



Recommandation de la Commission fédérale de la consommation (CFC) du 14 septembre 2017 relative à la maîtrise des données (« Datenhoheit »)

Conformément aux art. 9 al. 2 de la Loi fédérale du 5 octobre 1990 sur l'information des consommatrices et des consommateurs (LIC) et 1^{er} du Règlement de la CFC du 1^{er} février 1966, la CFC adresse au Conseil fédéral la présente

RECOMMANDATION

Dans la société digitalisée, chaque consommateur produit de très nombreuses données, qui sont parfois récoltées, agrégées et réutilisées pour rendre divers services. La Commission fédérale de la consommation (CFC) s'est dès lors posé la question de savoir quel est le sort juridique à réserver à la maîtrise de ces divers types de données (*Datenhoheit*).

Le développement d'un marché numérique pose diverses questions qui vont au-delà de celles portant sur la protection des *données sensibles*, au sens de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD). Il s'agit en effet de savoir si le consommateur a des droits, et si oui lesquels, à l'égard de données collectées, potentiellement agrégées avec d'autres données tierces, et utilisées de diverses manières. Il faut en outre se demander si le consommateur a le droit de savoir quand la publicité ou d'autres services qui lui sont proposés sont le fruit de l'agrégation de données qu'il a transférées, et quels sont ses droits à l'égard de la publicité ciblée sur cette base, en particulier s'il peut s'opposer ou non à l'usage de ces données agrégées à son égard, et le cas échéant dans quelle mesure. Dans plusieurs pays, le droit constitutionnel d'autodétermination de l'information (*informationelle Selbstbestimmung*) a été reconnu¹. De même, l'interconnectivité des objets et des machines pose des problèmes similaires de maîtrise des données utilisées, mais surtout de gestion des flux et des conséquences juridiques.

L'accès à la société digitalisée passe en outre par l'identification des intervenants ; c'est tout l'enjeu de la SwissID et de savoir qui sont les acteurs du contrôle de ces identifiants numériques.

Consciente qu'elle ne peut pas régler seule cette question, mais également sensible au fait que son rôle de radar au profit du Conseil fédéral lui impose d'être attentive aux divers développements technologiques ou de sociétés qui peuvent avoir un impact sur le futur des consommateurs, la Commission fédérale de la consommation a décidé de faire appel à des experts pour trois présentations spécifiques relatives à la maîtrise des données (*Datenhoheit*)², afin de déterminer s'il faut agir et dans quelle mesure cela est possible.

Comprendre l'évolution de la société digitalisée peut permettre d'adapter le régime juridique aux innovations technologiques et aux nouvelles possibilités du marché. Cela passe par le fait d'identifier d'abord les risques, tout en étant conscient des potentialités.

¹ Cf. pour le droit suisse, ATF 138 II 486 c. 8.2 ; ATF 140 I 381 c. 4.1 où le Tribunal fédéral déduit un tel droit de l'art. 13 Cst ; pour le droit allemand, ég. depuis longtemps déjà BVerfG, NJW 1984, 419 ss.

² Prof. Astrid Epiney (Université de Fribourg) (2.2.2017) sur le droit européen de la protection des données ; M. Andreas Nigg et M. Theodor Esenwein de Adwebster AG (6.4.2017) sur les enjeux et l'évolution technologique de la publicité ciblée ; Dr Martin Eckert (22.6.2017) sur le traitement juridique des données, si elles sont considérées comme des choses.

A l'issue des présentations, de discussion en plénum et en sous-commission, compte tenu des enjeux et de l'importance de la question à traiter, la Commission fédérale de la consommation décide, dans sa séance du 14 septembre 2017, à une majorité de 8 contre 2, de

recommander au Conseil fédéral d'être actif dans les trois domaines suivantes :

I. Les données agrégées

Les données agrégées désignent ici le résultat de la mise en commun de très nombreuses données individuelles, collectées par Internet ou d'autres moyens électroniques (désignées généralement par le terme *big data*), permettant d'obtenir des informations sur des comportements individuels ou collectifs. Ces données agrégées présentent des avantages ; elles permettent notamment de procéder à des publicités ciblées ou des promotions ou à des offres adressées à des personnes triées et identifiées sur la base de ces agrégations. Elles permettent également d'établir des données statistiques, pour lesquelles il n'est en principe plus possible de remonter vers les individus spécifiques. Enfin, elles donnent aux entreprises qui les collectent la possibilité de mieux gérer leur clientèle, leurs contrats ou leurs prestations. Ces données agrégées présentent toutefois aussi des risques pour la protection de la personnalité notamment. Certes, la Loi fédérale sur la protection des données (LPD) permet une certaine protection des données personnelles sensibles, mais il lui est difficile de répondre aux besoins d'information du consommateur et à son droit à l'autodétermination en la matière (*informationelle Selbstbestimmung*), à savoir un droit constitutionnel à déterminer dans une société de l'information qui peut utiliser les informations transmises par ou récoltées auprès d'une personne et dans quelle mesure. Ce droit à l'autodétermination de l'information n'est pas réglé par la LPD.

La Commission recommande dès lors au Conseil fédéral :

- 1 de prévoir un système **informant** l'utilisateur (ciblé sur la base de données agrégées) que la publicité qui lui est adressée, l'offre qui lui est faite ou la promotion qui lui est proposée, est le résultat d'un processus d'agrégation de données ; cela pourrait se faire de manière simple (p. ex. par un système de signalement : feux rouge [= publicité ciblée] ou vert [= publicité aléatoire]) ;
- 2 de permettre **d'identifier l'origine de l'agrégation des données** (auteur et autres données essentielles), notamment en cliquant simplement sur un feu rouge lorsqu'il existe ;
- 3 de permettre au consommateur **d'exclure toute utilisation future de ses données** (régime *opt-out*) pour un usage autre que celui qui a été préalablement accepté par le consommateur, notamment lors de la conclusion d'un contrat ou par un accord spécifique, mais surtout d'exclure toute transmission à des tiers de ces informations agrégées ; le régime à envisager doit probablement faire des distinctions selon l'origine gratuite des données collectées et selon celle reposant sur un contrat qui détermine déjà les droits et obligations des parties ;
- 4 de permettre de **renouveler la possibilité d'un *opt-out*** à répétées reprises.

II. Le concept de Swiss ID

L'économie numérique impose de s'identifier sur le marché numérique, d'une manière ou d'une autre. La Confédération entend favoriser l'extension d'une *Swiss ID* qui pourrait valoir tant pour l'achat par Internet, que pour le prélèvement sur des comptes bancaires ou le paiement d'impôts. La Poste suisse propose ainsi une nouvelle génération de Swiss ID depuis mars 2017³ ; il est possible que le concept s'implante comme la seule identification numérique retenue par le marché.

³ <https://www.post.ch/fr/entreprises/index-thematique/suisseid?shortcut=informationen-zu-suisseid>.

La Commission recommande ainsi au Conseil fédéral :

- **d'éviter un régime de Swiss ID entièrement numérique et centralisé.** Il apparaît en effet que *centraliser par une seule clé toutes les opérations commerciales et étatiques*, peut certes simplifier l'activité quotidienne, mais présente une vulnérabilité non négligeable, notamment en cas de cyberattaque, qui pourrait alors bloquer l'ensemble de l'économie suisse en une seule fois. Dans tous les cas, il faut *renoncer à céder à un ou plusieurs acteurs privés l'ensemble du processus, tant celui-ci est essentiel* pour les relations des citoyens/consommateurs avec l'Etat et les entreprises. La Confédération doit ainsi conserver la haute-main sur ce régime.

III. Les objets connectés - Internet of Things (IoT)

De plus en plus d'objets sont connectés et interconnectés. Ainsi, d'ores et déjà, des voitures envoient des données d'utilisation au constructeur⁴, à l'assureur ou à d'autres ; la domotique permet aussi de gérer son logement à distance⁵. La question n'est pas tant de savoir qui est « propriétaire » de ces données, que de gérer le flux, leur envoi ou leur localisation et les conséquences de leur utilisation.

La Commission recommande ainsi au Conseil fédéral :

- **de mettre en place un régime d'opt-in**, permettant le transfert d'informations uniquement avec le consentement expresse des utilisateurs/consommateurs ; le régime proposé doit rester facile à gérer; le régime d'opt-in est plus simple qu'un régime d'opt-out (qui part d'une présomption d'acceptation); le régime d'opt-in est en outre le meilleur garant d'une information efficace des utilisateurs ;
- de mettre sur pied un **groupe de travail pour examiner la validité de contrats** passés machine à machine, notamment au travers de l'Internet of Things (IoT)

La Commission fédérale de la consommation est convaincue qu'avec le développement d'une authentique société digitalisée, avec la reconnaissance d'un droit à l'auto-détermination de l'information (*informationelle Selbstbestimmung*), les recommandations qu'elle fait au Conseil fédéral sont essentielles à la protection des consommateurs, à un usage précautionneux des nouvelles technologies, qui soit garant des droits fondamentaux des consommateurs.

Commission fédérale de la consommation (CFC)

⁴ <https://www.tcs.ch/de/der-tcs/presse/medienmitteilungen/daten-im-auto.php>.

⁵ <https://www.letemps.ch/economie/2016/10/02/echo-amazon-permet-parler-maison>.