

Lisa Dubath

## Volet pénal de la Loi sur la protection des données (LPD) : un regard critique

ISBN 978-3- 03916-317-5

Editions Weblaw  
Bern 2025

**Zitiervorschlag:**

Lisa Dubath, Volet pénal de la Loi sur la protection des données (LPD) :  
un regard critique,  
in: Magister, Editions Weblaw, Bern 2025

# Volet pénal de la Loi sur la protection des données (LPD) : un regard critique

MEMOIRE

présenté

par

**Lisa Dubath**

sous la direction de

**Madame la Prof. Samah Posse**

Vevey, le 14 juillet 2025

# Table des matières

<b>BIBLIOGRAPHIE.....</b>	<b>III</b>
<b>TABLE DES ARRETS .....</b>	<b>IX</b>
<b>TABLE DES ABREVIATIONS.....</b>	<b>X</b>
<b>I. INTRODUCTION .....</b>	<b>1</b>
<b>II. DISPOSITIONS PENALES A LA LPD.....</b>	<b>3</b>
<b>A. GENERALITES.....</b>	<b>3</b>
<b>B. HISTORIQUE .....</b>	<b>3</b>
<b>C. SYSTEMES DE SANCTIONS DU RGPD ET DE LA SUISSE .....</b>	<b>5</b>
<b>D. SYSTEME DE SANCTIONS DU RGPD.....</b>	<b>5</b>
<b>E. SYSTEME DE SANCTIONS SUISSE EN COMPARAISON AU MODELE EUROPEEN .....</b>	<b>6</b>
<b>F. INFRACTIONS PENALES EN LIEN AVEC LA PROTECTION DES DONNEES .....</b>	<b>7</b>
1. <i>Introduction aux art. 60 à 66 LPD.....</i>	<i>8</i>
2. <i>La violation des obligations d’informer, de renseigner et de collaborer (60 LPD).....</i>	<i>10</i>
3. <i>La violation des devoirs de diligence (art. 61 LPD) .....</i>	<i>12</i>
4. <i>La violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD).....</i>	<i>15</i>
5. <i>L’insoumission à une décision (art. 63 LPD) .....</i>	<i>16</i>
6. <i>Les infractions commises dans une entreprise (art. 64 LPD) .....</i>	<i>19</i>
7. <i>L’usurpation d’identité (art. 179decies CP) .....</i>	<i>22</i>
8. <i>Les infractions cantonales de protection des données .....</i>	<i>22</i>
<b>G. CARACTERISTIQUES DES INFRACTIONS A LA LPD.....</b>	<b>23</b>
1. <i>Prescription de l’action pénale (art. 66 LPD) .....</i>	<i>23</i>
2. <i>Cercle des destinataires .....</i>	<i>24</i>
3. <i>Traits communs des infractions à la LPD.....</i>	<i>26</i>
<b>III. PROCEDURE PENALE DES CONTRAVENTIONS A LA LPD.....</b>	<b>28</b>
<b>A. GENERALITES .....</b>	<b>28</b>
<b>B. POURSUITE ET JUGEMENT .....</b>	<b>28</b>
1. <i>Travaux préparatoires .....</i>	<i>28</i>
2. <i>Procédure devant les autorités pénales cantonales de première instance.....</i>	<i>29</i>
3. <i>Procédures d’opposition, judiciaire et de recours .....</i>	<i>33</i>
4. <i>Mesures en cas de violation de la protection des données .....</i>	<i>34</i>
<b>C. ROLE DU PFPDT.....</b>	<b>35</b>
<b>D. AUTORITES COMPETENTES EN MATIERE DE POURSUITE ET DE JUGEMENT ART. 65 LPD.....</b>	<b>37</b>
1. <i>Répartition des compétences .....</i>	<i>37</i>
2. <i>Panorama cantonal romand.....</i>	<i>38</i>
<b>E. CONSEQUENCE POUR LA PERSONNE CONDAMNEE .....</b>	<b>43</b>
<b>IV. OBSERVATIONS ET CRITIQUES.....</b>	<b>44</b>
<b>A. COMMENTAIRES DES PRATICIENS DE LA PROTECTION DES DONNEES .....</b>	<b>44</b>
<b>B. PROPRE COMMENTAIRE.....</b>	<b>52</b>
1. <i>Problématiques soulevées.....</i>	<i>53</i>
2. <i>Hypothèses explicatives.....</i>	<i>57</i>
3. <i>Améliorations et modifications possibles .....</i>	<i>66</i>
<b>V. CONCLUSION.....</b>	<b>70</b>



Avec mes remerciements aux autorités contactées pour leurs réponses à mes questions, au temps consacré par Maître Grodecki lors d'un entretien téléphonique, à Madame la Prof. Posse et enfin à mes parents pour leur soutien et leur relecture.

# Bibliographie

État des recherches : La doctrine et les documents officiels ont été pris en compte jusqu'au 28 avril 2025.

## A. Ouvrages et articles juridiques de référence

A. BAERISWYL Art. 8 DSG, in : B. Baeriswyl/K. Pärli/D. Blonski, *Datenschutzgesetz (DSG) : Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (DSG)*, 2<sup>e</sup> éd., Berne, 2023 (cité : BAERISWYL, art. XX LPD, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° XX).

A. BICHOVSKY, art. 292 CP, in : L. Moreillon et al. (édit.), *CoRo/Code pénal CP II*, 1<sup>ère</sup> éd. 2017 (BICHOVSKY, art. 292 CP, n° XX).

A. BIERI/J. POWELL/A.-S. BORRMANN, *DSG : Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen*, Zurich, 2023, p. 529-590.

A. M. GARBARSKI/A. MACALUSO, *La responsabilité de l'entreprise et de ses organes dirigeants à l'épreuve du droit pénal administratif*, in : PJA 2008 pp. 833 ss, p. 842 (cité : GARBARSKI/MACALUSO, pp. XX).

C. HIRSCH, *Recension : Les dispositions pénales de la nLPD, par David Rosenthal et Seraina Gubler*, in : Swissprivacy.law, 27 mai 2021, disponible sous : « <https://swissprivacy.law/75/> », (consulté le 07 février 2025).

D. K. GRAF, art. 305 CP, in : D. K. Graf (édit.), *Annotierter Kommentar StGB*, 1<sup>ère</sup> éd., Berne, 2020 (cité : GRAF, art. 305 CP, n° XX).

D. RAEDLER, Deuxième partie : Questions spécifiques / Les nouvelles procédures de la LPD révisée et leur impact dans les rapports de travail, in : V. Défago et al. (édit.) *La protection des données dans les relations de travail à la lumière de la nouvelle loi fédérale sur la protection des données*, Genève/Zurich, 2024.

D. ROSENTHAL/S. GUBLER, *Die Strafbestimmungen des neuen DSG*, RSDA 2021, pp. 52-64.

D. ROSENTHAL/S. STUDER/A. LOMBARD (pour la traduction), *La nouvelle loi sur la protection des données*, in : Jusletter du 16 novembre 2020, disponible sous : <https://www.rosenthal.ch/downloads/Rosenthal-Studer-Lombard-nouvelleLPD.pdf> (consulté le 17 février 2025) (cité : ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. XX).

D. ROSENTHAL/Y. JÖHRI, *Handkommentar zum Datenschutzgesetz : sowie weiteren, ausgewählten Bestimmungen*, Zurich, 2008, p. 678.

E. M. BELSER ET AL., §6 Der Grundrechtliche Rahmen des Datenschutzes, in : *Datenschutzrecht : Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne, 2011 (cité : BELSER ET AL. §XX, n° XX).

F. BURGNER, *La responsabilité pénale du chef d'entreprise*, in : RPS 2015 pp. 368 ss, p. 388.

F. CHARLET, Sanctions pénales, in : F. Charlet, *Guide pratique de Protection des données en entreprise*, 1ère éd., Lucerne 2023.

H. MONOD/A. PAYER, *Nemo tenetur* face à l'obligation de collaborer selon la LFINMA, in : <https://www.crimen.ch/46/> du 26 octobre 2021 (consulté le 2 avril 2025).

J. D. GASSMANN, Kommentierung zu Art. 65 DSG, in : T. Steiner/A.-S. Morand/D. Hürlimann (édit.), *Onlinekommentar zum Bundesgesetz über den Datenschutz*, 2023, disponible sous : <https://onlinekommentar.ch/fr/kommentare/dsg65>, DOI : <https://doi.org/10.17176/20230812-163711-0> (consulté le 08 février 2025).

J. PAHUD/S. PITTET, *Les infractions pénales de la loi sur la protection des données*, in : Jusletter 25 septembre 2023, disponible sous : <https://archive-ouverte.unige.ch/unige:171789> (consulté le 10 février 2025) (cité : PAHUD/PITTET, p. XX).

K. VILLARD, art. 31 CP, in : L. Moreillon et al. (édit.), *CoRo/Code pénal I*, 2<sup>e</sup> éd., 2021

M. A. NIGGLI ET AL., art. 34 – 35 LPD, in : U. Maurer-Lambrou/G.-P. Blechta (édit.) *BaK Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz 2014*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, 2014. (cité : NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° XX).

M. DAPHINOFF, art. 357 CPP, in : M. A. Niggli/M. Heer/H. Wiprächtiger (édit.), *Schweizerische Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung*, 3<sup>e</sup> éd., Bâle, 2023. (cité : DAPHINOFF, art. 357 CPP, n° XX).

N. BEGUIN, art. 8 LPD, in : B. Cottier/Y. Benhamou (édit.), *Petit commentaire LPD/Loi sur la protection des données*, Bâle, 1<sup>ère</sup> éd., 2023.

O. M. KUNZ, art. 65 LPD, in : G. P. Blechta/D. Vasella (édit.), *BSK Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, 4e éd., Lucerne 2024 (cité : KUNZ, art. 65 LPD, n° XX).

S. HUSI-STÄMPFLI ET AL. *Protection des données*. Genève/Zurich, 2024 (cité : HUSI-STÄMPFLI ET AL., p. XX, N XX.).

S. METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD et art. 65 LPD, in : P. Meier/S. Metille, *CoRo/Loi sur la protection des données*, 1<sup>re</sup> éd., Lucerne 2023 (cité : METILLE, art. XX LPD, n° XX).

T. GENECAUD, art. 65 LPD, in : B. Cottier/Y. Benhamou, *Petit commentaire/Loi sur la protection des données*, 1<sup>re</sup> éd., Lucerne 2023 (cité : GENECAUD, art. 65 LPD, n° XX).

U. CASSANI, *Droit pénal économique : Eléments de droit suisse et transnational*, Bâle 2020, par. 9.142.

U. UTTINGER/Th. GEISER, 8. Kapitel : Strafbestimmungen, in : *Das neue Datenschutzrecht*, Basel, 2023, pp. 107-111.

V. DELNON/B. RÜDY, art. 305 CP : in : M. A. Niggli/H. Widprächtiger (édit.) *BaK Strafgesetzbuch II*, 4e éd., 2019 (cité : DELNON/RÜDY, art. XX CP, n° XX).

W. WOHLERS, Strafrecht als ultima ratio – tragender grundsatz eines rechtsstaatlichen Strafrechts oder Prinzip ohne eigenen Aussagegehalt ? in : von A. von. Hirsch/K. Seelmann/W. Wohlers (édit.), 2006 (cité : WOHLERS 2006, in : von Hirsch/Seelmann/Wohlers, p. 64 ss).

W. WOHLERS, Vorbemerkungen zu art. 60 ff., art. 62 et 66 LPD, in : B. Baeriswyl/K. Pärli/D. Blonski, *Datenschutzgesetz (DSG) : Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den*

*Datenschutz (DSG)*, 2e éd., Berne (cité : WOHLERS, art. XX, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° XX).

Y. JEANNERET, art. 105, 109 CP, in : L. Moreillon et al. (édit.), *CoRo/Code pénal I*, 2<sup>e</sup> éd., 2021.

## **B. Textes officiels**

ASSEMBLEE FEDERALE, Débats du Conseil national du 25 septembre 2019 sur la révision totale de la loi sur la protection des données, BO 2019 n° 1821 ss., (cité : BO 2019 n° XX).

ASSEMBLEE FEDERALE, Intervention de Monsieur le Conseiller aux Etats Comte, in : Bulletin officiel du Conseil des Etats, année 2014 (cité : COMTE, BO 2014 n° 14.3288).

CONSEIL FEDERAL, Avant-Projet de la Loi fédérale mettant en œuvre la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales (Développement de l'acquis de Schengen), FF 2017 6803 (cité : art. XX P-LPD).

CONSEIL FEDERAL, Message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales, FF 2017 6713 ss., (cité : Message de la LPD, FF 2017 XXXX).

CONSEIL FEDERAL, Projet du 15 septembre 2017 de la Loi fédérale mettant en œuvre la directive (UE) 2016/680 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales (Développement de l'acquis de Schengen), FF 2017 6803 (cité : art. XX P-LPD).

DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE (DFJP), Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 31 janvier 2024 concernant la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) (FF 2024 [254] 164 p.), disponible sous :

<https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/85989.pdf>, (consulté le 20 avril 2025).

OFFICE FEDERAL DE LA JUSTICE (OFJ), Avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales Synthèse des résultats de la procédure de consultation, 17 août 2017, disponible sous : <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/archiv/datenschutzstaerkung.html> (consulté le 20 avril 2025).

OFFICE FEDERALE DE LA STATISTIQUE, Tableau de l'Office fédéral de la statistique (OFS) : *Adultes : condamnations pour un délit ou un crime en raison d'autres lois fédérales annexes, selon l'année de condamnation entre 2011 et 2023*, publié le 18 juin 2024, disponible sous : <https://www.bfs.admin.ch/bfs/fr/home.assetdetail.31666736.html> (consulté le 20 mars 2025) (cité : Tableau de l'OFS).

PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA TRANSPARENCE (PFPDT), *Aide-mémoire relatif aux enquêtes concernant des violations des prescriptions de protection des données ouvertes par le PFPDT*, octobre 2024, disponible sous : <https://backend.edoeb.admin.ch/fileservice/sdweb-docs-prod-edoebch-files/files/2024/11/29/898eb111-54ef-44b4-a974-3c936999b8cc.pdf>, (consulté le 07 février 2025).

PREPOSE FEDERAL A LA PROTECTION DES DONNEES ET A LA TRANSPARENCE (PFPDT), *Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT*, 11 mai 2023, disponible sous : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/la-nouvelle-loi-federale-sur-la-protection-des-donnees-du-point-de-vue-du-pfpdt> (consulté le 26 avril 2025) (cité : PFPDT, *Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT*, p. XX).



## **C. Autres sources**

Echanges de mails avec les différentes Préfectures vaudoises, le Ministère public valaisan, le Ministère public neuchâtelois, les Tribunaux de première instance fribourgeois, le Service des contraventions genevois.

Echanges de mails avec les préposés cantonaux du Canton de Vaud, du Canton du Valais et du Canton de Neuchâtel et Jura.

Intervention de F. HENGUELY in : Colloque CEDIDAC : « Demi-journée de droit de la protection des données – procédures administratives civile et pénale » du 28 mars 2025 (cité : Colloque CEDIDAC, intervention de Mme. HENGUELY).

Intervention de S.GRODECKI in : Colloque CEDIDAC : « Demi-journée de droit de la protection des données – procédures administratives civile et pénale » du 28 mars 2025 (cité : Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI).

## **Table des arrêts**

ATF 140 IV 188

ATF 140 IV 192

ATF 142 IV 315

ATF 143 IV 77

ATF 143 IV 241

ATF 141 IV 231

ATF 138 IV 78

ATF 98 IV 218

## Table des abréviations

<i>a.c.</i>	<i>a contrario</i>
al.	alinéa
aLPD	ancienne Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS. 235.19)
AP-LPD	Avant-projet de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS. 235.19)
art.	article
ATF	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral suisse (art. 57 let. a RTF)
BaK/BSK	<i>Basler Kommentar</i>
BO	Bulletin officiel
CE	Conseil des Etats
CF	Conseil fédéral
Cf.	<i>confer</i>
CN	Conseil national
CO	Code des obligations, du 30 mars 1911 (RS 220)
consid.	considérant
CP	Code pénal, du 21 décembre 1937 (RS. 311.0)
CPDT-JUNE	Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel, du 8 et 9 mai 2012 (RS 150.30)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS. 312.0)
CR	Commentaire romand
D.	Directive
DSJP	Département fédéral de justice et police
DSG	<i>Datenschutzgesetz</i>
éd.	édition
édit.	éditeur/éditeurs
ET AL.	<i>et alii</i> (et autres)
etc.	<i>et cetera</i> (« et le reste »)
ex.	exemple

FF	Feuille fédérale
FR	Fribourg
fr.	francs
GE	Genève
<i>Ibid./Ib.</i>	<i>Ibidem</i> (même endroit, même page)
<i>Id.</i>	<i>Idem</i> (même endroit)
in	dans
JU	Jura
kDSG	<i>Kantonales Datenschutzgesetz</i>
LaCP/GE	Loi genevoise du 27 août 2009 d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (RS/GE E 4 10)
LACPP/VS	Loi valaisanne du 11 février 2009 d'application du code de procédure pénale suisse (RS/VS 312.0)
LCJ	Loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatique VOSTRA (RS 330)
LContr	Loi vaudoise sur les contraventions du 19 mai 2009 (RS. 312.11)
LDPA/DPA	Loi fédérale sur le droit pénal administratif (RS. 313.0)
let. /lit.	lettre/ <i>litera</i>
LiCPP/JU	Loi jurassienne du 16 juin 2010 d'introduction au Code de procédure pénale suisse (RS/JU 321.1)
LI-CPP/NE	Loi neuchâteloise du 27 janvier 2010 d'introduction au Code de procédure pénale suisse (RSN 322.0)
LIPDA	Loi valaisanne du 16 mars 2023 sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (RS/VS 170.2).
LJ/FR	Loi fribourgeoise du 31 mai 2010 sur la justice (RS/FR 130.1)
LOAP	Loi fédérale du 19 mars 2010 sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération (RS 173.71)
LPD	Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS. 235.19)

Lpers	Loi sur le personnel de la Confédération du 24 mars 2000 (RS. 172.220.1)
LPrD	Loi vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (BLV 172.65)
Lpréf/VD	Loi vaudoise du 27 mars 2008 sur les préfets et les préfectures (RS/VD 172.165)
LTF	Loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral (RS 173.110)
MOT	Mesures organisationnelles et techniques
MP	Ministère public
N/n°	numéro
nbp.	Note de bas de page
NE	Neuchâtel
nLPD	nouvelle Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS. 235.19)
not.	notamment
OFJ	Office fédéral de la justice
OFS	Office fédéral de la statistique
OGer	<i>Obergericht</i>
OPDo	Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données (RS 235.11)
OW	Obwald
p. ex	par exemple
p./pp.	page/pages
PC	Petit commentaire
PFPDT	Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence
PJA	Pratique Juridique Actuelle
P-LPD	Projet de la Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (FF 2017 6803)
Prof.	Professeur/e
réf.	référence/s
rév.	révision

RGPD	Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), Jo n° L 119 du 4 mai 2016
RPS	Revue Pénale Suisse
RS	Recueil systématique suisse
RSGe	Recueil systématique genevois
SECO	Secrétariat d'Etat à l'économie
ss	et suivants
StGB	<i>Strafgesetzbuch</i>
TPF	Tribunal pénal fédéral
trad.	traduit
VD	Vaud
vol.	volume
VS	Valais
ZH	Zurich



# I. Introduction

Avec l'avènement de l'ère du numérique, la protection des données personnelles est devenue un enjeu majeur, suscitant des réformes législatives importantes à l'échelle nationale et internationale. Dans ce contexte, de nombreux pays, dont notamment les États membres de l'Union européenne avec le Règlement général sur la protection des données (RGPD)<sup>1</sup>, ont renforcé leur législation. Le but de ces modifications législatives est de garantir aux individus un meilleur contrôle sur leurs informations personnelles.

En Suisse, la révision de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD)<sup>2</sup>, adoptée en 2020 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre 2023, marque une étape importante dans l'adaptation du cadre juridique aux évolutions technologiques et aux standards internationaux.

Néanmoins, si la LPD prévoit des infractions pénales en cas de violations, sous forme de contraventions, les chiffres officiels de l'Office fédéral de la statistique (OFS)<sup>3</sup> nous indiquent, qu'entre 2011 et 2023, les infractions pénales à la LPD aboutissent rarement à des condamnations effectives. En outre, force est de constater que leur mise en application demeure marginale, voire inexistante.

Certes, en nous appuyant sur les condamnations pénales entre 2011 et 2023, la majorité de ces chiffres se calquent sur l'aLPD. Cependant, l'analyse demeure intéressante puisque malgré l'élargissement des sanctions de la LPD et l'augmentation des amendes, il semblerait que le nombre de condamnations n'ait pas augmenté dès 2023. Nous avons à ce sujet interrogé les autorités de poursuite de Suisse romande, lesquelles n'ont pas recensé de nouveaux cas depuis l'entrée le 1<sup>er</sup> septembre 2023. Bien que nous ayons uniquement un échantillonnage romand, nous pouvons donc partir du postulat qu'il n'y a pas eu d'augmentation drastique des condamnations en Suisse.

Évidemment, plusieurs années seront nécessaires pour observer si, dans la durée, avec la nouvelle LPD une augmentation des condamnations aura lieu.

---

<sup>1</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), Jo n° L 119 du 4 mai 2016.

<sup>2</sup> Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (RS. 235.19)

<sup>3</sup> Tableau de l'OFS.

Malgré la révision intégrale de la LPD et plus spécifiquement de ses dispositions pénales, nous nous interrogeons ici si elle s'ensuit effectivement des effets escomptés dans son volet pénal. Ce paradoxe soulève plusieurs interrogations : pourquoi les autorités pénales cantonales ne poursuivent-elles que très rarement les infractions à la LPD ? Quels sont les obstacles qui entravent la mise en œuvre effective des sanctions prévues par la loi ? Les conditions de punissabilité prévues par la LPD sont-elles trop strictes, rendant les poursuites difficilement applicables en pratique ? Les praticiens du droit sont-ils suffisamment informés de la possibilité de sanctionner ces infractions ? Existe-t-il une réticence des autorités à sanctionner pénalement des infractions perçues comme étant de moindre gravité ?

Dans quelle mesure les contraventions à la LPD trouvent-elles application ? Quels facteurs expliquent la rareté des condamnations pour violations de la LPD en Suisse ? Les sanctions prévues par la LPD sont-elles adaptées pour garantir une répression efficace des infractions en matière de protection des données personnelles ?

Ces questionnements soulignent la complexité de la problématique relative à la protection des données d'une part, du contexte et des dispositions d'autre part et enfin des conditions d'application de cette LPD révisée par les instances compétentes dans un système fédéraliste. Dans cette perspective, il sera nécessaire d'opérer un examen approfondi du cadre législatif et de sa mise en œuvre effective. Pour tenter d'y répondre, cette étude examinera dans un premier temps le cadre légal suisse des sanctions dans sa version précédente et sa version actuelle. Nous rappellerons brièvement le système européen de sanctions et ses divergences avec le système suisse. Ceci dans l'objectif de voir par la suite si le RGPD peut constituer un exemple à suivre également pour les sanctions de la LPD. Nous entrerons plus en avant dans le vif du sujet en décrivant les infractions pénales de la LPD puis la procédure applicable pour ces contraventions. Finalement, nous apporterons des observations et critiques quant à l'effectivité de la mise en application du volet pénal à la LPD.

Enfin, à titre informatif, il peut arriver que certains termes figurent uniquement au masculin, conformément à l'usage de l'autrice ou aux conventions présentes dans les documents officiels. Cette terminologie englobe généralement les femmes dont leur implication n'est pas exclue dans le sujet traité.

## II. Dispositions pénales à la LPD

### A. Généralités

Les dispositions pénales de la LPD complètent l'éventail de dispositions de natures administrative et civile, protégeant la personnalité, en particulier du traitement des données personnelles. En d'autres termes, en matière de LPD nous sommes en présence d'un droit pénal complémentaire - dans la mesure du possible - aux domaines administratif et civil<sup>4</sup>.

En insérant des dispositions pénales dans la LPD, le législateur souhaitait consacrer un impératif de comportements jugé comme central<sup>5</sup>. Force est de constater que ces dispositions pénales sont avant tout des normes de comportements, assorties de la menace d'une contrainte pénale en cas d'infraction et non pas des normes protégeant les biens individuels classiques, tels que la liberté ou l'intégrité corporelle<sup>6</sup>.

Dans ce chapitre, nous débutons par un rappel des modifications effectuées lors de la révision de la LPD en 2023. Ceci nous semble judicieux puisque nous nous appuyons entre autres sur des chiffres émis sous l'ancienne LPD, vu l'absence de condamnations pénales depuis 2011. Nous concéderons en comparant le système européen de sanctions administratives avec le régime suisse.

### B. Historique

Au 1<sup>er</sup> septembre 2023, un tournant important s'est opéré en Suisse concernant la protection des données ; une refonte totale de la LPD est entrée en vigueur à cette date. Dans le volet pénal, l'objectif était de leur faire gagner symboliquement en importance<sup>7</sup>. L'idée derrière était d'encourager à adopter des comportements conformes à la loi<sup>8</sup>.

Jusqu'au 1<sup>er</sup> septembre 2023, l'aLPD en vigueur prévoyait uniquement deux dispositions pénales.

---

<sup>4</sup> WOHLERS, Vorbemerkungen zu Art. 60 ff., in : Baeriswyl/ Pärli/Blonski, n° 7 ; WOHLERS 2006, in : von HIRSCH/SEELMANN/WOHLERS, p. 64 ss.

<sup>5</sup> WOHLERS, Vorbemerkungen zu Art. 60 ff., in : Baeriswyl/ Pärli/Blonski, n° 6.

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> Message de la LPD 2017, 6980 et 7100.

L'art. 34 aLPD pénalisait d'une amende les personnes privées qui violaient intentionnellement leurs obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer. L'art. 35 aLPD punissait également d'une amende la personne qui, intentionnellement avait violé un devoir de discrétion. Il a été repris par l'art. 62 LPD, dont le champ d'application a été étendu<sup>9</sup>. L'art. 35 aLPD prévoyait notamment l'illicéité de la révélation, ce qui n'a pas été repris par l'actuel art. 62 LPD<sup>10</sup>.

Les infractions de l'aLPD étaient complétées par de nombreuses autres dispositions pénales, à travers la protection directe et indirecte de la personnalité et contre le domaine secret (not. les art. 143, 143bis, 173 ss, 179 ss CP)<sup>11</sup>.

Sous l'ancienne LPD déjà, certains auteurs<sup>12</sup> avaient critiqué que la poursuite de ces deux infractions restait lettre-morte (« *in der Rechtspraxis bedeutungslos* »), en raison du cercle restreint des comportements qui étaient visés d'une part et, d'autre part, en raison des difficultés induites par la nécessité d'établir un comportement intentionnel, qui était seul visé<sup>13</sup>. Jusqu'en 2006, seul un jugement avait été répertorié en 1996, sans qu'il ne soit clair à laquelle de ces deux dispositions la violation se référerait<sup>14</sup>. Le seul effet dissuasif de ces anciennes dispositions était pour l'employeur, dans la mesure où cela exerçait une certaine pression sur lui pour qu'il adopte un comportement précis attendu de lui<sup>15</sup>.

Les deux infractions se poursuivaient sur plainte. Le montant maximum possible de l'amende était limité à CHF 10'000.-, en vertu de la règle générale de l'art. 106 al. 1 CP, ce qui rendait l'effet dissuasif relativement restreint<sup>16</sup>. Conformément à l'art. 33 aLPD, les voies de droit étaient régies par les dispositions générales de la procédure fédérale.

La poursuite de ces infractions était déjà du ressort des cantons<sup>17</sup>.

Depuis le 1<sup>er</sup> septembre 2023, une refonte totale de la LPD<sup>18</sup> (adoptée en 2020) est en vigueur.

---

<sup>9</sup> BIERI/POWELL/BORRMANN, p. 565.

<sup>10</sup> PAHUD/PITTET, p. 14.

<sup>11</sup> ROSENTHAL/JÖHRI, p. 678.

<sup>12</sup> NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° 6 s.

<sup>13</sup> RAEDLER, p. 178.

<sup>14</sup> ROSENTHAL /JÖHRI, p. 678.

<sup>15</sup> UTTINGER/GEISER, p. 111.

<sup>16</sup> RAEDLER, p. 178.

<sup>17</sup> UTTINGER/GEISER, p. 110.

<sup>18</sup> Dans le cadre de cette contribution, l'abréviation LPD fait référence à la nouvelle loi sur la protection des données, en vigueur depuis le 1er septembre 2023 et l'abréviation aLPD fait référence à l'ancienne loi sur la protection des données en vigueur jusqu'au 31 août 2023.

Cette réforme vise notamment à renforcer la transparence des traitements de données, à imposer de nouvelles obligations aux entreprises et à prévoir des sanctions en cas de manquement aux règles établies.

Par ailleurs, le législateur a considérablement renforcé les sanctions pénales des violations en lien avec la protection des données, le but étant de les rendre plus dissuasives. A cet effet, l'amende maximale initiale de 10'000 fr. a été augmentée à 250'000 francs<sup>19</sup>.

Le champ d'application des art. 60 à 65 LPD se trouve étendu par rapport à l'ancien droit en vigueur jusqu'au 31 août 2023. De plus, certains comportements donnant lieu sous l'aLPD à des actions civiles ont été érigés en infractions pénales alors qu'avant cette modification, ils ne pouvaient donner lieu qu'à des actions civiles<sup>20</sup>.

En outre, de nouvelles dispositions pénales ont été ajoutées et la violation des devoirs de diligence tout comme l'insoumission à une décision ont été complétées<sup>21</sup>.

Il n'y a pas de dispositions transitoires pertinentes concernant les nouvelles infractions pénales de la LPD pour les particuliers. Le Parlement a en grande partie supprimé les dispositions transitoires durant les délibérations<sup>22</sup>.

### **C. Systèmes de sanctions du RGPD et de la Suisse**

Nous débutons par une brève description du système européen de sanctions, lequel présente des similarités mais également des divergences avec le volet pénal de la LPD.

Le nombre de condamnations (proportionnellement à la taille de la Suisse évidemment) est largement supérieur à celui de la Suisse. Cette dernière n'ayant encore comptabilisé aucune condamnation. A cet effet, nous décrivons de manière sommaire les sanctions du RGPD surtout dans ses divergences avec les dispositions pénales de la LPD. Le but de cette comparaison est d'apporter des pistes d'amélioration pour le système suisse des contraventions en matière de protection des données.

### **D. Système de sanctions du RGPD**

---

<sup>19</sup> UTTINGER/GEISER, p. 107.

<sup>20</sup> PAHUD/PITTET, p. 2.

<sup>21</sup> UTTINGER/GEISER, p. 107.

<sup>22</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 75.

Les autorités nationales de contrôle de l'Union européenne ont la possibilité d'imposer des amendes administratives pouvant s'élever, en fonction des violations commises, jusqu'à EUR 20 000 000.– ou dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu (art. 83 RGPD)<sup>23</sup>.

L'art. 84 RGPD permet aux Etats membres d'adopter d'autres sanctions, notamment pénales. C'est en particulier le cas pour les violations du RGPD qui ne font pas l'objet des amendes administratives prévues à l'art. 83 RGPD. En guise d'exemple, le Code pénal français, aux art. 226-16 ss<sup>24</sup>, sanctionne certains types d'atteinte aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques, y compris directement certaines violations du RGPD, avec des peines pouvant aller jusqu'à 5 ans d'emprisonnement et EUR 300 000. – d'amende<sup>25</sup>.

Il est en principe possible d'imputer cumulativement ces infractions aux personnes physiques et aux personnes morales. Concernant la punissabilité des personnes morales, une condition supplémentaire est exigée ; il faut en plus que leurs organes ou leurs représentants aient commis ces infractions pour le compte desdites personnes morales<sup>26</sup>.

## **E. Système de sanctions suisse en comparaison au modèle européen**

La révision de la LPD s'est fortement inspirée du régime européen, en particulier du RGPD, raison pour laquelle le législateur suisse a considérablement élargi et renforcé le champ d'application des dispositions pénales<sup>27</sup>.

Dès lors, un nombre beaucoup plus important d'infractions est punissable. La fourchette des amendes a par ailleurs été portée de 10'000 francs sous l'aLPD à CHF 250'000 francs sous la nouvelle LPD<sup>28</sup>.

---

<sup>23</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 8.

<sup>24</sup> Code pénal français du 1<sup>er</sup> mars 1994, disponible sous : [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte\\_lc/LEGITEXT000006070719](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/texte_lc/LEGITEXT000006070719) (consulté le 11 juillet 2025)

<sup>25</sup> *Idem* (nbp 5), n° 8 : « Initialement intégrés au Code pénal français par la loi n 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés ».

<sup>26</sup> *Ibid.* ; v. art. 121-2 du Code pénal français.

<sup>27</sup> PAHUD/PITTET, p. 3.

<sup>28</sup> UTTINGER/GEISER, p. 107.



L'avant-projet avait même élevé le montant à 500'000 francs<sup>29</sup>. Ce montant n'a finalement pas été retenu.

En comparaison avec le RGPD, cela peut certes sembler insignifiant. En effet, pour rappel, ce dernier prévoit une amende de 20 millions d'euros ou quatre pour cent du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent (art. 83 RGPD). Force est donc de constater que le montant maximal des amendes de la LPD (s'élevant à 250'000 fr. au plus) demeure largement inférieur à celui du RGPD.

Les amendes prévues par le RGPD sont infligées à l'entreprise, tandis que les amendes suisses sont infligées à la personne physique responsable<sup>30</sup>. La doctrine majoritaire suisse défend qu'il n'est pas possible de s'assurer contre ce risque<sup>31</sup>. Elle est également d'avis que l'entreprise ne peut pas payer les amendes à la place de la personne physique<sup>32</sup>.

En conséquence, la LPD prévoit des sanctions plus sévères que les amendes prévues par le RGPD sous deux aspects ; la nature pénale de certaines violations et les personnes physiques qui sont sanctionnables. Cela s'explique par le présupposé qu'aucun employé *ad personam* ne sera prêt à risquer de se faire sanctionner au bénéfice de son employeur ou de l'entreprise<sup>33</sup>.

La Suisse est néanmoins en retrait par rapport au RGPD sur d'autres points<sup>34</sup> : en premier lieu, seule la violation intentionnelle de la LPD est punie et, en deuxième lieu, le catalogue des infractions est considérablement plus restreint que celui du RGPD. Pratiquement toutes les violations du RGPD sont passibles d'une amende (administrative), alors que seules certaines dispositions de la LPD sont punissables d'une amende (pénale)<sup>35</sup>. Par ailleurs, rappelons-le, le montant des amendes du RGPD sont largement supérieures que celles de la LPD.

## **F. Infractions pénales en lien avec la protection des données**

---

<sup>29</sup> Art. 51 al. 1 AP-LPD.

<sup>30</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD (nbp. 154), p. 72 : « Cela se justifie par le fait que la procédure administrative suisse ne contient pas encore les garanties procédurales nécessaires en matière pénale, qui seraient requises pour infliger des amendes administratives comparables à celles du RGPD (FF 2017 6713 ss.) ».

<sup>31</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, pp. 72-73.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 73 ; DELNON/RÜDY, art. 305 CP, n° 20, et les réf. citées ; contre la qualification de l'entrave à l'exécution pénale : GRAF, art. 305 CP, n° 9.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>34</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 73.

<sup>35</sup> PAHUD/PITTET, p. 4.

## 1. Introduction aux art. 60 à 66 LPD

A titre préliminaire, les dispositions pénales de la LPD font partie du droit pénal accessoire<sup>36</sup> et la partie générale s'applique à elles. Cela implique que les gains résultant d'infractions pénales à la LPD et les instruments du délit peuvent faire l'objet d'une confiscation (art. 69 ss CP)<sup>37</sup>. Une créance compensatrice peut remplacer la confiscation quand les valeurs patrimoniales à confisquer ne sont plus disponibles (art. 71 al. 1 CP).

Celles-ci constituent des contraventions sanctionnant un certain nombre de violations de la LPD (art. 60 ss LPD). Sont également sanctionnées l'infraction indépendante créant un devoir de discrétion (art. 62 LPD), le non-respect d'une décision sur préposé fédéral à la protection des données et la transparence (PFPDT) au sens de l'art. 63 LPD et les dispositions de procédure (art. 66 LPD)<sup>38</sup>.

La Loi de protection des données de 1992 prévoyait déjà des contraventions pénales. Cela dit, le montant de l'amende maximal était bien plus faible qu'actuellement. Il était en effet de 10'000 francs, soit 25 fois moins élevé que maintenant. Pour rappel, le montant maximal sous l'empire de la nLPD est donc de 250'000 francs (art. 60 LPD). Les infractions prévues étaient l'art. 34 aLPD (violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer) et l'art. 35 aLPD (violation du devoir de discrétion). L'art. 34 a LPD correspond à l'actuel art. 60 LPD et l'art. 35 aLPD correspond à l'art. 62 LPD<sup>39</sup>.

De plus, l'aLPD ne connaissait pas l'infraction sanctionnant la violation des devoirs de diligence (61 LPD) ni celle sanctionnant le non-respect d'une décision du PFPDT<sup>40</sup>.

Dans son Message<sup>41</sup>, le Conseil fédéral a préféré maintenir un système qui vise les personnes individuelles en priorité, plutôt que les entreprises. Il considérait que la punissabilité directe des entreprises n'était pas souhaitable car il préférait maintenir les sanctions pénales à un cercle restreint de destinataires<sup>42</sup>. Il craignait qu'à défaut de règles de procédure applicables spécifiquement à des sanctions de ce type, les garanties de procédures dont auraient dû

---

<sup>36</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 11 ; NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° 10.

<sup>37</sup> Message de la LPD, FF 2017 6714.

<sup>38</sup> MÉTILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 10.

<sup>39</sup> *Idem*, n° 1.

<sup>40</sup> *Idem*, n° 2.

<sup>41</sup> Message du CF, FF 2017 6713 s.

<sup>42</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 3.

bénéficier les contrevenants puissent être violées<sup>43</sup>. Ainsi, les contraventions des art. 60, 61 et 63 LPD ne s'appliquent pas aux organes fédéraux (ni au personnel de l'administration desdites instances). Il a également choisi de conserver des sanctions pénales plutôt que de permettre au PFPDT de prononcer des amendes administratives.

Dans son Message<sup>44</sup>, le CF considère que la sanction doit rester une exception. Selon l'avis de l'auteur METILLE<sup>45</sup>, c'est justement la particularité de la protection des données, pour lesquelles les violations les plus graves sont des décisions conscientes des entreprises (et non pas des actes d'individus malintentionnés), en privilégiant le bénéfice bien plus important qu'elles peuvent tirer par rapport au respect de la loi. Nous y reviendrons.

En revanche, le CF a introduit une possibilité de sanctionner directement l'entreprise pour les infractions de faible gravité (art. 64 al. 2 LPD)<sup>46</sup>.

A préciser que l'avant-projet de loi prévoyait des amendes pénales pouvant aller jusqu'à CHF 500'000.– pour une personne physique et jusqu'à CHF 100'000.– pour une personne morale (art. 50 ss AP-LPD). Ces montants ont été réduits à la suite de la consultation.

Bien que les Chambres fédérales se sont ralliées au projet du CF, la sanction des seules personnes physiques ainsi que le montant de l'amende jugé insuffisant pour dissuader les grandes entreprises<sup>47</sup> ont évidemment fait l'objet de critiques au parlement<sup>48</sup>.

Considérant que ce n'était pas conforme à la tradition juridique suisse, le CF n'a pas jugé opportun de conférer au PFPDT la compétence de prononcer des sanctions administratives à l'encontre des organes fédéraux. Il a par ailleurs estimé que la possibilité pour le PFPDT d'interdire ou de suspendre un traitement effectué par un organe fédéral, ainsi que le renforcement du volet pénal étaient des mesures suffisantes<sup>49</sup>.

---

<sup>43</sup> Message de la LPD, FF 2017 6597.

<sup>44</sup> Message de la LPD, FF 2017 6713 s.

<sup>45</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 4.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> Voir p. ex. Intervention WERMUTH, 17.059, BO 2019 n° 1820 ; Intervention GLÄTTLI, 17.059, BO 2019 n° 1822 ; postulat CIP-CN 18.4100 « Régime général des sanctions administratives pécuniaires ».

<sup>48</sup> Intervention GLÄTTLI, 17.059, BO 2018 N 964, disponible sur [www.parlament.ch](http://www.parlament.ch).

<sup>49</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 17.

Ainsi, la protection des droits de la personne concernée, notamment aux art. 25 ss, 37 et 41 LPD, tout comme la surveillance générale des organes fédéraux par le PFPDT (4 LPD) font office de piliers de la garantie du respect de la protection des données par les organes fédéraux<sup>50</sup>.

Finalement, les sanctions pénales des art. 60 ss LPD ne sont qu'un volet, parmi d'autres des types de mesures possibles. Fréquemment, d'autres conséquences de droit public ou privé interviennent en plus, en particulier le devoir de réparer le dommage.

## 2. La violation des obligations d'informer, de renseigner et de collaborer (60 LPD)

Les obligations de renseigner et d'informer concrétisent pour les personnes concernées le droit d'exercer leur droit fondamental à l'autodétermination informationnelle<sup>51</sup>.

A titre liminaire, il semble judicieux de rappeler que les dispositions protégées par l'art. 60 LPD sont d'une part les art. 19 LPD et art. 21 LPD (devoir d'information consolidé) et d'autre part, les art. 25-27 LPD (droit d'accès de la personne concernée).

Afin d'atteindre un objectif de transparence, l'art. 19 LPD renforce le devoir d'informer pour les entreprises. Ce devoir d'informer n'est prévu que pour les données personnelles sensibles et les profils de la personnalité. Avant toute collecte de données personnelles, le responsable du traitement privé doit informer adéquatement la personne concernée, peu importe que la collecte de données soit directement effectuée auprès d'elle ou non<sup>52</sup>.

La nouvelle LPD, aux art. 25 à 27 LPD, renforce le droit de la personne concernée de demander si des données personnelles la concernant sont traitées. L'art. 25 liste de manière étendue les informations que le responsable du traitement devra au minimum transmettre. Cette disposition poursuit deux objectifs : que la personne concernée puisse faire valoir les droits qui lui sont accordés dans la présente loi d'une part et, d'autre part, que la transparence du traitement soit garantie. Le responsable du traitement, dans certains cas, pourra différer, restreindre voire refuser la communication des renseignements (art. 26, 27 LPD)<sup>53</sup>.

---

<sup>50</sup> *Ibid.* ; BELSER ET AL., § 6 n° 125 et 133.

<sup>51</sup> HUSI-STÄMPFLI ET AL., p. 292, n° 577.

<sup>52</sup> PFPDT, *Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT*, p. 6.

<sup>53</sup> PFPDT, *Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT*, p. 6.

A présent, l'art. 60 al. 1 LPD prévoit deux types d'obligations : premièrement, le respect des obligations du responsable du traitement à la suite d'une demande d'accès (art. 60 al. 1 let. a LPD) et, deuxièmement le respect des obligations d'informer spontanément la personne concernée (art. 60 al. 1 let. b LPD)<sup>54</sup>.

L'art. 60 al. 1 let. a LPD réprime le comportement du responsable du traitement ou du sous-traitant (ultérieur) consistant à fournir intentionnellement des renseignements inexacts ou incomplets (i) à la personne concernée par une collecte de données personnelles (art. 19 LPD), (ii) à la personne concernée par une décision individuelle automatisée (art. 21 LPD) ou (iii) à la personne qui exerce son droit d'accès (art. 25–27 LPD)<sup>55</sup>.

L'omission intentionnelle d'informer la personne concernée par une décision individuelle automatisée (art. 21 al. 1 LPD) ou par une collecte de données (art. 19 al. 1 LPD) ainsi que l'omission intentionnelle de lui transmettre les informations nécessaires à faire valoir ses droits (art. 19 al. 2 LPD)<sup>56</sup> sont sanctionnées par l'art. 60 al. 1 let. b LPD<sup>57</sup>.

Généralement, les informations destinées à la personne concernée sont intégrées dans une *privacy notice*, c'est-à-dire une politique de confidentialité (ou déclaration en matière de protection des données). Cela permet en principe au responsable de traitement de remplir ses obligations d'information générale. La généralisation de l'obligation d'informer la personne concernée<sup>58</sup> constitue une nouveauté importante de la récente révision de la LPD<sup>59</sup>.

L'art. 60 al. 2 LPD, quant à lui, réprime les responsables privés qui, dans le cadre d'une enquête, fournissent intentionnellement au PFPDT des renseignements inexacts ou refusent de collaborer conformément à l'art. 49 al. 3 LPD<sup>60</sup>. Les responsables du traitement sont censés

---

<sup>54</sup> PAHUD/PITTET, p. 5.

<sup>55</sup> *Ibid.*

<sup>56</sup> A noter que l'omission de répondre à une requête d'accès n'est, quant à elle, pas sanctionnée.

<sup>57</sup> PAHUD/PITTET, p. 5.

<sup>58</sup> Sous réserve d'exceptions au devoir d'informer (art. 20 LPD), lesquelles devraient cependant rarement s'appliquer en pratique dans un traitement de données personnelles « classique ».

<sup>59</sup> PAHUD/ PITTET, p. 5.

<sup>60</sup> Sur le déroulement d'une enquête du PFPDT, cf. l'Aide-mémoire du PFPDT de mai 2023 relatif aux enquêtes concernant des violations des prescriptions de protection des données ouvertes par le PFPDT.

collaborer avec le PFPDT de manière diligente pour que cette disposition joue a priori un rôle dissuasif plutôt que punitif<sup>61</sup>.

Les infractions de l'art. 60 LPD requièrent l'intention (le dol éventuel suffit) ; la négligence grave ne suffisant pas<sup>62</sup>, dans le sens que l'auteur doit savoir que le renseignement donné est faux ou incomplet<sup>63</sup>.

La personne privée s'expose dans ces différents cas de figure à une amende de 250'000 francs maximum (art. 60 LPD).

### 3. La violation des devoirs de diligence (art. 61 LPD)

L'infraction de l'art. 61 LPD vise plusieurs comportements, intentionnels, du responsable du traitement ou du sous-traitant (ultérieur)<sup>64</sup> : (i) la communication sans droit de données personnelles à l'étranger (art. 16–17 LPD), (ii) la transmission sans droit de données personnelles à un sous-traitant (art. 9 LPD) et (iii) le non-respect des exigences minimales en matière de sécurité des données (art. 8 al. 3 LPD)<sup>65</sup>.

Un premier comportement est le fait de transférer des données vers un pays sans décision d'adéquation ou autre garantie appropriée (art. 16) et sans exception (art. 17). En d'autres termes, le fait de transmettre des données personnelles à l'étranger en violation de l'art. 16 al. 1 et 2 LPD sans que les conditions de l'art. 17 LPD ne soient remplies, engage la responsabilité pénale<sup>66</sup>.

Pour rappel, l'art. 16 de la LPD stipule que des données peuvent être communiquées à l'étranger si le Conseil fédéral a constaté que l'État tiers offre une protection adéquate<sup>67</sup>. Il publie une liste, dressée par le PFPDT à cette fin, selon le droit en vigueur. Si les clauses type ont déjà été approuvées par la Commission européenne en vertu du RGPD, elles seront reconnues par le

---

<sup>61</sup> PAHUD/PITTET, p. 6.

<sup>62</sup> UTTINGER/GEISER, p. 107.

<sup>63</sup> Message de la LPD, FF 2017 7098 s.

<sup>64</sup> CHARLET, p. 610.

<sup>65</sup> PAHUD/PITTET, pp. 6-7.

<sup>66</sup> CHARLET, p. 610.

<sup>67</sup> La liste des États garantissant un niveau de protection adéquat figure à l'Annexe 1 de l'OPDo.



PFPDT. La LPD ici va plus loin que le RGPD car si une communication à l'étranger est prévue, les pays devront être indiqués, peu importe qu'ils offrent ou non un niveau de protection des données approprié. La LPD s'écarte à nouveau du RGPD dans le sens où les garanties qui entrent éventuellement en jeu ou les exceptions visées à l'art. 17 de la LPD révisée, dont le responsable du traitement se réfère éventuellement, devront être indiquées<sup>68</sup>.

Un deuxième comportement répréhensible consiste à mandater un sous-traitant en ne remplissant pas les conditions de l'art. 9 al. 1 et 2 LPD. Concernant l'art. 9 al. 2 LPD, l'infraction ne semble réalisable que par un responsable du traitement et non par un sous-traitant qui mandaterait un sous-traitant ultérieur. A l'inverse, l'infraction relative à l'art. 9 al. 1 LPD peut être réalisée par un sous-traitant<sup>69</sup>.

Au sujet de la sous-traitance, celle-ci consiste pour le responsable de traitement à confier à une autre personne privée ou à un organe fédéral le traitement de données personnelles et ceci pour son propre compte. L'admissibilité de cette délégation est soumise à cinq conditions cumulatives (i) un acte juridique (loi ou contrat) prévoyant cette délégation, (ii) elle se limite aux traitements que le responsable du traitement est en droit d'effectuer, (iii) le sous-traitant traite les données pour le compte du responsable du traitement et selon ses instructions, (iv) les obligations légales ou contractuelles de garder le secret sont respectées, et pour finir, (v) le responsable du traitement s'assure que le sous-traitant peut respecter la LPD<sup>70</sup>.

Le recours à un sous-traitant implique régulièrement une communication de données à l'étranger (art. 16 ss LPD). Dans ce cas de figure, la délégation de traitement doit respecter cumulativement les conditions des art. 9 et 16 ss LPD<sup>71</sup>.

Une sous-traitance ne respectant pas les conditions de l'art. 9 LPD (complété par l'art. 7 OPDo<sup>72</sup>) constitue une atteinte illicite à la personnalité si le responsable du traitement ne peut pas se prévaloir d'un motif justificatif (art. 31 LPD)<sup>73</sup>.

---

<sup>68</sup> PFPDT, *Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT*, p. 5-6.

<sup>69</sup> CHARLET, p. 610.

<sup>70</sup> MÉTILLE, art. 9 LPD, n° 38 ss.

<sup>71</sup> MÉTILLE, art. 9 LPD, n° 20.

<sup>72</sup> *Idem*, n° 23.

<sup>73</sup> *Idem*, n° 22.

D'après cette dernière disposition, le traitement par un sous-traitant doit remplir les conditions suivantes : (i) être régi par un contrat garantissant la protection des données, (ii) ne pas dépasser les traitements que le responsable du traitement pourrait lui-même effectuer et (iii) ne pas être interdit par une obligation contractuelle ou légale de garder le secret<sup>74</sup>. L'art. 9 LPD ne définit pas les éléments spécifiques que doit contenir le contrat entre le responsable du traitement et le sous-traitant, contrairement au RGPD, en particulier à l'art. 28 al. 3 RGPD<sup>75</sup>. En principe, afin de garantir la sécurité des données, le contrat entre le responsable du traitement et le sous-traitant doit notamment prévoir des mesures techniques et organisationnelles ainsi que des clauses qui assurent la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données<sup>76</sup>.

Le troisième et dernier comportement répréhensible consiste à ne pas respecter les exigences minimales de sécurité prévues à l'art. 8 al. 3 LPD et aux art. 2 et 3 OPDo, et ce même si aucune violation de la sécurité n'a eu lieu<sup>77</sup>.

L'art. 8 LPD, en substance, concrétise l'approche fondée sur les risques dans le domaine de la sécurité des données<sup>78</sup>. Cette disposition oblige en outre le responsable du traitement – et ses éventuels sous-traitants – à adopter des mesures organisationnelles et techniques (MOT) destinées à sécuriser les données personnelles de manière appropriée au regard du risque encouru<sup>79</sup>.

Quant aux art. 1 à 6 de l'Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données (« OPDo ») définissent les conditions en matière de sécurité des données<sup>80</sup>.

Les exigences en matière de sécurité des données comprennent notamment la mise en place de mesures techniques et organisationnelles (MOT) et visent à assurer la confidentialité, la disponibilité, l'intégrité et la traçabilité des données personnelles<sup>81</sup>.

---

<sup>74</sup> Le non-respect des nouvelles modalités en cas de recours à un sous-sous-traitant (art. 9 al. 3 et 4 LPD et art. 7 OPDo) n'entre pas dans le champ d'application de l'art. 61 LPD.

<sup>75</sup> Voir notamment : ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 59.

<sup>76</sup> PAHUD/PITTET, p. 5.

<sup>77</sup> CHARLET, p. 610.

<sup>78</sup> Message de la LPD, FF 2017 6650 : « *Risk-based approach* » ; « *risikobasierter Ansatz* » ; « *Approccio basato sui rischi* ».

<sup>79</sup> BEGUIN, art. 8 LPD, n° 9.

<sup>80</sup> Sur l'interprétation des exigences minimales qui découlent de l'OPDo : BAERISWYL, art. 8 LPD, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° 42 ss.

<sup>81</sup> PAHUD/PITTET, p. 6.

*En cas de condamnation à l'art. 61 LPD, les personnes physiques s'exposent à une amende pouvant atteindre 250 000 fr. au maximum par personne.*

#### 4. La violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD)

Une innovation notable de la nLPD est l'extension de l'ancien devoir de confidentialité à un devoir général de discrétion pour tous les professionnels (art. 62 nLPD)<sup>82</sup>.

L'infraction vise ici, tout d'abord, le comportement de toute personne consistant à révéler des données personnelles secrètes portées à sa connaissance dans l'exercice d'une profession qui requiert la connaissance de telles données<sup>83</sup>.

Plusieurs conditions doivent être réunies pour que l'infraction pénale soit réalisée. Il faut en premier lieu se trouver en présence de données personnelles secrètes au sens de l'art. 5 let. a LPD, ce qui signifie « toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable »<sup>84</sup>.

Le Message du Conseil fédéral établit un parallèle entre l'art. 62 LPD et les art. 320 et 321 CP : « C'est ainsi la notion matérielle de secret du droit pénal qui est pertinente »<sup>85</sup>. On se référera donc à la jurisprudence y relative, selon laquelle, de façon générale, est secret le fait qui n'est connu que d'un cercle restreint de personnes<sup>86</sup>. Théoriquement, le devoir de discrétion s'applique indifféremment aux personnes privées. Toutefois, le secret de fonction s'applique prioritairement aux fonctionnaires (320 CP)<sup>87</sup>.

En deuxième lieu, les données secrètes doivent avoir été confiées à une personne physique ou morale pour l'exercice de sa profession (respectivement de son activité économique)<sup>88</sup>.

---

<sup>82</sup> 163 Art. 35 aLPD.

<sup>83</sup> CHARLET, p. 611.

<sup>84</sup> PAHUD/PITTET, p. 12.

<sup>85</sup> Message de la LPD, FF 2017 6717.

<sup>86</sup> PAHUD/PITTET, p. 12.

<sup>87</sup> *Ibid.* ; ROSENTHAL/GUBLER, p. 59

<sup>88</sup> CHARLET, p. 611

En troisième lieu, le comportement punissable consiste en la révélation de ces données personnelles secrètes<sup>89</sup>.

L'obligation de garder le secret ne découle pas d'une obligation légale comme pour le secret professionnel. Elle doit donc provenir d'un accord de confidentialité (qui peut être tacite, écrit ou oral) spécifique aux données à tenir secrètes<sup>90</sup>. L'art. 62 al. 2 LPD s'étend aux personnes qui exercent des activités pour le compte d'une personne soumise à l'obligation de garder le secret ou qui sont en formation chez cette dernière. La norme vise aussi les mandataires qui exercent des activités « pour le compte » de cette personne<sup>91</sup>. La révélation demeure punissable même lorsque l'exercice de la profession ou la formation ont pris fin (art. 62 al. 3 LPD)<sup>92</sup>.

En dernier lieu, l'infraction requiert l'intention, laquelle inclut le dol éventuel<sup>93</sup>.

L'infraction se poursuit sur plainte.

En cas de condamnation, les personnes physiques s'exposent chacune à une amende pouvant atteindre 250 000 fr. au maximum (art. 62 al. 1 LPD).

Les contours de l'infraction paraissent flous, au point que sa comptabilité avec l'art. 1 CP (*nullum crimen sine lege*) puisse être remise en question<sup>94</sup>. Au sens des auteurs PAHUD/PITTET<sup>95</sup>, il serait au contraire souhaitable que la jurisprudence interprète restrictivement l'art. 62 LPD. Le champ d'application de la disposition devrait être réduit à plusieurs égards que nous développerons dans la partie consacrée aux critiques émises par les praticiens.

## 5. L'insoumission à une décision (art. 63 LPD)

---

<sup>89</sup> PAHUD/PITTET, p. 13.

<sup>90</sup> CHARLET, p. 611.

<sup>91</sup> WOHLERS (nbp. 28), art. 62 LPD, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° 27.

<sup>92</sup> PAHUD/PITTET, p. 13.

<sup>93</sup> *Ibid.*

<sup>94</sup> PAHUD/PITTET, p. 13 ; cf. aussi ROSENTHAL/GUBLER (nbp. 15), p. 60–61.

<sup>95</sup> *Idem*, p. 12.

Au préalable à l'infraction d'insoumission à une décision, il paraît judicieux de rappeler le processus en amont, en l'occurrence la procédure (administrative) auprès du PFPDT, aboutissant à ladite décision.

Le PFPDT doit - au titre d'autorité de surveillance – mener des procédures administratives ordinaires et rendre des décisions appropriées<sup>96</sup>. A cet effet, en contradiction avec ses collègues de l'Union européenne, il n'est pas compétent pour infliger des amendes aux responsables du traitement et aux sous-traitants fautifs<sup>97</sup>.

Les décisions qu'il rend s'inscrivent à l'art. 49 LPD. Le PFPDT poursuit d'office les violations des dispositions de la LPD. Tout un chacun est en droit de dénoncer une violation au PFPDT ou dans la presse.

Dans un souci d'opportunité de la procédure, le PFPDT peut s'abstenir d'ouvrir une enquête dans le cas de violations « de peu d'importance » (al. 2)<sup>98</sup> ou que des « recommandations » appropriées au responsable du traitement des données sont suffisantes pour rétablir une situation conforme au droit<sup>99</sup>. Dans ce dernier cas, il peut, de manière anticipée, mettre un terme à la procédure en prononçant un « avertissement » (art. 51 al. 5 LPD)<sup>100</sup>.

En somme, il ne doit ouvrir une procédure que s'il existe des « indices suffisants » d'une violation de la protection des données (art. 49 al. 1 LPD) et non pas uniquement des « indices » comme le mentionnait le Conseil fédéral<sup>101</sup>.

La notion de violation de la protection des données s'interprète largement. Dans ce sens, le PFPDT est également habilité à enquêter sur les personnes qui violent des mesures d'accompagnement et des droits des personnes concernées<sup>102</sup>.

Une procédure peut donc être engagée contre toute autre personne privée, même si elle est dirigée le plus fréquemment contre un responsable du traitement ou un sous-traitant.

---

<sup>96</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 69.

<sup>97</sup> *Idem*, p. 70.

<sup>98</sup> Le message du Conseil Fédéral mentionne même l'exemple inoffensif d'une association qui envoie un e-mail à ses membres en omettant de cacher l'identité des destinataires (Message de la LPD, FF 2017 6706).

<sup>99</sup> Dans ce sens également : Message de la LPD, FF 2017 6706.

<sup>100</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 70.

<sup>101</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 70.

<sup>102</sup> *Idem*, p. 71.

Le PFPDT peut (mais n'est pas obligé) rendre une décision s'il constate une violation des dispositions de la LPD en matière de protection des données. S'il rend une disposition, il demeure uniquement limité par le principe de proportionnalité. Ses pouvoirs sont étendus ; il peut exiger la modification, la cessation ou la suspension du traitement des données, l'effacement des données personnelles traitées. Il peut également ajouter à la mise en œuvre des mesures d'accompagnement et des droits des personnes concernées (art. 51 al. 1 et 2 LPD)<sup>103</sup>.

Puisque la compétence pour ordonner des mesures dépend de la violation de dispositions relatives à la protection des données, le PFPDT est également limité à ordonner ce que la LPD prévoit de demander<sup>104</sup>.

Cela signifie qu'il ne peut pas prononcer de sanctions administratives puisque la seule possibilité de sanctionner un comportement contraire à la LPD s'inscrit dans les infractions visées aux art. 60 à 64 LPD<sup>105</sup>.

*A priori*, l'art. 51 al. 2 LPD permet au PFPDT d'interdire la divulgation de données personnelles à l'étranger, en se fondant sur des dispositions d'autres lois fédérales<sup>106</sup>. Or, il doit également s'agir de dispositions visant (entre autres) la protection des données<sup>107</sup>.

Maintenant que le processus ainsi que les contours de la décision rendue préalables à l'infraction sont définis, nous pouvons aborder l'art. 63 LPD qui leur est associé.

Grâce à cette disposition, le PFPDT obtient la faculté de clarifier les attentes concrètes de la LPD dans le cadre de décisions. Cela permet d'éviter tout doute quant au comportement à adopter, mais également d'assortir l'inexécution de ces décisions à la menace de sanctions pénales<sup>108</sup>.

---

<sup>103</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>104</sup> *Idem*, p. 71.

<sup>105</sup> RAEDLER, p. 178.

<sup>106</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 71.

<sup>107</sup> Il doit s'agir de dispositions qui règlent la communication de données personnelles, ce qui signifie que le législateur envisage des dispositions qui visent à protéger ces données et donc la personnalité des personnes concernées.

<sup>108</sup> Message de la LPD, FF 2017 6718.

Cette infraction constitue un délit propre pur ; seul le destinataire de la décision peut commettre cette infraction<sup>109</sup>.

A l'inverse des autres dispositions pénales prévues par la LPD, l'art. 63 LPD est poursuivie d'office.

Sur le fond, la norme constitue une *lex specialis* par rapport à l'art. 292 CP<sup>110</sup>. L'art. 63 LPD absorbant l'art 292 CP, il s'agit là d'un concours imparfait entre les deux articles.

Les dispositions générales du CP sont applicables à titre subsidiaire (333 al. 1 CP)<sup>111</sup>.

L'infraction est composée des éléments constitutifs objectifs et subjectifs suivants : (i) une décision exécutoire (similaire à la notion de décision en droit administratif), (ii) une injonction de faire ou de s'abstenir suffisamment précise, (iii) assortie de la menace de la sanction prévue par l'art. 63 LPD, (iv) prononcée par le PFPDT ou une autorité de recours compétente, (v) un destinataire, (vi) la violation par une personne privée de l'injonction et (vii) violation intentionnelle (dol éventuel suffit)<sup>112</sup>.

Les conditions de punissabilité de l'art. 63 LPD étant remplies, la personne privée est punissable d'une amende de 250'000 fr. au plus.

#### 6. Les infractions commises dans une entreprise (art. 64 LPD)

Même si les infractions pénales de la LPD visent les personnes physiques qui ont commis l'acte, les entreprises peuvent être subsidiairement tenues responsables de la violation. Dans le cadre d'une infraction commise au sein de l'entreprise, l'art. 64 al. 1 LPD détermine qui est responsable de l'infraction commise. Ce dernier prévoit également différentes possibilités d'imputer l'infraction directement à l'entreprise lorsque ce sont des cas dits « mineurs » (art. 64 al. 2 LPD)<sup>113</sup>.

---

<sup>109</sup> BICHOVSKY, art. 292 CP, n° 3.

<sup>110</sup> WOHLERS (nbp. 28), art. 63 LPD, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° 1 ; FF 2017 6715.

<sup>111</sup> GENECAND, art. 65 LPD, n° 7.

<sup>112</sup> GENECAND, art. 65 LPD, n° 11-27.

<sup>113</sup> HUSI-STÄMPFLI ET AL., p. 291, N 573.

Puisque la poursuite et le jugement des contraventions à la LPD est du ressort des cantons, *a priori*, la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif (LDPA) n'est donc en principe pas applicable<sup>114</sup>.

En guise de rappel, pour que la DPA trouve application, il faut que la compétence en question relève d'une autorité administrative de la Confédération (art. 1 LDPA), ce qui n'est pas le cas pour la poursuite des contraventions à la LPD. En effet, conformément à l'art. 22 CPP et 65 al. 1 LPD, les cantons définissent les autorités cantonales compétentes pour la poursuite et le jugement. Les cantons et la Confédération peuvent même octroyer la poursuite et le jugement des contraventions à une autorité administrative<sup>115</sup>.

Cependant, en vertu du renvoi explicite de l'art. 64 al. 1 LPD, les articles 6 et 7 de la LDPA s'appliquent malgré tout aux infractions de la LPD commises dans les entreprises. Ce renvoi n'ôte par ailleurs en rien la compétence cantonale mentionnée ci-dessus.

La DPA à son art. 6 al. 1 confirme ainsi que les dispositions pénales sont applicables aux personnes physiques qui ont commis l'infraction durant leurs activités professionnelles<sup>116</sup>.

En plus du subordonné, du mandataire ou du représentant qui a commis l'infraction, le chef d'entreprise, l'employeur ou le mandant peut, cas échéant, être sanctionné (art. 6 al. 2 DPA).

Selon l'art. 6 al. 3 LDPA, l'art. 6 al. 2 LDPA trouve application pour les organes de l'entreprise et à leurs membres, aux associés gérants, dirigeants effectifs ou liquidateurs fautifs lorsque le chef d'entreprise, l'employeur, le mandant ou le représenté est une personne morale, une société en nom collectif ou en commandite, une entreprise individuelle ou une collectivité sans personnalité juridique<sup>117</sup>.

L'art. 6 al. 2 LPDA suppose que quatre conditions suivantes soient remplies : (i) Une obligation juridique, (ii) Une infraction pénale de la LPD commise par une personne physique, (iii) une omission dans le sens d'une violation à l'obligation juridique d'agir, et finalement (iv) une intention ou de la négligence<sup>118</sup>.

La violation d'une obligation nécessite que le supérieur se trouve dans une position de garant, en l'occurrence l'existence d'une obligation juridique spécifique d'empêcher le comportement en cause en exerçant une surveillance, en donnant des instructions et en intervenant au

---

<sup>114</sup> GASSMANN, art. 65 LPD, n° 6.

<sup>115</sup> GENECAUD, art. 65 LPD, n° 11-27.

<sup>116</sup> CHARLET, p. 605.

<sup>117</sup> *Ibid.*

<sup>118</sup> *Idem*, p. 607.



besoin<sup>119</sup>. Le Message du CF le précise, les obligations de la LPD, en principe à l'instar de toutes normes de droit administratif<sup>120</sup>, incombent aux dirigeants de l'entreprise. Ces derniers sont chargés de veiller au respect de la loi<sup>121</sup>. Dès lors, la violation des obligations de la LPD peut être imputée aux dirigeants de l'entreprise.

Le Message est même plus exigeant à l'égard des dirigeants de l'entreprise, lesquels sont en général responsables des obligations de la LPD. Il stipule que ce sont eux, et « non [les] simples exécutants » qui devraient être sanctionnés pénalement le cas échéant<sup>122</sup>.

Les cas de peu de gravité au sens de l'art. 64 al. 2 LPD (en reprenant les termes de l'art. 7 LDPA) constituent une exception à l'unique punissabilité des personnes physiques. En outre, les autorités peuvent renoncer à poursuivre le supérieur et condamner l'entreprise au paiement d'une amende à la place lorsque deux exigences sont remplies : l'amende entrant en ligne de compte ne dépasse pas 5'000 CHF et l'enquête rendrait nécessaire à l'égard des personnes punissables des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue<sup>123</sup>.

Un projet de révision de la LDPA est en cours depuis plusieurs années<sup>124</sup>. Lorsque la nouvelle LDPA entrera en vigueur, il sera également question du sort des dispositions de la LPD renvoyant à la DPA. Le Rapport explicatif de la LDPA<sup>125</sup> stipule ce qui suit : le renvoi de l'art. 64 al. 1 LPD à l'AP-LDPA sera adapté et l'al. 2 de l'art. 64 LPD sera abrogé car des modifications auront été apportées à l'art. 7 AP-LDPA. A cet égard, l'avant-projet propose ainsi de réviser l'art. 7 DPA en vigueur, en réglementant de manière unique la punissabilité des infractions commises dans une entreprise. *A contrario*, il est actuellement adjoint à l'art. 7 LDPA des dispositions dérivées dans les lois sectorielles. Désormais, l'entreprise sera passible d'une amende de 50'000 francs au plus, soit une amende dix fois plus élevée que le régime en vigueur. En revanche, à l'exception du montant de l'amende décuplé, les conditions de punissabilité demeurent identiques.

---

<sup>119</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 122), p. 19, faisant référence à l'ATF 142 IV 315, consid. 2.2.2.

<sup>120</sup> *Ibid.*

<sup>121</sup> Message de la LPD, FF 2017 6715.

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> CHARLET, p. 609.

<sup>124</sup> La motion CARONI 14.4122 « Pour un droit pénal administratif moderne » a été déposée le 10.12.2014, disponible sur le site : <https://www.parlament.ch/fr/ratsbetrieb/suche-curia-vista/geschaefte?AffairId=20144122>, consulté le 24 mars 2025.

<sup>125</sup> Rapport explicatif relatif à l'ouverture de la procédure de consultation du 31 janvier 2024 concernant la révision totale de la loi sur le droit pénal administratif (DPA) (FF 2024 [254] 164 p.), disponible sous : <https://www.newsd.admin.ch/newsd/message/attachments/85989.pdf>, (consulté le 20 avril 2025).

En termes d'impact sur les infractions à la LPD et plus spécifiquement à l'art. 64 LPD, il n'apparaît pas un changement radical du système actuel. Le renvoi à la DPA de l'art. 64 al. 1 LPD sera adapté en fonction des nouvelles dispositions et non pas supprimé. Quant à l'art. 64 al. 2 LPD, lequel sera abrogé, il n'en demeure pas moins que le système punira, en substance le même type d'infraction mais seulement de manière unifiée (sous la DPA plutôt que dans les diverses lois dérivées) et avec une plus grande sévérité (montant de l'amende plus élevé).

#### 7. L'usurpation d'identité (art. 179decies CP)

En réponse à une motion adoptée par le Parlement<sup>126</sup>, un nouvel art. 179decies a été introduit avec l'entrée en vigueur de la LPD pour sanctionner l'usurpation d'identité. La motion précitée, Comte 14.3288 « Faire de l'usurpation d'identité une infraction pénale en tant que telle<sup>127</sup> » punit d'une peine privative de liberté d'un an au plus ou d'une peine pécuniaire celui qui aura utilisé l'identité d'une autre personne sans son consentement dans le dessein de lui nuire ou de se procurer ou de procurer à un tiers un avantage illicite<sup>128</sup>.

L'infraction est uniquement poursuivie sur plainte (art. 179decies CP).

La notion d'« identité » possède un champ d'application très large. Elle englobe non seulement le nom de la personne, sa photo, son numéro de compte, son nom d'utilisateur ou son *nickname*, son adresse Internet ou encore la combinaison de caractéristiques qui permettent d'identifier une personne déterminée<sup>129</sup>.

L'intention de causer un dommage ou d'en tirer un avantage est un élément constitutif subjectif de l'usurpation d'identité (l'intention de causer de graves ennuis chez la personne concernée devrait suffire<sup>130</sup>).

#### 8. Les infractions cantonales de protection des données

---

<sup>126</sup> COMTE, BO 2014 n° 14.3288.

<sup>127</sup> COMTE, BO 2014 n° 540.

<sup>128</sup> METILLE, Intro aux art. 60-66 LPD, n° 18.

<sup>129</sup> Cf. Message de la LPD, FF 2017 6741 ; ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 78.

<sup>130</sup> Message de la LPD, FF 2017 6742.

Le système de sanctions de la LPD est complété par des dispositions cantonales de protection des données. Ceci dit, le besoin de telles normes est moindre. La violation du secret de fonction effectuée par des autorités cantonales et des organes est subordonnée à l'art. 320 CP<sup>131</sup>.

Les lois cantonales de protection des données prévoient cependant également des contraventions. A cet égard, deux types de comportements punissables sont à distinguer : le fait de traiter des données en violation du contrat que l'auteur a obtenues en tant que représentant d'un organe cantonal (not. art. 24a al. 1 de la Loi sur la protection des données de Lucerne, art. 16 al. 1 let. a de la Loi sur la protection des données d'Obwald<sup>132</sup> et art. 41 al. 1 Loi sur la protection des données du Canton de Vaud<sup>133</sup>) et l'utilisation non conforme et/ou transfert de données à un tiers (not. art. 64 al. 1 Loi sur l'information et la protection des données personnelles de Genève<sup>134</sup> et art. 16 al. 1 let. b de la Loi sur la protection des données d'Obwald<sup>135</sup>). Le but principal de ces dispositions cantonales consiste à combler la punissabilité lacunaire lorsqu'un tiers, pour le compte de l'administration mais échappant au secret de fonction, utilise ou révèle des données d'une personne.

Les cantons de Soleure et d'Uri ont inséré des dispositions pénales en cas de refus de coopérer avec le préposé cantonal à la protection des données lors de l'établissement des faits (art. 42 al. 1 let. b de la Loi sur l'information et la protection des données de Soleure<sup>136</sup> et art. 24a let. a de la Loi sur la protection des données du Canton d'Uri<sup>137</sup>).

## **G. Caractéristiques des infractions à la LPD**

### **1. Prescription de l'action pénale (art. 66 LPD)**

Le délai de prescription de l'action pénale est de cinq ans pour les contraventions prévues par le LPD (art. 66 LPD)<sup>138</sup>. Ce délai est plus long que le délai habituel en matière de contravention, lequel est de trois ans (art. 109 CP).

---

<sup>131</sup> BIERI/POWELL/BORRMANN, p. 531.

<sup>132</sup> Kantonales Gesetz vom 25. Januar 2008 über den Datenschutz des Kantons Obwalden (kDSG ; GDB 137.1).

<sup>133</sup> La Loi vaudoise du 11 septembre 2007 sur la protection des données personnelles (LPrD ; BLV 172.65).

<sup>134</sup> Loi genevoise du 1<sup>er</sup> mars 2002 sur l'information du public, l'accès aux documents et la protection des données personnelles (LIPAD ; RSGe A 2 08).

<sup>135</sup> Kantonales Gesetz vom 25. Januar 2008 über den Datenschutz des Kantons Obwald (kDSG ; GDB 137.1).

<sup>136</sup> Informations- und Datenschutzgesetz vom 21.02.2001 des Kantons Solothurn (InfoDG ; BGS 114.1)

<sup>137</sup> Kantonales Datenschutzgesetz vom 11. November 2023 des Kantons Uri (kDSG; RB 2.251)

<sup>138</sup> GENECAND, art. 65 LPD, n° 9.

Le Conseil fédéral a estimé que cette prolongation se justifie par les instructions en matière de protection des données, lesquelles requièrent des « connaissances technologiques » avancées et peuvent être chronophages<sup>139</sup>.

Le délai commence à courir le jour où l’auteur a agi pour la dernière fois (art. 98 lit. b CP)<sup>140</sup>.

Les autres aspects de la prescription (*dies a quo*, *dies ad quem*, etc.) sont couverts par les règles générales des art. 97 à 100 CP par renvoi de l’art. 104 CP<sup>141</sup>.

La prescription de l’exécution est régie par les règles générales du CP<sup>142</sup>.

## 2. Cercle des destinataires

### a) Personnes pouvant faire l’objet d’une sanction pénale

Dans la LPD, sont susceptibles d’être punis les responsables de traitement au sens de l’art. 5 let. j LPD, c’est-à-dire « la personne privée ou l’organe fédéral qui, seul ou conjointement, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles ».

En droit pénal suisse toutefois, ce sont en principe uniquement les personnes physiques qui ont commis une infraction qui peuvent être sanctionnées. Ceci inclut les personnes physiques qui ont commis une infraction dans le cadre d’une entreprise, en exerçant leur activité professionnelle (art. 102 CP)<sup>143</sup>. En ce qui concerne le droit pénal de la protection des données, l’application de l’art. 102 al. 1 CP sur la responsabilité de l’entreprise est exclue dès lors qu’elle suppose un crime ou un délit. De surcroît, les art. 60 ss LPD ne figurent pas au catalogue des infractions visées par l’art. 102 al. 2 CP<sup>144</sup>.

Nous l’avons vu en abordant l’art. 64 LPD (infraction commise dans une entreprise), l’art. 64 al. 1 LPD prévoit néanmoins l’application de l’art. 7 DPA lorsque les autorités doivent

---

<sup>139</sup> Message de la LPD, FF 2017 6719.

<sup>140</sup> WOHLERS, art. 66 LPD, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° 6.

<sup>141</sup> GENECAUD, art. 66 LPD, n° 2, se référant à JEANNERET, art. 109 n° 1.

<sup>142</sup> WOHLERS, in : Baeriswyl/ Pärli/Blonski, n° 6-8.

<sup>143</sup> « Un crime ou un délit qui est commis au sein d’une entreprise dans l’exercice d’activités commerciales conformes à ses buts est imputé à l’entreprise s’il ne peut être imputé à aucune personne physique déterminée en raison du manque d’organisation de l’entreprise » (art. 102 CP).

<sup>144</sup> PAHUD/PITTET, p. 20.

poursuivre une infraction commise dans une entreprise (art. 64 al. 1 LPD cum art. 6, 7 DPA)<sup>145</sup>. Cette loi confirme l'application des dispositions aux personnes physiques, en précisant que le chef d'entreprise, l'employeur ou le mandant sont, en sus du subordonné, du mandataire ou du représentant passibles d'une sanction (art. 6 al. 2 DPA).

Nous constatons donc que le cercle des destinataires est en règle générale restreint aux seules personnes physiques, à l'exclusion des personnes morales et des organes fédéraux lorsqu'il est question d'une sanction pénale prononcée en vertu de la LPD.

Nonobstant, exceptionnellement, les personnes morales peuvent être sanctionnées si les deux conditions de l'art. 64 al. 2 LPD (reprenant l'art. 7 DPA) sont remplies ; soit que l'amende maximale entrant en ligne de compte n'excède pas 50'000 francs et que l'enquête rendrait nécessaires des mesures d'instruction exagérément élevées par rapport à la peine encourue<sup>146</sup>.

A l'issue de cette section, nous pouvons résumer que le cercle des destinataires des sanctions pénales à la LPD se restreint en principe aux personnes physiques privées mais peut se voir étendu aux personnes morales privées dans les cas de peu de gravité.

#### b) Traitement pénal des sous-traitants

Bien que la notion de sous-traitant soit évoquée à l'art. 61 LPD (violation des devoirs de diligence), la question de sa responsabilité pénale n'est pas abordée.

A vrai dire, nous ne trouvons nulle part au sein des dispositions pénales de la LPD, le sort réservé aux sous-traitants ayant violé l'une d'entre elles. Le Message du Conseil fédéral est également muet à ce propos.

Nous nous trouvons vraisemblablement en présence d'une lacune, c'est-à-dire un oubli du législateur et non pas face à un silence qualifié de ce dernier puisque le CF n'a nullement évoqué cette notion concernant les art. 60-66 LPD.

---

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> CHARLET, p. 8.

Dès lors, nous pouvons formuler les interrogations suivantes ; faut-il appliquer lesdites dispositions pénales concernant (visant les responsables de traitement) par analogie aux sous-traitants ? En d'autres termes, est-il possible de sanctionner uniquement les personnes physiques ou l'entreprise en cas de peu de gravité si les conditions de la DPA sont remplies ?

En l'absence de prescription à ce sujet, nous nous permettons d'avancer qu'un régime similaire aux responsables de traitement s'applique aux sous-traitants. Il nous paraîtrait insensé de les voir échapper aux sanctions alors même qu'ils ont commis une violation aux dispositions pénales.

L'auteur CHARLET estime à l'inverse qu'il faut effectuer une distinction entre les comportements punissables concernant l'infraction de transmission sans droit de données personnelles à un sous-traitant (art. 9 LPD). A cet égard, comme nous l'avons déjà précisé plus haut, pour l'art. 9 al. 2 LPD, l'infraction ne semble pas réalisable par un sous-traitant qui mandaterait un sous-traitant ultérieur, tandis que l'art. 9 al. 1 LPD, quant à lui, le pourrait<sup>147</sup>.

### 3. Traits communs des infractions à la LPD

Les infractions prévues aux art. 60 ss LPD présentent certaines similitudes que nous présentons dans ce chapitre.

Tout d'abord, ce sont toutes des contraventions au sens de l'art. 333 al. 3 CP. Cela signifie que la tentative et la complicité ne sont pas punissables (art. 105 al. 2 CP). Toutefois, l'instigation, elle, est punissable<sup>148</sup>. Elles sont poursuivies sur plainte à l'exception de l'art. 60 al. 2 LPD (fourniture de renseignements inexacts ou refus de collaborer avec le PFPDT) et de l'art. 63 LPD (insoumission à une décision).

Ensuite, ce sont des infractions qui requièrent l'intention ou le dol éventuel. L'auteur de l'infraction est le responsable du traitement privé, en l'occurrence la personne physique qui a commis l'acte<sup>149</sup>.

---

<sup>147</sup> CHARLET, p. 610.

<sup>148</sup> JEANNERET, art. 105 n° 3 et les références.

<sup>149</sup> HUSI-STÄMPFLI ET AL., p. 290, N 572

De plus, elles sont punies d'une amende de 250'000.- au plus, le sursis ou le sursis partiel n'étant pas possibles pour celles-ci (art. 105 al. 1 CP).

Les amendes se calculent en fonction de la faute et en prenant en considération le comportement de l'auteur (art. 106 al. 3 CP)<sup>150</sup>.

Enfin, l'action pénale pour ces contraventions se prescrit par 5 ans (art. 66 LPD). Ce délai est par conséquent plus long que le régime ordinaire de prescription des contraventions, lequel est de 3 ans (art. 109 CP).

---

<sup>150</sup> BIERI/POWEL/BORRMANN, p. 530.

### **III. Procédure pénale des contraventions à la LPD**

#### **A. Généralités**

L'art. 65 al. 1 LPD donne l'autorisation aux cantons de définir les autorités de poursuite et de jugement des dispositions pénales à la LPD.

L'art. 65 al. 2 LPD octroie au PFPDT la capacité de faire valoir des droits de partie dans les procédures pénales à la LPD<sup>151</sup>.

L'aLPD ne contenait pas de réglementation analogue à celle de l'art. 65 nLPD. Néanmoins, sous l'ancien droit, les cantons étaient également compétents en matière de poursuite et de jugement des contraventions à la LPD<sup>152</sup>.

Il n'était par ailleurs pas prévu avec l'aLPD que le PFPDT puisse exercer des droits de procédure dans les procès pénaux<sup>153</sup>.

#### **B. Poursuite et jugement**

##### **1. Travaux préparatoires**

Malgré les critiques émises par les cantons lors de la consultation, l'avant-projet (art. 54 AP-LPD) et le projet (art. 59, al. 1, P-LPD) stipulent que la poursuite et le jugement des infractions incombent aux cantons. Dans cette mesure, la poursuite pénale demeure du ressort des cantons. Les cantons craignaient, qu'au vu de l'extension de la punissabilité à des actes supplémentaires et du durcissement des sanctions, le nombre et de la complexité des procédures augmentent drastiquement. Ceci aurait pour conséquence qu'ils doivent engager du personnel spécialisé supplémentaire<sup>154</sup>. Ils ont donc plutôt plaidé en faveur d'un renforcement des mesures administratives. Cette opinion n'a toutefois pas recueilli la majorité au Parlement<sup>155</sup>.

---

<sup>151</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 2.

<sup>152</sup> *Idem*, n° 3 ; comp. Message LPD 1988, 484 et Message rév. LPD 2017, 7104 NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° 8 ; comp. de la base juridique n° 8.

<sup>153</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 4.

<sup>154</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 5 ; cf. Message révision de la LPD 2017, 6977.

<sup>155</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 5 ; BO 2019 1820 ss.



L'avant-projet ne prévoyait pas de droit de dénonciation du PFPDT, mais plutôt une obligation de dénoncer (art. 45 AP-LPD). Selon ladite disposition, le PFPDT aurait été tenu de dénoncer d'office tous les délits dont il a eu connaissance dans l'exercice de sa fonction<sup>156</sup>.

L'art. 59 P-LPD correspondait alors textuellement à l'art. 65 LPD, à l'exception de l'utilisation de la notion de « préposé » au lieu de « PFPDT »<sup>157</sup>.

## 2. Procédure devant les autorités pénales cantonales de première instance

### a) Règles et principes de procédure dans la procédure pénale en matière de contraventions

Comme précédemment mentionné, étant donné que les infractions de la LPD sont des contraventions passibles d'une amende (art. 103 CP), elles sont soumises à la procédure spéciale prévue par l'art. 357 CPP. Conformément à cette disposition, les autorités compétentes en matière de contravention sont obligées de recourir par analogie aux art. 352 ss CPP (en lien avec l'ordonnance pénale)<sup>158</sup>.

Les principes de procédure (art. 3 ss CPP) s'appliquent également dans la procédure pénale en matière de contraventions<sup>159</sup>. Par conséquent, puisque parmi ces principes, celui de *nemo tenetur se ipsum accusare* est de rigueur dans la procédure pénale, il l'est également en matière de poursuite des contraventions à la LPD. Ceci engendre quelques questionnements lorsque l'infraction d'insoumission à une décision (art. 63 LPD) entre en ligne de compte. En somme, une procédure administrative en amont a eu lieu, dans laquelle vaut une obligation générale de collaborer. Nous le verrons ci-dessous, lors de la réflexion critique.

### b) Ouverture de la procédure

Le dépôt d'une plainte par toute personne lésée (30 CP) enclenche la procédure. Par personne lésée, il est entendu toute personne dont les droits ont directement été touchés par une infraction

---

<sup>156</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 6.

<sup>157</sup> *Idem*, n° 7.

<sup>158</sup> *Idem*, n° 6.

<sup>159</sup> *Idem*, n° 16 ; cf. également FERRARI-VISCA, n° 1, in : Dal Molin/Wesiak-Schmidt, § 6 n° 1

(art. 115 CPP). Le lésé en protection des données est la personne concernée, en l'occurrence la personne physique dont les données personnelles font l'objet d'un traitement (art. 5 let. b LPD)<sup>160</sup>.

Cette dernière peut déposer plainte dans les trois mois après la connaissance de l'infraction (art. 31 CP), oralement ou par écrit, auprès du Ministère public, de la police et de l'autorité pénale compétente pour les contraventions (art. 304 CPP)<sup>161</sup>. Elle ne peut en revanche pas la déposer auprès du PFPDT<sup>162</sup>.

Les cantons et la Confédération peuvent reconnaître la qualité de partie à d'autres autorités chargées de sauvegarder des intérêts publics (art. 104 al. 2 CPP). Cette possibilité a été utilisée à l'art. 65 al. 2 LPD en faveur du préposé fédéral à la protection des données. Celui-ci peut (mais ne doit pas forcément) ainsi dénoncer des infractions aux autorités compétentes et se constituer partie plaignante au pénal. En revanche, il n'a pas la qualité pour déposer plainte, laquelle appartient uniquement à la personne concernée<sup>163</sup>.

Quant à l'éventuelle qualité de partie donnée à une association, tel qu'une association de consommateurs, elle a été exclue *de lege lata* par la jurisprudence<sup>164</sup>. Une association n'est ni reconnue comme une lésée directe (art. 115 CPP) ni comme une autorité (art. 104 al. 2 CPP). A contrario, un canton pourrait accorder la qualité de partie à une autorité cantonale de protection des données<sup>165</sup>.

Un écueil dans lequel il faut être attentif à ne pas tomber, c'est de nommer précisément les personnes poursuivies. En outre, puisque le principe de l'indivisibilité de la plainte fait foi (art. 32 CP), il serait plutôt judicieux de porter plainte contre « X » afin d'éviter d'exclure des éventuels auteurs, méconnus au moment du dépôt de plainte<sup>166</sup>.

En d'autres termes, le dépôt de la plainte ou la dénonciation engendre soit l'ouverture de l'instruction par l'autorité cantonale compétente en matière de contraventions, soit des investigations préalables de la police (art. 300 et 303 CPP). A noter que les autorités

---

<sup>160</sup> MÉTILLE, art. 65 LPD, n° 7.

<sup>161</sup> Art. 304 al. 1 CPP et art. 31 CP ; cf. VILLARD, art. 31 CP, n° 7.

<sup>162</sup> MÉTILLE, art. 65 LPD, n° 7.

<sup>163</sup> PAHUD/PITTET, (nbp. 59), p. 10 ; art. 65 al. 2 LPD ; voir également : Nouvelle loi fédérale sur la protection des données : le point de vue du PFPDT du 9 février 2021.

<sup>164</sup> ATF 143 IV 77 consid. 4.6.

<sup>165</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

<sup>166</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

administratives chargées de poursuivre et juger les contraventions disposent des mêmes compétences que celles du Ministère public (art. 357 al. 1 CPP)<sup>167</sup>.

Concernant la prévention générale, la plainte comme condition de poursuite contribue vraisemblablement selon CASSANI<sup>168</sup> à une « bagatellisation », autrement dit, « l'impression fallacieuse que l'infraction n'est pas suffisamment sérieuse pour mériter la poursuite pénale, sauf si une entreprise ou un individu s'en plaint »<sup>169</sup>. Il semble par conséquent cohérent de s'interroger sur l'efficacité des art. 60 ss LPD. Nous y reviendrons plus tard.

Un point débattu est l'éventuelle obligation, à tout le moins la possibilité pour le Ministère public qui reçoit une dénonciation du PFPDT pour l'une des infractions de la LPD, d'informer la personne concernée de son droit de déposer plainte. Les auteurs PAHUD/PITTET sont d'avis que la possibilité, voire même éventuellement l'obligation<sup>170</sup> est pertinente.

Dans les cas où les infractions sont poursuivies d'office, c'est-à-dire pour les art. 60 al. 2 LPD (fourniture de renseignements inexacts ou refus de collaborer pendant une enquête) et 63 LPD (insoumission à une décision du PFPDT), le critère déterminant pour l'ouverture d'une procédure est celui des « soupçons suffisants » qu'une infraction a été commise (Art. 309 al. 1 let. a CPP, applicable par renvoi de l'art. 357 CPP concernant l'autorité cantonale compétente en matière de contraventions)<sup>171</sup>.

### c) Règlement par ordonnance de non-entrée en matière ou de non-lieu

---

<sup>167</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 6.

<sup>168</sup> U. CASSANI, par. 9.142.

<sup>169</sup> PAHUD/PITTET, (nbp. 54), p. 9.

<sup>170</sup> *Idem*, (nbp. 60), p. 10 : Un tel devoir pourrait se déduire de l'art. 7 CPP ainsi que, par analogie, de l'art. 118 al. 4 CPP.

<sup>171</sup> PAHUD/PITTET, (nbp. 62), p. 10 : art. 309 al. 1 let. a CPP (applicable par renvoi de l'art. 357 CPP s'agissant de l'autorité cantonale compétente en matière de contraventions). La notion de soupçons suffisants s'interprète de manière large, conférant ainsi une marge de manœuvre importante au Ministère public (respectivement à l'autorité cantonale compétente en matière de contraventions). L'ouverture n'est exclue que lorsque le dossier ne contient aucun élément concret et où l'enquête s'apparenterait à une « *fishing expedition* » ou lorsqu'il existe uniquement des rumeurs floues ou des hypothèses (GRODECKI/CORNU in : *Commentaire romand du Code de procédure pénale*, 2e éd., Bâle 2019, art. 309 n° 8).

Si avant l'ouverture de l'enquête, il est établi qu'il n'y a pas eu de comportement pénalement répréhensible, une ordonnance de non-entrée en matière au sens de l'art. 310 CPP est rendue<sup>172</sup>.

Après l'ouverture de l'instruction, dans l'hypothèse où l'autorité pénale cantonale compétente arrive à la conclusion qu'aucune infraction n'est réalisée, la procédure est classée. La décision de classement doit être brièvement motivée (art. 357, al. 3, CPP). La procédure est également classée lorsqu'il existe un autre motif donné par l'art. 319 CPP<sup>173</sup>.

En principe, la procédure ne peut être classée que si l'impunité est manifeste ou quand les conditions de punissabilité font manifestement défaut. A l'inverse et en particulier pour les infractions graves, la jurisprudence estime que si les probabilités d'un acquittement et d'une condamnation s'équilibrent, la procédure est poursuivie conformément à l'adage « *in dubio pro duriore* »<sup>174</sup>.

Il semble en aller quelque peu différemment dans la pesée d'intérêts pour les infractions moins graves telles que les contraventions<sup>175</sup>.

En somme, le Message sur la révision de la LPD 2017, 7100 (en renvoyant à l'art. 60 LPD) le mentionne expressément, ; il est possible de classer les cas de peu de gravité sur la base de l'art. 52 CP (« absence de besoin de punir »)<sup>176</sup>.

La partie plaignante (art. 393 CPP) et le PFPDT (art. 65 al. 2 CPP) sont habilités à recourir contre la décision de classement (art. 393 CPP).

#### d) Exécution par ordonnance pénale

L'autorité compétente rend une ordonnance pénale si le prévenu a avoué ou si les faits ont été suffisamment établis d'une autre manière. L'ordonnance pénale en question doit, entre autres, décrire les faits reprochés au prévenu (art. 353 al. 1 let. c CPP) ainsi que la description des faits satisfaisant aux exigences d'une mise en accusation (ATF 140 IV 188 consid. 1.4, art. 325 al. 1 let. f CPP)<sup>177</sup>.

---

<sup>172</sup> DAPHINOFF, art. 357 CPP, n° 11 ; OGer ZH, 15.4.2021, UE200255, consid. 2a.

<sup>173</sup> *Idem*, n° 10 ; OGer ZH, 15.4.2021, UE200255, consid. 2a.

<sup>174</sup> Cf. p. ex. ATF 143 IV 241 consid. 2.2.1.

<sup>175</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 19.

<sup>176</sup> *Idem*, n° 20.

<sup>177</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 22.

Pour autant que le prévenu les ait reconnues, les prétentions civiles (par exemple en dommages-intérêts) – entre autres celles de la personne concernée – peuvent être mentionnées dans l’ordonnance pénale. Pour le surplus, elles sont renvoyées à la voie civile (art. 353, al. 2, CPP)<sup>178</sup>.

### 3. Procédures d’opposition, judiciaire et de recours

Le droit fédéral prévoit que l’opposition à l’ordonnance pénale est adressée à l’autorité pénale compétente en matière de contraventions (art. 354 al. 1 CPP ; ATF 140 IV 192 consid. 1.3). L’opposition doit être formée par écrit dans les dix jours (art. 354 CPP)<sup>179</sup>.

Le prévenu ainsi que (si le droit cantonal le prévoit) le premier procureur ou le procureur général (art. 354 al. 1 let. c CPP) sont habilités à former opposition. De la même manière, la partie plaignante a la qualité de recourir si, dans une situation analogue, elle était légitimée à recourir en vertu de l’art. 382 al. 1 CPP<sup>180</sup>. En vertu de l’art. 65, al. 2, Le PFPDT a également qualité pour former opposition concernant la culpabilité<sup>181</sup>.

L’ordonnance pénale devient un jugement entré en force, à condition qu’aucune opposition valable n’ait été formulée (art. 354 al. 3, CPP).

Si au contraire, une opposition est formée, l’autorité pénale compétente en matière de contraventions recueille les autres preuves nécessaires (art. 355, al. 1, CPP : cette dernière a le choix entre maintenir l’ordonnance pénale, rendre une nouvelle ordonnance pénale ou encore déposer l’acte d’accusation devant le tribunal, à moins qu’elle ne suspende la procédure (art. 355 al. 3 CPP)<sup>182</sup>.

Si l’autorité pénale compétente en matière de contraventions décide de maintenir l’ordonnance pénale, celle-ci transmet le dossier au tribunal de première instance. Le tribunal en question

---

<sup>178</sup> *Idem*, n° 24.

<sup>179</sup> *Idem*, n° 25.

<sup>180</sup> *Idem*, n° 26, ATF 141 IV 231 consid. 2.6; cf. aussi art. 354 al. 1 let. abis rév. CPP.

<sup>181</sup> *Idem*, n° 26 ; voir aussi METILLE, art. 65 LPD, n° 38.

<sup>182</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 28 ; ATF 140 IV 192 consid. 1.3 en relation avec des avis divergents sur la possibilité d’une mise en accusation.

instruit l'affaire (art. 356, al. 1, CPP) puis statue sur la validité de l'ordonnance pénale et sur l'opposition (art. 356 al. 2 CPP)<sup>183</sup>.

Un jugement de première instance peut faire l'objet d'un recours en réforme au sens des art. 398 ss CPP. Si seules des contraventions sont concernées toutefois, le pouvoir d'examen de l'autorité d'appel est limité aux erreurs de droit et aux constatations de fait arbitraires (art. 398 al. 4 CPP).

Comme c'est le cas pour l'opposition, la partie plaignante ne peut faire appel que sur le chef de culpabilité et les conclusions civiles<sup>184</sup>.

Le PFPDT est également limité à la question de la culpabilité s'il souhaite faire appel.<sup>185</sup>

Bien que la formulation contenue dans le Message sur la révision de la LPD<sup>186</sup> précise qu'il faille un intérêt à une application uniforme de la loi pour que le PFPDT puisse recourir, celle-ci ne doit pas être comprise de manière normative. La qualité pour recourir du PFPDT dans le cas concret est indépendant de la preuve d'un tel intérêt<sup>187</sup>.

Le Tribunal fédéral connaît les recours en matière pénale au Tribunal fédéral (au sens des art. 78 ss LTF), quel que soit le montant de l'amende infligée. Il est important de préciser que la partie plaignante n'a qualité pour recourir devant le Tribunal fédéral que dans un cas de figure ; il faut que la décision attaquée « puisse avoir des effets sur le jugement de ses prétentions civiles » (Art. 81 let. b ch. 5 LTF)<sup>188</sup>. La qualité pour recourir du PFPDT devant le TF est en principe niée (sous réserve de griefs de procédure), précisément en raison des prétentions civiles qu'il ne peut pas faire valoir<sup>189</sup>.

#### 4. Mesures en cas de violation de la protection des données

Théoriquement, des mesures peuvent être ordonnées au sens des art. 56 ss CP lorsqu'une violation à la protection des données a lieu. En pratique pourtant, la plupart des mesures (notamment l'expulsion et les mesures entraînant une privation de liberté) ne peuvent être

---

<sup>183</sup> *Idem*, n° 29.

<sup>184</sup> *Idem*, n° 30.

<sup>185</sup> *Idem*, n° 30, Message sur la révision de la LPD 2017, 7104.

<sup>186</sup> Message de la LPD, FF 2017, 7104.

<sup>187</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 36.

<sup>188</sup> Cf. aussi ATF 138 IV 78 consid. 1.3 sur la recevabilité d'un recours pour la sauvegarde de droits de procédure [« Star Praxis »].

<sup>189</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 31.

ordonnées que pour des crimes ou des délits et non pas pour des contraventions, comme celles de la LPD<sup>190</sup>.

En revanche, la confiscation est également possible en cas de contravention (art. 69 s. CP), plus spécifiquement la confiscation du gain généré à la suite d'une violation de la protection des données (art. 70 CP)<sup>191</sup>.

La confiscation peut être dirigée contre l'« auteur » (en tant que personne physique) et contre des tiers (y compris des personnes morales)<sup>192</sup>.

S'il est difficile, voire impossible de déterminer l'ampleur des valeurs patrimoniales à confisquer, le juge peut l'estimer (art. 70, al. 5 CP). C'est également le cas concernant la violation de dispositions pénales de la LPD<sup>193</sup>.

### C. Rôle du PFPDT

Le PFPDT a le droit et non l'obligation de « dénoncer » auprès de l'autorité de poursuite pénale compétente (art. 65 al. 2 LPD). Le contenu normatif de l'art. 65 al. 2 LPD se limite donc principalement à la levée du secret de fonction<sup>194</sup>.

Une réglementation expresse comme celle de l'art. 65 al. 2 LPD est nécessaire parce que l'art. 22a LPers ne prévoit une obligation de dénoncer (et donc un droit de dénoncer) que pour les crimes et les délits. Cependant les autres « irrégularités »<sup>195</sup> ne peuvent être communiquées qu'au Contrôle fédéral des finances (Art. 22a, al. 4, LPers<sup>196</sup>).

Par ailleurs, il était admis sous l'ancien droit que le PFPDT était autorisé à porter plainte, ce qui n'a pas été repris sous le nouveau droit<sup>197</sup>. Le Conseil fédéral a estimé que le volet pénal de la LPD avait été suffisamment renforcé pour « compenser » l'absence de pouvoir du PFPDT<sup>198</sup>.

---

<sup>190</sup> *Idem*, n° 32.

<sup>191</sup> *Idem*, n° 33.

<sup>192</sup> *Idem*, n° 34.

<sup>193</sup> Voir aussi le Message sur la révision de la LPD 2017, 6980.

<sup>194</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 33.

<sup>195</sup> Comme les contraventions ou les manquements non punissables : Message LOAP, 8182.

<sup>196</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 36.

<sup>197</sup> NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° 102.

<sup>198</sup> PAHUD/PITTET, (nbp. 4), p. 2 ; Message de la LPD, FF 2017 6596 ; Rapport explicatif du 21 décembre 2016 sur l'avant-projet, n° de réf. COO.2180.109.7.185665, ch. 1.4.2.5, p. 21.

En somme, selon la doctrine majoritaire le PFPDT n'a pas le droit de déposer une plainte pénale au sens de l'art. 30 CP. Le PFPDT peut contourner cela en ouvrant une enquête (également d'office) (art. 49 LPD) et ordonner, sous la forme de mesures administratives, qu'un traitement de données donné soit adapté, interrompu ou interrompu (art. 51 LPD). De surcroît, il peut assortir la décision correspondante d'une peine dont la violation est punissable en vertu de l'art. 63 LPD et à l'égard de laquelle le PFPDT peut faire valoir ses droits de partie dans la procédure pénale<sup>199</sup>.

En fin de compte, le champ d'application de l'art. 65 al. 2 LPD se limite aux violations de l'art. 60 al. 2 LPD (violation de l'obligation de collaborer/renseignements erronés vis-à-vis du PFPDT) et le non-respect des décisions (art. 63 LPD)<sup>200</sup>.

La doctrine minoritaire<sup>201</sup> défend quant à elle l'idée, qu'au vu de son droit à la qualité de partie, il faille retenir que le PFPDT est également habilité à déposer plainte. Le terme « dénoncer » résulterait d'une erreur de la part du législateur ; qu'il faudrait par conséquent interpréter ce terme comme un droit de porter plainte.

Savoir si le PFPDT est soumis à une obligation de dénoncer en cas de violation du secret de fonction (art. 320 CP) demeure une question controversée<sup>202</sup>. Selon l'appréciation du législateur (en particulier la renonciation à l'obligation de dénoncer), une dénonciation ne doit être faite que si elle apparaît nécessaire à la protection d'un intérêt public<sup>203</sup>.

Une autre voie est en revanche ouverte pour le PFPDT. Il peut, en cas de violation de l'obligation de collaborer, en vertu de l'art. 60 al. 2 LPD (respectivement de l'art. 49 al. 3 LPD) invoquer l'art. 50 LPD. Cette disposition confère au PFPDT les pouvoirs de mener l'enquête (notamment entendre des témoins, demander l'accès aux locaux et installations et faire appel à des experts). A l'inverse, l'art. 60 al. 2 LPD sanctionne les infractions passées. En pratique toutefois, selon ROSENTHAL/GUBLER<sup>204</sup>, il serait plus judicieux pour le PFPDT d'enquêter sur

---

<sup>199</sup> Voir aussi le Message sur la révision de la LPD 2017, 7100.

<sup>200</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 39.

<sup>201</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

<sup>202</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 42, JO p. ex. HUBER, art. 43, N. 8.

<sup>203</sup> *Idem*, n° 44, cf. par analogie l'art. 23, al. 2, en relation avec l'art. 10, al. 3, LCD pour le droit de plainte du SECO en cas d'infraction à la LCD.

<sup>204</sup> Cf. ROSENTHAL/GUBLER, p. 64.



les violations de la protection des données dont il a eu connaissance et d’y remédier plutôt que d’engager une procédure pénale<sup>205</sup>.

Un autre droit du PFPDT est celui de se constituer partie civile (c’est-à-dire aussi partie, art. 104 al. 1 let. b CPP) dans la procédure pénale cantonale (art. 118 CPP). Si cela lui semble nécessaire pour une application uniforme de la LPD, le PFPDT peut ainsi notamment contester les ordonnances de classement (art. 322 al. 2 CPP) et faire recours contre les jugements cantonaux (art. 382 al. 1 CPP) ; demander à consulter le dossier (art. 101 al. 1 CPP) ; participer aux actes de procédure (art. 107 al. 1 let. b CPP) et à l’administration des preuves (art. 147 ss. CPP) ; et faire des demandes de preuves (art. 107 al. 1 let. e CPP)<sup>206</sup>.

Le préposé ne dispose pas du droit de recours général, y compris sur la peine, lequel est réservé aux autorités fédérales (art. 381a CPP)<sup>207</sup>.

Nous avons contacté le PFPDT, afin de savoir dans quelle mesure il avait été confronté à des procédures pénales en lien avec la LPD. Nous lui avons demandé s’il avait observé une certaine récurrence dans les causes qui auraient empêché de prononcer une condamnation. Ce dernier s’est vu dans l’impossibilité de répondre à notre requête en raison « d’une charge extraordinaire de travail ».

## **D. Autorités compétentes en matière de poursuite et de jugement art. 65 LPD**

Les cantons sont compétents pour poursuivre et juger les contraventions à la LPD. Il n’y a pas de compétence primaire ou subsidiaire du Ministère public de la Confédération<sup>208</sup>. Toutefois, il est admissible que le Ministère public de la Confédération ordonne la jonction auprès des autorités fédérales (art. 26 al. 2 CPP).

### **1. Répartition des compétences**

---

<sup>205</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 45.

<sup>206</sup> GASSMANN, art. 65 LPD, n° 12.

<sup>207</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

<sup>208</sup> Art. 65 LPD ; art. 23 et 24 CPP *a contrario*.

Comme vu précédemment, il incombe aux cantons de poursuivre et de juger les contraventions de la LPD (art. 65 al. 1 LPD). Cela étant dit, l'art. 65 al. 1 LPD n'a qu'une portée déclaratoire<sup>209</sup> car il est déjà du ressort des autorités pénales cantonales de poursuivre et de juger les infractions de droit fédérale, sauf l'exception de la loi (art. 123 al. 2 Cst. et 22 CPP).

L'ouverture de la procédure auprès des autorités cantonales s'effectue en vertu de l'art. 357 al. 2 CPP, respectivement les art. 352 ss. CPP<sup>210</sup>.

Ainsi, les autorités compétentes en matière de poursuite sont celles qui relèvent également du droit pénal nucléaire, en l'occurrence la police, le Ministère public ou les autorités pénales compétentes pour les contraventions (art. 12 CPP) et les instances judiciaires ordinaires (art. 13 CPP)<sup>211</sup>.

A moins que les cantons n'aient fait usage de la compétence de l'art. 17 CPP, les autorités pénales compétentes pour les contraventions de la LPD sont celles qui le sont en matière de contraventions. En effet, l'art. 17 CPP, le canton (le Confédération également) peut décider de déléguer cette compétence de poursuite et de jugement des contraventions à des autorités administratives. Ces autorités administratives désignées en vertu du droit cantonal possèdent les mêmes compétences que le Ministère public dans la procédure ordinaire (art. 357 al. 1 CPP). A l'exception toutefois si des crimes ou des délits doivent être jugés simultanément ; dans ces cas de figure, en dépit du fait qu'il n'y a pas de lien intrinsèque entre les infractions, l'affaire doit être transmise au Ministère public (art. 357 al. 4 et 17 al. 2 CPP)<sup>212</sup>.

Les art. 31 ss CPP régissent la compétence *ratione loci*<sup>213</sup>. En cas de constellations internationales, les art. 60 à 66 LPD sont applicables au détriment des art. 31 ss CPP<sup>214</sup>.

## 2. Panorama cantonal romand

---

<sup>209</sup> GASSMANN, art. 65 LPD, n° 1 ; cf. aussi sur la situation juridique antérieure à la révision de la LPD- NIGGLI ET AL., ancien art. 34 – 35 n° 104.

<sup>210</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 14.

<sup>211</sup> *Idem*, n° 9.

<sup>212</sup> KUNZ, art. 65 LPD, n° 10.

<sup>213</sup> *Idem*, n° 12 ; cf. WOHLERS, art. 65, n° 7, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski ; GASSMANN, art. 65 LPD, n° 7.

<sup>214</sup> *Idem*, n° 10.

En conformité avec l'art. 22 al. 1 CPP, les cantons ont opéré des choix différents en matière d'octroi des compétences de poursuite et de jugement. Etant donné que les infractions à la LPD sont des contraventions, les cantons étaient même autorisés à accorder la compétence de poursuite et de jugement à des autorités administratives (art. 17 CPP). Dans cette section, nous allons faire un tour d'horizon des différentes solutions adoptées par les cantons. Nous avons contacté les autorités de poursuite romandes désignées par la documentation à ce propos afin d'apporter un éclairage pratique à l'analyse qui suit.

#### a) Vaud

Dans le Canton de Vaud, la compétence de poursuite appartient au Ministère public, au même titre qu'au préfet, à l'autorité municipale et à toute autre autorité administrative désignée par les lois spéciales (art. 3 al. 2 Loi d'introduction du Code de procédure suisse/VD, LVCPP<sup>215</sup>). En matière de contraventions de droit cantonal et à l'exception d'une disposition légale contraire, le préfet est compétent (art. 5 LContr<sup>216</sup>, et art. 18 al. 1 let. a de la Loi sur les préfets et les préfetures, Lpréf<sup>217</sup>)<sup>218</sup>.

La poursuite des contraventions à la LPD entre dans le champ de compétences des préfets car aucune loi spéciale n'indique le contraire, même si le Ministère public possède, du moins en théorie, les mêmes prérogatives. Le Tribunal de police est l'autorité de jugement pour les oppositions aux prononcés par les autorités de poursuite compétentes des contraventions (art. 7 LContr/VD et art. 356 al. 1 CPP).

Dans une perspective plus pratique, les préfets ont été contactés. Les éléments qui suivent ressortent de leur réponse<sup>219</sup>. Ils se considèrent, compétents, conformément aux articles précités<sup>220</sup>. L'une des préfetures a été saisie par une seule dénonciation en 2018. Le Ministère public, par le biais de la réponse du préfet, a précisé que les plaintes pour contraventions à la

---

<sup>215</sup> Art. 3 al. 2 de la Loi vaudoise du 19 mai 2009 d'introduction du Code de procédure suisse/VD (= LVCPP/VD ; RS/VD 312.01)

<sup>216</sup> Art. 5 de la Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions (= LContr/VD ; RS/VD 312.11)

<sup>217</sup> Art. 18 al. 1 let. a de la Loi vaudoise du 27 mars 2008 sur les préfets et les préfetures (= Lpréf/VD ; RS/VD 172.165).

<sup>218</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 27.

<sup>219</sup> Echange de mails avec les préfetures du Canton de Vaud.

<sup>220</sup> Respectivement, l'art. 5 de la Loi vaudoise du 19 mai 2009 sur les contraventions et l'art. 18 al. 1 let. a de la Loi sur les préfets et les préfetures.

LPD sont rares ; elles sont de l'ordre d'une dizaine au cours des vingt dernières années. Celles-ci sont généralement accompagnées d'autres délits, de sorte que le préfet s'en trouve dessaisi en faveur du Ministère public (art. 357 al. 4 et 17 al. 2 CPP).

Aucune condamnation n'a été prononcée à la plainte adressée au préfet en raison de la condition d'intentionnalité qui faisait défaut en l'espèce.

#### b) Valais

En Valais, le Ministère public traite par renvoi au CPP des contraventions de droit fédéral (art. 38 al. 1 Loi valaisanne du 11 février 2009 d'application du code de procédure pénale suisse, LACPP<sup>221</sup>). C'est le juge de district qui statue en la matière (art. 356 al. 1 CPP et art. 11 al. 1 LACPP/VS)<sup>222</sup>.

La réponse du Ministère public valaisan, comme autorité de poursuite désignée ci-dessus, est retranscrite en substance<sup>223</sup>. La LIPDA<sup>224</sup> ne prévoyant rien quant à l'autorité compétente, ce sont art. 60 à 66 LPD qui traitent des dispositions pénales. Selon l'art. 22 CPP et faute d'avoir trouvé une base légale spécifique, l'autorité de poursuite compétente pour les contraventions des art. 60 à 64 de la LPD en Valais s'avère être le Ministère public. Vingt-deux<sup>225</sup> procédures ont été recensées pour des violations à la LPD entre 2006 et 2024.

Un point commun qui a été constaté entre ces procédures, était que l'infraction prévue à l'art. 64 LPD ne pouvait être commise que par des personnes privées et des membres d'une autorité fédérale, à l'exclusion des organes cantonaux et communaux (art. 2 al. 1 *a.c* LPD).

Finalement, il n'y a jamais eu de condamnation à l'issue des différentes procédures.

#### c) Neuchâtel

---

<sup>221</sup> Art. 38 al. 1 de la Loi valaisanne du 11 février 2009 d'application du code de procédure pénale suisse (=LACPP/VS ; RS/VS 312.0).

<sup>222</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 29.

<sup>223</sup> Echange de mails avec Le Ministère public valaisan.

<sup>224</sup> Loi valaisanne du 16 mars 2023 sur l'information du public, la protection des données et l'archivage (= LIPDA/VS ; RS/VS 170.2).

<sup>225</sup> Approximation car le système de gestion des dossiers ne permet pas de tenir une statistique précise

Le Ministère public se charge de la poursuite des contraventions (art. 6 Loi neuchâteloise du 27 janvier 2010 d'introduction du suisse, LI-CPP<sup>226</sup>)<sup>227</sup>.

Après avoir été interrogé<sup>228</sup>, le Ministère public confirme sa compétence en citant l'art. 6 LI-CPP ainsi que l'absence de disposition traitant de la matière dans la Convention intercantonale relative à la protection des données et à la transparence dans les cantons du Jura et de Neuchâtel (CPDT-JUNE).

Le Ministère public a été saisi d'une dizaine de plaintes depuis que le CPP est entré en vigueur mais aucune n'a abouti à une condamnation. Les raisons sont multiples ; parfois les dispositions de la LPD étaient invoquées à tort, d'autres fois, le délai pour porter plainte était prescrit et à une seule fois car l'infraction en tant que telle était prescrite.

#### d) Jura

Dans le canton du Jura, le Ministère public se charge des contraventions. Il est toutefois loisible pour le procureur général de « déléguer à certains collaborateurs expérimentés du Ministère public la compétence de statuer en matière de contraventions d'après une liste qu'il établit <sup>229</sup>» (art. 16 al. 1 LiCPP<sup>230</sup>). C'est du ressort du juge pénal de statuer en première instance en tant que juge unique<sup>231</sup>.

Le Ministère public jurassien, en l'absence de procédures liées à la poursuite des contraventions au sens des art. 60-64 LPD, a simplement confirmé être l'autorité compétente de poursuite si cela devait arriver.

#### e) Fribourg

---

<sup>226</sup> Art. 6 de la Loi neuchâteloise du 27 janvier 2010 d'introduction au Code de procédure pénale du suisse (=LI-CPP/NE ; RSN 322.0).

<sup>227</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 32.

<sup>228</sup> Echange de mails avec le Ministère public neuchâtelois.

<sup>229</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 31.

<sup>230</sup> Art. 16 al. 1 de la Loi jurassienne du 16 juin 2010 d'introduction du Code de procédure pénale suisse (=LiCPP/JU ; RS/JU 321.1).

<sup>231</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 31.

C'est le juge de police qui connaît les contraventions à la LPD (art. 75 al. 2 let. a LJ<sup>232</sup>) dans le Canton de Fribourg<sup>233</sup>.

Deux premiers tribunaux régionaux fribourgeois nous ont informés que les tribunaux de première instance fribourgeois sont l'autorité de poursuite compétente en matière de contraventions à la LPD. L'un des deux nous a précisé que c'était le cas, pour autant qu'il soit saisi par le Ministère public ou par une opposition à une ordonnance pénale de ce dernier. Le Tribunal en question n'a jamais été confronté à de telles infractions.

Trois autres tribunaux régionaux ont indiqué que le Ministère public fribourgeois (MP FR) est compétent pour la poursuite de contraventions à la LPD. Parmi ces trois tribunaux, l'un d'eux a ajouté que ce dernier a enregistré un nombre très restreint de procédures. Contrairement à ce qu'indiquait l'OFS dans sa statistique (aucune condamnation pénale à la LPD prononcée entre 2008 et 2023), il a prononcé une condamnation concernant l'art. 34 aLPD (violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer). Les procédures qui n'ont pas abouti étaient liées l'inexactitude de la qualification juridique proposée par la partie plaignante.

#### f) Genève

A Genève, le Service des contraventions est compétent pour poursuivre et juger les contraventions, en particulier à la LPD (art. 11 al. 1 LaCP<sup>234</sup>). Le Ministère public est cependant autorisé à édicter des directives générales et abstraites à l'attention du Service des contraventions. Si certaines conditions sont respectées, il peut également dessaisir ledit Service des contraventions.

Le Service des contraventions se considère bien comme l'autorité administrative compétente en matière de contraventions<sup>235</sup>. Par contre, il précise que, s'agissant des contraventions en lien avec les articles 60 à 64 de la LPD, celles-ci sont de la compétence exclusive du Ministère

---

<sup>232</sup> Art. 75 al. 2 let. a de la Loi fribourgeoise du 31 mai 2010 sur la justice (=LJ/FR ; RS/FR 130.1).

<sup>233</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 30.

<sup>234</sup> Art. 11 al. 1 de la Loi genevoise du 27 août 2009 d'application du code pénal suisse et d'autres lois fédérales en matière pénale (= LaCPGE ; RS /GE E 4 10).

<sup>235</sup> Echange de mails avec le Service des contraventions genevois.

public, comme le précise la directive D.7 du Procureur général<sup>236</sup>. Cette directive stipule que les contraventions à la LPD sont du ressort exclusif du Ministère public.

### **E. Conséquence pour la personne condamnée**

Les conséquences d'une condamnation aux contraventions à la LPD sont le paiement d'une amende et, si le montant dépasse 5'000 fr., une inscription au casier judiciaire (art. 18 al. 1 let. c ch. 3 LCJ<sup>237</sup>).

Il est précisé que l'inscription est supprimée dix ans après son inscription.

L'inscription n'apparaît ni sur l'extrait ordinaire, ni sur l'extrait spécial du casier judiciaire qu'une personne physique peut demander à titre privé (art. 41 et 42 LCJ).

---

<sup>236</sup> D.7 disponible sur le site : <https://justice.ge.ch/media/2021-02/directive-d.7-directive-contraventions.pdf>, (consulté le 20 mars 2025).

<sup>237</sup> Loi fédérale du 17 juin 2016 sur le casier judiciaire informatisé VOSTRA (= Loi sur le casier judiciaire, LCJ).

## IV. Observations et critiques

Dans ce chapitre, nous examinerons sous un regard critique le système pénal de la LPD du point de vue de sa mise en œuvre, sur la base des commentaires et questionnements émis par les spécialistes de la protection des données. Cet éclairage nous permettra de mettre en lumière les zones grises et les points d'achoppement qui, selon nous constituent des entraves à l'application effective de la LPD. Nous poursuivrons en donnant un avis personnel, tout en nous référant en partie aux commentaires des praticiens.

### A. Commentaires des praticiens de la protection des données

Une première approche critique est apportée par les auteurs PAHUD/PITTET. Bien que la nouvelle loi entrée en vigueur le 1er septembre 2023 marque une extension de la punissabilité pénale de certains comportements laissés jusqu'alors impunis, certains choix du législateur n'augmentent pas drastiquement le nombre de procédures pénales pour violation à la LPD. Le fait que la poursuite soit uniquement possible sur plainte et que le PFPDT ne puisse pas porter plainte directement l'illustrent bien<sup>238</sup>. De même, l'absence de punissabilité de la négligence et le fait que la compétence attribuée à des ministères publics (voire à des autorités administratives chargées de poursuivre les contraventions), autorités qui n'ont probablement pas d'expérience en la matière et d'autres priorités sont autant d'exemples sur lesquels se fondent les critiques.

Certaines de ces dispositions sont principalement considérées comme des « garde-fous » (art. 60 al. 1 let. a, 60 al. 2, 61 let. b et c ou encore 63 LPD), servant à sanctionner en pratique des violations crasses des règles générales de la LPD. D'autres dispositions présentent toutefois plutôt un facteur de risque concret et non négligeable. C'est le cas pour l'art. 61 let. a LPD (protégeant toute personne qui communique des données personnelles à l'étranger) ou encore l'art. 62 LPD (pour toute personne qui se voit confier des données personnelles secrètes nécessaires à sa profession). Cela signifie que le cercle des personnes concernées est vaste<sup>239</sup>.

---

<sup>238</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 4), p. 2 : Message de la LPD, FF 2017 6596 ; cf. déjà Rapport explicatif du 21 décembre 2016 sur l'avant-projet, n° de réf. COO.2180.109.7.185665, ch. 1.4.2.5, p. 21.

<sup>239</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 147), p. 23 : dans ce sens : WOHLERS (nbp. 28), Vorbem. Zu Art. 60 ff, in : Baeriswyl/Pärli/Blonski, n° 6 ss.



Les auteurs PAHUD/PITTET critiquent spécifiquement le flou entourant l'infraction de violation du devoir de discrétion (art. 62 LPD)<sup>240</sup>. Il serait souhaitable, selon eux, d'interpréter de façon restrictive cette disposition, en réduisant par la même occasion son champ d'application sous plusieurs aspects. Tout d'abord la révélation ne saurait être pénalement répréhensible lorsque la personne concernée a donné son consentement à une révélation. La déclaration de consentement de la personne concernée ne devrait être soumise à aucune forme<sup>241</sup>. Ensuite, la personne qui révèle des données personnelles secrètes, en application de l'art. 14 CP ne saurait se voir reprocher une violation de l'art. 62 LPD. En effet, bien que l'illicéité ne soit plus exigée pour punir une révélation de données personnelles secrètes<sup>242</sup>, ces auteurs sont d'avis que le respect des conditions posées par la LPD permet toutes d'exclure la punissabilité de cette révélation. Par conséquent, les motifs justificatifs de l'art. 31 LPD ou encore des normes du droit de procédure et du droit de la fonction publique fédérale<sup>243</sup> rendront admissible, voire obligatoire la révélation de données personnelles secrètes<sup>244</sup>.

En rejoignant la doctrine ROSENTHAL/GUBLER, les auteurs PAHUD/PITTET estiment que le champ d'application de l'art. 62 LPD est plus restreint que la simple exigence d'être en présence de données personnelles non publiques ou non accessibles dont une personne a connaissance dans l'exercice de sa profession. De surabondance, elles doivent répondre à deux critères cumulatifs : (i) la personne concernée peut objectivement attendre de l'auteur de l'infraction qu'il garde les données en question secrètes et (ii) les données en question ont été portées à la connaissance de l'auteur avec cette attente et non dans un autre contexte<sup>245</sup>.

Quant au cercle des personnes légitimées être mises au courant, la doctrine susmentionnée privilégie une approche libérale, en ce sens qu'ils définissent ce cercle de manière large. De

---

<sup>240</sup> PAHUD/PITTET ; dans le même sens, ROSENTHAL/GUBLER (nbp. 15), p. 60–61.

<sup>241</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 85), p. 13 : ATF 98 IV 218, consid. 2 Bernard CORBOZ, Les infractions en droit suisse, Volume II, 3e éd., Berne 2010, Art. 321 N. 48 ; BOHNET/MELCARNE, p. 29 ss, p. 33.

<sup>242</sup> PAHUD/PITTET p. 14 : « contrairement à l'art. 35 aLPD ».

<sup>243</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 88), p. 14 : art. 22a LPers. La LPD s'appliquant aux organes fédéraux, à l'exclusion des cantons et des communes.

<sup>244</sup> PAHUD/PITTET, p. 14.

<sup>245</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 89), p. 14 : dans le même sens, ROSENTHAL/GUBLER (nbp. 15), p. 61 ; « voir également GASSMANN (nbp. 34), art. 62 LPD, n° 16. Cette interprétation restrictive nous paraît s'inscrire dans le prolongement de la jurisprudence précitée du Tribunal fédéral sur la notion de secret, qui exige, dans le contexte des art. 320 et 321 CP, un intérêt légitime au secret et une volonté du bénéficiaire du secret de maintenir celui-ci ».

telle sorte, seules sont incriminées les révélations à des tiers et non pas à des collègues discutant au sein d'une même entreprise<sup>246</sup>.

Concernant la punissabilité de l'employeur pour les infractions commises dans une entreprise (art. 64 LPD), ces mêmes auteurs précités ne sont pas certains que la vision prônée par le CF dans son Message se concrétise en pratique<sup>247</sup>.

D'abord, les art. 6 al. 1 DPA et 6 al. 2 DPA se concilient mal puisqu'elles permettent de sanctionner parallèlement le dirigeant et le « simple exécutant »<sup>248</sup>. Ensuite, le chef d'entreprise ne répond de sa négligence en vertu de l'art. 6 al. 2 DPA que si l'infraction qu'il a omise de prévenir est punissable par négligence également<sup>249</sup>. A l'inverse donc, en présence d'infractions intentionnelles – comme c'est le cas des art. 60 ss LPD – il est nécessaire que le chef d'entreprise ait agi intentionnellement<sup>250</sup>.

Ces mêmes auteurs résument, qu'en raison de certains choix effectués par le législateur, les dispositions pénales de la LPD - bien que renforcées lors de la révision en septembre 2023 - réduisent la probabilité d'une augmentation importante des procédures pénales en lien avec la LPD. En d'autres termes, certaines conditions de punissabilité compliquent l'application de ces dispositions aux personnes poursuivies.

Ces dispositions pénales, bien que difficilement applicables *de facto*, n'en demeurent pas moins des incitatifs supplémentaires à respecter la loi<sup>251</sup>. En effet, dès lors qu'elles sanctionnent des infractions commises par des personnes physiques et non par des entreprises, le montant des amendes exerce un effet plus dissuasif sur les individus que sur les sociétés.

La violation touchant essentiellement le porte-monnaie des personnes physiques, et non celui des entreprises, cela peut constituer une incitation d'autant plus forte que les personnes physiques ont généralement moins de ressources financières que ne peuvent avoir les entreprises.

---

<sup>246</sup> PAHUD/PITTET (nbp. 91), p. 14 ; ROSENTHAL/GUBLER (nbp. 15), p. 62 ; *contra* Niklaus OBERHOLZER, in : Basler Kommentar zum Strafrecht, 4e éd., Bâle 2018, art. 321, n° 20.

<sup>247</sup> PAHUD/PITTET p. 20, reprenant le Message de la LPD, FF 2017 6715.

<sup>248</sup> *Idem*, p. 20.

<sup>249</sup> BURGNER, pp. 368 ss, p. 388 et les réf. GARBARSKI/MACALUSO, pp. 833 ss, p. 842.

<sup>250</sup> PAHUD/PITTET p. 20.

<sup>251</sup> *Idem*, p. 23.

Un deuxième commentaire critique est donné par l'auteur CHARLET<sup>252</sup>. Selon lui, les infractions pénales prévues dans la LPD peuvent sembler floues dès lors qu'elles englobent de nombreux comportements.

A moins de respecter scrupuleusement les dispositions de la protection des données, il n'est pas aisé d'éviter des procédures. Cela étant, sur le plan pratique et technique, il est désormais quasiment impossible de respecter les prescriptions de la protection des données personnelles compte tenu que ces données sont gérées par des logiciels (not. l'intelligence artificielle). Dans ce contexte d'évolution rapide des outils et moyens de gestion informatisés des données personnelles, l'échappatoire pour les entreprises de bonne foi et désireuses de respecter la loi, est de démontrer l'absence d'intention (y compris de dol éventuel). En d'autres termes, la violation des dispositions pénales à la LPD n'est punissable que dans la mesure où celle-ci est intentionnelle. Donc, si l'entreprise ou les auteurs supposés d'une infraction parviennent à démontrer l'absence d'intention (et de dol éventuel), ils ne seront pas punissables.

Il est peu probable que les dispositions 60 à 62 LPD soient appliquées car le PFPDT n'est pas habilité à déposer des plaintes pénales. En outre, il est seulement autorisé à faire des dénonciations. A cela s'ajoute, les autorités de poursuite et de jugement en matière de contraventions sont cantonales. Une majorité de cantons ont donné la compétence de les poursuivre et les juger à des autorités spéciales au lieu du ou des Ministères publics cantonaux. Par ce biais, on peut à juste titre supposer que ces autorités spéciales n'ont que peu, voire pas d'expérience en protection des données. Par conséquent, elles risquent de se trouver démunies si elles doivent s'attaquer à des entreprises de grande taille.

Certes le risque existe que les personnes lésées utilisent la plainte pénale ou son non-retrait comme moyen de pression. Néanmoins, à moins d'être effectivement lésées, elles pourraient elles-mêmes être poursuivie pour dénonciation calomnieuse art. 303 al. 2 CP.

Les auteurs ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD constatent qu'il n'est pas d'usage en Suisse de sanctionner pénalement les violations de la protection des données. Il revient aux autorités cantonales de poursuivre et de juger les contraventions à la LPD (art. 65 LPD) bien qu'elles ne soient pas habituées à poursuivre ce genre de violations. En outre, il paraît discutable que ces

---

<sup>252</sup> CHARLET, pp. 613 ss.

autorités cantonales, sans expérience en la matière, se voient attribuer la compétence de poursuivre et de juger dans ce domaine technique qu'est la poursuite des infractions à la LPD<sup>253</sup>. De surcroît, en dépit de ses droits de dénoncer des infractions (rappelons-le, pour des infractions qui se poursuivent en majorité sur plainte) et d'exercer ceux de la partie plaignante, le PFPDT ne dispose pas du droit de déposer une plainte pénale (art. 65 al. 2 LPD).

De même, l'art. 64 LPD a peu de chances d'être efficace. Cette disposition prévoit en outre que c'est uniquement lorsque les personnes responsables ne peuvent être identifiées qu'au prix d'un effort disproportionné et que, cumulativement, l'amende ne dépasse pas 50'000 fr. que l'entreprise peut être condamnée à une amende à la place de la personne physique. Cela risque d'être rarement le cas pour les infractions à la LPD<sup>254</sup>.

D'un autre côté, ces auteurs considèrent que la violation du devoir (art. 62 LPD) constitue une réglementation inhabituellement stricte par rapport au RGPD, compte tenu de son large champ d'application et de la portée de l'amende<sup>255</sup>. En outre, les amendes sont infligées aux personnes physiques responsables et ne peuvent pas être assurées ni prises en charge par l'entreprise<sup>256</sup>.

Ces auteurs supposent à cet égard que les amendes serviront de pression psychologique dans les entreprises, principalement au niveau de la direction, afin qu'elles respectent la protection des données.

Quant à l'exigence pour certaines infractions de déposer plainte dans le délai de trois mois, il ne joue pas un grand rôle en ce sens que la personne concernée ne sera pas au courant de l'auteur (une personne physique) qui a commis l'infraction<sup>257</sup>.

Par conséquent, au vu des caractéristiques énoncées ci-dessus, les poursuites pénales risquent de demeurer l'exception<sup>258</sup>.

L'avocat, Maître GRODECKI<sup>259</sup>, intervenant à la demi-journée de protection des données consacrée aux différentes procédures, nous transmet quelques réflexions au sujet de la poursuite des contraventions à la LPD.

A ce titre, il considère que plusieurs éléments sont discutables. Nous en évoquons quelques-uns ici.

---

<sup>253</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 71.

<sup>254</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 74.

<sup>255</sup> HIRSCH, p. 2.

<sup>256</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, pp. 72-3.

<sup>257</sup> *Idem*, p. 73.

<sup>258</sup> HIRSCH, p. 2.

<sup>259</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

Il regrette la procédure hybride choisie par le législateur, laquelle intègre uniquement partiellement le droit pénal administratif, en l'occurrence l'art. 64 LPD (infractions commises dans une entreprise). En excluant ainsi, *a contrario*, les infractions commises en dehors de l'entreprise, ceci complique un peu plus encore le système de poursuite des infractions à la LPD.

Bien que le montant des amendes pénales de la LPD soit bien plus élevé que celui des autres contraventions de droit pénal, il est bien plus bas que les amendes du RGPD. Dès lors, l'on peut se demander si l'effet dissuasif n'en demeure pas moindre, particulièrement en comparaison avec le régime européen.

Concernant les pouvoirs du PFPDT, le terme « dénoncer » fait débat quant à son interprétation. Maître GRODECKI, à contre-courant par rapport à ce que prône la doctrine majoritaire, est d'avis qu'on devrait lui attribuer le sens selon lequel le PFPDT est en droit porter plainte. Par ailleurs, sachant que la quasi-totalité des contraventions à la LPD se poursuivent uniquement sur plainte (à l'exception de l'insoumission à une décision, art. 63 LPD), il paraît donc paradoxal de ne lui octroyer qu'un droit de dénonciation. A cela s'ajoute, que le PFPDT peut déjà se constituer partie plaignante, et se voit octroyer les mêmes droits que celle-ci. En pratique ce statut conféré au PFPDT engendre quelques difficultés, dans le sens qu'il n'a pas forcément les ressources (personnelles, financières etc.) d'intégrer *a posteriori* des procédures pénales en se constituant partie plaignante.

Un point demeure ouvert, en lien avec l'éventuelle obligation du PFPDT de dénoncer les insoumissions à une décision. Maître GRODECKI se prononce en faveur de cette obligation.

Sous l'angle des personnes autorisées à déposer une plainte pénale, le fait que seules les personnes puissent le faire risque de limiter le nombre de procédures. En somme, les personnes concernées considèrent certainement que le bénéfice retiré est trop faible par rapport aux obstacles et inconvénients rencontrés, pour que cela vaille la peine d'entrer dans une bataille judiciaire. Nous pouvons rappeler quelques-unes des difficultés rencontrées, telles que le fait de supporter les frais de la cause en cas d'échec, le montant de l'amende peu dissuasif (par exemple en comparaison au RGPD) et un processus pénal plus lourd que d'autres procédures. Me GRODECKI identifie une tension en lien avec la circulation entre des informations récoltées dans une procédure administrative et celles de la procédure pénale qui s'ensuit.

En d'autres termes, il s'agit de savoir à quel point les informations récoltées durant la procédure administrative, conformément à l'obligation de coopérer, peuvent être utilisée dans la procédure pénale subséquente, quand bien même le principe inverse de *nemo tenetur se ipsum accusare* s'applique à cette dernière procédure.

Cette discussion est pertinente à notre sens, car si ces informations circulent entre les autorités administratives et celles de poursuite à la LPD, cela leur facilite en partie la tâche. Un doute subsiste quant à savoir si les autorités communiquent effectivement déjà entre elles. A défaut, le manque d'informations, dont disposent les autorités de poursuite des contraventions à la LPD les empêchent sûrement de condamner certains responsables de traitement au vu du principe *in dubio pro reo*.

Dans cette optique, Me GRODECKI cite la doctrine MONOD<sup>260</sup>, traitant d'une procédure voisine à la LPD, comme exemple de solution à suivre dans le cas de la poursuite des infractions à la LPD. Celle-ci stipule que les déclarations faites en vertu d'une obligation de collaborer propre à la procédure administrative peuvent être réutilisées dans la procédure pénale qui s'ensuit. En revanche, dans un souci de respecter le principe de *nemo tenetur se ipsum accusare*, le prévenu doit être informé de son droit de refuser de collaborer et ne doit subir de contrainte abusive par l'autorité.

Un point plus théorique en l'absence de condamnation mais qui trouvera toute sa pertinence lorsqu'une condamnation aura été prononcée concerne la communication des décisions pénales par les autorités cantonales aux autorités fédérales, en l'occurrence le PFPDT. Maître GRODECKI identifie une lacune dans le fait que la LPD n'est pas visée dans l'Ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales<sup>261</sup>, laquelle impose la communication des prononcés à l'autorité fédérale (le préposé). Il pense que cette obligation de communication des décisions pénales ne découle pas non plus de l'art. 54 al. 1 LPD, lequel énonce que « les autorités fédérales et cantonales communiquent au PFPDT les informations et les données personnelles nécessaires à l'accomplissement de ses tâches légales ». Cette disposition constitue une disposition d'assistance administrative et non pas une obligation de notification.

Les autorités cantonales pénales ne seront pas obligées de transmettre leurs décisions au PFPDT, ce qui pourrait s'avérer problématique, car cela ôte au PFPDT le droit de recours général réservé aux autorités fédérales (art. 381a CPP). Par conséquent, cette lacune impacte la « politique pénale » du PFPDT.

En guise de conclusion, il propose - même s'il sait cette proposition quelque peu utopique car discutée et rejetée dans l'avant-projet de la LPD<sup>262</sup> - d'appliquer la LDPA à la totalité des

---

<sup>260</sup> MONOD/PAYER, commentant l'arrêt TPF CA.2020.10 (d) du 2 août 2021, p. 3-4.

<sup>261</sup> Ordonnance réglant la communication des décisions pénales prises par les autorités cantonales du 10 novembre 2004 (RS 312.3), <[https://lex.weblaw.ch/lex.php?norm\\_id=312.3&source=sr](https://lex.weblaw.ch/lex.php?norm_id=312.3&source=sr)> (consulté le 28 mars 2025).

<sup>262</sup> Message de la LPD FF 2017 6597.

contraventions de la LPD. Il précise que le montant des amendes et la technicité du domaine, à l'instar du droit fiscal, constituent des arguments, en vertu desquels ces dispositions se prêtent bien à la LDPA.

Pour sa part, l'auteur RAEDLER<sup>263</sup> tend à nuancer les vives critiques émises par les auteurs précédents en estimant que les infractions à la LPD jouent néanmoins un certain rôle dans les rapports de travail. De toute évidence, plusieurs des infractions visées par ces dispositions traitent de sujets au centre des discussions entre employeurs et employés. En guise d'illustration, nous pouvons citer les violations aux obligations d'information des art. 19 et 21 LPD et d'exécution du droit d'accès des art. 25 à 27 LPD (art. 60 al. 1 LPD).

L'art. 61 LPD (violation des devoirs de diligence) est également pertinent, lorsqu'un transfert de données personnelles est effectué à l'étranger en violation des art. 16 et 17 LPD (art. 61 let. a LPD). Une infraction qui sera notamment significative pour les groupes d'entreprises choisissant de concentrer certains traitements auprès d'une filiale. Ces groupes devront s'assurer que les garanties suffisantes (art. 16 al. 2 LPD) soient mise en place, si la filiale se trouve dans un pays n'assurant pas un niveau de protection adéquat selon l'Annexe 1 de l'OPDo.

Parallèlement aux dispositions 61 et 62 LPD, les employés eux-mêmes devront être particulièrement vigilants quant à leurs agissements en matière de protection des données, puisqu'ils sont les premiers destinataires des sanctions pénales. L'art. 62 LPD sera spécialement pertinent dès le moment où un employé exerce une profession requérant la connaissance de données personnelles secrètes et qui choisit d'enfreindre la confidentialité devant les entourer.

Une dernière critique est formulée par l'auteur METILLE<sup>264</sup>. En se distançant du CF, la doctrine METILLE considère que le fait de sanctionner une entreprise uniquement à titre exceptionnel, c'est méconnaître le cas tout spécifique qu'est la protection des données. En outre, les violations les plus graves sont le fruit de « décisions conscientes d'entreprises de ne pas respecter la loi au regard du bénéfice bien plus important qu'elles peuvent en tirer » et non pas des actes d'individus malintentionnés<sup>265</sup>.

---

<sup>263</sup> RAEDLER, pp. 180-1.

<sup>264</sup> METILLE, Introduction aux art. 60-66 LPD et art. 65 LPD.

<sup>265</sup> METILLE, Introduction aux art. 60-66 LPD, n° 4.

De surcroît, les amendes pénales seront prononcées par des autorités peu familières avec la LPD puisque, contrairement aux amendes administratives rendues par des autorités de contrôle européennes en conformité au RGPD, elles sont des autorités généralistes<sup>266</sup>. Il précise néanmoins que d'autres auteurs avancent au contraire que le caractère pénal des dispositions de la LPD et le fait qu'elles visent précisément les personnes physiques, serait plus dissuasif que le système d'amendes administratives du RGPD<sup>267</sup>.

La doctrine METILLE arrive à la conclusion qu'avec les infractions de la nouvelle LPD, le nombre d'amendes pénales qui seront effectivement prononcées restera limité<sup>268</sup>. La menace de sanctions pénales demeure malgré tout pour les dirigeants d'une entreprise une incitation, certes partielle, à mieux respecter la LPD.

Leur menace n'en reste pas moins un élément qui peut inciter, partiellement, les dirigeants d'une entreprise à mieux respecter la LPD. Cela risque malheureusement de se limiter aux auteurs du traitement qui ont à cœur de respecter la loi, avec ou sans risque de sanctions pénales, mais pas les cas de violations les plus graves.

## **B. Propre commentaire**

A présent que les contours des contraventions ainsi que de leur poursuite ont été décrits, il paraît sensé d'analyser et de commenter les choix opérés par le législateur à ce sujet.

Pour ce faire, nous commençons par identifier les problématiques et enjeux sous-jacents de la voie pénale propre à la LPD.

Nous relèverons ensuite des explications possibles à l'absence de condamnation prononcée pour les infractions pénales de la LPD.

Certaines des pistes explicatives rejoignent, à dessein, les problématiques soulevées. En effet, les problématiques identifiées peuvent constituer des raisons expliquant potentiellement l'absence de condamnation pénale.

Nous terminerons cette partie analytique en donnant des propositions d'améliorations et des pistes de réflexions en lien avec le système de la LPD, dans son volet pénal.

---

<sup>266</sup> METILLE, art. 65 LPD, n° 2.

<sup>267</sup> Notamment ROSENTHALL/GUBLER, p. 53.

<sup>268</sup> METILLE, Introduction aux art. 60-66 LPD, n° 14 ; ROSENTHALL/GUBLER, p. 59 ; MEIER, n° 1950.



## 1. Problématiques soulevées

Les problématiques que le système en place soulève, sont plurielles. Nous pouvons citer à ce titre quelques-unes d'entre elles, appréhendées selon les différents protagonistes, en l'occurrence, les autorités de poursuite et de jugement, les personnes concernées, les responsables de traitement (cercle des destinataires) et le PFPDT.

### a) Autorités cantonales de poursuite et de jugement

Tout d'abord, comme nous l'avons mentionné précédemment, il est du ressort des cantons de définir les autorités de poursuite et de jugement compétentes en matière de contraventions à la LPD.

Cette répartition engendre une disparité entre les cantons en termes d'autorités compétentes. Certains cantons ont notamment attribué la compétence de poursuivre et de juger au Ministère public, d'autres à des autorités administratives.

Ces disparités rendent le système de poursuite des infractions pénales à la LPD opaque tant quant à savoir quelles sont les autorités compétentes d'une part, et de l'autre pour appliquer de manière homogène les dispositions pénales de la LPD.

Les cantons, libres dans le choix de désigner les autorités de poursuite compétentes, ne sont donc pas tenus d'instaurer une instance de poursuite spécialisée en matière de LPD. Ces instances, généralistes pour la plupart, ne sont pas forcément formées ni même parées pour faire face à des questions pointues propres aux domaines techniques, tels que celui la protection des données. Elles ne peuvent pas non plus s'inspirer des autres cantons, ni même de la pratique fédérale car chaque canton possède un système propre et que la poursuite au niveau fédéral des contraventions à la LPD n'existe tout simplement pas.

A cela s'ajoute que, pour les infractions commises en entreprise, la LDPA trouve application alors même qu'en principe, son champ d'application est limité aux autorités fédérales. Il est ainsi possible que les autorités cantonales se trouvent démunies face à cette subtilité supplémentaire qu'est la partielle application de la LDPA alors que ces mêmes autorités sont normalement exclues de cette loi.

Au vu des difficultés identifiées, nous nous interrogeons quant à l'opportunité de la part de la Confédération d'avoir délégué la poursuite et le jugement des contraventions de la LPD aux cantons.

## b) Personnes lésées

Les personnes lésées, en l'occurrence les personnes concernées au sens de la LPD, sont les seules habilitées à déposer plainte lorsqu'une violation des art. 60-64 LPD a lieu. Nous souhaitons mettre en lumière quelques éléments qui nous paraissent délicats en lien avec ce droit de porter plainte restreinte aux personnes concernées.

A cet égard, nous allons expliciter puis développer deux obstacles principaux qui se présentent pour les personnes lésées : la méconnaissance probable de leurs droits consacrés par la LPD et des voies d'action (le temps d'adaptation nécessaire pour se familiariser avec la nouvelle LPD, sa nature mixte augmentant sa complexité et donc son accessibilité) ainsi que le rapport coût/bénéfice qui peut sembler insatisfaisant du point de vue des principaux intéressés.

### (i) Méconnaissance potentielle des voies d'action

Le domaine de la protection des données a certes pris en importance ces dernières années - grâce à une prise de conscience des enjeux sous-jacents aux données personnelles -toutefois il demeure encore difficile d'accès, en raison même de sa technicité.

De même, la révision de la LPD et en particulier de ses dispositions pénales est encore relativement récente. Ainsi, il est probable qu'il faille un certain temps d'adaptation à la société pour en prendre connaissance et pour se familiariser avec cette nouvelle loi.

De surcroît, la LPD, étant donné sa nature mixte, mélangeant le droit privé, le droit public et le droit pénal, n'est pas forcément accessible aux principaux bénéficiaires. Les personnes concernées (c'est-à-dire toute personne physique dont les données personnelles sont touchées) sont rarement dotées de connaissances juridiques avancées et même s'il s'agit de juristes, le domaine de la protection des données, s'en trouve rendu encore plus complexe et technique, donc réservé de facto aux spécialistes en la matière.

Se pose ainsi la question de la (mé)connaissance probable des personnes lésées quant à leurs droits et à la manière de les faire valoir en justice. Elles ne sont pas forcément juristes et encore moins au courant des questions relatives à la protection des données, nous pouvons dès lors légitimement supposer qu'il existe une certaine ignorance de leur part à ce sujet.

### (ii) Rapport opportunité/risques d'une procédure pénale

Plusieurs caractéristiques propres à la voie pénale de la LPD peuvent décourager les personnes concernées de porter plainte.

Avant d'entamer une procédure, la partie plaignante va généralement effectuer une pesée d'intérêts. Dans cette évaluation, plus ou moins approfondie, elle va prendre en considération le bénéfice retiré en cas de condamnation avec les coûts (financiers, émotionnels et temporels) et finalement ses chances de succès.

Dans cette équation, la procédure pénale s'avère complexe et coûteuse. Quant au bénéfice retiré, il s'agira principalement de la condamnation du responsable de traitement, si gain de cause il y a pour le lésé. A noter qu'en cas d'échec, la personne concernée supporte les frais de la cause (art. 432 CPP).

Enfin, concernant les chances de succès, il sera très difficile de les estimer, en raison de l'absence de condamnation pénale ; il n'y a donc pas de décisions analogues sur lesquelles s'appuyer. De surcroît, les éléments suivants accentuent un peu plus le défi d'aboutir à une condamnation et diminuent en conséquence les chances de succès des personnes concernées : le dépôt de plainte dans le délai de trois mois, l'exigence d'intentionnalité à prouver par la personne lésée, la poursuite des infractions s'effectuant au niveau cantonal ou encore le cercle des destinataires restreint aux personnes physiques.

Force est donc de constater la multitude d'entraves factuelles, techniques et personnelles qui influencent la décision des personnes lésées à faire valoir leurs droits dans une procédure pénale.

### c) Cercle des destinataires

Le cercle des destinataires est relativement restreint. Dans ce sens, en principe, seules sont punissables les personnes physiques. Ce cercle est certes exceptionnellement étendu aux entreprises dans les cas de peu de gravité (art. 64 al. 2 LPD).

Néanmoins, comme l'a déjà souligné l'auteur METILLE, les violations les plus importantes résultent majoritairement de décisions prises au niveau stratégique des entreprises plutôt que de décisions prises par leurs employés.

Nous pouvons à ce stade nous interroger s'il ne subsiste pas une certaine inadéquation entre le cercle des destinataires prévu par la loi et la réalité, dans laquelle les personnes morales exclues du champ d'application sont justement celles qui, *de facto* les plus enclines à commettre des violations.

De plus, la LPD demeure muette quant à la punissabilité des sous-traitants alors même que la sous-traitance est une pratique largement répandue. Un vide juridique important subsiste, accentuant le flou qui entoure les droits et obligations en matière de protection des données personnelles.

#### d) Pouvoirs du PFPDT

Les pouvoirs du PFPDT se limitent, - du moins selon la compréhension littérale du terme « dénoncer » de l'art. 65 al. 2 LPD -, à un droit de dénonciation. Ce n'est qu'une fois la procédure pénale enclenchée que ce dernier peut se constituer partie plaignante et se voir accorder les droits y afférents.

En raison même de la technicité et connaissance que requiert la protection des données, nous nous demandons si le PFPDT n'est pas l'instance la plus qualifiée et à même de déposer une plainte pénale ? En effet, compte tenu de son expertise et de ses compétences spécialisées en la matière, ce dernier constitue d'une part l'interlocuteur privilégié susceptible d'identifier les violations constitutives d'infractions pénales, des dispositifs existants et des voies d'action.

D'autre part, en tant que spécialiste de la matière, il peut par conséquent plus aisément que les personnes concernées (novices dans le domaine) identifier les violations à la LPD et leurs voies d'action.

De surcroît, si les personnes lésées renoncent à faire valoir leur droit de porter plainte, en raison par exemple de coûts trop importants, le PFPDT pourrait se substituer à la personne lésée. Ce faisant, il donnerait un signal clair quant aux risques encourus d'enfreindre la LPD.

Le PFPDT ne constitue pas non plus une autorité de poursuite ni de jugement des contraventions à la LPD. Cette compétence est réservée aux autorités désignées par le droit cantonal. Ces dernières n'étant pas spécialisées ni forcément formées, elles risquent de rendre des décisions en inadéquation des nombreuses subtilités propres à la protection des données. L'avantage de prévoir des autorités de poursuite et de jugement spécialisées au niveau fédéral, telles que le PFPDT, permettrait d'éviter l'écueil consistant à rendre une décision en méconnaissance de cause.

Nous estimons, comme le proposait l'auteur GRODECKI, qu'il eût été judicieux d'octroyer explicitement au PFPDT le droit de déposer une plainte pénale ou, à tout le moins, d'interpréter le verbe « dénoncer » dans le sens d'un droit de porter plainte.

## e) Conclusion intermédiaire

Nous avons constaté, au travers des points soulevés précédemment, que les choix du législateur interrogent, voire sont discutables à plusieurs égards.

Certains de ces éléments constituent à notre avis des explications potentielles à l'absence de condamnation pénale. Nous allons les développer, parmi d'autres éléments, dans la section suivante.

## 2. Hypothèses explicatives

Nonobstant l'introduction de sanctions plus sévères, la LPD peine à être appliquée dans la pratique. En effet, les chiffres de l'OFS entre 2011 et 2023 sont sans appel en matière de condamnations pénales à la LPD<sup>269</sup> ; aucune condamnation en plus de 10 ans.

Cela nous interroge sur l'effectivité du système pénal instauré.

Dans ce chapitre, nous tenterons de trouver quelques pistes explicatives aux questions suivantes : pourquoi les autorités pénales ne poursuivent-elles que très rarement ces infractions ? Quels sont les obstacles qui freinent l'application de ces dispositions pénales à la LPD ?

Le fait qu'aucune condamnation n'a été prononcée ne s'explique certainement pas par le respect scrupuleux de dispositions pénales de la LPD. Au contraire, nous l'avons vu ci-dessus, nombre de ces infractions sont générales, en ce sens qu'elles englobent des comportements vastes. L'explication ou les explications se nichent très probablement dans d'autres facteurs.

Nous avons donc tenté de les identifier en examinant les éléments suivants, inhérents au nouveau système pénal de la LPD : (i) la révision de la LPD et l'extension des infractions pénales, (ii) la procédure administrative en amont de certaines infractions pénales, (iii) les conditions de punissabilité des contraventions à la LPD, (iv) le montant de la sanction, (v) la poursuite pénale (exigence de plainte, qualité pour agir, compétence cantonale de poursuite et de jugement).

---

<sup>269</sup> Tableau de l'OFS

#### a) Révision de la LPD

Premièrement, il convient de rappeler que la nLPD entrée en vigueur en septembre 2023 a fait l'objet d'une refonte totale de l'ancienne LPD. A cette occasion, les sanctions pénales prévues par la loi initiale ont été élargies et le montant des amendes également revu à la hausse.

L'entrée en vigueur d'une nouvelle loi implique aussi une phase transitoire d'adaptation pour permettre aux autorités et instances compétentes d'en prendre connaissance et d'ajuster leur pratique.

Au vu de la récente modification de l'aLPD, notamment le volet pénal constitue une nouvelle donne quant aux procédures et voies d'action envisageables mais encore peu ou pas expérimentées.

Autrement dit, l'effectivité et l'efficacité de la LPD se révélera dans la durée, en regard du nombre de dénonciations, de procédures et de jugements.

#### b) Voie administrative préalable

Une deuxième explication concerne la voie administrative préalable (49 LPD) à l'infraction d'insoumission à une décision (art. 63 LPD). Contrairement au RGPD qui prévoit uniquement des amendes administratives comme sanction, la LPD connaît une forme d'échelonnement pour certaines violations. Nous l'avons vu, le PFPDT peut entamer une procédure (administrative) lorsqu'il y a une violation et rendre une décision à l'issue de cette procédure. Ensuite, si la personne privée ne se conforme pas à la décision du PFPDT, elle est sanctionnée pénalement. Cet « échelonnage » peut servir de « mise en garde » sur d'éventuelles poursuites pénales en cas de non-respect de la LPD. Il se peut que cette disposition de la LPD serve de rappel à l'ordre quiconque contrevient à la loi d'une part et de l'autre d'envisager la voie pénale en cas d'insoumission à une décision (art. 63 LPD).

De ce point de vue, bien que le PFPDT n'ait pas le droit de porter plainte pour les contraventions à la LPD, il joue néanmoins un rôle crucial dans la poursuite de l'infraction prévue à l'art. 63 LPD, puisqu'il représente « l'autorité » qui rend la décision préalable à l'infraction d'insoumission à une autorité.

Nous souhaitons ajouter qu'il ne faut pas sous-estimer l'efficacité de la procédure administrative durant laquelle le PFPDT joue le rôle d'autorité qui rend une décision. En effet, la grande majorité d'entre des responsables de traitement se mettent en conformité avec la LPD immédiatement après que le PFPDT s'est adressé à eux, évitant ainsi au PFPDT d'entamer des démarches pénales liées à l'infraction d'insoumission à une décision<sup>270</sup>.

A ce stade, la procédure administrative préalable à certaines infractions pénales fait office de filtre en jouant un rôle d'avertissement en aval et permet ainsi d'éviter les procédures pénales.

### c) Conditions de punissabilité

Une troisième explication possible quant à l'inexistence de condamnation pénale se trouve dans les conditions de punissabilité des différentes contraventions. Ces infractions présentent plusieurs conditions de punissabilité similaires, dont notamment l'intentionnalité de l'acte et le cercle des destinataires limité aux personnes physiques. Les conditions précitées rendent justement leur condamnation plus compliquée, en restreignant le champ d'application des dispositions pénales. Aussi nous pouvons nous demander si ces conditions de punissabilité constituent un seuil supplémentaire dans l'application de la LPD.

## **Intentionnalité de l'acte**

Premièrement, la démonstration probante de l'intentionnalité (comprenant le dol éventuel) constitue une barrière supplémentaire à la répression des dispositions pénales de la LPD. Le dol éventuel<sup>271</sup> consiste pour l'auteur d'une infraction à s'accommoder du résultat même s'il ne le souhaite pas forcément ou lorsqu'il prend un risque tellement élevé que le résultat dommageable s'impose à lui.

Sa nature subjective, interne à l'auteur, la rend difficilement démontrable. Par conséquent, les conditions de punissabilité complexifient dans la pratique le travail des autorités de poursuite et peut aussi expliquer pourquoi si peu de condamnations ont été prononcées à ce jour.

## **Cercle des destinataires**

---

<sup>270</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Mme. HENGUELY.

<sup>271</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 74.

Deuxièmement, les données personnelles représentent une mine d'or très convoitée et de plus en plus accessibles à toutes sortes d'entreprises privées et publiques. Dans de nombreux cas, les violations des obligations en matière de protection des données sont donc le résultat de stratégies organisationnelles et non d'initiatives individuelles.

La LPD, en particulier ses dispositions pénales, ne sanctionnent toutefois que les personnes physiques, en omettant la punissabilité des personnes morales. Cela signifie que les grandes entreprises peuvent plus facilement éviter des sanctions importantes en déplaçant la responsabilité sur des employés individuels.

La portée et l'impact économique des sanctions sur les grandes organisations sont relativement minimales eu égard des avantages qu'elles ont à contourner, voire à enfreindre la LPD par des pratiques visant à systématiser la collecte, la gestion, voire la commercialisation de données personnelles pour et à des tiers.

Le Conseil fédéral a maintenu une approche visant à ne sanctionner seulement les personnes physiques, contrairement au RGPD, lequel permet de sanctionner directement les entreprises.

### **Estimation des chances de succès**

Troisièmement, sous l'angle des personnes lésées, plus les conditions de punissabilité sont strictes, moins elles seront enclines à porter plainte au vu des chances/risques de s'engager dans la voie judiciaire.

### **Large spectre de comportements visés**

Quatrièmement, bien que certaines infractions englobent un large spectre de comportements, cela ne signifie pas forcément que leur application s'en trouve plus aisée. Au contraire, comme le relève la doctrine CHARLET<sup>272</sup>, certaines infractions formulées en termes trop généraux englobent de manière large de nombreux comportements répréhensibles, dont les contours ne sont pas clairement précisés. Nous pensons que ceci engendre une grande incertitude du côté des personnes lésées, quant à l'interprétation qui sera faite par les autorités de jugement et par

---

<sup>272</sup> CHARLET, p. 613.



conséquent les chances d'obtenir gain de cause. L'absence de précédent et de définition précise et univoque des comportements punissables constituent des facteurs décourageants pour entamer une procédure de poursuite. A cet égard et en poussant le raisonnement plus loin, nous pouvons même légitimement nous demander si la sécurité juridique découlant de ces dispositions s'en trouve amoindrie.

### **Question des sous-traitants**

Un point demeure ouvert, quant à savoir si les sous-traitants sont pris en compte dans le cercle des personnes punissables. Si tel n'est pas le cas, cela restreint encore un peu plus le champ d'application personnel de ces infractions. Ce d'autant plus que la sous-traitance est fréquente en pratique.

### **Conclusion intermédiaire**

Les conditions de punissabilité représentent un seuil qui impacte probablement l'application de la LPD sur le plan pénal. A défaut de précédent, reste à savoir dans quelle mesure ces conditions de punissabilité sont réalistes et réalisables. Nous pouvons en outre uniquement émettre une hypothèse, en partie partagée par la doctrine, selon laquelle, à notre avis, certaines exigences telles que le cercle des destinataires ou l'intention sont trop restrictives en l'état.

D'une part, nous estimons que le cercle des destinataires est trop restreint et devrait être élargi pour intégrer les personnes morales (à l'exception des cas de peu de gravité, prévus par l'art. 7 DPA).

D'autre part, l'intention avec pour seuil le dol éventuel est difficile à démontrer. Il nous semblerait plus pertinent en l'occurrence d'apporter la preuve d'une négligence consciente. En guise de rappel, ce qui diffère entre la négligence conscience et le dol éventuel est le degré de volonté. La négligence consciente consiste à ce que l'auteur envisage la survenance de l'événement mais part du principe que le résultat ne se produira pas, tandis que pour le dol éventuel, l'auteur prend parti contre le bien juridiquement protégé, en s'accommodant de l'atteinte<sup>273</sup>. En punissant déjà la négligence consciente, il serait plus aisé de condamner les responsables des violations aux art. 60 à 64 LPD.

---

<sup>273</sup> ROSENTHAL/STUDER/LOMBARD, p. 74.

Enfin, les comportements punissables devraient être précisés et clairement identifiés/identifiables, dans un objectif de garantir la sécurité juridique pour toutes les parties prenantes. Le fait de désigner les comportements et circonstances passibles de sanction (sous la forme d'une liste non-exhaustive) permettrait de circonscrire et clarifier les droits et obligations en matière de protection des données personnelles.

#### d) Montant de la sanction

Nous pouvons nous interroger sur l'effet dissuasif du montant de la sanction dans la LPD. Pour rappel, celui-ci s'élève à 25'000 fr. maximum.

Ce montant est bien supérieur aux autres contraventions, lesquelles s'élèvent en principe à 10'000 fr. au maximum (art. 106 al. 1 CP) tout en restant néanmoins largement inférieur aux amendes prévues par le RGPD.

A titre de comparaison, le RGPD prévoit des amendes allant jusqu'à 20 millions d'euros ou 4 % du chiffre d'affaires mondial d'une entreprise (art. 83 RGPD). Contrairement au RGPD, la LPD plafonne les sanctions à 250 000 CHF. Certes, les deux systèmes sont quelque peu différents puisque le cercle des destinataires se limite aux personnes physiques dans la LPD tandis que le RGPD sanctionne également les personnes morales. Ce montant de la LPD semble donc a priori avoir un certain impact pour des personnes physiques (plus qu'il aurait pu en avoir pour des entreprises). Toutefois, c'est sans compter les individus les plus fortunés, pour lesquels ce montant est dérisoire, au vu des avantages que représentent pour eux l'accès et l'utilisation de données personnelles à des fins stratégiques et/ou économiques.

Du point de vue des personnes lésées, le lancement d'une procédure pénale peut s'avérer coûteuse et risquée que de renoncer à faire valoir leurs droits. Ce d'autant plus que les inconvénients et les coûts engendrés par un procès, en particulier pour la personne concernée, sont nombreux, qui plus est si elles perdent le procès. A ce titre, en cas d'échec (absence de condamnation) pour la personne concernée, cette dernière se voit supporter les frais de la cause (art. 423 CPP).

#### e) Procédure pénale

Plusieurs aspects dans la procédure de poursuite et de jugement peuvent être relevés pour tenter d'expliquer la rareté des procédures engagées et l'absence de condamnation pénale. Nous allons

de ce fait évoquer trois spécificités de la procédure pénale en matière de contraventions à la LPD, pouvant constituer des freins à la condamnation des violations : (i) l'exigence de plainte, dans le délai de trois mois, (ii) la qualité pour agir limitée à la partie lésée), la lourdeur du processus pénal en comparaison avec les autres procédures de la LPD (iii) et, (iv) la délégation aux cantons pour définir les autorités de poursuite et de jugement en matière de contravention.

#### (i) Plainte

En premier lieu, la nécessité de déposer plainte dans un délai de trois mois pour la plupart des infractions à la LPD constitue un frein supplémentaire à l'enclenchement d'une procédure. Cette exigence contribue à une certaine forme de « bagatellisation » des contraventions à la LPD, comme l'évoque CASSANI (cf. ci-dessus). L'efficacité des art. 60 ss LPD peut être interrogée, puisque la plainte donne potentiellement l'indication aux personnes concernées, certes erronée, que l'infraction n'est suffisamment sérieuse que si quelqu'un s'en plaint<sup>274</sup>. L'obstacle supplémentaire qu'est la plainte, s'ajoute aux conditions de punissabilité exigeantes, ainsi qu'au montant de la sanction parfois considéré comme peu dissuasif.

#### (ii) Qualité pour agir

En deuxième lieu, la qualité pour agir est relativement restreinte, puisqu'elle est réservée au lésé, en l'occurrence la personne (physique) concernée pour la LPD. En outre, d'après la doctrine majoritaire, le PFPDT n'est pas autorisé à porter plainte. Il est uniquement habilité à dénoncer les infractions (art. 65 al. 2 LPD), ce qui peut paraître d'autant plus paradoxal, qu'à l'exception de l'insoumission à une décision, toutes les infractions se poursuivent sur plainte. L'opportunité d'engager une procédure se conçoit donc non sans peine. Nous pouvons par conséquent en déduire que l'absence d'augmentation des condamnations pénales à la LPD est en partie liée à cet élément. En effet, si une autorité telle que le PFPDT se voit privé de déposer plainte, la probabilité qu'une procédure soit ouverte pour les infractions se poursuivant sur plainte s'en trouve limitée.

De plus, la Suisse n'offrant pas la qualité de partie à des collectifs comme des associations de consommateurs, cela restreint encore un peu plus le cercle de personnes pouvant porter plainte. Les infractions à la LPD se prêteraient pourtant justement bien aux actions collectives puisque

---

<sup>274</sup> CASSANI, par. 9.142.

ce sont souvent des violations commises au détriment de nombreux utilisateurs et non pas uniquement une violation à l'égard d'un individu isolé. Un autre avantage de l'action collective serait que les personnes concernées pourraient se répartir la charge d'un procès, lequel engendre des coûts non négligeables.

Même si la protection des données personnelles s'est bien développée ces dernières années, ce domaine demeure technique (entre autres par sa nature mixte, mélangeant le droit civil avec le droit administratif et pénal) pour les praticiens du droit et ce d'autant plus pour les personnes non-juristes. Le fait que seules les personnes lésées puissent déposer une plainte pénale rend difficile l'ouverture des procédures. En outre, ces personnes lésées, non-spécialistes (rappelons-le, cela peut toucher toute personne physique ; le cercle des personnes touchées est donc large) ignorent bien souvent les droits octroyés par la LPD. Dans l'hypothèse inverse, où les personnes concernées savent qu'elles possèdent des droits à faire valoir en justice, encore faut-il qu'elles soient au courant qu'il y a plusieurs voies possibles (administrative, civile et pénale). Ceci demande un certain degré de spécialisation et il n'est pas certain que lesdites personnes concernées estiment judicieux de faire appel à un professionnel de la protection des données. Nous pouvons à ce stade nous interroger, quant à la pertinence d'octroyer uniquement la capacité de déposer plainte à des personnes physiques, lesquelles ignorent bien souvent leurs droits en lien avec un domaine technique tel que celui de la protection des données.

### (iii) Complémentarité des différentes procédures

A cela s'ajoute que leur premier réflexe n'est certainement pas d'engager des poursuites pénales, mais plutôt d'entamer des démarches dans les voies civiles et administratives, en saisissant le préposé. Nous l'avons vu, le droit pénal de la LPD a vocation à compléter les voies civiles et administrative plutôt que de les remplacer. En outre, elles couvrent en partie d'autres violations (par ex. les art 25, 28 et 32 al. 1 LPD, 32 al. 2 LPD et 28a CC en matière de prétentions civiles, lesquels ne constituent pas des infractions pénales). Les voies civiles et administratives sont par ailleurs moins connotées et surtout plus aisées à déclencher. En effet, par exemple la procédure d'enquête (voie administrative) peut être ouverte d'office ou sur dénonciation lorsqu'il y a des indices suffisant d'une violation. De surcroît, les personnes autorisées à déclencher le processus est plus large qu'en matière pénale puisque le PFPDT, la personne concernée ou encore le tiers peuvent le déclencher. Il n'y a pas non plus de condition

de forme, pas d'émolument ni de délai imparti à la dénonciation<sup>275</sup>, à l'inverse de la procédure pénale exigeant le dépôt d'une plainte dans le délai de trois mois (art. 30 CP). Quant aux prétentions civiles de la LPD, elles suivent presque dans l'intégralité les règles du droit civil et de la procédure civile. Les prétentions civiles peuvent par ailleurs être intentée contre toute personne privée et pas uniquement contre les personnes physiques, comme il est en principe de rigueur concernant les contraventions à la LPD.

Nous constatons à ce stade que la complémentarité des différentes procédures dilue dans une certaine mesure les possibilités de se prévaloir des dispositions pénales.

#### (iv) Délégation aux cantons pour la poursuite et le jugement des contraventions

En troisième lieu, l'art 22 CPP et l'art. 65 al. 1 LPD énoncent qu'il est généralement du ressort des cantons de définir l'autorité compétente en matière de poursuite et de jugement des infractions. Ceux-ci sont même libres de donner cette compétence à une autorité administrative en matière de contraventions (art. 17 al. 1 CPP).

Le fait que les cantons choisissent l'autorité compétente (qu'elle soit administrative ou pénale par ex.) pour les contraventions complique la situation.

Sous l'angle des autorités de poursuite cantonales, ces dernières ne savent pas forcément si elles ont la charge du dossier et, à défaut d'être compétentes, à quelle autre autorité transmettre ledit dossier.

Après interrogation des autorités de poursuite romandes désignées par la documentation, nous pouvons émettre quelques constats.

L'absence de condamnation pénale ne signifie pas une absence de procédures pénales pour les contraventions de la LPD. Elles sont certes peu nombreuses ; elles existent malgré tout.

Au vu des informations reçues par les autorités saisies de plaintes en lien avec la LPD, les raisons aboutissant à un non-lieu sont plurielles. Parmi elles, nous pouvons notamment citer l'intention qui manquait, une mauvaise qualification juridique ou encore la prescription de l'action ou de la plainte.

Toutefois, l'irrecevabilité pour incompétence de l'autorité saisie ne semble pas être un problème.

---

<sup>275</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Mme. HENGUELY.

La quasi-totalité des autorités de poursuite définies par la documentation (et leurs bases légales associées) se reconnaissent compétentes. Ainsi malgré la divergence intercantonale relative au choix de l'autorité compétente en matière de poursuite et de jugement des contraventions, le conflit de compétences ne constitue sûrement pas la raison principale de l'absence de condamnation en matière de LPD.

Un doute subsiste dans le Canton de Fribourg, où certaines des autorités régionales déclarent le Ministère public compétent, tandis que d'autres considèrent le Tribunal de 1<sup>ère</sup> instance régional compétent.

Une contradiction peut également être soulevée concernant le Canton de Genève. Selon la documentation, c'est le Service des contraventions genevois qui est compétent. En revanche, ledit Service des Contraventions m'a répondu que c'est le Ministère public qui connaît certaines contraventions, telles que celles de la LPD. Il m'a adjoint une Directive pour étayer ses dires.

Dans ces deux cantons, il subsiste certes une certaine incertitude voire incohérence entre la théorie et la pratique. Cependant ce problème de conflit de compétence (positif ou négatif) ne semble être qu'une raison parmi d'autres expliquant l'absence de condamnation pénale et non pas la raison principale.

Une critique, déjà relevée par les cantons eux-mêmes lors de la consultation, concerne le degré de spécialisation nécessaire pour poursuivre et juger en matière de LPD. Il existe un clivage entre la protection des données, domaine technique et complexe et les autorités cantonales de poursuite, généralistes et pas forcément formées en matière de LPD.

D'autre part, sous l'angle des personnes concernées, la spécificité cantonale quant à la définition des autorités de poursuite et de condamnation peut constituer un obstacle important.

### 3. Améliorations et modifications possibles

Après avoir examiné les problèmes et questionnements qui se posent avec le droit en vigueur (*de lege lata*), nous nous permettons d'envisager des améliorations possibles (*de lege ferenda*). Certaines pistes et propositions sont donc énoncées dans ce chapitre. Ces dernières n'ayant pas été testées, leur résultat n'est pas garanti.

#### a) Clarification des compétences

Une première proposition serait de clarifier la répartition des compétences entre les différentes autorités chargées de l'application des sanctions. Ceci permettrait d'éviter des lacunes et des contradictions dans la mise en œuvre de la loi. Une idée serait de consacrer, au niveau national, une autorité spécialisée chargée de la poursuite et de la condamnation des infractions à la LPD. Cette hypothèse paraît certes compliquée à mettre en œuvre, elle est néanmoins envisageable. En guise de rappel, le CPP prévoit à son art. 22 CPP la délégation aux cantons pour le choix des autorités de poursuite et de condamnation, sauf exception prévue par la loi. Une option serait de s'engouffrer dans la brèche donnée aux exceptions légales. Il faudrait dans cette hypothèse modifier l'art. 65 LPD, lequel octroierait une compétence à une autorité fédérale spécialisée. Un défi, et non des moindres, serait d'allouer à l'autorité fédérale des moyens financiers leur permettant d'exercer cette compétence. La manière de financer risque de devenir un enjeu dans le sens qu'il faudrait définir le bailleur de fonds.

La question de charger le PFPDT de la poursuite des contraventions se pose indéniablement. Cependant, un problème de séparation des pouvoirs se pose. En somme, le PFPDT est déjà l'autorité (administrative) compétente pour rendre des décisions au sens des art. 49 ss LPD. Ces décisions (administratives) sont préalables à l'infraction d'insoumission à une décision de l'art. 63 LPD. Ainsi le PFPDT porterait une double casquette. Un élément subsidiaire à prendre en compte est le cahier des charges et des moyens financiers à disposition. Il faudrait certainement réorganiser son office, en lui octroyant des moyens (financiers, personnels, etc.) supplémentaires. Cette hypothèse, bien qu'intéressante, présente donc des lacunes.

Dans une optique analogue de renforcer les pouvoirs du PFPDT, nous pourrions, à l'instar du droit européen, lui donner la possibilité d'imposer des sanctions administratives. Le problème de séparation des pouvoirs ne se poserait pas. De surcroît, le processus aboutissant au prononcé de sanctions administratives requerrait certes des moyens monétaires supplémentaires. En revanche, lesdites sanctions administratives constitueraient par la même occasion un revenu au bénéfice de l'Etat, pouvant financer l'augmentation des coûts.

Dans l'idée de donner à une autorité spécialisée en matière de protection des données la compétence de poursuivre et de juger, il serait uniquement nécessaire de modifier l'art. 65 al. 1 LPD. En effet, la disposition pourrait simplement indiquer que les cantons prévoient une

autorité de poursuite et de jugement spécialisée en matière de protection des données. Cela aurait l'avantage de clarifier la situation, non seulement auprès des autorités cantonales de poursuite habituelles, mais également auprès des personnes concernées. D'un autre côté, il n'est pas garanti qu'un accroissement drastique des procédures ait lieu en adoptant cette solution. Elle ne résout, rappelons-le, qu'une partie des potentielles justifications à l'absence de condamnation pénale, en l'occurrence celle de l'incertitude quant à l'autorité à laquelle s'adresser.

Finalement, une solution - moins drastique mais sûrement des plus pertinentes parmi celles proposées dans ce travail - serait d'octroyer un droit de plainte au PFPDT. Celui-ci, au titre de spécialiste de la protection des données, possède plus de connaissances que les personnes concernées des droits qui les concernent et des conséquences en cas de manquement. Lui donner la possibilité de faire valoir les droits des personnes concernées déjà au stade de la plainte serait judicieux pour faire valoir des violations qui risqueraient autrement de demeurer inconnues des autorités. Concernant les chances de succès, il serait également doté d'une plus grande objectivité que les personnes concernées.

#### b) Allègement des conditions de punissabilité

Comme nous l'avons précédemment évoqué, une autre proposition serait d'alléger les conditions de punissabilité. Nous l'avons notamment constaté avec les retours des autorités de poursuite cantonales interrogées ; les rares procédures n'ont pas abouti et ce en raison des conditions de punissabilité qui n'étaient pas remplies.

L'allègement pourrait en prime encourager les personnes concernées à porter plainte, puisque cela augmenterait leurs chances d'obtenir gain de cause.

Dans cette veine, nous avons émis la proposition de punir au stade de la négligence consciente déjà au lieu du dol éventuel. Il s'agirait donc d'abaisser le seuil de l'intention afin qu'elle puisse être moins ardue à démontrer.

La poursuite s'engage par le dépôt d'une plainte. Si celle-ci débute d'office, il sera plus facile d'entamer des poursuites. Le préposé fédéral jouera ainsi un rôle plus actif dès le début car il lui suffira de dénoncer les violations qu'il a constatées au lieu de devoir attendre que la personne concernée s'en prévale potentiellement. Un message sera transmis en poursuivant ces infractions d'office ; la prise de conscience de leur importance, remplaçant l'actuelle impression de « bagatellisation » transmise par l'exigence de plainte. D'un autre côté,



poursuivre d'office signifie élever les infractions de la LPD à un niveau de gravité plus élevé, ce qui semble se trouver en décalage avec la volonté politique en l'état. Si ces infractions ont été érigées en contraventions, et de surcroît sur plainte, cela signifie qu'elles sont considérées comme bien moins graves que des atteintes à d'autres biens juridiquement protégés, érigées en crimes ou en délits.

Certainement un point crucial en pratique, concerne la punissabilité (ou plutôt son absence) des personnes morales. Les personnes physiques sont visées par les contraventions à la LPD. Une exception permettant de sanctionner l'entreprise (en l'occurrence la personne morale) est donnée par l'art. 64 al. 2 LPD mais uniquement en ce qui concerne les cas de peu de gravité, lorsque l'amende envisagée ne dépasse pas 50'000 francs. Sachant que les violations à la protection des données sont majoritairement commises par des entreprises (non pas par des individus isolés) et que ces violations sont plus conséquentes que celles commises par les personnes physiques, il est de rigueur de s'interroger quant au réel impact de ces dispositions.

A propos de l'impression de « bagatellisation » des sanctions pénales, il pourrait être opéré un changement de paradigme, en sortant les du volet pénal les dispositions 60 à 64 LPD et en les intégrant au domaine administratif. De cette manière, nous pourrions imaginer d'assortir les art. 60 à 66 LPD (à l'exception de l'insoumission à une décision d'autorité) d'amendes administratives, à l'instar du RGPD. Le changement de nature de ces violations rendrait plus aisé l'allègement des conditions de « punissabilité ». La nécessité de porter plainte, notamment, ne serait pas de rigueur. Le caractère intentionnel serait également relativisé, voire supprimé, puisque cette condition est caractéristique au domaine pénal. Le PFPDT pourrait constituer l'autorité de poursuite compétente. Il aurait l'avantage d'être spécialisé en la matière, contrairement aux autorités de poursuite cantonales actuelles. Ceci permettrait par la même occasion de prévoir un système uniforme de poursuite et de sanction des violations à la LPD. Ainsi, seule l'infraction d'insoumission demeurerait punissable pénalement. Cette infraction servirait à dissuader les responsables des violations ne souhaitant pas se conformer aux décisions du Préposé.

#### c) Renvoi au droit pénal administratif pour tous les responsables de traitement

Nous l'avons vu, la procédure hybride choisie, excluant la LDPA pour les personnes physiques mais la réintégrant pour les personnes morales, explique en partie la rareté des condamnations.

Nous rejoignons à ce sujet la proposition énoncée par Me GRODECKI<sup>276</sup> - lequel admet la faible probabilité qu'elle soit mise en pratique car déjà refusée lors des délibérations – d'insérer l'intégralité des infractions pénales à la LPD dans le système du droit pénal administratif.

En intégrant la voie du droit pénal administratif dans un domaine complexe et technique tel que celui de la protection des données, cela rendrait certainement la poursuite et la condamnation des art. 60-64 LPD plus cohérentes et donc sûrement plus efficaces.

d) Augmentation du montant des amendes et application des sanctions aux personnes morales

Le montant maximal de 250'000 fr., au demeurant élevé en comparaison avec d'autres contraventions, ne semble pourtant pas suffisamment dissuasif pour les responsables de traitement.

Nous pensons également qu'en augmentant le montant des amendes, ceci incitera d'une part naturellement les entreprises à respecter les dispositions pénales et d'autre part, les personnes concernées à déposer plainte en cas de violation. En effet, ces dernières, sachant qu'un responsable de traitement encourra une peine plus lourde, elles considéreront peut-être qu'il vaut plus la peine d'entamer une procédure.

De même, en rejoignant la proposition précédente d'intégrer la LDPA, l'application des dispositions pénales de la LPD aux personnes morales, à l'instar du RGPD, serait pertinente voire souhaitable. En effet, au vu de la nature des violations, celles-ci sont particulièrement susceptibles d'être commises par des entreprises plutôt que par des individus.

## V. Conclusion

Malgré une volonté affichée tant par le législateur que la société civile de renforcer la protection des données personnelles en Suisse, la révision de la LPD peine à produire des effets concrets sur le terrain. L'absence de condamnations depuis son entrée en vigueur témoigne des difficultés politiques, systémiques, techniques et organisationnelles qui entravent son application.

---

<sup>276</sup> Colloque CEDIDAC, intervention de Me GRODECKI.

Cette situation soulève plusieurs interrogations sur l'effectivité du dispositif pénal mis en place et sur la nécessité d'adopter des réformes complémentaires pour garantir une véritable mise en œuvre des sanctions prévues par la loi.

L'un des problèmes majeurs réside dans le fédéralisme et l'organisation cantonale de la poursuite des infractions. L'absence d'une autorité centrale compétente conduit à une fragmentation des pratiques et à des disparités dans l'application de la loi selon les cantons. Cette hétérogénéité crée une insécurité juridique qui nuit tant aux personnes concernées qu'aux entreprises cherchant à se conformer aux règles en vigueur. Une meilleure coordination entre les autorités cantonales et fédérales pourrait permettre d'uniformiser la jurisprudence et de garantir une application plus efficace des sanctions.

Par ailleurs, l'impossibilité pour le PFPDT de déposer plainte constitue une autre lacune importante du système actuel. En limitant son rôle à une simple fonction de dénonciation, la loi réduit considérablement les chances qu'une infraction soit effectivement poursuivie. Il serait donc pertinent d'accorder au PFPDT des pouvoirs renforcés en matière de poursuite, à l'image des autorités de protection des données dans d'autres pays européens. La mise en place de sanctions administratives directes par cette autorité, comme le permet le RGPD, pourrait également renforcer la protection des données personnelles en donnant un signal clair quant aux risques encourus en cas d'infraction.

Un autre frein notable à l'application des sanctions réside dans les exigences de punissabilité fixées par la LPD. L'obligation de prouver une intentionnalité ou un dol éventuel complique considérablement la tâche des autorités de poursuite, ce qui explique en partie l'absence de condamnations. Introduire une forme de responsabilité pour négligence permettrait de faciliter la répression des infractions et d'inciter davantage les acteurs économiques à respecter leurs obligations en matière de protection des données.

En outre, le montant maximal des amendes prévues par la LPD, bien qu'ayant été augmenté, reste largement inférieur aux sanctions imposées par le RGPD. Pour les grandes entreprises multinationales, une amende de 250 000 CHF ne représente qu'un coût marginal qui n'a pas d'effet dissuasif significatif. Il pourrait être envisagé d'adapter le régime des sanctions en prévoyant des amendes proportionnelles au chiffre d'affaires des entreprises, à l'instar du modèle européen.

Enfin, la méconnaissance des voies de recours par les personnes concernées constitue un dernier facteur expliquant la rareté des poursuites. De nombreuses victimes de violations de la LPD ignorent qu'elles peuvent porter plainte ou estiment que la procédure est trop complexe pour être engagée. Une meilleure sensibilisation du public, couplée à une simplification des démarches administratives, pourrait permettre d'améliorer le taux de signalement des infractions et d'accroître ainsi le nombre de poursuites engagées.

En somme, bien que la révision de la LPD ait marqué une avancée théorique importante en matière de protection des données en Suisse, son application concrète reste un défi de taille. Afin de garantir une protection effective et efficace des personnes concernées, il serait nécessaire de clarifier la répartition des compétences, voire d'envisager de reconsidérer sa répartition entre les autorités de poursuite, d'accorder au PFPDT un rôle plus actif, d'assouplir les conditions de punissabilité et d'augmenter le montant des amendes. Seule une réforme en profondeur permettra d'assurer que la LPD ne demeure pas une simple déclaration d'intention, mais qu'elle devienne un véritable instrument de régulation et de protection des données personnelles, à la hauteur des enjeux actuels du numérique.