



Commentaire concernant la révision de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (modification du 28 septembre 2007)

1. Introduction

En votation finale du 24 mars 2006, les Chambres fédérales ont adopté la révision de la loi fédérale sur la protection des données (LPD) ainsi que l'arrêté fédéral sur l'adhésion de la Suisse au Protocole additionnel du 8 novembre 2001 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 (Protocole additionnel).

Pour rendre la législation conforme aux exigences du Protocole additionnel, on a modifié, au cours de cette révision, l'art. 6 LPD concernant la communication transfrontière de données. On a également inscrit dans la loi un nouvel art. 11a LPD relatif au registre des fichiers en prévoyant une obligation de déclaration assortie d'un certain nombre d'exceptions, notamment lorsque le maître du fichier a désigné un conseiller à la protection des données indépendant (art. 11a, al. 5, let. e, LPD). Ces modifications nécessitent une adaptation de l'ordonnance du 14 juin 1993 relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD). La révision de l'ordonnance comporte également une nouvelle disposition d'exécution de l'art. 17a LPD concernant le traitement de données automatisé dans le cadre d'essais pilotes. Enfin, d'autres dispositions de l'ordonnance ont dû être adaptées pour différentes raisons, qui seront exposées ci-dessous.

2. Traitement de données par des personnes privées (chapitre 1 OLPD)

2.1 Droit d'accès (section 1)

La teneur actuelle de l'art. 1, al. 2, OLPD reprend simplement le contenu de l'art. 8, al. 5, 1^{ère} phrase, LPD. Cette disposition est donc supprimée, ce qui correspond du reste à l'examen formel dont fait actuellement l'objet le droit fédéral. Le nouvel al. 2 prévoit que la demande d'accès et la communication de renseignements peuvent être faites par voie électronique si le maître du fichier prévoit expressément cette possibilité et si certaines exigences sont respectées.

En vertu de l'al. 2, let. a, le maître du fichier doit prendre des mesures adéquates afin de s'assurer que la personne qui fait valoir son droit d'accès est la personne concernée. En effet, il doit vérifier que le demandeur est la personne dont les données sont traitées. Tel est le cas par exemple lorsque la personne concernée utilise une signature électronique qualifiée (voir à ce sujet la loi sur la signature électronique ; RS 943.03). Conformément à la terminologie de la sécurité informatique, il ne s'agit donc

pas à proprement parler d'une identification mais d'une authentification. Toutefois, pour respecter la terminologie de la disposition et ne pas introduire une nouvelle notion, qui de surcroît n'est pas connue de tous, on a préféré le terme d'« identifier » à celui d'« authentifier ».

En vertu de l'art. 1, al. 2, let. b, le maître du fichier doit en outre protéger les données de la personne concernée de manière adéquate de tout accès non autorisé par un tiers. Il s'agira donc de coder les messages électroniques ou d'installer un accès Internet sécurisé lorsque la personne concernée peut accéder en ligne à ses données personnelles. Cette disposition vise avant tout le secteur privé. Il n'est toutefois pas exclu qu'elle puisse un jour également concerner le secteur public.

La question de savoir si les mesures prises sont adéquates dépend des circonstances du cas d'espèce et de l'état de la technique. Les exigences seront plus élevées s'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité que pour les autres données personnelles.

Pour tenir compte du nouvel art. 10a LPD, l'art. 1, al. 6, de l'ordonnance est modifié. Cette disposition vise dès lors non seulement le secteur privé mais aussi les organes fédéraux.

2.2 Déclaration des fichiers (section 2)

2.2.1 Déclaration (art. 3 du projet de révision)

Le renvoi contenu à l'art. 3, al. 1, du projet de révision est modifié au motif que l'art. 11, al. 3, LPD a été remplacé par l'art. 11a, al. 3, LPD lors de la révision de la loi.

L'al. 2, 2^{ème} phrase, est supprimé. Un recensement périodique par le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (préposé) des modifications intervenues n'est plus nécessaire, puisque son registre n'est plus publié sur papier.

2.2.2 Exceptions à l'obligation de déclarer (art. 4 du projet de révision)

L'actuel art. 4 OLPD relatif aux fichiers des médias est supprimé au motif que les exceptions prévues par cette disposition ont été reprises au nouvel art. 11a, al. 5, let. c et d, LPD.

Sous le droit actuel, les personnes privées sont tenues de déclarer leurs fichiers au préposé si les personnes concernées n'ont pas eu connaissance du traitement des données les concernant. Or, avec le principe de reconnaissabilité (art. 4 nouveau LPD) et le devoir d'informer (art. 7a nouveau LPD) la déclaration des fichiers a perdu de son importance. Le nouvel art. 11a LPD a donc introduit un nouveau système de déclaration : le maître du fichier est tenu de déclarer ses fichiers s'il traite des données sensibles ou des profils de la personnalité ou s'il communique régulièrement des données personnelles à des tiers, sous réserve d'exceptions. Il est toutefois délié de son devoir de déclaration s'il désigne un conseiller à la protection des données indépendant ou s'il obtient un label de qualité en matière de protection des données (art. 11a, al. 5, let. e et f, nouveau LPD). L'art. 11a, al. 5, let. b, prévoit en outre que le maître du fichier n'est pas non plus tenu de déclarer son fichier si le traitement est désigné par le Conseil fédéral comme n'étant pas susceptible de menacer les droits de la personne concernée. Il convient dès lors de régler à l'art. 4 du projet de révision les cas visés par cette disposition.

L'art. 4 du projet de révision rappelle en premier lieu que les fichiers visés au nouvel art. 11a, al. 5, let. a, c à f, LPD ne sont pas soumis à déclaration, puis énumère les exceptions suivantes :

- Let. a : cette disposition prévoit une exception pour les fichiers de fournisseurs ou de clients. Il s'agit par exemple de fichiers servant à la correspondance commerciale dans le cadre de l'exécution d'un contrat. Cette exception correspond à l'exception prévue à l'art. 18, al. 1, let. b, du projet de révision OLPD pour les organes fédéraux : dans les deux cas, les fichiers de fournisseurs ou de clients ne doivent contenir ni des données sensibles ni des profils de la personnalité.
- Let. b : cette exception se justifie par le fait que ce type de traitement, de par sa finalité, ne porte en principe pas atteinte aux droits de la personnalité. Une telle exception est déjà prévue par le droit en vigueur en relation avec l'obligation de déclarer les communications transfrontières (art. 7, al. 1, OLPD).
- Let. c : cette exception s'inspire de l'art. 18, al. 1, let. b, OLPD qui prévoit que les organes fédéraux ne sont pas tenus de déclarer les fichiers qui sont conservés aux Archives fédérales.
- Let. d : les fichiers contenant exclusivement des données qui ont été publiées ou qui ont été rendues accessibles au public par la personne concernée sans que cette dernière ne se soit formellement opposée au traitement, ne doivent pas être déclarés au préposé.
- Let. e : en vertu de l'art. 10 OLPD, le maître du fichier journalise les traitements automatisés des données sensibles ou des profils de la personnalité lorsque des mesures préventives ne peuvent pas garantir la protection des données. Il s'agit en particulier de permettre une vérification a posteriori de l'identité des personnes introduisant des données dans un système. Le fichier des données collectées à cette fin ne doit pas être déclaré au préposé. La mesure de journalisation sert en premier lieu à protéger la personne dont les données sont traitées dans le système en question. Le risque d'abus envers des personnes qui travaillent avec le système et dont les données d'accès sont saisies est en comparaison limité.
- Let. f : cette disposition prévoit une exception en faveur des pièces comptables à l'instar de l'art. 18, al. 1, let. e, du projet de révision applicable au secteur public.
- Let. g : en vertu de cette exception, les fichiers auxiliaires concernant la gestion du personnel du maître du fichier ne devront pas être déclarés, à la condition toutefois qu'ils ne contiennent ni des données sensibles ni des profils de la personnalité. Cette disposition correspond à l'exception prévue à l'art. 18, al. 1, let. f, du projet de révision OLPD.

L'art. 4, al. 2, du projet de révision prévoit que le maître du fichier est tenu de prendre les mesures nécessaires afin de pouvoir communiquer au préposé et aux personnes concernées qui en font la demande les informations énumérées à l'art. 3, al. 1, OLPD (art. 4, al. 2, du projet de révision). Cette obligation découle des art. 8 et 29, al. 2, LPD.

2.3 Communication à l'étranger (section 3)

2.3.1 Publication sous forme électronique (art. 5 du projet de révision)

La teneur actuelle de l'art. 5 n'est pas maintenue. En effet, les définitions de cette disposition (en particulier la let. b) ne sont plus appropriées, vu que le nouvel art. 6 LPD ne vise plus seulement la communication de fichiers mais aussi la communication de données personnelles. Cette modification n'a toutefois pas de conséquence matérielle. L'accès à des données personnelles par procédure d'appel et la transmission d'un fichier à un tiers pour effectuer un traitement pour le compte de celui qui transmet le fichier constituent, comme aujourd'hui, une communication transfrontière de données.

Le projet de révision introduit une nouvelle disposition concernant la publication de données personnelles par internet ou par un autre service d'information ou de communication aux fins d'information du public. Il est possible de consulter sur internet des informations contenant ou non des données personnelles à l'étranger, y compris dans un Etat qui n'est pas en mesure de garantir une protection adéquate des données personnelles. Ces données peuvent également être traitées dans le pays en question. La publication de données personnelles sur internet ne vise donc pas forcément une communication à l'étranger. Une telle communication n'est en fait qu'une conséquence de la publication sur internet. L'art. 5 du projet de révision qui s'appuie sur l'art. 19, al. 3^{bis} LPD, tient compte de ce mécanisme¹.

2.3.2 Devoir d'information (art. 6 du projet de révision)

Dans le nouvel art. 6 LPD, l'obligation de déclarer les communications de données à l'étranger a été remplacée par une obligation d'informer le préposé. Le nouvel art. 6, al. 3, LPD prévoit que le préposé doit être informé des garanties et des règles de protection des données visées à l'art. 6, al. 2, let a et g, et que le Conseil fédéral règle les modalités du devoir d'information. Selon le message (FF 2003, p. 1942), l'ordonnance d'exécution doit préciser à quel moment cette information doit être donnée et de quelle manière.

L'art. 6, al. 1, du projet de révision prévoit que le maître du fichier informe le préposé, avant la communication à l'étranger. Cette disposition ne fixe donc pas un délai précis mais laisse une certaine flexibilité au maître du fichier. Si ce dernier n'est pas en mesure d'informer le préposé avant la communication des données, il remédie à cette situation dans les meilleurs délais. Cette information consiste à transmettre au préposé un exemplaire ou une copie des garanties convenues avec le destinataire ou des règles de protection des données applicables au sein de la société ou des sociétés concernées. Comme il résulte du message (FF 2003, p. 1942), la procédure d'information doit être aussi simple que possible ; le préposé peut par exemple être informé par Internet.

Comme il résulte du message (FF 2003, p. 1942), le devoir d'information prévu au nouvel art. 6, al. 3, LPD ne signifie pas que le maître du fichier a l'obligation d'informer le préposé de chaque communication particulière. L'art. 6, al. 2, du projet de révision précise ce point. Selon la let. a, une fois les garanties annoncées au préposé, le devoir d'information du maître du fichier est réputé également rempli pour toutes les communications qui se basent sur les mêmes garanties, pour autant que

¹ Voir à ce sujet le jugement de la Cour de justice des Communautés européennes du 6 novembre 2003 dans la cause C-101/01 Lindqvist, ch. 56 ss.

les catégories de destinataires, les finalités de traitement et les catégories de données restent similaires. Cette disposition offre donc une certaine flexibilité au maître du fichier.

Quant aux règles de protection des données établies au sein d'une même personne morale ou société ou entre des personnes morales ou sociétés réunies sous une direction unique, elles s'appliquent à toutes les communications de données effectuées entre elles, indépendamment de la catégorie des données communiquées et de la finalité poursuivie. Le devoir d'information vaut donc de manière globale pour toutes ces communications, aussi longtemps que les règles fournies permettent de garantir une protection adéquate des données (art. 6, al. 2, let. b, du projet de révision). Des modifications ou des adaptations sont donc possibles dans une certaine mesure, sans que le préposé doive être à nouveau informé.

L'art. 6, al. 3, du projet de révision prévoit un devoir d'information allégé, lorsque le maître du fichier utilise les contrats modèles ou des clauses standards établis ou reconnus par le préposé, tels que les clauses modèles du contrat type du Conseil de l'Europe. Le maître du fichier doit uniquement informer le préposé qu'il utilise les contrats modèles ou les clauses standards reconnus par ce dernier pour communiquer des données vers un Etat qui ne dispose pas d'une législation assurant un niveau de protection adéquat. Il s'ensuit que le maître du fichier n'est plus tenu d'informer le préposé sur chaque communication ou catégorie de communications. Cependant, s'il utilise d'autres garanties pour des cas déterminés, le devoir d'informer le préposé s'applique.

La 2^{ème} phrase de l'al. 3 charge le préposé de publier une liste des contrats modèles ou des clauses standards qui peuvent être utilisés.

Selon le message (FF 2003, p. 1941), le maître du fichier qui communique des données à l'étranger est responsable du préjudice qui pourrait résulter d'une violation de l'obligation de diligence. Il lui incombe en particulier de démontrer qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour s'assurer d'un niveau de protection adéquat. L'ordonnance met en œuvre cette obligation de diligence en prévoyant que le maître du fichier prend les mesures adéquates pour s'assurer que le destinataire respecte les garanties ou les règles de protection des données (al. 4). La question de savoir si les mesures sont adéquates dépend des circonstances du cas d'espèce. Les exigences seront plus élevées s'il s'agit de données sensibles ou de profils de la personnalité que pour les autres données personnelles. En cas de non-respect des garanties ou des règles de protection par le destinataire, le maître du fichier l'invite à remédier à cette situation.

L'al. 5 fixe un délai de 30 jours au préposé pour examiner si les garanties ou les règles de protection qui lui sont annoncées assurent un niveau de protection adéquat au sens des exigences de la Convention STE 108. Si tel n'est pas le cas, il intervient auprès du maître du fichier et émet, le cas échéant, une recommandation conformément à l'art. 29 LPD. A défaut de réaction de la part du préposé dans le délai fixé, le maître du fichier peut partir de l'idée que le préposé n'a pas d'objection contre les garanties et les règles de protection des données fournies.

2.3.3 Liste des Etats disposant d'une législation assurant un niveau de protection adéquat (art. 7 du projet de révision)

L'art. 7 du projet de révision correspond pour l'essentiel à l'art. 7, al. 3, du droit en vigueur. Pour établir cette liste, le préposé doit tenir compte des décisions d'adéquation de la Commission européenne prises en application de l'art. 25, par. 6,

de la directive 95/46/CE 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.

Si le maître du fichier communique des données à destination d'un Etat mentionné dans la liste du préposé, il est présumé de bonne foi au sens de l'art. 3, al. 1, CC. Il s'agit toutefois d'une présomption réfragable. En effet, en vertu de l'al. 2, le maître du fichier ne peut invoquer sa bonne foi, par exemple, s'il a pu constater sur la base de son expérience que les prescriptions de protection des données ne sont pas respectées dans un pays déterminé.

2.4 Mesures techniques et organisationnelles (section 4)

2.4.1 Mesures générales (art. 8 du projet de révision)

L'al. 1 fait l'objet d'une modification rédactionnelle : la notion d'« exactitude des données » est remplacée par celle d'« intégrité des données ».

L'al. 4 est supprimé. Il n'est en effet pas nécessaire de prévoir expressément dans une base légale la faculté pour le préposé d'établir des recommandations ou des modèles concernant les mesures techniques et organisationnelles.

2.4.2 Journalisation (art. 10, al. 1, du projet de révision)

Les versions française et italienne sont adaptées à la version allemande. Il s'agit d'une modification d'ordre rédactionnel.

2.4.3 Règlement de traitement (art. 11 du projet de révision)

Le renvoi contenu à l'art. 11, al. 1, du projet de révision est modifié au motif que l'art. 11, al. 3, LPD a été remplacé par l'art. 11a, al. 3, LPD. L'art. 11 du projet de révision précise en outre que l'obligation d'élaborer un règlement concerne uniquement les fichiers automatisés soumis à déclaration et qui ne tombent pas sous le coup d'une des exceptions prévues à l'art. 11a, al. 5, let. b à d, LPD. Il en découle que le maître du fichier qui traite des données sensibles ou des profils de la personnalité ou qui communique régulièrement des données personnelles à des tiers, est en principe tenu de déclarer ses fichiers et d'élaborer un règlement. Il sera toutefois délié de son obligation d'élaborer un règlement si son fichier tombe sous le coup d'une des exceptions prévues à l'art. 11a, al. 5, let. b à d, LPD. En revanche, s'il désigne un conseiller à la protection des données (art. 11a, al. 5, let. e, LPD) ou s'il obtient un label de qualité en matière de protection des données, il devra élaborer un règlement même s'il est délié de son obligation de déclaration, vu que ces exceptions ne sont pas expressément mentionnées à l'art. 11 du projet de révision OLPD. Il en va de même lorsque des données sont traitées en vertu d'une obligation légale (art. 11a, al. 5, let. a, nouveau LPD⁹).

Conformément à l'al. 2, le règlement de traitement doit être régulièrement mis à jour et peut être consulté par le préposé ou par le conseiller à la protection des données. Cette modification correspond à l'art. 21, al. 3, OLPD qui prévoit une disposition analogue pour les organes fédéraux.

2.5 Conseiller à la protection des données (section 5)

2.5.1 Désignation du conseiller à la protection des données et communication au préposé (art. 12a du projet de révision)

Le nouvel art. 11a, al. 5, let. e, LPD prévoit que le maître du fichier n'est pas tenu de déclarer son fichier s'il a désigné un conseiller à la protection des données indépendant chargé d'assurer l'application interne des dispositions relatives à la protection des données et de tenir un inventaire des fichiers. Selon le message (FF 2003, p. 1949), le Conseil fédéral peut en particulier prévoir que le maître du fichier n'est délié de son devoir de déclaration que s'il a annoncé au préposé la nomination d'un conseiller à la protection des données.

Les désignations, dans les versions allemande et italienne, de « Datenschutzverantwortlicher » et de « responsabile della protezione dei dati » (nouvel art. 11a, al. 5, let. e, LPD) ne signifient pas que cette personne est seule responsable du respect de la protection des données. Comme on le verra ci-après, son activité se limite à des tâches de conseil et de surveillance. La responsabilité incombe en fait en premier lieu à l'organisme considéré comme le maître du fichier et, partant, comme le responsable de tous les traitements de données effectués. La version française de l'art. 11a, al. 5, let. e, LPD est donc plus exacte (« conseiller à la protection des données »).

Pour mettre en œuvre l'art. 11a, al. 5, let. e, LPD, l'art. 12a, al. 1, du projet de révision prévoit que pour être délié de son devoir de déclaration, le maître du fichier doit désigner un conseiller à la protection des données qui remplit les conditions des art. 12a, al. 2 et 12b du projet de révision et en informer le préposé.

Conformément à l'al. 2, le maître du fichier peut désigner, en qualité de conseiller à la protection des données, un membre de son personnel. En principe, peu importe son rang hiérarchique. Toutefois, afin de garantir son indépendance, il serait opportun que la personne désignée soit directement subordonnée à l'organe de direction du maître du fichier. Le conseiller à la protection des données peut également être un tiers. Cette solution permet de mieux garantir le principe d'indépendance exigé par la LPD.

Le principe d'indépendance du conseiller à la protection des données est concrétisé à l'art. 12a, al. 2, 2^{ème} phrase. En vertu de cette disposition, le maître du fichier doit désigner une personne qui n'exerce pas d'activités incompatibles avec ses tâches de conseiller à la protection des données. Il y a par exemple incompatibilité si le conseiller à la protection des données est membre de la direction, exerce des fonctions dans les domaines ayant trait à la gestion des ressources humaines, à l'administration des systèmes d'information, aux technologies de l'information ou fait partie d'un service mettant en œuvre des traitements de données sensibles. En revanche, le cumul du poste de conseiller à la protection des données et de chargé de la sécurité informatique ou de la direction du service juridique n'est en principe pas incompatible.

Le principe d'indépendance ne doit pas seulement être respecté par le maître du fichier mais aussi par le conseiller à la protection des données. En effet, l'al. 2 oblige ce dernier de renoncer à toute activité susceptible d'entrer en conflit avec les tâches qu'il accomplit pour le compte du maître du fichier.

Pour exercer ses tâches de manière efficace, le conseiller à la protection des données doit en outre les connaissances professionnelles nécessaires (al. 2, 2^{ème} phrase). Ses compétences doivent porter non seulement sur la législation en matière

de protection des données, mais aussi sur les normes techniques, l'organisation du maître du fichier et les traitements effectués par ce dernier.

Le conseiller à la protection des données est principalement une fonction. Cette dernière peut donc être attribuée non seulement à une personne mais aussi à une équipe composée par exemple d'un spécialiste de la protection des données et d'un spécialiste en matière de sécurité informatique. Une telle solution permettrait par exemple de respecter les exigences concernant les connaissances professionnelles. Si la tâche de conseiller à la protection des données est conférée à plusieurs personnes, la responsabilité de l'exécution des tâches doit être clairement définie.

L'art. 12a laisse la faculté au maître du fichier de décider s'il entend se prévaloir de l'exception prévue à l'art. 11a, al. 5, let. e, LPD. Si tel est le cas, il est tenu d'informer le préposé qu'il a désigné un conseiller à la protection des données. L'ordonnance ne prévoit pas d'obligation de communiquer au préposé l'identité de la personne désignée. Une telle information serait toutefois souhaitable. La procédure pour informer le préposé doit être aussi simple que possible ; il peut par exemple être informé par Internet. Cette information détermine le point de départ de l'exonération du maître du fichier de l'obligation de déclarer ses fichiers.

En revanche, si le conseiller à la protection des données désigné ne remplit pas les exigences d'indépendance prévues par la LPD ou si le maître du fichier renonce à se prévaloir de l'exception prévue à l'art. 11a, al. 5, let. e, LPD, ce dernier reste soumis à l'obligation de déclaration.

2.5.2 Tâches et statut (art. 12b du projet de révision)

Selon le nouvel art. 11a, al. 6, 2^{ème} phrase, LPD, le Conseil fédéral précise le rôle et les tâches du conseiller à la protection des données. Pour mettre en œuvre cette disposition, l'art. 12b, al. 1, du projet de révision règle les tâches qui lui incombent.

En vertu de la let. a, le conseiller à la protection des données doit contrôler les traitements des données personnelles et proposer des améliorations ou des corrections s'il apparaît que des prescriptions sur la protection des données ont été violées. Le maître du fichier ne doit pas sanctionner le conseiller à la protection des données du fait de l'accomplissement de sa tâche.

La tâche prévue à la let. a n'engage pas la responsabilité du conseiller à la protection des données. En effet, en cas de violation de la législation sur la protection des données, seul le maître du fichier en répond, notamment à l'égard de la personne concernée.

Conformément à la let. b, le conseiller à la protection des données doit dresser un inventaire des fichiers du maître du fichier. Seuls les fichiers mentionnés à l'art. 11a, al. 3, LPD doivent y figurer. L'inventaire peut être consulté par le préposé ou par les personnes concernées qui en font la demande. Il permet ainsi de garantir la transparence des fichiers qui ne sont plus soumis à déclaration, tant à l'égard des personnes concernées que du préposé.

Même si l'ordonnance ne le prévoit pas expressément, le conseiller à la protection des données devra prendre les mesures nécessaires pour l'accomplissement de ses tâches. Il devra notamment conseiller et former le maître du fichier et son personnel en édictant par exemple des directives ou des instructions. Il donnera son avis sur tous les projets qui touchent la protection des données, ce qui implique qu'il doit être

consulté par le maître du fichier avant la mise en œuvre de tout nouveau traitement. Il fera également régulièrement rapport au maître du fichier sur son activité.

L'art. 12b, al. 2, du projet de révision met en œuvre le principe d'indépendance du conseiller à la protection des données (art. 11a, al. 5, let. e, LPD). Selon le message (FF 2003, p. 1049), il n'est pas soumis aux instructions du maître du fichier et ne doit pas lui être subordonné.

Selon la let. a, le conseiller à la protection des données ne reçoit pas d'instructions concernant l'exercice de sa fonction. En vertu de cette disposition, le maître du fichier doit donc s'abstenir d'intervenir auprès du conseiller à la protection des données dans le cadre de l'exécution des tâches qui lui sont attribuées. La garantie de son indépendance est essentielle. Il peut en effet se trouver dans des situations conflictuelles. Il peut par exemple être amené à juger de la licéité de traitements de données concernant le personnel du maître du fichier et à devoir préconiser des solutions organisationnelles ou techniques qui pourraient ne pas recueillir immédiatement l'assentiment de la direction ou des services concernés.

Pour exercer ses tâches de manière indépendante, le conseiller à la protection des données doit également disposer des ressources nécessaires, notamment en ce qui concerne les moyens humains, l'infrastructure et autres équipements indispensables (let. b).

Le conseiller à la protection des données doit avoir accès aux fichiers et aux traitements ainsi qu'à toute information nécessaire à l'accomplissement de sa tâche (let. c). Il doit également avoir la faculté d'interroger le maître du fichier et son personnel.

Il convient enfin de relever que ni la loi ni l'ordonnance ne confèrent au conseiller à la protection des données le droit de porter l'affaire devant le préposé, si ses recommandations ne sont pas suivies.

3. Traitement de données par des organes fédéraux (chapitre 2 OLPD)

3.1 Droit d'accès (section 1)

3.1.1 Demandes de renseignements aux missions suisses à l'étranger (art. 14, al. 2, du projet de révision)

L'ordonnance à laquelle renvoie l'art. 14 al. 2 a été abrogée et remplacée par l'ordonnance du 10 décembre 2004 sur les contrôles militaires.

3.2 Déclaration des fichiers (section 2)

3.2.1 Déclaration (art. 16 du projet de révision)

Les informations que les organes fédéraux sont tenus de fournir lors de la déclaration de leurs fichiers restent les mêmes que celles du système actuel, sous réserve de la let. h qui est supprimée. En effet, la valeur de cette information est mineure.

L'art. 16, al. 2, 2^{ème} phrase peut également être supprimé. A l'avenir, les organes fédéraux annonceront leurs fichiers électroniquement et pourront donc en tout temps procéder à une mise à jour.

3.2.2 Abrogation de l'actuel art. 17 OLPD

Le droit en vigueur prévoit non seulement une procédure ordinaire de déclaration des fichiers des organes fédéraux, mais aussi une déclaration et une publication simplifiées (art. 17 OLPD) ainsi que des exceptions à la publication (art. 18 OLPD). La révision modifie ce système en supprimant l'art. 17 relatif à la déclaration et à la publication simplifiées. Les fichiers qui faisaient l'objet de cette procédure simplifiée ne seront plus soumis à l'obligation de déclaration (art. 18 du projet de révision).

3.2.3 Exceptions à l'obligation de déclarer (art. 18 du projet de révision)

Les exceptions prévues à l'art. 18, al. 1, let. a à g, du projet de révision correspondent aux cas énumérés à l'art. 17, al. 1, let. a à g, du droit en vigueur. Quant à l'al. 2 du projet de révision, il reprend les exceptions prévues à l'art. 18, al. 1, let. b et c, du droit en vigueur.

L'al. 2 prévoit en outre à la let. c une nouvelle exception concernant les fichiers dont les données sont traitées uniquement à des fins ne se rapportant pas aux personnes concernées, notamment dans le cadre de la recherche, de la planification ou de la statistique. Cette exception correspond au cas prévu à l'art. 4, al. 1, let. b, du projet de révision.

L'art. 18, al. 3 du projet de révision prévoit que l'organe fédéral responsable prend les mesures nécessaires afin de pouvoir communiquer au préposé ou aux personnes concernées qui en font la demande les informations y relatives (art. 16, al. 1, OLPD). Cette obligation découle des art. 8 et 27 LPD.

3.3 Communication à l'étranger (section 3)

3.3.1 Communication à l'étranger (art. 19 du projet de révision)

L'art. 5 du projet de révision s'applique aux communications de données à l'étranger par un organe fédéral, lorsque ce dernier se fonde sur le nouvel art. 6, al. 2, let. a, LPD.

3.4 Mesures techniques et organisationnelles (section 4)

3.4.1 Principes (art. 20 du projet de révision)

La faculté de désigner un conseiller à la protection des données conformément au nouvel art. 11a LPD n'est pas seulement prévue pour le secteur privé mais aussi pour le secteur public. Il convient dès lors de préciser à l'art. 20, al. 2, du projet de révision que les organes fédéraux annoncent tout projet de traitement automatisé de données à leur conseiller à la protection des données ou, à défaut, au préposé. En effet, le conseiller à la protection des données sera en mesure de vérifier, à l'instar du préposé, que le projet de traitement prend en considération les exigences de la protection des données.

L'ordonnance du 26 septembre 2003 sur l'informatique dans l'administration fédérale, citée à l'al. 4, ne règle que les tâches et les compétences relatives à la planification et à l'utilisation des technologies de l'information et de la communication au sein de l'administration fédérale. Il convient dès lors de renvoyer aux instructions édictées par les organes compétents en vertu de ladite ordonnance.

3.4.2 Traitement de données sur mandat (art. 22 du projet de révision)

Vu le nouvel art. 10a LPD qui s'applique tant au secteur privé qu'au secteur public, l'al. 1 de l'art. 22 OLPD peut être supprimé.

3.4.3 Conseiller à la protection des données (art. 23 du projet de révision)

Comme nous l'avons exposé sous ch. 3.4.1, le secteur public peut également désigner un conseiller à la protection des données en vertu du nouvel art. 11a, al. 5, let. e, LPD. Il convient dès lors de préciser ce point à l'art. 23, al. 2, du projet de révision en prévoyant que si les départements ou la Chancellerie fédérale entendent être déliés de leur devoir de déclaration, les art. 12a et 12b du projet de révision s'appliquent. En pareil cas, le conseiller à la protection des données désigné par un organe fédéral doit donc remplir les exigences des art. 12a et 12b du projet de révision.

Quant à l'al. 3, il précise que les autorités communiquent avec le préposé par l'intermédiaire de leur conseiller à la protection des données.

3.5 Dispositions particulières (section 5)

3.5.1 Procédure d'autorisation d'essais pilotes (art. 27 du projet de révision)

Vu le nouvel art. 21 LPD, l'art. 27 OLPD peut être supprimé.

Le nouvel art. 17a LPD confère au Conseil fédéral la faculté d'autoriser, avant l'entrée en vigueur d'une loi au sens formel, le traitement automatisé de données sensibles et de profils de la personnalité dans le cadre d'essais pilotes, si certaines conditions cumulatives sont réalisées. La première de ces conditions est fixée à l'art. 17a, al. 1, LPD qui prescrit que le préposé doit être consulté. Pour mettre en œuvre cette disposition, il convient dès lors de régler dans l'ordonnance les modalités applicables.

Lorsqu'un organe fédéral envisage un essai pilote, l'art. 27 prescrit à l'al. 1 qu'il doit communiquer au préposé de quelle manière il prévoit de respecter les exigences de l'art. 17a LPD et l'inviter à prendre position. Le préposé prend position avant la consultation des unités administratives concernées.

Pour permettre au préposé de prendre position, l'organe fédéral responsable doit lui remettre les documents qui sont énumérés à l'al. 2. En vertu de cette disposition, il ne peut donc se limiter à alléguer de manière générale et abstraite que l'art. 17a LPD s'applique au cas d'espèce. Il lui incombe au contraire d'exposer de manière exhaustive et concrète de quelle manière il prévoit de respecter chacune des conditions fixées à l'art. 17a LPD. Les documents fournis par l'organe fédéral responsable doivent permettre au préposé de prendre position en connaissance de cause.

Conformément à l'al. 3, le préposé peut exiger d'autres documents et procéder à des vérifications complémentaires.

Dans le cadre de sa prise de position, le préposé doit examiner si les conditions de l'art. 17a sont réalisées. Une prise de position abstraite et succincte ne suffit pas. Il faut au contraire que le préposé prenne expressément position sur chacune des conditions prévues à l'art. 17a LPD, en se référant, le cas échéant, aux explications

fournies par l'organe fédéral responsable. Cette prise de position doit permettre à ce dernier d'adapter, si nécessaire, son projet d'essai pilote, avant de l'envoyer en procédure de consultation des offices concernés.

Si l'organe fédéral responsable modifie le projet d'essai pilote sur des points essentiels relatifs aux conditions de l'art. 17a LPD, notamment après la consultation des unités administratives, il informe le préposé et l'invite le cas échéant à prendre à nouveau position (al. 4). Cette mesure se justifie par le fait que la prise de position du préposé est jointe à la proposition au Conseil fédéral et ne saurait donc porter sur un projet qui a été modifié entre-temps.

Une fois que le projet d'essai pilote est définitif, l'organe fédéral responsable transmet à son département la proposition adressée au Conseil fédéral. La prise de position du préposé doit être jointe à cette proposition (al. 5). Il ne suffit donc pas de mentionner dans la proposition au Conseil fédéral que le préposé est d'accord avec le projet.

Il convient enfin de relever que le Conseil fédéral peut régler les modalités du traitement automatisé par voie d'ordonnance en même temps qu'il autorise l'essai pilote ou le faire après qu'il a autorisé un tel traitement. Les deux cas de figure sont donc possibles. Il y a lieu également de noter que la durée de validité de l'ordonnance d'exécution devra être expressément limitée à cinq ans (art. 17a, al. 5, LPD).

3.5.2 Rapport d'évaluation de l'essai pilote (art. 27a)

L'art. 27a contient une règle de procédure relative à l'art. 17a, al. 4 LPD qui prévoit l'obligation pour l'organe fédéral responsable de soumettre au Conseil fédéral un rapport d'évaluation ainsi que des propositions relatives à la poursuite ou à l'interruption du traitement, dans un délai de deux ans. Vu que la prise de position du préposé est communiquée au Conseil fédéral lors de l'autorisation de l'essai pilote, ce dernier doit également être informé de l'avis du préposé dans le cadre de la procédure relative au rapport d'évaluation.

4. Registre des fichiers, Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et procédure devant le Tribunal administratif fédéral (chapitre 3 OLPD)

4.1 Registre des fichiers et enregistrement (section 1)

4.1.1 Registre des fichiers (art. 28 du projet de révision)

Le nouvel art. 11a, al. 1, LPD prévoit que le préposé tient un registre des fichiers qui est accessible sur Internet. Conformément à l'al. 6, le Conseil fédéral est compétent pour régler la tenue et la publication du registre ainsi que la publication d'une liste des maîtres de fichiers qui sont déliés de leur devoir de déclarer leur fichiers selon l'al. 5, let. e et f.

Pour mettre en œuvre le nouvel art. 11a, al. 6, LPD, l'art. 28, al. 2, du projet de révision prévoit que le registre est accessible en ligne et que le préposé délivre des extraits du registre sur demande et gratuitement. La gestion d'une liste des maîtres de fichiers déliés de leur devoir de déclaration est prévue à l'al. 3.

Après que le maître du fichier lui a communiqué les informations énoncées aux art. 3 et 16 du projet de révision, le préposé vérifie que l'annonce est complète et qu'elle a été faite en bonne et due forme. Si tel est le cas, il procède à l'enregistrement du fi-

chier et rend les informations accessibles. A défaut, il invite le maître du fichier à s'acquitter de son obligation dans un délai déterminé. A l'expiration de ce délai et sur la base des informations dont il dispose, le préposé peut procéder d'office à l'enregistrement du fichier ou recommander la cessation du traitement des données (al. 3). Cette disposition correspond pour l'essentiel à l'art. 29, al. 3, OLPD.

4.1.2 Abrogation de l'art. 29 OLPD

L'art. 29 de l'ordonnance en vigueur peut être supprimée vu la teneur de l'art. 28 du projet de révision.

4.2 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (section 2)

4.2.1 Siège, statut et budget (art. 30 du projet de révision)

Le statut du personnel de la Confédération est régi par la loi fédérale du 24 mars 2000 sur le personnel de la Confédération. Il convient dès lors de modifier l'al. 2.

L'al. 3 concrétise le nouvel art. 26, al. 3, LPD qui prescrit que le préposé dispose de son propre budget. Il prévoit expressément que le budget du préposé figure dans une rubrique spécifique du budget de la Chancellerie fédérale. Cela garantit une certaine transparence par rapport aux ressources qui sont à disposition du préposé.

4.2.2 Relations avec les autres autorités (art. 31)

L'art. 31 est adapté en raison du rattachement du préposé à la Chancellerie fédérale.

4.2.3 Documentation (art. 32 du projet de révision)

Pour des raisons de terminologie, il convient de remplacer le terme d'« offices fédéraux » par celui d'« organes fédéraux » à l'al. 1.

Le système d'informations actuel du préposé ne permet pas seulement de gérer la documentation, l'enregistrement des dossiers et le registre de fichiers, mais aussi l'indexation et le contrôle de la correspondance et des dossiers ainsi que la publication d'informations d'intérêt général. L'al. 2 doit donc être adapté en conséquence.

4.2.4 Emoluments (art. 33 du projet de révision)

L'al. 1 renvoie à l'ordonnance générale du 8 septembre 2000⁴ sur les émoluments (RS 172.041.1). Cette ordonnance régit donc les émoluments perçus par le préposé pour les avis qu'il fournit, sous réserve de la disposition spéciale prévue à l'al. 2.