aux droits fondamentaux, selon les circonstances, il suffit que la réglementation figure dans une ordonnance pour respecter les exigences du principe de légalité en ce qui concerne le *niveau normatif*¹⁷⁶.
- Il convient également de se référer au caractère et aux effets de l'activité étatique pour ce qui concerne la densité normative (précision) : plus l'activité étatique est importante, plus elle s'inscrit de manière invasive dans les relations entre les individus, que ce soit directement ou indirectement, et plus la norme sur laquelle se fonde l'activité publique doit être formulée de manière claire et précise¹⁷⁷.

111. La **feuille informative** de la préposée qui nous occupe ici entend éclairer les autorités et les personnes concernées sur les contrôles en matière d'aide sociale, de manière à ce que les données personnelles des personnes contrôlées soient traitées dans le respect des principes

¹⁷² Cf. quant à la relativité des exigences en matière de densité normative un ATF qui en vaut de nombreux autres: 135 I 169 conc. 5.4.1–5.4.2; 131 II 29 cons. 6.5.1.

¹⁷³ Cf. MÜLLER/MÜLLER-GRAF, p. 423; TSCHANNEN, p. 423; ZIMMERLI, p. 73ss.

¹⁷⁴ Cf. de manière détaillée quant à la qualification (juridique) d'informations TSCHANNEN, p. 362ss.

¹⁷⁵ MÜLLER/GRAF-MÜLLER, p. 377; TSCHANNEN, p. 423; TSCHANNEN/ZIMMERLI/MÜLLER, § 39 N 5; a.M. MORAND, p. 150.

¹⁷⁶ TSCHANNEN, p. 424.

¹⁷⁷ EHRENZELLER, St. Galler Kommentar, N° 5 relatif à l'art. 5.

relatifs à la protection des données. Pour les personnes privées, le contenu de cette communication sa borne à une pure information sans caractère incitatif. On ne voit pas très bien dans quelle mesure le citoyen pourrait, de quelque manière que ce soit, être affecté dans ses droits fondamentaux par un tel genre de travail d'information, ni comment la sphère de protection d'un droit fondamental pourrait être écornée par la publication de cette feuille informative. Bien au contraire, la diffusion d'informations relatives à la surveillance opérée par les autorités en charge de l'aide sociale, un domaine délicat de la protection des données, devrait permettre de sensibiliser les personnes privées pour qu'elles puissent faire valoir leurs droits en cas de violation des normes de la protection des données. La situation se présente de manière identique pour les autorités en charge de l'aide sociale, quoique l'information se limite à rappeler les normes légales ainsi que les principes fondamentaux de la protection des données. Il n'y a pas en l'état d'immixtion dans leur domaine de compétence ; c'est seulement en cas de non respect des prescriptions que l'autorité de surveillance prierait l'organe public concerné d'adopter dans un certain délai les mesures permettant d'y remédier (Art. 22a LPD). Dans ce contexte, la feuille informative peut être considéré par les autorités en charge de l'aide sociale plutôt comme un « moyen préventif et informel d'incitation comportementale », qui peut comporter un certain engagement matériel pour les autorités communales chargées de l'aide sociale.

112. De la sorte, vu le contenu et les „effets“ de cette activité informative, on ne saurait lui imposer des exigences trop élevées, que ce soit en terme de niveau normatif ou de densité normative.

b. Une base légale déterminante pour les feuilles informatives?

aa. Point de départ

113. La Confédération et les cantons sont obligés par l'accord d'association avec Schengen (ainsi que par le protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel [cf. N° 44ss.]) d'instaurer un ou plusieurs offices publics chargés de **surveiller** l'application des prescriptions relatives à la protection des données qu'ils ont adoptées dans le contexte de la transposition des normes européennes. Pour remplir leur mission, les autorités de surveillance doivent non seulement être indépendantes, mais elles doivent également se voir attribuer les indispensables *instruments et autres compétences efficaces*.

Au nombre de ces derniers, on trouve en particulier selon l'art 28 al. 3 de la Directive 95/46/CE des *compétences inquisitoriales* (comme le droit d'accès aux données qui font l'objet de traitements et le droit de recueillir toutes les informations nécessaires à leur activité de contrôle), des *compétences réelles d'immixtion* (comme la possibilité, avant la mise en œuvre des traitements en accord avec l'art. 20 de la Directive, de prendre position et de veiller à une publication appropriée des prises de position, ou la compétence d'ordonner le blocage, l'effacement ou la destruction de données, ou l'interdiction provisoire ou définitive d'un traitement, ou encore la compétence d'adresser un avertissement ou une injonction aux personnes responsables du traitement, ou enfin d'en appeler au parlement ou à d'autres institutions politiques¹⁷⁸) ou l'octroi d'un *droit de porter plainte* ou d'une *compétence de dénonciation* en cas de violation des prescriptions nationales adoptées par chaque Etat pour transposer cette directive.

¹⁷⁸ Cette énumération donnée à titre d'exemple montre bien que toutes les compétences d'immixtion mentionnées ne doivent pas obligatoirement être cumulées. Ce qui est cependant requis, c'est que les compétences soient vraiment effectives, autrement dit que l'autorité de surveillance puisse

114. Aux termes de l'Accord cadre 2008/977/JI du Conseil du 27 novembre 2008 (Cf. N° 55s,) qui s'applique également pour la Suisse, les autorités de surveillance doivent – outre les tâches de contrôle mentionnées ci-dessus – accompagner de leurs **conseils** l'application des prescriptions adoptées pour transposer l'accord-cadre.

115. Les prescriptions énumérées ci-dessus ne vont pas sans certaines **obligations** pour la Confédération et les cantons, et cela non seulement en ce qui concerne l'aménagement de la surveillance en matière de protection des données du point de vue des institutions et de l'organisation, mais également quant au genre et au volume des missions qui doivent être confiées à l'autorité de surveillance. L'**éventail des tâches** proposé comporte aussi bien la *surveillance* du respect des prescriptions relatives à la protection des données qu'une *fonction de conseil*. Il convient finalement aussi de tenir compte de ces obligations pour l'interprétation des bases légales dans lesquelles la Confédération et les cantons fixent chacun de leur côté les compétences de leurs autorités de surveillance respectives.

bb. Excursus (1): les bases légales et la pratique au niveau fédéral

116. Les tâches du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) sont réglées aux art. 27 – 31 de la LPD. Leur clé de voûte est la **surveillance** de l'application des dispositions relatives à la protection des données par les organes fédéraux (Art. 27 LPD) et dans le secteur privé (Art. 29 LPD).

117. Au surplus, la LPD a doté le préposé fédéral de **fonctions de conseil et de médiation** vis-à-vis des *citoyens*. C'est ainsi qu'il renseigne les personnes privées en matière de protection des données (Art. 28 LPD). Cette fonction recouvre en premier lieu le conseil juridique concret qu'il fournit sur requête en cas de problème spécifique touchant la protection des données¹⁷⁹. Il ressort en outre des travaux préparatoires que le législateur entendait clairement confier au préposé fédéral le rôle d'un ombudsman, capable de jouer les médiateurs en cas de divergences entre les personnes privées et l'Etat. Il s'agissait en tout premier lieu d'aplanir à un stade encore précoce les litiges pouvant survenir en matière de protection des données, et de décharger par là-même les autorités et les tribunaux. En cas d'échec de la médiation, l'adoption d'une recommandation peut s'imposer¹⁸⁰. Le préposé est en outre obligé d'assister les organes fédéraux et cantonaux en matière de protection des données (Art. 31 al. 1 lit. a LPD). Il ressort enfin (implicite) de l'art. 31 al. 2 LPD que la fonction consultative du préposé s'étend également aux *autorités*.

118. Dans le contexte de sa **mission d'information**, le préposé fait rapport au Conseil fédéral à intervalles réguliers et selon les besoins. Ses rapports périodiques sont publiés (Art. 30 al. 1 LPD). S'il en va de l'intérêt général, il *peut* informer le public de ses constatations et de ses recommandations (Art. 30 al. 2 LPD). La mission d'information du préposé doit globalement être entendue comme une mission de relations publiques. Il s'agit ici d'une compétence vraiment essentielle. Le préposé peut informer le public et engager comme bon lui semble des opérations de relations publiques, en choisissant librement la manière de

véritablement garantir le respect des prescriptions relatives à la protection des données (cf. également EPINEY, p. 128).

¹⁷⁹ Cf. HUBER, in BSK DSG, N° 6 relatif à l'art. 28; ROSENTHAL, in Handbuch DSG, N° 1 relatif à l'art. 28.

¹⁸⁰ Cf. les explications et références chez HUBER, in BSK DSG, N° 8 relatif à l'art. 28, ainsi que ROSENTHAL, in Handbuch DSG, N° 8 relatif à l'art. 28.

procéder, sur les questions de protection des données qui lui paraissent importantes¹⁸¹. Il s'agit ici d'une tâche que la loi confie au préposé et dont il est *contraint* de s'acquitter. Pour ce qui concerne le contenu, le choix des médias, la manière de la publication de même que le moment de celle-ci, le préposé est absolument libre. A l'inverse, il n'est pas tenu de communiquer impérativement certains événements par voie de presse – mais il en a le loisir. Il serait aussi concevable que le préposé organise de véritables campagnes pour sensibiliser la population à l'un ou l'autre domaine délicat de la protection des données, comme c'est parfois le cas à l'étranger¹⁸².

En pratique, le préposé remplit cette fonction en rédigeant notamment des directives, des newsletters, des formulaires, des aide-mémoire, des lettres-type ou des avis de droit, en prononçant des conférences et en publiant des articles de fond dans la presse spécialisée¹⁸³. Dans le cadre des art. 30 et 31 LPD, on pourrait également concevoir qu'il édite sa propre publication spécialisée¹⁸⁴. A l'art. 31 LPD, la loi énumère à titre d'exemple d'autres attributions confiées au préposé.

119. Dans le contexte de l'exécution des attributions qui lui sont confiées par la loi, notamment de son devoir général d'information, le préposé a publié diverses **notices d'information** (« *Merkblätter* ») sans se référer pour autant à une base légale *explicite* qui préciserait le genre et la forme selon lesquels il convient d'exécuter cette attribution. Il a ainsi publié sur son site internet une notice relative à la LTrans, qui commente diverses normes légales et qui explique la manière de procéder pour les privés qui veulent déposer une demande générale. La notice s'adresse également aux autorités¹⁸⁵. La base légale qui s'imposerait pour de telles publications est à notre avis en tout premier lieu l'art. 28, de même que l'art 30 al. 2 et 31 al. 1 lit. a LPD, dans la mesure où la notice, à côté de son effet de sensibilisation, informe aussi suffisamment tôt les privés des violations menaçant leurs droits. De la sorte, de futures violations du droit lors du traitement de données personnelles sont combattues à titre *préventif*, l'individu n'est pas entravé dans ses droits – ces notices généralement formulées de manière abstraite ne lui imposant en aucune façon des devoirs – et l'autorité compétente dans les domaines sensibles de la protection des données est informée sans aucune injonction légale. Une telle manière d'exécuter sa mission permet au préposé non seulement de tenir compte du devoir d'information qui lui est imparti par la loi, mais également de prendre au sérieux sa fonction de conseil et de médiation.

120. Les relations publiques et la tâche de conseil du préposé sont cependant **limitées** par la loi, en ce sens qu'il ne peut porter à la connaissance du public des données soumises au *secret de fonction* qu'avec le *consentement de l'autorité compétente*. Si celle-ci ne donne pas son consentement, le président de la cour du Tribunal administratif fédéral qui est compétente en matière de protection des données tranche, et sa décision est définitive (Art. 30 al. 2 LPD). Cette voie de droit doit empêcher qu'une autorité invoque de manière abusive le secret de fonction afin de couvrir ses propres manquements lors du traitement de données personnelles.

¹⁸¹ Message relatif à la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 23 mars 1988, FF 1988 II 421.

¹⁸² HUBER, in BSK DSG, N° 12 relatif à l'art. 30.

¹⁸³ Les publications du préposé fédéral (feuilles informatives, recommandations, avis, aide-mémoire, exposés, avis de droit etc.) sont accessibles sous forme électronique sous <<http://www.edoeb.admin.ch>> ou <<http://www.derbeaufrage.ch>> (choisir l'option « français »)

¹⁸⁴ HUBER, in BSK DSG, N° 12 relatif à l'art. 30.

¹⁸⁵ Feuillet thématique sur le principe de la transparence dans l'information (LTrans; RS 152.3) <<http://www.edoeb.admin.ch/dokumentation/00652/00937/01030/index.html?lang=de#>> choisir l'option « français ».

Une publication anonymisée, qui ne permet pas de faire le lien avec des personnes privées déterminées, est en revanche admissible sans autre forme de procès¹⁸⁶. Il en va de même pour des données purement factuelles qui ne font pas référence à des personnes précises. Toutes deux ne sont pas soumises au secret de fonction. Pour ce qui concerne de telles données il relève avant tout du pouvoir d'appréciation du préposé de rendre publics les traitements inadmissibles et les graves problèmes de sécurité, et d'orienter l'opinion publique sur les intentions et les projets d'une administration qui se révèlent problématiques du point de vue de la protection des données. Cette manière de remplir son mandat est en principe admissible même si le fait de citer l'administration en cause permet de remonter indirectement aux collaborateurs responsables des manquements. L'autorité fautive peut être citée. Les noms de collaborateurs dirigeants, qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions, ne bénéficient en principe d'aucune protection spéciale¹⁸⁷.

cc. Excursus (2): bases légales et pratique dans d'autres cantons

121. Tous les cantons ont ancré dans la loi, de manière plus ou moins détaillée, les **tâches de leurs autorités de surveillance en matière de protection des données**. Outre la **fonction (classique) de surveillance** dotée de compétences intrusives effectives, d'autres missions centrales sont confiées aux organes de surveillance :

- Au premier rang de celles-ci, on retrouve la fonction de *conseil*¹⁸⁸. Contrairement à ce qui se passe avec la surveillance, où les préposés cantonaux dans leur livrée de contrôleurs examinent le traitement des données pour ainsi dire « de l'extérieur », dans les cas de consultation ils agissent « de l'intérieur » et concourent à trouver une solution. Les renseignements s'adressent à toute une palette d'intéressés. Il s'agit d'un côté de conseils aux *autorités* traitant des données¹⁸⁹, et de l'autre de conseils aux *personnes* touchées par le traitement des données¹⁹⁰.

Dans la plupart des législations cantonales, il s'agit en premier lieu de renseigner les personnes concernées par le traitement de données « sur leurs droits »¹⁹¹. En pratique, cela se concrétise souvent de la manière suivante : des privés s'adressent à l'autorité cantonale de surveillance et se voient indiquer les droits et les prétentions que la loi leur accorde (voies de droit, mais également revendications relevant de la protection des données comme le droit aux renseignements et à la consultation des données, demande de correction de données erronées, voire d'autres prétentions comme l'abstention, la suppression ou la constatation). Par la suite, une telle consultation peut conduire à des considérations de nature tactique, par exemple pour savoir s'il est approprié de faire valoir de telles prétentions en justice à un moment donné et si l'action a des chances de succès.

- Dans l'exercice de leurs tâches de conseil, les préposés cantonaux à la surveillance en matière de protection des données se chargent aussi souvent de *fonctions de médiation*, et ils apparaissent alors comme des traits d'union entre l'autorité traitante et la personne concernée. Ce faisant, ils revêtent alors une fonction d'**ombuds-**

¹⁸⁶ JÖHRI, in Handkommentar DSG, N° 48 relatif à l'art. 19 et N° 10 relatif à l'art. 30.

¹⁸⁷ JÖHRI, in Handbuch DSG, N° 11 relatif à l'art. 30.

¹⁸⁸ RUDIN, Wegleitung, p. 19; RUDIN, p. 70.

¹⁸⁹ Un cas spécial (mais qu'il ne convient pas d'approfondir ici) dans le conseil donné aux autorités est représenté par la tâche des autorités de surveillance de prendre position au stade préparatoire de la procédure législative sur les textes significatifs pour la protection des données (cf. à ce propos l'art. 28 al. 2 de la Directive ainsi que l'art. 1 al. 2 Ch. du Protocole additionnel; par ailleurs art. 31 al. 1 lit. b en relation avec l'art. Art. 37 al. 2 LPD).

¹⁹⁰ RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 381.

¹⁹¹ Jusqu'aux cantons de SZ et UR, toutes les lois cantonales sur la protection des données prévoient explicitement que le conseil aux privés quant à leurs droits fait partie des tâches de l'autorité de surveillance.

man¹⁹². La médiation s'opère dans tous les cas de conflits relatifs à la protection des données, et notamment dans les cas de demandes d'informations, de rectifications et de suppressions¹⁹³. Le cas échéant, le préposé met sur pied une procédure d'arbitrage¹⁹⁴. Cela permet aux parties de préserver leurs droits sans devoir se confronter à une procédure formelle, puisque l'organe de surveillance va chercher à trouver une solution d'une manière pragmatique et consensuelle¹⁹⁵. Si aucun accord n'est trouvé, l'autorité de surveillance émet une recommandation écrite ; si l'arbitrage est couronné de succès, la procédure est considérée comme éteinte¹⁹⁶. Il faut néanmoins signaler que les préposés cantonaux à la surveillance en matière de protection des données ne sont pas obligés par le droit fédéral à exercer des activités de médiation. Une telle obligation ne peut pas non plus être déduite directement de la lettre de l'art. 28 de la directive 95/46/CE ou de l'art. 1 al. 2 du protocole additionnel.

Avec cette fonction de consultation, il s'agit de créer au sens le plus large une *instance servant au soutien, au conseil en amont et à la médiation*. Cela doit permettre de garantir que les intérêts fondamentaux des personnes subissant un traitement de données sont pris en compte par les autorités compétentes d'une manière sérieuse et appropriée, même si les personnes concernées ne sont pas ou pas constamment présentes et qu'elles ne dénoncent pas d'elles-mêmes des infractions. Une telle procédure doit se dérouler d'une part en relation avec le traitement concret des données, mais d'autre part également à titre prophylactique, lorsqu'il ne s'agit pas encore de traiter concrètement les données, par exemple dans toutes les phases législatives, dans les projets de processus industriels et de systèmes (informatiques)¹⁹⁷.

- Comme le préposé fédéral, les autorités cantonales de surveillance sont tenues à un travail d'**information** et de **relations publiques**. Selon l'art. 28 al. 5 de la directive 95/46/CE, l'organe de contrôle (cantonal) doit publier périodiquement un rapport sur ses activités et informer régulièrement le public sur le résultat de ses activités (de contrôle), et donc sur les constatations et les jugements d'une certaine importance ainsi que sur l'efficacité des dispositions relatives à la protection des données. En outre, l'autorité cantonale de surveillance peut publier des prises de position ou des recommandations à caractère préjudiciel¹⁹⁸. Un certain nombre de cantons ont explicitement ancré dans leur législation cette mission générale d'information, comme celui de Zoug : « L'autorité cantonale en matière de protection des données

¹⁹² RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 381ss.

¹⁹³ Cf. etwa § 19 al. 1 lit. d LPrD ZG (Datenschutzgesetz vom 28. September 2000; BGS 151.1). et § 23 al. 1 lit. d LPrD LU (Gesetz über den Schutz von Personendaten vom 2. Juli 1990; SRL Nr. 51).

¹⁹⁴ Les cantons de AR, BE, BL, BS, GR, LU, NW, OW, SG, SH, TG, UR, VS, ZG et ZH prévoient simplement dans leurs lois cantonales respectives la médiation, et ils renoncent donc à mentionner explicitement une procédure d'arbitrage. Les cantons de AI, FR et JU ne mentionnent ni la médiation ni la procédure d'arbitrage.

¹⁹⁵ *Erläuternder Bericht des Regierungsrates des Kantons Glarus zum Datenschutzgesetz des Kantons Glarus*, du 4 décembre 2001, p. 20.

¹⁹⁶ Cf. à ce propos le § 37 IDAG AG (*Gesetz über die Information der Öffentlichkeit, den Datenschutz und das Archivwesen* du 24 octobre 2006; SAR 150.700).

¹⁹⁷ RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 382s.

¹⁹⁸ C'est ainsi par exemple que la déléguée à la protection des données du canton de Fribourg a rédigé une note explicative sur les exigences minimales en matière de sécurité des données personnelles, adoptées par le Conseil d'Etat (Art. 22 al. 2 LPrD), accessible sur son site internet: < http://www.fr.ch/sprd/pour_en_savoir_plus/pour_en_savoir_plus_securite.htm >.

renseigne les organes et le public sur les questions essentielles touchant la protection des données »¹⁹⁹.

122. En pratique, la surveillance en matière de protection des données n'est depuis longtemps plus limitée à un rôle de contrôle, comme le concevaient encore les cantons à la fin des années 1980. De fait, le point névralgique de l'activité des préposés cantonaux s'est déplacé depuis quelques années de la surveillance vers la consultation. Dans le droit fil du *New Public Management*, les autorités de surveillance s'engagent plus et mieux pour la protection des droits de la personnalité du citoyen si elles soutiennent aussi à titre *préventif* les autorités et les privés traitant des données. Pour ce faire, elles fournissent aujourd'hui déjà, en se basant sur les bases légales cantonales existantes, toute une panoplie de prestations dans le domaine du conseil de l'information, de la formation, de la documentation et de la certification²⁰⁰.

123. Pour montrer à quel point les *tâches d'information et de sensibilisation* des autorités cantonales de surveillance sont devenues importantes, il suffit de voir l'étendue de leurs prestations. Malgré la minceur de leurs ressources, les autorités de surveillances essaient de se faire entendre du public au moyen de publications régulières, d'aide-mémoire rédigés en termes généraux, de brochures ou d'articles spécialisés. Dans la plupart des cantons, l'autorité de surveillance organise également des cours de formation et de formation continue pour les membres des autorités :

- Le préposé à la transparence et à la protection des données du canton d'*Argovie* a publié un aide-mémoire qui s'adresse aux autorités cantonales et aux privés et qui, en se référant aux textes de loi, fait clairement ressortir les conditions auxquelles les enregistrements vidéo sont admissibles pour des organes officiels dans le canton²⁰¹.
- La revue spécialisée «datenschutz.konkret» permet au préposé à la protection des données du canton de *Bâle-Campagne* d'informer de manière ciblée toutes les autorités bâloises ainsi que d'autres cercles intéressés sur les propositions pratiques de solutions en matière de protection des données²⁰². En outre, le préposé met constamment à disposition du public divers aide-mémoire et autres recommandations relatives aux thèmes d'actualités et aux problèmes qui se posent en la matière²⁰³.
- Dans la documentation en ligne du préposé à la protection des données du canton de *Berne*, on trouve divers formulaires-type, des recommandations et des manuels etc. relatifs à la sécurité des données, des rapports annuels et un guide sur les aspects délicats de la

¹⁹⁹ § 19 al. 1 lit. e de la Loi sur la protection des données du 19 septembre 2000.

²⁰⁰ RUDIN, Datenschutzaufsicht, p. 383.

²⁰¹ Préposé à la transparence et à la protection des données, Videosurveillance par des organes publics («*Überwachung durch öffentliche Organe*»), feuille informative de décembre 2009, accessible en ligne:

<http://www.ag.ch/idag/shared/dokumente/pdf/01_merkblatt_videoueberwachung_definitiv.pdf>.

Le préposé a entrepris cette publication en se basant sur sa fonction de consultation (§ 31 al. 1 lit. b IDAG AG).

Newsletter de «datenschutz.konkret», téléchargeable sous:

<http://www.baselland.ch/main_newsletter-htm.273785.0.html>.

²⁰³ Téléchargeable sous: <http://www.baselland.ch/main_prakt-htm.278144.0.html#body-over>.

Le préposé n'a cependant pas indiqué sur quelle norme il s'est basé pour cette publication; à notre avis il s'agit du § 24 lit. c et d DSchG BL (Gesetz über den Schutz von Personendaten du 7 mars 1991; SGS 162).

protection des données dans les écoles²⁰⁴. De surcroît, le ISCB²⁰⁵ contient des feuilles informatives rédigées en termes généraux (appelées « Points de vue » ou « *Ansichtsaussagen* »), qui sont adressées aux communes bernoises. Contrairement à ce qui se passe dans quelques autres cantons, celui de Berne n'a pas encore publié d'aide-mémoire généraux adressés également aux privés, bien qu'en raison de sa fonction de conseil le préposé soit en principe habilité à le faire (Art. 34 al. 1 lit. g et e en relation avec l'art. 35 al. 3 LCPD)

- « *Datenschutz Aktuell* », tel est le nom donné à la nouvelle feuille d'information trimestrielle du préposé à la protection des données des cantons de *Schwyz*, *Obwald* et *Nidwald*. Elle s'adresse aussi bien aux offices de l'administration qu'aux privés intéressés. On y trouve des contributions abordant divers thèmes relatifs à la protection des données, au principe de publicité et à la sécurité dans l'information. En outre, des cas exemplaires relevant de la pratique du conseil y sont documentés²⁰⁶. Par ailleurs, le préposé donne des exposés sur des questions spécifiques liées à la protection des données, et il organise des séminaires de formation. Pour finir, il a publié nombre d'aide-mémoire à l'usage des autorités aussi bien que des privés²⁰⁷.
- Le préposé à la protection des données du canton de *Zoug* tient à jour une longue liste de courriers électroniques portant sur des communications d'actualité, ainsi que des archives ; il édite également des newsletters et a publié divers aide-mémoire (notamment sur la sécurité des données)²⁰⁸.
- Outre des articles spécialisés, des brochures et de nombreuses feuilles informatives, le préposé à la protection des données du canton de *Zurich* a également rédigé un aide-mémoire relatif à l'engagement d'inspecteurs sociaux et, ce faisant, en énumérant les principes cantonaux devant être appliqués, il en a rappelé les aspects délicats du point de vue de la protection des données²⁰⁹. Il s'est basé pour ce faire sur son devoir de conseil à l'égard des autorités en charge du traitement des données (§ 34 lit. a Information- und Datenschutzgesetz, IDG), mais aussi sur sa mission inscrite au § 34 lit. 3 IDG, et qui consiste à informer le public sur les problèmes relatifs à la protection des données (cf. à ce propos le § 129 ci-dessous). En décembre 2009, il a publié en outre un précis intitulé

²⁰⁴ Site internet du délégué à la protection des données du canton de Berne, accessible sous: <http://www.jgk.be.ch/site/index/ds/ds_dokumentation.htm>.

²⁰⁵ « Information systématique des communes bernoises », accessible en ligne sous: <http://www.jgk.be.ch/site/fr/agr_gemeinden_bsig>

²⁰⁶ Préposé à la protection des données des cantons de Schwyz, Obwald et Nidwald, « *Datenschutz Aktuell* », téléchargeable sous: <http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/application/d144/f137.cfm>.

²⁰⁷ Site internet Préposé à la protection des données des cantons de Schwyz, Obwald et Nidwald, téléchargeable sous: <http://www.kdsb.ch/xml_1/internet/de/intro.cfm>.

²⁰⁸ Préposé à la protection des données du canton de Zoug, Feuilles informatives relatives à la sécurité des données, téléchargeable sous:

<http://www.datenschutz-zug.ch/pdf/DSV_Merkblaetter_22082008.pdf>.

Pour cette publication, le préposé s'est basé sur le § 7 DSV (Datensicherheitsverordnung, BGS 157.12), selon lequel l'autorité de surveillance zougnoise met à disposition des feuilles informatives pour l'instruction des collaborateurs.

Téléchargeable sous:

<http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Sozialinspektor_en_Kanton-Zuerich.pdf>.

«*Datenschutz im Sozialbereich*»²¹⁰. Enfin, le préposé se montre très actif dans le domaine de la formation continue.

bb. Une base légale (suffisante?) dans le canton de Fribourg?

124. Les tâches de l'autorité cantonale de surveillance sont fixées dans la *loi* : alors que celles de la commission sont circonscrites sous forme de clause générale à l'art. 30a, avec la formulation « exerce une surveillance générale » assortie d'un catalogue non exhaustif, on trouve pour les tâches du préposé à l'art. 31 al. 2 LPrD une liste qui est, elle, *exhaustive*. A cela viennent s'ajouter les tâches qui lui sont confiées par la commission et par sa présidente ou son président (Art. 14 al. 1 règlement d'organisation). C'est à la préposée qu'incombe l'essentiel de l'activité courante de surveillance et de conseil en matière de protection des données²¹¹.

125. Quant à la base légale pour la feuille informative, il s'agit tout d'abord – et c'est la position également adoptée par la préposée à la protection des données – de l'art. 31 al. 2 lit. b LPrD, en vertu duquel *la préposée* a pour tâche de **conseiller les organes concernés**. Dans d'autres cantons également, la publication d'aide-mémoire rédigés en termes généraux repose sur des dispositions qui mentionnent explicitement le conseil aux organes cantonaux au nombre des tâches de la surveillance des données²¹².

126. Pour la publication de la feuille informative, la préposée se fonde également sur l'**art. 31 al. 2 lit. c LPrD**, selon lequel elle doit **renseigner les personnes concernées sur leurs droits**. D'après sa lettre, cette disposition se rapproche de l'art 28 LPD, aux termes duquel le préposé conseille les personnes privées en matière de protection des données. Dans le droit fédéral de la protection des données, cette tâche de conseil signifie en principe le *soutien et l'aide individuelles à une personne concrète* confrontée à un problème particulier (N° 117) ; il convient donc de la distinguer de la mise à disposition au grand public d'informations générales relevant de la protection des données²¹³. Les travaux préparatoires de la LPrD ne permettent pas de diagnostiquer exactement les activités que cette formulation doit recouvrir *in casu* ; quoi qu'il en soit, il semble que le législateur soit plutôt parti d'une interprétation extensive (« *l'essentiel de l'activité courante [...] de conseil* »²¹⁴), qui recouvre également des informations comme celles dont il est question. Il en va de même à la lumière des prescriptions de droit international public quant à l'éventail des tâches des autorités de surveillance (cf. N° 114) : il semble bien que la tâche de consultation, au-delà du conseil individuel, contient également une fonction d'appui *préventif* à l'égard des personnes potentiellement concernées par une possible violation de la protection des données.

Dans ce contexte, on pourrait à tout le moins se poser également la question de savoir si ce n'est pas avant tout la mission générale d'information qui est concernée, mission pour laquelle la commission serait

²¹⁰ Préposé à la protection des données du canton de Zurich, Protection des données dans le domaine social, aide-mémoire, Zurich 2009, téléchargeable sous : <http://www.datenschutz.ch/fileadmin/user_upload/datenschutz/04_Publikationen/Leitfaden_Datenschutz_im_Sozialbereich.pdf>.

²¹¹ Message LPD (Note 8), p. 3063.

²¹² Cf. par exemple pour le canton de ZH N° 123 ci-dessus.

²¹³ HUBER, in BSK DSG, N° 1 relatif à l'art 28.

²¹⁴ Message LPrD (Note 8), p. 3063.

compétente aux termes de la LPrD. Cela ressort d'une part de l'art. 30a al.2 LPrD²¹⁵, et de l'autre de la circonstance faisant que le catalogue de compétences de l'art. 30a al. 2 LPrD n'est pas exhaustif. La question de la répartition interne des compétences entre commission et préposé/e ne doit cependant pas être approfondie ici. Même si, dans le cas présent, la mission générale d'information relevant du domaine de compétence de la commission était concerné, la commission pourrait confier des tâches à la déléguée (Art. 14 al. 1 du règlement d'organisation)²¹⁶. Par ailleurs, il ne s'agirait pas en l'occurrence de tâches que la loi confie de manière « contraignante » à la commission et que celle-ci ne pourrait dès lors plus transférer (comme l'exécution de la procédure prévue à l'art.22a LPrD [Art. 30a al. 1 lit. c LPrD]).

2. La préposée doit-elle donner à l'administration l'occasion d'informer à titre préalable avant qu'elle ne le fasse elle-même?

127. Selon ce qui vient d'être dit, la publication de feuilles informatives et d'aide-mémoire relève du domaine de compétences de l'autorité de surveillance. Celle-ci dispose d'une totale indépendance pour définir les modalités de cette activité de conseil et d'information (Art. 32 al. 1 LPrD). Cette indépendance implique une interdiction absolue d'immixtion d'autres autorités (en particulier de l'exécutif) dans l'accomplissement des tâches de l'autorité de surveillance. Ses travaux ne doivent pas être influencés de l'extérieur, que ce soit directement ou indirectement.

128. Le fait d'exiger que l'autorité de surveillance, avant la publication de feuilles informatives, doive solliciter l'avis, voire l'assentiment de la direction concernée à raison de la compétence, ne serait pas compatible avec l'indépendance fonctionnelle qui lui est garantie par l'art. 32 al. 1 LPrD en relation avec les prescriptions du droit européen. Il va de soi qu'une telle exigence empêcherait l'autorité de surveillance de choisir librement la manière dont elle entend accomplir sa mission. Bien évidemment, la loi n'exclut pas que l'autorité de surveillance informe la direction concernée lorsqu'elle prépare la publication d'une feuille informative, ou qu'elle demande même des conseils en cas de doutes sur la législation topique. Elle ne saurait cependant être contrainte de le faire.

129. Les devoirs d'information de l'administration, généraux comme particuliers, ne changent rien à cette conclusion. La mission de conseil et d'information de l'autorité de surveillance se comprend comme une « *tâche transversale originnaire* ». Ni la loi ni les normes européennes n'en font découler le fait que l'administration ne pourrait plus remplir ses propres tâches. Si donc l'autorité de surveillance publie une feuille informative sans accorder au préalable à la direction concernée l'occasion de remplir sa propre tâche d'information, il ne s'agit en aucun cas d'une violation du droit. On se saurait donc parler d'une « information proactive » illégale (N° 2).

Ce résultat recoupe la conception de la mission d'information et de conseil des autorités de surveillance telle qu'elle est conçue dans d'autres cantons. C'est ainsi que le préposé à la surveillance des données du canton de Zurich – cf. N° 123 – en se basant sur le § 34 lit. a et e de la loi zurichoise sur la protection des données (IDG), a publié un aide-mémoire relatif à l'engagement d'inspecteurs sociaux. Selon les renseignements fournis par le préposé lui-même²¹⁷, il n'a pas soumis ce document à la direction compétente. Il procède ainsi non seulement pour l'édition d'aide-mémoire, mais également pour toutes les autres publications.

²¹⁵ Dans le message relatif à la version originale de cette disposition (aArt 30 LPrD), le Conseil d'Etat renvoyait à ce propos à la lettre presque identique de l'art. 30 LPD, qui fixe le devoir général d'information du ou de la délégué/e (Message LPrD [note 8], p. 3063).

²¹⁶ La commission a pris connaissance de la présente feuille informative avant sa publication.

²¹⁷ Renseignement écrit par courriel du Dr. BRUNO BAERISWYL, préposé à la protection des données du canton de Zurich, le 13 janvier 2010.

III. Réponse aux questions spécifiques

1. L'indépendance de l'autorité de surveillance comprend-elle le libre choix de la forme sous laquelle celle-ci s'adresse au public?

130. L'information du public (par exemple sous la forme d'aide-mémoire) relève du domaine de compétence des autorités de surveillance. Mais au vu de sa position dans l'organigramme de l'administration cantonale, la surveillance en matière de protection des données est simplement rattachée administrativement et par là même elle n'est pas soumise aux directives, et donc elle n'est pas non plus obligée d'informer le Conseil d'Etat ou la direction de la justice et de la sécurité et de requérir leur consentement avant d'entreprendre une quelconque activité. Il devrait en aller de même dans le cas où la surveillance des données souhaiterait saisir l'opinion publique d'infractions concrètes commises par des autorités cantonales. La surveillance des données a d'autant moins besoin de l'approbation préalable de la direction si elle prévoit de publier des feuilles informatives rédigées en termes généraux, qui se contentent pour l'essentiel d'énumérer des dispositions législatives cantonales et entendent uniquement sensibiliser les offices compétents de l'administration et les personnes concernées. Dans la pratique, une autre manière de procéder reviendrait à contredire le principe de l'indépendance totale de l'autorité de surveillance qui doit être respectée par le canton, également en vertu des normes internationales. *L'indépendance fonctionnelle*, en tant qu'élément constitutif de cette indépendance postulée par le droit international, exige que l'autorité de surveillance ne soit pas soumise aux directives de ceux qu'elle est amenée à contrôler. En ce qui concerne la manière d'exercer sa mission, l'autorité de surveillance peut librement décider sous quelle forme elle entend concrétiser la mission d'information et de conseil que lui confère la législation (Art. 31 al. 2 lit. b et c LPrD).

2. L'exécutif peut-il imposer des prescriptions quant au choix de la manière dont l'autorité de surveillance s'adresse au public?

131. Non, car cela contredirait les obligations internationales inscrites à l'art. 28 al. 1 2^{ème} phrase de la directive 95/46/CE ainsi que l'art. 1 du protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, qui exigent une indépendance totale de l'organe de contrôle. D'éventuelles prescriptions par les autorités hiérarchiquement supérieures quant à la forme et à la manière dont elles doivent remplir leur mission violeraient une composante de cette indépendance fonctionnelle. Toute tentative de l'exécutif d'influencer de l'extérieur la formation de la volonté et le processus décisionnel des autorités de contrôle est exclue.

3. L'exécutif peut-il adresser à l'autorité de surveillance des prescriptions matérielles sur la manière dont elle doit s'exprimer?

132. Non, en aucune façon. Aussi longtemps que l'autorité de surveillance, qui n'est pas tenue de suivre des directives, peut s'appuyer sur une base légale suffisante pour son activité concrète, ni la direction ni le Conseil d'Etat n'ont la possibilité de lui imposer quelque prescription que ce soit en ce qui concerne le contenu de ses publications. L'indépendance qu'il convient d'accorder aux autorités de surveillance n'autorise pas l'autorité contrôlée à imposer de quelque manière que ce soit des prescriptions à l'autorité en charge du contrôle.

Restent réservés des cas dans lesquels l'autorité de surveillance excéderait la mission de conseil et d'information qui lui est légalement confiée ; dans un tel cas une intervention devrait être possible, dans la mesure où l'autorité de surveillance ne dispose pas d'une indépendance (fonctionnelle) en dehors de l'éventail de ses tâches tel qu'il est défini par la loi. Pour l'élimination des divergences, une application par analogie de l'art. 22a LPD pourrait s'avérer recommandée.

4. En ce qui concerne la feuille informative litigieuse, l'autorité de surveillance a-t-elle indûment court-circuité l'administration?

133. Non. Totalement indépendante, l'autorité de surveillance ne doit pas solliciter l'autorisation préalable de la direction concernée lorsqu'elle prend l'initiative de délivrer des avis ou lorsqu'elle souhaite rendre l'opinion publique attentive à des violations des principes de la protection des données qui, de son point de vue, ont été commises par des autorités cantonales dans le traitement de données personnelles. Elle ne fait ici qu'accomplir la mission de conseil et d'information qui lui est confiée par la loi (cf. également N° 128 ci-dessus).

134. Pour la publication de feuilles informatives rédigées en termes généraux, la LPrD contient à notre avis une base légale suffisante. Dans le contexte de sa fonction de conseil, l'autorité de surveillance a le droit de publier des aide-mémoire et des avis relatifs à des questions générales de la protection des données dans le domaine du traitement des données personnelles par les organes cantonaux. En ce sens il lui appartient de recourir à des instructions générales pour lutter à titre préventif contre des violations potentielles de la protection des données. Il est exclu que la direction ou le Conseil d'Etat tentent de l'influencer, que ce soit directement ou indirectement.

IV. Conclusion générale

135. L'autorité de surveillance en matière de protection des données du canton de Fribourg a toute latitude pour rendre accessible à un large public, sur internet, une feuille informative rédigée en termes généraux et concernant un aspect bien précis du droit de la protection des données. Pour ce faire, elle n'a pas besoin de solliciter au préalable l'approbation du Conseil d'Etat, de la Direction de la Sécurité et de la Justice ou encore de la direction compétente en l'espèce quant à la forme et au contenu de la publication envisagée. Si la direction ou le Conseil d'Etat avaient la possibilité d'adresser à l'autorité de surveillance des injonctions précises ou de lui imposer des directives touchant l'exercice des tâches qui lui sont confiées par la loi, une telle façon de faire violerait de manière inacceptable le principe de son indépendance fonctionnelle. Celui-ci découle pour l'essentiel du protocole additionnel à la Convention du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, et de la directive européenne sur la protection des données, avec pour conséquence le fait que l'art. 32 al. 1 LPrD doit être interprété conformément à ces prescriptions. Cette indépendance fonctionnelle trouve (à bon droit) sa concrétisation dans le rattachement administratif de l'autorité de surveillance à la Direction de la Sécurité et de la Justice, ce qui interdit par là même toute mainmise sur l'exercice de ses tâches déléguées.

BIBLIOGRAPHIE

Si aucune autre donnée n'est mentionnée, les auteurs et auteurs mentionné-e-s sont cité-e-s avec leur nom et le numéro de la page ou de la marginale pertinente.

BIAGGINI GIOVANNI, BV, Kommentar, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft und Auszüge aus der EMRK, den UNO-Pakten sowie dem BGG, Zurich 2007.

BREITENMOSER STEPHAN/GLESS SABINE/LAGODNY OTTO (HRSG.), Schengen in der Praxis – Erfahrungen und Einblicke, Zurich/St. Gallen 2009.

EHRENZELLER BERNHARD/MASTRONARDI PHILIPPE/SCHWEIZER RAINER J./VALLENDER KLAUS A. (HRSG), Die schweizerische Bundesverfassung, Kommentar, 2ème éd., Zurich/St. Gall 2008 (cité Auteur-e, in St. Galler Kommentar).

EPINEY ASTRID, Datenschutz und «Bilaterale II», Zu den Auswirkungen der Schengen-Assoziierung auf das schweizerische Datenschutzrecht – ausgewählte Aspekte, in RDS 102 (2006), p. 126ss.

EPINEY ASTRID/HOBI PATRICK, Die Revision des Datenschutzgesetzes/La révision de la loi sur la protection des données, Zurich/Bâle/Genève 2009.

EPINEY ASTRID/HOFSTÖTTER BERNHARD/MEIER ANNEKATHRIN/THEUERKAUF SARAH, Schweizerisches Datenschutzrecht vor europa- und völkerrechtlichen Herausforderungen. Zur rechtlichen Tragweite der europa- und völkerrechtlichen Vorgaben und ihren Implikationen für die Schweiz, Zurich/Bâle/Genève 2009 (cité EPINEY ET AL.).

EPINEY ASTRID/THEUERKAUF SARAH (HRSG.), Datenschutz in Europa und die Schweiz/La protection des données en Europe et la Suisse, Zurich/Bâle/Genève 2006.

FÜSSLEIN PETER, Ministerialfreie Verwaltung, Begriff, Erscheinungsformen und Vereinbarkeit mit dem Grundgesetz, Bonn 1972.

GRABENWARTHER CHRISTOPH, Europäische Menschenrechtskonvention, 4ème éd., Munich 2009.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN, Allgemeines Staatsrecht, 7ème éd., Zurich 2008.

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5ème éd., Zurich 2006.

HÄNER ISABELLE, Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörden, Umsetzung am Beispiel der Datenschutzaufsicht des Kantons Zurich, Zurich/Bâle/Genève 2008.

HUBER RENÉ, Die Teilrevision des Eidg. Datenschutzgesetzes – ungenügende Pinselrennovation, in recht 2006, p. 220ss.

MAURER-LAMBROU URS/VOGT NEDIM PETER (Hrsg.), Basler Kommentar zum Datenschutzgesetz, Bâle/Genève/Munich, 2ème éd. 2006 (cité Auteur-e, in BSK DSG).

MORAND CHARLES-ALBERT, Le principe de légalité et l'interventionnisme étatique, in: Francis Cagianut (Ed.), Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts, Berne/Stuttgart 1989, p. 139ss.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz. Im Rahmen der Bundesverfassung, der EMRK und der Uno-Pakte, 4ème éd., Berne 2008.

MÜLLER JÖRG PAUL/WILDHABER LUZIUS, Praxis des Völkerrechts, 3ème éd., Berne 2001.

MÜLLER MARKUS/MÜLLER-GRAF THOMAS, Staatliche Empfehlungen, Gedanken zu Rechtscharakter und Grundrechtsrelevanz, in: RDS 1995 I, p. 357ss.

RUDIN BEAT, Datenschutz und E-Government, in: Buser Denise (Hrsg.), Neues Handbuch des Staats- und Verwaltungsrechts des Kantons Bâle-Stadt, Bâle 2008, p. 1083ss.

RUDIN BEAT, Datenschutzgesetze – fit für Europa. Europarechtliche Anforderungen an die schweizerischen Datenschutzgesetze, Zurich/Bâle/Genève 2007 (cité RUDIN, Datenschutz).

RUDIN BEAT, Strukturen und Instrumente der Umsetzung des Datenschutzes, Datenschutzaufsicht – vom Kontrolleur zum Kompetenzzentrum, in: Baeriswyl Bruno/Rudin Beat (Hrsg.), Perspektive Datenschutz – Praxis und Entwicklungen in Recht und Technik, p. 373ss., Zurich 2002 (cité RUDIN, Datenschutzaufsicht).

RUDIN BEAT, Umsetzung Schengen/Dublin in den Kantonen: Datenschutz – Wegleitung, erstellt im Auftrag der Konferenz der Kantonsregierungen, Bâle 2006 (cité RUDIN, Wegleitung).

SÄGESSER THOMAS, Institutionelle Stellung des Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten, in: PJA 2009, p. 1420ss.

SCHAAR PETER, Unabhängige Datenschutzaufsicht im Innenministerium? in: Zeitschrift Datenschutz und Datensicherheit (DuD), Recht und Sicherheit in Informationsverarbeitung und Kommunikation, Vol. 29 (2005), p. 579ss.

STÄMPFLI SANDRA, Das Schengener Informationssystem und das Recht der informationellen Selbstbestimmung, Berne 2009.

SCHWEGLER IVO, Datenschutz im Polizeiwesen von Bund und Kantonen, Berne 2001.

ROSENTHAL DAVID/JÖHRI YVONNE (Hrsg.), Handkommentar zum Datenschutzgesetz, Zurich 2008 (cité Handkommentar DSG).

TSCHANNEN PIERRE, Amtliche Warnungen und Empfehlungen, in: ZSR 1999 II, p. 353ss..

TSCHANNEN PIERRE/ZIMMERLI ULRICH/MÜLLER MARKUS, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3ème éd., Berne 2009.

WALDMANN BERNHARD, Wirkung und Verwirklichung der Grundrechte, Inhalt und Tragweite von Art. 35 BV, in ius.full 2008, p. 20ss.

ZIMMERLI ULRICH, Zum Gesetzmässigkeitsprinzip im Verwaltungsrecht, in recht 1984, p. 73ss.