Centre Patronal

Madame la Conseillère fédérale
Karin Keller-Sutter
Cheffe du Département fédéral
de justice et police
Palais fédéral ouest
3003 Berne

jonas.amstutz@bj.admin.ch

Paudex, le 13 octobre 2021
SHR

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

Madame la Conseillère fédérale,

Nous avons pris connaissance de la consultation mentionnée sous rubrique et nous permettons de vous transmettre ci-après notre prise de position.

## I. Contexte

Après plus de deux ans de discussions et une procédure de conciliation entre les deux Chambres, la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données a été adoptée le 25 septembre 2020. Les débats ont montré la difficulté qu'il y a à trouver des solutions qui protègent les citoyens et leurs données, mais ne pénalisent pas les entreprises dans leurs activités. La loi va moins loin que le Règlement européen (RGPD) mais demandera un important travail d'adaptation aux entreprises. Son entrée en vigueur, préalablement annoncée pour début 2022, devrait être repoussée à fin 2022, voire début 2023. Si cela laisse un délai supplémentaire pour s'adapter, il demeure toutefois que les entreprises doivent s'y prendre suffisamment tôt, le processus d'adaptation aux nouvelles exigences légales pouvant prendre plusieurs mois. Il s'agira pour elles d'identifier les potentielles activités de traitement concernées, d'analyser le statut actuel de l'entreprise et d'identifier les écarts de conformité avec le nouveau droit, d'établir un plan d'action pour mettre en place les nouvelles dispositions légales et notamment les registres des actions de traitement et de contrôler ensuite que la mise en place des outils a bien été faite. Les entreprises qui respectent déjà le RGPD seront avantagées dans ce processus.

Les nouvelles règles en matière de protection des données sont incontournables et les entreprises n'auront d'autre choix que de s'adapter et de s'y conformer. C'est toutefois aussi une occasion pour les entreprises de revoir leurs processus et leurs méthodes pour optimiser le fonctionnement de leur organisation, et cela au-delà des fonctions purement informatiques. Faut-il voir dans cette évolution un frein à la numérisation et à l'innovation en matière d'utilisation des données? En réalité, il s'agit plutôt d'une condition pour que la numérisation et l'innovation soient acceptées par les individus. La collecte de données et leur traitement plus ou moins complexe restent possibles si les personnes concernées sont correctement informées, qu'elles comprennent l'utilité des processus de traitement et qu'elles se laissent convaincre de donner leur consentement. Un effort de persuasion est nécessaire, mais il sera payant en termes de transparence et de confiance.

Route du Lac 2
1094 Paudex
Case postale 1215
1001 Lausanne
T +41 58 796 33 00
F +41 58 796 33 11
info@centrepatronal.ch

Kapellenstrasse 14
Postfach
3001 Bern
T +41 58 796 99 09
F +41 58 796 99 03
cpbern@centrepatronal.ch

www.centrepatronal.ch

## II. Le projet d'OLPD

Le 23 juin dernier, le Conseil fédéral a mis en consultation le projet de révision totale de l'ordonnance relative à la loi fédérale sur la protection des données (OLPD). L'objectif de l'OLPD est de préciser les principes fixés dans la LPD et de fixer des règles de mise en œuvre.

De manière générale, nous ne sommes pas opposés au projet d'OLPD du Conseil fédéral. Nous partageons la vision suivie qui privilégie une approche fondée sur le risque – plus les droits de la personnalité et les droits fondamentaux de l'individu sont menacés, plus les exigences sont élevées – et qui renonce à fixer des exigences minimales générales applicables à chaque branche. Le projet d'OLPD contient surtout des lignes directrices permettant de déterminer les mesures à prendre. Il incombera ainsi en premier lieu au responsable du traitement de déterminer les mesures nécessaires dans un cas précis, et de les prendre.

Nous relevons encore que là où il existe une marge de manœuvre, le Conseil fédéral doit privilégier les solutions pragmatiques et les moins formalistes, ceci pour garantir la flexibilité nécessaire pour couvrir le large éventail de cas et éviter un excès de réglementation, en particulier pour les entreprises dont les traitements de données sont rares et présentent peu de risques. S'agissant des coûts de mise en œuvre comme critère d'appréciation des mesures techniques et organisationnelles, il convient de privilégier celui de l'économicité des mesures. Ainsi, lorsqu'il existe plusieurs mesures possibles pour garantir un niveau de protection adéquat en toutes circonstances, la variante la plus économique doit pouvoir être privilégiée.

Enfin, pour les entreprises et pour les associations, la mise en pratique de la nouvelle LPD suscite encore beaucoup de questions et il est souhaitable que les autorités fournissent rapidement des guides pratiques, des exemples et des modèles.

Nous relevons encore quelques points particuliers :

- Formalisme excessif et base légale

Nous avons relevé dans plusieurs articles du projet d'OLPD que le texte de l'ordonnance va plus loin que la nouvelle LPD. L'administration fédérale va ici au-delà du mandat qui lui a été donné de mettre en œuvre la LPD. Ceci est contraire au principe de la légalité, une ordonnance ne devant que préciser la loi et en aucun cas introduire de nouvelles obligations légales par la petite porte.

Il s'agit par exemple des articles concernant la sous-traitance (art. 6 OLPD) ou les règles d'entreprises contraignantes où l'ordonnance demande curieusement de communiquer sur la structure du groupe alors que la loi ne le prévoit pas (art. 11 OLPD).

Il découle de ce qui précède que le projet doit être modifié pour respecter la volonté du Parlement (rappelons que le débat avait été long et difficile aux Chambres) et pour respecter le texte de la LPD.

Par ailleurs, certaines exigences sont démesurées et beaucoup trop formalistes. Il en est ainsi de l'art. 15 OLPD relatif aux informations à donner lors de la communication des données personnelles. Les exigences faites aux responsables de données sont telles que toute communication normale et raisonnable à des tiers – et ceci même dans les cas où il n'y aurait aucun risque perceptible – rendraient les opérations quotidiennes et autres moyens de communication usuels beaucoup trop complexes.

Comme nous l'avons développé ci-dessus, le Conseil fédéral doit privilégier les solutions pragmatiques et les moins formalistes, ceci pour garantir la flexibilité nécessaire pour couvrir le large éventail de cas et éviter un excès de réglementation. Le projet d'OLPD doit dès lors être corrigé dans ce sens.

- *Exception pour les petites et moyennes entreprises (PME) – art. 26 OLPD et 12 al. 5 LPD*

Conformément à l'art. 12 al. 5 LPD, l'art. 26 OLPD prévoit une exception à l'obligation de tenir un registre des activités de traitement pour les PME. Ainsi, les entreprises et autres organismes de droit privé, de même que les personnes physiques, employant moins de 250 collaborateurs sont déliés de leur obligation de tenir un registre des activités de traitement à moins que le traitement ne porte sur des données sensibles à grande échelle ou que le traitement constitue un profilage à risque élevé.

Cette exception nous paraît judicieuse, la limite des 250 collaborateurs s'inspirant de ce qui se fait en droit de la société anonyme (SA), par exemple pour les exceptions au contrôle ordinaire (art. 727 al. 2 ch. 2 CO). La grande majorité des PME devraient ainsi bénéficier de cette exception et ne devraient donc pas être tenues par la loi de tenir un registre des activités de traitements ordinaires. Cela est ainsi conforme à l'approche fondée sur le risque privilégiée par le Conseil fédéral.

- *Profilage et profilage à risque élevé*

Savoir s'il fallait inclure le "profilage à risque élevé" dans la loi, à côté du profilage "ordinaire", a été la question la plus controversée et la plus largement débattue de toute la procédure législative. Pour finir, les Chambres fédérales ont suivi les propositions de la conférence de conciliation, selon lesquelles le profilage à risque élevé devrait être défini et spécifiquement réglementé par la loi. Ainsi, dans le cas du profilage à risque élevé, tout consentement éventuellement requis devra être explicitement donné. En outre, les responsables du traitement des données pour l'évaluation des risques de crédit ne pourront plus s'appuyer sur un intérêt légitime et ne pourront donc plus justifier une violation du droit à la vie privée si ladite évaluation du risque de crédit implique un profilage à risque élevé.

La définition juridique de la LPD est très ouverte et une différenciation du profilage "ordinaire" ne sera pas facile en pratique. L'OLPD n'apporte que peu de précisions à ce sujet et il est ici souhaitable que les autorités fournissent rapidement des guides pratiques et des exemples.

- *Conseiller à la protection des données dans l'administration fédérale – art. 27 OLPD*

Le projet prévoit, à son art. 27 OLPD, que « *Tout organe fédéral désigne un conseiller à la protection des données personnelles* ».

Cela signifierait que chaque office désignerait un conseiller, ce qui est totalement disproportionné et entraînerait des surcoûts non justifiés. Cette disposition doit être corrigée et il convient de s'en tenir à la formulation actuelle de l'ordonnance (art. 23 OLPD actuelle), à savoir que « la Chancellerie fédérale et chaque département désignent respectivement et au minimum un conseiller à la protection des données ».

- *Emoluments – art. 45 OLPD*

Nous relevons que l'art. 45 OLPD prévoit à son al. 1 que « *l'émolument perçu par le PFPDT se calcule en fonction du temps consacré* » et que selon son al. 2, « *il varie entre 150 et 350 francs de l'heure [et qu'] il dépend de la complexité de l'affaire et de la fonction de la personne chargée de la traiter* ».

Cette formulation est surprenante et inadéquate. Il ne nous paraît pas acceptable que l'Etat puisse facturer, sans prévoir de limite, des honoraires pour ses tâches de service public et que le justiciable ne sache pas quels seront les émoluments perçus. Ce point doit être corrigé et la fixation d'émoluments sous forme de forfaits, comme le prévoient d'autres ordonnances (par exemple l'OEmol-LTr, RS 822.117), nous paraîtrait appropriée.

## III. Conclusions

Au vu de ce qui précède, nous ne sommes pas opposés au projet d'OLPD du Conseil fédéral mais certains points doivent être corrigés. En particulier, nous relevons encore que, là où il existe une marge de manœuvre, le Conseil fédéral doit privilégier les solutions pragmatiques et les moins formalistes. Par ailleurs, certaines dispositions dépassent le cadre d'une ordonnance d'application et doivent être supprimées. L'administration fédérale ne saurait en effet introduire de nouvelles exigences qui ne seraient pas prévues dans la loi et qui vont au-delà des choix faits par le Parlement. Enfin, pour les entreprises et pour les associations, la mise en pratique de la nouvelle LPD suscite encore beaucoup de questions et il est souhaitable que les autorités fournissent rapidement des guides pratiques, des exemples et des modèles.

* * *

En vous remerciant de l'attention que vous porterez à la présente prise de position, nous vous prions de croire, Madame la Conseillère fédérale, à l'assurance de notre haute considération.

Centre Patronal

Sandrine Hanhardt Redondo