



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ





# Elaboration de bases légales dans le domaine de la protection des données

## Erarbeitung von Rechtsgrundlagen im Bereich des Datenschutzes

Forum für Rechtsetzung, 27. Oktober 2022

Forum de législation, 27 octobre 2022

*Véronique Jaquet & Daniela Nüesch*, Office fédéral de la justice / Bundesamt für Justiz,  
Unité Législation I (RS I) & Rechtsetzungsprojekte I (RP I)



# Plan

1. Contexte et enjeux
2. Présentation du guide
3. Vor der Erarbeitung der Rechtsgrundlage
4. Anforderungen an die Rechtsgrundlage nach dem neuen Gesetz
5. Quelques aspects nouveaux pour le légiste
6. Conclusion



# 1. Kontext und Herausforderungen

- Digitalisierung, Menge der bearbeiteten Daten
- Einschränkung des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung  
(Art. 13 Abs. 2 BV und Art. 8 EMRK)
- Schwere des Risikos einer Grundrechtsverletzung = *Richtschnur*



# 1. Kontext und Herausforderungen (II)

- Neues Bundesgesetz über den Datenschutz (nDSG) = dient der Umsetzung des Grundrechts auf **informationelle Selbstbestimmung**
- Art. 34 und 36 nDSG konkretisieren das **Legalitätsprinzip** (Art. 5 und 164 BV) und berücksichtigen die **Voraussetzungen für eine Einschränkung der Grundrechte** (Art. 36 BV)



# 1. Kontext und Herausforderungen (III)

Einige Grundsätze des nDSG (vgl. Art. 6 nDSG)

- Rechtmässigkeit (und Gesetzesmässigkeit)
- Verhältnismässigkeit, unter Einschluss der Datensparsamkeit
- Erkennbarkeit
- Zweckgebundenheit

Informationspflicht bei der Beschaffung? (Art. 19 f. nDSG)



## 2. Gesetzgebungsleitfaden Datenschutz

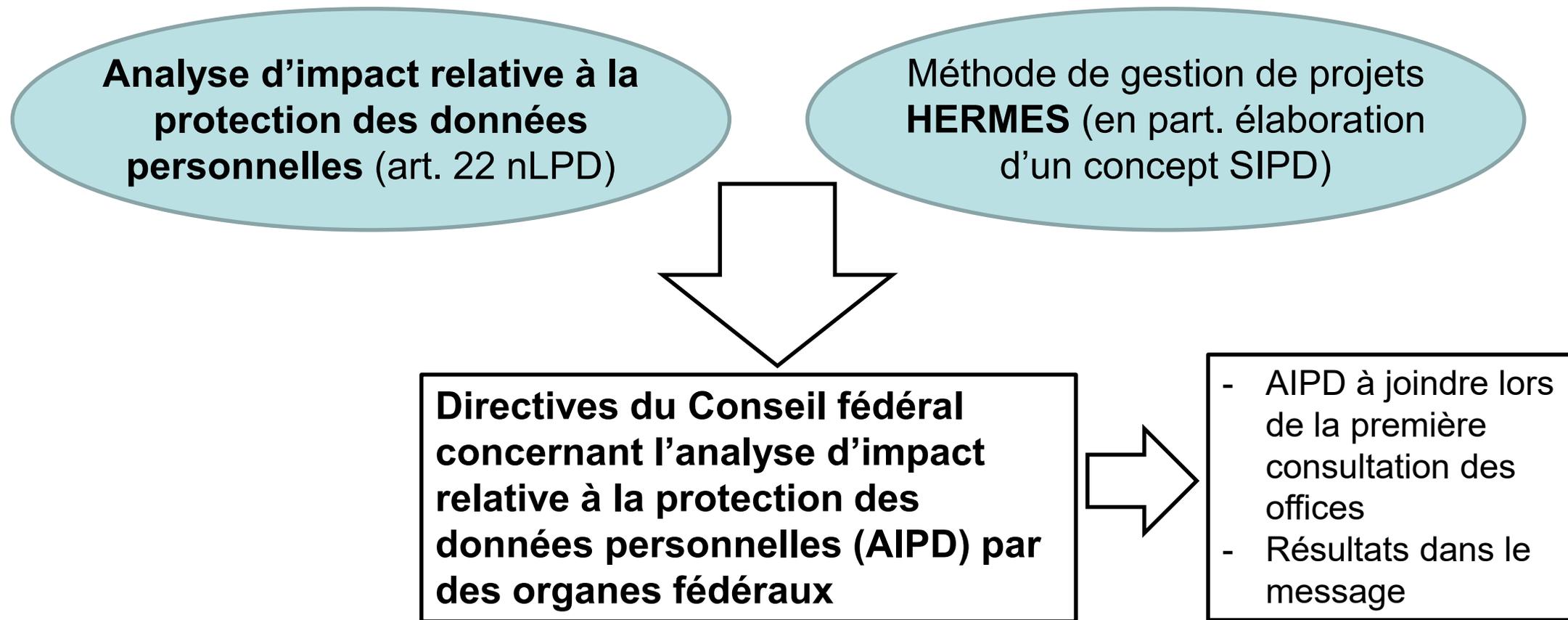
- Auswirkungen des nDSG auf die Erarbeitung von Rechtsgrundlagen
- Zusammenfassende **Checkliste für die Praxis**
- Neueste Fassung: August 2022

[Link](http://www.bj.admin.ch): <www.bj.admin.ch => Staat & Bürger =>  
Legistische Hauptinstrumente>

[Link](http://www.bj.admin.ch): <www.bj.admin.ch => Etat & Citoyen =>  
Instruments de légistique>



### 3. Avant l'élaboration d'une base légale





## 4. Exigences pour la base légale – vue d'ensemble

	Traitement de données personnelles	Communication de données personnelles
 <b>Loi au sens formel</b>	art. 34 al. 2 nLPD	art. 36 al. 1 nLPD
 <b>Loi au sens matériel</b>	art. 34 al. 3 nLPD	art. 36 al. 1 nLPD
<b>Cas particulier:</b> traitement automatisé de données dans le cadre d'essais pilotes	art. 35 nLPD en lien avec 32ss OPDo	art. 35 nLPD en lien avec 32ss OPDo
<b>Sans base légale</b> (uniquement dans des cas particuliers)	art. 34 al. 4 nLPD	art. 36 al. 3 nLPD



## 4. Exigences pour la base légale – loi au sens formel

### Art. 34 Bases légales

<sup>2</sup> La base légale doit être prévue dans une loi au sens formel dans les cas suivants:

- ➔ a. il s'agit d'un traitement de données sensibles;
- ➔ b. il s'agit d'un profilage;
- ➔ c. la finalité ou le mode du traitement de données personnelles est susceptible de porter gravement atteinte aux droits fondamentaux de la personne concernée.



## 4. Exigences pour la base légale – données sensibles (I)

### Comme jusqu'à présent:

- Base légale au sens formel (art. 34 al. 1 let. a nLPD)
- Catalogue exhaustif à l'art. 5 let. c nLPD

### Nouveau:

- Catalogue de données sensibles élargi
- Exceptionnellement: base légale au sens matériel



## 4. Exigences pour la base légale – données sensibles (II)

Trois nouvelles catégories à l'art. 5 let. c nLPD:

- «Données sur l'origine ethnique» (ch. 2)
  - ▶ p. ex.: *gens du voyage*
- «Données génétiques» (ch. 3)
  - ▶ p. ex.: *profil ADN*
- «Données biométriques identifiant une personne physique de manière univoque» (ch. 4)
  - ▶ p. ex.: *empreintes digitales, photographies du visage traitées avec un logiciel de reconnaissance faciale*



## 4. Exigences pour la base légale – profilage (I)

### Comme jusqu'à présent:

- Base légale au sens formel (art. 34 al. 2 let. b nLPD)

### Nouveau:

- Nouveaux termes (art. 5 let. f et g nLPD):
  - profil de la personnalité: résultat d'un traitement
  - profilage: méthode/type de traitement
- Exceptionnellement: base légale au sens matériel



## 4. Exigences pour la base légale – profilage (II)

Éléments de définition du profilage au sens de l'art. 5 let. f nLPD

Traitement de données  
automatisé

Objectif du traitement des  
données: **évaluation des  
aspects personnels** d'une  
personne physique

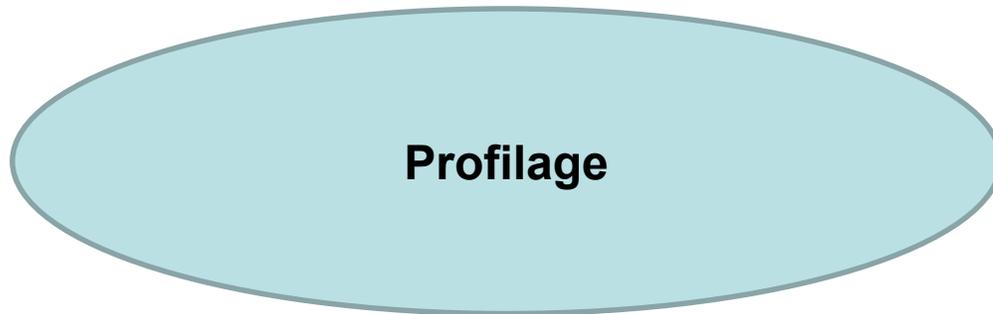
- **Évaluation**: analyse de traits de la personnalité ou prévisions sur les futurs comportements d'une personne
- **Aspects personnels**: p. ex. le rendement au travail, la situation économique, la santé, les déplacements

► p. ex.: *évaluation du potentiel de dangerosité (art. 2b let. h nLSIA, art. 52 al. 2 P-LRens)*



## 4. Exigences pour la base légale – profilage (III)

Éléments de définition du profilage à risque élevé au sens  
de l'art. 5 let. g nLPD



► p. ex.: *profilage à risque élevé lors de la vérification de la solvabilité*



## 4. Exigences pour la base légale – atteinte grave aux droits fondamentaux

### Art. 34 al. 2 let. c: atteinte grave aux droits fondamentaux en raison

- de la **finalité du traitement**
  - Traitement de certaines données personnelles afin d'évaluer par exemple la dangerosité d'une personne, son potentiel à exercer une fonction, son aptitude à accomplir une obligation légale ou encore son mode de vie (FF 6565, 6695)
- du **mode du traitement**
  - Collecte de données à l'insu de la personne concernée
  - Application de nouvelles technologies
    - ▶ p. ex.: *procédés biométriques tels que la reconnaissance faciale*
  - Recours à l'intelligence artificielle
    - ▶ p. ex.: *décision individuelle automatisée*



## 4. Exigences pour la base légale – loi au sens matériel

### Profilage et traitement de données sensibles exceptionnellement sur la base d'une loi au sens matériel (art. 34 al. 3 nLPD)

- Pas d'atteinte grave au sens de l'art. 34 al. 2 let. c nLPD
- **Let. a:** indispensable à l'accomplissement d'une tâche définie dans une loi au sens formel
  - Tâche prévue dans une loi au sens formel et son étendue doit y être clairement définie
  - Impossible d'accomplir la tâche sans traiter les données visées
- **Let. b:** pas de risques particulier en raison de la finalité du traitement



## 4. Anforderungen an die Rechtsgrundlage: Normdichte

Für Betroffene soll aus dem Gesetz erkennbar sein:

**Wer?** Akteure der Datenbearbeitung: Wer ist der Verantwortliche?

**Was?** Welche Kategorien von Daten werden bearbeitet?

**Wozu?** Was ist der Zweck der Bearbeitung?

**Wie?** In gewissen Fällen, z.B. Profiling

**Wem?** Im Falle einer Bekanntgabe (nicht abgedeckt von genereller Ermächtigung zur Datenbearbeitung)



## 5. Einige neue Aspekte für die Rechtsetzung: Zugang im Abrufverfahren

- Form der Bekanntgabe
- Art der Datenbearbeitung und Risiko einer Grundrechtsverletzung
- Bezug zwischen Abrufverfahren und zu erfüllenden Aufgaben



## 5. Einige neue Aspekte für die Rechtsetzung (II): Architektur

- Integration von Informationssystemen, Aufgabe von «Silos»
- Gesetzesanpassungen, Ist/Soll-Analyse der Risiken



## 4. Quelques aspects nouveaux pour le légiste (III)

### Exemple: avant-projet loi sur l'eID

Art. 2, Forme et contenu :

«L'e-ID ... contient les données d'identification personnelle suivantes: ... g. la photographie enregistrée dans: ... (ISA) ou ... (SYMIC)»

Art. 4, Émission :

«<sup>4</sup> A des fins de vérification de la photographie du demandeur, il [fedpol] peut prélever des données biométriques pendant la procédure d'émission et les comparer avec la photographie de ce dernier enregistrée dans ISA ou dans le SYMIC.»

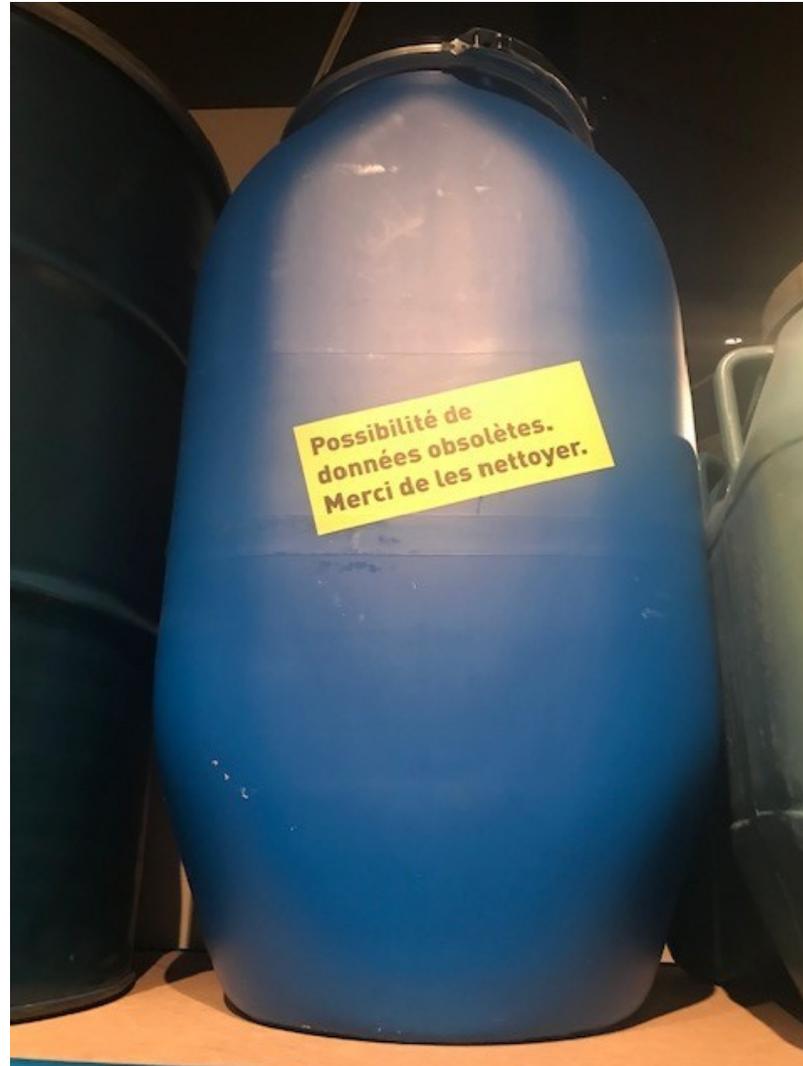
---



Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ

# Conclusion





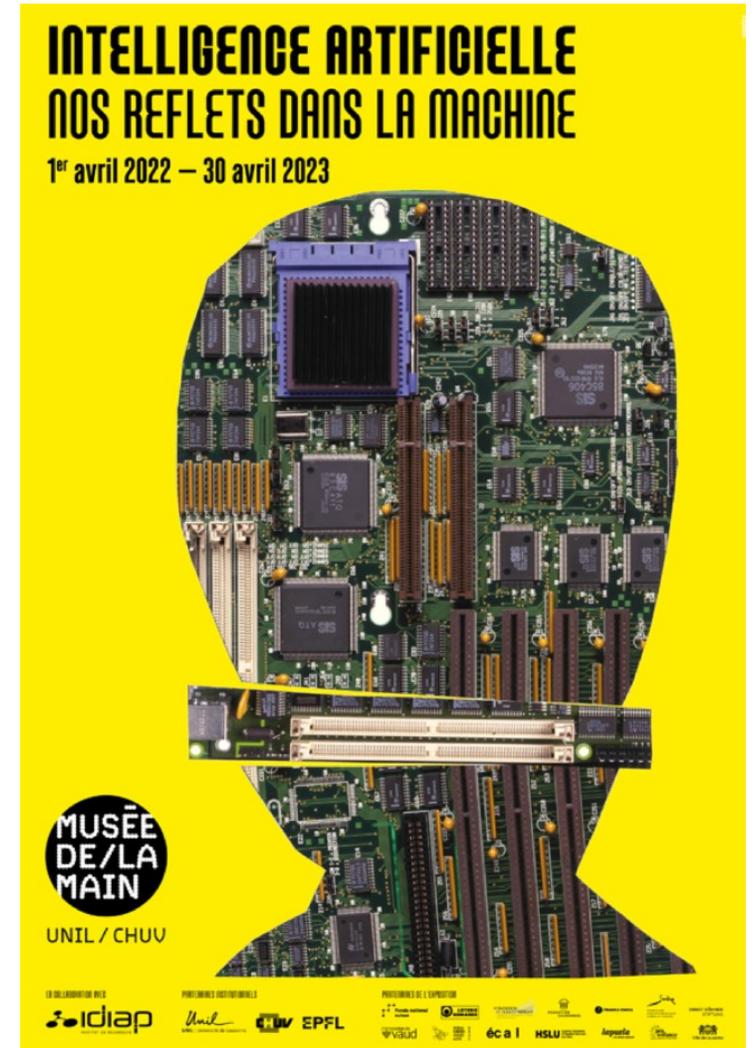
Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ

# Merci pour votre attention Danke für Ihre Aufmerksamkeit

Merci aussi au Musée de la main à Lausanne  
pour la mise à disposition des photos.

Véronique Jaquet et Daniela Nüesch





Schweizerische Eidgenossenschaft  
Confédération suisse  
Confederazione Svizzera  
Confederaziun svizra

Département fédéral de justice et police DFJP  
Office fédéral de la justice OFJ

# Questions? – Fragen?





# Einsatz Künstlicher Intelligenz: Abstufung

- Interner Einsatz mit geringer/ohne Aussenwirkung  
=> i.d.R nur **Verwaltungsverordnung**
  - Teilautomation: Unterstützender Einsatz  
=> **formell-gesetzliche Grundlage wenn schwerwiegender Grundrechtseingriff möglich (Art. 34 Abs. 2 Bst. c nDSG)**
  - Vollautomation: Automatisierte Einzelentscheidung  
=> **immer formell-gesetzliche Grundlage (Art. 21 Abs. 1 nDSG)**
-



# Cloud

Wenn es um die Auslagerung einer Datenbearbeitung ins Ausland geht (Auftragsbearbeitung oder Aufbewahrung), dann müssen neben den Anforderungen an die Auftragsbearbeitung sowieso auch immer die Anforderungen an die Datenbekanntgabe ins Ausland erfüllt sein.

Will eine Bundesbehörde also Personendaten in eine Cloud im Ausland auslagern, muss im entsprechenden Land entweder ein angemessenes Datenschutzniveau bestehen oder ein geeigneter Datenschutz durch beispielsweise vertragliche Garantien gewährleistet werden.