



Revision der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993: Erläuterungen zu den Änderungen vom 28. September 2007

1. Einführung

In der Schlussabstimmung vom 24. März 2006 verabschiedeten die Eidgenössischen Räte die Revision des Bundesgesetzes über den Datenschutz (DSG) sowie den Bundesbeschluss betreffend den Beitritt der Schweiz zum Zusatzprotokoll vom 8. November 2001 zum Übereinkommen zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten bezüglich Aufsichtsbehörden und grenzüberschreitender Datenübermittlung (Zusatzprotokoll).

Um das DSG mit den Anforderungen des Zusatzprotokolls in Einklang zu bringen, ändert die Revision Artikel 6 DSG betreffend die Bekanntgabe von Daten ins Ausland. Die Revision betrifft ausserdem Artikel 11a DSG betreffend das Register der Datensammlungen: Vorgesehen wird eine Meldepflicht, die mit bestimmten Ausnahmen einhergeht, besonders wenn der Inhaber von Datensammlungen einen unabhängigen Datenschutzverantwortlichen bezeichnet hat (Art. 11a Abs. 5 Buchst. e DSG). Diese Änderungen erfordern eine Anpassung der Verordnung zum Bundesgesetz über den Datenschutz vom 14. Juni 1993 (VDSG). Der Revisionsentwurf umfasst zudem eine Ausführungsbestimmung zu Artikel 17a DSG betreffend die automatisierte Datenbearbeitung im Rahmen von Pilotversuchen. Mit dem Entwurf werden schliesslich weitere Bestimmungen der geltenden Verordnung, die aus unterschiedlichen Gründen angeglichen werden müssen, abgeändert.

2. Bearbeiten von Personendaten durch private Personen (Kapitel 1)

2.1 Auskunftsrecht (1. Abschnitt)

Der bisherige Wortlaut von Absatz 2 der vorliegenden Bestimmung wiederholt lediglich Artikel 8 Absatz 5, 1. Satz, DSG und hat keine eigenständige Tragweite. Er wird daher nicht beibehalten, was nicht zuletzt im Einklang mit den gegenwärtig laufenden Bestrebungen zur formellen Überprüfung des Bundesrechts im Einklang steht.

Neu wird vorgesehen, dass die Auskunft auch auf elektronischem Weg erfolgen kann, wenn der Inhaber der Datensammlung dies ausdrücklich vorsieht und wenn bestimmte Anforderungen erfüllt sind. So müssen die angemessenen Massnahmen getroffen werden, um die Identifizierung der betroffenen Person, die ihr Auskunftsrecht geltend macht, im elektronischen Verkehr sicherzustellen (Abs. 2 Bst. a). Der Inhaber der Datensammlung muss überprüfen, dass es sich bei der Person, die das Auskunftsgesuch stellt, um diejenige handelt, deren Daten bearbeitet werden. Dies kann beispielsweise durch die Verwendung qualifizierter Signaturen (vgl. dazu das

Bundesgesetz über die elektronische Signatur; SR 943.03) geschehen. In der Terminologie der Informatiksicherheit handelt es sich somit nicht eigentlich um eine Identifizierung, sondern eine Authentifizierung. Um die Einheitlichkeit der Terminologie innerhalb der vorliegenden Bestimmung zu gewährleisten und nicht einen zusätzlichen – und zudem nicht allgemein verständlichen – Begriff einführen zu müssen, wird indessen auch hier von „identifizieren“, und nicht von „authentifizieren“ gesprochen.

Nach Artikel 1 Absatz 2 Buchstabe b muss der Inhaber der Datensammlung die persönlichen Daten der betroffenen Person bei der Auskunfterteilung zudem angemessen vor einem Zugriff bzw. einer Einsichtnahme durch Dritte schützen. Dies ist beispielsweise möglich durch Verschlüsselung von E-Mails oder durch Einrichtung einer entsprechend gesicherten Internetverbindung, falls die Daten durch die Betroffenen abgerufen werden können. Diese Anpassungen sind gegenwärtig primär für den privaten Sektor von Bedeutung. Es kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass sie künftig auch für die Bundesorgane Bedeutung erlangen werden.

Die Angemessenheit der geforderten Massnahmen richtet sich nach den Umständen im konkreten Fall und dem Stand der Technik. Geht es um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, sind die Anforderungen höher, als wenn es um einfache Personendaten geht.

Der Wortlaut von Artikel 1 Absatz 6 der Verordnung wird redaktionell angepasst, um dem neuen Artikel 10a DSG Rechnung zu tragen. Die Anpassung ist erforderlich, weil aufgrund dieser Bestimmung künftig nicht mehr nur Private Daten durch Dritte bearbeiten lassen können.

2.2 Anmeldung der Datensammlungen (2. Abschnitt)

2.2.1 Anmeldung (Art. 3)

Der systematische Verweis auf Artikel 3 Absatz 1 E-revVDSG wird geändert, nachdem Artikel 11 Absatz 3 DSG durch Artikel 11a Absatz 3 des revidierten DSG ersetzt wurde.

Absatz 2, 2. Satz, wird gestrichen. Eine periodische Erfassung der erfolgten Änderungen entspricht nicht mehr der Realität, weil das Register elektronisch geführt und künftig auch auf diesem Weg veröffentlicht wird.

2.2.2 Ausnahmen von der Meldepflicht (Art. 4)

Der geltende Artikel 4 VDSG betreffend die Datensammlungen der Medien wird gestrichen, weil die darin vorgesehenen Ausnahmen in Artikel 11a Absatz 5 Buchstabe c und d des revidierten DSG übernommen wurden.

Nach geltendem Recht sind die privaten Inhaber der Datensammlungen gehalten, ihre Datensammlungen beim Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten (Beauftragter; EDÖB) anzumelden, wenn die Betroffenen keine Kenntnis von der Bearbeitung haben. Mit dem neuen Grundsatz der Erkennbarkeit (Art. 4 Abs. 4 revDSG) und der Informationspflicht nach Artikel 7a revDSG ist dieses System nicht mehr sinnvoll. Der neue Artikel 11a revDSG führt denn auch eine neue Rege-

lung der Meldepflicht ein. Der Inhaber der Datensammlung muss seine Datensammlung anmelden, wenn er besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet oder wenn er regelmässig Personendaten an Dritte bekanntgibt. Er kann sich aber von dieser Pflicht befreien lassen, wenn er einen betrieblichen Datenschutzverantwortlichen bezeichnet oder ein Datenschutzqualitätszeichen erlangt (Art. 11a Abs. 5 Bst. e und f revDSG). Gemäss Artikel 11a Absatz 5 Buchstabe b muss der Inhaber von Datensammlungen zudem seine Sammlung nicht anmelden, wenn der Bundesrat eine Bearbeitung von der Anmeldepflicht ausgenommen hat, weil sie die Rechte der betroffenen Personen nicht gefährdet. Die von dieser Vorschrift erfassten Fälle sind demnach hier zu regeln.

Artikel 4 E-revVDSG hält zuerst fest, dass die in Artikel 11a Absatz 5 Buchstabe a, c bis f des revidierten DSG erwähnten Datensammlungen von der Pflicht zur Anmeldung ausgenommen sind, und führt anschliessend die folgenden Ausnahmen auf:

- Bst. a: Diese Bestimmung sieht eine Ausnahme vor für Datensammlungen von Lieferanten und Kunden, die z.B. im Rahmen der Vertragserfüllung für die Geschäftskorrespondenz verwendet werden. Die Bestimmung entspricht der in Artikel 18 Absatz 1 des Entwurfs vorgesehenen Ausnahme für die Bundesorgane: In beiden Fällen gilt die Ausnahme nur für diejenigen Fälle, in denen die Datensammlungen keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthalten.
- Bst. b: Diese Ausnahme rechtfertigt sich, weil solche Datenbearbeitungen aufgrund ihrer Zwecksetzung grundsätzlich keinen starken Eingriff in die Persönlichkeit der betroffenen Personen darstellen. Eine ähnliche Ausnahme ist bereits im geltenden Recht bezüglich der Meldepflicht bei Datenbekanntgaben ins Ausland vorgesehen (Art. 7 Abs. 1 VDSG).
- Bst. c: Diese Ausnahme orientiert sich an Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe b VDSG, wonach die Bundesorgane Datensammlungen, die im Bundesarchiv aufbewahrt werden, nicht anmelden müssen.
- Bst. d: Datensammlungen, die ausschliesslich Daten enthalten, die veröffentlicht wurden oder welche die betroffene Person selbst allgemein zugänglich gemacht und deren Bearbeitung sie nicht ausdrücklich untersagt hat, müssen dem Beauftragten nicht gemeldet werden.
- Bst. e: Nach Artikel 10 DSG muss der Inhaber der Datensammlung die automatisierte Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofilen protokollieren, wenn präventive Massnahmen den Datenschutz nicht gewährleisten können. Ziel ist es insbesondere, die nachträgliche Überprüfung der Identität von Personen, die Daten in ein System eingeben, zu ermöglichen. Zu diesem Zweck erstellte Datensammlungen müssen dem Beauftragten nicht gemeldet werden. Das Festhalten der Protokolldaten dient in erster Linie dem Schutz der Personen, deren Daten im betreffenden System bearbeitet werden; das Missbrauchsrisiko zulasten derjenigen Personen, die mit dem System arbeiten und deren Zugriffsdaten festgehalten werden, ist vergleichsweise gering.
- Bst. f: Diese Bestimmung sieht eine Ausnahme für Buchhaltungsunterlagen vor, analog zum auf die Bundesorgane anwendbaren Artikel 18 Absatz 1 des Entwurfs;

- Bst. g: Nach dieser Ausnahme müssen die Hilfsdatensammlungen für die Personalverwaltung des Inhabers der Datensammlung nicht angemeldet werden. Dies allerdings nur dann, wenn sie keine besonders schützenswerten Personendaten oder Persönlichkeitsprofile enthalten. Die Bestimmung entspricht der in Artikel 18 Absatz 1 Buchstabe f des Entwurfs vorgesehenen Ausnahme.

Artikel 4 Absatz 2 E-revVDSG hält ausdrücklich fest, dass der Inhaber der Datensammlung verpflichtet ist, die Massnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Angaben gemäss Artikel 3 Absatz 1 auch dann dem EDÖB und den betroffenen Personen auf Gesuch hin mitteilen zu können, wenn eine Datensammlung nicht der Anmeldepflicht unterliegt. Diese Verpflichtung lässt sich aus den Artikeln 8 und 29 Absatz 2 DSG ableiten.

2.3 Bekanntgabe ins Ausland (3. Abschnitt)

2.3.1 Veröffentlichung in elektronischer Form (Art. 5)

Der bisherige Wortlaut von Artikel 5 wird nicht beibehalten. Da sich der geänderte Artikel 6 DSG nicht mehr nur auf die Bekanntgabe ins Ausland von ganzen Datensammlungen – sondern allgemein von Personendaten – bezieht, sind die bisher hier figurierenden Definitionen (und insbesondere Bst. b) nicht mehr sinnvoll. Materiell ergibt sich grundsätzlich keine Änderung; das Zugänglichmachen von Personendaten durch Abrufverfahren gilt als grenzüberschreitende Bekanntgabe, ebenso die Bekanntgabe an einen Dritten zwecks Bearbeitung im Auftragsverhältnis.

Eine besondere Bestimmung ist indessen hinsichtlich der Veröffentlichung von Personendaten zum Zweck der Information der Öffentlichkeit auf Internet oder in anderen Informations- und Kommunikationsdiensten erforderlich. Informationen – seien sie personenbezogen oder nicht – die auf Internet publiziert sind, können auch aus ausländischen Staaten abgerufen werden, in denen kein angemessener Schutz von Personendaten gewährleistet ist. Die betreffenden Daten können auch dort weiterverarbeitet werden. Bei einer Veröffentlichung von Informationen auf Internet ist indessen die (allfällige) Bekanntgabe ins Ausland nicht Zweck, sondern bloss ein Nebeneffekt. Mit der vorliegenden Bestimmung, die sich an Artikel 19 Absatz 3^{bis} DSG anlehnt, wird dem Rechnung getragen¹.

2.3.2 Informationspflicht (Art. 6)

Mit dem revidierten Artikel 6 DSG wird die Pflicht, dem Beauftragten die Bekanntgabe von Daten ins Ausland zu melden, durch eine Informationspflicht ersetzt. Artikel 6 Absatz 3 des revidierten DSG sieht vor, dass der Eidgenössische Datenschutzbeauftragte über die Garantien und die Datenschutzregeln nach Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a und g informiert werden muss und dass der Bundesrat die Einzelheiten dieser Informationspflicht regelt. Gemäss der Botschaft (BBl 2003 S. 2130) soll die Verordnung des Bundesrates präzisieren, wann und wie die Information erfolgen muss.

¹ vgl. zum Ganzen auch das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 6. November 2003 in der Rechtssache C-101/01 Lindqvist, RZ 56 ff.

Artikel 6 Absatz 1 E-revVDSG verlangt, dass der Inhaber der Datensammlung den Beauftragten soweit möglich vor der Bekanntgabe der Daten ins Ausland informiert. Der Artikel setzt keine genaue Frist, sondern räumt dem Inhaber der Datensammlung eine gewisse Flexibilität ein. Falls er nicht in der Lage ist, den Beauftragten vor der Bekanntgabe der Daten zu informieren, holt er dies möglichst bald nach. Die Information besteht darin, dass dem Beauftragten ein Exemplar oder eine Kopie der mit dem Empfänger vereinbarten Garantien oder der in der betroffenen Gesellschaft (bzw. in den betroffenen Gesellschaften) geltenden Datenschutzregeln übermittelt wird. Aus der Botschaft (BBI 2003 2130) geht hervor, dass das Verfahren der Information möglichst einfach ausgestaltet werden soll; zu denken ist insbesondere an eine Information des Datenschutzbeauftragten über Internet.

Wie aus der Botschaft hervorgeht (BBI 2003 2130), bedeutet die in Artikel 6 Absatz 3 des revidierten DSG verankerte Informationspflicht keineswegs, dass der Inhaber der Datensammlung den Datenschutzbeauftragten über jede Einzelübermittlung informieren muss. Artikel 6 Absatz 2 Buchstabe a E-revVDSG präzisiert zu diesem Punkt ausdrücklich, dass die Informationspflicht nach einer erstmaligen Information für alle weiteren Bekanntgaben als erfüllt gilt, die unter denselben Garantien erfolgen, soweit die Kategorien der Empfänger, der Zweck der Bearbeitung und die Datenkategorien im Wesentlichen unverändert bleiben. Der Inhaber der Datensammlung hat damit eine gewisse Flexibilität.

Die Datenschutzregeln innerhalb derselben juristischen Person oder Gesellschaft oder zwischen juristischen Personen oder Gesellschaften, die einer einheitlichen Leitung unterstehen, gelten für alle Bekanntgaben unter diesen, unabhängig von der Kategorie und vom Zweck der übermittelten Daten. Die Informationspflicht gilt demnach global für alle diese Bekanntgaben, sofern – bzw. solange – die Datenschutzregeln einen angemessenen Schutz gewährleisten (Art. 6 Abs. 2 Bst. b E-revVDSG). Änderungen bzw. Anpassungen sind damit in einem gewissen Rahmen möglich, ohne dass eine erneute Information vorgenommen werden muss.

Absatz 3 dieses Artikels sieht eine erleichterte Informationspflicht vor, wenn der Inhaber von Datensammlungen Modellverträge oder Standardvertragsklauseln verwendet, die vom Beauftragten erstellt oder anerkannt wurden, wie beispielsweise die Modellklauseln des Standardvertrags des Europarates. Der Inhaber der Datensammlung muss den Beauftragten lediglich in allgemeiner Art und Weise darüber informieren, dass er für Datenbekanntgaben in ausländische Staaten, die nicht über eine Gesetzgebung verfügen, die einen angemessenen Schutz bietet, generell die vom Beauftragten anerkannten Modellverträge oder Standardvertragsklauseln verwendet (oder gegebenenfalls, dass er mit bestimmten Ausnahmen diese Modellverträge oder Standardklauseln verwendet). Hernach ist eine besondere Meldung einzelner Bekanntgaben bzw. Kategorien von Bekanntgaben (vgl. Abs. 2 der vorliegenden Bestimmung) nicht mehr erforderlich. Sollte der Inhaber der Datensammlung in der Folge in einzelnen Fällen indessen dennoch andere Garantien anwenden, so muss er den Beauftragten darüber ordentlich informieren.

Der zweite Satz von Absatz 3 schreibt dem Beauftragten vor, eine Liste der von ihm erstellten und anerkannten Modellverträge oder Standardvertragsklauseln zu veröffentlichen.

Gemäss der Botschaft (BBI 2003 2129) haftet der Inhaber von Datensammlungen, der Personendaten ins Ausland übermittelt, für Nachteile, die sich aus einer Verletzung seiner Sorgfaltspflicht ergeben könnten. Er hat insbesondere nachzuweisen,

dass er alle erforderlichen Massnahmen getroffen hat, um ein angemessenes Schutzniveau zu gewährleisten. Die Verordnung konkretisiert diese Sorgfaltspflicht, indem sie vom Inhaber der Datensammlung verlangt, angemessene Massnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass der Empfänger die Datenschutzgarantien oder –regeln beachtet (Abs. 4). Ob die Massnahmen angemessen sind, hängt von den Umständen im konkreten Einzelfall ab. Handelt es sich um besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile, sind sie höher als für die übrigen Personendaten. Falls der Empfänger die Garantien oder Schutzmassnahmen nicht beachtet, fordert der Inhaber der Datensammlung ihn auf, Abhilfe zu schaffen.

Absatz 5 legt eine Frist von 30 Tagen fest, innert der der Beauftragte prüfen muss, ob die Garantien und Datenschutzregeln, die ihm mitgeteilt werden, ein angemessenes Datenschutzniveau im Sinne des Übereinkommens STE 108 gewährleisten. Ist dies nicht der Fall, so nimmt er mit dem Inhaber der Datensammlung Kontakt auf und erlässt, falls erforderlich, eine Empfehlung nach Artikel 29 DSG. Erfolgt innert der gesetzten Frist keine Reaktion des Beauftragten, kann der Inhaber der Datensammlung davon ausgehen, dass der Beauftragte keine Einwände gegen die vorgelegten Garantien und Datenschutzregeln hat.

2.3.3 Liste der Staaten, die über eine angemessene Datenschutzgesetzgebung verfügen (Art. 7)

Artikel 7 E-revVDSG entspricht im Wesentlichen Artikel 7 Abs. 3 des geltenden Rechts. Bei der Erstellung dieser Liste berücksichtigt der Beauftragte die Beschlüsse der Europäischen Kommission in Anwendung von Artikel 25 Abs. 6 der Richtlinie 95/46/EG vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr betreffend die Angemessenheit des Schutzniveaus in Drittländern.

Wenn der Inhaber von Datensammlungen Daten in einen Staat übermittelt, der auf der Liste des Beauftragten aufgeführt wird, gilt er als gutgläubig gemäss Artikel 3 Abs. 1 ZGB. Allerdings handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung. Der Inhaber der Datensammlung kann sich dann nicht auf seinen guten Glauben berufen, wenn er z.B. aufgrund seiner Erfahrung weiss, dass die Datenschutzvorschriften in einem bestimmten Land nicht beachtet werden (Art. 3 Abs. 2 ZGB).

2.4 Technische und organisatorische Massnahmen (4. Abschnitt)

2.4.1 Allgemeine Massnahmen (Art. 8)

Abs. 1 bildet Gegenstand einer redaktionellen Änderung: Der Begriff «Richtigkeit der Daten» wird durch «Integrität der Daten» ersetzt.

Abs. 4 wird gestrichen: Es ist nicht notwendig, in einer Gesetzesgrundlage ausdrücklich zu verankern, dass der Beauftragte Empfehlungen oder Modelle zu technischen oder organisatorischen Massnahmen erlassen kann.

2.4.2 Protokollierung (Art. 10 Abs. 1)

Nur die französische und italienische Fassung werden geändert und an die deutsche Fassung angepasst. Die Änderung ist redaktioneller Natur.

2.4.3 Bearbeitungsreglement (Art. 11)

Der Verweis auf Artikel 11 Abs. 1 E-revVDSG wird geändert, nachdem Artikel 11 Abs. 3 DSG durch Artikel 11a Abs. 3 des revidierten DSG ersetzt wurde. Die vorliegende Bestimmung präzisiert, dass die Verpflichtung zur Erstellung eines Bearbeitungsreglements nur diejenigen automatisierten Datensammlungen betrifft, die der Anmeldepflicht unterliegen und die nicht unter eine der in Artikel 11a Absatz 5 Buchstaben b–d revDSG aufgeführten Ausnahmen fallen. Der Inhaber der Datensammlung, der besonders schützenswerte Personendaten oder Persönlichkeitsprofile bearbeitet oder der regelmässig Personendaten an Dritte bekanntgibt, ist grundsätzlich gehalten, seine Datensammlungen anzumelden und ein Bearbeitungsreglement zu erstellen. Von letzterer Verpflichtung ist er dann entbunden, wenn seine Datensammlung unter eine der erwähnten Ausnahmen fallen. Wenn er dagegen einen Datenschutzverantwortlichen bezeichnet oder ein Datenschutzqualitätszeichen erlangt (Art. 11a Abs. 5 Bst. e und f revDSG), wird er indessen weiterhin ein Bearbeitungsreglement erstellen müssen, auch wenn die Anmeldepflicht für die Datensammlungen in diesen Fällen generell entfällt. Das gleiche gilt für diejenigen Fälle, in denen Daten gestützt auf eine gesetzliche Verpflichtung bearbeitet werden (Art. 11a Abs. 5 Bst. a revDSG).

Gemäss Abs. 2 wird das Bearbeitungsreglement regelmässig aktualisiert und kann vom Beauftragten oder vom Datenschutzverantwortlichen eingesehen werden. Diese Änderung entspricht Artikel 21 Abs. 3 VDSG, welcher eine analoge Bestimmung für die Bundesorgane vorsieht.

2.5 Datenschutzverantwortlicher (5. Abschnitt)

2.5.1 Bezeichnung und Mitteilung an den Beauftragten (Art. 12a)

Laut Artikel 11a Abs. 5 Buchstabe e des revidierten DSG muss der Inhaber von Datensammlungen seine Sammlung nicht anmelden, wenn er einen Datenschutzverantwortlichen bezeichnet hat, der unabhängig die betriebsinterne Einhaltung der Datenschutzvorschriften überwacht und Verzeichnisse der Datensammlungen führt. Gemäss der Botschaft (BBl 2003 2138) kann der Bundesrat vorsehen, dass die Befreiung von der Meldepflicht nur erfolgt, wenn die Einsetzung des Datenschutzverantwortlichen dem eidgenössischen Datenschutzbeauftragten mitgeteilt wird.

Die Bezeichnung „Datenschutzverantwortlicher“ in der deutschen – sowie „responsabile della protezione dei dati“ in der italienischen – Fassung von Artikel 11a Abs. 5 Buchstabe e revDSG bedeutet nicht, dass diese Person die Alleinverantwortung für die Einhaltung des Datenschutzes trägt. Wie nachstehend noch detaillierter dargelegt wird, hat sie lediglich eine beratende – und kontrollierende – Funktion. Die Verantwortung liegt vielmehr in erster Linie bei den Stellen, die als Inhaber einer Datensammlung – und damit als Verantwortliche für die mit den betreffenden Personendaten vorgenommenen Bearbeitungen – gelten müssen. Richtiger ist denn auch die französische Bezeichnung in der erwähnten Bestimmung: „Conseiller à la protection des données“.

Zur Umsetzung von Artikel 11a Absatz 5 Buchstabe e revDSG sieht Artikel 12a Abs. 1 E-revVDSG vor, dass der Inhaber der Datensammlung, der von seiner Pflicht zur Anmeldung der Datensammlungen befreit werden will, einen Datenschutzverantwort-

lichen bestimmt, der die Anforderungen erfüllt, die in den vorliegenden Artikel 12a Absatz 2 und 12b aufgestellt werden. Der Eidg. Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragte ist sodann darüber zu informieren.

Der Inhaber der Datensammlungen kann nach Abs. 2 einen Mitarbeiter mit der Funktion des betrieblichen Datenschutzverantwortlichen betrauen. Die Angliederung der Funktion innerhalb der Hierarchie eines Unternehmens ist nicht entscheidend. Zur Gewährleistung der Unabhängigkeit sollte die mit der Funktion betraute Person allerdings direkt der Geschäftsleitung des Inhabers der Datensammlungen unterstellt sein. Datenschutzverantwortlicher kann auch ein Dritter sein. Mit dieser Lösung wird der im DSG geforderte Grundsatz der Unabhängigkeit besser gewährleistet.

Der Grundsatz der Unabhängigkeit des Datenschutzverantwortlichen wird in Artikel 12a, Abs. 2, 1. Satz, konkretisiert. Der Inhaber der Datensammlung muss nach dieser Bestimmung eine Person bezeichnen, die keine anderen Tätigkeiten ausübt, die mit den Aufgaben, die er für den Inhaber der Datensammlung leistet, in Konflikt geraten könnten. Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn der Datenschutzverantwortliche Direktionsmitglied ist, wenn er Funktionen in Bereichen wie Personalführung, Informationssystemverwaltung oder Informationstechnologien ausübt oder wenn er zu einer Dienststelle gehört, die Bearbeitungen von besonders schützenswerten Daten durchführt. Dagegen ist die Kumulierung des Amtes als Datenschutzverantwortlicher mit dem Amt als Informatiksicherheitsbeauftragter oder als Leiter der Rechtsabteilung grundsätzlich durchaus vereinbar.

Der Grundsatz der Unabhängigkeit muss nicht nur vom Inhaber der Datensammlung, sondern auch vom Datenschutzverantwortlichen selbst befolgt werden. Er wird durch die vorliegende Bestimmung dazu verpflichtet, auf jede Tätigkeit zu verzichten, die mit den Aufgaben, die er für den Inhaber der Datensammlung erfüllt, in einen Konflikt geraten könnte.

Der Datenschutzverantwortliche muss weiter über die erforderliche Fachkenntnis verfügen, um seine Aufgaben effizient zu erfüllen (Abs. 2, 2. Satz). Seine Kenntnisse müssen die Datenschutzgesetzgebung, technische Standards, die Organisation des Inhabers der Datensammlung sowie die Einzelheiten der durch diesen veranlassten Bearbeitungen von Personendaten umfassen.

Beim betrieblichen Datenschutzverantwortlichen handelt es sich primär um eine Funktion. Somit ist – namentlich im Hinblick auf die Erfüllung der Anforderungen hinsichtlich der Fachkenntnisse – auch denkbar, dass faktisch nicht eine Einzelperson, sondern ein Team diese Funktion ausfüllt, z.B. eine Datenschutzfachperson gemeinsam mit einem Spezialisten oder einer Spezialistin für Informatiksicherheit. Die Gesamtverantwortung für die Aufgabenerfüllung muss indessen klar zugeordnet sein.

Artikel 12a überlässt es dem Inhaber von Datensammlungen, sich auf die in Artikel 11a Abs. 5 Buchstabe e DSG vorgesehene Ausnahme zu berufen. Falls er dies tut, muss er den Beauftragten darüber informieren, dass er einen Datenschutzverantwortlichen eingesetzt hat. Die Verordnung sieht keine Verpflichtung vor, dem Beauftragten die Identität der Person mitzuteilen, die mit der fraglichen Funktion betraut wurde. Es wäre indessen wünschenswert, wenn er auch diesbezüglich informiert würde. Das Verfahren zur Information des Beauftragten soll so einfach wie möglich ausgestaltet werden; zu denken ist insbesondere an eine Information über Internet. Ist diese Information erfolgt, so ist in der Folge der Inhaber der Datensammlungen von der Anmeldepflicht befreit.

Falls dagegen der eingesetzte Datenschutzverantwortliche das Unabhängigkeitserfordernis gemäss DSG nicht erfüllt oder falls der Inhaber der Datensammlung darauf verzichtet, die in Artikel 11a Abs. 5 Buchst e DSG verankerte Ausnahme geltend zu machen, bleibt er der Anmeldepflicht unterstellt.

2.5.2 Aufgaben und Stellung des Datenschutzverantwortlichen (Art. 12b)

Gemäss Artikel 11a Abs. 6, 2. Satz, präzisiert der Bundesrat die Stellung und die Aufgaben der Datenschutzverantwortlichen. Zur Konkretisierung dieser Bestimmung regelt Artikel 12b Abs. 1 E-revVDSG dessen wichtigste Aufgaben.

Nach Buchstabe a muss der Datenschutzverantwortliche die Bearbeitung von Personendaten prüfen und dem Korrekturmassnahmen empfehlen, wenn er feststellt, dass Vorschriften über den Datenschutz verletzt wurden. Der Inhaber der Datensammlung darf gegen den Datenschutzverantwortlichen keinesfalls Massnahmen mit Sanktionscharakter ergreifen, wenn dieser seine Aufgabe erfüllt.

Die Aufgabe nach Buchstabe a zieht keine Haftung des Datenschutzverantwortlichen nach sich, wenn der Inhaber der Datensammlung die Datenschutzgesetzgebung verletzt. Der Inhaber der Datensammlung ist insbesondere gegenüber der betroffenen Person allein verantwortlich.

Nach Buchstabe b ist der Datenschutzverantwortliche damit beauftragt, eine Liste der Datensammlungen des Inhabers der Datensammlungen zu führen, die vom Beauftragten oder betroffenen Personen, die ein entsprechendes Gesuch stellen, eingesehen werden kann. Diese Liste gewährleistet die Transparenz der nicht mehr meldepflichtigen Datensammlungen gegenüber den betroffenen Personen und gegenüber dem Beauftragten. Nur die Datensammlungen nach Artikel 11a Abs. 3 DSG müssen auf dieser Liste figurieren.

Der Datenschutzverantwortliche muss die zur Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Massnahmen ergreifen. Die Verordnung erwähnt diese nicht ausdrücklich. Er muss namentlich das Personal des Inhabers der Datensammlung beraten und ausbilden, indem er z.B. Richtlinien oder Weisungen erlässt. Er begutachtet alle Projekte und Massnahmen, welche den Datenschutz betreffen; daraus folgt, dass der Inhaber der Datensammlung ihn jeweils konsultieren muss, bevor eine neue Datenbearbeitung begonnen wird. Er berichtet dem Inhaber der Datensammlung regelmässig über seine Aktivitäten.

Artikel 12b Abs. 2 des Entwurfs verankert der Grundsatz der Unabhängigkeit des Datenschutzverantwortlichen (Art. 11a Abs. 5 Bst. e revDSG). Laut der Botschaft (BBl 2003 2138) darf er gegenüber denjenigen Stellen oder Organisationseinheiten, die selbst unmittelbar für die Bearbeitung von Personendaten verantwortlich sind, nicht weisungsgebunden oder hierarchisch untergeordnet sein.

Gemäss Buchstabe a unterliegt der Datenschutzverantwortliche bezüglich der fachlichen Ausübung seiner Funktion keinen Weisungen. Gemäss dieser Bestimmung soll der Inhaber der Datensammlung nicht in die Erfüllung der Aufgaben, die dem Datenschutzverantwortlichen übertragen sind, eingreifen. Die Garantie der Unabhängigkeit spielt eine wesentliche Rolle: Es ist nicht auszuschliessen, dass der Datenschutzverantwortliche in Interessenkonflikte gerät, besonders wenn er z.B. die Rechtmässigkeit der Bearbeitungen von Daten über die Mitarbeiter des Inhabers der Datensamm-

lungen zu beurteilen hat und organisatorische oder technische Lösungen empfehlen muss, welche bei der Direktion bzw. den betroffenen Dienststellen nicht unbedingt auf Zustimmung stossen.

Der Datenschutzverantwortliche ist ausserdem mit den erforderlichen Ressourcen auszustatten, damit er seine Aufgaben unabhängig erfüllen kann. Dazu gehören insbesondere Personal, Infrastruktur und weitere unverzichtbare Ausstattungen (Bst. c).

Der Datenschutzverantwortliche hat im Übrigen Zugang zu allen Datensammlungen und Datenbearbeitungen sowie zu allen Informationen, die er zur Erfüllung seiner Aufgabe benötigt (Bst. c). Ausserdem muss er den Inhaber der Datensammlung und seine Mitarbeiter befragen können.

Es ist schliesslich darauf hinzuweisen, dass weder das Gesetz noch die Verordnung dem Datenschutzverantwortlichen das Recht übertragen, den Beauftragten mit der Angelegenheit zu befassen, wenn seine Empfehlungen nicht befolgt wurden.

3. Bearbeiten von Personendaten durch Bundesorgane (2. Kapitel)

3.1 Auskunftsrecht (1. Abschnitt)

3.1.1 Auskunftsbegehren an die diplomatischen Vertretungen der Schweiz im Ausland (Art. 14 Abs. 2)

Die Verordnung, auf welche Artikel 14 Abs. 2 Bezug nimmt, wurde aufgehoben und durch die Verordnung vom 10. Dezember 2004 über das militärische Kontrollwesen ersetzt.

3.2 Anmeldung der Datensammlungen (2. Abschnitt)

3.2.1 Anmeldung (Art. 16)

Die Bundesorgane haben bei der Anmeldung der von ihnen geführten Datensammlungen die gleichen Informationen zu liefern wie im geltenden System, mit Ausnahme von Abs. h, der aufgehoben wird. Die betreffende Information ist lediglich von geringem Wert.

Artikel 16 Abs. 2, zweiter Satz, kann ebenfalls gestrichen werden. Künftig werden die Bundesorgane ihre Datensammlungen elektronisch anmelden und können somit jederzeit Aktualisierungen vornehmen.

3.2.2 Aufhebung des geltenden Artikel 17 VDSG

Das geltende Recht sieht nicht nur eine ordentliche Anmeldung der Datensammlungen der Bundesorgane vor, sondern auch eine vereinfachte Anmeldung und Veröffentlichung (Art. 17 VDSG) sowie Ausnahmen von der Veröffentlichung (Art. 18 VDSG) vor. Die Revision ändert dieses System. Artikel 17 betreffend die vereinfachte Anmeldung und Veröffentlichung wird aufgehoben. Es wird vorgesehen, dass die Datensammlungen, für die heute dieses vereinfachte Verfahren zur Anwendung kommt, künftig nicht mehr der Meldepflicht unterliegen (Art. 18 E-revVDSG).

3.2.3 Ausnahmen von der Pflicht zur Anmeldung der Datensammlungen (Art. 18)

Die in Artikel 18 Abs. 1 Buchstabe a bis g E-revVDSG vorgesehenen Ausnahmen entsprechen den in Artikel 17 Abs. 1 Buchstabe a bis g aufgeführten Fällen des geltenden Rechts. Abs. 2 des Revisionsentwurfs entspricht den in Artikel 18 Abs. 1 Buchstabe b und c des geltenden Rechts vorgesehenen Ausnahmen.

Zudem ist in Absatz 2 mit dem neuen Buchstaben c eine Ausnahme vorgesehen für Datensammlungen, deren Daten ausschliesslich zu nicht personenbezogenen Zwecken, insbesondere in der Forschung, der Planung und der Statistik, bearbeitet werden. Die Ausnahme entspricht der Bestimmung von Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe b des Revisionsentwurfs.

Artikel 18 Absatz 3 E-revVDSG hält ausdrücklich fest, dass das Bundesorgan verpflichtet ist, die Massnahmen zu treffen, die erforderlich sind, um die Angaben gemäss Artikel 16 Absatz 1 auch dann dem Beauftragten und den betroffenen Personen auf Gesuch hin mitteilen zu können, wenn eine Datensammlung nicht der Anmeldepflicht unterliegt. Diese Verpflichtung lässt sich aus den Artikeln 8 und 27 DSG ableiten.

3.3 Bekanntgabe ins Ausland (3. Abschnitt)

3.3.1 Bekanntgabe ins Ausland (Art. 19)

Artikel 5 E-revVDSG gilt für Datenbekanntgaben ins Ausland durch Bundesorgane, wenn diese sich auf Artikel 6 Abs. 2 Buchstabe g stützen.

3.4 Technische und organisatorische Massnahmen (4. Abschnitt)

3.4.1 Grundsätze (Art. 20)

Die Möglichkeit, einen Datenschutzverantwortlichen zu bezeichnen (gemäss Artikel 11a des revidierten DSG), steht nicht nur den Privaten, sondern auch den Bundesorganen offen. Deshalb muss in Artikel 20 Abs. 2 E-revVDSG präzisiert werden, dass die Bundesorgane alle Projekte zur automatisierten Bearbeitung von Personendaten dem Datenschutzverantwortlichen bzw. Datenschutzberater oder, falls kein solcher besteht, dem Beauftragten melden. Der Datenschutzverantwortliche überprüft, wie gegebenenfalls der Beauftragte, ob die in Aussicht genommenen automatisierten Bearbeitungen die Datenschutzaufgaben erfüllen.

Die in Abs. 4 zitierte Bundesinformatikverordnung vom 26. September 2003 regelt nur die Aufgaben und Zuständigkeiten bei der Planung und dem Einsatz der Informations- und Kommunikationstechnik in der Bundesverwaltung. Deshalb ist im Übrigen auf die Weisungen zu verweisen, die von den zuständigen Organen kraft der erwähnten Verordnung erlassen wurden.

3.4.2 Datenbearbeitung im Auftrag (Art. 22)

In Anbetracht des neuen Artikel 10a des revidierten DSG, der auf den privaten wie den öffentlichen Sektor anwendbar ist, erübrigt sich Artikel 22 Abs. 1 VDSG.

3.4.3 Berater für den Datenschutz (Art. 23)

Wie unter Ziff. 3.4.1 dargestellt, können sich auch Bundesorgane gemäss Artikel 11a Absatz 5 Buchstabe e von ihrer Pflicht zur Anmeldung der Datensammlungen befreien lassen. Dieser Punkt muss deshalb in Artikel 23 Abs. 2 E-revVDSG wie folgt präzisiert werden: Wollen Departemente oder die Bundeskanzlei von ihrer Pflicht zur Anmeldung befreit werden, so sind Artikel 12a und 12b E-revVDSG anwendbar; in diesem Fall muss der Berater für den Datenschutz also die entsprechenden Anforderungen erfüllen.

Abs. 3 hält fest, dass die Behörden über ihren Datenschutzberater mit dem Beauftragten verkehren.

3.5 Besondere Bestimmungen (5. Abschnitt)

3.5.1 Verfahren bei der Bewilligung von Pilotversuchen (Art. 27)

In Anbetracht des neuen Artikel 21 DSG kann der geltende Artikel 27 VDSG entfallen.

Artikel 17a der Revision DSG überträgt dem Bundesrat die Befugnis, vor dem Inkrafttreten einer formellgesetzlichen Grundlage die automatisierte Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten und Persönlichkeitsprofilen im Rahmen von Pilotversuchen zu bewilligen, wenn bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Die erste Bedingung ist in Artikel 17a Abs. 1 DSG verankert, der vorsieht, dass der Beauftragte konsultiert werden muss. Um diese Bestimmung in der Praxis umzusetzen, wird in der Verordnung das Verfahren näher umschrieben.

Wenn ein Bundesorgan beabsichtigt, einen Pilotversuch durchzuführen, muss es nach Artikel 26a dem Beauftragten mitteilen, mit welchen Massnahmen die Einhaltung der sich aus Artikel 17a DSG ergebenden Anforderungen sichergestellt werden soll. Der Beauftragte ist zu konsultieren, bevor die Ämterkonsultation bei den übrigen interessierten Bundesstellen durchgeführt wird.

Um dem Beauftragten die Stellungnahme zu ermöglichen muss die zuständige Behörde ihm eine Dokumentation im Umfang der Umschreibung in Abs. 2 vorlegen. Sie kann somit nicht bloss in allgemeiner Art und Weise festhalten, dass für eine bestimmte Bearbeitung Artikel 17a anwendbar ist, sondern muss konkret und umfassend darlegen, wie die einzelnen Bedingungen und Voraussetzungen nach Artikel 17a DSG eingehalten werden. Die Informationen des zuständigen Bundesorgans müssen es dem Beauftragten ermöglichen, in Kenntnis aller Einzelheiten Stellung zu nehmen.

Nach Abs. 3 kann der Beauftragte auch weitere Dokumente anfordern und zusätzliche Abklärungen treffen.

Im Rahmen seiner Stellungnahme untersucht der Beauftragte, ob die Voraussetzungen nach Artikel 17a eingehalten werden (Abs. 2). Eine bloss summarische Stellungnahme erfüllt die Anforderungen indessen nicht. Er muss ausdrücklich zu jeder in Artikel 17a verankerten Voraussetzung Stellung nehmen und auf die Darlegungen der zuständigen Bundesbehörde Bezug nehmen. Seine Stellungnahme muss es der

zuständigen Behörde ermöglichen, falls nötig das Projekt anzupassen, bevor sie es in der Ämterkonsultation den übrigen interessierten Bundesstellen vorlegt.

Wenn das zuständige Bundesorgan – insbesondere im Anschluss an die Ämterkonsultation – an der Konzeption des Pilotversuchs wesentliche Änderungen vornimmt, welche die Einhaltung der Voraussetzungen nach Artikel 17a betreffen, so informiert es den Beauftragten darüber. Dieser nimmt, falls erforderlich, erneut Stellung (Abs. 4). Diese Regelung ist erforderlich, weil die Stellungnahme des Beauftragten dem Antrag an den Bundesrat beigelegt wird. Sie muss sich daher auch auf das dem Bundesrat vorgelegte Projekt beziehen und nicht auf eine Fassung, die zwischenzeitlich geändert wurde.

Die zuständige Bundesstelle übermittelt den finalisierten Entwurf mit dem entsprechenden Antrag an den Bundesrat dem jeweiligen Departement, einschliesslich der Stellungnahme des Beauftragten (Abs. 5). Es genügt also nicht, lediglich im Antrag auszuführen, der Beauftragte sei mit dem Projekt einverstanden.

3.5.2 Evaluationsbericht bei Pilotversuchen (Art. 27a)

Abs. 6 trifft eine Verfahrensregelung zu Artikel 17a Abs. 4 DSG, der verlangt, dass das zuständige Bundesorgan dem Bundesrat spätestens innert zwei Jahren nach Inbetriebnahme des Pilotsystems einen Evaluationsbericht vorlegt und darin namentlich die Fortführung oder die Einstellung der Bearbeitung vorschlägt. Nachdem bei der Bewilligung des Pilotversuchs durch den Bundesrat die Stellungnahme des Beauftragten zwingend vorliegen muss, ist seine Beurteilung dem Bundesrat konsequenterweise auch bei dieser Etappe des Verfahrens zur Kenntnis zu bringen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass der Bundesrat die Regelung der Modalitäten der automatisierten Bearbeitung in einer Verordnung (Art. 17a Abs. 3 revDSG) entweder gleichzeitig mit der Bewilligung des entsprechenden Pilotversuchs oder auch erst in einem zweiten Schritt vornehmen kann. Im Übrigen ist in der Verordnung ausdrücklich die Beschränkung der Geltungsdauer auf 5 Jahre (Art. 17a Abs. 5 DSG) vorzusehen.

4. Register der Datensammlungen, Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter und Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht (3. Kapitel)

4.1.1 Register der Datensammlungen (Art. 28)

Laut Artikel 11a Abs. 1 des revidierten DSG führt der eidgenössische Datenschutzbeauftragte ein Register der Datensammlungen, das über Internet zugänglich ist. Gemäss Abs. 6 regelt der Bundesrat die Führung und die Veröffentlichung des Registers sowie die Veröffentlichung eines Verzeichnisses der Inhaber der Datensammlungen, welche nach Artikel 11a Abs. 5 Buchstabe e und f des revidierten DSG der Meldepflicht enthoben sind.

Artikel 28 Abs. 2 E-revVDSG sieht entsprechend vor, dass das Register online zugänglich ist und dass der Beauftragte auf Gesuch hin kostenlos Auszüge erstellt. Die Führung der erwähnten Liste ist in Abs. 3 vorgesehen.

Nachdem der Inhaber der Datensammlungen dem Beauftragten die in Artikel 3 und 16 E-revVDSG aufgeführten Informationen geliefert hat, überprüft der Beauftragte, ob die Meldung vollständig und vorschriftsmässig erfolgt ist. Falls ja, registriert er die Datensammlung und macht die Informationen zugänglich. Falls nein, setzt er dem Inhaber der Datensammlung eine Frist, um seinen Verpflichtungen nachzukommen. Nach Ablauf der Frist kann der Beauftragte gestützt auf die Angaben, die ihm zur Verfügung stehen, die Datensammlung von Amtes wegen registrieren oder die Einstellung der Bearbeitung empfehlen (Abs. 3). Diese Bestimmung entspricht im Wesentlichen Artikel 29 Abs. 3 VDSG.

4.1.2 Aufhebung von Artikel 29 VDSG

Artikel 29 der geltenden Verordnung kann in Anbetracht des neuen Wortlauts von Artikel 28 E-revVDSG gestrichen werden.

4.2 Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter (2. Abschnitt)

4.2.1 Sitz, Rechtsstellung und Budget (Art. 30)

Die Stellung des Bundespersonals wird durch das Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 geregelt. Abs. 2 ist entsprechend anzupassen.

Abs. 3 konkretisiert die in Artikel 26 Abs. 3 DSG festgehaltene Bestimmung, dass der Beauftragte über ein eigenes Budget verfügt. Die vorliegende Bestimmung macht deutlich, dass das Budget des EDÖB im Rahmen des Budgets der Bundeskanzlei separat aufzuführen ist. Dies dient der Transparenz bezüglich der ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen.

4.2.2 Beziehungen zu anderen Behörden (Art. 31)

Die vorliegende Bestimmung wird an die geänderte organisatorische Zuordnung des Beauftragten angepasst.

4.2.3 Dokumentation (Art. 32)

Aus terminologischen Gründen wird der Begriff «Bundesämter» in Abs. 1 durch «Bundesorgane» ersetzt.

Das aktuelle Informationssystem des Beauftragten ermöglicht nicht nur die Verwaltung der Dokumentation, die Registrierung der Dossiers und des Registers der Datensammlungen, sondern auch die Indexierung und Kontrolle der Korrespondenz und der Dossiers sowie die Publikation von Informationen von allgemeinem Interesse. Abs. 2 muss deshalb entsprechend angepasst werden.

4.2.4 Gebühren (Art. 33)

In Absatz 1 wird auf die Allgemeine Gebührenverordnung vom 8. September 2004 verwiesen (SR 172.041.1). Diese Verordnung regelt die Gebühren, die der Beauftragte für seine Gutachtertätigkeit erhebt, vorbehaltlich der Sonderbestimmung gemäss Absatz 2.



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.