

Ordonnance de la FINMA sur les données – révision totale

Rapport sur les résultats de l'audition relative au projet de révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données, qui a eu lieu du 9 mars au 10 mai 2022

4 mai 2023

Table des matières

Éléments essentiels	3
1 Introduction	4
2 Prises de position reçues	4
3 Résultats de l'audit et évaluation par la FINMA	5
3.1 Objet.....	5
3.2 But	6
3.3 Traçabilité.....	7
3.4 Accès aux données	8
3.5 Exactitude et actualité	9
3.6 Collecte des données personnelles à l'insu de la personne concernée.....	10
3.7 Forme de la communication des données personnelles	12
3.8 Conservation des données personnelles	13
3.9 Compétence eu égard à la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable	15
4 Étapes suivantes.....	16

Éléments essentiels

1. Du 9 mars au 10 mai 2022, la FINMA a mené une audition publique relative à son projet de révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données.
2. Dans le cadre de l'audition concernant la proposition de révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données, seules quelques prises de position ont été reçues.
3. Des précisions ont été apportées au projet soumis à audition (ordonnance et explications) sur la base des prises de position reçues. Aucune modification matérielle significative n'a été effectuée.
4. La version révisée de l'ordonnance de la FINMA sur les données entre en vigueur au 1^{er} septembre 2023, en même temps que le nouveau droit de la protection des données de la Confédération.

1 Introduction

Du 9 mars au 10 mai 2022, la FINMA a mené une audition publique relative à son projet de révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données (ci-après « P-OD-FINMA »).

L'ordonnance de l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers sur le traitement des données (ordonnance de la FINMA sur les données ; RS 956.124) est en vigueur depuis le 1^{er} octobre 2011. Elle a été complétée et précisée lors de plusieurs révisions partielles. L'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement règle la tenue d'un fichier contenant les données nécessaires pour évaluer la garantie d'une activité irréprochable (fichier de données sur les garanties d'une activité irréprochable, autrefois appelé *watchlist*) ainsi que le traitement des données par des tiers dans le cadre de la surveillance.

Le 25 septembre 2020, la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données (LPD, ci-après nLPD ; RO 2022 491) a été adoptée par le Parlement. La base légale formelle pour le traitement des données par la FINMA et par des tiers dans le cadre de la surveillance (art. 23 de la loi sur la surveillance des marchés financiers, LFINMA ; RS 956.1) a ainsi été précisée. Comme ce fut le cas jusqu'ici, le législateur a prévu que la FINMA règle les détails du traitement des données (cf. nouvel art. 23 al. 4 LFINMA dans la nouvelle teneur de la loi sur la protection des données du 25 septembre 2020 ; RO 2022 491). La nouvelle loi sur la protection des données entrera en vigueur en même temps que la nouvelle ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022 (ci-après nOPD ; RO 2022 568), au 1^{er} septembre 2023.

Le projet de révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données vise à compléter et à préciser les dispositions d'exécution existantes de la FINMA à la lumière de la nouvelle réglementation fédérale. La FINMA honore ainsi le mandat que lui a confié le législateur, qui consiste à régler les détails du traitement des données qu'elle effectue dans le cadre de la surveillance. Dans le même temps, il s'agit également de mettre en œuvre le droit de la protection des données qui a été révisé.

2 Prises de position reçues

Les personnes suivantes ont envoyé une prise de position dans le cadre de l'audition et se sont déclarées favorables à une publication de celle-ci :

- Raiffeisen Suisse
- Association suisse des banquiers (ASB)

3 Résultats de l'audition et évaluation par la FINMA

Les prises de position reçues sont résumées, évaluées et analysées par la FINMA dans le présent rapport.

Le rapport a été adopté par le conseil d'administration de la FINMA (cf. art. 11 al. 4 de l'ordonnance relative à la loi sur la surveillance des marchés financiers ; RS 956.11). Il est publié en même temps que l'ordonnance adoptée et les prises de position reçues lors de l'audition.

3.1 Objet

Prises de position

Il est demandé d'introduire à l'art. 1 P-OD-FINMA une précision selon laquelle la loi fédérale sur la protection des données s'applique sauf disposition contraire de l'ordonnance de la FINMA sur les données.

Appréciation

La loi sur la protection des données s'applique de plein droit à la FINMA en tant qu'organe fédéral (cf. art. 2 al. 1 let. b nLPD). La LPD en vigueur actuellement, de même que la nouvelle LPD, est une loi-cadre et une loi transversale. Elle fixe notamment les exigences générales relatives au traitement des données. Les modalités concrètes du traitement des données de droit public au niveau fédéral sont en revanche réglées dans les bases légales propres à chaque domaine.¹ Avec la révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données, la FINMA précise la base légale propre à ses domaines d'intervention en vertu du mandat légal énoncé au nouvel art. 23 al. 4 LFINMA, afin d'accroître la densité normative et, partant, la transparence de la FINMA en matière de données dans le cadre de la surveillance. Le droit de la protection des données de la Confédération s'applique au traitement des données par la FINMA en plus des réglementations spécifiques de celle-ci. Il n'est ni permis ni envisagé d'introduire une divergence par rapport à ce droit dans le cadre de la révision totale de l'ordonnance de la FINMA sur les données. Vu ce qui précède, compléter, autrement dit préciser, l'art. 1 P-OD-FINMA comme cela est demandé n'est pas nécessaire du point de vue juridique et légistique. Les explications ont toutefois été précisées en ce sens.

¹ Cf. révision totale de la loi sur la protection des données (LPD) - Aperçu des principales modifications en vue de l'élaboration des bases légales concernant le traitement de données par les organes fédéraux, octobre 2022, Office fédéral de la justice ; consultable sous : www.bj.admin.ch > Etat & Citoyen > Légistique > Instruments de légistique.

Conclusion

La nLPD est la loi-cadre qui établit les principes généraux du traitement des données et doit être respectée par tous les organes fédéraux en vertu de la loi. L'ordonnance de la FINMA sur les données entièrement révisée précise la base légale de la FINMA pour ses domaines d'intervention spécifiques (nouvel art. 23 LFINMA). Une divergence par rapport à la nLPD qui serait fondée sur une base légale spécifique aux domaines d'intervention de la FINMA n'est ni permise ni envisagée au niveau de l'ordonnance de la FINMA sur les données. Il convient donc de refuser l'ajout d'une réserve pour des raisons légales et légistiques.

3.2 But

Prises de position

Il est demandé que les buts du traitement de données soient spécifiés et clairement énoncés à l'art. 3 P-OD-FINMA. Le terme « *notamment* » utilisé à l'art. 3 P-OD-FINMA devrait être supprimé, car il impliquerait que le traitement pourrait servir à des buts autres que ceux énumérés au nouvel art. 23 al. 2 LFINMA, ce qui n'est pas permis.

Appréciation

Les buts possibles du traitement de données par la FINMA sont spécifiés au nouvel art. 23 al. 2 LFINMA. Selon cet article, la FINMA traite des données en particulier pour : le contrôle de l'assujetti (let. a) ; la surveillance (let. b) ; la conduite de procédures (let. c) ; l'évaluation des garanties d'une activité irréprochable (let. d) ; l'évaluation du comportement d'une personne qui exerce une activité pour l'assujetti ou sur le marché financier (let. e) ; ou l'entraide administrative et judiciaire nationale et internationale (let. f). Le caractère non exhaustif de la disposition relative à l'objet découle donc de la loi formelle. L'art. 3 P-OD-FINMA faisait simplement référence à cette disposition. Tout autre but du traitement doit également découler des tâches légales de la FINMA. Après un nouvel examen, l'art. 3 P-OD-FINMA a été supprimé, car il n'a pas de caractère normatif.

Les buts du traitement sont spécifiés plus précisément dans la version entièrement révisée de l'ordonnance de la FINMA sur les données dans la mesure où le risque potentiel d'un traitement des données l'exige. Ainsi, des précisions concernant le but de l'évaluation des garanties d'une activité irréprochable (nouvel art. 23 al. 2 let. d LFINMA) sont fournies à l'art. 10 P-OD-FINMA. Les buts du traitement des données par la FINMA sont donc suffisamment définis dans les législations spécifiques.

Conclusion

Le caractère non exhaustif de l'énumération des buts du traitement découle de la loi formelle (nouvel art. 23 al. 2 LFINMA). Tout autre but du traitement doit résulter des tâches légales de la FINMA. L'art. 3 P-OD-FINMA a été supprimé, car il n'a pas de caractère normatif. Les buts du traitement sont précisés dans la version entièrement révisée de l'ordonnance de la FINMA sur les données dans la mesure où cela s'avère nécessaire (cf. art. 10 P-OD-FINMA en ce qui concerne le but concret de l'évaluation des garanties d'une activité irréprochable selon le nouvel art. 23 al. 2 let. d LFINMA). Les buts du traitement des données par la FINMA sont ainsi suffisamment reconnaissables.

3.3 Traçabilité

Prises de position

Il est avancé que le sens de l'art. 4 al. 2 et de l'art. 11 al. 2 P-OD-FINMA n'est pas suffisamment clair. Une nouvelle formulation de ces dispositions est donc demandée, comme suit (l'ajout demandé figure en caractère gras) :
« ² *Les unités d'organisation veillent à ce que les données soient **documentées** de manière traçable à partir de la collecte des données jusqu'à leur archivage ou à leur destruction.* »

Appréciation

Les dispositions en question correspondent à l'art. 2 al. 2, 2^e phrase de l'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement. Elles se réfèrent à la traçabilité du traitement des données, qui résulte du droit de rang supérieur en matière de protection des données. En effet, la traçabilité du traitement des données à partir de la collecte des données jusqu'à leur archivage ou à leur destruction est le fondement du respect des principes généraux du traitement des données (art. 6 nLPD), des obligations des organes fédéraux vis-à-vis du préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) pour ce qui est du registre des activités de traitement (art. 12 nLPD) ainsi que des éventuels devoirs concernant l'information des personnes concernées et le droit d'accès de ces dernières (art. 19 et 25 nLPD). En outre, la traçabilité, au même titre que la confidentialité, la disponibilité et l'intégrité des données, fait partie des objectifs de protection de la sécurité des données et doit être assurée par les responsables du traitement et les sous-traitants au moyen de mesures organisationnelles et techniques appropriées (cf. art. 8 nLPD en relation avec l'art. 2 let. d et l'art. 3 al. 3 nOPD). Après un nouvel examen, les dispositions de l'art. 4 al. 2 et de l'art. 11 al. 2 P-OD-FINMA sont supprimées car elles n'ont pas de caractère normatif. Elles ne font que reproduire un principe général du droit de la protection des données et de la sécurité des données, qui découle déjà du droit de rang supérieur et, partant, s'applique de toute façon.

Conclusion

Les dispositions concernant la traçabilité du traitement des données (art. 4 al. 2 et art. 11 al. 2 P-OD-FINMA) reproduisent un principe général découlant du droit supérieur en matière de protection des données, que la FINMA doit garantir au moyen de mesures appropriées. Ces dispositions sont supprimées car elles n'ont pas de caractère normatif.

3.4 Accès aux données

Prises de position

En ce qui concerne l'art. 5 al. 3 P-OD-FINMA (accès en général), la formulation selon laquelle des droits d'accès peuvent être octroyés « *au cas par cas* » n'est pas jugée satisfaisante. L'octroi de droits d'accès devrait être restreint ou élargi à certains collaborateurs selon leur fonction en respectant le principe du *need to know* et sur la base de critères objectivement fondés. Ces critères devraient être réglés dans un règlement de traitement.

En ce qui concerne l'art. 12 al. 2 P-OD-FINMA (accès à la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable en particulier), il est objecté que la formulation « *si nécessaire* » est sujette à interprétation et doit être remplacée par « *dans la mesure où l'exécution de leurs tâches l'exige* ».

Appréciation

L'art. 5 P-OD-FINMA précise les droits d'accès des collaborateurs de la FINMA ; les al. 1 et 2 reflètent la règle générale. Selon ceux-ci, les droits d'accès sont déterminés par la fonction assumée par les collaborateurs. L'al. 3 prévoit une réserve selon laquelle les droits d'accès peuvent être restreints à certains collaborateurs de la FINMA au cas par cas (par ex. pour les données sensibles) ou élargis à d'autres collaborateurs (par ex. pour les données qui doivent être traitées par plusieurs divisions). Conformément aux explications relatives à l'art. 5 P-OD-FINMA, les droits d'accès sont toujours attribués en respectant le principe du *need to know*. La règle du *need to know* découle des principes généraux relatifs au traitement des données (notamment au principe de la proportionnalité du traitement des données ; art. 6 al. 2 nLPD) ainsi qu'au principe de la sécurité des données (notamment la confidentialité des données ; art. 8 nLPD en relation avec l'art. 2 al. a et l'art. 3 al. 1 nOPD) et doit être respectée par la FINMA, qu'elle soit ou non mentionnée dans l'ordonnance de la FINMA sur les données. En outre, le respect du principe du *need to know* pour la FINMA est également prescrit et précisé dans d'autres prescriptions légales (cf. notamment le nouvel art. 57h^{bis} al. 4 de la loi sur l'organisation du gouvernement et de l'administration [LOGA ; RS 172.010] dans la teneur de la nouvelle loi sur la protection des données du 25 septembre 2020 ; RO 2022 491). De même, il

ressort déjà de l'ordonnance et des explications y relatives que les détails concernant la nature et l'étendue des droits d'accès des différentes catégories de collaborateurs de la FINMA sont fixés dans un règlement de traitement (cf. art. 2 al. 2 P-OD-FINMA). Par ailleurs, la législation cadre de rang supérieur (art. 6 al. 1 et 2 nOPD) établit déjà l'obligation qui incombe à la FINMA d'établir un règlement de traitement contenant des indications sur les droits d'accès ainsi que sur leur nature et leur étendue.² Au vu de ce qui précède, les compléments demandés dans la teneur de l'ordonnance ne sont donc pas nécessaires. L'art. 5 et l'art. 12 P-OD-FINMA ont toutefois fait l'objet de modifications rédactionnelles. L'expression « *au cas par cas* » utilisée à l'art. 12 a été remplacée par une formulation qui exprime mieux le principe du *need to know*.

Conclusion

Les droits d'accès sont octroyés en respectant les principes supérieurs du droit de la protection des données et de la sécurité des données ainsi que d'autres prescriptions légales applicables (notamment le principe du *need to know*). Les détails concernant la nature et l'étendue des droits d'accès des différentes catégories de collaborateurs de la FINMA sont fixés dans un règlement de traitement (cf. art. 2 al. 2 P-OD-FINMA). Des précisions dans ce sens figurent déjà dans les explications. L'art. 5 et l'art. 12 P-OD-FINMA ont fait l'objet de modifications rédactionnelles. L'expression « *au cas par cas* » utilisée à l'art. 12 a notamment été remplacée.

3.5 Exactitude et actualité

Prises de position

Il est demandé de compléter l'art. 6 let. o P-OD-FINMA afin de préciser que la FINMA n'a le droit d'utiliser d'autres données dont elle a connaissance dans le cadre de l'accomplissement de son mandat légal qu'après avoir vérifié leur actualité et leur exactitude.

Appréciation

Le principe de l'exactitude des données est un principe général du traitement des données qui découle du droit de rang supérieur (art. 6 al. 5 nLPD). La FINMA est ainsi tenue de s'assurer de l'exactitude des données personnelles qu'elle traite, indépendamment d'une éventuelle mention *ad hoc* dans l'ordonnance de la FINMA sur les données. Il convient toutefois de noter que le principe de l'exactitude des données est de nature relative : les données doivent être exactes au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (cf. art. 6 al. 5, 2^e phrase, nLPD). Ainsi, si la FINMA reçoit dans le cadre

² Cf. rapport explicatif relatif à l'ordonnance sur la protection des données (OPDo) du 31 août 2022, p. 29s ; consultable sous : www.bj.admin.ch > Actualité > Communiqués > Nouveau droit de la protection des données à partir du 1^{er} septembre 2023 (31.08.2022).

de l'exécution de ses tâches légales des informations présentant un intérêt pour la surveillance qui, souvent, contiennent également des indications sur des personnes physiques (autrement dit des données personnelles), elle n'est pas tenue de rectifier, d'effacer ou de détruire ces informations si les données personnelles qu'elles contiennent s'avèrent fausses ou obsolètes, car leur conservation ne sert pas à documenter l'exactitude du contenu, mais uniquement le fait que les informations ont été recueillies à un moment donné dans une source donnée.³ Il convient également de noter que certaines obligations légales peuvent s'opposer à la rectification, à l'effacement ou à la destruction de données personnelles.⁴ En matière de procédure administrative, par exemple, le devoir de gestion documentaire⁵ qui incombe à la FINMA s'oppose à une correction des pièces.

Conclusion

Le principe de l'exactitude est un principe général du droit de la protection des données qui découle du droit de rang supérieur (art. 6 al. 5 nLPD) et qui doit être respecté par la FINMA pour toutes les données au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées.

3.6 Collecte des données personnelles à l'insu de la personne concernée

Prises de position

D'une part, la collecte de données personnelles à l'insu de la personne concernée est considérée d'une manière générale comme illicite faute de base légale. Par conséquent, la suppression de l'art. 7 al. 3 P-OD-FINMA est demandée. À titre subsidiaire, il est demandé que l'art. 7 al. 3 P-OD-FINMA intègre une précision selon laquelle le « *but visé par le traitement des données* » est le but décrit à l'art. 3 P-OD-FINMA. Il est également demandé que la collecte de données personnelles à l'insu de la personne concernée soit restreinte à des cas particuliers fondés et que la personne concernée soit informée de cette collecte immédiatement après la collecte, avec la possibilité d'omettre ou de différer cette information afin de protéger un intérêt prépondérant privé ou public.

D'autre part, une critique est émise au sujet de l'utilisation de pseudonymes (appelés « profils XY ») par la FINMA lors de recherches sur Internet, telle qu'elle est décrite dans les explications, qui constituerait en soi une mesure d'investigation et irait au-delà de l'impératif indiqué pour la FINMA, à savoir,

³ Cf. TF 1A.6/2001 du 2 mai 2001, consid. 2c ; cf. aussi David Rosenthal, La nouvelle loi sur la protection des données, in Jusletter 16 novembre 2020, Cm. 37.

⁴ Message concernant la nLPD du 15 septembre 2017, FF **2017** 6565, p. 6646

⁵ L'obligation de gestion documentaire est une condition du droit de consultation des pièces et du droit d'être entendu qui découle de l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale (Cst., RS **101**) et des art. 26 ss de la loi fédérale sur la procédure administrative (PA ; RS **172.021**).

traiter des données personnelles même sans que les personnes concernées n'en aient connaissance. Des doutes sont émis quant au fait que le nouvel art. 23 LFINMA constitue une base légale formelle suffisante pour une telle procédure, raison pour laquelle il est suggéré de créer une base légale ad hoc dans la LFINMA.

Appréciation

Les données personnelles ne peuvent être collectées que pour des finalités déterminées et reconnaissables pour la personne concernée (art. 6 al. 3 nLPD). En outre, le responsable du traitement est soumis à une obligation d'information de la personne concernée lors de la collecte de données personnelles (art. 19 al. 1 nLPD). Doivent en principe être communiquées à la personne concernée toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la législation applicable en la matière et pour que la transparence des traitements soit garantie. L'art. 19 al. 2 let. a–c, al. 3 et 4 nLPD concrétise ce principe en indiquant plusieurs exigences minimales. Il suffit que la personne concernée ait la possibilité de prendre connaissance des informations requises ; il n'est pas nécessaire qu'elle en prenne effectivement connaissance.⁶ Pour les organes fédéraux, la base légale fournit déjà les informations nécessaires et assure ainsi la reconnaissabilité et la transparence exigées pour le traitement des données.⁷ Par conséquent, les organes fédéraux sont déliés du devoir d'information lorsque le traitement des données est prévu par la loi (art. 20 al. 1 let. b nLPD).

La base légale de la FINMA, notamment au nouvel art. 23 LFINMA et dans la version entièrement révisée de son ordonnance sur les données, assume la fonction d'information obligatoire et fournit les informations prévues à l'art. 19 al. 2 s nLPD. Ainsi, la FINMA traite des données personnelles, en particulier pour la conduite de procédures (nouvel art. 23 al. 2 let. c LFINMA) et pour l'évaluation du comportement d'une personne qui exerce une activité pour l'assujetti ou sur le marché financier (nouvel art. 23 al. 2 let. e LFINMA). Les collectes de données de la FINMA en question, réalisées lors d'investigations préliminaires menées en cas de soupçon d'activité exercée sans droit ou dans le cadre de la surveillance du marché, sont par conséquent comprises dans la disposition relative à l'objet et, partant, reconnaissables. La FINMA est donc déliée de son devoir d'information lors de la collecte de données personnelles réalisée dans le cadre d'investigations préliminaires.

Avec l'art. 7 al. 3 P-OD-FINMA tel qu'il est prévu à présent, il convient toutefois d'établir de façon explicite, pour des raisons de transparence, que la FINMA peut également collecter des données personnelles sans être immédiatement identifiable par la personne concernée. En particulier lors d'investigations préliminaires menées en cas de soupçon d'activité exercée sans

⁶ Cf. Message concernant la nLPD, FF 2017 6565, p. 6668.

⁷ Cf. Message concernant la nLPD, FF 2017 6565, p. 6670.

droit ou dans le cadre de la surveillance du marché, la FINMA peut, dans le but d'éviter le risque de collusion, collecter et traiter des données personnelles sans révéler son identité. Ainsi, lors de recherches sur Internet, la FINMA a la possibilité d'utiliser des pseudonymes pour accéder à des réseaux sociaux pour voir les informations postées ou mises à disposition par l'utilisateur sur un profil public. Dans ce cas, en revanche, il n'y a pas de prise de contact ni d'interaction plus poussée avec la personne concernée.

Les restrictions au principe de transparence doivent être définies dans un cadre fixe et prévisible afin de s'assurer que le traitement des données reste proportionné. La FINMA a par conséquent explicitement circonscrit la base, à l'art. 7 al. 3 P-OD-FINMA, aux cas dans lesquels il est nécessaire que la FINMA collecte les données personnelles sans être immédiatement reconnaissable par la personne concernée afin de ne pas compromettre le but du traitement de données. La collecte de données personnelles par la FINMA sans que celle-ci ne soit reconnaissable par la personne concernée n'est donc prévue que lorsque cela est indispensable pour atteindre le but du traitement des données.

Conclusion

La collecte de données personnelles sans que la FINMA ne soit immédiatement reconnaissable par la personne concernée n'est prévue que lorsque cela est indispensable pour atteindre le but du traitement des données. Cela peut notamment être le cas lors d'investigations préliminaires menées par la FINMA en cas de soupçon d'activité exercée sans droit ou dans le cadre de la surveillance du marché.

3.7 Forme de la communication des données personnelles

Prises de position

L'art. 8 P-OD-FINMA est considéré comme n'apportant rien et comme étant donc inutile, d'autant que les conditions préalables à la communication de données personnelles par la FINMA découlent de la loi sur la protection des données et d'autres dispositions fixées dans une loi au sens formel.

Appréciation

Les données que la FINMA peut ou doit communiquer à qui et à quelle fin (obligation de communiquer d'office ou sur demande, communication spontanée, communication de données sur demande à l'appréciation de l'autorité sollicitée ou via un accès en ligne selon le principe du libre-service) sont spécifiées dans une loi au sens formel (par ex. dans la LFINMA, dans les lois sur les marchés financiers ainsi que dans d'autres lois). De plus, l'art. 8 P-OD-FINMA précise la forme sous laquelle les données sont communi-

quées et prévoit que cette communication peut aussi avoir lieu par voie électronique, c'est-à-dire en utilisant des systèmes de communication et de transmission électroniques, pour autant que la sécurité des données puisse être garantie de manière appropriée.

Conclusion

L'art. 8 P-OD-FINMA précise la forme de la communication des données et prévoit notamment que celle-ci peut avoir lieu par voie électronique.

3.8 Conservation des données personnelles

Prises de position

L'art. 9 P-OD-FINMA, selon lequel les données personnelles sont conservées auprès de la FINMA aussi longtemps qu'elles peuvent être utiles pour la surveillance, est jugé incompatible avec le principe de proportionnalité et avec les principes d'évitement et de minimisation des données. Il est demandé de remplacer la formulation « *peuvent être utiles* » par l'expression « *sont pertinentes et nécessaires* » et de limiter la durée de conservation des données à dix ans au plus après le dernier ajout de documents. Une conservation d'une durée supérieure à dix ans devrait uniquement être possible pour de justes motifs.

Il est demandé de préciser, à l'art. 9 et l'art. 15 al. 2 P-OD-FINMA, que les données personnelles doivent être supprimées à l'expiration du délai de conservation à la FINMA. Il est préconisé de conserver, autrement dit, de reprendre la teneur de l'art. 9 al. 2 de l'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement.

La durée de conservation fixée à 20 ans pour les saisies dans la banque de données qui sont fondées sur un jugement pénal ou une décision entrée en force portant sur l'exercice d'une activité sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire de la FINMA (art. 15 al. 1 let. b P-OD-FINMA) est considérée comme n'étant pas proportionnée. Il est renvoyé à cet égard au droit pénal, qui prévoit que les dossiers doivent être conservés au moins jusqu'à l'expiration des délais de prescription de l'action pénale et de la peine (art. 103 al. 1 code de procédure pénale [CPP ; RS 312.0]), le délai de prescription de la peine étant de 20 ans si une peine privative de liberté de cinq ans au moins, mais de moins de dix ans a été prononcée (art. 99 al. 1 let. c du Code pénal suisse [CP ; RS 311.0]).

Enfin, il est fait remarquer que la durée d'archivage n'est pas clairement définie et est laissée à la libre appréciation des Archives fédérales (AFS). Dans la mesure où la FINMA transmet des dossiers aux AFS, ceux-ci devraient être soumis au délai de protection prolongé de 50 ans (art. 11 al. 1 de la loi

fédérale sur l'archivage [LAr ; RS 152. 1]) et non pas au seul délai de protection de 30 ans (art. 9 al. 1 LAr). Il est avancé que des intérêts publics ou privés prépondérants, dignes de protection, qui s'opposent à une consultation (art. 12 al. 1 et 2 LAr) subsisteraient toutefois même après l'expiration du délai de protection.

Appréciation

Afin de mieux exprimer le principe de proportionnalité, l'art. 9 P-OD-FINMA ainsi que les explications y relatives ont fait l'objet d'une modification rédactionnelle comme suit : les données personnelles sont conservées auprès de la FINMA aussi longtemps qu'elles sont pertinentes et nécessaires à la surveillance. Contrairement à un délai de conservation défini pour une durée fixe, une réglementation liée au but du traitement est conforme à l'obligation de proposer les documents aux Archives fédérales (cf. art. 6 LAr), qui intervient après le délai de conservation.

Afin d'éviter les malentendus, l'art. 9 P-OD-FINMA a en outre été précisé sur le plan rédactionnel au sens où les données, au terme de la conservation à la FINMA, sont proposées aux AFS pour archivage et détruites à la FINMA. La destruction a lieu, que les données soient ou non considérées par les AFS comme ayant une valeur archivistique. À cet égard, aucune adaptation de la situation juridique actuelle (art. 9 al. 2 de l'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement) n'est envisagée.

La FINMA rappelle que le délai pendant lequel une saisie concernant une personne reste dans la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable et pendant lequel des données la concernant y sont conservées (art. 15 P-OD-FINMA) a été repris du droit actuel (art. 9 de l'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement) sans subir de modification matérielle. Une saisie et les données correspondantes concernant une personne déterminée sont supprimées après un délai de 10 ou 20 ans, ou même avant si la FINMA a porté une appréciation positive sur l'existence des garanties d'une activité irréprochable. Le délai de conservation le plus long, qui est de 20 ans pour les saisies dans la banque de données qui étaient fondées sur un jugement pénal ou une décision entrée en force portant sur l'exercice d'une activité sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire de la FINMA (art. 15 al. 1 let. b P-OD-FINMA) est justifié ; d'une part, parce que ce sont précisément les informations concernant de tels actes qui peuvent faire douter du fait que la personne présente toutes les garanties d'une activité irréprochable. D'autre part, parce que ces informations sont issues de procédures conformes à l'État de droit dans lesquelles la personne concernée a les droits de partie. La FINMA a par conséquent un intérêt majeur à continuer à disposer d'informations de cette nature de manière centralisée, au cas où une évaluation des garanties d'une activité irréprochable doit être effectuée pour la personne concernée censée présenter lesdites garanties dans le cadre d'une fonction concrètement envisagée.

À cet égard, dans une perspective anticipatrice, la banque de données sert à la FINMA d'instrument interne de gestion des connaissances pendant la durée de conservation fixée. En cela, cette situation se distingue fondamentalement du délai de conservation prévu par le droit pénal. La comparaison avec le droit pénal ne fonctionne pas, car l'art. 103 CPP ne concerne que des délais minimaux, qui peuvent être prolongés par la Confédération et les cantons dans leurs actes législatifs respectifs.

L'art. 9 et l'art. 15 P-OD-FINMA règlent exclusivement la durée de conservation des données à la FINMA. L'archivage par les AFS conformément à la LAr n'en est nullement affecté. Cet éventuel archivage de longue durée (notamment les questions de la valeur archivistique et du délai de protection) ne relève pas de la compétence de la FINMA et n'est pas l'objet de la P-OD-FINMA.

Conclusion

L'art. 9 et l'art. 15 P-OD-FINMA ont fait l'objet de modifications rédactionnelles, notamment pour mieux exprimer le principe de proportionnalité et pour éviter les malentendus. L'art. 9 P-OD-FINMA ne prévoit pas de délai de conservation défini pour une durée fixe, mais une réglementation liée au but du traitement, ce qui est conforme à l'obligation de proposer les documents aux Archives fédérales (cf. art. 6 LAr), qui intervient après le délai de conservation. Le délai de conservation le plus long, qui est de 20 ans pour les saisies dans la banque de données qui étaient fondées sur un jugement pénal ou une décision entrée en force portant sur l'exercice d'une activité sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire de la FINMA (art. 15 al. 1 let. b P-OD-FINMA) a été repris tel quel du droit en vigueur et est justifié compte tenu du but de la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable et de la catégorie de données concernée. Contrairement au délai de conservation prévu par le droit pénal, la conservation des données dans la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable sert uniquement à assurer la gestion interne des connaissances en vue d'une éventuelle évaluation future des garanties d'une activité irréprochable.

3.9 Compétence eu égard à la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable

Prises de position

Il est fait remarquer que la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable ne doit pas forcément relever de la compétence de la division Droit et conformité ; la fonction qui, au sein de la FINMA, est compétente pour les données pourrait aussi être chargée de la banque de données.

Appréciation

Actuellement, c'est la division Droit et compliance qui est compétente pour la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable (cf. art. 2 al. 2 de l'ordonnance de la FINMA sur les données en vigueur actuellement). L'art. 11 al. 1 P-OD-FINMA, qui attribue définitivement la compétence pour la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable à la division Droit et compliance, a été supprimé afin de ne pas compliquer inutilement les adaptations internes de l'organisation et des processus. Pour tenir compte des risques liés au traitement des données dans la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable, il convient de continuer à attribuer à une division centrale la compétence des saisies et des suppressions de données dans la banque de données et la compétence d'octroi des droits d'accès.

Conclusion

Afin de tenir compte des risques liés au traitement des données, une division centrale est compétente pour la banque de données sur les garanties d'une activité irréprochable. L'attribution définitive de la compétence à la division Droit et compliance a toutefois été supprimée.

4 Étapes suivantes

La version entièrement révisée de l'ordonnance de la FINMA sur les données entre en vigueur en même temps que la version entièrement révisée du droit de la protection des données de la Confédération, à savoir le 1^{er} septembre 2023.