

Livio di Tria

Naviguer dans l'incertitude : les défis pratiques liés à l'exercice du droit d'accès

La présente contribution aborde la question du droit d'accès à ses données personnelles selon sa nouvelle teneur. Elle approfondit la compréhension de l'impact du droit d'accès en droit suisse, mettant en évidence les changements significatifs apportés par le législateur et leurs répercussions en pratique. En raison du manque de recul sur la nouvelle législation suisse en matière de protection des données, cette contribution s'appuie sur le droit européen pour offrir une perspective comparative.

Catégories d'articles : Contributions

Domaines juridiques : Protection des données

Proposition de citation : Livio di Tria, Naviguer dans l'incertitude : les défis pratiques liés à l'exercice du droit d'accès, in : Jusletter 25 septembre 2023

Table des matières

1. Introduction
2. Exploration du nouveau droit d'accès
 - 2.1. Fondements du droit d'accès
 - 2.1.1. Objectifs
 - 2.1.2. Nature constitutionnelle et conventionnelle
 - 2.1.3. Responsabilisation
 - 2.1.4. Distinction
 - 2.2. Composantes du droit d'accès
 - 2.2.1. Généralités
 - 2.2.2. Droit de savoir
 - 2.2.3. Droit d'être renseigné
 - 2.2.4. Excursus : Les composantes du RGPD, identiques ou différentes ?
3. Droit d'accès : entre restriction et statu quo ?
 - 3.1. Raisons d'un mythe
 - 3.2. Justification de la demande de droit d'accès
 - 3.3. Notion de données personnelles traitées en tant que telles
4. Conclusion

1. Introduction

[1] La nouvelle Loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données¹, ainsi que ses ordonnances d'application,² sont entrées en vigueur le 1^{er} septembre 2023³. Le processus de révision totale du cadre légal fédéral en matière de protection que nous avons connu ces dix dernières années peut se résumer par l'adage anglais « *No Pain, no Gain* » en raison de son tracé sinueux⁴ et de ses soubresauts multiples⁵.

[2] Les objectifs de la révision étaient multiples. Premièrement, la révision visait à adapter la législation suisse aux évolutions technologiques – tout en gardant une approche technologiquement neutre et fondée sur les risques⁶. Deuxièmement, il s'agissait de rendre aux personnes concernées par des traitements la maîtrise sur leurs données en prévoyant de nouveaux droits, tout en renforçant les droits déjà existants⁷. Troisièmement, la révision visait à responsabiliser les responsables du traitement en prévoyant de nouvelles obligations, tout en révisant les obligations

¹ LPD; RS 235.1.

² À savoir l'Ordonnance du 31 août 2022 sur la protection des données (OPDo; RS 235.11) et l'Ordonnance du 31 août 2022 sur les certifications en matière de protection des données (OCPD; RS 235.13).

³ Depuis le 1^{er} septembre 2023, la LPD s'applique entièrement aux traitements de données personnelles. Les art. 7, 22 et 23 LPD ne sont toutefois pas applicables aux traitements qui ont débuté avant l'entrée en vigueur de la LPD, pour autant que les finalités du traitement restent inchangées et que de nouvelles données ne soient pas collectées.

⁴ Pour une chronologie détaillée, cf. LIVIO DI TRIA, La Suisse se dote (enfin) d'une nouvelle Loi fédérale sur la protection des données – Chronologie d'une saga juridico-politique haletante, in : www.swissprivacy.law/11.

⁵ Avant son entrée en vigueur, la LPD a déjà dû être révisée par l'Assemblée fédérale afin d'intégrer des dispositions spécifiques concernant les rapports de travail du chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence. Sur la question, cf. LIVIO DI TRIA, Les rapports de travail du chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence, in : www.swissprivacy.law/122.

⁶ FF 2017 6565, 6592 et 6594. L'approche fondée sur les risques implique d'adopter une approche proportionnée et ciblée pour la protection des données, en tenant compte des risques spécifiques auxquels sont exposées les données personnelles. Plutôt que d'imposer des exigences uniformes à toutes les situations, l'approche fondée sur les risques cherche à identifier et à évaluer les risques liés au traitement des données, en prenant en compte différents facteurs comme la sensibilité des données, les volumes des données traitées, les types de traitements effectués.

⁷ FF 2017 6565, 6592 et 6594.

déjà existantes⁸. Quatrièmement, la révision visait à renforcer les pouvoirs du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) et consolider son indépendance. Cinquièmement, la révision cherchait à maintenir et à renforcer la compétitivité de la Suisse en créant un environnement propre à faciliter les flux transfrontières de données. Le législateur cherchait ici à assurer l'eurocompatibilité du cadre légal en matière de protection des données, ceci afin de continuer de jouir du statut de pays assurant un niveau de protection adéquat.

[3] La Suisse n'est pas le premier pays à avoir entrepris une révision de sa législation en matière de protection des données. Au sein de l'Union européenne⁹, cela fait déjà depuis 2018 que le Règlement général sur la protection des données (RGPD)¹⁰ a remplacé la Directive 95/46/CE¹¹. Le RGPD est largement reconnu et connu pour son impact significatif sur la protection des données à l'échelle européenne et internationale. Une des raisons de sa notoriété est le pouvoir qu'il confère aux autorités de protection des données pour imposer des amendes administratives en cas de non-respect des dispositions du RGPD. Le montant de ces amendes peut être considérable, ce qui a attiré une attention notable sur le RGPD et a incité des organisations du monde entier à se conformer à ses exigences rigoureuses. Le RGPD est également emblématique en raison de la multitude de décisions et de jurisprudences rendues, ainsi qu'en raison de son champ d'application extraterritorial¹². En raison de la complexité de ses dispositions et de la nécessité d'interpréter et d'appliquer ses principes clés, les tribunaux et les autorités de protection des données ont été confrontés à de nombreux cas où ils ont dû émettre des jugements et des décisions pour clarifier les droits et les obligations en matière de protection des données. Cela est d'ailleurs particulièrement vrai pour le droit d'accès, qui a fait l'objet de plusieurs jurisprudences récentes de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), et qui continuera à l'occuper dans un avenir proche.

[4] Ce foisonnement de l'activité judiciaire contribue à établir des normes et des orientations sur des questions telles que le consentement, les obligations des responsables de traitement et les droits des personnes concernées. Il joue un rôle essentiel dans le développement de l'interprétation et de l'application du RGPD, offrant des références juridiques et des orientations pour les responsables du traitement soucieux de respecter leurs obligations. En droit suisse, les enseigne-

⁸ FF 2017 6565, 6592 et 6594.

⁹ Présentant un intérêt pour l'Espace économique européen (EEE), l'application du RGPD a été étendue à l'Islande, la Norvège et le Liechtenstein par décision du Comité mixte de l'EEE du 6 juillet 2018. Cf. Décision du Comité mixte de l'EEE n° 154/2018 du 6 juillet 2018 modifiant l'annexe XI (Communications électroniques, services audiovisuels et société de l'information) et le protocole 37 (comportant la liste prévue à l'article 101) de l'accord EEE [2018/1022].

¹⁰ 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 (RGPD). Le RGPD est entré en vigueur le 24 mai 2016 mais n'est entièrement applicable que depuis le 25 mai 2018 (art. 99 RGPD). Le législateur européen a estimé important de laisser une période de grâce de deux ans aux auteurs d'un traitement pour se mettre en conformité. Cette période de grâce est officiellement mentionnée au considérant 171 RGPD qui précise que les traitements déjà en cours à la date d'application du RGPD devraient être mis en conformité avec celui-ci dans un délai de deux ans après son entrée en vigueur. Le Conseil fédéral a pour sa part estimé qu'il n'était pas nécessaire de prévoir une période de grâce au sein de la LPD. En fixant l'entrée en vigueur de la LPD au 1^{er} septembre 2023, le Conseil fédéral a toutefois répondu aux préoccupations du monde économique (cf. Communiqué de presse du 31 août 2022 du Conseil fédéral, <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-90134.html> [consulté le 31 août 2023]).

¹¹ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

¹² Sur la question du champ d'application extraterritorial du RGPD, voir en particulier les Lignes directrices 3/2018 du 12 novembre 2019 relatives au champ d'application territorial du RGPD (article 3) publié par le Comité européen de la protection des données.

ments tirés du droit européen peuvent parfois servir de point d'appui et de source d'inspiration, et ce en particulier vu le manque de recul sur notre nouvelle législation. Bien que la Suisse ne fasse pas partie de l'Union européenne, elle entretient des relations étroites avec ses pays membres et est liée par divers accords bilatéraux. Cette proximité juridique conduit – de manière implicite – à une reconnaissance de la valeur et de l'influence des décisions prises par les instances juridiques européennes, telles que la CJUE. Les jugements et les interprétations de la jurisprudence européenne peuvent être utilisés comme référence dans les discussions et les délibérations des tribunaux suisses, notamment lorsque des questions similaires ou des principes de droit comparables se posent. Cela permet d'enrichir le raisonnement juridique en s'appuyant sur des analyses et des approches développées dans le contexte européen, tout en adaptant ces enseignements aux spécificités du droit suisse. Si les enseignements tirés du droit européen peuvent fournir un cadre de référence utile pour le développement et l'interprétation du droit suisse, il ne faut toutefois pas non plus les prendre pour argent comptant.

[5] La présente contribution n'a pas la prétention de couvrir tous les changements législatifs apportés à la LPD ni fournir une analyse détaillée du nouveau droit d'accès sous ses multiples composantes, en particulier s'agissant de ses multiples restrictions légales et/ou jurisprudentielles. Son objectif principal est de démystifier l'idée selon laquelle le droit d'accès, dans sa forme révisée et en raison d'expressions ambiguës, est plus restrictif. Pour parvenir à cette démystification, le deuxième chapitre est structuré de manière à fournir un condensé du nouveau droit d'accès tout en passant en revue les changements qui ont été apportés à celui-ci tout au long du processus de révision, depuis l'avant-projet, en passant par le projet, jusqu'aux débats parlementaires¹³. Le troisième chapitre aborde ensuite de manière détaillée les expressions ambiguës qui conduisent à la création du mythe, à savoir la phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD et l'utilisation de la notion de données traitées « en tant que telles ». Le quatrième chapitre sert finalement de conclusion à cet article ; il reprend ainsi les points essentiels abordés.

2. Exploration du nouveau droit d'accès

2.1. Fondements du droit d'accès

2.1.1. Objectifs

[6] Dans notre société, les données personnelles sont traitées par des entités publiques et privées, dans le cadre de nombreuses activités, pour un large éventail de finalités et de nombreuses manières différentes. Les personnes concernées par un traitement de données sont souvent désavantagées lorsqu'il s'agit de comprendre comment leurs données personnelles sont traitées, y compris la technologie utilisée. Afin de protéger les personnes concernées, la LPD établit un cadre juridique cohérent qui prévoit des dispositions spécifiques relatives aux droits des personnes concernées parmi lesquelles figure le droit d'accès tel qu'institué à l'art. 25 LPD.

¹³ L'évolution du droit d'accès a été le fruit de discussions, de négociations et d'amendements successifs qui ont contribué à façonner sa forme finale. L'avant-projet a posé les bases des réformes envisagées, tandis que le projet a intégré les modifications et les ajustements nécessaires. Les débats parlementaires ont ensuite permis d'affiner les dispositions légales, en tenant compte des préoccupations exprimées par les différents acteurs impliqués. Ainsi, pour une analyse approfondie du nouveau droit d'accès, il est indispensable de prendre en considération ces différentes étapes et d'examiner attentivement les raisons qui ont conduit à certains changements et ajustements.

[7] Le droit d'accès joue un rôle central et est souvent décrit comme étant l'institution clé de la protection des données¹⁴. Le droit d'accès ne doit pas être considéré isolément, car il est étroitement lié à d'autres dispositions de la LPD, en particulier aux principes de protection des données et aux autres droits des personnes concernées. Complétant l'obligation d'informer du responsable du traitement¹⁵, le droit d'accès procure à la personne concernée un pouvoir réel sur ses propres données. Son objectif est de permettre aux personnes concernées de saisir comment leurs données personnelles sont traitées ainsi que les conséquences de ce traitement, tout en vérifiant l'exactitude des données traitées. En d'autres termes, l'objectif du droit d'accès est de fournir aux personnes concernées des informations suffisantes, transparentes et facilement accessibles sur le traitement des données, quelles que soient les technologies utilisées, et de leur permettre de vérifier différents aspects d'un traitement. Il renforce ainsi la transparence en fournissant un deuxième niveau d'information, plus approfondi et plus détaillé, auquel peut accéder la personne concernée.

[8] Grâce au droit d'accès, la personne concernée peut s'assurer auprès du responsable du traitement que les données la concernant sont exactes et qu'elles sont traitées de manière licite. Le rôle du droit d'accès ne s'arrête cependant pas à un rôle de prévention. Il joue également un rôle plus dynamique dans la mesure où le droit d'accès doit également permettre à la personne concernée d'exercer, le cas échéant, les droits qui lui sont conférés par la LPD, notamment en vertu des art. 32 et 41 LPD. Seule la personne qui a connaissance des données traitées à son sujet est en mesure, le cas échéant, de s'opposer à leur traitement, de demander leur rectification ou leur destruction, ou du moins de contester leur exactitude. À ceci s'ajoute que le droit d'accès peut également permettre la dénonciation du responsable du traitement au PFPDT dans le cas où la personne concernée dispose d'indices suffisants faisant penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (art. 49 al. 1 LPD).

2.1.2. Nature constitutionnelle et conventionnelle

[9] Le droit d'accès revêt une dimension constitutionnelle (art. 13 al. 2 Cst.) et conventionnelle (art. 8 CEDH)¹⁶. Le droit d'accès garantit à la personne concernée le droit d'être informée des données traitées à son sujet par une autorité publique, ainsi que de leur utilisation. Ce droit est normalement accordé indépendamment de la nécessité de justifier d'un intérêt particulier, conférant ainsi à chaque individu le pouvoir de prendre connaissance des informations qui le

¹⁴ LIVIO DI TRIA/KASTRIOT LUBISHTANI, Étude empirique du droit d'accès à ses données personnelles, in : Sylvain Métille (édit.), en collaboration avec Livio di Tria et Enzo Bastian, *Le droit d'accès*, p. 36 ; FÉLISE ROUILLER/ASTRID EPINEY, *Le droit d'accès à ses données personnelles*, in : Sylvain Métille (édit.), en collaboration avec Livio di Tria et Enzo Bastian, *Le droit d'accès*, p. 2 s. ; PHILIPPE MEIER, *Protection des données, Fondements, principes généraux et droit privé*, Berne 2011, N 961.

¹⁵ FF 2017 6565, 6682. L'obligation d'informer selon l'art. 19 LPD joue en quelque sorte le rôle de miroir du droit d'accès. Alors que le droit d'accès est exercé par la personne concernée, le responsable du traitement est lui tenu d'informer, dans certaines circonstances, les personnes concernées par le traitement.

¹⁶ MICHAEL MONTAVON, *Cyberadministration et protection des données, Étude théorique et pratique de la transition numérique en Suisse du point de vue de l'État, des citoyen-ne-s et des autorités de contrôle*, thèse Fribourg, Zurich 2021, p. 598 ; ATF 144 I 126, consid. 8.3.7 ; ATF 113 Ia 257, consid. 4 d.

concernent¹⁷. Cette reconnaissance constitutionnelle et conventionnelle souligne l'importance et la valeur intrinsèque du droit d'accès en matière de protection des données.

[10] Bien que l'objectif du droit d'accès soit large, ni la loi ni le Tribunal fédéral ne reconnaissent une portée illimitée au droit d'accès. Le Tribunal fédéral a établi une jurisprudence constante selon laquelle le responsable du traitement peut refuser de donner suite à une demande d'accès lorsqu'il considère qu'elle constitue un abus de droit. Parmi les exemples d'abus retenus figurent l'utilisation du droit d'accès pour éviter de payer des frais normalement dus, pour nuire au responsable du traitement, ou encore dans le seul but d'espionner une (future) partie adverse¹⁸. Cette approche souligne la nécessité d'exercer le droit d'accès de manière légitime et éthique, tout en garantissant une protection adéquate des droits et intérêts des parties concernées.

2.1.3. Responsabilisation

[11] En dehors des considérations juridiques *stricto sensu*, le droit d'accès joue également un rôle essentiel en renforçant la responsabilisation¹⁹ des responsables du traitement et en instaurant un climat de confiance. En conférant aux personnes concernées le droit d'accéder à leurs données, le droit d'accès les place au centre du processus de gestion des données. Cela incite les responsables du traitement à adopter des pratiques de traitement des données plus transparentes et responsables, car ils savent qu'ils peuvent être tenus de rendre des comptes sur la manière dont ils traitent les données personnelles. Cette responsabilisation favorise une culture de respect de la sphère privée et de la protection des données.

[12] Le droit d'accès ne se cantonne ainsi pas à un simple exercice des droits, mais joue un rôle clé dans la promotion d'une culture de responsabilisation et de confiance mutuelle entre toutes les parties prenantes à un traitement de données. Une telle culture est fondamentale à l'heure de la numérisation de notre société.

2.1.4. Distinction

[13] Le droit d'accès à ses données personnelles se distingue finalement d'autres droits, comme la reddition de compte au sens de l'art. 400 du Code des obligations, la remise de documents au sens de l'art. 72 de la Loi fédérale du 15 juin 2018 sur les services financiers, ou l'accès aux documents officiels détenus par des autorités de l'administration fédérale conformément à la Loi fédérale du 17 décembre 2004 sur le principe de la transparence dans l'administration. Cette dernière cherche à offrir la plus grande transparence possible du processus décisionnel des autorités et la promotion de bonnes pratiques administratives en permettant à toute personne d'accéder à des documents officiels, soit un objectif qui n'est pas recherché par la LPD.

¹⁷ ATF 141 II 119, consid. 7.1.1 ; ATF 127 V 219, consid. 1a/aa ; ATF 113 Ia 257, consid. 4c ; Arrêt du TF 4A_277/2020 du 18 novembre 2020, consid. 3 ; MONTAVON (note 16), p. 599 ; ASTRID EPINEY/TOBIAS FASNACHT, in : Datenschutzrecht, Eva Maria Belser/Astrid Epiney/Bernhard Waldmann (édit.), § 11, n. 21.

¹⁸ ATF 147 III 139 ; ATF 141 III 119 ; ATF 138 III 425 ; Arrêt du TF 4A_76/2023 du 28 juin 2023 ; Arrêt du TF 4A_277/2020 du 18 novembre 2020 ; MONTAVON (note 16), p. 599 s ; CÉLIAN HIRSCH, Le droit d'accès abusif, in : www.swissprivacy.law/45.

¹⁹ Il est également possible de parler d'*accountability* pour reprendre la terminologie du RGPD, bien que ce principe n'existe pas tel quel en droit Suisse. Le législateur a toutefois prévu certaines émanations du principe d'*accountability*. L'art. 15 al. 4 OPDo oblige par exemple le responsable du traitement de documenter les violations.

2.2. Composantes du droit d'accès

2.2.1. Généralités

[14] En vertu de la LPD, le droit d'accès comprend deux composantes : (i) le droit de savoir (art. 25 al. 1 LPD) et (ii) le droit d'être renseigné (art. 25 al. 2 LPD)²⁰.

2.2.2. Droit de savoir

[15] La première composante du droit d'accès est celui, pour les personnes concernées, de savoir si le responsable du traitement traite des données les concernant (art. 25 al. 1 LPD). Si le responsable du traitement traite des données concernant la personne concernée, il doit lui confirmer cette réalité. Cette confirmation peut être incluse dans les autres informations que le responsable du traitement doit fournir ou être communiquée séparément. Si le responsable du traitement ne traite en revanche aucune donnée personnelle, celui-ci peut se limiter à confirmer l'absence de traitement de données. Contrairement au droit d'être renseigné, le droit de savoir n'a fait l'objet d'aucune modification de fond lors de la révision²¹.

2.2.3. Droit d'être renseigné

[16] La deuxième composante du droit d'accès implique pour la personne concernée d'obtenir toutes les informations qui sont nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits et pour que le traitement des données soit transparent (art. 25 al. 2 1^{ère} phrase LPD). L'art. 25 al. 2 let. a à g LPD contient une liste non exhaustive des informations qui doivent être communiquées dans tous les cas à la personne concernée. Les éléments suivants font partie de la liste.

[17] Premièrement, le responsable du traitement doit communiquer son identité, ainsi que ses coordonnées (let. a). Ces informations permettent à la personne concernée de savoir à qui s'adresser pour exercer ses droits en matière de protection des données, en particulier dans le cas où celle-ci introduit une demande judiciaire conformément à l'art. 244 du Code de procédure civile. La transmission de ces informations a également pour avantage de permettre d'entamer, si nécessaire, un dialogue direct entre la personne concernée et le responsable du traitement afin de résoudre tout litige relatif à la protection des données.

[18] Deuxièmement, le responsable du traitement doit communiquer les données personnelles traitées en tant que telles (let. b). La notion de données personnelles traitées en tant que telles suscite des interrogations quant à sa signification et son interprétation dans le contexte du droit d'accès, raison pour laquelle elle fait l'objet d'une analyse approfondie dans le cadre du troisième chapitre.

[19] Troisièmement, le responsable du traitement doit communiquer la/les finalité(s) du traitement (let. c). En connaissant la finalité du traitement, les individus sont en mesure de prendre des décisions éclairées quant à l'utilisation de leurs données. Le fait de connaître les finalités d'un traitement favorise la transparence de celui-ci et permet, pour la personne concernée, de prendre conscience que les données ne sont pas utilisées de manière abusive.

²⁰ Sur ces composantes, cf. DI TRIA/LUBISHTANI (note 14), p. 36.

²¹ Seule une adaptation terminologique remplaçant l'ancienne notion de « maître du fichier » par « responsable du traitement » a été nécessaire.

[20] Quatrièmement, le responsable du traitement doit communiquer la durée de conservation des données personnelles ou, si cela n'est pas possible, les critères pour fixer cette dernière (let. d). Cette information permet aux individus de déterminer la période pendant laquelle leurs données sont traitées. Elle permet en addition d'évaluer si la conservation est justifiée conformément aux principes énoncés à l'art. 6 LPD, en particulier le principe de proportionnalité dans son aspect temporel²². Il faut reconnaître qu'en pratique la fixation d'une durée de conservation est parfois difficile à établir, notamment en raison de facteurs tels que la complexité des opérations de traitement, l'incertitude quant aux besoins opérationnels ou encore en raison de la loi qui elle-même peut fixer des exigences de conservation. Il est important pour le responsable du traitement d'élaborer des politiques internes quant à la conservation des données.

[21] Cinquièmement, le responsable du traitement doit communiquer les informations disponibles sur l'origine des données personnelles, dans la mesure où ces données n'ont pas été collectées auprès de la personne concernée (let. e). En pratique, il est courant que les données personnelles ne soient pas collectées directement auprès de la personne concernée, notamment lorsqu'il y a une collecte auprès de sources tierces (p. ex. partenaires, fournisseurs de services, bases de données publiques). Une entreprise peut par exemple acquérir une liste d'adresses ou de contacts provenant d'un fournisseur de données pour mener des campagnes de marketing ciblées. Si cette pratique permet aux organisations d'accéder à des informations supplémentaires sur les individus, d'enrichir leurs profils ou de vérifier des données existantes, il est essentiel qu'elle se fasse dans le respect du cadre légal. Grâce aux informations disponibles sur l'origine des données personnelles, il est possible pour la personne concernée de remonter la chaîne du traitement et de cartographier l'ensemble des acteurs impliqués, permettant ainsi une meilleure compréhension et surveillance du flux des données, voire d'identifier les éventuels responsables du traitement qui diffusent des données sans avoir le droit de le faire²³.

[22] Sixièmement, le responsable du traitement doit, le cas échéant, communiquer l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision (let. f). La notion de décision individuelle automatisée se réfère à l'art. 21 LPD, qui prévoit un devoir d'informer à charge du responsable du traitement en cas de décision individuelle automatisée²⁴. Les décisions partiellement automatisées ne sont pas concernées²⁵. En ce qui concerne la logique sur laquelle se base la décision, l'information ne requiert pas la divulgation complète de l'algorithme utilisé, mais plutôt la communication des éléments fondamentaux qui sous-tendent cette logique²⁶. Par exemple, il peut s'agir d'expliquer à une personne concernée que l'évaluation négative de sa solvabilité a conduit à une proposition de conditions contractuelles différentes de

²² Sur la question de la conservation des données, cf. ATENAS ANDERSON/BENEDETTA S. GALETTI, La conservation des données personnelles : comment déterminer sa durée ? in : *sic!* 2021, p. 103.

²³ Pour une analyse du droit d'accès à l'origine de ses données personnelles, cf. LIVIO DI TRIA, Le droit d'accès à l'origine de ses données personnelles, in : www.swissprivacy.law/152.

²⁴ Est une décision individuelle automatisée toute décision qui est prise exclusivement sur la base d'un traitement de données personnelles automatisé et qui a des effets juridiques pour la personne concernée ou l'affecte de manière significative (art. 21 al. 1 LPD). Sur la question du droit d'accès et de la décision individuelle automatisée, cf. SENIDA MEHMEDOVIC, Le droit d'accès à une décision individuelle automatisée, in : Jusletter 19 septembre 2022, et CÉLIAN HIRSCH/NASTASSIA YASMINA MERLINO, Do Robots Rule Wealth Management? A brief Legal Analysis of Robo-Advisors, in : Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht, 2022, vol. 94, n° 1, pp. 3350.

²⁵ L'initiative parlementaire 23.438 « Loi sur la protection des données. Ajouter une disposition sur les décisions automatisées qui se fondent sur l'intelligence artificielle » déposée le 15 juin 2023 par la Conseillère nationale Natalie Imboden vise à pallier ce problème.

²⁶ FF 2017 6565, 6684.

celles initialement envisagées, comme dans le cas d'une demande de prêt bancaire²⁷. En outre, il est nécessaire de fournir des informations sur la quantité et la nature des données utilisées dans le processus de traitement, ainsi que leur pondération respective²⁸. L'objectif principal est de permettre à la personne concernée de comprendre comment la décision a été prise et quelles sont les conséquences qui en découlent.

[23] Septièmement, le responsable du traitement doit communiquer, le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles sont communiquées (let. g). L'exercice du droit d'accès par la personne concernée implique logiquement que son titulaire se voit attribuer la possibilité de choisir d'obtenir l'accès, lorsque cela est possible, à l'identité des destinataires ou, sinon, de se borner à demander des informations concernant les catégories de destinataires²⁹. Savoir à qui les données sont communiquées permet à la personne concernée de comprendre les flux de données et lui donne la possibilité d'exercer son droit d'accès auprès d'autres responsables du traitement.

[24] Huitièmement, le responsable du traitement doit communiquer, lorsque des données personnelles sont communiquées à l'étranger, les informations prévues à l'art. 19 al. 4 LPD. Au même titre que la communication des destinataires ou des catégories de destinataires, cette exigence repose sur la let. g de l'art. 25 al. 2 LPD. Les informations prévues à l'art. 19 al. 4 LPD englobe, d'une part, le nom de l'État ou de l'organisme international auquel les données sont communiquées et, d'autre part, les garanties prévues à l'art. 16 al. 2 LPD ou, si elles ne sont pas utilisées, l'application de l'une des exceptions prévues à l'art. 17 LPD.

[25] Il est important de relever que la liste des informations à fournir lors d'une demande de droit d'accès n'est pas exhaustive. En plus des informations listées, le responsable du traitement peut être tenu de fournir d'autres informations nécessaires pour que la personne concernée puisse faire valoir ses droits et pour que le traitement des données soit transparent. L'objectif est de permettre aux individus de comprendre pleinement comment leurs données sont utilisées, de garantir la transparence et de faciliter l'exercice de leurs droits en matière de protection des données. Ainsi, et selon les circonstances, le responsable du traitement pourrait être tenu de fournir à la personne concernée d'autres informations, telles que les bases légales sur lesquelles repose le traitement de données personnelles³⁰, les droits dont dispose les personnes concernées en ce qui concerne le traitement de leurs données, en particulier le droit de dénoncer le responsable du traitement au PFPDT, voire encore les éventuelles conséquences et implications du traitement des données (p. ex. des informations sur les décisions « partiellement » automatisées, sur le profilage ou sur les risques potentiels pour les droits et les libertés). À l'inverse, les informations relatives aux

²⁷ FF 2017 6565, 6684.

²⁸ FF 2017 6565, 6684.

²⁹ Sur cette question, voir l'arrêt C-154/21 du 12 janvier 2023, notamment résumé par LIVIO DI TRIA/PHILIPP FISCHER, Toute personne a le droit de savoir à qui ses données personnelles ont été communiquées, in : www.swissprivacy.law/216. Selon la CJUE, lorsque des données personnelles sont communiquées à des destinataires, le responsable du traitement doit fournir à la personne concernée, sur sa demande, l'identité des destinataires. Ce n'est que lorsqu'il n'est pas (encore) possible d'identifier ces destinataires que celui-ci peut se limiter à indiquer uniquement les catégories de destinataires. Pour une analyse en droit suisse et de la mise en œuvre pratique, cf. LIVIO DI TRIA/PHILIPP FISCHER, Toute personne a le droit de savoir à qui ses données personnelles ont été communiquées : une analyse sous l'angle du droit suisse, in : www.swissprivacy.law/217 et PHILIPP FISCHER/LIVIO DI TRIA, Toute personne a le droit de savoir à qui ses données personnelles ont été communiquées : comment mettre en œuvre cette obligation, in : www.swissprivacy.law/218.

³⁰ Pour autant que le traitement repose sur une base légale, ce qui est, sauf exception, la règle pour les organes fédéraux selon l'art. 34 LPD.

mesures de sécurité mises en place pour protéger la confidentialité, l'intégrité, la disponibilité ou la traçabilité des données personnelles n'ont pas à être communiquées. Bien que la divulgation détaillée de toutes les mesures de sécurité mises en place – ou simplement d'un récapitulatif de celles-ci – permettrait à la personne concernée de vérifier si le principe de sécurité (art. 8 LPD) est respecté, celle-ci doit être évitée dès lors qu'elle pourrait créer des vulnérabilités et, par conséquent, compromettre la sécurité des données.

2.2.4. Excursus : Les composantes du RGPD, identiques ou différentes ?

[26] L'art. 15 par. 1 RGPD dispose que « [L]a personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement *la confirmation* que des données à caractère personnel la concernant sont ou ne sont pas traitées et, lorsqu'elles le sont, *l'accès* auxdites données à caractère personnel ainsi que les *informations* suivantes [...] ». Le système prévu par le RGPD partage des similitudes avec le système suisse puisqu'il différencie le droit de savoir et le droit d'être renseigné. La composante du droit d'être renseigné est toutefois différente puisqu'elle est constituée de deux éléments distincts.

[27] Premièrement, les let. a-h de l'art. 15 par. 1 RGPD prévoient une liste d'informations spécifiques qui doivent être communiquées par le responsable du traitement à la personne concernée, pour autant que des données la concernant sont traitées. Par rapport au droit suisse, la liste d'informations spécifiques à remettre à la personne concernée diffère sur deux points, en ce sens que le responsable du traitement doit informer la personne concernée (i) de l'existence du droit de demander au responsable du traitement la rectification ou l'effacement de données à caractère personnel, ou une limitation du traitement des données à caractère personnel relatives à la personne concernée, ou du droit de s'opposer à ce traitement (let. e) et (ii) du droit d'introduire réclamation auprès d'une autorité de contrôle (let. f).

[28] Secondement, l'art. 15 par. 1 RGPD dispose que lorsque des données à caractère personnel sont traitées, la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement l'accès aux données. L'accès aux données est la deuxième composante du droit d'être renseigné prévu à l'art. 15 par. 1 RGPD et constitue le cœur de ce droit³¹. L'accès aux données signifie l'accès aux données elles-mêmes, et non pas seulement une description générale des données ou une simple référence aux catégories de données traitées par le responsable du traitement³². À souligner que l'accès aux données peut faire l'objet d'une restriction conformément aux art. 12 par. 5³³, 15 par. 4³⁴ et 23 RGPD³⁵.

[29] La composante du droit d'être renseigné dans le RGPD est structurée de manière plus claire et explicite que dans la LPD, puisqu'elle distingue clairement l'accès aux données des autres

³¹ European Data Protection Board, Guidelines 01/2022 on data subject rights, Right of access, version 2.0, adopted on 28 March 2023, N 19.

³² *Ibidem*.

³³ La restriction de l'art. 12 par. 5 RGPD concerne l'hypothèse selon laquelle la demande d'une personne est manifestement infondée ou excessive.

³⁴ La restriction de l'art. 15 par. 4 RGPD concerne l'hypothèse selon laquelle la demande d'une personne porte atteinte aux droits et libertés d'autrui.

³⁵ La restriction de l'art. 23 RGPD concerne l'hypothèse selon laquelle le droit de l'Union ou le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement ou le sous-traitant est soumis prévoient une limitation du droit d'accès, notamment afin de garantir par exemple la sécurité nationale, la défense nationale, la sécurité publique ou la protection de l'indépendance de la justice.

informations à communiquer. L'agencement prévu à l'art. 15 par. 1 RGPD a l'avantage de mettre en valeur l'importance fondamentale de l'accès aux données, qui représente le cœur même du droit d'accès, et sans lequel une personne ne pourrait pas faire valoir de manière efficace ses droits.

[30] En Suisse, l'accès aux données et les informations à transmettre ne font pas l'objet d'une distinction claire. Le législateur a en effet intégré l'accès aux données directement au sein des informations que le responsable du traitement doit communiquer à la personne concernée conformément à l'art. 25 al. 2 let. b LPD. Ce choix est malheureux, car il ne met pas suffisamment en valeur l'aspect fondamental de l'accès aux données. Bien que la structure soit différente, l'objectif principal reste toutefois le même : assurer la transparence du traitement et permettre à la personne concernée de faire valoir ses droits en matière de protection des données³⁶.

3. Droit d'accès : entre restriction et statu quo ?

3.1. Raisons d'un mythe

[31] L'entrée en vigueur d'une nouvelle loi peut créer une certaine confusion, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter de nouveaux termes, critères ou conditions qui nécessitent une compréhension approfondie. Cette affirmation est particulièrement vraie en ce qui concerne la nouvelle LPD, qui se fonde souvent sur des notions particulièrement difficiles à interpréter en pratique. Sous l'angle du droit d'accès, certaines modifications législatives soulèvent des difficultés d'interprétation, en particulier sur deux points qui nécessitent une analyse approfondie. Il s'agit, d'une part, de la phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD et, d'autre part, de la notion de données personnelles traitées en tant que telles.

3.2. Justification de la demande de droit d'accès

[32] La phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD prévoit que la personne concernée reçoit les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la LPD et pour que la transparence du traitement soit garantie. Il est important de souligner à ce stade que le devoir d'informer contient la même phrase introductive (art. 19 al. 2 LPD)³⁷.

[33] Vu la terminologie utilisée à l'art. 25 al. 2 LPD, le droit d'accès doit permettre à la personne concernée de faire valoir ses prétentions selon la LPD. Le droit d'accès ne peut par conséquent pas être invoqué pour servir de fondement à la collecte d'autres informations, en particulier l'accès à des informations qui est régi par d'autres lois³⁸. En d'autres termes, une demande d'accès fondée sur la LPD devrait être systématiquement refusée dès l'instant où elle ne sert pas exclusivement le droit à la protection des données³⁹. Tel pourrait par exemple être le cas lorsque le droit d'accès

³⁶ FF 2017 6565, 6683.

³⁷ L'art. 19 al. 2 LPD prévoit que le responsable du traitement est tenu, lors de la collecte, de communiquer à la personne concernée les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la LPD et pour que la transparence des traitements soit garantie. Une liste des informations minimales à transmettre est prévue aux lettres a à c.

³⁸ FF 2017 6565, 6683.

³⁹ Dans le même sens, MONTAVON (note 16), p. 599.

est utilisé à l'encontre du responsable du traitement dans le but de lui nuire, de découvrir ses secrets commerciaux ou industriels, ainsi que dans le but de se procurer des moyens de preuve en vue de préparer un procès futur n'ayant aucun lien avec la protection des données⁴⁰.

[34] La phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD présuppose ainsi une forme de justification de la personne concernée⁴¹, celle-ci devant démontrer que sa demande de droit d'accès poursuit un but entrant en concordance avec la protection des données. Cette interprétation est renforcée par l'art. 26 al. 1 let. c LPD qui permet au responsable du traitement de refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements dans le cas où la demande d'accès est manifestement infondée, notamment parce qu'elle poursuit un but contraire à la protection des données ou est manifestement procédurière⁴².

[35] Historiquement, l'art. 8 al. 2 de l'ancienne Loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données⁴³ ne prévoyait pas une telle précision. L'art. 8 al. 2 aLPD se limitait à préciser que le maître du fichier, soit le responsable du traitement selon la nouvelle terminologie, communique à la personne concernée, d'une part, toutes les données la concernant qui sont contenues dans un fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données et, d'autre part, le but et éventuellement la base juridique du traitement, les catégories de données personnelles traitées, de participants au fichier et de destinataires des données. Le Tribunal fédéral a expressément reconnu que les anciennes dispositions qui régissaient l'accès aux données personnelles ne faisaient pas dépendre cet accès d'un intérêt ou d'un but particulier⁴⁴.

[36] La phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD a été ajoutée lors de l'élaboration de la nouvelle LPD, et ce déjà au stade de l'avant-projet. Lors de l'élaboration du projet de LPD et des débats parlementaires, cette phrase introductive n'a pas été modifiée, malgré une proposition de la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national. Cette dernière a proposé la phrase introductive suivante : « La personne concernée reçoit exclusivement les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi. ». Il s'agissait d'une tentative de la part de la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national de limiter délibérément le droit d'accès⁴⁵.

[37] Une question essentielle demeure : pourquoi le législateur a-t-il souhaité modifier le système en place dans l'aLPD ? Selon le message du Conseil fédéral, le besoin de précision découle des nombreux avis exprimés par les participants à la procédure de consultation externe ainsi que

⁴⁰ ATF 138 III 425, consid. 5.5 ; CR LPD-BENHAMOU, art. 25, N 15, in : Philippe Meier/Sylvain Métille (édit.), Commentaire romand Loi fédérale sur la protection des données, Bâle 2023 (cité : CR LPD-AUTEUR, art.).

⁴¹ Dans le même sens, MONTAVON (note 16), p. 599.

⁴² Le présent article n'a pas, comme déjà souligné dans l'introduction, vocation à aborder les restrictions au droit d'accès. Il me semble toutefois important de souligner que l'art. 26 al. 1 let. c LPD a également été complété sur proposition de la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national du 16 août 2019. L'art. 24 al. 1 let. c du projet LPD (qui correspond désormais à l'art. 26 al. 1 let. c LPD) prévoyait initialement la possibilité pour le responsable du traitement de refuser, restreindre ou différer la communication des renseignements lorsque la demande d'accès était manifestement infondée ou procédurière. La majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national a souhaité exemplifier dans quels cas une demande d'accès pouvait être considérée comme manifestement infondée. Cet ajout n'a aucune conséquence dès lors qu'il ne fait que reprendre l'argumentation utilisée par le Conseil fédéral dans son message pour justifier cette modification (cf. FF 2017 6565, 6683). Le responsable du traitement doit user de cette restriction de manière prudente, étant donné la nécessité d'interpréter de façon restrictive toute limitation au droit d'accès en raison de sa composante constitutionnelle et conventionnelle.

⁴³ aLPD.

⁴⁴ Arrêt du TF 1C_642/2017 du 28 mai 2018, consid. 2.4.d. Dans le même sens, MONTAVON (note 16), p. 600.

⁴⁵ BO 2019 N 1812-1814.

par certains auteurs, qui critiquent l'utilisation fréquente du droit d'accès à des fins totalement étrangères à la protection des données⁴⁶. Le Conseil fédéral vise ici les cas où le droit d'accès est utilisé exclusivement dans le but d'obtenir des moyens de preuve en vue de procès sans aucun lien avec la protection des données. Cette approche permet d'obtenir des moyens de preuve considérés comme des données personnelles au sens de la LPD, d'une manière non prévue par le droit de procédure, tandis que la collecte d'autres moyens de preuve qui ne sont pas des données personnelles doit suivre les voies ordinaires fixées par le droit de procédure. Ces différences dans la façon d'obtenir des preuves ne peuvent pas être justifiées sur le plan matériel selon le Conseil fédéral⁴⁷. L'argumentation du Conseil fédéral est toutefois étonnante, et ce à plus d'un titre.

[38] Premièrement, il est étrange que le Conseil fédéral motive notamment son choix à travers le besoin de précision exprimé par les participants à la procédure de consultation externe, ainsi que par certains auteurs⁴⁸, qui critiquent l'utilisation fréquente du droit d'accès à des fins totalement étrangères à la protection des données. La procédure de consultation externe s'est déroulée du 21 décembre 2016 au 4 avril 2017 sur la base de l'avant-projet soumis par le Conseil fédéral⁴⁹. L'avant-projet intégrait alors déjà, à ce moment, cette phrase introductive⁵⁰. Elle est d'ailleurs présentée de manière plutôt positive que négative. La synthèse des résultats ne contient pour sa part aucune indication concernant la problématique soulevée par le Conseil fédéral dans le cadre de son message⁵¹.

[39] Selon le rapport explicatif de l'avant-projet, la phrase introductive de l'art. 25 al. 2 LPD a pour but que la personne concernée reçoive les informations qui doivent lui être communiquées en vertu du devoir d'informer, à savoir notamment les informations qui sont nécessaires à l'exercice des droits et à garantir la transparence du traitement⁵². Le devoir d'informer est structuré de la même manière que le droit d'accès : il prévoit d'abord une disposition générale selon laquelle le responsable du traitement est tenu de communiquer toutes les informations nécessaires à l'exercice des droits et pour garantir la transparence du traitement et, subsidiairement, une liste des informations minimales à transmettre. L'idée sous-jacente de l'association d'une disposition générale et d'une liste énumérant les informations minimales à transmettre est de permettre au responsable du traitement de mettre en œuvre le devoir d'informer de manière souple et de

⁴⁶ FF 2017 6565, 6683.

⁴⁷ FF 2017 6565, 6683.

⁴⁸ Le Conseil fédéral cite « parmi de nombreux autres », l'article de DAVID ROSENTHAL, *Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet*, in : Jusletter 20 février 2017, N 54 ss. Selon moi, la doctrine était déjà consciente à l'aune de l'aLPD des problèmes et des défis liés aux demandes de droit d'accès. Elle était généralement d'avis que la situation était satisfaisante compte tenu de la jurisprudence établie par le Tribunal fédéral (cf. notamment CR LPD-BENHAMOU, art. 26, N 14 ss [note 40] et références citées). Vu l'importance du sujet, je regrette le manque d'effort du Conseil fédéral en relation à la doctrine qu'il cite à l'appui de sa position en sélectionnant l'un des auteurs les plus critiques vis-à-vis de l'institution du droit d'accès. Je regrette de manière générale que les messages accompagnant les lois du Conseil fédéral citent très (trop) peu souvent des auteurs romands.

⁴⁹ FF 2017 6565, 6578 s.

⁵⁰ Voir l'art. 20 de l'avant-projet LPD.

⁵¹ Office fédéral de la justice, 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 du 10 août 2017, p. 33. Il faut toutefois reconnaître que quelques participants à la procédure de consultation externe ont critiqué la portée du droit d'accès. Ces critiques, notamment axées sur la charge administrative qu'un droit d'accès peut entraîner pour une entreprise, soulignent principalement les contraintes opérationnelles plutôt que de remettre en question la valeur intrinsèque du droit d'accès lui-même. Je rappelle ici que les conséquences d'une mauvaise gestion des contraintes opérationnelles ne peuvent être imputées à la personne concernée.

⁵² Office fédéral de la justice, Rapport explicatif concernant l'avant-projet de loi fédérale sur la révision totale de la loi sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 21 décembre 2016, p. 63.

prendre en compte tous les types de traitements possibles⁵³. Cette flexibilité laissée au responsable du traitement lui permet en effet de gérer le niveau de détails des informations à fournir, qui dépend de la nature, de l'étendue et du type de données personnelles concernées.

[40] Dans son message, le Conseil fédéral reprend, et ce malgré sa précédente indication concernant l'utilisation abusive du droit d'accès, les mêmes arguments que ceux invoqués pour le devoir d'informer. Le Conseil fédéral précise à cet égard que : « [L]es let. a à g donnent une énumération non exhaustive des informations qui doivent être communiquées dans tous les cas à la personne concernée. Comme indiqué ci-dessus, il s'agit pour l'essentiel des informations que le responsable du traitement est tenu de lui fournir. La norme générale dans la phrase introductive permet subsidiairement de demander d'autres informations qui sont nécessaires pour que la personne concernée puisse faire valoir ses droits en vertu de la LPD et pour garantir la transparence du traitement »⁵⁴. Les deux explications fournies par le Conseil fédéral se contredisent. Alors que l'une offre une souplesse au responsable du traitement dans le traitement de la demande de droit d'accès, l'autre crée une forme de limitation impliquant une justification de la part de la personne concernée. Cette contradiction rend difficile la détermination de l'objectif réel du Conseil fédéral quant à l'ajout de cette phrase introductive, ce qui soulève des interrogations quant à sa véritable intention.

[41] Deuxièmement, le Conseil fédéral justifie son choix en se référant à l'utilisation fréquente du droit d'accès à des fins totalement étrangères à la protection des données⁵⁵. À notre connaissance, il n'existe aucune statistique exhaustive sur la fréquence ou la nature des demandes de droit d'accès. La seule référence disponible pour évaluer ces questions est généralement fondée sur la pratique. Bien que les écrits juridiques décrivant la pratique soient les bienvenus, il est essentiel d'exercer une certaine prudence et de prendre en compte les nuances lors de l'interprétation de ces sources d'informations, celles-ci ne pouvant pas être considérées comme une source statistique infaillible. Par exemple, sur la base de ma propre pratique, je constate que les demandes de droit d'accès sont généralement motivées par la curiosité ou par le désir – réel – de vérifier la licéité d'un traitement de données. L'intérêt pour de telles demandes peut survenir, par exemple, à la suite d'un problème entre la personne concernée et le responsable du traitement⁵⁶, ou lorsque l'attention est attirée à la suite d'une enquête journalistique⁵⁷ ou d'un esclandre porté à la connaissance du public⁵⁸. Il faut toutefois admettre que des demandes de

⁵³ Office fédéral de la justice, Rapport explicatif (note 52), p. 54; FF 2017 6565, 6669.

⁵⁴ FF 2017 6565, 6683.

⁵⁵ FF 2017 6565, 6683.

⁵⁶ Les exemples de situations propices à un (re)gain d'intérêt accru pour une demande de droit d'accès sont nombreux et variés. Tel pourrait être le cas lorsque la personne concernée a demandé la désinscription d'une liste de diffusion mais continue à recevoir celle-ci. Tel pourrait être le cas lorsqu'une personne rencontre des problèmes avec un responsable du traitement, tels que des facturations incorrectes ou des services non fournis comme convenu. Les exemples cités ne suggèrent pas automatiquement que les demandes de droit d'accès sont exercées pour des motifs étrangers à la protection des données, il s'agit plutôt de déclencheurs permettant de mettre en lumière différentes motivations.

⁵⁷ Voir par exemple l'enquête de la Radio Télévision Suisse (cf. <https://www.rts.ch/la-1ere/programmes/on-en-parle/6813759-enquete-ouverte-donnez-moi-mes-donnees-.html> [consulté le 31 août 2023]) ou l'enquête du journal Le Temps (cf. <https://labs.letemps.ch/interactive/2020/longread-donnees-personnelles/> [consulté le 31 août 2023]).

⁵⁸ Je pense ici à l'exemple de l'entreprise Xplain qui a été touchée par une cyberattaque, avec des conséquences relativement importantes pour diverses unités de l'administration fédérale (cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques.msg-id-95683.html> [consulté le 31 août 2023]). Le PFPDT a ouvert le 20 juin 2023 une enquête formelle contre les offices fédéraux de la police ainsi que des douanes et de la sécurité

droit d'accès exercées à des fins étrangères à la protection des données existent également en pratique⁵⁹. Cependant, il convient de souligner que, dans de nombreux cas, les personnes concernées sont souvent motivées par des enjeux juridiques ou des litiges en cours, et sont souvent soutenues et conseillées par leurs conseillers juridiques. Ces derniers peuvent inciter leurs clients à exercer leur droit d'accès dans le but de recueillir des preuves pour étayer leurs revendications⁶⁰. Ainsi, il est important de prendre en considération le contexte juridique et les incitations qui peuvent influencer les demandes de droit d'accès avant de généraliser leur motivation.

[42] Troisièmement, l'argument avancé par le Conseil fédéral selon lequel les personnes concernées utilisent leur droit d'accès à des fins totalement étrangères à la protection des données ne parvient pas à convaincre, étant donné la jurisprudence claire établie par le Tribunal fédéral qui prenait déjà en compte l'abus de droit. Selon la jurisprudence existante à l'aune de l'aLPD, il était clair que les personnes concernées pouvaient exercer leur droit d'accès sans qu'il soit nécessaire de justifier un motif spécifique ou de prouver une utilisation conforme aux objectifs⁶¹. La question de l'abus du droit d'accès était traitée de manière tout aussi claire dans la jurisprudence fédérale. Le Tribunal fédéral a en effet considéré plusieurs fois comme abusive la demande d'accès qui vise uniquement la recherche de preuves en vue d'une procédure civile⁶². Le Tribunal fédéral a toutefois posé des exigences élevées pour admettre l'abus de droit en centrant son analyse sur le motif de la demande d'information. Ainsi, et par deux fois, le Tribunal fédéral a nié le caractère abusif d'une demande de droit d'accès au motif que les personnes concernées invoquaient également l'intérêt à vérifier l'exactitude des données, respectivement la licéité du traitement⁶³. Dans un arrêt plus récent, le Tribunal fédéral a toutefois considéré une demande d'accès comme étant abusive, étant donné que la personne concernée visait uniquement la recherche de preuves en vue d'une action civile et à éclaircir ses chances de succès⁶⁴.

[43] La précision ajoutée par le Conseil fédéral soulève des questions quant à sa pertinence, étant donné que la jurisprudence existante abordait déjà les aspects évoqués. Dans tous les cas, il ne fait aucun doute que la jurisprudence du Tribunal fédéral a été mal comprise⁶⁵. Selon moi, cette précision crée une confusion inutile, en particulier dans la mise en œuvre pratique du droit d'accès ; l'ajout opéré par le Conseil fédéral engendre plus d'inconvénients que d'avantages. En cherchant

des frontières (cf. <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-95882.html> [consulté le 31 août 2023]). Il a élargi le 14 juillet 2023 le périmètre de son enquête à l'entreprise Xplain (cf. https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/kurzmeldungen/nsb_mm.msg-id-96694.html [consulté le 31 août 2023]).

⁵⁹ Le cas le plus souvent cité est celui de l'ancien employé mécontent de son ancien employeur. Pour un exemple, cf. LIVIO DI TRIA, Droit d'accès : quelles limites pour l'ancien employé ? in : www.swissprivacy.law/62.

⁶⁰ Malgré son importance, l'institution du droit d'accès demeure relativement peu connue du grand public. Il est rare de voir une personne exercer effectivement son droit d'accès, et il est encore plus rare de la voir l'utiliser spécifiquement dans le but d'obtenir des preuves pour une procédure judiciaire future sans avoir été (maladroitement) assistée.

⁶¹ Le Tribunal fédéral souligne à cet égard dans un arrêt rendu le 28 mai 2018 que « les dispositions qui régissent l'accès aux données personnelles ne font pas dépendre cet accès d'un intérêt ou d'un but particulier. [...] On ne saurait d'ailleurs exiger du requérant qu'il précise les droits qu'il entend exercer dès lors qu'il ignore encore si des données ont été traitées, et de quelle nature sont ces données ». Cf. TF 1C_642/2017 du 28 mai 2018, consid. 2.4.d.

⁶² ATF 141 III 119 ; ATF 138 III 425, consid. 5.5.

⁶³ ATF 141 III 119 ; ATF 138 III 425. Voir également MONTAVON (note 16), p. 599 s. et CR LPD-BENHAMOU, art. 26, N 16 (note 40).

⁶⁴ TF 4A_277/2020 du 18 novembre 2020 résumé par CÉLIAN HIRSCH, Le droit d'accès abusif, in : www.swissprivacy.law/45 (note 18). Il ne faut pas voir dans cette décision un durcissement de la jurisprudence du Tribunal fédéral en matière de droit d'accès, mais un éclaircissement.

⁶⁵ Dans le même sens, MONTAVON (note 16), p. 600.

à restreindre le droit d'accès en supposant une utilisation abusive, le législateur risque de décourager les personnes concernées d'exercer leur droit légitime d'accéder à leurs propres données personnelles⁶⁶. De plus, il existe également un risque que le responsable du traitement puisse mal interpréter – avec ou sans dessein – la précision ajoutée par le Conseil fédéral, ce qui pourrait entraîner des restrictions injustifiées du droit d'accès pour les personnes concernées. Une insécurité juridique demeure donc.

[44] En raison de l'importance du droit d'accès, et des possibles risques pénaux⁶⁷, comment ap-
privoiser cette insécurité juridique en pratique ? Faut-il allouer une grande importance à cette
précision, en ce sens que la personne concernée devrait, lorsqu'elle exerce une demande de droit
d'accès, en détailler les motifs pour démontrer que sa demande poursuit un but en concordance
avec la protection des données⁶⁸ ? Peut-on vraiment confectionner un système à deux vitesses avec
une justification nécessaire pour le droit d'être renseigné, mais pas pour le droit de savoir ? Est-ce
qu'un motif comme la simple curiosité est suffisant pour exercer le droit d'accès ? À l'inverse, le
responsable du traitement peut-il remettre en question le motif avancé simplement parce qu'il
a des raisons de croire que ce dernier n'est pas légitime ? À quel moment une demande est-elle
procédurière, c'est-à-dire introduite par pur esprit de chicane dans le but de tracasser l'adversaire
et de le solliciter inutilement⁶⁹ ? Comment le responsable du traitement peut-il évaluer cet esprit
chicanier ? Des critères comme celui de la temporalité doivent-ils être pris en compte⁷⁰ ?

[45] La confusion engendrée par les questions susmentionnées met en évidence les risques signi-
ficatifs découlant de l'ambiguïté introduite par le Conseil fédéral. Cette confusion peut compro-
mettre la clarté, la cohérence et l'efficacité de l'exercice du droit d'accès, ainsi que la protection
des droits des personnes concernées en matière de données personnelles. D'un point de vue théo-
rique, il appartient au Tribunal fédéral de clarifier la volonté du Conseil fédéral. D'un point de
vue pratique, il convient de ne pas accorder une importance excessive à cette précision intro-
duite par le Conseil fédéral afin de préserver le caractère central et l'importance du droit d'accès,
notamment en veillant à ce qu'il reste accessible et effectif pour les personnes concernées. Cela
implique que le responsable du traitement ne devrait pas automatiquement exiger une justifica-
tion à une demande de droit d'accès. C'est seulement en cas de doute fondé que le responsable du
traitement devrait demander à la personne concernée de se justifier. Selon la réponse de la per-
sonne concernée, il appartient alors au responsable du traitement de refuser la communication

⁶⁶ Il convient de noter que toutes les personnes concernées ne sont pas nécessairement stimulées à l'idée d'exercer leur droit d'accès, et certains responsables du traitement peuvent ne pas faciliter ces demandes, ce qui souligne l'importance de sensibiliser les individus à leurs droits et de promouvoir des pratiques de conformité proactives.

⁶⁷ Cf. art. 60 al. 1 let. a LPD. Sur les risques pénaux, cf. JOËL PAHUD/SÉBASTIEN PITTET, Les infractions pénales de la loi sur la protection des données, in : Jusletter 25 septembre 2023.

⁶⁸ Ou à l'inverse, le responsable du traitement devrait-il automatiquement demander à la personne concernée les raisons pour lesquelles celle-ci exerce son droit d'accès.

⁶⁹ L'expression « manifestement procédurière » est empruntée aux règles procédurales, à l'instar des art. 42 al. 7 LTF ou 132 al. 3 CPC.

⁷⁰ Il est par exemple assez raisonnable d'admettre que la proximité temporelle entre un licenciement et une demande de droit d'accès peut donner, dans une certaine mesure, un indice sur cet esprit de chicane. Toutefois, toute restriction au droit d'accès doit s'analyser de manière restrictive. Et une relation conflictuelle de travail n'atteste pas automatiquement, en fait, de la volonté du requérant de faire usage du droit d'accès de manière contraire au but qui est le sien, pas plus qu'elle atteste automatiquement d'un esprit de chicane. L'employeur ne pourrait soulever cette exception que dans les cas particulièrement choquants et dûment avérés. Sur ce point, cf. DI TRIA (note 60).

des informations en invoquant l'un des motifs listés à l'art. 26 LPD⁷¹ et à la personne concernée d'introduire une action judiciaire en exécution du droit d'accès.

3.3. Notion de données personnelles traitées en tant que telles

[46] Parmi les informations que le responsable du traitement doit obligatoirement communiquer à la personne concernée figurent les données personnelles traitées en tant que telles (art. 25 al. 2 let. b LPD). L'expression « en tant que telles » est l'une des autres causes d'incertitude juridique entourant le droit d'accès. Sujette à interprétation et aux divergences d'opinion, cette notion nouvelle dans la loi peut créer des difficultés supplémentaires en pratique, complexifiant la tâche du responsable du traitement. Cela est particulièrement vrai pour décider si des documents contenant des données personnelles doivent être communiqués ou pour déterminer si le droit d'accès se limite exclusivement aux données éventuellement collectées et traitées ou inclut également les données complémentaires générées par cette personne à la suite du traitement, si elles font également l'objet de ce dernier.

[47] Cette notion ne figurait ni dans l'ancienne loi ni dans l'avant-projet⁷², pas plus que dans le projet⁷³ élaboré par le Conseil fédéral. Elle a été proposée par la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national le 16 août 2019 lors de la session d'automne 2019⁷⁴. D'abord refusée par le Conseil des États le 18 décembre 2019 lors de la session d'hiver 2019⁷⁵, elle a finalement été acceptée par les Sénateurs le 2 juin 2020 lors de la session d'été 2020⁷⁶ et ce sans débat. La décision de la Chambre haute de se rallier à la décision de celle du peuple était stratégique d'un point de vue politique. Elle visait une forme d'économie des débats compte tenu d'une phase de divergences prolongée entre le Conseil national et le Conseil des États sur la révision de la LPD. Cette décision politique est confirmée par les propos du parlementaire DANIEL FÄSSLER qui, lors du vote relatif à la modification de l'art. 25 al. 2 let. b LPD, précisait à ses collègues pour la Commission des institutions politiques du Conseil des États que : « *Ihre Kommission hat die Ergänzung der grossen Kammer eigentlich für nicht sinnvoll und auch für nicht nötig beurteilt, aber auch festgestellt, dass sie nicht schadet. In diesem Sinne hat sie sich entschieden, sich dem Nationalrat anzuschliessen* »⁷⁷.

[48] La majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national avait pour sa part une vision différente concernant la portée de la précision. Cette vision n'apparaît toutefois pas à l'analyse des débats parlementaires, mais ressort du travail en commission, complexifiant davantage la détermination du sens véritable de la notion, compte tenu de l'accès restreint à ces

⁷¹ Dans ce cas, le fardeau de la preuve incombe au responsable du traitement.

⁷² L'art. 20 al. 2 let. b de l'avant-projet LPD prévoyait que la personne concernée puisse recevoir « les données personnelles traitées ».

⁷³ L'art. 23 al. 2 let. b du projet LPD prévoyait que la personne concernée puisse recevoir « les données personnelles traitées ».

⁷⁴ La minorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national (Flach, Barrile, Glättli, Marti Samira, Masshardt, Rochat Fernandez, Wermuth) proposait de s'en tenir à la version proposée par le Conseil fédéral.

⁷⁵ Cf. Dépliant 2019 IV S (S3-22 F).

⁷⁶ Cf. Dépliant 2020 II S (S3-44 F).

⁷⁷ BO 2020 E 293. Le Conseil des États a ainsi considéré que l'ajout du Conseil national n'était ni utile ni nécessaire, mais a également considéré qu'il ne causait aucun préjudice en pratique.

travaux⁷⁸. La raison principale qui a conduit la Commission des institutions politiques du Conseil national à ajouter cette précision réside dans une mauvaise compréhension de la jurisprudence du Tribunal fédéral. La majorité de la Commission est en effet partie de l'idée que, dans le cadre d'une demande de droit d'accès, non seulement les données personnelles devaient être remises au requérant, mais également tous les documents détenus par le responsable du traitement, du moment que de telles données figurent sur les documents en question. Les membres de la Commission des institutions politiques du Conseil national ont mis en avant le fait que l'envoi de l'ensemble des documents sur lesquels figuraient des données personnelles aurait comme conséquence une disproportion entre le droit de la personne concernée et les intérêts du responsable du traitement. De surcroît, l'envoi de l'ensemble des documents aurait pour conséquence la divulgation de secrets, comme le secret professionnel ou le secret de fabrication et d'affaires. Pour finir, et toujours sur la base de cette interprétation, les membres de la Commission ont mis en exergue le danger selon lequel le droit d'accès pourrait être utilisé à des fins détournées, en particulier pour obtenir des preuves dans le cadre d'une procédure civile à venir.

[49] À notre connaissance, et jusqu'à aujourd'hui, la jurisprudence du Tribunal fédéral n'a jamais indiqué expressément que tout document sur lequel figurent des données personnelles devait être automatiquement et obligatoirement transmis. Le postulat de base sur lequel repose la réflexion de la Commission des institutions politiques du Conseil national paraît erroné. Il faut néanmoins concéder que, dans deux arrêts, le Tribunal fédéral a condamné le responsable du traitement à remettre par écrit certains documents contenant de telles données personnelles. Dans un premier arrêt, qui concerne une demande d'accès d'un créancier envers un liquidateur d'une assurance, le Tribunal fédéral a condamné le responsable du traitement à ce qu'il remette par écrit à la personne concernée plusieurs documents, à savoir notamment les documents contractuels, les documents relatifs à la négociation et la résiliation du contrat, les notes téléphoniques et de réunion, des documents internes concernant les données de la personne concernée et la correspondance, dont celle avec la FINMA. À l'inverse, le Tribunal fédéral a estimé que le responsable du traitement n'avait pas à remettre les états financiers annuels, les états financiers consolidés et les rapports d'audit qui ne contenaient aucune donnée personnelle⁷⁹. Dans un second arrêt, le Tribunal fédéral a condamné une banque à remettre par écrit à ses anciens employés certains documents sur lesquels figuraient leurs données personnelles, documents qui ont été pour le surplus transmis à des autorités américaines⁸⁰. Parmi les arguments avancés par le Tribunal fédéral, la transmission desdits documents devait permettre aux personnes concernées de consulter leurs données personnelles où elles veulent et quand elles veulent, et d'avoir, en tout temps, la possibilité de comparer les documents litigieux avec d'autres informations⁸¹.

[50] À l'aune de la jurisprudence rendue sous l'ancien droit, le Tribunal fédéral a ainsi toujours fait preuve d'une retenue quant à répondre à la question de savoir si le droit d'accès est limité

⁷⁸ La consultation des procès-verbaux des commissions est accessible à certaines conditions conformément à l'art. 7 de l'Ordonnance de l'Assemblée fédérale portant application de la loi sur le Parlement et relative à l'administration du Parlement (OLPA; RS 171.115). L'art. 7 al. 5 OLPA précise toutefois que « [T]oute personne qui consulte un procès-verbal est tenue à la confidentialité. Elle n'est autorisée, en particulier, ni à le rendre public, en tout ou en partie, ni à divulguer l'opinion exprimée par les participants au cours de la séance concernée ». Conformément à l'art. 7 al. 5 OLPA, il est ainsi impossible de citer fidèlement les procès-verbaux ou de nommer les parlementaires à l'origine des propositions.

⁷⁹ Arrêt TF 4A_506/2014 du 3 juillet 2015; CR LPD-BENHAMOU, art. 25 LPD, N 50 (note 40).

⁸⁰ ATF 141 III 119, consid. 7; CR LPD-BENHAMOU, art. 25, N 49 (note 40).

⁸¹ ATF 141 III 119, consid. 7.1.3.

aux données personnelles en tant que telles ou s'étend à tous les documents. Loin de consacrer un droit d'accès conférant à un requérant le droit d'obtenir l'intégralité des documents comprenant ses données personnelles, la jurisprudence paraît ainsi mesurée, notre Haute Cour veillant à trouver un équilibre entre les intérêts des personnes concernées et les responsabilités qui incombent au responsable du traitement, tout en accordant à ce dernier une certaine marge de manœuvre. Ainsi, le Tribunal fédéral a adopté une position selon laquelle la remise d'un document contenant les données personnelles n'était pas systématiquement indispensable pour atteindre l'objectif recherché par le droit d'accès. Si, en revanche, la remise d'un tel document est considérée comme nécessaire pour assurer une compréhension complète des données personnelles traitées, le responsable du traitement doit, dans les limites définies par les restrictions au droit d'accès, fournir des parties de documents ou des documents entiers. Cette approche du Tribunal fédéral visait à garantir la pleine compréhension des données tout en évitant une remise automatique de chaque document.

[51] Préalablement à l'analyse pratique de la modification apportée par le législateur à l'art. 25 al. 2 let. b LPD, et à l'interprétation que pourrait en donner le Tribunal fédéral, il me paraît essentiel de procéder à une comparaison avec le droit européen qui fait face à des défis similaires en matière de droit d'accès. À cet égard, la première phrase de l'art. 15 par. 3 RGPD prévoit que « [L]e responsable du traitement fournit une copie des données à caractère personnel faisant l'objet d'un traitement ». L'art. 15 par. 4 RGPD précise pour sa part que « [L]e droit d'obtenir une copie visé au paragraphe 3 ne porte pas atteinte aux droits et libertés d'autrui ». Le libellé de l'art. 15 par. 3 RGPD 1^{ère} phrase suscite au sein de l'Union européenne des débats doctrinaux sur sa portée, en particulier quant à savoir s'il établit un droit supplémentaire à l'obtention de copies – et par conséquent de documents – ou s'il se limite à renforcer le droit d'être renseigné. En Autriche et en Allemagne, tant la doctrine que les tribunaux sont particulièrement divisés. Deux conceptions principales émergent de ces divisions, à savoir une conception restrictive et une conception extensive.

[52] Selon une conception restrictive, l'art. 15 par. 3 RGPD ne traite que d'une forme particulière d'accès et se rapporte uniquement aux informations visées au paragraphe 1, lequel ne prévoit aucun droit à un accès complet aux données, mais simplement à l'obtention d'un aperçu sur les données. Pour BORIS PAAL, la notion de copie vise uniquement les renseignements concernant les données à caractère personnel qui doivent être fournis conformément à l'art. 15 par. 1 RGPD, de sorte que le droit d'obtenir une copie, dans sa portée matérielle, ne peut aller au-delà du droit d'être renseigné. La finalité de l'art. 15 RGPD, confirmée par le considérant 63, est de permettre aux personnes concernées de vérifier la licéité des traitements de données. Il suffit donc que la personne obtienne une copie des informations visées à l'art. 15 par. 1 let. a à h RGPD. Une conception allant au-delà de cette exigence impliquerait une augmentation de la charge financière, pratique et juridique et ne permettrait pas la mise en balance avec les droits et les libertés de tiers⁸². Selon DIETMAR JAHNEL, l'art. 15 par. 3 RGPD impose la remise d'une copie des données faisant l'objet d'un traitement, et non d'une copie des documents dans lesquels les données sont utilisées. Il faut comprendre la formulation de l'art. 15 par. 3 RGPD comme faisant référence à un droit à la présentation fidèle à l'original des données faisant l'objet d'un traitement. Pour satisfaire à cette condition de fidélité à l'original, il suffit que les données traitées soient repro-

⁸² BORIS PAAL, art. 15, N 33 et 34, in : Boris Paal/Daniel Pauly (édit.), *Datenschutz-Grundverordnung und Bundesdatenschutzgesetz*, 3^e éd., 2021.

duites à partir du traitement de données concret et, ainsi, copiées puis communiquées. Toujours d'après DIETMAR JAHNEL, il faut donc en conclure que l'art. 15 par. 3 RGPD vise à assurer que les données transmises en réponse à une demande d'accès correspondent exactement aux données stockées, garantissant ainsi l'exactitude des informations fournies concernant les données réellement traitées. Ce but est atteint lorsque le responsable du traitement exporte directement, à partir du traitement des données, les catégories de données traitées avec leur contenu spécifique, relatives à la personne demandant l'accès à ces informations, autrement dit, lorsqu'il les copie. Interprétée de cette manière, la première phrase de l'art. 15 par. 3 RGPD concrétise davantage le droit général d'accès aux données à caractère personnel énoncé à l'art. 15 par. 1 RGPD qui prévoit uniquement le droit d'accès dans son principe, sans spécifier la forme et le contenu de la transmission des informations⁸³.

[53] Plusieurs tribunaux suivent cette conception restrictive. Par arrêt du 23 septembre 2020, le *Bundesverwaltungsgericht* d'Autriche a jugé qu'il ne faut pas déduire de l'art. 15 RGPD un droit général d'obtenir des documents dans lesquels des données à caractère personnel sont traitées. Il admet toutefois qu'il peut parfois être nécessaire ou aussi approprié, au cas par cas, conformément à l'exigence de transparence des informations, que des passages isolés de textes ou également de documents soient fournis par le responsable du traitement⁸⁴. Par arrêt du 16 juillet 2020, l'*Arbeitsgericht* de Bonn (Allemagne) a également jugé qu'il ne ressort de la finalité de l'art. 15 RGPD aucun élément laissant supposer qu'il existerait, en sus de l'information relative aux données à caractère personnel, une obligation de délivrance de documents⁸⁵.

[54] Selon une conception extensive, toutes les données à caractère personnel traitées doivent être transmises sous la forme brute actuelle, ce qui implique un droit d'obtenir une copie des données faisant l'objet d'un traitement. Selon VIKTORIA HAIDINGER, la personne concernée a le droit d'obtenir une copie des données faisant l'objet d'un traitement, ce droit étant indépendant du droit d'accès au contenu des données traitées. La transmission d'une copie des données recouvre ces deux droits lorsque les données figurant sur la copie, conformément au principe de transparence, sont compréhensibles pour la personne concernée, c'est-à-dire accompagnées d'explications. Toujours selon l'auteure, la notion de copies des données comprend notamment les courriers électroniques ou les extraits de bases de données⁸⁶.

[55] Plusieurs tribunaux allemands et autrichiens ont eu l'occasion de se prononcer sur cette conception extensive. Par arrêt du 17 décembre 2020, l'*Oberster Gerichtshof* d'Autriche a indiqué que l'art. 15 par. 3 RGPD suppose un droit à la remise de copies, en particulier des copies des dossiers médicaux, des diagnostics, des résultats d'examen et des avis de médecins traitants⁸⁷. Par arrêt du 29 avril 2021, le *Verwaltungsgericht* de Schwerin (Allemagne) a admis la fourniture d'une copie d'une expertise, en considérant que l'intention du législateur était de permettre à la personne concernée d'accéder de manière autonome et directe à ses données⁸⁸. Afin de motiver son raisonnement, le *Verwaltungsgericht* indique notamment ce qui suit en s'appuyant sur

⁸³ DIETMAR JAHNEL, *Kommentar zur DSGVO*, art. 15, N 37, 38, 42 et 43, 2021.

⁸⁴ *Bundesverwaltungsgericht*, W256 2226269-1 du 23 septembre 2020.

⁸⁵ *Arbeitsgericht Bonn*, 3 Ca 2026/19 du 16 juillet 2020.

⁸⁶ VIKTORIA HAIDINGER, art. 15, N 35, in : Rainer Knyrim (édit.), *Der DatKomm, Praxiskommentar zum Datenschutzrecht, DSGVO und DSG*, Vienne 2022.

⁸⁷ *Oberster Gerichtshof*, 6Ob138/20 t du 17 décembre 2020.

⁸⁸ *Verwaltungsgericht Schwerin*, 1 A 1343/19 SN du 29 avril 2021.

des exemples particulièrement pertinents : « [...] *Andernfalls wäre eine Überprüfung auf Richtigkeit der gespeicherten Daten und das Recht auf Berichtigung nach Art. 16 DS-GVO nicht umsetzbar. Ohne Kenntnis der konkreten Daten, ist eine Überprüfung auf Richtigkeit nicht möglich. Anhand einer Übersicht, dass etwa Name, Adresse und eine gewisse Anzahl von Fotos, etc. gespeichert werden, lässt sich nicht überprüfen, ob die Daten auch inhaltlich zutreffend erfasst wurden, etwa ob der Name richtig geschrieben wurde oder ob bei zugeordneten Fotos überhaupt ein Zusammenhang mit der betroffenen Person besteht. So können beispielsweise Bilder von verschiedenen Eigentumsobjekten falsch zugeordnet sein. Selbst bei Annahme größtmöglicher Sorgfalt, ist es nicht auszuschließen, dass bei der Verarbeitung großer Datenmengen in jedem Fall eine richtige Zuordnung vorgenommen wird. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich etwa die betreffenden Informationen ähneln (Beispiele : Fotos von baugleichen Reihenhäusern oder von eineiigen Zwillingen), die Daten auf einem Datenträger erfasst wurden und erst im Nachgang eine abschließende Zuordnung zu einer Akte bzw. einem Datensatz erfolgt. Eine Überprüfung der richtigen Erfassung durch den Betroffenen ist nur bei vollständiger Kenntnis der Daten möglich. Gleiches gilt für das Recht auf Löschung nach Art. 17 DS-GVO [...] ».*

[56] Enfin, la CJUE s'est récemment prononcée à l'occasion d'une demande préjudicielle déposée par le *Bundesverwaltungsgericht* d'Autriche concernant l'interprétation à donner de l'art. 15 par. 3 RGPD, tranchant ainsi le conflit doctrinal⁸⁹. Dans cette affaire, le demandeur introduit une demande d'accès auprès de la société CRIF GmbH, une agence de renseignements de solvabilité. Dans ce contexte, le demandeur demande à recevoir des copies de documents, tels que des courriels et des extraits de bases de données, contenant ses données personnelles. En réponse à cette demande, CRIF fournit au plaignant des informations synthétisées concernant ses données personnelles, mais n'inclut pas les copies des documents où ces données étaient contenues⁹⁰. Insatisfait, le demandeur saisit l'autorité autrichienne de protection des données, arguant que la réponse à sa demande est incomplète et que CRIF doit lui fournir des copies de tous les documents incluant ses données personnelles. Après le rejet de sa demande par l'autorité autrichienne de protection des données, le demandeur porte l'affaire devant la juridiction autrichienne. Cette dernière sollicite alors des éclaircissements quant à la signification de la notion de copie des données personnelles dans le contexte d'une demande d'accès.

[57] Dans cet arrêt, la CJUE souligne que la notion de copie ne se rapporte généralement pas à une copie d'un document en tant que tel, mais uniquement aux données à caractère personnel traitées. La CJUE précise toutefois que, selon l'art. 15 par. 3 RGPD, la personne concernée doit pouvoir recevoir une reproduction fidèle de l'ensemble de ses données traitées par un responsable du traitement. Dans certains cas, cela peut inclure le droit d'obtenir des copies d'extraits de documents, voire des documents entiers, ou des extraits de bases de données contenant ses données personnelles, à la condition que cela s'avère essentiel pour lui permettre d'exercer pleinement les droits que lui confère le RGPD⁹¹. La possibilité d'obtenir une reproduction fidèle de l'ensemble des données ne doit toutefois pas compromettre les droits et libertés d'autrui conformément à l'art. 15 par. 4 RGPD, ce qui comprend le secret des affaires ou la propriété intellectuelle comme le droit

⁸⁹ Arrêt CJUE C-487/21 du 4 mai 2023.

⁹⁰ À noter que CRIF a fourni une partie des informations demandées sous une forme synthétique, en reproduisant les données à caractère personnel enregistrées, d'une part, dans un tableau structuré selon le nom, la date de naissance, la rue, le code postal et la localité et, d'autre part, dans une liste récapitulative de ses fonctions en entreprise et de ses pouvoirs de représentation. Aucun document supplémentaire, tel que courrier électronique ou extrait de bases de données, n'a été transmis.

⁹¹ Arrêt CJUE C-487/21 du 4 mai 2023, par. 29, 39, 40, 41 et 42.

d'auteur protégeant le logiciel. En cas de conflit entre, d'une part, l'exercice d'un droit d'accès complet aux données personnelles et, d'autre part, les droits ou libertés d'autrui, il convient de trouver un équilibre⁹². En résumé, il n'existe pas d'obligation générale pour un responsable du traitement de fournir des copies intégrales de documents ou de bases de données en réponse à une demande d'accès et, corollairement, il n'existe pas de droit général au bénéfice de la personne concernée lui permettant de requérir de tels documents⁹³. Toutefois, en fonction du contexte, la remise d'extraits ou de copies aux personnes concernées peut s'avérer nécessaire.

[58] Sous l'angle du droit suisse et au regard de ce qui précède, notamment à la lumière des réflexions menées dans l'Union européenne, il convient maintenant d'établir ce que le responsable du traitement en Suisse doit communiquer à la personne concernée sur la base de l'art. 25 al. 2 let. b LPD lorsque cette dernière exerce son droit d'accès⁹⁴. Pour ce faire, il faut admettre qu'en ajoutant l'expression « en tant que telles » aux données personnelles traitées, la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national avait pour objectif de limiter le droit d'accès. Ceci est confirmé par les débats parlementaires⁹⁵. Toutefois, les travaux parlementaires manquent de clarté par rapport à la question. L'intention de la Commission des institutions politiques du Conseil national était-elle d'introduire une limitation absolue qui empêcherait systématiquement l'envoi de documents sur lesquels figurent des données personnelles ou, au contraire, visait-elle une situation plus spécifique ? Selon une analyse approfondie des travaux de commission, on comprend que la majorité de la Commission des institutions politiques du Conseil national avait pour ambition, d'une part, de lutter de manière chirurgicale contre l'utilisation abusive du droit d'accès, en particulier lorsqu'il est utilisé pour obtenir des preuves dans le cadre d'une procédure civile à venir et, d'autre part, d'éviter la dilution des secrets, tels que le secret professionnel ou le secret de fabrication et d'affaires⁹⁶. La volonté de la Commission des institutions politiques paraît claire : mettre uniquement un terme à l'exercice abusif du droit d'accès⁹⁷. Cette volonté ne vise ainsi ni à créer, par l'ajout de la notion en question, une limitation absolue à l'envoi de documents contenant des données personnelles lors de l'exercice du droit d'accès⁹⁸ ni à créer une obligation générale pour le responsable du traitement de fournir de tels documents. Le responsable du traitement est donc tenu, en fonction du contexte, de fournir à la personne concer-

⁹² Arrêt CJUE C-487/21 du 4 mai 2023, par. 58 à 61.

⁹³ La communication de documents ou d'extraits de ceux-ci ne représente ainsi pas l'exercice d'un droit autonome par rapport au droit d'accès, qui serait garanti par la première phrase de l'art. 15 par. 3 RGPD, mais seulement une modalité d'envoi de la copie des données à caractère personnel visant à garantir la pleine intelligibilité de celles-ci.

⁹⁴ Il va de soi que le responsable du traitement doit également communiquer le reste des informations listées aux lettres a à g, en plus de toutes autres informations permettant de faire valoir ses droits et pour que la transparence du traitement.

⁹⁵ Sur la question, DAMIEN COTTIER a précisé ce qui suit lors des débats parlementaires (BO 2020 N 150) : « [E]lle [La Commission des institutions politiques du Conseil national] estime plus clair de préciser à cet article que ce sont bien les données en tant que telles qui doivent être transmises, et non toute la documentation qui peut contenir ces données et qui peut être bien plus vaste, ce qui pourrait s'avérer disproportionné. Ce point ne fera pas l'objet d'un vote, puisqu'il n'y a pas de proposition de minorité, mais nous maintiendrons une divergence avec le Conseil des Etats ».

⁹⁶ C'est également pour cette raison que la Commission des institutions politiques du Conseil national a ajouté l'exemple du secret professionnel à l'art. 26 al. 1 let. a LPD (cf. note 42).

⁹⁷ Dans le même sens, DAVID ROSENTHAL (en collaboration avec Samira Studer/Alexandre Lombard pour la traduction), *La nouvelle loi sur la protection des données*, in : Jusletter 16 novembre 2020, N 118 ; CR LPD-BENHAMOU, art. 25, N 38 (note 40) ; MARTIN STEIGER, art. 25 LPD, N 18, in : *Onlinekommentar de la Loi fédérale sur la protection des données*, Thomas Steiner/Anne-Sophie Morand/Daniel Hürlimann (édit.).

⁹⁸ Une telle limitation aurait eu pour effet de vider de sa substance le droit d'accès.

née des extraits ou des copies de documents comme c'est le cas sous l'aune du droit européen ou de l'aLPD.

[59] Cette analyse est renforcée par la lecture de l'art. 16 OPDo⁹⁹, et plus particulièrement de son al. 4, qui prévoit que les renseignements sont communiqués sous une forme compréhensible pour la personne concernée¹⁰⁰. Cette exigence de compréhensibilité, ou d'intelligibilité, implique qu'il n'est pas exclu, selon les circonstances, de fournir à la personne concernée des passages de documents, voire des documents complets. Il est important de préciser que la doctrine est divisée s'agissant de la lecture de l'art. 16 OPDo. Pour BENHAMOU, l'art. 16 OPDo est l'expression d'une limitation par rapport à l'ancien système en place, car l'aLPD prévoyait la remise d'imprimés ou de photocopies¹⁰¹, alors que la législation révisée se limite à prévoir la remise de renseignements sous une forme compréhensible pour la personne concernée¹⁰². Cela suppose simplement que les renseignements soient lisibles et compréhensibles pour la personne concernée, qu'ils soient extraits et résumés (p. ex. sous forme de tableau résumé) ou reproduits tels quels (p. ex. pour des données complexes)¹⁰³. Selon moi, cette interprétation ne tient pas compte du Rapport explicatif du 31 août de l'OPDo qui prévoit expressément que la transmission de renseignements sous forme résumée (agrégée) n'est pas autorisée¹⁰⁴. Sur la base de ce dernier, il faut en effet éviter de remettre à la personne concernée des données selon des modalités décontextualisées. Qui plus est, le rapport indique également que la délivrance de documents écrits (y compris électroniques) peut être extrêmement importante pour la personne concernée¹⁰⁵. En particulier, la personne concernée doit avoir la possibilité de demander, lors d'une consultation sur place de ses données, une photocopie de certaines pièces de son dossier¹⁰⁶. Il ne s'agit que d'un exemple isolé, qui peut très bien être transposé à la situation où la réponse au droit d'accès est fournie par écrit.

[60] Nonobstant les éléments ci-dessus, une question fondamentale reste en suspens : que doit remettre le responsable du traitement pour répondre correctement à une demande de droit d'accès au vu de l'art. 25 al. 2 let. b LPD ? Le responsable du traitement doit-il remettre tous les documents en sa possession et contenant des données personnelles ? Peut-il se limiter à l'envoi de certains documents ? Ou, au contraire, peut-il décider de n'émettre aucun document sur la base de l'expression « en tant que telles » ? Selon moi, l'expression ajoutée par la Commission des institutions politiques du Conseil national ne permet pas au responsable du traitement de refuser automatiquement la remise de documents contenant des données personnelles. Cela ne veut pas pour autant dire que le responsable du traitement doive remettre l'ensemble des documents sur

⁹⁹ L'art. 16 OPDo concrétise les modalités du droit d'accès de l'art. 25 LPD. La disposition reprend dans une certaine mesure l'art. 8 al. 5 aLPD et l'art. 1 al. 1 à 3 de l'ancienne Ordonnance fédérale sur la protection des données. Je souligne qu'en raison de son importance, le projet de l'OPDo (qui s'abrégeait alors encore « OLPD ») a été soumis à une consultation externe. Sur ce point, cf. LIVIO DI TRIA, Ouverture de la procédure de consultation de l'Ordonnance fédérale sur la protection des données, in : www.swissprivacy.law/81.

¹⁰⁰ Selon moi, l'essence de l'art. 16 al. 4 OPDo correspond en tout point à l'essence de l'art. 15 par. 3 1^{ère} phrase RGPD. L'art. 16 al. 4 OPDo est simplement rédigé en des termes plus génériques, ce qui laisse – malheureusement – place à différentes interprétations.

¹⁰¹ Art. 8 al. 5 aLPD.

¹⁰² CR LPD-BENHAMOU, art. 25, N 49 ss (note 40).

¹⁰³ CR LPD-BENHAMOU, art. 25, N 49 ss (note 40).

¹⁰⁴ Office fédéral de la justice, Ordonnance sur la protection des données, Rapport explicatif du 31 août 2022, p. 40.

¹⁰⁵ *Ibidem*.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

lesquels figurent des données personnelles. Il s'agit plutôt d'un savant jeu fondé sur l'équilibre entre les droits de la personne concernée et les intérêts légitimes du responsable du traitement.

[61] Pour commencer, il faut rappeler que la notion large de données personnelles, résultant de la définition figurant à l'art. 5 let. a LPD, englobe potentiellement toute sorte d'informations, tant objectives que subjectives sous forme d'avis ou d'appréciations, à condition qu'elles concernent la personne¹⁰⁷. Un tel sens étendu s'avère indispensable au vu de la diversité de types et de formes que peuvent revêtir les informations, ainsi qu'au vu de la diversité des supports susceptibles de contenir ces informations. Ensuite, et vu l'art. 16 al. 4 OPDo, le responsable du traitement doit communiquer les informations sous une forme compréhensible pour la personne concernée, ce qui implique potentiellement la délivrance de documents écrits (y compris électroniques). La diversité des données susceptibles de faire l'objet d'un traitement implique que, selon le type de données traitées et le type de traitement, la délivrance de documents peut revêtir différents formats tels que le format papier, l'enregistrement audio ou vidéo, le format électronique ou d'autres formats. Il importe ainsi que la réponse à un droit d'accès soit fidèle et permette à la personne concernée d'avoir une pleine connaissance de toutes les données faisant l'objet d'un traitement. Une éventuelle compilation des données faisant l'objet du traitement doit reproduire de manière fidèle et compréhensible ces données et ne doit aucunement influencer le contenu des données qui doivent être fournies. Le choix de fournir une compilation des données faisant l'objet du traitement ne saurait justifier que certaines données soient omises ou fournies de manière incomplète ou ne reflètent pas la réalité de ce traitement.

[62] En termes pratiques, et selon les circonstances, cela implique que le responsable du traitement pourrait devoir remettre des documents, ou des extraits de documents, ainsi que des extraits de base de données à la personne concernée. Il est toutefois impossible de dresser une liste exhaustive des documents qui pourraient être remis dans le cadre d'une demande d'accès, car cela dépend des traitements de données qui existent, de leur nature et de leur étendue. Sans prétention à l'exhaustivité, ces documents pourraient notamment comprendre des rapports, des rapports médicaux, des courriels, des dossiers médicaux, des contrats, des enregistrements audio ou vidéo, des données de localisation, des fichiers de ressources humaines, des décomptes bancaires, des décomptes d'assurance maladie, des factures, des correspondances, des évaluations de performance, des évaluations de la solvabilité, voire des commentaires enregistrés par des employés le logiciel de gestion des clients.

[63] Finalement, à la question de savoir si le droit d'accès se limite exclusivement aux données traitées ou inclut également les données complémentaires générées par la personne concernée à la suite du traitement, la réponse est claire : les données générées qui font l'objet d'un traitement tombent sous le droit d'accès. Ces données peuvent être utilisées pour tirer des conclusions ou des prédictions sur les personnes concernées, par exemple en créant des profils de solvabilité ou de consommation.

¹⁰⁷ En particulier, voir ATF 136 II 508. Sur le concept de données personnelles, voir en particulier : ALEXANDRE JOTTERAND, *Personal Data or Anonymous Data : where to draw the lines (and why) ?*, in : Jusletter 15 août 2022 ; CR LPD-MEIER/TSCHUMY, art. 5, N 18 ss (note 40). Voir également pour une analyse complète de la notion en droit européen la thèse de JULIEN ROSSI, *Protection des données personnelles et droit à la vie privée : enquête sur la notion controversée de « donnée à caractère personnel »*.

4. Conclusion

[64] Il résulte de la révision de la législation fédérale en matière de protection des données que le droit d'accès a été renforcé. Ce renforcement, qui vise à donner aux personnes concernées une plus grande maîtrise sur leurs données personnelles et à accroître la transparence des traitements, est fondamental dans un monde numérique. Malgré ce renforcement, des défis pratiques subsistent pour le responsable du traitement. Naviguer dans l'incertitude de ces défis pratiques de complexité demande au responsable du traitement une approche réfléchie et équilibrée. Une analyse au cas par cas des demandes de droit d'accès permettra au responsable du traitement de garantir une application cohérente de la nouvelle législation en matière de protection des données.

LIVIO DI TRIA, co-fondateur des sites www.swissprivacy.law et www.protection-donnees.ch, est consultant spécialisé en cybersécurité et confidentialité. Son champ d'expertise se concentre principalement sur le droit des nouvelles technologies, incluant la protection des données, l'intelligence artificielle, les technologies de l'information et de la communication, les technologies de pointe (*frontiers technologies*) ainsi que la cybersécurité. En plus de ses activités de consultant, il est chargé de cours pour différentes hautes écoles et fait partie du Conseil consultatif de l'association CH++.

L'auteur tient à remercier Mme Hermine Lacour et M. Kastriot Lubishtani pour leurs précieux conseils et la relecture du présent article.