



EIDGENÖSSISCHES JUSTIZ- UND POLIZEIDEPARTEMENT
DEPARTEMENT FEDERAL DE JUSTICE ET POLICE
DIPARTIMENTO FEDERALE DI GIUSTIZIA E POLIZIA
DEPARTAMENT FEDERAL DA GIUSTIA E POLIZIA

**PROJET DE REVISION PARTIELLE DE LA LOI
FEDERALE SUR LA PROTECTION DES
DONNEES (LPD)**

ET

**PROTOCOLE ADDITIONNEL A LA CONVENTION
POUR LA PROTECTION DES PERSONNES A
L'EGARD DU TRAITEMENT AUTOMATISE DES
DONNEES A CARACTERE PERSONNEL,
CONCERNANT LES AUTORITES DE CONTROLE ET
LES FLUX TRANSFRONTIERES DE DONNEES**

**PROJET DE LOI MIS EN CONSULTATION, TEXTE DU
PROTOCOLE ADDITIONNEL ET RAPPORT
EXPLICATIF**

Berne, août 2001

RAPPORT EXPLICATIF

1. Partie générale

11 Le droit actuel

111 Au niveau fédéral

La protection des données est actuellement régie, au niveau fédéral, par la loi fédérale sur la protection des données (LPD) du 19 juin 1992, entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1993. Celle-ci régit le traitement de données concernant des personnes physiques et morales effectué par des personnes privées et des organes fédéraux (art. 2).

La LPD fixe les principes à respecter lors du traitement de données personnelles. En particulier, toute collecte de données personnelle ne peut être entreprise que d'une manière licite (art. 4, al. 1). Leur traitement doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité (art. 4, al. 2). Les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de la collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances (art. 4, al. 3). La personne ou l'organe qui traite des données personnelles doit en outre s'assurer qu'elles sont correctes (art. 5).

La LPD règle la communication des données à l'étranger (art. 6), de même que le droit d'accès (art. 8). Elle interdit aux personnes privées qui traitent des données personnelles de porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées (art. 12, al. 1) et en particulier de traiter des données contre la volonté expresse de la personne concernée en l'absence de motif justificatif (art. 12, al. 2, let. b). Elle règle les prétentions que les personnes lésées peuvent faire valoir et la procédure (art. 15).

Les art. 16 à 25 LPD régissent le traitement de données personnelles par des organes fédéraux. Les organes fédéraux ne sont en droit de traiter des données personnelles que s'il existe une base légale (art. 17, al. 1). Une base légale formelle est en principe exigée pour le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 17, al. 2). La communication de données personnelles à des tiers est en outre subordonnée à l'existence d'une base juridique, sous réserve des exceptions prévues par la loi (art. 19, al. 1). Les données personnelles ne peuvent être rendues accessibles au moyen d'une procédure d'appel que si cela est prévu expressément (art. 19, al. 3). Les exigences sont encore plus strictes pour les données sensibles ou les profils de la personnalité, lesquels ne peuvent être rendus accessibles au moyen d'une procédure d'appel que si une loi au sens formel le prévoit expressément (art. 19, al. 3).

La LPD règle les tâches et les compétences du Préposé fédéral à la protection des données (art. 26 à 32). Celui-ci surveille l'application de la loi par les organes fédéraux et conseille les personnes privées. Il a la compétence d'effectuer des enquêtes et peut émettre des recommandations. Lorsqu'une recommandation n'est pas suivie dans le secteur privé, il peut porter l'affaire devant la Commission fédérale de la protection des données (art. 28, al. 4). Dans le secteur public, il peut porter

l'affaire pour décision auprès du département ou de la Chancellerie fédérale (art. 27, al. 5). Le préposé n'a pas qualité pour recourir lui-même contre les décisions rendues par les départements et la Chancellerie fédérale¹.

112 Au niveau cantonal

Le traitement de données personnelles par les autorités cantonales est en principe régi par le droit cantonal (art. 2, al. 1, LPD). Il importe peu que les données traitées aient été obtenues directement par les autorités cantonales ou que celles-ci les reçoivent par un accès en ligne à une banque de données fédérale. Diverses dispositions du droit fédéral restreignent toutefois l'autonomie cantonale en matière de protection des données². En vertu de l'art. 37, al. 1 LPD, le traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral est régi par certaines dispositions de la LPD, à moins qu'il ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données. La plupart des cantons ont adopté une loi au sens formel, mais d'autres se fondent sur une ordonnance ou des directives qui ne sont pas toujours publiées.

L'art. 37, al. 2, LPD invite en outre les cantons à désigner un organe chargé de veiller à la protection des données. Tous les cantons n'ont pas encore désigné un organe de contrôle au sens de cette disposition. Le statut, les pouvoirs et les moyens de l'organe de contrôle peuvent varier fortement d'un canton à l'autre.

12 Travaux préparatoires

121 Interventions parlementaires à l'origine de la révision

121.1 Motion "liaisons online"

Une révision partielle de la LPD est rendue nécessaire par l'adoption d'une motion de la Commission de gestion du Conseil des Etats en date du 21 décembre 1999 (motion 98.3529 du 17.11.1998. Liaisons "online". Renforcer la protection pour les données personnelles ; ci-après : motion « liaisons online »). La motion invite le Conseil fédéral à soumettre aux Chambres fédérales une révision de la LPD dans le but d'imposer des bases légales pour toute liaison "online", même s'il s'agit d'un projet pilote, et de prévoir, pour les requêtes et l'installation de liaisons "online" avec les systèmes informatiques de la Confédération, des normes minimales permettant d'améliorer la collaboration entre la Confédération et les cantons.

Le Conseil fédéral proposait dans sa réponse de transformer la motion en postulat. Concernant le premier point de la motion, il a rappelé qu'en droit actuel une base légale expresse est déjà nécessaire pour établir une procédure d'appel permettant d'accéder en ligne à une banque de données gérée par un organe fédéral (art. 19, al. 3, première phrase LPD). Une base légale expresse dans une loi au sens formel est même requise lorsque la procédure d'appel rend accessibles des données sensibles ou des profils de la personnalité (art. 19, al. 3, deuxième phrase LPD). Pour le

¹ ATF 123 II 542.

² Cf. art. 16, al. 2 et 37, al. 1 LPD; art. 16, al. 3, LMSI; art. 16, al. 1 et 17, al. 1 LSF.

Conseil fédéral, cette exigence s'applique également durant la phase pilote et il n'est donc pas nécessaire de réviser la loi sur ce point. En revanche, le Conseil fédéral s'est déclaré disposé à proposer une révision de la LPD en vue d'y introduire une réglementation particulière pour la phase pilote d'un projet, lorsqu'un motif d'intérêt public important rend indispensable le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité avant l'entrée en vigueur d'une base légale formelle. En effet, lorsque les liaisons projetées n'ont pu être testées en grandeur réelle, il est difficile de circonscrire avec précision le cercle des instances administratives fédérales et cantonales, voire, dans certains cas des personnes privées, pour lesquelles un accès peut se révéler nécessaire. Le fait de pouvoir tester, durant une phase pilote, les accès à des banques de données, en particulier lors de liaisons "online", permettrait de mieux délimiter les besoins d'accès lors de l'élaboration de la base légale formelle.

Sur le second point de la motion, le Conseil fédéral s'est déclaré prêt à fixer au niveau fédéral un standard à respecter en matière d'accès, d'utilisation, de protection et de contrôle des banques de données fédérales. Il a laissé ouverte la question de savoir si la fixation de ce standard devait passer par l'édiction de normes fédérales directement applicables aux cantons ou prendre la forme de normes supplétives qui s'appliqueraient en l'absence d'une réglementation cantonale correspondante.

Lors de l'adoption de la motion par les Chambres, le représentant du Conseil fédéral a fait savoir qu'il pouvait se rallier à la motion si une marge de manœuvre suffisante était laissée au Conseil fédéral pour réaliser celle-ci dans le sens de la réponse du Conseil fédéral³.

121.2 Motion sur le renforcement de la transparence

Une deuxième motion invitant le Conseil fédéral à proposer aux Chambres fédérales une révision de la LPD a été adoptée par les Chambres fédérales en date du 5 octobre 2000. Il s'agit d'une motion de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats (motion 00.3000 du 28 janvier 2000. Renforcement de la transparence lors de la collecte des données personnelles ; ci-après : motion « renforcement de la transparence »). Elle demande l'introduction dans la LPD d'une obligation pour les personnes privées et les organes fédéraux d'informer les personnes concernées lors de la collecte de données personnelles sensibles et de profils de la personnalité. La motion prévoit que l'information portera en particulier sur l'identité du maître du fichier, sur les finalités du traitement et sur toutes les informations supplémentaires nécessaires à assurer un traitement des données conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité. L'obligation d'information doit couvrir aussi bien la collecte auprès de la personne concernée que la collecte auprès de tiers. Des exceptions peuvent être définies pour préserver un intérêt public ou privé prépondérant.

³ BO 1999 E 212 et N 2599.

122 Définition de la portée et des objectifs de la révision

A la suite de l'adoption des deux motions, un premier projet de révision a été élaboré au sein de l'administration fédérale, sous l'égide de l'Office fédéral de la justice, en collaboration avec le Préposé fédéral à la protection des données. La question s'est posée de savoir s'il fallait limiter la révision aux domaines visés par les deux motions adoptées par les Chambres fédérales ou au contraire l'étendre à d'autres points, voire entamer une révision totale. On pouvait notamment se demander si l'occasion ne devait pas être saisie de rendre la LPD compatible avec le droit de l'Union européenne.

Afin de recueillir quelques avis, l'Office fédéral de la justice a réuni un groupe de travail informel composé de quelques spécialistes de la protection des données du secteur public et du secteur privé⁴, auxquels il a soumis son avant-projet. Les avis exprimés par la plupart des spécialistes consultés ont montré que la LPD avait, dans l'ensemble, fait ses preuves, et qu'une révision totale de la loi serait prématurée à ce stade. La loi présente quelques défauts ponctuels auxquels il est possible de remédier dans le cadre d'une révision partielle, mais il serait faux de vouloir toucher aux principes matériels de la protection des données. La révision doit donc se limiter à des points pour lesquels le besoin de révision est clairement démontrable ou découle de la réalisation des deux motions mentionnées ci-dessus. Les règles matérielles ne devraient pas être remises en question, mais une amélioration des instruments permettant aux personnes lésées de faire valoir plus efficacement leurs droits peut être envisagée, en complément du renforcement de la transparence demandé par la motion. Le Préposé fédéral à la protection des données aurait souhaité quant à lui une révision plus ambitieuse qui, sans remettre en cause les principes fondamentaux de la loi, tendrait notamment vers l'harmonisation de la législation suisse avec le droit européen et le renforcement des compétences d'investigation, de conseil et de médiation du préposé.

La révision a en outre pour but de permettre à la Suisse de signer le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, adopté par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 23 mai 2001 et qui sera ouvert à la signature le 8 novembre 2001 (cf. ch. 151.2 ci-dessous).

⁴ Ces spécialistes sont:

- Prof. Dr. iur. Rainer J. Schweizer, Professeur à l'Université de Saint-Gall, Président de la Commission fédérale de la protection des données;
- Urs Belser, Fürsprecher, Berne;
- Ursula Uttinger, lic. iur, Présidente du Datenschutzforum Schweiz;
- Markus Siegenthaler, Fürsprecher, Bureau pour la surveillance de la protection des données du canton de Berne;
- Gérald Page, Docteur en droit, avocat et chargé de cours à l'Université, Genève.

13 Les grandes lignes de la révision

Les travaux de révision ont été guidés par le souci de créer un équilibre entre le renforcement de la protection de la personnalité d'une part et le souci de ne pas susciter des démarches qui compliqueraient inutilement l'accomplissement des tâches des maîtres de fichier d'autre part. Les contraintes supplémentaires éventuelles imposées aux personnes privées par l'introduction d'un devoir d'information sont compensées par certains allègements en matière de contrôle. En particulier, la transparence instaurée par le projet de loi aura pour effet de réduire pratiquement à néant la portée pratique de l'obligation de déclarer les fichiers au sens de l'art. 11 LPD. C'est pourquoi nous proposons d'abandonner cette obligation pour les personnes privées. De même, l'obligation de déclarer les communications transfrontières (art. 6 LPD), est abandonnée aussi bien pour les personnes privées que pour les organes fédéraux.

Le projet ne se départit pas de la conception qui a prévalu jusqu'ici et qui laisse principalement à la personne concernée l'initiative de défendre ses droits. Le préposé en tant qu'organe de contrôle garde la compétence d'intervenir d'office en établissant les faits et en émettant des recommandations, mais il n'est pas prévu d'étendre ses compétences. Sur certains points (notamment l'obligation de déclarer les fichiers), le projet de révision supprime des contraintes administratives, dont l'application s'est révélée peu satisfaisante dans la pratique.

On part de l'idée que si la personne concernée est informée de la collecte, elle pourra exercer les droits que lui reconnaît la loi et qu'on pourra faire l'économie de mesures plus contraignantes au niveau du contrôle effectué par le préposé. Cette conception a l'avantage de limiter le plus possible les contraintes à l'égard des personnes qui collectent des données, particulièrement lorsqu'il s'agit de personnes privées, et de laisser dans une large mesure aux personnes concernées le soin de délimiter elles-mêmes jusqu'à quel point elles entendent tolérer d'éventuelles atteintes à leur vie privée. Le but est également de limiter l'information à ce qui est nécessaire et de ne pas inonder les personnes concernées de renseignements qu'elles n'ont pas sollicités, ce qui pourrait être ressenti comme une autre forme d'intrusion, particulièrement lors de transactions courantes.

Le projet s'efforce par ailleurs de mieux délimiter les responsabilités et le contrôle lorsque le traitement est délégué à des tiers ou confié à des sous-traitants. Il impose aux maîtres de fichier une obligation de diligence, tout en leur laissant, dans plusieurs domaines, une importante marge de manœuvre quant aux moyens de remplir cette obligation. Ainsi, lors de communications transfrontières de données, le maître du fichier doit s'assurer que le destinataire offre un niveau de protection adéquat, mais la LPD ne prescrit pas de quelle manière il obtient de telles assurances: celles-ci peuvent découler notamment d'obligations légales, de conventions internationales ou de clauses contractuelles. Le maître du fichier est également libre de choisir la manière dont il entend rendre une collecte de données reconnaissable. Le maître du fichier assume toutefois une responsabilité pour le préjudice causé.

Lorsque des organes fédéraux traitent des données personnelles, les exigences relatives à l'existence d'une base légale formelle sont assouplies afin de tenir compte des difficultés liées à la mise en place de banques de données fédérales qui

prévoient des accès en ligne. Durant une phase pilote limitée, de tels traitements pourraient être testés préalablement à l'entrée en vigueur d'une base légale formelle, pour autant que les tâches ainsi exécutées reposent quant à elles sur une base légale formelle.

Enfin, le projet de loi renforce les exigences et les possibilités de contrôle lors du traitement de données fédérales par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral. En effet, actuellement, le préposé peut intervenir au moment où l'attribution d'un accès est définie, mais il n'a aucun moyen de contrôler que, par la suite, l'accès n'a pas été étendu à d'autres organes. Dans la mesure où des données fédérales sont traitées, la Confédération dispose d'une base constitutionnelle suffisante pour imposer aux cantons des garanties minimales (cf. ch. 3 ci-dessous).

En complément de l'obligation d'informer, il est proposé de renforcer la position des personnes qui entendent s'opposer au traitement de données les concernant. L'expérience montre en effet que la personne qui subit une atteinte peut se trouver dans une position de faiblesse qui ne lui permet pas d'exercer efficacement ses droits. Souvent, lorsque la justice intervient, l'atteinte est déjà consommée et ne peut plus être empêchée. Dans certains cas, la personne concernée n'obtient pas du maître du fichier les informations nécessaires pour pouvoir exercer ses prétentions, en particulier concernant les motifs justificatifs du traitement. L'obligation d'informer lors de la collecte n'a de sens que si elle s'accompagne de la possibilité pour la personne concernée de s'opposer efficacement au traitement. C'est pourquoi le projet de révision prévoit la suspension immédiate, mais limitée à un bref laps de temps, du traitement en cas d'opposition de la personne concernée et l'obligation pour le maître du fichier de communiquer à cette dernière les motifs justificatifs du traitement.

On pourrait envisager d'autres mesures encore pour renforcer la position de la personne concernée dans le procès. L'idée a par exemple été évoquée d'introduire un allègement du fardeau de la preuve analogue à l'art.13a de la loi fédérale contre la concurrence déloyale (RS 241). Apporter la preuve de l'illicéité de l'atteinte ou de l'étendue du préjudice subi, par exemple lors d'une communication transfrontière de données, n'est en effet pas aisé. Il convient cependant de ne pas multiplier les exceptions au régime ordinaire de l'administration de la preuve. Même sans introduire un allègement, la charge d'apporter la preuve de faits qui relèvent de la sphère d'influence du maître du fichier, comme l'existence de motifs justificatifs, devrait aujourd'hui déjà incomber au maître du fichier. Nous nous sommes également demandé si les normes usuelles sur la responsabilité civile permettent véritablement d'assurer la réparation du préjudice subi en cas d'atteinte illicite, notamment lors de la communication transfrontière des données. L'introduction de nouvelles sanctions, par exemple sous la forme d'une indemnité versée indépendamment du montant du préjudice subi, comme lors d'une résiliation abusive du contrat de travail, a été envisagée, mais n'a pas été retenue. Ce type de sanction est très inhabituel en droit suisse, particulièrement dans un domaine qui n'est pas toujours régi par des rapports contractuels. La création d'une clause générale de responsabilité pour les auxiliaires, étendue aux activités de service, telle qu'elle est prévue dans l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile, devrait en outre remédier, au moins en partie, aux éventuelles insuffisances du système actuel.

La révision permet de rapprocher le droit suisse sur certains points du droit communautaire, mais le projet n'a pas pour but de rendre notre droit en tous points compatible avec celui-ci. Il est admis que le niveau de protection offert par la LPD est à peu près équivalent à celui du droit communautaire. L'Union européenne a d'ailleurs rangé la Suisse parmi les pays qui jouissent d'un niveau de protection adéquat, autorisant ainsi le transfert de données des pays de l'Union européenne vers notre pays. Bien que cette appréciation soit susceptible d'être revue périodiquement, le souci de rendre la LPD compatible avec le droit communautaire ne correspond pas à une nécessité dans l'immédiat, d'autant que la situation dans l'Union européenne pourrait être appelée à évoluer. Un rapport d'évaluation de la directive communautaire est attendu. Il n'en demeure pas moins que, sur plusieurs points, le projet poursuit des objectifs qui sont proches de ceux de la directive communautaire.

Sur le plan terminologique, la LPD ne donne pas toujours satisfaction. Certaines notions pourraient être définies (par ex. "tiers" ou "procédure d'appel") et le terme "maître du fichier" n'est plus très actuel. En raison des incidences en cascades qu'entraîneraient de nouvelles définitions légales sur l'ensemble du texte de loi, il est préférable de renoncer à réviser ou à compléter les définitions actuellement prévues à l'art. 3 LPD dans le cadre d'une révision partielle.

14 Principales innovations

141 Le devoir d'informer lors de la collecte des données personnelles

L'une des principales innovations du projet de loi porte sur la réalisation de la motion "renforcement de la transparence". Un devoir d'informer relativement détaillé est introduit concernant la collecte de données sensibles et de profils de la personnalité (art. 7a du projet). Lors de la collecte de données qui ne sont pas sensibles et ne constituent pas des profils de la personnalité, le devoir d'informer est en revanche plus relatif. L'art. 4, al. 4 du projet se contente, pour ce type de données, de poser le principe selon lequel la collecte, et notamment les finalités du traitement, doivent être reconnaissables. Ce principe n'est pas nouveau, puisqu'il s'applique actuellement lors de la collecte de données personnelles par des organes fédéraux (art. 18, al. 2, LPD). Il s'appliquera désormais également au secteur privé. L'étendue de cette obligation devra être appréciée en fonction des circonstances de la collecte. Si les circonstances sont telles que la collecte et la finalité du traitement sont d'emblée manifestement reconnaissables pour la personne concernée, aucun devoir d'information supplémentaire ne sera exigé de celui qui collecte les données. En revanche, si les circonstances sont telles que la collecte et la finalité du traitement ne sont pas ou pas clairement reconnaissables, on attendra de celui qui collecte des données une information plus active, sans toutefois aller aussi loin que ne le prévoit l'art. 7a du projet pour les données sensibles et les profils de la personnalité.

142 Abandon de l'obligation de déclarer

L'obligation pour les personnes privées et les organes fédéraux qui entendent transmettre des fichiers à l'étranger de le déclarer préalablement au préposé (art. 6 LPD) est abandonnée. De même, est abandonnée l'obligation pour les personnes

privées qui traitent régulièrement des données sensibles ou des profils de la personnalité ou qui communiquent régulièrement des données personnelles à des tiers de déclarer leurs fichiers au préposé (art. 11 LPD): le registre des fichiers tenu par le préposé se limitera donc dorénavant à recenser les fichiers des organes fédéraux. L'obligation de déclarer les communications transfrontières est remplacée par une obligation de diligence. L'abandon du registre des fichiers pour les personnes privées est justifié par la faible valeur informative de cet instrument dont la mise en place s'est révélée difficile et dont la portée pratique disparaît presque entièrement avec l'introduction d'une obligation d'informer. Il est compensé par la possibilité pour le préposé d'exiger la fourniture d'un inventaire des fichiers (art. 29, al. 2 du projet).

143 Procédure d'opposition

Le droit pour la personne concernée de s'opposer au traitement de données personnelles la concernant est déjà prévu à l'art. 12, al. 2, let. b LPD en cas de traitement par des personnes privées et à l'art. 20 LPD en cas de traitement par des organes fédéraux. Lors du traitement par des personnes privées, la procédure est réglée à l'art. 15 LPD. Le projet prévoit une innovation à l'art. 15a, en obligeant les personnes privées à suspendre immédiatement le traitement lorsque la personne concernée s'y oppose. L'interdiction de traiter les données s'appliquera aussi longtemps que le maître du fichier n'aura pas indiqué les motifs justificatifs du traitement à la personne concernée, après quoi celle-ci disposera encore d'un délai de dix jours pour obtenir du juge l'interdiction provisoire ou définitive du traitement en vertu de l'art. 15, al. 1, LPD. Cette mesure découle indirectement de la motion "renforcement de la transparence". En effet, un droit à l'information n'aurait aucune utilité, s'il ne s'accompagnait pas de la possibilité pour la personne concernée de s'opposer efficacement au traitement.

144 Traitement de données par les organes fédéraux préalablement à la création d'une base légale formelle

Dans le but de réaliser la motion "liaisons online", le projet de révision prévoit, à l'art. 17a, une clause permettant au Conseil fédéral, pendant un temps limité, d'autoriser le traitement automatisé de données sensibles ou de profils de la personnalité dans le cadre de projets pilotes, même s'il ne dispose pas encore d'une base légale formelle autorisant un tel traitement. L'exigence selon laquelle les tâches qui nécessitent le traitement devront, elles, figurer dans une loi au sens formel demeure.

145 Traitement conjoint de données entre les organes fédéraux et des tiers

Il peut arriver que les organes fédéraux traitent des données conjointement avec des organes cantonaux, voire des personnes privées, lesquels à leur tour peuvent confier tout ou partie du traitement à des tiers. Cela pose le problème de savoir comment l'organe fédéral peut continuer à assumer sa responsabilité en matière de protection des données. Le projet améliore la protection des données sur ce point, car il permet à l'organe fédéral d'effectuer ou de faire effectuer des contrôles auprès de celui qui traite des données (art. 16, al. 3 et 4 du projet). D'autre part, il permet au préposé de

vérifier que le traitement des données dans les cantons fasse l'objet d'un niveau de protection adéquat (art. 27a du projet). La possibilité d'effectuer des contrôles auprès des cantons ou de tiers découle de la fonction du maître du fichier.

146 Standard minimum applicable aux cantons

Le projet renforce la protection des données lorsque celles-ci sont traitées par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral en fixant un standard minimum comme le veut la motion "liaisons online". L'art. 37, al. 1 du projet s'inspire des règles applicables aux flux transfrontières, qui exigent la garantie d'un niveau de protection adéquat. Si les dispositions cantonales de protection des données n'assurent pas un niveau de protection adéquat, les dispositions du droit fédéral s'appliquent à titre supplétif.

15 Le contexte international

151 Conseil de l'Europe

151.1 Droit en vigueur

Face au flux des informations qui en principe ne connaît pas de frontières, une coopération internationale est nécessaire pour assurer un niveau élevé de protection des données tout en garantissant la libre circulation des informations sans considérations de frontières. C'est dans cet esprit que le Conseil de l'Europe a adopté la Convention sur la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel (STE n° 108) du 28 janvier 1981. Cette convention est entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} février 1998⁵.

La Convention a pour objet de renforcer dans les secteurs privé et public la protection juridique des individus vis-à-vis du traitement automatisé des données à caractère personnel les concernant. Elle tend à assurer, dans tous les Etats parties, un minimum de protection de la personnalité lors du traitement de données personnelles et une certaine harmonisation du système de protection; d'autre part, elle garantit la circulation internationale des données, en ce sens qu'aucun Etat partie ne peut interdire le transfert d'informations vers un autre Etat partie qui accorde la protection minimale prévue par la Convention.

Les principes énoncés dans la Convention STE n° 108 constituent le noyau dur des lignes directrices de l'OCDE, du 23 septembre 1980, régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données à caractère personnel. Ces principes sont également repris dans la directive communautaire 95/46/CE (cf. ch. 152 ci-dessous). La Convention complète et concrétise, dans le domaine du traitement automatisé des données à caractère personnel, les art. 8 (droit au respect de la vie privée) et 10 (liberté d'expression) de la Convention européenne des droits de l'homme, ratifiée par la Suisse le 28 novembre 1974. Le droit suisse satisfait déjà actuellement aux exigences de la Convention.

⁵ Cf. texte original de la Convention dans FF 1997 I 722s.

Le Comité des Ministres a adopté plusieurs recommandations en matière de protection des données. Celles-ci prévoient généralement que celui qui collecte des données personnelles est tenu d'informer la personne concernée de manière appropriée. Les informations à donner concernent, selon les cas, notamment le fondement juridique de la collecte, les finalités pour lesquelles les données sont collectées et traitées, la catégorie des données collectées ou traitées, l'identité du responsable du traitement, des indications sur les personnes et organismes auprès desquels les données ont été collectées ou auxquelles les données peuvent être communiquées, le caractère facultatif ou obligatoire de la collecte, la possibilité de refuser son consentement et les conséquences d'un tel refus⁶. En réalisant la motion « renforcement de la transparence » par l'introduction d'un devoir d'information détaillé pour les données sensibles et les profils de la personnalité et d'un devoir d'information plus relatif pour les autres catégories de données, le projet va dans le sens de ces recommandations.

151.2 Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données

Les Délégués des Ministres ont adopté, lors de leur réunion du 23 mai 2001, un Protocole additionnel concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données. Le Protocole additionnel complète la Convention STE n°108 sur deux points. Premièrement, il prévoit l'établissement d'autorités de contrôle chargées d'assurer le respect des mesures donnant effet, en droit interne, aux principes énoncés dans la Convention et dans le Protocole. Ces autorités devront disposer de pouvoirs d'investigation et d'intervention, ainsi que de celui d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente les violations aux dispositions du droit interne qui donnent effet aux principes énoncés dans la Convention et dans le Protocole. Deuxièmement, le Protocole prévoit que le transfert de données à caractère personnel vers un destinataire qui n'est pas régi par la Convention ne peut être effectué que si l'Etat ou l'organisation destinataire assure un niveau de protection adéquat. Les garanties peuvent notamment résulter de clauses contractuelles, pour autant qu'elles soient jugées suffisantes. Le Protocole sera ouvert à la signature des Etats signataires de la Convention STE n° 108 lors de la 109^e session du Comité des Ministres le 8 novembre 2001.

En vertu des art. 27 et 28 LPD, le Préposé fédéral à la protection des données dispose déjà de compétences d'investigation et d'intervention pour ce qui est du traitement des données par des organes fédéraux ou des personnes privées. Pour la surveillance des organes fédéraux, le droit actuel ne permet toutefois pas au préposé d'ester en justice⁷. Quant à la réglementation actuelle des flux transfrontières, non seulement elle n'est pas conforme au Protocole, mais elle s'est surtout avérée insatisfaisante dans la pratique. Le projet de révision met le droit fédéral en

⁶ Cf. ch. 3.2 de la Recommandation No. R (95) sur la protection des données à caractère personnel dans le domaine des services de télécommunications, eu égard notamment aux services téléphoniques; cf. ch. 5 de la Recommandation No. R (97) 5 relative à la protection des données médicales; cf. ch. 5 de la Recommandation No. R (97) 18 concernant la protection des données à caractère personnel, collectées et traitées à des fins statistiques; cf. ch. 3.3 de la Recommandation No. R (90) 19 sur la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de paiement et autres opérations connexes.

⁷ ATF 123 II 542.

conformité avec le Protocole, puisqu'il prévoit d'accorder au préposé le droit de recourir contre les décisions des départements et de la Chancellerie fédérale (cf. art. 27 du projet et commentaire y relatif) et modifie le régime des flux transfrontières dans le sens du Protocole. Le Conseil fédéral envisage de signer le Protocole additionnel aussitôt que possible, raison pour laquelle il a décidé d'envoyer celui-ci en procédure de consultation avec le projet de révision partielle de la LPD. Trop tarder à signer le Protocole pourrait en effet être interprété comme un signe que la Suisse n'entend pas respecter le niveau de protection garanti par le Conseil de l'Europe, notamment dans le domaine des flux transfrontières. Dans la mesure où le niveau de protection garanti par le Protocole et la Convention STE n°108 correspond également au standard de protection de l'Union européenne, la position de notre pays pourrait s'en trouver affaiblie dans la perspective d'une adhésion aux accords de Schengen ou à la Convention de Dublin. En effet, le Protocole revêt une importance particulière en vue d'instaurer un régime harmonisé pour le transfert des données personnelles des pays signataires vers des pays tiers.

Concernant les incidences qu'aurait une ratification du Protocole en droit cantonal, nous renvoyons au ch. 5 ci-dessous.

152 Le droit communautaire

La directive 95/46/CE du Parlement et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après : directive 95/46/CE) vise d'une part à garantir la protection des libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment de leur vie privée, à l'égard du traitement des données à caractère personnel, et d'autre part à garantir la libre circulation des données à caractère personnel entre Etats membres.

Par décision de la Commission du 26 juillet 2000⁸, l'Union européenne a rangé notre pays parmi les Etats tiers qui offrent un niveau de protection adéquat, attestant ainsi que, dans l'ensemble, la législation suisse offre un niveau de protection à peu près équivalent à celui de la directive. Notre législation n'est toutefois pas en tous points compatible avec cette dernière.

Il serait prématuré d'entamer une révision totale de la LPD dans le but affirmé de rendre notre législation entièrement compatible avec le droit communautaire, d'autant que ce dernier pourrait évoluer à l'avenir (cf. ch. 13 ci-dessus). Le projet de révision rapproche cependant le droit suisse du droit communautaire sur différents points. En introduisant une obligation d'informer lors de la collecte des données sensibles ou de profils de la personnalité (art. 7a), de même qu'en exigeant que la collecte soit reconnaissable pour la personne concernée dans les autres cas (art. 4, al. 4), le projet remplit en partie les exigences des art. 10 et 11 de la directive. L'art. 7b, sans aller aussi loin que la directive, prévoit le droit pour les personnes concernées de ne pas être soumises à des décisions prises sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données et permettra au moins de garantir que la personne concernée soit dûment informée du mode par lequel la décision a été prise. Enfin, le projet de révision prévoit de doter le préposé de la qualité pour

⁸ Publiée au JOCE n° L 215 du 25.8.2000, p. 1.

recourir contre les décisions des départements et de la Chancellerie fédérale (art. 27, al. 6). La directive européenne prévoit en effet que chaque autorité de contrôle doit disposer du pouvoir d'ester en justice ou de porter les violations du droit interne à la connaissance de l'autorité judiciaire. Le Protocole additionnel à la Convention STE n°108, adopté lors de la réunion des Délégués des Ministres le 23 mai 2001, prévoit une exigence analogue (cf. ch. 151.2 ci-dessus).

Dans le domaine du consentement, l'art. 4, al. 5 du projet définit de manière analogue à la directive les conditions qui doivent être remplies pour que le consentement puisse être considéré comme valable.

Sur deux points principalement, le projet de révision ne va pas aussi loin que la directive. D'une part, le projet de révision ne va pas jusqu'à interdire le traitement de données sensibles telles que l'origine raciale, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale, ainsi que les données relatives à la santé et à la vie sexuelle comme le fait la directive. De telles données sont pour l'essentiel considérées comme des données sensibles en droit suisse et jouissent déjà d'une protection particulière. Ainsi, la communication à des tiers de données sensibles ou de profils de la personnalité doit reposer sur l'un des motifs justificatifs énoncés à l'art. 13 LPD (cf. art. 12, al. 2, let. c LPD). Le devoir d'information figurant à l'art. 7a du projet pour ce type de données devrait d'ailleurs avoir un effet dissuasif sur les maîtres de fichier, qui n'auront pas intérêt à collecter ce type de données si cela n'est pas strictement nécessaire à l'accomplissement de leurs tâches. D'autre part, la directive prévoit l'obligation pour le maître du fichier d'adresser une notification à l'autorité de contrôle préalablement à la mise en œuvre d'un traitement entièrement ou partiellement automatisé. En droit suisse, l'obligation pour les personnes privées qui traitent des données d'annoncer les fichiers au préposé est aujourd'hui déjà plus limitée que ne le prévoit la directive. Avec l'introduction du devoir d'informer lors de la collecte au sens de l'art. 7a du projet de révision, l'obligation de déclarer, telle qu'elle est prévue actuellement en droit suisse, ne s'appliquerait plus que dans des cas très limités et perd donc toute portée pratique. De plus, cette obligation de notification, pourtant moins sévère que les règles en vigueur dans l'Union européenne, ne donne pas satisfaction. Actuellement, en effet, les traitements soumis à déclaration ne sont pas toujours annoncés et le préposé ne dispose pas des moyens nécessaires pour s'assurer du respect des dispositions légales en la matière. L'idée a été évoquée d'obliger les personnes privées à tenir elles-mêmes un inventaire des traitements qu'elles effectuent. Cette solution aurait contribué à alléger la tâche du préposé, mais aurait en revanche imposé une tâche supplémentaire aux personnes privées, lesquelles devront déjà assumer le surcroît de travail découlant de l'introduction de l'obligation d'informer lors de la collecte. Généraliser la notification comme le prévoit la directive européenne serait une alternative, mais elle entraînerait des coûts considérables. En contrepartie des nouvelles tâches imposées aux personnes privées, il a été décidé d'abandonner l'obligation de déclarer pour ces dernières. Il n'est toutefois pas exclu que la problématique de la notification doive être revue à l'avenir dans le contexte de nos relations avec l'Union européenne.

153 Comparaison internationale

153.1 Italie

Selon la loi n°675 du 31 décembre 1996, les personnes concernées doivent être informées préalablement à toute collecte, oralement ou par écrit, de la finalité et des modalités du traitement auxquelles les données sont destinées, du caractère obligatoire ou facultatif du traitement, des conséquences d'un éventuel refus de répondre, des destinataires ou catégories de destinataires auxquels des données peuvent être communiquées, des droits en matière d'information et d'accès, du nom et de la raison sociale du détenteur des données ou du responsable du traitement.

La loi italienne subordonne en principe le traitement de données par des personnes privées ou des organes publics au consentement exprès de la personne concernée, mais prévoit un certain nombre d'exceptions. La personne concernée a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, au traitement des données qui la concernent, ainsi que le droit de s'opposer, sans avoir à invoquer aucun motif, à tout traitement de données à des fins commerciales ou de prospection.

L'organe de contrôle ("il garante") est un collège composé de quatre membres élus par la Chambre des députés et le Sénat. Il jouit d'un statut d'autonomie. Il a notamment pour tâches de tenir un registre des fichiers, de contrôler l'application des dispositions légales, de signaler aux détenteurs de données et responsables du traitement les modifications à apporter pour assurer le respect de la protection des données, de se prononcer sur les recours déposés par les personnes concernées, de dénoncer les infractions poursuivies d'office et d'interdire les traitements susceptibles, en raison d'un risque concret, de porter préjudice à une ou plusieurs personnes.

153.2 Allemagne

Le Bundestag a révisé sa loi en date du 7 avril 2001 afin de transposer la directive communautaire 95/46/CE. La révision vise notamment à renforcer la transparence à l'égard des personnes concernées. Lorsque des données sont collectées sans que la personne concernée en ait connaissance, le responsable du traitement doit informer celle-ci de l'enregistrement des données, de la finalité de la collecte ou du traitement et de l'identité du responsable du traitement, ainsi que, dans le secteur privé, de la catégorie des données collectées. A moins que, compte tenu des circonstances, la personne concernée ne doive compter avec la communication des données à des tiers, elle doit également être informée des catégories de destinataires auxquels les données seront communiquées. Par ailleurs, les décisions ayant des conséquences juridiques pour l'individu ou l'affectant de manière importante ne peuvent reposer exclusivement sur un traitement automatisé des données permettant d'évaluer certains aspects de sa personnalité.

153.3 Autriche

La loi sur la protection des données 2000 impose au responsable du traitement un devoir d'information envers la personne concernée lors de la collecte de données. Ce

devoir d'information est plus ou moins étendu selon les circonstances. Le responsable du traitement doit au moins fournir des informations sur la finalité du traitement et l'identité du responsable du traitement. Lorsque le principe de la bonne foi l'exige, d'autres informations doivent également être fournies compte tenu des circonstances. Nul ne peut en outre être soumis aux effets d'une décision prise sur la seule base d'un traitement automatisé des données permettant d'évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que sa performance au travail, son crédit, sa fiabilité ou son comportement.

La loi institue une commission ("Datenschutzkommission") et un conseil ("Datenschutzrat") de la protection des données. La commission est composée de six membres qui exercent leurs fonctions en toute indépendance. Tout traitement doit être notifié au préalable à la commission qui le consigne dans un registre. Quiconque se plaint d'une violation de ses droits peut s'adresser à la commission qui a le droit d'enquêter si elle a des raisons de présumer l'existence d'une violation de la loi. La commission peut émettre des recommandations. Si celles-ci ne sont pas suivies, la commission peut, en fonction de la nature de la violation, déposer plainte pénale, agir devant les tribunaux civils ou s'adresser à l'instance supérieure. La commission peut en outre être saisie par les personnes concernées en cas de violation du devoir d'information lors de la collecte.

153.4 France

La France n'a pas encore transposé la directive 95/46/CE. La loi actuelle (loi 78/17) date du 6 janvier 1978. Un projet de loi visant à transposer la directive est en préparation.

La loi 78/17 instaure une Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) chargée de veiller au respect des dispositions de la loi. La CNIL est une autorité administrative indépendante qui dispose d'un pouvoir réglementaire. Elle est composée de dix-sept membres. La CNIL a pour tâches de recenser les fichiers, d'effectuer des contrôles sur place, d'établir des normes simplifiées afin que les traitements les plus courants et les moins dangereux fassent l'objet de formalités allégées, de garantir le droit d'accès, d'instruire les plaintes en privilégiant les règlements à l'amiable, d'informer et de conseiller.

Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement. Des exceptions peuvent être prévues par la voie d'un acte réglementaire.

Les personnes auprès desquelles sont recueillies des informations nominatives doivent être informées du caractère obligatoire ou facultatif de leurs réponses, des conséquences à leur égard d'un défaut de réponse, des personnes physiques ou morales destinataires des informations et de l'existence d'un droit d'accès et de rectification. Lorsque les informations sont recueillies sur la base de questionnaires, ceux-ci doivent faire mention de ces prescriptions. De plus, aucune décision de justice impliquant une appréciation sur un comportement humain ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé d'informations donnant une définition du profil ou de la personnalité de l'intéressé.

153.5 Royaume-Uni

La personne concernée peut s'opposer, par simple déclaration écrite auprès du responsable du traitement, à ce que des données personnelles soient traitées dans un but commercial et à ce qu'une décision l'affectant soit prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé des données permettant d'évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son crédit, sa fiabilité, son comportement ou sa performance au travail. La personne concernée peut en outre s'opposer, par simple déclaration écrite et en invoquant des raisons spécifiques, à tout traitement susceptible de lui causer un préjudice substantiel. Le traitement de données sensibles est subordonné au consentement de la personne concernée. Aucun traitement ne doit en principe être effectué s'il n'a préalablement été annoncé par le responsable du traitement à l'organe de contrôle pour qu'il l'inscrive au registre des fichiers. Lors de la collecte et pour autant que cela soit possible, la personne concernée doit être informée de l'identité du responsable du traitement et de son représentant, de la finalité du traitement et de toute autre information nécessaire permettant d'assurer un traitement des données conforme à la bonne foi ("to enable processing to be fair").

L'organe de contrôle ("Information Commissioner") a des tâches d'information et de conseils. Il peut édicter des codes de conduite. Il peut, d'office ou sur demande, prononcer une injonction ("enforcement notice") envers toute personne qui contrevient aux principes de la protection des données. Le fait de ne pas suivre une injonction constitue une infraction.

2. Partie spéciale

Art. 2 Champ d'application

Il ne se justifie pas de traiter de manière différente le Comité international de la Croix-Rouge des autres organisations internationales établies sur le territoire de la Confédération et avec lesquelles un accord de siège a été conclu. En effet, les organisations internationales, en tant que sujets de droit international public, ne peuvent être sans autre soumises au droit suisse. En excluant expressément du champ d'application de la loi l'ensemble des organisations internationales, le projet de loi est plus proche de la réalité. Le Comité international de la Croix-Rouge étant assimilé à une organisation internationale⁹, il est évidemment couvert par cette exception.

Art. 3 Définitions

La lettre *k* devient la lettre *j* et est adaptée à la nouvelle Constitution fédérale du 18 avril 1999 qui, à l'art. 163, ne prévoit plus que deux formes pour les actes édictés par l'Assemblée fédérale qui contiennent des règles de droit, à savoir la loi fédérale et l'ordonnance.

⁹ FF 1988 II 447s; cf. également U. Maurer / N. P. Vogt, Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz, ad art. 2, al. 2, let. e, § 58ss.

Art. 4 Principes

La licéité du traitement (al. 1)

La formulation actuelle de l'art. 4, al. 1 LPD n'est pas tout à fait conforme à l'art. 5, let. a de la Convention STE n° 108. Ce n'est pas uniquement la collecte qui doit être licite, mais tout traitement.

Le caractère reconnaissable de la collecte (al. 4)

L'art. 4, al. 4, du projet contribue à la réalisation de la motion "renforcement de la transparence". Il pose le principe selon lequel la collecte doit être reconnaissable pour la personne concernée, notamment quant à ses finalités. Ce principe général est complété par un devoir d'information plus détaillé à l'art. 7a pour les données personnelles et les profils de la personnalité.

L'application du devoir d'information prévu à l'art. 7a à la collecte de toutes les données personnelles n'a pas été retenue, bien qu'elle soit plus conforme au droit européen et notamment aux recommandations du Conseil de l'Europe. Elle aurait également la faveur du Préposé fédéral à la protection des données. Au sein du groupe de travail qui a participé à l'élaboration du projet de loi, la crainte a été exprimée d'imposer une contrainte excessive aux maîtres de fichier. C'est pourquoi nous avons jugé préférable, comme le veut la motion, de limiter le devoir d'information en tant que tel au traitement des données sensibles et des profils de la personnalité et de se satisfaire pour le surplus du fait que la collecte soit reconnaissable. L'art. 4, al. 4 du projet représente donc une amélioration par rapport à la situation actuelle sur le plan de la transparence, mais sans aller aussi loin que l'art. 7a. L'exigence du caractère reconnaissable de la collecte est déjà prévue à l'art. 18, al. 2 LPD pour les organes fédéraux et elle est simplement étendue aux personnes privées. Il convient toutefois de relever que certaines entreprises ont déjà pris des mesures qui leur permettent de tenir compte des nécessités accrues en matière de transparence des traitements et qu'il est dans l'intérêt de ces mêmes entreprises d'être aussi transparentes que possible lors de la collecte de données personnelles, si elles entendent gagner la confiance des consommateurs. A cet égard, les exigences de transparence posées par le projet de loi constituent un minimum. Les entreprises sont libres d'aller plus loin et d'appliquer le devoir d'information de l'art. 7a à toutes les données personnelles.

Les exigences quant au caractère "reconnaissable" de la collecte s'apprécieront en fonction des circonstances, selon les principes de la proportionnalité et de la bonne foi (art. 4, al. 2, LPD). Il appartiendra à la pratique de développer des critères adaptés à chaque cas. Il s'agira en particulier d'examiner si, dans une situation donnée, la bonne foi exige que le maître du fichier attire l'attention de la personne concernée, non seulement sur l'existence de la collecte, mais aussi sur certains de ses éléments déterminants, comme sa finalité, l'identité du maître du fichier ou les catégories de destinataires des données lorsqu'une communication est envisagée. Dans certains cas, il peut également se justifier d'attirer l'attention de la personne concernée sur le caractère facultatif ou obligatoire des questions posées, de même que sur les conséquences d'un refus de répondre.

Plus une transaction est complexe et durable, plus les exigences quant au caractère reconnaissable de la collecte seront fortes. Il s'agira également d'examiner, sous l'angle du principe de proportionnalité, dans quelle mesure il est nécessaire ou non d'attirer l'attention de la personne concernée sur les éléments déterminants de la collecte, quels sont les moyens à la disposition du maître du fichier pour rendre ces éléments reconnaissables et dans quelle mesure on peut attendre de lui qu'il utilise ces moyens eu égard notamment à leur coût et à leur efficacité. Les usages en vigueur dans la branche ou pour le type de transaction visé devront également être pris en compte. Pour des transactions simples de la vie quotidienne, dont les circonstances sont telles que la collecte, de même que sa finalité et l'identité du maître du fichier, sont d'emblée aisément et clairement reconnaissables pour la personne concernée, l'art. 4, al. 4, n'entraînera aucune obligation nouvelle pour le maître du fichier. Ainsi, on peut admettre que, pour la plupart des transactions courantes, l'application de l'art. 4, al. 4, ne posera aucun problème particulier. En revanche, moins les circonstances de la collecte rendent celle-ci reconnaissable, plus il sera nécessaire d'attirer l'attention de la personne concernée, par des moyens appropriés, sur l'existence de la collecte et ses éléments déterminants. Les moyens utilisés pour rendre la collecte reconnaissable varieront de cas en cas. Lors d'un sondage téléphonique, par exemple, une information donnée oralement sur les finalités de la collecte, leur utilisation et l'identité du maître du fichier, peut suffire. Sur un site internet, l'affichage sur la page d'accueil d'une rubrique suffisamment visible renvoyant à des informations concernant la collecte et l'utilisation des données constitue, dans la plupart des cas, un moyen simple et adéquat d'attirer l'attention de la personne concernée. D'autres moyens, comme l'introduction sur un formulaire préimprimé d'un avertissement informant la personne concernée que, sauf opposition de sa part, les données seront communiquées à des tiers à des fins de prospection ou à d'autres fins peut tout à fait remplir son office sans représenter un effort disproportionné pour le maître du fichier. Lorsque la collecte est facultative, une clause permettant à la personne concernée de manifester son consentement, même si ce dernier n'est pas formellement requis par la loi, permettra également dans bien des cas d'éviter tout problème, le maître du fichier ayant alors l'assurance que la collecte était reconnaissable et que la personne concernée n'entend pas s'y opposer. Les maîtres de fichier disposeront d'un délai transitoire d'un an pour mettre en place les mesures adaptées à leur situation (cf. dispositions transitoires).

La transparence exigée par l'art. 4, al. 4, complétée par un devoir d'information plus étendu concernant les données sensibles et les profils de la personnalité à l'art. 7a du projet, donne également une dimension nouvelle au droit de s'opposer au traitement, tel qu'il apparaît à l'art. 12, al. 2, let. b LPD. Le droit de s'opposer au traitement restait en effet largement théorique tant que les personnes concernées n'étaient pas conscientes de l'existence d'une collecte, ni de ses éléments déterminants. La transparence de la collecte et l'information de la personne concernée constituent de ce point de vue la clef de voûte de tout le système de protection des données.

Il va de soi que le principe du caractère reconnaissable de la collecte est inapplicable lorsque, de par la loi, les autorités peuvent recueillir des données à l'insu de la personne concernée (cf. par ex. art. 14 de la loi fédérale instituant des mesures visant au maintien de la sûreté intérieure, LMSI; RS 120).

Les conditions du consentement (al. 5)

L'exigence du consentement apparaît, comme condition au traitement des données, à diverses reprises dans la LPD en vigueur (art. 13, al. 1, art. 17, al. 2, let. c) et dans le projet de révision (art. 6, al. 2, let. b). La notion de "consentement" revêt une grande importance dans la pratique, car il est l'un des motifs justificatifs le plus souvent invoqués par les personnes privées. C'est pourquoi l'art. 4, al. 5 du projet prévoit de clarifier cette notion en s'inspirant de la jurisprudence.

L'art. 4, al. 5 du projet définit à quelles conditions le consentement donné doit être considéré comme valable, pour autant que dans une situation donnée un tel consentement soit requis par la loi. Il ne s'agit donc pas de faire du consentement une condition préalable à tout traitement de données, ni d'introduire des exigences nouvelles par rapport au droit en vigueur, mais de clarifier une notion importante dans la pratique. La notion de consentement valable s'inspire de celle de "consentement éclairé du patient"¹⁰, dans le sens où la personne concernée doit disposer de tous les éléments qui lui permettent de prendre librement sa décision. Cela signifie en particulier qu'elle doit être informée des conséquences négatives ou des désavantages qui pourraient résulter d'un refus. Le fait qu'un refus entraîne un désavantage pour la personne concernée n'entache en revanche pas la validité même du consentement, sauf si ce désavantage est sans rapport avec le but du traitement ou qu'il est disproportionné par rapport à celui-ci. Ainsi, la personne qui consent au traitement de données personnelles la concernant pour permettre à un institut financier d'évaluer son crédit en vue de l'obtention d'une carte de crédit consent librement, même si elle sait qu'un refus la priverait de la possibilité de se voir délivrer une telle carte. Dans une telle situation, le désavantage qui résulte du non-consentement est en effet adéquat par rapport au but du traitement. Au contraire, le travailleur contraint de donner son consentement, sous la menace d'un licenciement, à un traitement de données qui n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat de travail n'est pas en mesure de donner son consentement librement. En effet, le désavantage qui résulterait en pareil cas du refus de consentement serait manifestement disproportionné.

Le consentement n'est pas soumis à des règles de forme particulière et il peut être implicite ou ressortir d'actes concluants, sauf lorsqu'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité. Conformément au principe de proportionnalité, on considère aujourd'hui déjà que plus les données sont sensibles, plus le consentement doit être clair¹¹.

Art. 6 Communication transfrontière de données

L'obligation de déclarer au préposé la communication de données à l'étranger n'a pas fait ses preuves dans la pratique. Peu d'entreprises font d'elles-mêmes la déclaration et le préposé ne dispose pas des moyens nécessaires, notamment en personnel, pour effectuer des contrôles. C'est l'une des raisons pour lesquelles le projet de révision abandonne l'obligation de déclaration au profit d'un devoir de

¹⁰ Cf. notamment ATF 117 Ib 197, ATF 114 Ia 350, c. 6, 119 II 456.

¹¹ L. Brühwiler-Frésey, *Medizinischer Behandlungsvertrag und Datenrecht*, Zurich, 1996, p. 87.

diligence imposé aux personnes privées et aux organes fédéraux qui transmettent des données à l'étranger.

Les personnes privées et les organes fédéraux qui transmettent des données à l'étranger devront s'assurer, par des moyens adéquats, que la transmission des données ne menace pas gravement la personnalité des personnes concernées, du fait notamment de l'absence d'une législation garantissant un niveau de protection adéquat. L'art. 6 instaure une protection assez semblable à celle prévue par la directive communautaire 95/46/CE. Il permet également de rendre notre droit conforme au Protocole additionnel à la Convention européenne STE n°108 concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, qui sera ouvert à la signature le 8 novembre 2001 (cf. ch. 151.2 ci-dessus).

L'art. 6 du projet interdit en principe de transmettre des données à l'étranger en l'absence de garanties assurant un niveau de protection adéquat. Ces garanties peuvent résulter soit d'une législation étrangère assurant un niveau de protection équivalent à celui offert par la Convention européenne STE n°108, soit de clauses contractuelles ou conventionnelles, soit encore, par exemple, d'un code de conduite. Celui qui transmet des données à l'étranger dispose à cet égard d'une grande marge de manœuvre, mais il est responsable du préjudice qui pourrait résulter d'un défaut de diligence. Il incombe en principe à celui qui transmet des données à l'étranger de démontrer qu'il a pris toutes les mesures requises pour s'assurer d'un niveau de protection adéquat. Nous avons renoncé à prévoir une clause de responsabilité causale particulière, dans la mesure où le dommage résultant d'une violation de l'art. 6 serait en grande partie couvert par l'art. 49a de l'avant-projet de loi fédérale sur la révision et l'unification du droit de la responsabilité civile. Celui-ci prévoit que la personne qui, pour exploiter une entreprise comportant des activités de nature économique ou professionnelle, recourt à un ou plusieurs auxiliaires, est tenue de réparer le dommage causé dans le cadre de ses activités, à moins de prouver que l'organisation de l'entreprise était apte à éviter la survenance du dommage¹².

L'al. 2 autorise à certaines conditions des flux transfrontières qui ne répondent pas aux exigences de l'al. 1. Les conditions posées aux let. a à f recouvrent en partie les motifs justificatifs de l'art. 13, al. 1 et 2. Contrairement aux intérêts prépondérants mentionnés à l'art. 13, al. 2, l'énumération des conditions figurant à l'art. 6, al. 2, du projet est exhaustive. Le maître du fichier doit informer le préposé des garanties fournies (art. 6, al. 3). L'ordonnance du Conseil fédéral précisera au besoin à quel moment cette information doit être donnée et de quelle manière. Le préposé pourra, dans le cadre des pouvoirs d'investigation dont il dispose, établir au besoin si les garanties données sont suffisantes (cf. art. 29, al. 1, let. d du projet).

¹² Cf. Révision et unification du droit de la responsabilité civile, Rapport explicatif, Pierre Widmer et Pierre Wessner, ch. 2.4.3.4, p. 130 ss.

Art. 7a Devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles sensibles et de profils de la personnalité

L'art. 7a prévoit l'obligation pour quiconque collecte des données sensibles ou des profils de la personnalité d'en informer la personne concernée. L'information doit intervenir d'office, ce qui distingue l'art. 7a du droit d'accès de l'art. 8. L'art. 9 du projet permet de refuser l'information, de la restreindre, voire de la différer, lorsqu'un intérêt public ou privé prépondérant l'exige.

L'art. 7a va plus loin que l'art. 4, al. 4 du projet, puisqu'il prévoit un véritable devoir d'information. Il se fonde sur la motion « renforcement de la transparence ». Une protection accrue se justifie pour les données sensibles et les profils de la personnalité, dans la mesure où le traitement de cette catégorie de données peut conduire à des discriminations. L'art. 7a devrait de ce point de vue avoir indirectement un effet préventif : s'il doit informer la personne concernée de manière plus étendue que pour d'autres types de données, le maître du fichier aura tout intérêt à s'abstenir de collecter des données sensibles et des profils de la personnalité dont il n'a pas absolument besoin pour remplir ses tâches.

En vertu de l'al. 2, le maître du fichier doit fournir à la personne concernée toutes les informations nécessaires pour que le traitement soit conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité, mais au minimum les informations qui figurent aux lettres a à c, soit l'identité du maître du fichier, les finalités du traitement et les catégories de destinataires lorsque la communication à des tiers est envisagée. Lorsque le respect de la bonne foi l'exige, le maître du fichier devra cependant fournir également d'autres informations, par exemple quant au caractère facultatif ou obligatoire de la collecte et quant aux conséquences d'une réponse négative (cf. commentaire ad art. 4, al. 4). Si une personne est déjà informée, qu'elle ait déjà été informée une première fois par le maître du fichier ou qu'elle ait reçu l'information d'un tiers, le maître du fichier n'a pas besoin de l'informer à nouveau (al. 4). L'information donnée lors de la première collecte n'a donc pas besoin d'être répétée à chaque nouvelle collecte si les circonstances des collectes subséquentes sont couvertes par la première information.

L'information n'est soumise à aucune exigence de forme et peut être donnée oralement. Elle peut également figurer sur un support écrit, qui peut être remis à la personne concernée ou placé à un endroit suffisamment visible (par ex. affichage, texte joint au contrat ou à la facture, rubrique apparaissant en bonne place sur la page d'accueil du site internet, etc.). Comme pour l'art. 4, al. 4, le maître du fichier doit satisfaire au devoir d'information de l'art. 7a dans le respect du principe de la proportionnalité et du principe de la bonne foi (art. 4, al. 2 LPD). L'information doit donc être suffisamment visible, lisible et intelligible. Le maître du fichier peut profiter de l'occasion pour coupler l'information avec la poursuite d'un autre objectif : par exemple, dans le domaine de la lutte contre les épidémies, le maître du fichier peut, tout en informant sur la collecte, rappeler certaines règles de prévention en matière de santé publique. Lorsque la communication des données personnelles à des tiers est envisagée et que cette communication n'est ni obligatoire, ni nécessaire à l'exécution d'un contrat, l'attention de la personne concernée peut être attirée au moyen d'une clause par laquelle elle est invitée à autoriser ou à refuser la communication: ce mode de faire permet au maître du fichier de s'assurer que la personne concernée a reçu l'information et n'entend pas s'opposer ultérieurement à

la communication des données (art. 12, al. 2 LPD). Il appartiendra aux praticiens, dans chaque domaine, de développer les moyens adéquats d'assurer l'information des personnes concernées, compte tenu des circonstances et des usages de la branche. L'art. 7a laisse de ce point de vue une importante marge de manœuvre aux maîtres de fichier. Ceux-ci disposeront d'un délai transitoire d'un an pour mettre en œuvre les mesures d'information nécessaires (cf. dispositions transitoires).

L'al. 3 règle le cas où les données ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, mais auprès de tiers : dans ce cas, la personne concernée doit en être informée de préférence lors de la réception des données, mais au plus tard lors de la première communication à un tiers. Il se peut toutefois que les circonstances rendent l'information de la personne concernée impossible ou très difficile (par exemple lorsque le maître du fichier n'a aucun moyen de contacter la personne concernée). L'al. 3 permet de renoncer à l'information lorsque celle-ci se révèle impossible ou nécessiterait des efforts disproportionnés. Le maître du fichier doit néanmoins tenter les démarches qu'on peut raisonnablement attendre de lui, compte tenu des circonstances, pour remplir son devoir d'information : il ne peut se contenter de présumer que l'information est impossible ou disproportionnée. Le comportement du maître du fichier doit être examiné à l'aune du principe de la bonne foi et l'exception de l'al. 3 ne saurait être interprétée extensivement. Le maître du fichier peut également renoncer à informer la personne concernée lorsque la collecte ou la communication des données est expressément prévue par la loi.

L'art. 9 prévoit des exceptions au devoir d'informer lorsque la loi le prévoit et lorsque les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent. Les organes fédéraux peuvent en outre refuser l'information lorsqu'un intérêt public prépondérant l'exige, de même que lorsque la communication risque de compromettre une instruction pénale ou une autre procédure d'instruction.

On notera que la directive communautaire 95/46/CE, les recommandations du Conseil de l'Europe et les législations des pays qui nous entourent prévoient un devoir d'information très semblable, mais dont la portée est plus étendue (cf. ch. 15 ci-dessus).

Certaines entreprises ont déjà pris des mesures qui leur permettent de satisfaire aux exigences du devoir d'information tel que prévu à l'art. 7a. Il convient de rappeler qu'il est également dans l'intérêt des entreprises d'être aussi transparentes que possible lors de la collecte de données personnelles, si elles entendent gagner la confiance des consommateurs. Cette constatation est particulièrement vraie pour le développement du commerce électronique.

Celui qui omet intentionnellement d'informer la personne concernée de la collecte et qui ne lui fournit pas au moins les indications prévues à l'al. 2, let. a à c, pourra être poursuivi pénalement (art. 34 du projet).

Art. 7b Devoir d'informer lors de décisions individuelles automatisées

L'art. 7b complète l'art. 7a du projet par un devoir d'information particulier lorsqu'une décision produisant des effets juridiques ou affectant de manière significative la personne concernée est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de

données visant à évaluer certains aspects de sa personnalité. Il s'agit en l'occurrence d'éviter que l'évaluation de la personnalité de la personne concernée ne soit effectuée sur la seule base d'une décision automatisée, sans qu'intervienne une appréciation humaine et sans que la personne concernée soit informée de la manière dont la décision a été prise. De telles décisions servent à l'évaluation d'aspects de la personnalité tels que le crédit, la fiabilité, le comportement ou les risques et se fondent sur des généralités statistiques (par ex. dans le cadre d'une assurance responsabilité civile, le conducteur de sexe féminin et possédant un type de véhicule réputé peu sportif sera automatiquement rangé dans une classe de risque plus favorable que s'il est de sexe masculin et possède un type de véhicule plus racé).

En prévoyant un simple devoir d'information, nous n'avons pas voulu aller aussi loin que la directive communautaire 95/46/CE et les législations des pays voisins, lesquelles reconnaissent à toute personne le droit de ne pas être soumise à une décision prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données, ce qui équivaut à garantir à la personne concernée une sorte de droit d'être entendu. Le devoir d'information prévu à l'art. 7b ne compliquerait en aucune manière la tâche du maître du fichier, car il peut être concrétisé très simplement en faisant figurer sur la décision automatisée une phrase-type succincte. Bien qu'il ne soit pas expressément visé par la motion « renforcement de la transparence », ce devoir d'information poursuit le même objectif.

Art 8 Droit d'accès

L'art. 8 est complété à l'al. 2, let. a, par l'obligation de communiquer à la personne concernée les informations sur l'origine des données, pour autant que ces informations soient disponibles. La personne concernée peut en effet avoir un intérêt légitime à connaître l'origine des données, par exemple pour pouvoir remonter aux sources de la collecte et faire rectifier d'éventuelles erreurs. Cette exigence contribue à renforcer la transparence dans le sens de la motion adoptée par les Chambres et clarifie le droit d'accès. L'intérêt de la personne concernée à connaître les sources de l'information est déjà admis par la jurisprudence¹³. Cette précision peut également avoir un effet préventif, dans la mesure où celui qui collecte des données doit compter avec la possibilité pour la personne concernée d'être informée des origines de la collecte.

Art. 9 Restriction au devoir d'information et au droit d'accès

Les restrictions au droit d'accès ont été étendues au devoir d'information de l'art. 7a. Il se peut en effet qu'en raison d'un intérêt public ou privé prépondérant, le maître du fichier ne puisse donner l'information prévue à l'art. 7a ou qu'il soit obligé de la différer. Du fait que les motifs de restriction sont identiques à ceux du droit d'accès, l'application de cette disposition dans le cadre du devoir d'information de l'art. 7a ne devrait pas poser de problème particulier. Si le maître du fichier rejette, restreint ou diffère l'information, il devra informer la personne concernée dès que le motif de

¹³ Cf. arrêt non publié du 18 septembre 1991, Dr. F contre Regierungsrat des Kantons St. Gallen, c. 5a; cf. également, dans le domaine pénal, ATF 118 Ia 457.

restriction aura disparu, pour autant que cela n'entraîne pas des efforts disproportionnés (art. 9, al. 5 du projet; cf. également art. 18, al. 6, LMSI).

Art. 10a Traitement de données par un tiers

L'art. 14 LPD a été déplacé dans la partie générale et devient un art. 10a. L'art. 14 LPD ne s'applique actuellement qu'au traitement des données par des personnes privées. La LPD ne contient pas de disposition semblable pour le traitement des données par des organes fédéraux. De par son transfert dans la partie générale, cet article s'appliquera non seulement aux personnes privées, mais aussi aux organes fédéraux et, à titre supplétif, aux organes cantonaux qui traitent des données en exécution du droit fédéral (art. 37, al. 1 LPD).

Une lettre supplémentaire a été ajoutée à l'al. 1, lettre c : le traitement de données ne peut être confié à un tiers que si la sécurité des données est assurée. Cette exigence découle des recommandations émises par la Commission de gestion du Conseil des Etats¹⁴. Le maître du fichier répondra du préjudice causé par le fait qu'il a confié le traitement à un tiers sans s'assurer de la sécurité des données (cf., par analogie, commentaire ad art. 6 ci-dessus).

Art. 11 Registre des fichiers

Actuellement, l'obligation pour les personnes privées de déclarer les fichiers au sens de l'art. 11, al. 3 LPD est subordonnée à la condition que la personne concernée n'ait pas eu connaissance du traitement (art. 11, al. 3, let. b LPD). Or, avec l'obligation de rendre la collecte reconnaissable (art. 4, al. 4) et le devoir d'informer lors de la collecte (art. 7a), la déclaration des fichiers n'aura pratiquement plus aucune portée pratique pour les personnes privées. Pour que le registre des fichiers ait encore un sens dans le secteur privé, il faudrait aller dans le sens de la directive communautaire 95/46/CE et des législations des pays qui nous entourent, lesquelles prévoient une obligation de notifier qui va bien au-delà de la déclaration prévue à l'art. 11 LPD. Or, un tel devoir de notification représenterait une contrainte nouvelle pour les maîtres de fichier et nécessiterait par ailleurs d'importants moyens, notamment en personnel. A cela s'ajoute le fait que la déclaration des fichiers, dans sa teneur actuelle, n'a pas donné les résultats escomptés.

Compte tenu des nouveaux art. 4, al. 4 et 7a et des contraintes supplémentaires qui en découlent pour les personnes privées, nous proposons de renoncer au registre des fichiers pour celles-ci. L'abandon de la déclaration pour les fichiers gérés par des personnes privées sera en partie compensée par la plus grande transparence imposée aux maîtres de fichier lors de la collecte. En revanche, l'obligation de déclarer sera maintenue pour les organes fédéraux (art. 20a du projet). Il est néanmoins prévu de modifier l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD, RS 235.11) et d'examiner dans ce cadre une simplification de la procédure d'annonce. Le maintien du registre des fichiers pour

¹⁴ Cf. recommandation 267, Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats du 19 novembre 1998, Mise en place de liaisons "Online" dans le domaine de la police, FF 1999 5200, p. 5231.

les organes fédéraux se justifie par le souci de maintenir une certaine transparence, compte tenu du fait que le devoir d'information dans le secteur public peut davantage être restreint que dans le secteur privé (cf. art. 9 LPD). L'obligation de déclarer demeure également valable pour les organes cantonaux qui traitent des données en exécution du droit fédéral et qui ne sont pas soumis à des dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat (art. 37, al. 1 LPD).

Si les personnes privées se verront dispensées de déclarer leurs fichiers, il n'en demeure pas moins qu'elles devront, notamment aux fins de pouvoir garantir le droit d'accès, être en mesure de fournir en tout temps des informations sur les données qu'elles traitent. En particulier, l'art. 29, al. 2, du projet prévoit désormais expressément que le préposé peut, dans le cadre de son pouvoir d'investigation, exiger un inventaire des fichiers tenus par le maître du fichier. Les personnes privées devront s'organiser en conséquence. Il est également dans l'intérêt du maître du fichier d'avoir un inventaire des fichiers qu'il gère. Cela lui permet d'avoir en tout temps une meilleure maîtrise sur les traitements qu'il effectue ou qu'il fait effectuer et d'assumer plus aisément ses obligations en matière de protection des données.

Art. 12 Atteintes à la personnalité

Le changement de système induit par la modification de l'art. 6 LPD entraîne la suppression du renvoi à l'art. 6, al. 1, qui figure actuellement à l'art. 12, al. 2, let. a.

Art. 14 Traitement de données par un tiers

L'art. 14 est remplacé par l'art. 10a. Nous renvoyons au commentaire relatif à l'art. 10a ci-dessus.

Art. 15 Prétentions et procédure

Le texte des al. 1 et 3 subit une modification d'ordre rédactionnel qui a pour effet de mettre davantage l'accent sur la possibilité pour le demandeur de requérir que le traitement des données, et non seulement leur communication à des tiers, soit interdit. Ce droit existe déjà actuellement (cf. art. 12, al. 2, let. b en relation avec l'art. 15, al. 1 LPD). Toutefois, avec l'introduction d'un devoir d'information à l'art. 7a du projet, le droit de requérir l'interdiction du traitement deviendra plus effectif (cf. également art. 15a ci-dessous).

Art. 15a Procédure d'opposition au traitement

Le droit de s'opposer au traitement des données dans le domaine privé existe déjà actuellement en vertu des art. 12, al. 2, let. b et 15 LPD. L'art. 15a du projet ne fait que régler la procédure en renforçant la position de la personne concernée. L'introduction d'une obligation d'informer à l'art. 7a risque d'avoir peu d'utilité pratique si elle n'est pas assortie de la possibilité, pour la personne qui est informée de la collecte, de pouvoir s'opposer efficacement au traitement. D'autre part, le droit de s'opposer au traitement n'a véritablement de sens que si le traitement peut être

suspendu avant qu'il ne cause un préjudice difficilement réparable à la personne concernée. Enfin, la personne concernée doit avoir connaissance des motifs du traitement pour pouvoir exercer ses droits au sens de l'art. 15 LPD.

La personne concernée ignore souvent si le traitement répond ou non à un motif justificatif au sens de l'art. 13 LPD et le maître du fichier n'a actuellement pas l'obligation de motiver le traitement. La personne concernée peut certes demander au maître du fichier des explications, mais il n'est pas rare que ce genre de demande reste sans réponse. Dans ce cas, la personne concernée devrait prendre le risque d'intenter une action au sens de l'art. 15 LPD sans savoir quelles sont ses chances de succès. Avec l'art. 15a, l'opposition a pour effet de contraindre le maître du fichier à suspendre immédiatement celui-ci. Le maître du fichier peut alors renoncer au traitement si ce dernier n'est pas justifié. S'il entend poursuivre le traitement, il doit en indiquer les motifs justificatifs au sens de l'art. 13 LPD à la personne concernée. Aucun délai pour la communication des motifs n'est fixé. Dans la mesure où le traitement est suspendu, il est dans l'intérêt du maître du fichier de communiquer ses motifs à la personne concernée le plus rapidement possible.

Dès le moment où la personne concernée a connaissance des motifs du traitement, elle dispose encore d'un délai de dix jours pour intenter les actions prévues à l'art. 15 LPD et en particulier obtenir que des mesures provisionnelles soient ordonnées. Si elle ne le fait pas, l'opposition est réputée levée et le traitement peut être poursuivi. Lorsque le traitement répond à un motif justificatif, la personne concernée se satisfera dans la plupart des cas de la réponse du maître du fichier et renoncera à intenter une action. Il est dans l'intérêt des deux parties d'éviter des procédures inutiles. L'art. 15a y contribue, puisqu'il permet au maître du fichier de communiquer les motifs du traitement à la personne concernée et par conséquent de la convaincre du caractère justifié du traitement. Cette disposition donne également au maître du fichier l'occasion de renoncer au traitement si celui-ci n'est pas nécessaire. Surtout, il permet à la personne concernée de mieux évaluer les chances d'une action en justice.

Le délai durant lequel le traitement est suspendu avant l'intervention éventuelle du juge doit rester bref. Avec l'art. 15a, sa durée dépend uniquement de la diligence du maître du fichier qui a tout intérêt à communiquer rapidement ses motifs à la personne concernée. Dans ce cas, la suspension du traitement ne devrait pas durer plus de quinze jours en tout. Même si ce délai est bref, il n'est évidemment pas praticable pour les médias à caractère périodique, qui doivent pouvoir coller à l'actualité. L'al. 4 prévoit que la procédure de l'art. 15a ne leur est pas applicable. Cela signifie que les actions intentées contre un média à caractère périodique seront uniquement régies par l'art. 15 LPD.

Art. 16 Organe responsable

Deux nouveaux alinéas sont introduits à l'art. 16, qui permettent à l'organe fédéral responsable du traitement d'effectuer des contrôles lorsqu'il traite des données conjointement avec des organes cantonaux ou des personnes privées. Il peut arriver que des organes cantonaux, voire des personnes privées, traitent des données conjointement avec un organe fédéral sans que le traitement en question soit nécessairement lié à l'exécution du droit fédéral. Dans la mesure où il s'agit de

banques de données fédérales, l'organe fédéral doit s'assurer que les données sont traitées de manière licite et compatible avec la LPD. Lorsque le traitement est effectué par des personnes privées ou à l'étranger, il sera nécessaire de régler l'exécution des contrôles par contrat ou par convention.

Art. 17 Bases juridiques

L'al. 2 subit quelques modifications d'ordre mineur.

A la let. b, il est précisé que le Conseil fédéral peut donner des autorisations dans un cas d'espèce. Cette clause de délégation ne permet donc pas de délivrer des autorisations pour un nombre de cas indéterminé. C'est d'ailleurs ainsi qu'elle a toujours été interprétée jusqu'ici. Il est néanmoins utile de mieux marquer la distinction entre ce type d'autorisation, limitée à un cas d'espèce, et la possibilité plus générale, introduite à l'art. 17a du projet, d'autoriser un traitement des données avant la création d'une base légale formelle.

A la let. c, on tient compte du droit pour la personne concernée de s'opposer au traitement. Par analogie avec le secteur privé (art. 12, al. 3) et comme corollaire du devoir d'informer prévu à l'art. 7a, il se justifie de mieux respecter le droit pour la personne concernée de s'opposer au traitement, même si elle a rendu ses données accessibles à tout un chacun. Avec le développement de l'Internet, le traitement de données personnelles sensibles prend une dimension qui échappe à la maîtrise de la personne concernée et qui justifie que celle-ci puisse s'opposer au traitement, quand bien même elle a rendu ses données accessibles à tout un chacun.

Art. 17a Traitement automatisé des données avant l'entrée en vigueur d'une base légale formelle

Il s'agit ici de réaliser la motion "liaisons online" (cf. ci-dessus ch. 121.1). Deux variantes ont été examinées. L'une consiste à autoriser le traitement automatisé de données sensibles ou de profils de la personnalité avant l'entrée en vigueur d'une loi au sens formel. Il s'agit de la solution présentée à l'art. 17a. L'autre variante aurait été nettement plus limitée: elle ne visait que la communication par le biais d'une procédure d'appel de données sensibles ou de profils de la personnalité.

L'art. 17a contient une clause de délégation qui permet au Conseil fédéral, pour une durée limitée à trois ans, de traiter des données sensibles ou des profils de la personnalité dans le cadre d'un traitement automatisé des données, même si la base légale formelle qui régit les tâches nécessitant le traitement ne le prévoit pas expressément. Il convient de rappeler que, selon le droit en vigueur, des données sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi au sens formel le prévoit expressément ou, exceptionnellement, lorsqu'une des conditions prévues à l'art. 17, al. 2, let. a à c LPD est remplie. Par ailleurs, en vertu de l'art. 19, al. 3, LPD, les données sensibles ou les profils de la personnalité ne peuvent être rendus accessibles au moyen d'une procédure d'appel que si une loi au sens formel le prévoit expressément. On admet qu'une base légale formelle régissant uniquement les tâches qui nécessitent le traitement n'est pas suffisante. La

base légale doit définir l'organe ayant accès aux données, la finalité pour laquelle l'accès est accordé et l'étendue de cet accès.

Les exigences actuelles posées par la LPD quant à la base légale sur laquelle se fonde le traitement de données sensibles ou de profils de la personnalité sont particulièrement strictes. Cela n'est pas sans poser problème, car, faute de pouvoir tester les liaisons projetées en grandeur réelle dans le cadre d'un traitement automatisé, les autorités législatives ont tendance, par souci de prendre en compte tous les besoins, à circonscrire trop largement le cercle des instances administratives fédérales et cantonales, voire, dans certains cas des personnes privées, pour lesquelles un accès peut se révéler nécessaire. Le fait de pouvoir tester, durant une phase pilote, les accès à des banques de données, en particulier lors de liaisons "online", permettrait de mieux délimiter les besoins d'accès lors de l'élaboration de la base légale formelle. Cette mesure va dans le sens des recommandations de la Commission de gestion du 19 novembre 1998¹⁵, selon lesquelles, avant de réglementer des liaisons online dans des lois au sens formel, le Conseil fédéral doit les examiner sous l'angle de l'opportunité, de la proportionnalité et de la finalité.

La transparence serait garantie puisque les traitements projetés durant la phase pilote, et en particulier les accès en ligne, seraient réglés par voie d'ordonnance. Le traitement ne pourra être autorisé que si les tâches qui nécessitent le traitement reposent, quant à elles, sur une base légale formelle. Enfin, l'autorisation est subordonnée à un certain nombre de conditions. En particulier des mesures appropriées doivent être prises permettant de limiter les effets de l'atteinte à la personnalité. Par ailleurs, l'autorisation doit répondre à un intérêt public important qui justifie de ne pas retarder la mise en place du traitement ou être justifiée par la nécessité de passer par une phase de test. Dans tous les cas, le préposé devra préavisier l'autorisation. Son avis n'est pas contraignant pour le Conseil fédéral. On voit cependant mal comment le Conseil fédéral pourrait justifier, sauf circonstances exceptionnelles, de passer outre un préavis négatif du préposé dans la situation particulière décrite à l'art. 17a du projet.

L'al. 3 précise très clairement que le traitement doit être interrompu si le Parlement n'est pas saisi d'un projet de loi au sens formel dans le délai de trois ans. Ce délai n'a pas été choisi au hasard: pour que la phase pilote ait un sens, il faut tenir compte du temps nécessaire pour mettre en place le système, pour l'évaluer et pour élaborer un projet de loi au sens formel. Une phase pilote d'une durée inférieure ne remplirait pas son objectif.

Art. 18 Collecte de données personnelles

L'al. 2 n'est plus nécessaire, puisque la règle selon laquelle la collecte doit être effectuée de manière reconnaissable figure désormais dans la partie générale, à l'art. 4, al. 4, et s'applique à toute collecte de données personnelles.

¹⁵ Cf. recommandation 261 du Rapport de la Commission de gestion, FF 1999 5200, p. 5230.

Art. 19 Communication de données personnelles

Par analogie avec l'art. 17, al. 2, let. c, l'art. 19, al. 1, let. c du projet tient compte du droit pour la personne concernée de s'opposer au traitement. La let. b a été adaptée à la définition du consentement donnée à l'art. 4, al. 5 du projet. La let. e est nouvelle et tient compte du fait que la protection de la sphère privée est nécessairement moins étendue pour une personnalité publique que pour une autre personne.

Art. 20a Registre des fichiers des organes fédéraux

Dans la mesure où l'obligation de déclarer les fichiers est abandonnée pour les personnes privées (cf. art. 11 et commentaire explicatif y relatif), l'obligation pour les organes fédéraux de déclarer leurs fichiers est désormais réglée dans la section 4 consacrée au traitement de données personnelles par des organes fédéraux. L'art. 20a n'apporte aucune modification pour les organes fédéraux par rapport au droit actuel. Des simplifications pourront toutefois être envisagées par voie d'ordonnance.

Art. 21 Archivage des données

L'art. 21 tient compte de la nouvelle loi fédérale sur l'archivage du 26 juin 1998 (LAr)¹⁶. Il reprend, au niveau de la loi, à peu de choses près, la teneur de l'actuel art. 27 OLPD.

Art. 26 Nomination et statut du préposé

L'al. 2 est adapté à la situation actuelle, puisque le préposé est déjà rattaché à la Chancellerie fédérale aujourd'hui.

L'al. 3 permettra au préposé d'avoir son propre budget comme d'autres autorités jouissant d'un statut d'autonomie (par ex. le Contrôle des finances).

Art. 27 Surveillance des organes fédéraux

En vertu des art. 27 et 28 LPD, le Préposé fédéral à la protection des données dispose déjà de compétences d'investigation et d'intervention pour ce qui est du traitement des données par des organes fédéraux ou des personnes privées. Pour la surveillance des organes fédéraux, le droit actuel ne permet toutefois pas au préposé d'ester en justice¹⁷. Dans son message du 23 mars 1988¹⁸, le Conseil fédéral avait proposé de donner la possibilité au préposé, lorsqu'une de ses recommandations n'est pas suivie par un département ou par la Chancellerie fédérale, de porter l'affaire devant la Commission fédérale de la protection des données. Les Chambres fédérales en avaient décidé autrement, préférant laisser aux chefs de département et au Chancelier la responsabilité de leurs décisions en la matière. Le Conseil national a encore eu l'occasion de confirmer ce point de vue le 3 mars 1999, lorsqu'il a rejeté

¹⁶ RS 152.1

¹⁷ ATF 123 II 542.

¹⁸ FF 1988 II 421.

une motion von Felten 98.3030 (Droit de recours pour le préposé fédéral à la protection des données).

Il convient cependant de prendre en compte l'évolution du droit européen en la matière. Tant le Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, que la directive communautaire, exigent que les autorités de contrôle soient dotées du pouvoir d'ester en justice (ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente les violations du droit interne). Afin de mettre le droit fédéral en conformité avec le droit européen et de permettre la signature du Protocole additionnel, nous proposons de compléter l'art. 27 LPD par un nouvel al. 6 qui permet au préposé de recourir contre les décisions des départements et de la Chancellerie fédérale.

Art. 27a Surveillance des organes cantonaux

L'art. 27a réalise le second volet de la motion "liaisons online", puisqu'il permet au préposé de contrôler le niveau de protection des données dans les cantons lorsque des données sont traitées conjointement par un organe fédéral et des organes cantonaux.

Art. 29 Etablissement des faits et recommandations dans le secteur privé

Les modifications apportées à l'al. 1, let. b et c, résultent de l'abandon, pour les personnes privées, de l'obligation de déclarer les fichiers (art. 11 LPD) et de l'obligation de communiquer les flux transfrontières (art. 6 LPD). Afin de ne pas affaiblir le niveau de protection des données, il convient de maintenir le pouvoir d'enquête du préposé dans les domaines particulièrement sensibles que représentent la communication de données à des tiers, le traitement de données sensibles et de profils de la personnalité et les communications à l'étranger en l'absence de législation assurant un niveau de protection adéquat au sens de l'art. 6, al. 2, let. a. L'al. 1, let. b couvre le devoir d'information prévu à l'art. 7a et permettrait au besoin au préposé d'établir les faits lors d'une violation du devoir d'informer lors de la collecte.

L'al. 2 subit une modification mineure, liée elle aussi à l'abandon de l'obligation de déclarer les fichiers: si les personnes privées sont dispensées de déclarer leurs fichiers, elles doivent toutefois être en mesure de produire un inventaire des fichiers si le préposé l'exige dans le cadre d'une enquête.

Art. 34 Dispositions pénales

Les dispositions pénales de l'art. 34 LPD sont complétées par une référence aux art. 7a et 7b du projet. Elles permettront de sanctionner pénalement les personnes qui fournissent intentionnellement des renseignements inexacts ou incomplets dans le cadre de leur devoir d'information ou qui omettent d'informer la personne concernée lors de la collecte ou lors de décisions individuelles automatisées.

La modification de l'al. 2 résulte de l'abandon pour les personnes privées de l'obligation de déclarer les fichiers (art. 11 LPD) et les communications transfrontières (art. 6 LPD).

Art. 37 Exécution par les cantons

L'art. 37 réalise le second volet de la motion "liaisons online" et vise à renforcer le niveau de protection des données traitées par les organes cantonaux en exécution du droit fédéral. La motion demande que soient prévues, pour les requêtes et l'installation de liaisons "online" avec les systèmes informatiques de la Confédération, des normes minimales permettant d'améliorer la collaboration entre la Confédération et les cantons. Elle charge en outre la Confédération de régler l'accès, l'utilisation, la protection et le contrôle de ses banques de données¹⁹.

L'art. 37 LPD dans sa teneur actuelle contient une norme supplétive, en vertu de laquelle le droit fédéral ne s'applique que si le traitement n'est pas soumis à des dispositions cantonales de protection des données, ce qui est encore le cas dans quelques cantons. L'art. 37, al. 1 du projet va plus loin et fixe un standard de protection minimale, tout en maintenant le caractère supplétif de cette disposition. Le droit fédéral s'appliquera désormais, non seulement lorsque le traitement n'est pas régi par des dispositions cantonales de protection des données, mais aussi lorsque ces dispositions cantonales n'offrent pas un niveau de protection adéquat. Par "niveau de protection adéquat", on entend un niveau de protection équivalent à celui de la Convention européenne STE n° 108. Le système prévu à l'art. 37, al. 1, est donc le pendant de celui appliqué lors des flux transfrontières. En effet, la Confédération a la responsabilité de s'assurer que les personnes privées et les autorités auxquelles elle communique des données personnelles qu'elle gère respectent les mêmes standards de protection qu'elle. Ainsi que l'a relevé le Conseil fédéral dans sa réponse à la motion "liaisons online", la sécurité d'un système informatique et la protection des données qui y sont contenues se mesurent à l'aune du maillon le plus faible. Or, le niveau de protection des données peut différer assez nettement d'un canton à l'autre.

Dispositions transitoires

Les maîtres de fichier disposeront d'un délai d'une année dès l'entrée en vigueur de la loi pour prendre les mesures nécessaires en vue d'assurer l'information des personnes concernées au sens des art. 7a et 7b. Il n'est donc pas prévu d'appliquer rétroactivement le devoir d'information de l'art. 7a à des données déjà collectées.

3. Bases juridiques

La Constitution fédérale du 18 avril 1999, comme l'ancienne Constitution fédérale de 1874, ne contient aucune disposition habilitant expressément la Confédération à légiférer. La nouvelle Constitution prévoit certes, à son art. 13, le droit de toute

¹⁹ Cf. également Rapport de la Commission de gestion du Conseil des Etats, FF 1999 5200, p. 5230.

personne d'être protégée contre l'emploi abusif des données qui la concernent. Il s'agit là d'un droit fondamental qui n'attribue pas de compétence nouvelle à la Confédération. En vertu de l'art. 35, al. 2 et 3 Cst., les personnes qui assument des tâches de l'Etat sont tenues de contribuer à la réalisation des droits fondamentaux et les autorités doivent veiller à ce que les droits fondamentaux, dans la mesure où ils s'y prêtent, soient aussi réalisés dans les relations qui lient les particuliers entre eux. Dans ce sens, le projet de loi contribue à la réalisation de l'art. 13, al. 2 Cst., tant dans les relations entre autorités que dans les relations entre particuliers.

Le projet de révision se fonde sur des compétences dont la Confédération disposait déjà lors de l'adoption de la loi. Dans le domaine du droit privé, le législateur peut s'appuyer sur la compétence de légiférer en matière de droit civil (art. 122 Cst.), de même que sur la compétence de légiférer sur l'exercice des activités économiques lucratives privées (art. 95 Cst) et sur la protection des consommateurs et des consommatrices (art. 97 Cst.). D'autres dispositions constitutionnelles viennent compléter ces normes, comme la compétence de légiférer dans le domaine des assurances privées (art. 98, al. 3 Cst)²⁰.

Dans le domaine du droit public, le législateur fédéral s'est appuyé sur le pouvoir d'organisation que lui conférait l'art. 82, ch. 1, aCst (art. 173, al. 2, dans la nouvelle Constitution) pour édicter des dispositions de protection des données applicables aux autorités et aux services administratifs. Ainsi que le relevait déjà le Conseil fédéral dans son message du 23 mars 1988 concernant la loi fédérale sur la protection des données²¹, la Constitution reconnaît aux cantons une pleine autonomie en matière d'organisation et il leur appartient de légiférer sur la protection des données dans leur secteur. La Confédération n'est dès lors en droit d'édicter des dispositions de protection des données applicables aux secteurs publics cantonaux ou communaux que dans les domaines où les cantons sont chargés d'exécuter le droit fédéral, lequel doit être, il va sans dire, fondé sur une norme constitutionnelle attributive de compétence. Même dans ce cas, la Confédération doit éviter d'empiéter sur les compétences cantonales en matière d'organisation. La Confédération s'est limitée jusqu'ici à édicter des normes de protection des données applicables aux cantons dans les domaines où ceux-ci sont chargés d'exécuter le droit fédéral (cf. en particulier l'art. 37 LPD). Le projet de révision respecte cette limite. Les domaines dans lesquels il étend la protection des données concernent soit le traitement de données par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral (art. 37 du projet), soit le traitement de données par un organe fédéral conjointement avec des organes cantonaux (art. 16, al. 3 et 27a du projet).

4. Analyse des impacts de la révision

41 Conséquences pour les finances et le personnel

411 Pour la Confédération

Le projet n'a pas pour effet d'étendre de manière significative les tâches ou les compétences du préposé et il ne devrait donc pas engendrer des coûts supplémentaires.

²⁰ FF 1988 II 432 ss.

²¹ FF 1988 II 421ss, 433

Il est difficile d'estimer avec précision les répercussions financières et sur l'état du personnel des nouvelles exigences liées au devoir d'information de l'art. 7a. Elles devraient selon toute vraisemblance être mineures. En effet, si la collecte est effectuée directement auprès de la personne concernée, l'information pourra être donnée sans grand effort supplémentaire (par ex. au moyen d'une phrase-type insérée dans le document qui sert à la collecte). Lorsque les données sont collectées auprès de tiers, il est fort probable que dans la majeure partie des cas la collecte ou la communication des données sera prévue expressément par la loi (cf. art. 17, al. 2, LPD), auquel cas il peut être renoncé à l'information de la personne concernée (art. 7a, al. 3, in fine). Enfin, l'art. 9 du projet prévoit un certain nombre d'exceptions au devoir d'information qui visent spécifiquement le secteur public.

412 Pour les cantons

La révision ne s'applique aux cantons que de manière marginale. Elle pourrait avoir pour effet indirect d'inciter les cantons qui n'auraient pas un niveau de protection adéquat à renforcer leur législation dans le domaine de la protection des données, afin de pouvoir continuer à recevoir les données personnelles qui leur sont communiquées par la Confédération. Il s'agit là toutefois uniquement d'une conséquence indirecte de la révision. Il convient par ailleurs de rappeler que le niveau de protection à atteindre se mesure à l'aune de la Convention STE n°108, dont les normes sont contraignantes pour les cantons également.

42 Impacts en matière informatique

L'un des buts du projet de révision est d'amener les maîtres de fichier à davantage de transparence, particulièrement dans le domaine du traitement automatisé des données et de l'Internet. Les maîtres de fichier devront prendre les mesures nécessaires sur le plan informatique pour pouvoir assurer un traitement des données licite et compatible avec la loi sur la protection des données. Ils devront veiller, particulièrement sur l'Internet, à une présentation qui rende la collecte de données personnelles reconnaissable et garantisse l'information de la personne concernée lors de la collecte de données sensibles ou de profils de la personnalité. Ils devront en outre veiller à la sécurité des données, notamment sur le plan informatique, lorsqu'ils délèguent le traitement de celles-ci à un tiers. Ces mesures organisationnelles auront pour avantage de faciliter les transactions dans le domaine du commerce électronique et s'inscrivent dès lors dans la perspective d'une utilisation plus judicieuse de l'outil informatique.

43 Conséquences pour l'économie

Le projet de révision vise à renforcer la transparence dans le domaine de la protection des données en prévoyant notamment un droit à l'information de la personne concernée. Il devient en effet toujours plus difficile pour celle-ci, avec le développement du traitement automatisé des données et de l'Internet, de savoir qui collecte des données à son sujet, dans quel but et quels en seront les destinataires. Le projet de loi vise également à faciliter les flux transfrontières en garantissant que

les données puissent être échangées d'un pays à l'autre. Indirectement, le projet aura également pour effet de renforcer la confiance des consommateurs par rapport au traitement de leurs données personnelles, notamment lors de transactions effectuées par voie électronique. De ce point de vue, le projet de révision peut engendrer des retombées positives non seulement pour les consommateurs, mais aussi pour les entreprises qui pourront ainsi améliorer leur attractivité, particulièrement dans le domaine du commerce électronique, et par voie de conséquence leur compétitivité. L'importance de la protection des données pour le commerce électronique a d'ailleurs été reconnue par l'OCDE, qui a adopté des directives relatives à la protection des consommateurs et créé un outil de certification des sites Web²². Les coûts engendrés par la mise en place des mesures organisationnelles qui permettront d'assurer l'information seront largement compensés par ces retombées positives et l'efficacité du marché en sera améliorée. La nouvelle réglementation contribue également à améliorer l'attractivité de la place économique suisse. Elle favorisera les échanges, dès lors que l'existence d'une législation offrant un niveau de protection adéquat correspondant aux normes internationales en matière de protection des données facilite la libre circulation des données. La signature du Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, poursuit le même objectif.

Les principaux bénéficiaires des mesures prévues par le projet de loi, particulièrement au niveau de l'information, seront les consommateurs qui pourront mieux défendre leurs droits et se prémunir d'éventuelles atteintes à la personnalité. Toutefois, les entreprises privées bénéficieront elles aussi d'avantages, dans la mesure où l'introduction de nouvelles tâches liées au devoir d'information sera compensée par des allègements dans le domaine des déclarations. L'intervention de l'Etat est par ailleurs limitée au strict nécessaire. Le contrôle de la loi dépendra encore plus largement de l'initiative des personnes concernées qui seront mieux informées et auront dès lors la possibilité de défendre leurs droits. Les pouvoirs d'intervention du préposé dans le secteur privé demeurent sensiblement identiques. D'autre part, une grande autonomie est laissée aux acteurs économiques qui peuvent s'assurer d'un niveau de protection adéquat des données, notamment lors de flux transfrontières, par des mesures volontaires telles que la conclusion d'une convention ou l'adoption d'un code de conduite. Le non respect des dispositions légales est principalement sanctionné par la voie du procès civil (art. 28 et suivants CC) et par les recommandations du préposé.

5. Incidences pour les cantons d'une adhésion au Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données

Les incidences en droit fédéral d'une adhésion au Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, ont déjà été exposées plus haut (cf. ch. 151.2, ainsi que

²² Cf. FF 2001 817 et 892.

le commentaire explicatif ad art. 6 et 27 du projet). Le projet de loi permet de rendre la LPD conforme au Protocole additionnel (cf. art. 6 et 27, al. 6, du projet). De par l'art. 37, al. 1, du projet, l'art. 6 s'appliquera également lors du traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral, à moins que les dispositions cantonales de protection des données n'assurent un niveau de protection adéquat. Quant à l'art. 27, al. 6, du projet, il s'appliquera par analogie aux organes de contrôle désignés par les cantons lorsque des organes cantonaux traitent des données personnelles en exécution du droit fédéral (art. 37, al. 2 LPD).

Dans les domaines qui ne relèvent pas de l'exécution du droit fédéral et ne sont par conséquent pas régis par la LPD, les cantons devront adapter leur législation aux exigences du Protocole. Cela signifie qu'ils devront n'autoriser le transfert de données à caractère personnel vers un autre Etat ou une organisation que si l'Etat ou l'organisation destinataire assure un niveau de protection adéquat. Le droit cantonal pourra prévoir des dérogations pour des intérêts spécifiques de la personne concernée, de même que lorsque des intérêts légitimes prévalent, en particulier des intérêts publics importants, ou encore lorsque des garanties contractuelles suffisantes sont fournies. Le Préposé fédéral à la protection des données publie déjà une liste indicative des Etats dotés d'une loi sur la protection des données assurant un niveau de protection équivalent au droit suisse, si bien que l'application du Protocole sur ce point ne devrait pas entraîner de difficultés pratiques insurmontables pour les autorités et les particuliers.

Les cantons qui n'ont pas encore désigné un organe chargé de veiller à la protection des données devront combler cette lacune. Il convient de rappeler que l'art. 37, al. 2, LPD prévoit déjà l'obligation pour les cantons de désigner un tel organe. Les autorités chargées de veiller au respect de la protection des données au plan cantonal devront être dotées, elles aussi, de pouvoirs d'investigation et d'intervention, ainsi que de celui d'ester en justice ou de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire compétente des violations aux dispositions de protection des données. Une possibilité de recours juridictionnel doit être ouverte contre les décisions des autorités de contrôle. Celles-ci doivent par ailleurs pouvoir être saisies par toute personne d'une demande relative à la protection de ses droits à l'égard des traitements de données personnelles. Les autorités de contrôle doivent exercer leurs fonctions en toute indépendance.

Il convient que chaque canton examine la conformité de son droit aux innovations mentionnées ci-dessus.

Loi fédérale sur la protection des données (LPD)

Modification du

L'Assemblée fédérale de la Confédération suisse,
vu le message du Conseil fédéral du...¹

arrête:

I

La loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données² est modifiée comme suit:

Art. 2, al. 2, let. e

²Elle ne s'applique pas:

e. aux données personnelles traitées par les organisations internationales établies sur le territoire de la Confédération et avec lesquelles un accord de siège a été conclu.

Art. 3, let. j, ch. 1, et let. k

On entend par:

j. *loi au sens formel:*

1. lois fédérales,

k. *abrogé*

Art. 4, al 1 et al. 4 et 5 (nouveaux)

¹Tout traitement de données personnelles ne peut être entrepris que d'une manière licite.

⁴La collecte de données personnelles, et notamment les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée.

¹ FF 200...

² RS 235.1

⁴Le maître du fichier peut renoncer à informer la personne concernée lorsque celle-ci a déjà reçu l'information.

Art. 7b (nouveau) Devoir d'informer lors de décisions individuelles automatisées

La personne concernée doit être dûment informée du fait qu'une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative est prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité.

Art. 8, al. 2, phrase introductive et let. a

²Le maître du fichier doit lui communiquer:

a. toutes les données la concernant qui sont contenues dans le fichier, y compris les informations disponibles sur l'origine des données;

Art. 9, titre médian, al. 1 à 3 et al. 5

Restriction du devoir d'information et du droit d'accès

¹Le maître du fichier peut refuser ou restreindre l'information visée à l'art. 7a ou la communication des renseignements demandés visée à l'art. 8, voire en différer l'octroi, dans la mesure où:

- a. une loi au sens formel le prévoit;
- b. les intérêts prépondérants d'un tiers l'exigent.

²Un organe fédéral peut en outre refuser ou restreindre l'information ou la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où:

- a. un intérêt public prépondérant, en particulier la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération l'exige;
- b. la communication des renseignements risque de compromettre une instruction pénale ou une autre procédure d'instruction.

³Un maître de fichier privé peut en outre refuser ou restreindre l'information ou la communication des renseignements demandés, voire en différer l'octroi, dans la mesure où ses intérêts prépondérants l'exigent et à condition qu'il ne communique pas les données personnelles à des tiers.

⁵Si l'information ou la communication des renseignements est refusée, restreinte ou différée, elle doit être donnée ultérieurement dès que le motif en a disparu et pour autant que cela ne se révèle pas impossible ou ne nécessite pas des efforts disproportionnés.

Art. 10a (nouveau) Traitement de données par un tiers

¹Le traitement de données personnelles peut être confié à un tiers aux conditions suivantes:

- a. le mandant veille à ce que ne soient pas effectués des traitements autres que ceux qu'il est lui-même en droit d'effectuer;
- b. aucune obligation légale ou contractuelle de garder le secret ne l'interdit;
- c. la sécurité des données est assurée.

² Le tiers peut faire valoir les mêmes motifs justificatifs que le mandant.

Art. 11

Abrogé

Art. 12, al. 2, let. a

²Personne n'est en droit, sans motif justificatif, notamment de:

- a. traiter des données personnelles en violation des principes définis aux art. 4, 5, al. 1 et 7, al. 1;

Art. 14

Abrogé

Art. 15, al. 1 et 3

¹Les art. 28 à 28I du code civil³ régissent les actions et les mesures provisionnelles concernant la protection de la personnalité. Le demandeur peut en particulier requérir que le traitement des données, et notamment leur communication à des tiers, soit interdit ou que les données soient rectifiées ou détruites.

³Le demandeur peut demander que la rectification ou la destruction des données, l'interdiction du traitement, et plus particulièrement de la communication, la mention du caractère litigieux ou le jugement soient communiqués à des tiers ou publiés.

Art. 15a (nouveau) Procédure en cas d'opposition au traitement

¹Si la personne concernée s'oppose au traitement des données la concernant, le maître du fichier suspend immédiatement celui-ci.

²S'il rejette l'opposition, le maître du fichier doit en indiquer les motifs justificatifs visés à l'art. 13 à la personne concernée.

³ RS 210

³La personne concernée peut requérir du juge l'interdiction du traitement dans un délai de 10 jours à compter de celui où elle a eu connaissance des motifs justificatifs. A défaut, l'opposition est réputée levée.

⁴Le présent article n'est pas applicable à la publication de données dans la partie rédactionnelle d'un média à caractère périodique.

Art. 16, al. 3 et 4 (nouveaux)

³Quiconque traite des données conjointement avec un organe fédéral est tenu d'autoriser celui-ci à effectuer ou à faire effectuer des contrôles. Si le traitement est confié à un tiers, l'organe fédéral peut également effectuer ou faire effectuer des contrôles auprès de celui-ci.

⁴Si le traitement est effectué par des personnes privées ou à l'étranger, l'organe fédéral responsable règle par contrat ou convention l'exécution de ces contrôles.

Art. 17, al. 2

²Des données sensibles ou des profils de la personnalité ne peuvent être traités que si une loi au sens formel le prévoit expressément, ou:

- a. si exceptionnellement, l'accomplissement d'une tâche clairement définie dans une loi au sens formel l'exige absolument;
- b. si le Conseil fédéral l'a autorisé en l'espèce, considérant que les droits des personnes concernées ne sont pas menacés; ou
- c. si la personne concernée y a, en l'espèce, consenti ou a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement.

Art. 17a (nouveau) Traitement automatisé des données avant l'entrée en vigueur d'une base légale formelle

¹Le Conseil fédéral peut, sur préavis du Préposé fédéral à la protection des données, autoriser le traitement automatisé de données sensibles ou de profils de la personnalité avant l'entrée en vigueur d'une loi au sens formel:

- a. si les tâches qui nécessitent le traitement sont réglées dans une loi au sens formel;
- b. si des mesures appropriées permettent de limiter les effets de l'atteinte à la personnalité; et
- c. si un motif d'intérêt public important justifie qu'on ne retarde pas la mise en place du traitement ou qu'une phase de test avant l'entrée en vigueur d'une loi au sens formel soit indispensable.

²Le Conseil fédéral règle par voie d'ordonnance les modalités du traitement automatisé en garantissant aux personnes concernées un niveau de protection adéquat.

³Le traitement automatisé doit dans tous les cas être interrompu si l'Assemblée fédérale n'est pas saisie d'un projet de loi au sens formel trois ans au plus après l'entrée en vigueur de l'ordonnance.

Art. 18, al. 2

Abrogé

Art. 19, al. 1, let. b, c et e (nouvelle)

¹Les organes fédéraux ne sont en droit de communiquer des données personnelles que s'il existe une base juridique au sens de l'art. 17 ou si:

- b. la personne concernée y a, en l'espèce, consenti;
- c. la personne concernée a rendu ses données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas formellement opposée à la communication;
- e. en l'espèce, les données communiquées concernent une personnalité publique, dans la mesure où ces données se réfèrent à son activité publique.

Art. 20a (nouveau) Registre des fichiers des organes fédéraux

¹Le Préposé fédéral à la protection des données tient un registre des fichiers des organes fédéraux. Toute personne peut consulter le registre.

²Les organes fédéraux sont tenus de déclarer tous leurs fichiers au préposé pour enregistrement.

³Les fichiers doivent être déclarés avant qu'ils ne soient opérationnels.

⁴Le Conseil fédéral règle les modalités de déclaration des fichiers de même que la tenue et la publication du registre. Il peut prévoir, pour certains types de fichiers, des exceptions à l'obligation de déclarer ou d'enregistrer lorsque le traitement des données ne menace pas la personnalité des personnes concernées.

Art. 21 Proposition des documents aux Archives fédérales

¹Conformément à la loi fédérale du 26 juin 1998 sur l'archivage⁴, les organes fédéraux proposent aux Archives fédérales de reprendre toutes les données personnelles dont ils n'ont plus besoin en permanence.

²Les organes fédéraux détruisent les données personnelles que les Archives fédérales ont désignées comme n'ayant pas de valeur archivistique, à moins que celles-ci:

- a. ne soient rendues anonymes;
- b. ne doivent être conservées à titre de preuve ou par mesure de sûreté.

⁴ RS 152.1

Art. 26, al. 2 et 3

²Il s'acquitte de ses tâches de manière autonome et est rattaché administrativement à la Chancellerie fédérale.

³Il dispose d'un secrétariat permanent et de son propre budget.

Art. 27, al. 6 (nouveau)

⁶Le préposé peut recourir contre la décision du département ou de la Chancellerie fédérale auprès de la Commission fédérale de la protection des données.

Art. 27a (nouveau) Surveillance des organes cantonaux

Si un organe fédéral traite conjointement des données avec des organes cantonaux, le préposé peut vérifier que le traitement des données par les organes cantonaux fait l'objet d'un niveau de protection adéquat.

Art. 29, al. 1, let. b, c et d (nouvelle), et al. 2

¹Le préposé établit les faits d'office ou à la demande de tiers lorsque:
b. le traitement porte sur des données sensibles ou des profils de la personnalité;
c. les données sont régulièrement communiquées à des tiers;
d. des communications à l'étranger doivent être annoncées (art. 6, al. 3).

²Il peut en outre exiger la production de pièces, notamment d'un inventaire des fichiers, demander des renseignements et se faire présenter des traitements. Le droit de refuser de témoigner au sens prévu à l'art. 16 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative⁵ s'applique par analogie.

Art. 34 Violation du devoir d'informer et des obligations de renseigner et de collaborer

¹Les personnes privées qui auront contrevenu à leurs obligations prévues aux art. 7a, 8, 9 et 10 en fournissant intentionnellement des renseignements inexacts ou incomplets seront, sur plainte, punies des arrêts ou de l'amende.

²Les personnes privées qui, intentionnellement, auront fourni au préposé, lors de l'établissement des faits (art. 29), des renseignements inexacts ou auront refusé leur collaboration, seront punies des arrêts ou de l'amende.

³Les personnes privées qui, intentionnellement, auront omis d'informer la personne concernée au sens de l'art. 7a et ne lui auront pas fourni au minimum les éléments prévus à l'art. 7a, al. 2, let. a à c, seront, sur plainte, punies des arrêts ou de l'amende.

⁵ RS 172.021

⁴Les personnes privées qui, intentionnellement, auront omis d'informer la personne concernée au sens de l'art. 7b seront, sur plainte, punies des arrêts ou de l'amende.

Art. 36, al. 6

Abrogé

Art. 37, al. 1

¹A moins qu'il ne soit soumis à des dispositions cantonales de protection des données assurant un niveau de protection adéquat, le traitement de données personnelles par des organes cantonaux en exécution du droit fédéral est régi par les dispositions des art. 1 à 10a, 16 à 17, 18 à 22 et 25, al. 1 à 3, de la présente loi.

II

Disposition transitoire

Dans le délai d'un an à compter de l'entrée en vigueur de la présente loi, les maîtres de fichier doivent être en mesure d'assurer l'information des personnes concernées au sens des art. 7a et 7b.

III

¹La présente loi est sujette au référendum.

²Le Conseil fédéral fixe la date de l'entrée en vigueur.