



21.443

Initiative parlementaire Ordonnance sur les rapports de travail du chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence

**Rapport explicatif de la Commission des institutions politiques
du Conseil national**

du 27 janvier 2022

Madame la Présidente,
Mesdames et Messieurs,

Par le présent rapport, nous vous soumettons un projet d'ordonnance sur les rapports de travail du chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence ainsi que des projets de modification de la loi sur la protection des données et de la loi sur la sécurité de l'information, que nous transmettons simultanément au Conseil fédéral pour avis.

La commission propose d'adopter le projet de l'acte ci-joint.

27 janvier 2022

Pour la commission:

Le président, Marco Romano

Rapport

1 Contexte

La révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (ci-après «nLPD»)¹ adoptée par le Parlement le 25 septembre 2020 prévoit notamment une modification de la procédure de désignation du chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (ci-après «le préposé»²): actuellement, le préposé est nommé par le Conseil fédéral et sa nomination est soumise à l'approbation de l'Assemblée fédérale (art. 26, al. 1, LPD³); à l'avenir, il sera élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) [art. 43, al. 1, nLPD]. L'élection par le Parlement vise à renforcer l'indépendance et la légitimité démocratique du préposé.

Dans le cadre de cette révision totale, diverses dispositions régissant les rapports de travail du préposé ont été adoptées, également dans la loi du 13 décembre 2002 sur le Parlement⁴ (la version révisée de cette loi est désignée ci-après par l'abréviation «nLParl»).

L'art. 43, al. 1, nLPD prévoit que le préposé est élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). La mise au concours et la préparation de l'élection incombent à la Commission judiciaire (art. 40a, al. 1, let. d, et al. 2, première phrase, nLParl).

Quiconque a le droit de vote en matière fédérale est éligible (art. 43, al. 2, nLPD). Le préposé ne peut pas être membre de l'Assemblée fédérale ou du Conseil fédéral ni exercer aucune autre fonction au service de la Confédération (art. 46 nLPD).

La période de fonction du préposé est de quatre ans et peut être renouvelée deux fois. Elle débute le 1^{er} janvier suivant le début de la législature du Conseil national (art. 44, al. 1, nLPD).

Le préposé peut demander à l'Assemblée fédérale, en respectant un délai de six mois, de mettre fin à la période de fonction pour la fin d'un mois (art. 44, al. 2, nLPD).

L'Assemblée fédérale (Chambres réunies) peut révoquer le préposé avant la fin de sa période de fonction (a) s'il a violé gravement ses devoirs de fonction de manière intentionnelle ou par négligence grave ou (b) s'il a durablement perdu la capacité d'exercer sa fonction (art. 44, al. 3, nLPD). La Commission judiciaire est compétente pour préparer la révocation (art. 40a, al. 1, let. d, nLParl). Si les Commissions de gestion ou la Délégation des finances font des constatations qui mettent sérieusement en cause l'aptitude professionnelle ou personnelle du préposé, elles les communiquent à la Commission judiciaire (art. 40a, al. 6, nLParl).

¹ FF 2020 7397

² Lorsque le présent texte se réfère au chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence en tant que personne, il est question du «préposé». Lorsque le texte se rapporte au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence en tant qu'autorité ou institution, l'abréviation «PF PDT» est utilisée.

³ RS 235.1

⁴ RS 171.10

Le préposé ne peut en principe exercer aucune activité accessoire (art. 47, al. 1, nLPD). Toutefois, l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) peut l'autoriser à en exercer une pour autant que l'exercice de la fonction ainsi que l'indépendance et la réputation du PFPDT n'en soient pas affectés. Sa décision est publiée (art. 47, al. 2, nLPD).

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) dispose de son propre budget (art. 43, al. 5, première phrase, nLPD). Il remet chaque année, par l'intermédiaire de la Chancellerie fédérale (ChF), son projet de budget au Conseil fédéral. Celui-ci le transmet tel quel à l'Assemblée fédérale (art. 45 nLPD et art. 142, al. 2, nLParl). Le PFPDT défend son projet de budget et ses comptes devant l'Assemblée fédérale (art. 142, al. 3, nLParl).

L'ancien droit s'applique à l'élection et à la fin des rapports de travail du préposé jusqu'à la fin de la législature au cours de laquelle la nLPD entre en vigueur (art. 72 nLPD).

En sa qualité d'organe d'élection, le Parlement a compétence pour édicter les dispositions d'exécution relatives aux rapports de travail du préposé. Le 15 avril 2021, la Commission des institutions politiques du Conseil national (CIP-N) a décidé de s'atteler aux travaux en question en élaborant une initiative parlementaire. La Commission des institutions politiques du Conseil des États a approuvé cette initiative le 26 avril 2021. Le 27 janvier 2022, la CIP-N a adopté au vote sur l'ensemble le projet d'ordonnance ci-joint à l'unanimité ainsi que la modification de la nLPD (également à l'unanimité) et la modification de la loi du 18 décembre 2020 sur la sécurité de l'information (LSI)⁵ (par 17 voix contre 3 et 3 abstentions. En vertu de l'art. 112, al. 1, LParl, elle a été secondée dans ses travaux par le Département fédéral de justice et police et le Département fédéral des finances. Les modalités des rapports de travail du préposé sont réglées dans les projets d'acte ci-joints. La commission a décidé de ne pas mettre ces projets en consultation étant donné qu'ils portent principalement sur l'organisation et les procédures des autorités fédérales ainsi que sur la répartition des compétences entre autorités fédérales (art. 3a, al. 1, let. a, de la loi du 18 mars 2005 sur la consultation⁶).

2 **Grandes lignes du projet**

Conformément à l'art. 43, al. 3, nLPD, les rapports de travail du préposé sont régis par la loi du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération (LPers)⁷, pour autant que la LDP n'en dispose pas autrement. Ainsi, la LPers reste applicable au préposé, même si celui-ci sera dorénavant élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Le même principe est prévu pour la législation d'exécution: le droit du personnel de la Confédération s'appliquera au préposé de manière subsidiaire.

Comme cela a été mentionné plus haut, la nLPD prévoit des dispositions spéciales concernant les rapports de travail du préposé. Lors des travaux relatifs à l'initiative

⁵ FF 2020 9665

⁶ RS 172.061

⁷ RS 172.220.1

parlementaire 21.443, il est apparu que, à cet égard, certains compléments devaient être apportés à la nLPD. Il convient en particulier de créer une base légale qui habilite expressément l'Assemblée fédérale à édicter une ordonnance sur les rapports de travail du préposé. De plus, la nLPD est complétée par des dispositions importantes portant sur la prévoyance professionnelle, sur l'exclusion d'une indemnité en cas de dissolution des rapports de travail, sur la récusation et sur l'avertissement en tant que mesure disciplinaire, ainsi que par des dispositions transitoires concernant l'élection et les rapports de travail du préposé. La disposition relative aux activités accessoires du préposé est en outre modifiée afin que les compétences soient réparties de manière judicieuse au sein de l'Assemblée fédérale. La résiliation des rapports de travail à l'initiative du préposé est également adaptée. Une disposition exemptant le préposé du contrôle de sécurité relatif aux personnes est introduite dans la LSI. Enfin, certains détails relatifs aux rapports de travail du préposé doivent être réglés ou précisés au niveau de l'ordonnance. Ils concernent la conclusion des rapports de travail et la durée du mandat, le traitement, la prévoyance professionnelle, d'autres droits et obligations résultant des rapports de travail, la suspension provisoire de la fonction et le traitement des données.

Le PFPDT constitue une unité administrative décentralisée sans personnalité juridique, rattachée administrativement à la ChF. La révision totale de la LPD ne changera rien à cette situation. À l'art. 43, al. 5, nLPD, il est indiqué – comme jusqu'ici à l'art. 26, al. 4, LPD – que le préposé dispose d'un secrétariat permanent et qu'il engage lui-même son personnel. Les rapports entre la ChF et le PFPDT sont précisés dans le cadre d'une convention. Dans le projet du 23 juin 2021 concernant la révision totale de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (P-OLPD)⁸, il est prévu que le statu quo est maintenu et que les rapports de travail du secrétariat permanent du PFPDT demeurent réglés par le Conseil fédéral dans l'OLPD⁹, moyennant un renvoi à la LPers et à ses dispositions d'exécution.

3 **Commentaire de la modification de la loi fédérale du 25 septembre 2020 sur la protection des données**

Art. 43, al. 3, 2^e à 4^e phrases

Conformément à l'art 43, al. 3, nLPD, les rapports de travail du préposé sont régis par la LPers, sauf si la loi sur la protection des données en dispose autrement. Cette disposition doit être complétée par une disposition relative à la prévoyance professionnelle du préposé. Selon cette disposition, le préposé est assuré auprès de la caisse de pensions PUBLICA contre les conséquences économiques de la vieillesse, de l'invalidité et du décès. Une telle disposition est nécessaire car la LPers n'est pas directement applicable ici. En effet, en vertu de l'art. 32b LPers, le Conseil fédéral est réputé être l'employeur pour les employés visés à l'art. 32a LPers (avec une réserve pour les

⁸ Le dossier de la consultation concernant la révision totale de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données peut être consulté sur la page suivante:

⁹ <https://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/staat/gesetzgebung/datenschutzstaerkung.html>.
RS 235.11

unités administratives de l'administration fédérale décentralisée dotées de la personnalité juridique et d'une comptabilité propre). Cela ne s'applique pas au préposé, c'est pourquoi la prévoyance professionnelle doit être régie par une loi spéciale. La 3^e et la 4^e phrases de l'art. 43, al. 3, nLPD règlent à neuf la prévoyance professionnelle du préposé pour le cas où il resterait en fonction au-delà de l'âge de 65 ans (voir à ce sujet l'art. 4, al. 2, du projet d'ordonnance concernant les rapports de travail du préposé). Cette disposition correspond matériellement à l'art. 8, al. 2 et 3, de l'ordonnance de l'Assemblée fédérale concernant les rapports de travail et le traitement du procureur général de la Confédération et des procureurs généraux suppléants du 1^{er} octobre 2010¹⁰ (ci-après: «ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération»).

Il n'y a en revanche pas besoin de dispositions spéciales pour les prestations de l'employeur en cas d'incapacité de travail du préposé pour cause de maladie, d'accident, d'invalidité, de service militaire ou civil, de protection civile ou de maternité, ni pour les prestations de l'employeur aux survivants en cas de décès. Ces prestations sociales continueront d'être réglées par les dispositions applicables du droit du personnel de la Confédération.

Art. 43, al. 3^{bis}

A la fois organe de nomination et employeur, l'Assemblée fédérale est matériellement compétente pour régler les rapports de travail du préposé. Cependant, la nLPD ne contient pas encore de disposition autorisant explicitement l'Assemblée fédérale à arrêter une ordonnance. Pour cette raison, le nouvel art. 43, al. 3^{bis} précise que l'Assemblée fédérale édicte par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution relatives aux rapports de travail du préposé. Cela inclut également les dispositions d'exécution sur la prévoyance professionnelle.

Art. 44, al. 2

L'art. 44, al. 2, nLPD prévoit désormais un droit de résiliation par le préposé au lieu d'une demande de résiliation. Contrairement à la demande de résiliation, le préposé peut mettre fin à la relation de travail de manière unilatérale en donnant un préavis de licenciement. Le préposé peut mettre fin à la relation de travail à la fin de chaque mois moyennant un préavis de six mois. La Commission judiciaire peut accorder au préposé un délai de préavis plus court dans des cas individuels si aucun intérêt essentiel ne s'y oppose. Cette règle se base sur l'art. 5 de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération.

Art. 44, al. 4

L'art. 44 nLPD est complété par un al. 4 qui prévoit que le préposé ne reçoit aucune indemnité en cas de dissolution de ses rapports de travail. On s'écarte ainsi explicitement des dispositions de la législation sur le personnel de la Confédération (et notamment de l'art. 19, al. 3 à 7, LPers et des art. 78 s. de l'ordonnance du 3 juillet 2001¹¹

¹⁰ RS 173.712.23

¹¹ RS 172.220.111.3

sur le personnel de la Confédération [OPers]). Le préposé est moins exposé politiquement que d'autres personnes élues par l'Assemblée fédérale comme le procureur général de la Confédération ou d'autres personnes occupant des fonctions élevées dans l'administration fédérale. Le potentiel de conflit en cas de dissolution des rapports de travail du préposé n'est pas assez grand pour justifier une indemnité de départ.

Une *minorité* (Widmer Céline, Barrile, Flach, Fluri, Glättli, Gredig, Gysin Greta, Klopfenstein Broggin, Marra, Marti Samira, Masshardt) propose au contraire de prévoir pour le préposé une indemnité de départ sur le modèle de l'art. 14a de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération et de l'art. 15a de l'ordonnance du 13 décembre 2002¹² sur les juges. De l'avis de la minorité, le préposé doit être traité de la même manière que les autres personnes élues par l'Assemblée fédérale.

Art. 44a Avertissement

Avec le nouvel art. 44a, la responsabilité disciplinaire du préposé est régie par une disposition spéciale dans la nLPD. Le droit du personnel de la Confédération prévoit bien, à l'art. 25, al. 2, let. b et c, LPers et à l'art. 99, al. 2 et 3, OPers, différentes mesures disciplinaires pouvant être ordonnées en cas de violation des obligations professionnelles, notamment l'avertissement, la réduction du salaire, l'amende ou encore le changement du domaine d'activité, du temps de travail ou du lieu de travail, mais la plupart de ces mesures ne sont pas compatibles avec la fonction du préposé. Un changement du domaine d'activité serait en contradiction avec les art. 49 ss nLPD, qui définissent les tâches et les compétences du préposé. Une modification du temps ou du lieu de travail n'est pas non plus envisageable pour le préposé. De plus, contrairement au Ministère public de la Confédération, le PFPDT n'est pas soumis à une autorité de surveillance indépendante qui pourrait prononcer des mesures disciplinaires contre le préposé. Confier la surveillance disciplinaire à une autorité politique peut constituer un risque pour l'indépendance du préposé, particulièrement dans le cas de mesures disciplinaires plus incisives comme la réduction du salaire ou l'amende. Renoncer complètement à toute mesure disciplinaire pose cependant d'autres problèmes: ces mesures visent à garantir le bon fonctionnement des rapports de travail et à faire en sorte que la fonction soit exercée conformément à la loi. Si elles sont utilisées pour réprimer un comportement portant atteinte à la réputation du PFPDT, elles peuvent même contribuer à renforcer l'indépendance de l'autorité.

Dans cette optique, l'art. 44a donne à la Commission judiciaire non pas toute la palette des mesures disciplinaires prévues dans le droit du personnel de la Confédération, mais au moins celle de l'avertissement. La Commission judiciaire est désignée comme responsable pour adresser l'avertissement. Cela correspond au concept du projet d'ordonnance concernant les rapports de travail du préposé, selon lequel la Commission judiciaire prend les décisions de l'employeur qui ne sont pas attribuées à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) (voir plus loin le ch. 5.2). L'absence des autres mesures disciplinaires permet de garantir l'indépendance du préposé, et l'avertissement met à la disposition de la Commission judiciaire un outil qu'elle peut utiliser pour assurer la

¹² RS 173.711.2

réputation et la crédibilité du PFPDT. La Commission judiciaire peut adresser un avertissement au préposé si elle constate qu'il a violé ses devoirs de fonction. Cette violation n'a pas besoin d'être grave, comme elle doit l'être pour la révocation selon l'art. 44, al. 3, let. a, nLPD. La Commission judiciaire doit cependant respecter le principe de proportionnalité. L'avertissement doit être approprié et nécessaire pour rétablir l'exercice correct de sa fonction par le préposé. Un avertissement pourrait par exemple être adressé au préposé s'il contrevient aux dispositions concernant l'exercice d'une activité accessoire ou l'acceptation d'un cadeau ou d'autre avantage. Pour le reste, l'avertissement en tant que mesure disciplinaire présuppose toujours une faute (négligence ou intention). La procédure suit les dispositions pertinentes du droit du personnel de la Confédération.

Art. 47, al. 2, 1^{re} phrase

Selon l'art. 47, al. 1, nLPD, le préposé ne peut en principe exercer aucune activité accessoire. Toutefois, selon l'art. 47, al. 2, 1^{re} phrase, nLPD, il peut être autorisé à exercer une activité accessoire, pour autant que l'exercice de la fonction ainsi que l'indépendance et la réputation du PFPDT n'en soient pas affectés. Auparavant, il était prévu que l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) se prononce sur une telle exception à l'interdiction de l'exercice d'une activité accessoire du préposé. Toutefois, cela ne semble pas adapté au niveau de compétence et la procédure pourrait s'avérer trop lourde en pratique. Pour cette raison, la décision sur l'activité accessoire du préposé est transférée à la Commission judiciaire avec la présente modification de la nLPD (cf. également le ch. 5.2 sur les compétences de la Commission judiciaire).

Art. 47a Récusation

Les motifs de récusation pour le préposé se trouvent à l'art. 94a, al. 1 et 2, OPers et – lorsqu'il doit prendre une décision – à l'art. 10, al. 1, de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative¹³ (PA; cf. art. 94a, al. 4, OPers et art. 52, al. 1, nLPD). La question reste ouverte, cependant, de savoir qui décide, en cas de doute ou de contestation, de la récusation du préposé. En vertu de l'art. 94a, al. 3, OPers, la décision devrait revenir au supérieur. Selon l'art. 10, al. 2, PA, la décision est prise par l'autorité de surveillance ou, s'il s'agit de la récusation d'un membre d'un collège, par le collège en l'absence de ce membre. Toutes ces possibilités n'entrent pas en ligne de compte pour le préposé. La décision sur la récusation ne peut non plus être confiée à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) ou la Commission judiciaire, parce que le préposé exerce sa fonction de manière indépendante et sans instructions (art. 43, al. 4, 1^{re} phrase, nLPD). Il y a donc une lacune juridique que vient combler l'art. 47a de la nLPD. Cette disposition prévoit que c'est le président de la cour du Tribunal administratif fédéral compétente en matière de protection des données qui statue sur la récusation du préposé lorsqu'elle est contestée. Confier des tâches particulières en matière de protection des données au président de la Cour I du Tribunal administratif fédéral n'est pas une nouveauté (cf. à ce sujet art. 30, al. 2 et art. 33, al. 2, de l'actuelle LPD). La décision concernant la récusation du préposé peut être

¹³ RS 172.021

contestée par un recours en matière de droit public devant le Tribunal fédéral (art. 82 ss et art. 92 de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral¹⁴).

Art. 72, al. 2

En vertu de l'art. 72 nLPD, l'élection du préposé et la fin de sa période de fonction sont soumises à l'ancien droit jusqu'à la fin de la législature au cours de laquelle la nLPD entre en vigueur. Il est prévu que la nLPD entre en vigueur pendant la législature actuelle, qui dure jusqu'à la session d'hiver 2023. En d'autres termes: le préposé ne pourra être élu pour la première fois par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) qu'à partir de la session d'hiver 2023. La nouvelle période de fonction du préposé commencera dans ce cas le 1^{er} janvier 2024 (voir l'art. 44, al. 1, 2^e phrase, nLPD).

Le titulaire actuel a été confirmé dans ses fonctions par le Conseil fédéral le 10 avril 2019, pour une deuxième période allant jusqu'à la fin de la 51^e législature (4 décembre 2023). S'il souhaite poursuivre son mandat (pour une troisième et dernière période; voir l'art. 44, al. 1, 1^{re} phrase, nLPD), il devra être élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) en vertu de l'art. 43, al. 1, nLPD. Dans ce cas de figure – où l'actuel titulaire du poste est élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) –, son entrée en fonction le 1^{er} janvier 2024 pourrait aboutir à une situation insatisfaisante du point de vue du droit du personnel. Les rapports de travail du titulaire actuel du poste ne dureraient en effet que jusqu'au 4 décembre 2023, tandis que de nouveaux rapports de travail ne pourraient être conclus qu'à partir du 1^{er} janvier 2024. Le préposé ne disposerait pendant ce laps de temps d'aucun rapport de travail, ni des droits et des devoirs en découlant (et en particulier d'un droit au salaire).

Au vu de la situation, l'art. 72 nLPD est complété par un al. 2 prévoyant d'avancer exceptionnellement le début de la période de fonction du préposé lors de la première élection par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) et ce, au jour suivant l'élection. Il ne s'applique toutefois que si l'actuel titulaire du poste est élu. La solution n'assure pas une transition sans interruption, mais elle permet au préposé actuel de retrouver très vite ses rapports de travail. Pendant la période transitoire, c'est le suppléant du préposé qui dirigerait le PFPDT. Il faut noter enfin que les rapports de travail du préposé ne seraient alors pas considérés comme «interrompus» au sens du droit du personnel puisque la fonction serait juridiquement impossible à exercer pendant un court laps de temps. Cela n'aurait donc aucune influence sur une éventuelle prime de fidélité.

Art. 72a Disposition transitoire concernant les rapports de travail du préposé

Ainsi, l'ancien droit s'applique à l'élection et à la fin des rapports de travail du préposé jusqu'à la fin de la législature au cours de laquelle la nLPD entre en vigueur. Il convient également d'inclure une disposition transitoire correspondante pour les rapports de travail du préposé, puisque ce n'est qu'une fois que le préposé aura été élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) que les rapports de travail de celui-ci pourront être réglés par le nouveau droit. L'art. 72a ajouté donc à la nLPD que les rapports de travail du préposé établis sous l'ancien droit sont régis par l'ancien droit.

¹⁴ RS 173.110

Entrée en vigueur

La compétence de faire entrer en vigueur est déléguée au Conseil fédéral. De cette manière, il peut assurer la coordination avec l'entrée en vigueur de la nLPD en tant qu'acte de base (cf. art. 74, al. 2, nLPD).

4 **Commentaire de la modification de la loi du 18 décembre 2020 sur la sécurité de l'information**

Art. 29, al. 4, let. e^{bis}

Le contrôle de sécurité relatif aux personnes est désormais réglé dans la LSI. L'art. 29, al. 4, LSI énumère les fonctions qui ne sont pas soumises à un contrôle de sécurité. L'objectif de cette disposition est d'exempter de ce contrôle notamment des personnes (membres du Conseil fédéral et chancelier de la Confédération, juges auprès d'un tribunal de la Confédération, procureur général de la Confédération, membres de l'Autorité de surveillance du Ministère public de la Confédération, général) qui sont élues par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). L'Assemblée fédérale (Chambres réunies) étant désormais l'organe d'élection du préposé, la fonction de «chef du Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence» est ajoutée à la liste de l'art. 29, al. 4, LSI (let. e^{bis}). Le préposé sera ainsi traité de la même manière que les autres personnes qui sont élues par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). L'élection publique par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) sert aussi en quelque sorte de substitut au contrôle de sécurité (notamment grâce à l'audition par les groupes parlementaires ou à la couverture médiatique du processus).

L'actuel art. 12, al. 1, let. e, de l'ordonnance du 4 mars 2011 sur les contrôles de sécurité relatifs aux personnes¹⁵ prévoit que le service spécialisé chargé des contrôles de sécurité relatifs aux personnes au Département fédéral de la défense, de la protection de la population et des sports procède, pour le préposé, à un contrôle de sécurité élargi avec audition. Cette disposition sera abrogée dans le cadre de la révision en cours de l'OLPD, puisque le Conseil fédéral n'a plus la compétence de nommer le préposé.

Une *minorité* (Addor, Bircher, Buffat, Glarner, Marchesi, Rutz Gregor, Steinemann) est d'avis qu'un contrôle de sécurité relatif aux personnes doit être effectué pour le préposé, comme c'est le cas actuellement. La minorité fait valoir que le préposé a accès à de nombreux documents sensibles en matière de sécurité.

Entrée en vigueur

La compétence de faire entrer en vigueur est déléguée au Conseil fédéral. De cette manière, il peut assurer la coordination avec l'entrée en vigueur de la LSI en tant qu'acte de base (cf. art. 92, al. 2, LSI) et l'entrée en vigueur de la nLPD (cf. ch. 3).

¹⁵ RS 120.4

5 **Commentaire des dispositions du projet d'ordonnance**

5.1 **Préambule**

L'ordonnance sur les rapports de travail du préposé se fonde sur le nouvel art. 43, al. 3^{bis} qui sera créé dans le nLPD. Par la suite, l'Assemblée fédérale règle par voie d'ordonnance les dispositions d'exécution relatives aux rapports de travail du préposé (cf. ch. 3 ci-dessus).

5.2 **Dispositions générales**

Art. 1 **Objet et champ d'application**

En vertu de l'art. 1, al. 1, l'ordonnance ne s'applique qu'aux rapports de travail du préposé élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies).

Les rapports de travail du personnel du secrétariat permanent du PFPDT, dont fait aussi partie le suppléant du préposé, sont en revanche réglés par le Conseil fédéral, comme jusqu'à présent dans l'OLPD (art. 37, al. 2, P-OLPD). Après la révision totale de la législation sur la protection des données, le PFPDT restera une unité administrative décentralisée sans personnalité juridique rattachée administrativement à la ChF (art. 43, al. 4, 2^e phrase, nLPD, art. 2, al. 3, de la loi du 21 mars 1997 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration¹⁶ et art. 8, al. 1, let. b, en rel. avec l'annexe 1, let. A, ch. 2.1.1, de l'ordonnance du 25 novembre 1998 sur l'organisation du gouvernement et de l'administration¹⁷). Bien que le préposé engage lui-même son personnel en vertu de l'art. 43, al. 5, 2^e phrase, nLPD, il n'est pas considéré comme employeur en matière de personnel et de prévoyance au sens de la LPers. C'est le Conseil fédéral qui reste l'employeur du personnel du secrétariat permanent du PFPDT en vertu de l'art. 3, al. 1, let. a, LPers. Le rattachement administratif du PFPDT à la ChF permet à l'autorité de concentrer ses ressources sur le fonctionnement opérationnel. La collaboration entre la ChF et le PFPDT est conçue de telle sorte que l'indépendance du PFPDT reste garantie. La question se pose toute de même de savoir si le préposé devrait à l'avenir jouir des compétences d'un employeur aux plans du droit du personnel et de la prévoyance par rapport aux employés du secrétariat permanent. Elle ne sera pas réglée dans le cadre de la présente initiative parlementaire, qui porte sur les rapports de travail du préposé, mais au niveau légal formel à la prochaine occasion.

Parce qu'élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), le préposé n'entre de fait plus dans le champ d'application de la législation sur le personnel de la Confédération en vertu de l'art. 2, al. 2, let. a, LPers. L'art. 43, al. 3, nLPD énonce toutefois expressément que la LPers est applicable aux rapports de travail du préposé pour autant que la nLPD n'en dispose pas autrement. Une solution identique figure à l'art. 1, al. 2, du projet d'ordonnance pour les dispositions d'exécution concernant les rapports de travail du préposé: sauf disposition contraire de l'ordonnance, l'OPers et d'autres textes

¹⁶ RS 172.010

¹⁷ RS 172.010.1

d'application de la LPers, notamment l'ordonnance du DFF du 6 décembre 2001 concernant l'ordonnance sur le personnel de la Confédération (O-OPers)¹⁸ et l'ordonnance du 22 novembre 2017 concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération (OPDC)¹⁹ s'appliquent aux rapports de travail du préposé. La subsidiarité de l'application de la législation sur le personnel de la Confédération contribue à limiter autant que possible les lacunes réglementaires. Elle permet en outre de tenir aussi compte des développements actuels de ladite législation pour le préposé.

Des divergences par rapport à la législation sur le personnel de la Confédération sont en particulier nécessaires lorsque l'indépendance du préposé (art. 43, al. 4, 1^{re} phrase, nLPD) ou la procédure d'élection par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) l'exige. Les dispositions générales du droit du personnel ne peuvent donc s'appliquer que si et dans la mesure où l'indépendance du PFPDT reste garantie. Le statut du préposé présente – notamment en ce qui concerne l'indépendance requise pour lui et sa fonction – une certaine analogie avec celui du procureur général de la Confédération. Lorsque les rapports de travail du préposé exigent des dispositions divergeant de la législation sur le personnel de la Confédération, le projet d'ordonnance s'inspire donc largement de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération. Pour ce qui est de l'indépendance du préposé, il y a également lieu de considérer les consignes applicables dans l'espace Schengen qui figurent dans la Directive (UE) 2016/680²⁰ (art. 42) et dans la Convention STE 108 modernisée du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel²¹ (art. 15, al. 5), que la Suisse envisage de ratifier²².

Art. 2 Organe compétent

L'art. 2 du projet d'ordonnance désigne les organes compétents pour les décisions de l'employeur qui concernent le préposé.

Art. 2, al. 1 et 2

Comme le prescrit la nLPD, les principales décisions de l'employeur concernant l'élection du préposé (art. 43, al. 1, nLPD) et la révocation (art. 44, al. 3, nLPD) relè-

¹⁸ RS 172.220.111.31

¹⁹ RS 172.220.111.4

²⁰ Directive (UE) 2016/680 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016, p. 89.

²¹ Protocole du 10 octobre 2018 portant amendement à la convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel.

²² Voir à ce sujet l'arrêté fédéral du 19 juin 2020 portant approbation du protocole portant amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, FF 2020 5559.

vent de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). L'art. 2, al. 1, du projet d'ordonnance le prévoit de manière déclaratoire (sur la compétence de la Commission judiciaire en cas de résiliation du rapport de travail, voir le ch. 3 sur l'art. 44, al. 2, nLPD).

La Commission judiciaire prépare les décisions de l'employeur et soumet à l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) des propositions d'élection et les propositions concernant la révocation du préposé qui lui sont nécessaires (art. 2, al. 2, du projet d'ordonnance; voir aussi l'art. 40a, al. 1, let. d, nLParl).

Art. 2, al. 3

L'art. 2, al. 3, du projet d'ordonnance prévoit que les autres décisions de l'employeur relèvent de la compétence de la Commission judiciaire. Cette dernière est déjà chargée de différentes tâches concernant les rapports de travail du préposé en vertu de l'art. 40a, al. 1, let d, al. 2 et 6, nLParl (mise au concours du poste, préparation de l'élection et de la révocation). La Commission judiciaire est également compétente pour fixer les détails des rapports de travail d'autres personnes (notamment les juges des tribunaux fédéraux, le procureur général de la Confédération et ses suppléants) élues par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) (voir art. 40a, al. 4, LParl). C'est la raison pour laquelle la Commission judiciaire est l'organe approprié pour les décisions de l'employeur concernant le préposé qui ne sont pas prises par l'Assemblée fédérale. S'ajoute à cet argument qu'il n'existe pas d'autorité de surveillance indépendante sur le PFPDT à laquelle certaines décisions de l'employeur pourraient être confiées, à la différence du Ministère public de la Confédération. En raison de la modification prévue de l'art. 47, al. 2, 1^{re} phrase, nLPD (cf. ch. 3 ci-dessus), il appartient également à la Commission judiciaire d'autoriser le préposé à exercer une activité accessoire.

Des limites sont mises aux compétences de l'Assemblée fédérale et de la Commission judiciaire par l'indépendance légale du PFPDT. Le préposé doit pouvoir s'acquitter de ses tâches de manière complètement indépendante de toute instruction (art. 43, al. 4, 1^{re} phrase, nLPD). Il ne doit pas être mis sous pression ni influencé, directement ou indirectement. Cette indépendance doit être prise en compte lors de l'interprétation des compétences de l'employeur et rend nécessaire de prévoir, dans certains domaines, des dispositions divergeant explicitement de la législation générale sur le personnel de la Confédération (voir entre autres le ch. 5.7 concernant la suspension provisoire de la fonction).

L'Assemblée fédérale (Chambres réunies) et la Commission judiciaire, qui sont compétentes pour les décisions de l'employeur, n'étant pas des instances typiques de la procédure administrative, la question de la protection juridique du préposé se pose. En principe, les dispositions de la législation sur le personnel de la Confédération sont applicables ici aussi: les art. 34 ss LPers règlent la procédure en cas de litiges liés aux rapports de travail. L'art. 34, al. 1, LPers prévoit que l'employeur rend une décision si aucun accord n'intervient. Un recours peut être formé auprès du Tribunal administratif fédéral contre la décision prise par l'employeur (art. 36, al. 1, LPers). Aussi bien la procédure de première instance que la procédure de recours sont gratuites, sauf en cas de recours téméraire (art. 34, al. 2 LPers). Le recours n'a un effet suspensif que

si l'instance de recours l'ordonne, d'office ou sur demande d'une partie (art. 34a LPers).

En ce qui concerne les décisions de l'employeur prises par la Commission judiciaire, il existe également des réglementations correspondantes dans le droit procédural de la Confédération. La PA s'applique ainsi exceptionnellement à la procédure réglée devant les organes de l'Assemblée fédérale, pour autant qu'il s'agisse de décisions de première instance prises en vertu de la LPers, c'est-à-dire en tant qu'employeur (art. 1, al. 2, let. b, PA). Par ailleurs, en vertu de l'art. 33, let. a, de la loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal administratif fédéral (LTAF)²³, les recours contre les décisions des organes de l'Assemblée fédérale sont recevables dans la mesure où ils concernent des rapports de travail du personnel de la Confédération.

La législation fédérale ne prévoit en revanche aucune voie de recours contre les décisions de l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Ces décisions sont donc en principe définitives au sens de l'art. 189, al. 4, de la Constitution fédérale²⁴. L'art. 14, al. 2, let. c, troisième partie de la phrase, LPers, qui prévoit (en rel. avec l'art. 34b, al. 1, let. a, et al. 2 ainsi que l'art. 34c, al. 1, let. a, b et d, et al. 2, LPers) une possibilité de recours en cas de non-réélection, n'est pas applicable non plus. Toutefois, selon la jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH), la garantie de l'accès au juge prévue par l'art. 6, par. 1, de la Convention du 4 novembre 1950 de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH)²⁵ doit être respectée en cas de révocation de juges²⁶. Cette jurisprudence peut être transposée au cas du préposé, qui est doté d'une indépendance quasi-judiciaire. On peut donc envisager que le préposé puisse contester une révocation par l'Assemblée fédérale auprès d'un tribunal (Tribunal administratif fédéral, Tribunal fédéral, Cour EDH). Des réflexions similaires valent pour la non-réélection du préposé: s'il n'existe pas de droit à une réélection par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies), un contrôle judiciaire devrait être possible en cas d'erreur de procédure manifeste ou d'arbitraire. La législation fédérale ne prévoyant pas de voie de recours, le préposé devrait alors requérir une décision de justice en vertu de la CEDH.

5.3 Conclusion des rapports de travail et période de fonction

La section 2 du projet d'ordonnance contient des précisions sur la conclusion des rapports de travail du préposé et sa période de fonction.

Il n'est en revanche pas nécessaire de concrétiser davantage la dissolution des rapports de travail du préposé au niveau de l'ordonnance. Celle-ci obéit à l'art. 44, al. 2 et 3,

²³ RS 173.32

²⁴ RS 101

²⁵ RS 0.101

²⁶ Voir les arrêts de la Cour EDH dans l'affaire *Baka c. Hongrie* (Grande Chambre) du 23 juin 2016, § 100 ss, et en particulier § 105, et dans l'affaire *Volkov c. Ukraine* du 9 janvier 2013, § 122. Voir également l'arrêt de la Cour EDH dans l'affaire *Kövesi c. Roumanie* du 5 mai 2020, § 105 ss, concernant le licenciement de la procureure générale.

nLPD. La disposition est exhaustive et prime celles de la législation sur le personnel de la Confédération.

Art. 3 Conclusion des rapports de travail

Les principaux éléments concernant la conclusion des rapports de travail du préposé sont réglés au niveau de la loi: la mise au concours du poste et la préparation de l'élection du préposé sont assurés par la Commission judiciaire (art. 40a, al. 1, let. d, et al. 2, 1^{re} phrase, nLParl). Le préposé est élu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). Seule est éligible une personne qui a le droit de vote en matière fédérale (art. 43, al. 1 et 2, nLPD).

Dans ce contexte, l'art. 3, al. 1, du projet d'ordonnance concrétise le fait que les rapports de travail du préposé se fondent sur son élection par l'Assemblée fédérale, via une décision qu'il doit avoir acceptée. Selon l'art. 3, al. 2, du projet d'ordonnance, c'est la Commission judiciaire qui fixe les détails des rapports de travail du préposé. Il ne serait pas adéquat que l'Assemblée fédérale se charge elle-même de cette tâche et ce serait contraire aux exigences de discrétion. Normalement, la Commission judiciaire fixe les détails dans le cadre de la préparation de l'élection, de sorte que la personne élue peut accepter son élection en toute connaissance de ses conditions de travail. Cette règle correspond pour l'essentiel à l'art. 2 de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération.

L'art. 3, al. 3, du projet d'ordonnance déroge à l'art. 27 OPers en prévoyant qu'il n'y a pas de période d'essai pour le préposé.

Contrairement à l'art. 3, al. 2, LParl, le préposé ne prête pas serment et ne fait pas de promesse solennelle avant d'entrer en fonction (art. 3, al. 4, du projet d'ordonnance). Il ne paraît pas opportun politiquement que le préposé soit assermenté devant l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). La chose doit rester réservée aux membres du Conseil fédéral, au Chancelier ainsi qu'au général chargé de conduire l'Armée suisse en cas de guerre. Contrairement au procureur général de la Confédération, le préposé ne peut pas non plus prêter serment ou faire la promesse solennelle devant une autorité de surveillance indépendante (voir l'art. 3, al. 2, de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération).

Art. 4 Période de fonction

La période de fonction du préposé est fixée à l'art. 44, al. 1, nLPD (art. 4, al. 1, du projet d'ordonnance). Elle est de quatre ans et peut être renouvelée deux fois. Elle commence le 1^{er} janvier suivant le début de la législature du Conseil national. Il ressort de cette disposition que le préposé doit être réélu par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies). À la différence de ce que prévoit l'art. 14, al. 2, let. c, LPers, une prolongation tacite ou automatique de la période de fonction n'est donc pas possible.

L'art. 4, al. 2, du projet d'ordonnance prévoit que le préposé quitte ses fonctions au plus tard à la fin de l'année au cours de laquelle il atteint l'âge de 68 ans. Cette réglementation permet de traiter le préposé à égalité avec les juges fédéraux et le procureur général de la Confédération, eux aussi élus par l'Assemblée fédérale. Elle tient également compte du fait que l'administration fédérale encourage son personnel à travailler

au-delà de l'âge ordinaire de la retraite. Enfin, la disposition contribue à l'égalité de traitement des hommes et des femmes. L'art. 4, al. 2, du projet d'ordonnance correspond matériellement à l'art. 4, al. 2, de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération.

Si le poste du préposé se retrouve vacant, il doit être repourvu pour le reste de la période (art. 4, al. 3, du projet d'ordonnance).

5.4 Traitement

Art. 5 Salaire

L'art. 5, al. 1, du projet d'ordonnance maintient le préposé dans la classe de traitement 34 selon l'art. 36 OPers (montant maximal selon l'échelle de salaire de l'Office fédéral du personnel du 1^{er} janvier 2021²⁷: 262 674 francs).

Le traitement initial sera déterminé par la Commission judiciaire, qui tiendra compte de l'âge, de la formation et de l'expérience professionnelle et extraprofessionnelle de la personne à élire et de la situation sur le marché de l'emploi (art. 5, al. 2 du projet d'ordonnance). Les critères cités sont les mêmes que pour le procureur général de la Confédération (cf. art. 6, al. 2, de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération).

Pour ce qui est de l'évolution salariale, l'art. 43, al. 6, nLPD dit que le préposé – parce qu'il est indépendant – n'est pas soumis au système d'évaluation prévu à l'art. 4, al. 3, LPers. Les dispositions d'exécution correspondantes des art. 15 à 17, 39 et 42 OPers, et celles des art. 2 à 6 et 9 O-OPers ne sont dès lors pas non plus applicables. En lieu et place, l'art. 5, al. 3, du projet d'ordonnance institue un mécanisme d'évolution salariale qui n'est pas fonction des prestations fournies, sur le modèle de celui du procureur général de la Confédération: au 1^{er} janvier de chaque année, le salaire augmente de 3 % du montant maximal de la classe de salaire jusqu'à atteindre ce montant (cf. art. 6, al. 3, de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération). Cette solution est déjà appliquée pour l'actuel titulaire du poste grâce à une disposition contractuelle particulière, mais avec une augmentation annuelle de 2 %. Le relèvement de la progression semble justifié au vu des nouvelles tâches et compétences qui seront celles du PFPDT suite à la révision totale du droit de la protection des données (voir à ce sujet les explications données au ch. 5.6).

Art. 6 Suppléments sur le salaire

Le préposé perçoit les suppléments prévus par le droit du personnel de la Confédération s'il en remplit les conditions. Font partie de ces suppléments notamment l'indemnité de résidence (art. 43 OPers et art. 11 O-OPers), la compensation du renchérissement (art. 44 OPers), l'allocation familiale (art. 51 OPers) et les allocations complétant l'allocation familiale (art. 51a OPers). Une disposition explicite n'est pas

²⁷ L'échelle de salaires 2021 est disponible à l'adresse suivante:
<<https://www.epa.admin.ch/epa/fr/home/themes/systeme-salarial.html>>.

nécessaire vu que le droit du personnel de la Confédération s'applique à titre subsidiaire (cf. art. 1, al. 2, du projet d'ordonnance).

En dérogation à la législation sur le personnel de la Confédération le préposé ne peut cependant pas toucher de prime de prestations ou de prime spontanée au sens des art. 49 et 49a OPers (art. 6, al. 1, du projet d'ordonnance). L'évaluation des prestations qui fonde l'octroi de ces primes est exclue pour le préposé, compte tenu de son indépendance (cf. également art. 43, al. 6, nLPD).

Enfin l'art. 6, al. 2, du projet d'ordonnance précise que l'octroi d'une allocation liée au marché de l'emploi requiert l'approbation de la Délégation des finances des Chambres fédérales. Comme c'est l'Assemblée fédérale qui est compétente pour les rapports de travail du préposé, il convient de s'écarter sur ce point de la disposition de l'art. 50, al. 2, OPers, qui requiert l'approbation du Département fédéral des finances pour l'octroi d'une allocation liée au marché de l'emploi.

5.5 Prévoyance professionnelle

Art. 7

L'art. 7 du projet d'ordonnance met en œuvre l'art. 43, al. 3, 2^e phrase, nLPD concernant la prévoyance professionnelle (cf. ch. 3) et prévoit que le préposé est assuré auprès de la Caisse de prévoyance de la Confédération.

5.6 Autres droits et obligations résultant des rapports de travail

La cinquième section du projet d'ordonnance réunit les autres droits et obligations du préposé résultant de ses rapports de travail. Elle n'inclut cependant que les éléments qui nécessitent une règle dérogeant au droit du personnel de la Confédération. Il n'y a ainsi pas de dispositions spéciales pour le temps de travail (horaire de travail fondé sur la confiance, selon l'art. 64b OPers), les vacances (art. 67 s. OPers) ou les congés (art. 68 OPers). Sont également réglés pour l'essentiel par le droit du personnel de la Confédération le remboursement des frais et les autres prestations de l'employeur (art. 69 ss OPers; voir cependant le nouvel art. 44, al. 4, nLPD concernant l'exclusion de l'indemnité en cas de dissolution des rapports de travail). Enfin les obligations professionnelles du préposé sont elles aussi largement déterminées par le droit du personnel de la Confédération, par exemple par les règles sur l'acceptation de dons, d'autres avantages et d'invitations (art. 93 s. OPers) ou sur les opérations pour compte propre (art. 94c OPers). L'indépendance du préposé doit cependant toujours être gardée à l'esprit pour l'interprétation et l'application des dispositions du droit du personnel de la Confédération. Les prestations ne sont par exemple pas prises en considération pour l'octroi d'un congé (art. 68, al. 2, 2^e phrase, OPers) ou de la prime de fidélité (art. 73, al. 4, OPers).

Le projet d'ordonnance prévoit des règles particulières pour le taux d'occupation (art. 8), le domicile (art. 9) et le secret de fonction (art. 10). S'agissant de l'exercice

d'une activité accessoire, les règles applicables au préposé, que l'on trouve à l'art. 47 nLPD, s'écartent également des dispositions du droit du personnel de la Confédération (art. 23 LPers et art. 91 OPers) (voir également les commentaires sur la modification de l'art. 47, al. 2, 1^{re} phrase, nLPD dans le ch. 3).

Art. 8 Taux d'occupation

Si le droit actuel ne fixe pas de taux d'occupation, il est prévu que la fonction de préposé ne puisse à l'avenir être exercée qu'à plein temps. Avec cette réglementation, une modification du taux d'occupation en cours de mandat ou un job sharing ne sont pas possibles. Les exigences de la fonction augmentent sans cesse, au vu des conséquences de la transformation numérique pour la protection des données. Une charge à plein temps s'impose aussi en raison des nouvelles tâches et compétences données au PFPDT avec la révision totale de la LPD (par ex. nouvelles compétences d'enquête et de décision selon les art. 49 ss nLPD, prises de position sur les codes de conduite des associations professionnelles, sectorielles et économiques ou des organes fédéraux selon l'art. 11 nLPD, ou les consultations sur les analyses d'impact relatives à la protection des données selon l'art. 23 nLPD). Il faut en outre noter que la charge de préposé est exercée par une personne seule et non par une autorité collégiale, de sorte que le préposé assume une très grande responsabilité pour la direction du PFPDT. L'actuel titulaire exerce déjà sa fonction à plein temps.

Art. 9 Domicile

L'art. 9 du projet d'ordonnance oblige le préposé à avoir son domicile en Suisse. Cette disposition est calquée sur l'art. 13 de l'ordonnance concernant les rapports de travail du procureur général de la Confédération.

Art. 10 Secret de fonction

En ce qui concerne le secret de fonction du préposé selon l'art. 320 du Code pénal (CP)²⁸, les art. 22 LPers et 94 OPers doivent en principe être respectés. En outre, il existe différentes règles spéciales devant être prises en compte: l'art. 94, al. 3, OPers, qui prévoit qu'un employé de la Confédération ne peut déposer en justice comme partie sur des constatations en rapport avec ses tâches, faites en raison de ces dernières ou dans l'exercice de ses fonctions, qu'avec l'autorisation écrite de l'autorité compétente, ne s'applique pas au préposé, dans la mesure où celui-ci, dans le cadre des dispositions pénales des art. 60 ss nLPD, peut dénoncer des infractions aux autorités de poursuite pénale compétentes et faire valoir les droits d'une partie plaignante dans la procédure (art. 65, al. 2, nLPD) ou encore parce que l'art. 52, al. 3, nLPD lui donne qualité pour recourir contre des décisions sur recours du Tribunal administratif fédéral dans des affaires concernant la protection des données. En outre, l'art. 20, al. 2, de la loi du 17 décembre 2004 sur la transparence²⁹ s'applique aux activités du préposé dans le domaine du principe de transparence.

²⁸ RS 311.0

²⁹ RS 152.3

Le PFPDT n'ayant pas d'organe dirigeant composé de plusieurs personnes – comme par exemple le Tribunal administratif fédéral ou le Tribunal pénal fédéral – et n'étant pas soumis à une autorité de surveillance indépendante – comme le Ministère public de la Confédération –, la question se pose de savoir qui pourrait décider de délier le préposé du secret de fonction. L'art. 10 du projet d'ordonnance confie cette compétence à la Commission judiciaire. Ce choix semble compatible avec l'indépendance du préposé. La levée du secret de fonction n'a pas pour but de donner des instructions au préposé sur la manière d'accomplir ses tâches, mais de créer un motif justifiant la révélation d'un secret. L'expression d'«autorité supérieure» utilisée à l'art. 10 du projet d'ordonnance pour désigner la Commission judiciaire correspond à la terminologie de l'art. 320, ch. 2, CP et n'implique pas que la Commission judiciaire ait le pouvoir de donner des instructions au préposé.

5.7 Suspension provisoire de la fonction

Art. 11

Concernant la suspension provisoire du préposé, l'art. 11, al. 1, du projet d'ordonnance renvoie de manière déclaratoire à l'art. 14, al. 5, de la loi du 14 mars 1958 sur la responsabilité (LRCF)³⁰. En vertu de cette disposition, l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) peut provisoirement suspendre un membre d'autorité ou un magistrat qu'elle a élu lorsque des poursuites sont engagées contre ledit membre d'autorité ou magistrat en raison d'infractions en rapport direct avec son activité ou sa situation officielle. L'autorisation de la poursuite pénale doit être donnée par les commissions des deux conseils, qui siègent ensuite ensemble pour proposer à l'Assemblée fédérale la suspension provisoire de la fonction. Autrement dit, si l'immunité pénale du préposé est levée, sa suspension provisoire peut être décidée selon la procédure prévue à l'art. 14, al. 5, LRCF.

Pour des griefs de moindre importance, en revanche, une suspension provisoire du préposé n'est pas possible. Le droit du personnel de la Confédération prévoit à l'art. 25, al. 2, let. b, LPers, en relation avec les art. 103 et 103a OPers, la suspension à titre préventif et la suspension après résiliation des rapports de travail. Afin de garantir l'indépendance du préposé conformément à l'art. 43, al. 4, 1^{re} phrase, nLPD, il est ici prévu de déroger à la législation sur le personnel de la Confédération. De cette manière, le préposé ne peut être empêché d'exercer sa fonction par une autorité politique sans qu'il soit nécessaire de démontrer une grave violation des devoirs de fonction ou des soupçons fondés de commission d'une infraction.

En résumé, les dispositions de la nLPD ne permettent pas la suspension du préposé en dehors du champ d'application de l'art. 14, al. 5, LRCF. C'est la raison pour laquelle l'art. 11, al. 2, du projet d'ordonnance exclut expressément l'application des art. 103 et 103a OPers pour les rapports de travail du préposé.

³⁰ RS 170.32

5.8 Traitement des données

Art. 12

Le traitement des données personnelles du préposé dans le cadre de ses rapports de travail est régi par les dispositions du droit du personnel de la Confédération: par les art. 27–28 LPers et aussi, principalement, par l'OPDC. L'application de ces dispositions découle déjà de l'art. 1, al. 2, du projet d'ordonnance et l'art. 12, 1^{re} phrase, ne reprend ce renvoi qu'à des fins de clarté juridique. L'OPDC régit le traitement des données personnelles non seulement du titulaire de la fonction, mais aussi des candidats à celle-ci. Elle contient par ailleurs des dispositions sur la conservation, l'archivage et la destruction des données personnelles en question après la fin des rapports de travail (par ex. art. 23 et 26 OPDC concernant le dossier du personnel et le système d'information pour la gestion des données du personnel). Les dispositions sur le traitement des données relatives aux prestations, aux compétences et au potentiel (par ex. art. 19, al. 1, let. d, ou art. 31, al. 1, let. c, OPDC) ne sont applicables que dans la mesure où elles sont compatibles avec l'indépendance du préposé (art. 43, al. 4, 1^{re} phrase, nLPD).

L'art. 12, 2^e phrase, du projet d'ordonnance réserve les dispositions de l'ordonnance du 3 octobre 2003 sur l'administration du Parlement³¹. Celle-ci contient entre autres des règles particulières pour les procès-verbaux et les autres documents des commissions (art. 4 ss) qui sont pertinentes pour le traitement de données par la Commission judiciaire dans le contexte des rapports de travail du préposé.

5.9 Entrée en vigueur

Art. 13

L'ordonnance concernant les rapports de travail du préposé doit entrer en vigueur en même temps que la modification de la nLPD envisagée dans le cadre de la présente initiative parlementaire. L'entrée en vigueur de la nLPD sera déterminée par le Conseil fédéral (cf. ch. 3 ci-dessous).

6 Conséquences financières

Les projets considérés ici ne devraient avoir que des conséquences financières mineures. Une augmentation de l'évolution du salaire du préposé est prévue: le salaire en question augmentera chaque année de 3 % – au lieu de 2 % – du montant maximal de l'échelon d'évaluation 34 jusqu'à atteindre ce montant (cf. ch. 5.4). Il en résultera une différence d'environ 2627 francs par an. Le relèvement de l'âge limite de la retraite du préposé à 68 ans ne devrait pas engendrer de coûts supplémentaires. Il faudrait considérer tout au plus l'écart entre le maximum de la classe de salaire que la

³¹ RS 171.115

personne atteint à la fin de sa carrière et le salaire de départ des personnes nouvellement engagées. Pour le reste, s'agissant du traitement du préposé (cf. ch. 5.4) et des prestations sociales (cf. ch. 3 et 5.5), une solution comparable à la situation juridique actuelle sera mise en place.

Enfin, les projets auront des conséquences financières pour la Confédération du fait des tâches supplémentaires que la Commission judiciaire devra assumer en tant qu'organe responsable de nombreuses décisions de l'employeur (cf. ch. 5.2). Ce supplément de travail concernera aussi bien les membres de la Commission judiciaire que le secrétariat de cette dernière. Il faut s'attendre en moyenne à une séance supplémentaire de la commission par an. Cela signifie des coûts annuels s'élevant à quelque 13 000 francs pour les indemnités relatives à cette séance et une augmentation des ressources du secrétariat de 10 % environ (23 000 francs, cotisations aux assurances sociales incluses).

7 Bases légales

Des éléments importants des rapports de travail du préposé sont réglés au niveau de la loi, dans la nLPD et la nLParl. Il s'agit notamment de l'élection du préposé par l'Assemblée fédérale (Chambres réunies) (art. 43, al. 1, nLPD et art. 40a, al. 1, let. d, nLParl), des conditions d'éligibilité (art. 43, al. 2, nLPD), des incompatibilités (art. 46 nLPD), de la durée de la période de fonction et de son renouvellement (art. 44, al. 1, nLPD), de la fin des rapports de travail à la demande du préposé (art. 44, al. 2, nLPD) et de la révocation (art. 44, al. 3, nLPD et art. 40a, al. 1, let. d et al. 6, nLParl). Ces éléments seront encore complétés par la modification proposée de la nLPD. Elle prévoit notamment des dispositions sur la prévoyance professionnelle, sur l'exclusion de l'indemnité en cas de dissolution des rapports de travail, sur la récusation du préposé ainsi que sur la mesure disciplinaire liée à l'avertissement. En outre, une base légale est créée afin d'habiliter explicitement l'Assemblée fédérale à pouvoir édicter une ordonnance concernant les rapports de travail du préposé (cf. ch. 3).