



Procédure de consultation  
FER No 38-2016

Personne responsable:  
Mme Juliette Jaccard

Date de réponse:  
4 avril 2017

## Réponse à la consultation concernant les textes suivants :

- *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*
- *Arrêté fédéral portant approbation de l'échange de notes entre la Suisse et l'UE concernant la reprise de la Directive (UE) 2016/680 relative à la protection des données personnelles traitées à des fins de poursuite pénale et d'entraide en matière pénale*
- *Projet de modernisation de la Convention STE 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*

### I. Remarques générales

Après lecture de 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 (ci-après : AP-LPD), notre Fédération porte à votre connaissance qu'elle refuse le projet tel que proposé.

Les raisons de ce refus sont multiples mais les principales sont les suivantes :

Premièrement, l'AP-LPD va au-delà de ce que nécessite l'harmonisation voulue par la Suisse avec le droit de l'Union européenne ainsi que celui du Conseil de l'Europe.

Deuxièmement, cet avant-projet génère, pour les entreprises, un surcroît de procédures à mettre en place et à respecter, ce qui engendre inévitablement une augmentation des coûts.

Troisièmement, il réduit de manière inadmissible les possibilités pour les parties à un procès de se défendre en justice.

Enfin, cet avant-projet alourdit les sanctions, respectivement les responsabilités, des personnes qui traitent des données personnelles de manière disproportionnée.

S'agissant des deux autres objets soumis à consultation, notre Fédération les accepte. Elle ne s'oppose en effet pas au développement de l'acquis Schengen. La Directive (UE) 2016/680 constitue un développement de l'acquis Schengen. Conformément à l'accord d'association à Schengen, la Suisse est tenue de transposer les exigences de cet acte dans son ordre juridique interne<sup>1</sup>. Notre Fédération ne s'oppose pas non plus à la ratification du projet de modernisation de la Convention STE 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. Il est en effet dans l'intérêt de la Suisse de pouvoir ratifier la convention modernisée, eu égard notamment à la décision de la Commission européenne, selon laquelle la Suisse dispose d'un niveau de protection des données adéquat<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 2

<sup>2</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 15

## II. Remarques spécifiques relatives à 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

Notre Fédération vous prie de trouver ci-après ses remarques sur les dispositions de l'AP-LPD qui, selon elle, peuvent poser problème.

### **Ad art. 2 al. 1 - Champ d'application**

L'AP-LPD propose de supprimer les personnes morales du champ d'application de la LPD, laquelle ne s'appliquerait plus qu'aux personnes physiques.

Selon le Rapport explicatif<sup>3</sup>, cette solution, qui correspond à celle de la majorité des législations étrangères, a pour avantage de ne plus soumettre la communication à l'étranger de données concernant des personnes morales à la condition qu'un niveau de protection adéquat soit garanti dans l'Etat de destination (art. 5 AP-LPD), ce qui devrait favoriser les flux transfrontières.

Le fait que les personnes morales ne bénéficient plus de la protection des données a également des inconvénients. Elles perdent notamment le droit d'accès conféré par la LPD.

Les avantages que les personnes morales ne tombent plus sous le coup de la LPD nous paraissent toutefois supérieurs aux inconvénients que cela implique.

La FER ne s'oppose donc pas à ce que l'avant-projet LPD supprime les personnes morales du champ d'application de la loi fédérale sur la protection des données.

### **Ad art. 2 al. 2 let. c - Champ d'application**

Selon l'AP-LPD, l'exception relative aux procédures pendantes serait modifiée, de sorte que la LPD serait applicable à de telles procédures.

Par cette modification, il deviendrait extrêmement difficile pour une partie citée en justice d'exposer les faits et de produire les moyens de preuve nécessaires. Elle devrait en effet obtenir l'accord préalable de chaque personne tierce mentionnée dans ses écritures judiciaires et ses moyens de preuve, ce qui n'est pas raisonnable. Ceci d'autant plus que ce consentement pourrait se monnayer.

Le fait que les tribunaux cantonaux soient soumis à une loi cantonale sur la protection des données cantonale ne règle pas le problème. En effet, les personnes privées (physiques ou morales), assignées en justice, ne sont pas soumises aux lois cantonales sur la protection des données.

Vu ce qui précède, la FER s'oppose à la modification proposée. Autrement dit, notre Fédération demande que, comme c'est le cas aujourd'hui, la loi sur la protection des données ne s'applique pas aux procédures pendantes civiles, pénales, d'entraide judiciaire internationale ainsi que de droit public et de droit administratif (cf. art. 2 al. 2 let. c LPD actuellement en vigueur).

### **Ad art. 3 let. f - Définitions (Profilage)**

L'AP-LPD introduit une nouvelle notion. Il s'agit du « profilage », lequel est défini comme *toute exploitation de données personnelles ou non, consistant à analyser ou prédire les caractéristiques personnelles essentielles d'une personne, notamment son rendement au travail, sa situation économique, sa santé, sa sphère intime, ou ses déplacements* (art. 3 let. f).

Or d'une part le projet de modernisation de la Convention 108 du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (ci-après : P-STE 108) que la Suisse souhaite ratifier ne contient pas cette notion de profilage.

D'autre part, tant l'art. 3 de la Directive de l'Union européenne 2016/680<sup>4</sup>, applicable au traitement de données

---

<sup>3</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 38

<sup>4</sup> 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 du Conseil, JO L 119 du 4.5.2016 p. 89.

par les autorités (ci-après : Directive (UE) 2016/680), que l'art. 4 al. 4 du Règlement européen 2016/679<sup>5</sup> définissent le profilage comme *toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel* [...].

L'art. 3 let. f de l'avant-projet de la loi sur la protection des données va donc au-delà des exigences de l'Union européenne. En effet, à la différence des règles européennes, même le profilage manuel est couvert par l'avant-projet. Et même des données non-personnelles sont couvertes. Ainsi, selon l'avant-projet, si un employé remplit un questionnaire d'évaluation, il faudrait obtenir son consentement exprès, faute de quoi cela constituerait une violation de la loi sur la protection des données.

Partant, cette disposition doit être modifiée en ce sens qu'elle ne doit couvrir que le profilage automatisé et seulement les données personnelles.

### **Ad art. 5 al. 3 - Communication de données personnelles à l'étranger**

L'AP-LPD prévoit qu'en l'absence d'une décision du Conseil fédéral, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger lorsqu'un niveau de protection approprié est garanti par des garanties spécifiques, notamment contractuelles, préalablement communiquées au préposé (art. 3 al. 3 let. b AP-LPD). Dans un tel cas, selon l'AP-LPD, le préposé dispose d'un délai de 30 jours pour communiquer des éventuelles objections au responsable du traitement (art. 5 al. 4 AP-LPD).

L'AP-LPD prévoit en outre qu'en l'absence d'une décision du Conseil fédéral, des données personnelles peuvent être communiquées à l'étranger lorsqu'un niveau de protection approprié est garanti par des garanties standardisées, notamment contractuelles, préalablement approuvées par le préposé (art. 5 al. 3 let. c AP-LPD) ou par des règles d'entreprises contraignantes préalablement approuvées par le préposé (art. 5 al. 3 let. d AP-LPD). Dans ce cas, le préposé dispose d'un délai de six mois à compter de la réception du dossier complet des garanties standardisées ou des règles d'entreprises contraignantes pour communiquer au responsable du traitement si elles sont approuvées ou non (art. 5 al. 5 AP-LPD).

Premièrement, la différence entre les garanties spécifiques, notamment contractuelles, au sens de l'art. 5 al. 3 let. b et les règles d'entreprises contraignantes au sens de l'art. 5 al. 3 let. d. mériterait d'être précisée, voire supprimée.

Deuxièmement, les règles d'entreprises contraignantes devraient bénéficier du même régime que les garanties spécifiques, à savoir être communiquées préalablement au préposé, sans devoir faire l'objet d'une approbation. Troisièmement, prévoir un délai de six mois pour obtenir l'approbation n'est pas raisonnable. Une entreprise ne peut pas attendre six mois avant de pouvoir transférer des données à l'étranger. Ce délai doit être réduit à 30 jours comme le prévoient l'art. 5 al. 4 AP-LPD, respectivement l'art. 6 al. 5 de l'OPLD actuelle.

### **Ad art. 7 al. 2 - Sous-traitance**

L'art. 7 al. 2 AP-LPD indique que *le responsable du traitement doit en particulier s'assurer que le sous-traitant est en mesure de garantir la sécurité des données personnelles et les droits de la personne concernée*.

L'art. 10a al. 2 de la LPD en vigueur actuellement prévoit que le mandant doit en particulier s'assurer que le tiers garantisse la sécurité des données. En revanche, il n'oblige pas le responsable du traitement à garantir les droits de la personne concernée.

Selon le Rapport explicatif<sup>6</sup>, cette extension est exigée par la Directive (UE) 2016/680 (art. 22 par. 1). Le Conseil fédéral estime qu'une transposition uniquement sectorielle dans les domaines Schengen ne fait pas de sens, ceci d'autant plus que le Règlement (UE) 2016/679 prévoit une règle similaire (art. 28 par. 1)

Or le projet de Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (P-STE 108) ne prévoit rien concernant la sous-traitance.

Notre Fédération demande donc que l'art. 10a de l'actuelle LPD ne soit pas modifié. Autrement dit que son champ d'application ne soit pas élargi.

### **Ad art. 7 al. 3 - Sous-traitance**

L'art. 7 al. 3 AP-LPD est nouveau. Il prévoit que *le sous-traitant ne peut lui-même sous-traiter un traitement qu'avec l'accord écrit préalable du responsable du traitement*.

<sup>5</sup> Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données, JO L 119 4.5.2016 p. 1)

<sup>6</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 50

Il s'agit là aussi d'une exigence de la Directive (UE) 2016/680, pour les domaines Schengen (art. 22 par. 2). Le Règlement (UE) 2016/679 prévoit une règle similaire (art. 28 par. 2). Le Conseil fédéral a fait le choix de l'appliquer à tous les cas de sous-traitance<sup>7</sup>.

Notre Fédération refuse cette extension, le projet de Convention du Conseil de l'Europe pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (P-STE 108) ne prévoyant rien concernant la sous-traitance.

### **Ad art. 12 - Données d'une personne décédée**

L'art. 12 al. 5 AP-LPD prévoit que *chaque héritier peut exiger que le responsable du traitement efface ou détruise les données personnelles du défunt.*

L'art. 12 al. 5 AP-LPD prévoit deux exceptions : let. a) *si le défunt l'a expressément interdit de son vivant* ou let. b) *si l'effacement ou la destruction va à l'encontre d'intérêts prépondérants du défunt ou de tiers. Les dispositions spéciales d'autres lois fédérales sont réservées* (art. 12 al. 5 AP-LPD).

Cette disposition pose un certain nombre de problèmes. Qu'en est-il si un héritier unique demande à une entreprise de détruire toutes les données d'un ancien employé décédé, et que les délais de prescription ne soient pas échus ? L'art. 12 al. 5 AP-LPD ne permet pas d'invoquer la sauvegarde des moyens de preuve en vue d'un éventuel litige pour refuser la destruction des données.

En d'autres termes, tel qu'il est rédigé, l'art. 12 al. 5 AP-LPD ne permet pas au responsable du traitement d'opposer ses propres intérêts privés prépondérants à une demande faite par un héritier de détruire les données du défunt.

L'AP-LPD confère donc plus de droits à l'héritier qu'au titulaire des données, lequel pouvait se voir opposer un intérêt prépondérant du maître du fichier ou le respect d'une obligation légale (par exemple, le devoir de conserver ces données).

Notre Fédération demande donc que les exceptions de l'art. 12 al. 5 AP-LPD soient étendues, premièrement en permettant au responsable du traitement de refuser la destruction des données du défunt en invoquant ses propres intérêts prépondérants et deuxièmement en ajoutant une troisième exception, à savoir le respect d'une obligation légale.

### **Ad art. 13 - Devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles**

L'art. 13 al. 2 AP-LPD indique que : *Au plus tard lors de la collecte de données personnelles, il (le responsable du traitement) communique à la personne concernée les informations nécessaires à la mise en œuvre des droits de celle-ci et garantissant la transparence du traitement, notamment :*

- a. *l'identité et les coordonnées du responsable du traitement ;*
- b. *les données ou catégories de données personnelles traitées ;*
- c. *les finalités du traitement.*

Cette disposition est critiquable pour plusieurs raisons :

Tout d'abord, malgré la liste – exemplative – indiquée ci-dessus, le responsable du traitement ne sait pas exactement quelles informations il doit communiquer. Qu'entend-on par « les informations nécessaires à la mise en œuvre des droits » ? Au vu des sanctions pénales prévues par l'AP-LPD en cas de manquement à cette obligation (art. 50 AP-LPD), les responsables du traitement auront tendance à donner beaucoup d'informations. Or trop d'information est contre-productif. On ne les lit plus.

Avec cette disposition, si l'on installe par exemple une caméra de surveillance, l'on devrait alors ajouter un panneau à côté de la caméra pour donner toutes les informations requises par l'AP-LPD<sup>8</sup>.

Un devoir de transparence basé sur le risque, comme l'art. 4 LPD le prévoit aujourd'hui, suffit. On évitera ainsi des pages et des pages de textes en petits caractères sur les sites Internet<sup>9</sup>.

L'art. 13 al. 4 AP-LPD prévoit en outre que *lorsqu'un traitement est confié à un sous-traitant, le responsable du traitement communique à la personne concernée son identité et ses coordonnées, ainsi que les données personnelles ou les catégories de données personnelles concernées.*

Cette disposition va au-delà du projet de Convention STE 108 du Conseil de l'Europe, laquelle ne traite pas de la sous-traitance. L'art. 13 al. 4 AP-LPD devrait dès lors être supprimé.

---

<sup>7</sup> Ibidem

<sup>8</sup> David Rosenthal, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, in : Jusletter 20 février 2017, p.

18

<sup>9</sup> Ibidem

### **Ad art. 14 al. 1 - Exceptions au devoir d'informer et restrictions**

L'art. 14 al. 1 AP-LPD prévoit que *le responsable du traitement est délié du devoir d'information au sens de l'art. 13 lorsque la personne concernée dispose déjà des informations correspondantes.*

Selon le Rapport explicatif<sup>10</sup>, l'exception au devoir d'informer vaut également lorsque la personne concernée a elle-même rendu les informations accessibles. Cette précision mériterait de figurer expressément dans la loi.

L'art. 14 al. 1 AP-LPD devrait aussi comprendre les cas où le traitement de données résulte de la loi ou des circonstances ou qu'il est reconnaissable par la personne concernée (cf. art. 4 al. 4 actuelle LPD)<sup>11</sup>.

L'art. 14 al. 3 let. a AP-LPD stipule qu'*il est possible de restreindre, de différer la communication des informations ou d'y renoncer si le responsable du traitement est une personne privée, lorsque ses intérêts l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers.*

Cette dernière phrase « à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers » devrait être supprimée. Deux raisons justifient cette suppression. D'une part, il s'agit de tenir compte des intérêts prépondérants des groupes de sociétés. D'autre part, cela évite de devoir informer toutes les personnes citées dans des moyens de preuve lors de leur collecte en vue d'une éventuelle procédure.

### **Ad art. 16 - Analyse d'impact relative à la protection des données**

L'art. 16 al. 1 AP-LPD prévoit que *lorsqu'un traitement est envisagé et lorsque le traitement envisagé est susceptible d'entraîner un risque accru pour la personnalité et les droits fondamentaux de la personne concernée, le responsable du traitement ou le sous-traitant procède au préalable à une analyse d'impact.*

Notre Fédération a pris bonne note que cette disposition concrétise les exigences posées par le projet de Convention du Conseil de l'Europe STE 108 ainsi que par la Directive européenne 2016/680.

Toutefois, il nous paraît difficile de savoir ce qu'est un risque accru. Le non-respect de l'obligation de procéder à une analyse d'impact du traitement étant sanctionné pénalement (art. 50 al. 1 let. c AP-LPD), cette notion mériterait d'être définie. L'art. 35 du Règlement (UE) 2016/679 est beaucoup plus détaillé. Il donne des exemples dans lesquels l'analyse d'impact est nécessaire et dans lesquels elle ne l'est pas.

L'art. 16 al. 3 AP-LPD prévoit que *le responsable du traitement ou le sous-traitant doit communiquer les résultats de l'analyse au préposé, ainsi que les mesures envisagées.* Le non-respect de cette communication est sanctionné pénalement (art. 51 al. 1 let. d AP-LPD).

Cette information ne figure pas dans le projet de Convention 108 du Conseil de l'Europe. Cette obligation d'information doit donc être supprimée.

L'art. 16 al. 4 AP-LPD stipule que *si le préposé a des objections concernant les mesures envisagées, il en informe le responsable du traitement ou le sous-traitant dans un délai de 3 mois dès la réception de toutes les informations nécessaires.*

Or l'art. 28 de la Directive (UE) 2016/680 prévoit un délai maximum de 6 semaines.

Le délai de trois mois fixé par l'AP-LPD est excessif. Il doit donc être réduit. Le délai de trois mois conduit également à des situations absurdes. En effet, si une autorité étrangère de surveillance demande des documents et impose un délai plus court que trois mois, l'entreprise devra choisir entre violer le droit suisse ou violer le droit étranger<sup>12</sup>. Ce délai doit donc être réduit à 30 jours comme cela est prévu pour l'examen par le préposé des garanties contractuelles en cas de communication à l'étranger.

En résumé, les alinéas 4 et 5 de l'art. 16 AP-LPD vont beaucoup plus loin que les exigences internationales. Non seulement par rapport au délai dans lequel le préposé doit se déterminer, mais surtout par rapport à l'obligation d'informer le préposé. Ces deux alinéas devraient donc être supprimés.

---

<sup>10</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 55

<sup>11</sup> David Rosenthal, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, in : Jusletter 20 février 2017, p. 19

<sup>12</sup> David Rosenthal, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, in : Jusletter 20 février 2017, p. 29

### **Ad art. 17 al. 1 - Notification des violations de la protection des données (au préposé)**

Cette disposition prévoit que *le responsable du traitement notifie sans délai au préposé tout traitement non autorisé ou toute perte de données personnelles, à moins que la violation ne présente vraisemblablement pas de risque pour la personnalité et les droits fondamentaux de la personne concernée.*

Or la notification de toute perte de données personnelles n'est mentionnée ni dans le Règlement (UE) 2016/678 (art. 33), ni dans la Directive (UE) 2016/680 (art. 30), ni dans le projet de Convention 108 du Conseil de l'Europe (art. 7 par. 2).

La perte de données personnelles doit donc être exclue de l'art. 17 al. 1 AP-LPD.

### **Ad art. 17 al. 2 - Notification des violations de la protection des données (à la personne concernée)**

Selon l'art. 17 al. 2 AP-LPD, le responsable du traitement doit *informer par ailleurs la personne concernée lorsque cela est nécessaire à sa protection ou lorsque le préposé l'exige.*

Cette obligation de s'auto-dénoncer envers la personne concernée n'est pas prévue par le projet de Convention 108 du Conseil de l'Europe.

Cette disposition va également au-delà des exigences européennes. L'art. 34 par. 2 du Règlement (UE) 2016/679, respectivement l'art. 31 de la Directive UE 2016/680, ne prévoient en effet une information à la personne concernée que si la violation de données à caractère personnel est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et les libertés d'une personne physique.

De plus, l'art. 31 de la Directive prévoit plusieurs exceptions au devoir de communiquer la violation à la personne concernée, qui ne sont pas reprises par l'AP-LPD.

Enfin, selon l'AP-LPD, le non-respect de cette obligation de s'auto-dénoncer envers la personne concernée est pénalement répréhensible (art. 50 al. 1 let. b ch. 2 AP-LPD).

En résumé, l'AP-LPD oblige le responsable du traitement à se dénoncer auprès de la personne concernée sans bénéficier d'aucune diminution de peine, voire d'une amnistie, s'il le fait.

Vu ce qui précède, notre Fédération refuse l'obligation de s'auto-dénoncer prévue par l'art. 17 al. 2 AP-LPD. Cette disposition doit être supprimée.

### **Ad art. 19 - Autres obligations**

L'art. 19 let. b AP-LPD prévoit une obligation d'informer les destinataires des données en cas de rectification, d'effacement ou de limitations du traitement.

Or d'une part cette obligation ne figure pas dans le projet de convention STE 108 du Conseil de l'Europe. D'autre part, cette obligation peut être impossible à respecter. En effet, comment un journal peut-il informer tous ses lecteurs d'une éventuelle rectification de données, alors qu'il ne peut pas déterminer l'ensemble de ses lecteurs ?

L'art. 10 let. b AP-LPD prévoit en outre que le responsable du traitement et le sous-traitant sont tenus d'informer les destinataires auxquels des données ont été communiquées de toute violation de la protection des données.

Cette obligation de s'auto-dénoncer est inadmissible, ce d'autant plus que l'art. 50 al. 3 let. a AP-LPD prévoit une sanction pénale en cas de non-respect de cette obligation. Le principe *nemo tenetur se ipsum accusare, selon lequel nul n'est obligé de s'accuser soi-même*, n'est pas respecté<sup>13</sup>.

### **Ad art. 20 - Droit d'accès**

L'art. 20 al. 1 AP-LPD prévoit la gratuité du droit d'accès.

Or ceci va au-delà des exigences du projet de Convention STE 108 du Conseil de l'Europe (art. 8 al. 1 let. b).

Le principe de la gratuité, sous réserve d'exceptions, qui figure actuellement à l'art. 8 al. 5 LPD, devrait être maintenu, de même que l'art. 2 OLPD actuellement en vigueur. Celui-ci prévoit en effet qu'une participation équitable aux frais peut exceptionnellement être demandée (au maximum CHF 300.-) lorsque les renseignements désirés ont déjà été communiqués au requérant dans les douze mois précédant la demande, et que ce dernier ne peut justifier d'un intérêt légitime, telle la modification non annoncée des données le concernant; ou lorsque la communication des renseignements demandés occasionne un volume de travail considérable.

---

<sup>13</sup> David Vasella, Jacqueline Sievers, Der « Swiss Finish » im Vorentwurf des DSG, in : digma – Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit, 2017, pp. 44, 47

L'art. 20 al. 3 AP-LPD prévoit que *lorsque le traitement de données personnelles conduit à une décision, en particulier à une décision individuelle automatisée, la personne concernée reçoit des informations sur le résultat de la décision, la manière dont elle a été obtenue ainsi que sur ses conséquences.*

D'une part, le devoir d'information prévu par cette disposition est beaucoup trop étendu. L'obligation d'information devrait être limitée aux décisions individuelles automatisées.

L'art. 20 al. 3 AP-LPD devrait donc être modifié comme suit : *lorsque le traitement de données personnelles conduit à une décision individuelle automatisée, la personne concernée reçoit des informations sur le résultat de la décision, la manière dont elle a été obtenue ainsi que sur ses conséquences.*

D'autre part, cette information a déjà été donnée au moment du traitement (cf. art. 13 AP-LPD).

Cet art. 20 al. 3 AP-LPD devrait donc être supprimé.

#### **Ad art. 44 al. 3 - Procédure**

Cette disposition prévoit que les recours formés contre les mesures provisoires visées à l'art. 42 n'ont pas d'effet suspensif. Or l'absence d'effet suspensif peut être très dommageable pour une entreprise. Cela empêche l'entreprise d'agir, même si elle avait finalement raison.

#### **Ad art. 45 - Obligation de dénoncer**

L'obligation faite au préposé de dénoncer les infractions pénales poursuivies d'office devrait être supprimée. En effet, vu l'art. 17 AP-LPD qui oblige le responsable du traitement à notifier sans délai au préposé tout traitement non-autorisé ou toute perte de données personnelles, le fait que l'autorité les dénonce pénalement ne va pas encourager les responsables de traitement à s'auto-dénoncer.

#### **Ad art. 50 - Violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer**

Cette disposition prévoit des sanctions pénales alors que ni le projet de Convention STE 108 du Conseil de l'Europe, ni la Directive UE 2016/680 ne prévoient l'obligation d'instaurer des sanctions pénales. Des sanctions administratives seraient non seulement suffisantes au regard du droit européen, mais aussi beaucoup plus judicieuses.

Notre Fédération demande donc une refonte complète de cette disposition, en supprimant les sanctions pénales. Ce d'autant plus que le responsable du traitement des données a une obligation de s'auto-dénoncer (art. 17 AP-LPD), laquelle est au surplus contraire au principe *nemo tenetur se ipsum accusare*.

#### **Ad art. 51 - Violation des devoirs de diligence**

L'art. 51 AP-LPD prévoit également des sanctions pénales en cas de violation des devoirs de diligence alors que, comme déjà indiqué, ni le projet de Convention STE 108 du Conseil de l'Europe, ni la Directive UE 2016/680 ne prévoient l'obligation d'instaurer des sanctions pénales. Des sanctions administratives seraient non seulement suffisantes au regard du droit européen, mais aussi beaucoup plus judicieuses. Notre Fédération demande donc la suppression des sanctions pénales.

#### **Ad art. 52 – Violation du devoir de discrétion**

L'art. 52 AP-LPD alourdit la sanction qui est prévue actuellement à l'art. 35 de la LPD. Alors que le droit actuel sanctionne d'une amende la violation du devoir de discrétion, l'art. 52 AP-LPD prévoit une peine privative de liberté de trois ans au plus ou une peine pécuniaire.

Or rien ne justifie l'alourdissement de la sanction en cas de violation du devoir de discrétion.

Aussi l'art. 35 LPD actuellement en vigueur doit-il être maintenu.

#### **Ad art. 53 - Contraventions commises dans une entreprise**

Cette disposition indique que *si l'amende ne dépasse pas CHF 100'000.- et qu'il apparaît que l'enquête portant sur des personnes punissables en vertu de l'art. 6 de la loi fédérale du 22 mars 1974 sur le droit pénal administratif implique des mesures d'instruction hors de proportion avec la peine encourue, l'autorité peut renoncer à poursuivre ces personnes et condamner l'entreprise au paiement de l'amende.*

Notre Fédération refuse cette nouvelle responsabilité des entreprises, laquelle est inadmissible. On remarquera que lorsqu'il s'agit du champ d'application personnel, on supprime les personnes morales. Celles-ci ne peuvent donc plus bénéficier des droits qui leur étaient accordés par le droit actuel de la protection des données. Alors que quand il s'agit de sanctionner les personnes morales, on ajoute une disposition.

L'art. 53 AP-LPD doit donc être supprimé.

#### **Ad art. 55 - Prescription de l'action pénale pour les contraventions**

L'art. 55 AP-LPD prévoit que l'action pénale pour les contraventions se prescrit par cinq ans à compter de leur commission.

Or l'art. 109 du Code pénal prévoit un délai de prescription de trois ans.

Il n'y a aucune raison de déroger au délai de trois ans prévu par l'art. 109 du Code pénal. Ce dernier devrait donc s'appliquer tel quel aux contraventions prévues par l'AP-LPD.

#### **Ad art. 59 - Disposition transitoire**

Un délai transitoire de deux ans, à l'instar de ce qui est prévu dans l'Union européenne, devrait être envisagé, de sorte que les responsables de traitements de données puissent se conformer à leurs nouvelles obligations.

### **III. Conclusions**

L'avant-projet de la loi sur la protection des données doit être clairement remanié. Il va parfois beaucoup plus loin que les exigences internationales, sans que cela ne se justifie. Il occasionne un surcroît de travail pour les entreprises. L'on pense notamment au devoir fortement élargi d'informer et de renseigner tant le préposé que la personne concernée lors de la collecte des informations.

La mise en pratique et les efforts financiers demandés aux entreprises posent problème. Ces aspects concernent en particulier les PME qui devront mettre en place les procédures requises et rédiger les documents nécessaires.

Les tâches du préposé vont largement augmenter. Cela va nécessiter également des investissements. A ce sujet, il est intéressant de lire dans le Rapport explicatif<sup>14</sup> que, *à ce stade des travaux, il est difficile d'estimer de manière globale les conséquences financières de l'avant-projet sur le parc personnel de la Confédération et en particulier sur les ressources du préposé.*

Dans le Rapport explicatif<sup>15</sup>, il est indiqué également que *les coûts nécessaires au respect des nouvelles obligations introduites par l'avant-projet pour les responsables du traitement devraient être compensés notamment par les avantages découlant du libre transfert des données avec l'Union européenne.* On admet donc que l'AP-LPD engendrera des coûts, sans toutefois être capable de les chiffrer.

Ceux qui profiteront surtout de cette révision, ce seront les avocats, les experts et les spécialistes en protection des données, enfin ceux qui oseront conseiller les entreprises dans ce champ de mines, vu les sanctions pénales prévues<sup>16</sup>.

Enfin, notre Fédération considère que la loi devrait être plus accessible. Le jargon technique devra être simplifié de manière à ce qu'un chef d'entreprise puisse comprendre aisément les obligations qui lui incombent et dans quelles situations celles-ci lui incombent, sans devoir obligatoirement recourir à un expert.

Enfin, cette loi augmente la densité normative, ce qui est hautement regrettable.

---

<sup>14</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 102

<sup>15</sup> Office fédéral de la justice OFJ, 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, Berne, p. 104

<sup>16</sup> David Rosenthal, Der Vorentwurf für ein neues Datenschutzgesetz : Was er bedeutet, in : Jusletter 20 février 2017, p.