Fédération des Entreprises Romandes

Procédure de consultation	Personne responsable:	Date de réponse:
FER No 32-2021	Mme J. Jaccard	12.10.2021

Projet de révision totale de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD)

Notre Fédération vous prie de trouver ci-après sa prise de position y relative :

I. Remarques générales

Sur le principe, la FER ne s'oppose pas à la révision proposée, l'objectif de cette révision étant notamment de prendre en compte les rapides évolutions technologiques et les développements du droit européen.
En revanche, notre Fédération n'accepte pas certaines modifications proposées, notamment celles qui augmentent les coûts pour les entreprises de manière excessive et disproportionnée.
Par ailleurs, elle trouve regrettable que l'on ne puisse pas chiffrer les coûts de la révision de l'OLPD.

II. Commentaires article par article du projet de révision totale de OLPD (ci-après : P-OLPD)

Ad art. 4 al. 3 P-OLPD Règlement de traitement par des personnes privées

Pour reprendre les termes de l'art. 4 al. 1 P-OLPD, nous suggérons de remplacer le terme « la personne privée », par « le responsable du traitement ou son sous-traitant ».

Ad art. 6 al. 1 P-OLPD Sous-traitance

Selon l'art. 9 al. 2 nLPD : «Le responsable du traitement doit en particulier s'assurer que le sous-traitant est en mesure de garantir la sécurité des données».

L'art. 6 al. 1 P-OLPD prévoit que : «Le responsable du traitement qui confie un traitement de données personnelles à un sous-traitant demeure responsable de la protection des données. Il s'assure que les données soient traitées conformément au contrat ou à la loi».

Cette clause est inacceptable, car impraticable. Elle va trop loin, et ce tant par rapport à la loi que par rapport à l'art. 22 al. 3 de la 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.

Quant à l'art. 28 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données) (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (ci-après : RGPD), il ne mentionne pas non plus que le responsable du traitement qui confie un traitement de données personnelles à un sous-traitant demeure responsable de la protection des données.

Notre Fédération n'accepte donc pas l'art. 6 al. 1 P-OLPD.

Ad art. 8 al. 5 P-OLPD Communication des données personnelles à l'étranger

Selon l'art. 8 al. 5 P-OLPD et le Rapport explicatif[1], il est prévu que les Etats, pour lesquels un niveau de protection adéquat a été constaté par le Conseil fédéral (cf. art. 16 al. 1 nLPD), sont mentionnés en annexe à l'Ordonnance.

Selon le Rapport explicatif[2], il s'agit d'une liste « positive ». Si un Etat n'y figure pas, cela ne signifie pas nécessairement qu'il est dépourvu d'une législation sur la protection des données assurant un niveau de protection adéquat ; il est possible qu'il n'ait simplement pas fait l'objet d'un examen par le Conseil fédéral. Ce procédé diffère quelque peu du procédé actuel. En effet, actuellement, le PFPDT publie un document dans lequel il précise à côté de chaque Etat si celui-ci atteint un niveau adéquat pour les personnes physiques, un niveau adéquat sous certaines conditions ou un niveau insuffisant.
Selon nous, le procédé actuel donne plus de sécurité juridique pour les entreprises et devrait être maintenu.
Ad art. 9 al. 1 let. e P-OLPD Clause de protection des données d'un contrat et garanties spécifiques

L'art. 9 al. 1 let. e P-OLPD mériterait d'être complété de la manière suivante :

«***Le cas échéant***, le nom des organismes internationaux de destination».

Ad art. 9 al. 1 let. k ch. 4 P-OLPD Clause de protection des données d'un contrat et garanties spécifiques

L'art. 9 al. 1 let. k ch. 4 devrait être biffé, car l'indépendance ou non d'une autorité de justice ne dépend pas du responsable de traitement.

Ad art. 10 al. 2 P-OLPD Clauses types de protection des données

Actuellement, l'art. 6 al. 5 OLPD prévoit que la décision du PFPDT est rendue dans un délai de 30 jours.
Or ce délai ne figure plus à l'art. 10 al. 2 P-OLPD.

Selon le Rapport explicatif[3], il faut se référer à l'art. 4 de l'Ordonnance du 25 mai 2011 sur les principes et les délais d'ordre relatifs aux procédures d'autorisations (OdelO), article qui prévoit que les délais peuvent être plus longs que 30 jours.

Nous sommes d'avis que le délai de 30 jours doit être maintenu et l'art. 10 al. 2 P-OLPD

[1] Rapport explicatif, p. 26

[2] Ibidem

[3] Rapport explicatif, p. 28

complété en ce sens.

Autrement dit, l'art. 10 al. 2 P-OLPD doit être complété comme suit « […]. ***Il communique sa décision au responsable de traitement dans un délai de 30 jours à compter de la date de leur annonce*** ».

Ad art. 11 P-OLPD Règles d'entreprises contraignantes

Cet article appelle deux remarques de notre part.
Premièrement, l'art. 11 al. 2 let. a P-OLPD prévoit que les règles d'entreprises contraignantes pour les groupes de sociétés, règles qui doivent être soumises au PFPDT, doivent notamment porter sur la structure et les coordonnées du groupe d'entreprises et de chacune de ses entités.

Le fait de devoir communiquer sur la structure du groupe et les coordonnées du groupe d'entreprises et de chacune de ses entités ne résulte pas de la loi. L'art. 16 al. 2 let. e nLPD ne le prévoit pas. Cette exigence est excessive. La communication des mesures mises en place au sein des groupes d'entreprises pour garantir le contrôle du respect des règles d'entreprise contraignantes est suffisante (cf. art. 11 al. 2 let. b P-OLPD).

Deuxièmement, l'actuel art. 6 al. 5 OLPD prévoit que le préposé examine les garanties et les règles de protection des données qui lui sont annoncées (art. 31 al. 1 let. e LPD) et communique son résultat dans les 30 jours, sans obliger le maître du fichier à donner toutes les informations requises par l'art. 11 al. 2 let. a P-OLPD.

L'art. 11 P-OLPD ne fixe plus de délai au PFPDT pour communiquer son résultat. Le rapport explicatif renvoie à l'art. 4 de l'ordonnance du 25 mai 2011 sur les principes et les délais d'ordre relatifs aux procédures d'autorisations.

Selon nous, il faudrait conserver le libellé actuel de l'art. 6 al. 5 OLPD, car en supprimant le délai de 30 jours, le délai peut être plus long, comme le prévoit l'art. 4 OdelO.

Ad art. 6, 18 et 20 al. 1 et 2 P-OLPD

Ad art. 6, 18 et art. 20 al. 1 et 2 P-OLPD : ces dispositions prévoient la forme écrite, mais le Rapport explicatif précise que la forme écrite comprend la forme électronique (cf. pages 24, 31, 33 et 34).

A des fins de clarté et de sécurité juridique, nous pensons qu'il serait opportun de l'indiquer expressément dans le texte de l'ordonnance et non pas seulement dans le rapport explicatif.

Ainsi l'art. 6 al. 3 P-OLPD devrait avoir la teneur suivante : «Lorsque le responsable de traitement est un organe fédéral, le sous-traitant ne peut sous-traiter le traitement des données à un tiers que si l'organe fédéral l'a approuvé par écrit ***ou sous forme électronique***.»
L'art. 18 P-OLPD devrait, quant à lui, être libellé comme suit : «Le responsable du traitement consigne par écrit ***ou sous format électronique*** l'analyse d'impact relative à la protection des données personnelles. […]».

L'art. 20 al. 1 P-OLPD devrait être complété comme suit : La demande de renseignement est faite par écrit ***ou sous format électronique***. […] Par ailleurs, la même modification devrait être faite dans toutes les ordonnances en annexe qui précisent que la demande d'accès doit être faites par écrit.

Enfin, le libellé de l'art. 20 al. 2 P-OLPD devrait être le suivant : «Les renseignements sont en

principe fournis par écrit ***ou sous format électronique***. […]»

Ad 13 al. 2 P-OLPD

L'art. 13 al. 2 P-OLPD prévoit que : «Lorsque l'information se fait en combinaison de pictogrammes, ceux-ci doivent être lisibles par machine s'ils sont présentés par voie électronique».

Cette disposition mériterait d'être précisée, en particulier s'agissant des termes «lisibles par machine».
En outre, une reformulation de la première partie s'impose, dans le sens de la version de cet article en allemand (« *in Kombination mit* ») et du Rapport explicatif[4]. Le début de cette disposition pourrait par exemple être ainsi formulé : «Lorsque l'information ***est accompagnée*** de pictogrammes […]».

Ad art. 19 al. 3 P-OLPD Annonce des violations de la sécurité des données

L'art. 19 al. 3 P-OLPD prévoit que : «Le responsable du traitement communique à la personne concernée, dans un langage simple et compréhensible, au moins les informations visées à l'al. 1 let. a, e, f et g».

Le Rapport explicatif[5] précise que cette disposition s'applique si la personne concernée doit être informée conformément à la loi.

Le libellé de l'art. 19 al. 3 P-OLPD devrait donc être le suivant : «***Si la personne concernée doit être informée conformément à l'art. 24 nLPD, alors le responsable du traitement communique à la personne concernée, dans un langage simple et compréhensible, au moins les informations visées à l'al. 1 let. a, e, f et g***».

Ad art. 19 al. 5 P-OLPD Annonce des violations de la sécurité des données

L'art. 24 al. 2 nLPD prévoit que l'annonce doit indiquer au moins la nature de la violation de la sécurité des données, ses conséquences et les mesures prises ou envisagées.

L'art. 19 al. 5 P-OLPD prévoit notamment que le responsable du traitement documente les violations et que la documentation doit contenir tous les faits relatifs aux incidents et à leurs effets.

En pratique, nous ne comprenons pas comment le responsable du traitement peut deviner les effets qu'aura une violation dans le futur. Il ne peut qu'émettre des hypothèses.

Du reste l'art. 33 al. 3 let. c RGPD parle des «conséquences probables».

L'art. 19 al. 5 P-OLPD devrait donc être modifié comme suit : «Le responsable du traitement documente les violations. La documentation contient tous les faits relatifs aux incidents, à leurs ***conséquences possibles*** et aux mesures prises».

Ad art. 20 al. 5 P-OLPD Droit d'accès

[4] Rapport explicatif, p. 29

[5] Rapport explicatif, p. 32

L'art. 20 al. 5 P-OLPD prévoit que : *«Le responsable du traitement documente le motif pour lequel il refuse, restreint ou diffère la communication des informations. La documentation est conservée pendant au moins trois ans».*

La durée de conservation fixée à trois ans nous paraît excessive. Une durée de deux ans par analogie à la durée fixée, par l'Ordonnance du 22 novembre 2017 concernant la protection des données personnelles du personnel de la Confédération[6], pour la durée de conservation des procès-verbaux nous semblerait plus adéquate.

Ad art. 23 P-OLPD Exception à la gratuité

L'art. 23 al. 3 P-OLPD prévoit que la personne concernée est préalablement informée du montant et peut retirer sa requête dans les dix jours.

En tenant compte du fait que les renseignements doivent être fournis en principe dans les 30 jours suivant la réception de la demande (cf. art. 22 P-OLPD), le délai de 10 jours susmentionné paraît long et ne laisse plus beaucoup de temps pour transmettre, le cas échéant, les données.

L'art. 23 al. 3 P-OLPD devrait plutôt être libellé comme suit : «La personne concernée est préalablement informée du montant et peut retirer sa requête ***dans les 7 jours calendaires***».

Ad art. 27 P-OLPD Conseiller à la protection des données

L'art. 27 P-OLPD prévoit que : «Tout organe fédéral désigne un conseiller à la protection des données personnelles. Plusieurs organes fédéraux peuvent désigner conjointement un conseiller.»
Il ressort du Rapport explicatif[7] qu'un Office fédéral est un organe fédéral.

Or, désigner un conseiller par organe fédéral est une solution trop onéreuse et disproportionnée. A noter qu'actuellement, l'art. 23 OLPD prévoit un conseiller pour la Chancellerie et un conseiller pour chaque Département. Il y a sept Départements fédéraux, mais beaucoup plus d'Offices fédéraux.
La solution actuellement en vigueur à l'art. 23 OLPD nous paraît suffisante.

Rien ne justifie de la modifier, alors même que la définition d'«organe fédéral» dans la loi reste la même dans la nouvelle LPD (cf. art. 3 LPD et art. 5 nLPD).

L'art. 27 P-OLPD doit donc reprendre la teneur de l'art. 23 OLPD, à savoir : «La Chancellerie fédérale et chaque département désignent respectivement et au minimum un conseiller à la protection des données».

Ad art. 44 P-OLPD Codes de conduite

L'art. 44 P-OLP prévoit que : «Si un code de conduite est soumis au PFPDT, celui-ci indique dans sa prise de position si le code de conduite remplit les conditions de l'art. 22, al. 5, let. a et b, LPD.»

D'une part, il est regrettable qu'il ne s'agisse pas d'une décision au sens formel, mais seulement une prise de position.

[6] RS 172.220.111.4

[7] Rapport explicatif, p. 39

D'autre part, dans la mesure où le PFPDT facture un émolument pour rendre une prise de position, il serait opportun qu'un délai soit prévu pour rendre la prise de position, respectivement que ce délai ne soit pas trop long. Un délai de maximum 30 jours, par analogie à celui prévu par l'art. 6 al. 5 OLP, nous paraît opportun.

Ad art. 45 P-OLPD Emolument

L'art. 59 al. 2 nLPD prévoit que le Conseil fédéral fixe le montant des émoluments.

Or, le projet de l'art. 45 P-OLPD est libellé comme suit : «L'émolument perçu par le PDPDT se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre 150 et 350 francs l'heure. Il dépend de la complexité de l'affaire et de la fonction de la personne chargée de traiter le dossier ».

A noter que, par analogie, l'ordonnance sur les émoluments relatifs à l'octroi des permis concernant la durée du travail prévus par la loi sur le travail[8] prévoit des émoluments dont le montant est plafonné à CHF 400.

Plus précisément, l'art. 3 al. 1 et 2 de cette ordonnance relative au calcul de l'émolument indique ceci :

« Le SECO fixe le montant des émoluments en fonction du temps consacré.
Le tarif des émoluments est le suivant:

a. octroi d'un permis, le temps consacré étant de 3 h au plus	*200 fr.*
octroi d'un permis, le temps consacré étant supérieur à 3 h	*400 fr.*
b. modifications, par permis, le temps consacré étant de 3 h au plus	*50 fr.*
modifications, par permis, le temps consacré étant supérieur à 3 h	*100 fr.*

[2bis] Si la demande d'octroi d'un permis est transmise par voie électronique, le tarif des émoluments fixé à l'art. 2, let. a, est réduit de 25 %. »

Par analogie à l'ordonnance susmentionnée, l'art. 45 P-OLPD doit fixer des forfaits plafonnés.

Il n'est en effet pas acceptable que l'Etat puisse facturer des honoraires pour ses prestations de service public, dont le montant serait illimité.

Au vu de ce qui précède, l'art. 45 P-OLPD devrait être libellé comme suit : «L'émolument perçu par le PDPDT se calcule en fonction du temps consacré. Il varie entre 150 et 350 francs ~~**l'heure**~~. Il dépend de la complexité de l'affaire et de la fonction de la personne chargée de traiter le dossier».

Notre Fédération n'accepte donc pas la teneur de l'art. 45 P-OLPD, lequel devrait prévoir des émoluments sous forme de forfaits et non des honoraires calculés à l'heure.

III. Commentaires de l'Annexe 2 - Abrogation et modification d'autres actes

[8] RS 822.117

Ad art. 31 al. 1 de l'Ordonnance VIS du 18 décembre 2013[9]

Il manque le sujet à l'art. 31 al. 1. Nous proposons le libellé suivant : «Si une personne fait valoir son droit d'accès, son droit à la rectification ou son droit à l'effacement de données saisies dans ORBIS ou dans le C-VIS, ***elle*** présente une demande écrite au SEM. […]»

Ad art. 58 de l'Ordonnance du 16 janvier 1991 sur le service de l'emploi (ci-après : OSE)

L'art. 19 al. 2 let. c nLPD prévoit que lors de la collecte, le responsable de traitement communique à la personne concernée les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la présente loi et pour que la transparence des traitements soit garantie ; il communique au moins le cas échéant, les destinataires ou les *catégories de destinataires* auxquels des données personnelles sont transmises.

L'art. 58 al. 1 let. d OSE devrait reprendre le libellé de la loi. Plus précisément, il devrait être libellé comme suit : «Le cas échéant, des ***catégories de*** destinataires auxquelles des données sont transmises».

Quant à l'art. 58 al. 1 let. a, il doit être supprimé. Il n'y pas de base légale qui indique que l'identité et les coordonnées du responsable du système d'information doivent être communiquées. L'art. 19 al. 2 let. a nLPD ne mentionne que l'identité et les coordonnées du responsable du traitement.

Ad art. 126 de l'Ordonnance du 31 août 1983 sur l'assurance-chômage (ci-après : OACI)

Les remarques indiquées à l'art. 58 OSE valent également pour l'art. 126 OACI.

IV. Conclusion

En conclusion, la FER approuve sur le principe la révision proposée, avec les réserves susmentionnées.

[9] RS 142.512