



Berne, le

Encadrement des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité

Rapport du Conseil fédéral
donnant suite au postulat 16.3682 Schwaab du
21 septembre 2016

Table des matières

1	Contexte.....	4
1.1	Mandat.....	4
1.2	Démarche adoptée et étude externe.....	5
2	Fondements de la problématique	6
2.1	Notion de « société de renseignement de solvabilité ».....	6
2.2	Importance des sociétés de renseignement de solvabilité.....	7
2.3	Critique des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité.....	8
2.4	Marché du renseignement de solvabilité	9
3	Modèle d'affaires	10
3.1	Type et contenu des renseignements de solvabilité.....	10
3.2	Païement des renseignements.....	11
3.3	Type de données personnelles traitées.....	11
3.4	Durée de conservation des données personnelles.....	12
3.5	Calcul du score de solvabilité.....	12
3.6	Bonnes pratiques et traitement des demandes de renseignements, de rectification et d'effacement des données	13
4	Qualité des données et information des personnes concernées	14
4.1	Qualité des données	14
4.1.1	Sources d'erreurs	14
4.1.2	Nombre de faux renseignements.....	14
4.1.3	Conséquences des renseignements erronés.....	14
4.2	Information des personnes concernées	15
5	Conclusion intermédiaire	16
6	Environnement normatif des sociétés de renseignement de solvabilité	17
6.1	Cadre juridique national	17
6.1.1	Loi fédérale sur la protection des données	17
6.1.1.1	Licéité du traitement de données personnelles par des personnes privées.....	17
6.1.1.2	Principes de la bonne foi et de la proportionnalité et finalité	18
6.1.1.3	Principe de la transparence : caractère reconnaissable, devoir d'informer et droit d'accès	18
6.1.1.4	Exactitude des données.....	19
6.1.1.5	Surveillance et certification	20
6.1.1.6	Droits des personnes concernées et dispositions pénales.....	20
6.1.2	Loi fédérale contre la concurrence déloyale.....	20
6.1.3	Interventions du PFPDT et jurisprudence	21
6.2	Autorégulation.....	22
6.3	Perspectives : révision totale de la loi fédérale sur la protection des données	22
6.3.1	Durcissement des conditions s'agissant du motif justificatif de l'évaluation de la solvabilité	23
6.3.2	Amélioration de la transparence du traitement des données personnelles	24
6.3.2.1	Extension du devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles.....	24
6.3.2.2	Devoir d'informer et droit d'accès en cas de décision individuelle automatisée.....	25

Encadrement des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité

6.3.3	Amélioration des possibilités de contrôle de la personne concernée	25
6.3.4	Renforcement des compétences du PFPDT en matière de surveillance...	26
6.3.5	Renforcement du système de sanctions	26
6.3.6	Renforcement de la prévention et de l'autorégulation	26
6.3.6.1	Protection des données dès la conception et par défaut.....	26
6.3.6.2	Analyse d'impact relative à la protection des données personnelles	27
6.3.6.3	Codes de conduite	27
6.3.6.4	Certification	27
6.4	Développements internationaux.....	27
6.4.1	Union européenne	27
6.4.2	Conseil de l'Europe	28
6.4.3	Organisation de coopération et de développement économiques.....	28
6.5	Droit comparé	29
7	Conclusion et solutions proposées dans le rapport Ecoplan.....	30
8	Appréciation et conclusions du Conseil fédéral	31
8.1	Nécessité d'agir dans le domaine de la transparence et concernant les caractéristiques du calcul de la solvabilité.....	31
8.2	Mesures envisageables	32
8.2.1	Remarque préliminaire	32
8.2.2	Inutile d'édicter de nouvelles règles.....	32
8.2.3	Appréciation des solutions proposées dans le rapport Ecoplan	33
8.3	Conclusion et mesures recommandées	35

Résumé

Les activités des sociétés de renseignement de solvabilité revêtent une grande importance pour l'économie suisse. Toutes les personnes qui participent à la vie économique tirent avantage des évaluations de solvabilité qu'elles réalisent. Pourtant, les pratiques de ces sociétés sont régulièrement sous le feu de la critique. Le postulat Schwaab 16.3682 du 16 décembre 2016 chargeait le Conseil fédéral d'étudier la nécessité d'un meilleur encadrement des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité. Cette étude porte aussi bien sur les sociétés concernées que sur les personnes dont la solvabilité est évaluée.

Dans son rapport, le Conseil fédéral parvient à la conclusion que le cadre juridique qui entoure les activités des sociétés de renseignement de solvabilité est adéquat. Il rappelle en outre que les prescriptions en matière de protection des données et la protection des personnes concernées contre le traitement de leurs données seront encore renforcées lors de l'entrée en vigueur de la loi révisée sur la protection des données. Les sociétés de renseignement de solvabilité devront appliquer les nouvelles règles en partie plus strictes à leurs activités. Il n'y a pas lieu dès lors, aux yeux du Conseil fédéral, d'adopter des règles supplémentaires. Vu les moyens existants, le caractère relatif de la problématique et le durcissement à venir de la législation sur la protection des données, il serait notamment disproportionné de mettre en place un système de surveillance spécifique.

Le Conseil fédéral reconnaît toutefois un déficit de transparence. Or cette transparence est indispensable pour que les personnes concernées par une évaluation de leur solvabilité puissent faire exercer leurs prétentions en matière de protection des données. Pour l'améliorer, le Conseil fédéral recommande à la branche d'adapter son code de conduite et d'y inclure des règles visant à renseigner les personnes concernées sur la collecte et la communication d'informations à leur sujet. Il préconise également de renoncer à inclure dans le calcul du score de solvabilité des caractéristiques personnelles, comme le sexe, qui ne disent rien sur la capacité d'une personne donnée d'honorer ses engagements ni sur sa volonté de le faire.

Il reviendra au Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence et aux tribunaux de se prononcer dans les cas concrets sur la conformité des activités des sociétés de renseignement de solvabilité aux règles existantes et futures.

1 Contexte

1.1 Mandat

Le 21 septembre 2016, Jean-Christophe Schwaab, alors député au Conseil national a déposé le postulat 16.3682 intitulé « Encadrement des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité » (ci-après : postulat Schwaab). Le Conseil fédéral a proposé son acceptation le 9 novembre 2016 et le Conseil national l'a adopté le 16 décembre 2016¹.

Le texte déposé est le suivant :

« Le Conseil fédéral est chargé d'étudier la nécessité d'un meilleur encadrement des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité, notamment par le biais de l'introduction de limites claires en matière de méthodes utilisables pour obtenir des informations sur la solvabilité des particuliers et des entreprises. Il étudiera notamment

¹ BO 2016 N 2287

les conséquences juridiques de la diffusion et de l'utilisation d'informations incomplètes ou erronées sur la solvabilité. »

Le développement énonce les éléments ci-après :

« Dans une économie de marché, il doit être possible de se faire une idée de la solvabilité de ses partenaires contractuels potentiels avant de conclure une affaire. Toutefois, s'il est important d'être averti que son partenaire potentiel est peu solvable, une information erronée est extrêmement dommageable pour les deux parties. Celui qui croit que son partenaire n'est pas solvable risque de renoncer à conclure une affaire pour de mauvaises raisons ou d'engager des frais inutiles pour s'assurer contre le risque de contrepartie. Quant à celui qui est considéré à tort comme un débiteur peu solvable, il verra son activité économique entravée parce que personne ne voudra faire affaire avec lui, ou alors à des conditions très défavorables. Souvent, ces particuliers et entreprises considérés à tort comme peu solvables n'auront tout simplement pas accès à des prestations pourtant vitales (bail, crédit, assurances).

Avec l'essor du « big data » sont apparues bon nombre de sociétés spécialisées dans l'évaluation de la solvabilité des particuliers et PME. Ces sociétés notent leur solvabilité, souvent à leur insu, selon des critères plus ou moins sérieux (revenus, situation familiale, poursuites, activité sur les réseaux sociaux, etc.). Il semble que les critères farfelus soient très fréquents et que de très nombreux débiteurs potentiels sont jugés à tort comme peu solvables, au risque de porter atteinte à leur réputation et à leur liberté économique. L'expérience montre qu'il est difficile d'accéder à ses informations, notamment en raison de frais abusifs, et surtout, qu'il est presque impossible de les faire corriger. Quant aux méthodes de notations, elles restent mystérieuses, probablement pour ne pas trahir les critères farfelus sur lesquelles elles se fondent. »

1.2 Démarche adoptée et étude externe

Le Conseil fédéral a chargé le Département fédéral de justice et police (DFJP) de recueillir les informations nécessaires et de se charger des travaux. Celui-ci a préparé le présent rapport sous la direction de l'Office fédéral de la justice (OFJ) et en collaboration avec un groupe de travail interdépartemental composé de membres représentant l'OFJ, le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) et le Secrétariat d'État à l'économie (SECO). Le Conseil fédéral a attendu le vote final du 25 septembre 2020 au Parlement sur la révision totale de la loi fédérale du 19 juin 1992 sur la protection des données (LPD)² pour finaliser et adopter le rapport, et ce afin de pouvoir y inclure le résultat des délibérations parlementaires et de connaître les contours de la législation future.

Aux fins de l'élaboration du présent rapport, l'OFJ a chargé une entreprise privée (ECOPLAN, laquelle a collaboré avec l'étude d'avocats zurichoise niclaw) d'étudier les activités des sociétés de renseignement de solvabilité³ afin de déterminer l'importance du marché en Suisse et son fonctionnement et d'évaluer les éventuels besoins législatifs. ECOPLAN a réalisé une analyse de marché mettant en évidence les catégories de clients, le volume des prestations et le modèle d'affaires. Il a notamment examiné les catégories de données personnelles récoltées, le mode de traitement des données et les problèmes auxquels sont confrontées les personnes dont les données sont traitées (ci-après « personnes concernées »).

² RS 235.1. Révision totale de la LPD, version adoptée par le Parlement le 25 septembre 2020 : FF 2020 7397

³ Voir le ch. 2.1 pour la définition des sociétés de renseignement de solvabilité.

Les auteurs de l'étude ont interrogé l'ensemble des sociétés de renseignement de solvabilité actives en Suisse. Ils ont en outre mené des entretiens avec trois organisations de protection des consommateurs, le PFPDT et l'Union suisse des arts et métiers (usam) et fait des recherches sur Internet et dans la littérature spécialisée. Ils n'ont pris en compte que les sociétés actives sur le marché suisse⁴ et se sont concentrés sur celles qui possèdent leurs propres banques de données (c'est-à-dire qui ne se contentent pas de commercialiser les renseignements de tiers)⁵. Ils n'ont pas du tout inclus dans l'étude les activités des sociétés qui fournissent (ou traitent) des informations économiques, mais qui ne donnent pas de renseignements sur la solvabilité d'une personne (par ex. Business Monitor ou sociétés de recouvrement⁶)⁷. Ils n'ont pas inclus non plus l'Association pour la gestion d'une centrale d'information de crédit (ZEK)⁸ ni l'Association pour la gestion d'un centre de renseignements sur le crédit à la consommation (IKO)⁹.

L'OFJ a reçu le rapport d'ECOPLAN et de ni claw (ci-après : rapport Ecoplan) le 10 octobre 2018. Pour confirmer les résultats de l'étude et approfondir certains points, il a décidé d'un commun accord avec le groupe de travail de mener des auditions complémentaires avec les sociétés Bisnode D&B Suisse, Intrum, CRIF et Creditreform, la Fédération romande des consommateurs (FRC) et la Stiftung für Konsumentenschutz (SKS) en janvier 2019.

Les explications et esquisses de solutions contenues dans le présent rapport se fondent pour une part importante sur le rapport Ecoplan¹⁰ et ces auditions complémentaires.

2 Présentation de la problématique

2.1 Notion de « société de renseignement de solvabilité »

Les sociétés de renseignement de solvabilité sont des entreprises de droit privé qui fournissent à autrui, généralement à titre professionnel et contre rémunération, des renseignements d'ordre économique et des évaluations de la solvabilité de particuliers et d'entreprises¹¹. Elles collectent des données économiques et alimentent souvent une banque de données, en règle générale par anticipation, afin de pouvoir fournir à leurs clients, lorsque le besoin s'en fait sentir, notamment dans la perspective de la conclusion d'un contrat, des évaluations de la solvabilité de personnes physiques ou morales ou de sociétés de personnes avec lesquelles ils envisagent de conclure un contrat¹².

⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 12.

⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 14. À propos de la distinction entre les sociétés qui possèdent leurs propres banques de données et celles qui se contentent de revendre des renseignements à leurs clients, voir le ch. 2.1.

⁶ Voir le rapport du Conseil fédéral du 22 mars 2017 en exécution du postulat Comte 12.3641 « Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement » du 15 juin 2012, qui répond à la question de la nécessité de réglementer ces pratiques, consultable à l'adresse <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2017/2017-03-221.html>.

⁷ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 9.

⁸ La ZEK est une association à but non lucratif dont l'objet est la gestion d'une centrale d'information sur les personnes envisageant de prendre un crédit, un leasing ou une carte de crédit ainsi que sur les engagements et la solvabilité des preneurs de crédit, de leasing et les titulaires de cartes de crédit. Seuls les membres autorisés opérant dans le secteur de la prestation de services financiers ont accès à la banque de données de la ZEK ; voir les informations figurant sur le site de la ZEK : <https://www.zek.ch/fr-ch/a-propos-de-nous> (état au 07.04.2021).

⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 10. L'IKO est une association dont le but est la gestion d'un centre de renseignements sur le crédit à la consommation au sens de l'art. 23 de la loi fédérale du 23 mars 2001 sur le crédit à la consommation (LCC, RS 221.214.1). Seuls les prêteurs qui concluent des crédits et des leasings soumis à la LCC ont accès à la banque de données de l'IKO. Ils ne peuvent utiliser leurs possibilités d'accès que dans la mesure où ils remplissent les obligations prescrites par la LCC en lien avec l'examen de la capacité de contracter un crédit ; voir les informations figurant sur le site de l'IKO : <https://www.iko-info.ch/fr-ch/a-propos-de-nous> (état au 07.04.2021).

¹⁰ Le rapport d'Ecoplan et ni claw du 10 octobre 2018, "Analyse zu den Tätigkeiten der Wirtschaftsauskunfteien, Zuhanden des Bundesamtes für Justiz" (rapport Ecoplan) est consultable à l'adresse www.ofj.admin.ch > Publications & services > Rapports, avis de droit et décisions > Rapports et avis de droit externes.

¹¹ Voir le rapport du Conseil fédéral du 4 juillet 2018 en exécution du postulat Candinas 12.3957 du 28 septembre 2012 « Lutte contre les débiteurs qui veulent échapper à leurs dettes en déménageant » (ci-après rapport po. Candinas), p. 14, consultable à l'adresse <https://www.ejpd.admin.ch/ejpd/fr/home/aktuell/news/2018/2018-07-04.html> (état au 07.04.2021).

¹² Voir le rapport po. Candinas (nbp 11), p. 14.

Le rapport Ecoplan distingue deux catégories de sociétés de renseignement de solvabilité : premièrement, celles qui exploitent une banque de données et élaborent elles-mêmes leurs renseignements (par ex. CRIF, Creditreform, Bisnode D&B Suisse et Intrum), qu'il qualifie de sociétés de renseignement de solvabilité au sens étroit¹³ et, deuxièmement, celles qui ne disposent pas d'une banque de données et se contentent de revendre à leurs clients les renseignements d'autres sociétés (par ex. Easymonitoring et Moneyhouse)¹⁴. Les secondes fournissent surtout des renseignements issus du registre du commerce et d'autres données publiques et commercialisent les renseignements d'autres sociétés (par ex. de CRIF)¹⁵. Elles sont qualifiées dans le rapport Ecoplan de sociétés de renseignement de solvabilité au sens large¹⁶.

2.2 Importance des sociétés de renseignement de solvabilité

Le Conseil fédéral reconnaît l'importance des activités des sociétés de renseignement de solvabilité pour l'économie suisse dans son ensemble. L'intérêt des évaluations de solvabilité est grand pour toutes les personnes qui prennent part à la vie économique, et notamment pour celles qui sont actives dans la vente par correspondance¹⁷. Les renseignements fournis permettent aux entreprises de déterminer si leurs clients ou partenaires commerciaux potentiels sont disposés à et en mesure d'honorer leurs engagements financiers et d'éviter les défauts de paiement ou tout du moins d'en évaluer le risque. Une entreprise qui fournit des prestations avant paiement, en particulier, a besoin de connaître la situation économique de ses partenaires contractuels (potentiels)¹⁸.

Les registres publics, comme le registre du commerce, fournissent certaines informations économiques, mais donnent un aperçu incomplet de la situation financière actuelle d'éventuels clients ou partenaires commerciaux. De même, les extraits du registre des poursuites ne sont pas très parlants. Ils peuvent donner une idée fautive s'ils sont lacunaires, par exemple lorsque la personne en question a déménagé¹⁹. Les données des sociétés de renseignement permettent d'affiner l'évaluation de la solvabilité, si bien que la demande est forte : chaque société fournit chaque année d'1 à 30 millions de renseignements²⁰. Selon le rapport Ecoplan, presque toutes les branches, de même que des entités étatiques (comme l'Administration fédérale des douanes ou La Poste suisse SA), ont recours à des évaluations de solvabilité²¹. D'après les indications des sociétés concernées, plus de 70 000 entreprises (surtout des PME) utilisent leurs services²². L'importance des renseignements fournis s'accroît avec le développement du commerce en ligne et du paiement électronique, et ce d'autant que les achats sur facture sont très répandus en Suisse²³.

Lors des auditions complémentaires, les sociétés de renseignement de solvabilité ont souligné que, sans les services qu'elles offrent, il y aurait davantage de défauts de paiement et que ce sont au final les consommateurs qui devraient supporter le coût des poursuites judiciaires et de l'insolvabilité. Elles ont en outre relevé que leurs renseignements contribuaient à éviter que des personnes déjà insolubles continuent à acquérir des biens sur facture et génèrent des dettes supplémentaires. Elles estiment que les entreprises qui

¹³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 14 et 30.

¹⁴ Voir la distinction opérée entre ces deux catégories dans le rapport Ecoplan, pp. 14 ss.

¹⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 16

¹⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 14 et 16

¹⁷ Voir le rapport po. Candinas (nbp 11), p. 14.

¹⁸ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 17 s.

¹⁹ Voir le rapport Candinas (nbp 11), pp. 15 ss et 21.

²⁰ Les quatre grandes sociétés de renseignement de solvabilité (CRIF, Creditreform, Bisnode D&B Suisse et Intrum) fournissent toutes sociétés confondues quelque 57 millions de renseignements par an, rapport Ecoplan (nbp 10), p. 20.

²¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 17 et 21 ss

²² Comme l'ont indiqué les sociétés de renseignement de solvabilité lors des auditions complémentaires.

²³ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 18

recourent à leurs services ne permettront plus les achats sur facture si elles ne peuvent plus vérifier la solvabilité de leurs clients potentiels par les moyens classiques ou alors qu'elles devront recourir à d'autres moyens si elles veulent rester compétitives par rapport aux prestataires étrangers qui continuent d'offrir la possibilité de faire des achats sur facture.

2.3 Critique des pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité

Les organisations de protection des consommateurs et les médias critiquent régulièrement les pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité, voire les jugent illicites²⁴. Ils dénoncent principalement :

- le manque de transparence de la collecte de données et des méthodes d'évaluation de la solvabilité ;
- le caractère superflu et l'inexactitude de certaines des données collectées ;
- la difficulté qu'ont les personnes concernées à faire valoir leurs droits ;
- les conséquences économiques qu'ont à subir les personnes concernées lorsque des données inexactes relatives à leur solvabilité ont été communiquées à des tiers (notamment leurs partenaires commerciaux potentiels).

Le postulat critique les mêmes aspects : manque de transparence du traitement des données et de l'évaluation de la solvabilité, méthodes de calcul du score de solvabilité, manque d'exactitude des données, conséquences de la transmission des données, difficulté pour les personnes concernées d'accéder à leurs données et de les faire rectifier²⁵.

Le rapport Ecoplan montre que la SKS et la FRC sont saisies chaque année d'une trentaine de dénonciations de consommateurs en rapport avec les activités de sociétés de renseignement de solvabilité. Le PFPDT en reçoit quant à lui de 100 à 160 par an²⁶. Il s'agit exclusivement de personnes physiques. Toujours selon le rapport Ecoplan, l'usam non plus n'a pas connaissance de dénonciations provenant de personnes morales ou de sociétés de personnes²⁷. Le rapport évoque un nombre de dénonciations resté stable au cours des dernières années. Ce nombre est en général en augmentation lorsque les médias s'emparent du sujet et qu'il gagne en visibilité²⁸.

D'après les renseignements fournis par les organisations de protection des consommateurs, les dénonciations proviennent souvent de consommateurs désireux de procéder à un achat (par ex. une commande en ligne), mais se trouvant dans l'incapacité de le faire ou alors seulement contre paiement préalable²⁹. Les personnes concernées découvrent, souvent à cette occasion précise, qu'il existe des sociétés de renseignement de solvabilité et qu'elles ont collecté des données à leur sujet³⁰. Elles déplorent, selon ce que rapportent les

²⁴ Voir par ex. l'article de la FRC du 20 avril 2012 « Bons ou mauvais payeurs : tous fichés ! », consultable à l'adresse <https://www.frc.ch/bons-ou-mauvais-payeurs-tous-fiches/> (état au 07.04.2021), l'article de Kassensturz du 12 juin 2018 « Riesenärger für Konsumenten mit falschen Bonitätsauskünften », consultable à l'adresse <https://www.srf.ch/news/schweiz/private-wirtschaftsdatenbanken-riesenaerger-fuer-konsumenten-mit-falschen-bonitaetsauskuenften> (état au 07.04.2021), l'article de la SKS du 19 juin 2012 « Täglich massenhaft Verstösse gegen das Datenschutzgesetz », consultable à l'adresse <https://www.konsumentenschutz.ch/medienmitteilungen/taglich-massenhaft-verstosse-gegen-das-datenschutzgesetz/> (état au 07.04.2021), l'article du Temps du 11 janvier 2019 « Ficher les mauvais payeurs ? Rien de plus simple en Suisse » (état au 07.04.2021), consultable à l'adresse <https://www.letemps.ch/economie/ficher-mauvais-payeurs-rien-plus-simple-suisse> ou encore l'article du Matin Dimanche du 23 novembre 2019 « Ces firmes qui nous disent insolubles, mais se fichent de leurs erreurs », consultable à l'adresse <https://www.24heures.ch/lematindimanche/accueil/firmes-disent-insolubles-fichent-erreurs/story/23128562> (état au 07.04.2021).

²⁵ À propos de ces critiques, voir le texte du postulat au ch. 1.1.

²⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 38 et 40

²⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 37

²⁸ Par ex. lors de la publication de l'arrêt Moneyhouse (voir le ch. 6.1.3), rapport Ecoplan (nbp 10), p. 38

²⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 37

³⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 37

organisations, qu'on ne les ait pas informées de cette collecte³¹. Elles ne lisent pas en principe les conditions générales contenant ce genre d'informations³². Certaines disent ne pas savoir non plus quelles données ont été collectées, combien de temps elles seront conservées ni comment faire pour y avoir accès ou les faire rectifier ou effacer³³.

Outre le manque de transparence, les consommateurs se plaignent selon les dires des organisations interrogées des renseignements inexacts fournis quant à leur solvabilité. Ils n'arrivent pas à déterminer comment leur solvabilité est évaluée. Ils demandent souvent conseil pour savoir comment s'y prendre pour soumettre une demande de renseignements aux sociétés concernées³⁴. Lors des auditions complémentaires, les organisations de protection des consommateurs ont déploré l'absence de vérification régulière de l'exactitude des données. Or il peut s'écouler beaucoup de temps entre le moment où les sociétés fournissent des données de solvabilité à leurs clients et celui où les personnes concernées subissent les conséquences d'une évaluation négative et le cas échéant erronée de leur solvabilité. Cela dit, il faut noter, d'après le rapport Ecoplan et également de l'avis des organisations de protection des consommateurs, que les sociétés de renseignement de solvabilité traitent en principe de manière satisfaisante les demandes de renseignements, de rectification ou d'effacement des données qui leurs sont adressées³⁵.

Lors des auditions complémentaires, les organisations de protection des consommateurs ont également souligné qu'une évaluation négative de leur solvabilité ne devait en aucun cas conduire les personnes concernées à fournir des informations aux sociétés pour faire rectifier leurs données. Elles ont considéré qu'il était tout aussi intolérable de devoir fournir des données pour éviter une mauvaise évaluation. Il est à relever que l'absence de données au sujet d'une personne génère un message d'erreur lors de l'interrogation d'une banque de données de solvabilité, ce qui peut être interprété au détriment de cette personne (ch. 3.6).

Le PFPDT s'est également penché sur les pratiques des sociétés de renseignement de solvabilité et est intervenu à plusieurs reprises dans ce domaine (ch. 6.1.3).

2.4 Marché du renseignement de solvabilité

Le rapport Ecoplan fait état de sept sociétés actives dans le renseignement de solvabilité en Suisse, c'est-à-dire de sept sociétés qui élaborent des renseignements de solvabilité et/ou les commercialisent³⁶. Quatre d'entre elles (les sociétés de renseignement de solvabilité au sens étroit : CRIF, Creditreform, Bisnode D&B Suisse et Intrum) compilent elles-mêmes les données économiques et en déduisent le score de solvabilité des personnes concernées³⁷. À elles quatre, elles fournissent des renseignements à quelque 50 000 clients, principalement des entreprises de différentes branches³⁸. Parmi leurs clients principaux figurent des sociétés de services financiers, des sociétés marchandes en ligne et des entreprises de téléphonie, mais aussi des entreprises des secteurs de la logistique, de la gastronomie, de la construction et de la santé et le secteur public³⁹. Wys Muller Renseignements commerciaux, plus petite, fait également partie de ce groupe et produit sur demande des rapports sur mesure⁴⁰.

³¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 37

³² Auditions complémentaires du 16 janvier 2019 : voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 41 et 54.

³³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 37 s.

³⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 38

³⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 38, 54 et 68

³⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 14

³⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 14 ; voir également le ch. 2.1.

³⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 2, voir également la p. 22.

³⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 22 s.

⁴⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 15

Les sociétés de la seconde catégorie (sociétés de renseignement de solvabilité au sens large comme Easymonitoring ou Moneyhouse) ne disposent pas selon le rapport Ecoplan de leurs propres banques de données et commercialisent surtout des données publiques et des renseignements d'autres sociétés⁴¹. Leur clientèle se compose essentiellement de petites et moyennes entreprises (PME)⁴².

Le marché du renseignement de solvabilité est en forte expansion depuis ces deux dernières décennies, ce qui s'explique principalement par l'explosion du commerce en ligne⁴³. Les sociétés actives dans ce secteur traitent plusieurs milliers de demandes par jour, essentiellement automatisées, et environ 57 millions par an⁴⁴. Lors des auditions complémentaires, les sociétés interrogées ont même évoqué le nombre de plus de 70 millions de renseignements par an. Selon le rapport Ecoplan, le chiffre d'affaires annuel des quatre grandes sociétés suisses est de l'ordre de 100 millions de francs⁴⁵. Le rapport montre qu'il n'est pas possible de déterminer précisément le chiffre d'affaires des autres sociétés (sociétés de renseignement de solvabilité au sens large), mais qu'il n'est vraisemblablement pas aussi élevé⁴⁶. Les sociétés de renseignement de solvabilité estiment que leur chiffre d'affaires continuera de croître à un taux stable de 3 à 5 % par an⁴⁷. Lors des auditions complémentaires, elles ont souligné ne pas s'attendre à ce que de nouveaux acteurs pénètrent le marché. Elles ont au contraire assisté à une consolidation au cours des dernières années, CRIF ayant par exemple repris progressivement d'autres prestataires d'informations économiques (dont Orell Füssli Wirtschaftsinformationen ou OFWI Teledata).

3 Modèle d'affaires

3.1 Type et contenu des renseignements de solvabilité

Le rapport Ecoplan montre que le degré de détail des renseignements fournis varie en fonction des besoins du groupe de clients considéré. Le secteur financier (par ex. en cas de demande de crédit) requiert des informations détaillées, en règle générale le score exact de solvabilité (ch. **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**) accompagné d'autres informations. Dans le commerce en ligne, des informations à caractère global suffisent en principe. Les sociétés marchandes recourent d'ordinaire à des feux tricolores – « vert » signifiant qu'il n'y a pas d'informations négatives disponibles, « jaune » qu'il y en a certaines et « rouge » que la solvabilité n'est pas bonne⁴⁸ – qui leur permettent de prendre des décisions rapides, et notamment de déterminer les moyens de paiement qu'ils souhaitent offrir à l'acheteur en question⁴⁹ et de lui refuser une commande sur facture si sa solvabilité est insuffisante⁵⁰. Depuis peu, CRIF, en plus de ses renseignements de solvabilité destinés aux entreprises, propose le service « myCRIFdata », qui permet aux abonnés de consulter et de gérer leurs données⁵¹.

Lors des auditions complémentaires, les sociétés de renseignement de solvabilité ont souligné que ce sont au final leurs clients qui décident s'ils veulent conclure un contrat avec les personnes concernées et quelles seront les modalités de paiement admises (commande

⁴¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 14 et 16

⁴² Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 23

⁴³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 18

⁴⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2 et 23

⁴⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 2, 19 et 23

⁴⁶ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 19.

⁴⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 21

⁴⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 25

⁴⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 25 s.

⁵⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 26

⁵¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 26

sur facture, paiement en liquide, par carte de crédit ou d'avance)⁵². Elles considèrent qu'elles-mêmes ne font que leur fournir des aides à la décision et que les données qu'elles leur transmettent ne sont que des paramètres venant s'intégrer à leur propre système d'évaluation.

3.2 Paiement des renseignements

Selon le rapport Ecoplan, les quatre grandes sociétés pratiquent des tarifs en fonction de la fréquence d'obtention des renseignements, du volume du contrat de vente potentiel et de l'utilité que leurs clients retirent des renseignements⁵³. Il arrive souvent que les clients conviennent avec les sociétés d'un nombre approximatif d'interrogations de la banque de données par an et qu'ils s'acquittent d'un montant forfaitaire. Mais les sociétés proposent également des modèles de paiement par renseignement obtenu⁵⁴.

3.3 Type de données personnelles traitées

Le rapport Ecoplan indique que presque toutes les sociétés collectent des données tant sur les personnes physiques que sur les personnes morales⁵⁵ et disposent de données sur une grande partie d'entre elles⁵⁶. Elles réunissent des données sur toutes les entreprises inscrites au registre du commerce et aussi sur des entreprises qui n'y sont pas inscrites⁵⁷.

Les données collectées proviennent de différentes sources⁵⁸ et, comme il ressort du rapport Ecoplan et des auditions complémentaires, se répartissent en deux catégories : données d'identification des personnes concernées et données permettant d'évaluer leur solvabilité⁵⁹. *Pour identifier* les personnes physiques, les sociétés prélèvent leur nom, leur prénom, leur date de naissance et leur adresse, parfois aussi leurs numéros de téléphone, leurs adresses de messagerie électronique, leur profession, leur état civil, leur sexe et leur lieu d'origine. Selon le rapport Ecoplan, ces données proviennent de revendeurs d'adresses ou de registres publics (par ex. Swisscom Directories), des services des habitants ou, lorsqu'il s'agit d'entreprises individuelles, du registre du commerce. Il y a aussi, dans une moindre mesure, un échange d'informations entre les sociétés de renseignement⁶⁰. Pour identifier les personnes morales, elles ont recours au numéro d'identification des entreprises (IDE) attribué par l'Office fédéral de la statistique. Elles s'appuient en outre souvent sur des numéros d'identification univoques qu'elles attribuent elles-mêmes aux personnes morales et utilisent dans leurs banques de données. Le nom, le siège, la date de fondation, la forme juridique, les adresses antérieures ou le code NOGA (code de la branche) sont d'autres éléments qui servent à identifier les personnes morales⁶¹. *Pour évaluer la solvabilité* des personnes concernées, les sociétés réunissent surtout des informations sur leurs habitudes de paiement. Celles-ci proviennent, en fonction des sociétés, d'activités de recouvrement qu'elles ou d'autres ont menées (par ex. poursuites, procédures de faillite et actes de défaut de biens impayés) ou des expériences (positives et négatives) dont leur ont fait part leurs

⁵² Voir également le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 34.

⁵³ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 19

⁵⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 19

⁵⁵ Il arrive aussi que des données de personnes physiques soient mises en relation avec celles de personnes morales. Les renseignements sur une personne physique indiquent par ex. aussi si cette personne est impliquée dans une faillite d'entreprise ; rapport Ecoplan (nbp 10), p. 28.

⁵⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 28. Selon les renseignements fournis par les sociétés de renseignement de solvabilité, l'une d'entre elles dispose de données sur environ 6 millions de personnes physiques, une autre sur quelque 95 % de la population active suisse et une autre sur 85 à 90 % de la population suisse âgée de plus de 18 ans ; rapport Ecoplan (nbp 10), p. 28, note de bas de page 36.

⁵⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 28

⁵⁸ Voir également le rapport po. Candinas (nbp 11), p. 14

⁵⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 28

⁶⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 29 ; auditions complémentaires

⁶¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 29

clients et membres (par ex. rappels réitérés)⁶². Les sociétés demandent aussi des extraits du registre des poursuites lorsqu'il s'agit de personnes physique et que leurs clients peuvent prouver un intérêt à les obtenir⁶³. Les sociétés disent ne pas utiliser de données relatives au salaire ou à l'état civil ou de données personnelles figurant sur les réseaux sociaux⁶⁴. Elles déclarent par ailleurs ne pas établir de profils de la personnalité et ne pas traiter de données sensibles (par ex. relatives à la santé ou aux opinions politiques)⁶⁵. Une société a indiqué utiliser des données relatives au sexe et au lieu de résidence (voir les ch. 3.5 et 5)⁶⁶. Pour les données relatives aux personnes morales, elles recourent aussi à des informations publiques du registre du commerce et de la feuille officielle suisse du commerce et à des entretiens avec les entreprises concernées. Certaines sociétés exploitent par ailleurs des informations issues des rapports annuels ou de la presse⁶⁷.

3.4 Durée de conservation des données personnelles

Selon le rapport Ecoplan, les sociétés ont insisté sur le fait que les données qui ne sont plus actuelles ont moins de poids dans l'évaluation de la solvabilité, voire sont éliminées de la banque de données⁶⁸. Elles soulignent qu'en général, elles effacent de leurs banques les données qui ne sont plus nécessaires à l'évaluation de la solvabilité⁶⁹.

3.5 Calcul du score de solvabilité

Conformément au rapport Ecoplan, toutes les sociétés calculent un score de solvabilité, c'est-à-dire un nombre absolu d'autant plus élevé que la solvabilité de la personne concernée est bonne. Tant pour les personnes physiques que morales, elles le déterminent pour l'essentiel en fonction des expériences rassemblées quant aux habitudes de paiement de la personne en question⁷⁰. Une société a indiqué qu'elle se fondait sur des probabilités statistiques pour concrétiser le score, en tenant compte de caractéristiques personnelles comme le sexe ou le lieu de résidence⁷¹. En général, elles calculent le score de solvabilité en utilisant des modèles de régression fondés sur la probabilité statistique d'un défaut de paiement⁷². Pour que leurs clients puissent comprendre la signification du score, elles utilisent, toujours selon le rapport Ecoplan, des outils tels que des feux tricolores⁷³.

Du point de vue des auteurs du rapport Ecoplan, les personnes concernées ont du mal à comprendre comment (avec quelles données ? selon quelle pondération ?) le score de solvabilité est calculé⁷⁴. Le fait que les sociétés de renseignements de solvabilité recourent à des modes de calcul différents complique encore la chose⁷⁵. Mais la formule utilisée est au cœur du modèle d'affaires de chaque société et constitue donc un secret commercial⁷⁶.

Lors des auditions complémentaires, les sociétés ont déclaré que le calcul du score de solvabilité reposait sur des méthodes statistiques internationalement reconnues. Elles ont cependant admis que ce score pouvait fortement varier en fonction des pratiques de chaque société. Selon leurs indications, 15 % des personnes concernées obtiennent le score le plus

⁶² Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 29 s. ; auditions complémentaires

⁶³ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 30 ; voir également le rapport po. Candinas (nbp 11), p. 14.

⁶⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 30

⁶⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4, 50, 52 et 64

⁶⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 30 et 33

⁶⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 30

⁶⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 32 et 50

⁶⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 50

⁷⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 33

⁷¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 30 et 33. À propos des problèmes que posent ces caractéristiques, voir le ch. 5.

⁷² Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 33 s.

⁷³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 34

⁷⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4, 51 et 65.

⁷⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 51 et 65

⁷⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3, 33, 51 et 65

élevé, 70 % un score moyen et 15 % seulement un score faible. Une société a même indiqué que 90 % des personnes concernées obtenaient le score le plus élevé. Les sociétés ont en outre insisté sur le fait qu'elles et leurs clients avaient un intérêt commercial commun à ce que les renseignements fournis soient exacts⁷⁷.

3.6 Bonnes pratiques et traitement des demandes de renseignements, de rectification et d'effacement des données

Pour garantir le respect de la loi sur la protection des données, les quatre grandes sociétés de renseignement de solvabilité ont, selon leurs propres dires, engagé des conseillers à la protection des données⁷⁸. Selon le rapport Ecoplan, les sociétés organisent en outre des formations internes, donnent des instructions à leurs collaborateurs (à la manière d'un code de conduite), recourent à des déclarations de confidentialité et ont des commissions d'éthique ou des antennes neutres pour les lanceurs d'alerte. Elles n'ont par contre nullement évoqué de systèmes de surveillance leur permettant de vérifier si leurs clients respectaient les dispositions en vigueur⁷⁹. Certaines sociétés vérifient par échantillonnage au moment où elles fournissent les renseignements si leur clients peuvent prouver un intérêt à les obtenir⁸⁰. Conformément à l'art. 13, al. 2, let. c, LPD, elles ne sont en effet autorisées à transmettre à des tiers que les données relatives à la solvabilité dont ceux-ci ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée (ch. 6.1.1.1). Selon leurs dires, les entreprises clientes confirment lors de la conclusion du contrat qu'elles ont un intérêt légitime à obtenir les renseignements de solvabilité demandés⁸¹.

D'après le constat des auteurs du rapport Ecoplan, les sociétés traitent les demandes de renseignements, de rectification et d'effacement des données dans le respect des dispositions légales⁸². Elles répondent gratuitement aux demandes de renseignements, tout en respectant les délais légaux⁸³. En cas de demande de rectification ou d'effacement de données, elles se limitent aux données qui figurent dans leurs propres banques. Les données initiales continuent donc d'être disponibles auprès des entités qui les leur ont communiquées, par ex. des sociétés de recouvrement⁸⁴. Le rapport Ecoplan souligne par ailleurs que les personnes qui font des demandes d'effacement de données les retirent souvent lorsqu'elles sont avisées des conséquences d'une radiation de leur banque de données⁸⁵ : le message d'erreur « personne introuvable » s'affiche⁸⁶, ce que les personnes désireuses d'obtenir des renseignements de solvabilité interprètent en général de manière négative⁸⁷.

⁷⁷ Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 32.

⁷⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 35 et 54

⁷⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 35

⁸⁰ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 25, 35 et 48 s.

⁸¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 25

⁸² Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4, 35 s., 38, 54 et 68

⁸³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 35, 38 et 54

⁸⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 35

⁸⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 35

⁸⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 35 s.

⁸⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 36

4 Qualité des données et information des personnes concernées

4.1 Qualité des données

4.1.1 Sources d'erreurs

D'après le rapport Ecoplan et les auditions complémentaires, la principale source d'erreurs consiste en une mauvaise identification de la personne concernée⁸⁸. Les sociétés sont d'avis qu'un identifiant public univoque des personnes résoudrait le problème⁸⁹. Pour limiter le risque de se tromper, les sociétés se procurent la date de naissance et le numéro de téléphone de la personne concernée en plus de son identité et de son adresse⁹⁰. Elles indiquent que divers processus automatiques leur permettent d'actualiser leurs banques de données, d'y faire du tri, de faire des tests de plausibilité et d'intervenir manuellement en cas de doute⁹¹. Elles corrigent les inscriptions erronées si elles en ont le droit⁹². Elles soulignent qu'elles ont un intérêt commercial à ce que la qualité de leurs données soit aussi bonne que possible⁹³.

4.1.2 Nombre de faux renseignements

Le Conseil fédéral n'a pas connaissance du nombre exact de faux renseignements fournis⁹⁴. Lors des auditions complémentaires, les sociétés ont estimé à 200 environ le nombre de cas dans lesquels des informations relatives aux habitudes de paiement ont été attribuées à la mauvaise personne. Ce chiffre est à mettre en relation avec le nombre total de renseignements fournis⁹⁵ : le rapport Ecoplan indique à ce sujet qu'il y a peu de signalements de données erronées et relativement peu de dénonciations en proportion du nombre de renseignements fournis chaque année⁹⁶. Ses auteurs estiment que le principe de l'exactitude des données⁹⁷ est respecté dans la majorité des cas⁹⁸. Les sociétés ont par ailleurs confirmé lors des auditions complémentaires avoir mis en œuvre diverses mesures (tests de plausibilité, personnel chargé de la qualité des données, comparaisons de données, etc.) pour vérifier l'exactitude des données et le cas échéant les corriger. Elles ont indiqué que les personnes concernées pouvaient de plus leur demander en tout temps qu'elles effacent leurs données personnelles ou des informations relatives à des poursuites injustifiées ou encore des informations erronées relatives à leurs habitudes de paiement⁹⁹. Les auteurs du rapport Ecoplan considèrent néanmoins qu'il est problématique que les sociétés délèguent en partie aux personnes concernées l'initiative de faire rectifier leurs données et donc d'en assurer la qualité¹⁰⁰.

4.1.3 Conséquences des renseignements erronés

Le rapport Ecoplan et les auditions complémentaires montrent que des renseignements erronés ou incomplets peuvent entraîner à tort une évaluation négative de la solvabilité et empêcher injustement les personnes concernées de conclure un contrat, d'obtenir un crédit

⁸⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4, 31, 53, 65 et 67

⁸⁹ Selon les explications fournies lors des auditions complémentaires ; voir également le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 31.

⁹⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 31 et 53

⁹¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 31

⁹² Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 32 ; voir également la p. 35.

⁹³ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 32

⁹⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 68.

⁹⁵ Concernant le nombre de renseignements fournis, voir le ch. 2.4.

⁹⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 53 ; concernant le nombre de dénonciations adressées aux organisations de protection des consommateurs et au PFPDT, voir le ch. 2.3.

⁹⁷ Voir le ch. 6.1.1.4.

⁹⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 55

⁹⁹ Voir également le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 35.

¹⁰⁰ Voir à ce sujet le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 53, voir également la p. 65.

ou de réaliser un paiement sur facture¹⁰¹. Les restrictions dont elles font l'objet sont toutefois relatives¹⁰². Premièrement, le nombre de cas signalés est faible par rapport à la masse des renseignements fournis (et ce même si tous les cas ne sont vraisemblablement pas connus)¹⁰³. Deuxièmement, une évaluation insuffisante n'implique en général (en particulier dans le commerce en ligne) qu'une limitation du choix des moyens de paiement (paiement préalable plutôt que sur facture)¹⁰⁴. Il s'agit d'ailleurs la plupart du temps de transactions courantes telles que des achats en ligne et relativement rarement de contrats importants comme des contrats de bail¹⁰⁵, sans compter que les personnes concernées peuvent le cas échéant se tourner vers d'autres prestataires¹⁰⁶.

4.2 Information des personnes concernées

Le rapport Ecoplan et les auditions complémentaires font état du fait que les sociétés n'informent pas directement les personnes concernées qu'elles collectent des données et fournissent des renseignements de solvabilité à leur sujet. Leur pratique consiste plutôt à obliger leurs clients à informer leurs propres clients (soit les personnes concernées) qu'ils demandent des renseignements de solvabilité à des sociétés spécialisées¹⁰⁷. Lors des auditions complémentaires, les sociétés ont rappelé que de nombreuses grandes entreprises se réservaient le droit, dans leurs conditions générales ou dans leur politique de confidentialité, de recueillir des informations sur leurs clients auprès de sociétés de renseignement de solvabilité¹⁰⁸. Le rapport souligne néanmoins qu'il n'est pas sûr que ces informations figurent bel et bien dans les conditions générales et que, lorsque c'est le cas, elles n'y figurent pas forcément de manière visible¹⁰⁹. Les sociétés de renseignement de solvabilité n'en font d'ailleurs pas vérification au cas par cas¹¹⁰. Les clients de ces sociétés, dans leurs conditions générales également, informent les personnes concernées qu'elles sont susceptibles de transmettre des données à des tiers (notamment à des sociétés de renseignement de solvabilité)¹¹¹. Mais les personnes concernées l'ignorent, quand bien même une telle clause figurerait dans les conditions générales, car elles les lisent rarement¹¹².

Les organisations de protection des consommateurs comme les auteurs du rapport Ecoplan perçoivent un manque de transparence dans la collecte et la transmission de données (voir le ch. 5)¹¹³, au contraire des sociétés, qui croient que les personnes concernées sont suffisamment informées et qu'il n'est pas nécessaire d'agir en la matière¹¹⁴. Les sociétés misent sur l'autorégulation pour améliorer la situation¹¹⁵. Elles ont adopté un code de conduite le 21 avril 2020 (ch. 6.2)

¹⁰¹ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3, 64 et 67.

¹⁰² Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3, 40 s., 64 et 67.

¹⁰³ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 40 et 64, voir également les pp. 3 et 67.

¹⁰⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 3, voir également les pp. 64 et 67.

¹⁰⁵ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 et 40 s., voir également la p. 67.

¹⁰⁶ Selon les auditions complémentaires.

¹⁰⁷ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 31, 49 et 65.

¹⁰⁸ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 31, 49 et 65.

¹⁰⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 31 ; voir aussi les pp. 54 et 65, où les auteurs partent du principe que ces informations figurent bien dans les conditions générales.

¹¹⁰ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 31

¹¹¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 30, 49, 54 et 65. En cas de recouvrement (par ex. lorsqu'un commerçant en ligne cède sa créance à une société de recouvrement), la personne concernée se voit aviser que cette information sera transmise à une société de renseignement de solvabilité, rapport Ecoplan (nbp 10), p. 30. Lors des auditions complémentaires, les sociétés ont par ailleurs évoqué que leurs clients informaient les personnes concernées, par ex. après des rappels réitérés, de la communication de leurs habitudes de paiement à des sociétés de renseignement de solvabilité.

¹¹² Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 54 et 65.

¹¹³ Auditions complémentaires. Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 36 ss et 49 s. ainsi que 54 et 65.

¹¹⁴ Auditions complémentaires. Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 49.

¹¹⁵ Auditions complémentaires

5 Conclusion intermédiaire

Les auteurs du rapport Ecoplan parviennent à la conclusion que la situation est moins problématique que ce que décrit le postulat Schwaab¹¹⁶. Ils estiment que les sociétés de renseignement de solvabilité se fondent principalement sur des informations concernant les habitudes de paiement des personnes concernées et qu'elles recueillent les données dont elles ont besoin pour les identifier. Pour eux, il n'y a que peu de données erronées au regard de la masse de renseignements que les sociétés fournissent chaque année. Ils relativisent en outre les conséquences des faux renseignements fournis : si l'évaluation de la solvabilité s'avère insuffisante, la personne concernée a juste un choix restreint de moyens de paiement (paiement préalable plutôt que sur facture). Ils soulignent que les sociétés traitent les demandes de renseignements, de rectification et d'effacement de données qui leur sont adressées dans le respect des normes légales. Ils constatent enfin que certaines critiques figurant dans le postulat ne correspondent pas à la réalité, notamment le fait que les sociétés utilisent des critères d'évaluation manquant de sérieux ou qu'elles réclament des frais abusifs¹¹⁷.

Le rapport Ecoplan confirme le manque de transparence, puisque les personnes concernées ne sont guère au courant que les sociétés traitent (c'est-à-dire collectent et transmettent) des données à leur sujet. Elles ne savent ni de quelles données il s'agit ni sur quels critères les sociétés s'appuient pour évaluer leur solvabilité¹¹⁸. Les auteurs du rapport estiment qu'il est nécessaire d'agir sur ce plan, eu égard également au principe de la bonne foi. S'ils considèrent que les sociétés sont trop peu transparentes, ils relèvent aussi que les consommateurs ne s'informent pas assez¹¹⁹. Ils imputent le manque de transparence dans la collecte de données entre autres au fait qu'il n'existe pas de relation contractuelle directe entre les sociétés de renseignement de solvabilité et les consommateurs¹²⁰. Seules les conditions générales des clients des sociétés de renseignement de solvabilité informent les consommateurs de la collecte et éventuellement de la transmission de données relatives à leur solvabilité¹²¹. Les auteurs pensent que cette information ne suffit pas¹²². Selon eux, les personnes concernées devraient en outre savoir quelles données entrent dans le calcul de leur score de solvabilité¹²³. Il s'impose à leur avis de renforcer les mécanismes qui favorisent une mise en œuvre effective des principes existants, et notamment du principe de transparence¹²⁴. Bien que les sociétés soient les principaux destinataires de leur appel à améliorer la transparence, ils engagent aussi les consommateurs à s'informer sur le devenir de leurs données lorsqu'ils concluent des actes juridiques¹²⁵.

Le rapport Ecoplan relève que le manque de transparence du traitement des données a des conséquences pour les personnes concernées lorsqu'elles veulent faire valoir leur droit d'accéder aux données collectées, de les faire rectifier ou effacer¹²⁶. Car si elles ne savent rien du traitement de leurs données, il est impossible pour elles de remettre en question et de vérifier l'exactitude des données traitées et l'utilisation qui en est faite.

¹¹⁶ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 67 s.

¹¹⁷ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 67 s.

¹¹⁸ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 36 et 67 s.

¹¹⁹ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 65 ss

¹²⁰ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 65.

¹²¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 65 ; voir également le ch. 4.2.

¹²² Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 50

¹²³ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 51.

¹²⁴ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 66 ; voir également le ch. 7.

¹²⁵ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4 et 67.

¹²⁶ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 54

Les auteurs du rapport demandent par ailleurs aux sociétés de faire des efforts continus pour réduire encore la proportion de faux renseignements et, en particulier, de veiller à ce que les données soient attribuées à la bonne personne¹²⁷.

6 Environnement normatif des sociétés de renseignement de solvabilité

6.1 Cadre juridique national

Les sociétés de renseignement de solvabilité doivent exercer leurs activités en respectant notamment les prescriptions légales déterminantes de la loi sur la protection des données (LPD) et de la loi fédérale du 19 décembre 1986 contre la concurrence déloyale (LCD)¹²⁸. La LPD détermine les prescriptions que les responsables du traitement et, partant, les sociétés, doivent respecter lors du traitement de données personnelles : ce sont celles qui s'appliquent aux personnes privées¹²⁹. La LCD vise à garantir une concurrence loyale et qui ne soit pas faussée, et limite par conséquent les activités des sociétés à cet égard¹³⁰. Ces activités ne font pas en Suisse l'objet de lois spéciales¹³¹.

6.1.1 Loi fédérale sur la protection des données

Le présent chapitre expose les principes du droit de la protection des données les plus pertinents pour les activités des sociétés de renseignement de solvabilité.

6.1.1.1 Licéité du traitement de données personnelles par des personnes privées

Les art. 12 et 13 LPD règlent la licéité du traitement de données personnelles par des personnes privées. Conformément à l'art. 12, al. 1, LPD, quiconque traite des données personnelles ne doit pas porter une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées¹³². L'art. 12, al. 2 contient une liste non exhaustive de situations entraînant une atteinte à la personnalité. Tel est notamment le cas lorsque le traitement de données personnelles s'effectue en violation des principes définis aux art. 4, 5, al. 1, et 7, al. 1, LPD¹³³ (art. 12, al. 2, let. a) ou contre la volonté expresse de la personne concernée sans motifs justificatifs (al. 2, let. b), ou lorsqu'il y a communication à des tiers de données sensibles ou de profils de la personnalité sans motifs justificatifs (al. 2, let. c). L'al. 3 précise qu'en règle générale, il n'y a pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement. Cela concerne, par exemple, les données du registre du commerce accessibles au public.

Toute atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par l'un des motifs énoncés à l'art. 13, al. 1, LPD, à savoir le consentement de la personne concernée, la loi ou un intérêt prépondérant privé ou public. L'art. 13, al. 2, let. c, LPD donne une liste non exhaustive de cas dans lesquels les intérêts prépondérants de la personne qui traite les données entrent en considération. À la let. c, il précise qu'un particulier qui traite des données peut faire valoir un intérêt prépondérant si le traitement a pour but d'évaluer la solvabilité d'une autre personne (antécédents de paiement ou poursuites, par ex.) et respecte certaines

¹²⁷ Rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 53 et 55

¹²⁸ RS 241

¹²⁹ Outre les règles générales, la LPD contient des dispositions spéciales pour le traitement de données personnelles par des personnes privées d'une part (art. 12 à 15), par des organes fédéraux d'autre part (art. 16 à 25^{bis}).

¹³⁰ Voir le ch. 6.1.2.

¹³¹ Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3 s. et 42.

¹³² Voir DAVID ROSENTHAL, in : Rosenthal/Jöhri (éd.), *Handkommentar zum Datenschutzgesetz*, Zurich/Bâle/Genève 2008 (cit. AUTEUR, *Kommentar DSG*), n° 1 ss ad art. 12.

¹³³ Il y a atteinte à ces principes en cas de traitement illicite des données, de traitement non conforme aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité, de non-respect de la finalité du traitement, de manquement au principe de la transparence, de traitement sans consentement valable, de manquement au principe de l'exactitude et d'atteinte à la sécurité des données.

prescriptions, à condition toutefois que les données ne soient ni sensibles ni constitutives de profils de la personnalité et qu'elles ne soient communiquées à des tiers que si ceux-ci en ont besoin pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée. Cette disposition a été créée principalement pour les sociétés de renseignement de solvabilité¹³⁴. Elle leur interdit, donc, de communiquer à tous leurs clients l'ensemble des données qu'elles ont collectées et qu'elles traitent. En fait, ces sociétés doivent veiller à ce que chaque client ne puisse accéder qu'aux données dont il a besoin pour évaluer la solvabilité dans la perspective de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat¹³⁵. Elles ne sont pas pour autant tenues de déterminer pour chacun les données dont il a besoin. Il suffit qu'elles créent des catégories en fonction des besoins typiques de leur clientèle¹³⁶.

6.1.1.2 Principes de la bonne foi et de la proportionnalité et finalité

L'art. 4, al. 2, LPD dispose que le traitement des données doit être effectué conformément aux principes de la bonne foi et de la proportionnalité. Les règles du traitement de données doivent donc respecter le principe de la bonne foi¹³⁷. Tel n'est pas le cas lorsque, par exemple, les données sont collectées à l'insu de la personne concernée ou d'une manière qu'elle n'accepterait pas¹³⁸. Le principe de la proportionnalité exige que les données traitées soient à la fois appropriées et nécessaires au but poursuivi¹³⁹. Il faut en outre qu'il existe un rapport raisonnable entre le but du traitement des données et les atteintes à la personnalité qu'il entraîne¹⁴⁰.

L'art. 4, al. 3, LPD précise que les données personnelles ne doivent être traitées que dans le but qui est indiqué lors de leur collecte, qui est prévu par une loi ou qui ressort des circonstances. Ce principe vise à clarifier d'emblée pour la personne concernée le but dans lequel ses données seront traitées (y compris par les sociétés de renseignement de solvabilité). Il vise aussi à éviter que les données soient détournées de leur destination première¹⁴¹.

6.1.1.3 Principe de la transparence : caractère reconnaissable, devoir d'informer et droit d'accès

L'art. 4, al. 4, LPD statue que la collecte de données personnelles, et en particulier les finalités du traitement, doivent être reconnaissables pour la personne concernée. Les sociétés de renseignement de solvabilité doivent veiller à ce qu'il ressorte clairement du contexte que les données seront traitées, et à quelles fins¹⁴². Les principes de la proportionnalité et de la bonne foi doivent être respectés¹⁴³. Plus une transaction est complexe et plus la période pendant laquelle les données, suite à cette transaction, pourront être traitées est longue, plus les exigences quant au caractère reconnaissable de la collecte

¹³⁴ Voir le message du 15 septembre 2017 concernant la loi fédérale sur la révision totale de la LPD et sur la modification d'autres lois fédérales (cit. message P-LPD), FF **2017** 6565 6690 s.

¹³⁵ Voir MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, *Aktuelle Fälle aus der Praxis des EDÖB - Kreditauskunfteien und die Bearbeitung von Bonitätsdaten*, in : Epiney/Probst/Gammenthaler (éd.), *Datenverknüpfung, Problematik und rechtlicher Rahmen*, Zurich / Bâle / Genève 2011 (cit. SCHÄFER, *Aktuelle Fälle*), p. 67.

¹³⁶ Voir MARC-FRÉDÉRIC SCHÄFER, *Aktuelle Fälle* (nbp 135), p. 67.

¹³⁷ BRUNO BAERISWYL, in : Baeriswyl/Pärli (éd.), *Datenschutzgesetz (DSG), Handkommentar*, Berne 2015 (cit. AUTEUR, *Handkommentar DSG*), n° 18 ad art. 4.

¹³⁸ Voir le message du 23 mars 1988 concernant la LPD, FF **1988** 421, 457.

¹³⁹ BRUNO BAERISWYL, *Handkommentar DSG* (nbp 137), n° 21 ad art. 4.

¹⁴⁰ URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, in : Maurer-Lambrou/Brecht (éd.), *Basler Kommentar zum Datenschutz- und Öffentlichkeitsgesetz*, 3^e éd., Bâle 2014 (cit. AUTEUR, *BSK DSG*), n° 9 et 11 ad art. 4 ; voir aussi BRUNO BAERISWYL, *Handkommentar DSG* (nbp 137), n° 21 ad art. 4.

¹⁴¹ Voir ASTRID EPINEY, § 9 *Allgemeine Grundsätze*, in : Belser/Epiney/Waldmann (éd.), *Datenschutzrecht, Grundlagen und öffentliches Recht*, Berne 2011, § 9, n° 29.

¹⁴² Voir BRUNO BAERISWYL, *Handkommentar DSG* (nbp 137), n° 49 ad art. 4 LPD ; DAVID ROSENTHAL, *Kommentar DSG* (nbp 132), n° 51 ad art. 4.

¹⁴³ Voir le message du 19 février 2003 relatif à la révision de la LPD (cit. message LPD 2003), FF **2003** 1915 1937 ; voir aussi URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, *BSK DSG* (nbp 140), n° 16b ad art. 4.

seront grandes¹⁴⁴. Contrairement à l'art. 14 LPD, cette disposition ne prévoit pas en soi de devoir d'informer¹⁴⁵. L'exigence quant au caractère reconnaissable peut toutefois exiger une information expresse. Par exemple, lorsque des données particulièrement sensibles sont en jeu et que la finalité du traitement ne saute pas aux yeux¹⁴⁶.

Si le responsable collecte des données sensibles ou des profils de la personnalité, il est soumis au devoir d'informer visé à l'art. 14 LPD et doit par conséquent informer la personne concernée de ces collectes, y compris si les données ne sont pas collectées auprès d'elle, mais auprès d'un tiers (art. 14, al. 3, LPD). L'art. 14, al. 2, énonce les informations à communiquer au minimum. L'al. 4 règle les cas dans lesquels le devoir d'informer ne s'applique pas¹⁴⁷. L'al. 5 précise, en renvoyant à l'art. 9, al. 1 et 4, dans quels cas, malgré son devoir d'informer, le responsable peut refuser, restreindre ou différer l'information. Selon la législation en vigueur, le devoir d'informer s'applique sans doute peu aux sociétés de renseignement de solvabilité parce qu'elles procèdent rarement au traitement de données sensibles et à la création de profils de personnalité¹⁴⁸. Cela pourrait également être dû au fait qu'elles ne peuvent pas invoquer l'évaluation de la solvabilité comme motif justificatif pour ce faire (art. 13, al. 2, let. c, LPD *a contrario* ; ch. 6.1.1.1). Il leur faut dès lors invoquer d'autres motifs pour justifier un traitement de données constituant une atteinte à la personnalité, par exemple le consentement exprès de la personne concernée (art. 13, al. 1, LPD)¹⁴⁹. La révision de la LPD étend le devoir d'informer à toutes les données personnelles (ch. 6.3.2.1).

Conformément à l'art. 8, al. 1 et 2, LPD, la personne qui traite les données doit, sur simple demande, indiquer à la personne concernée si des données la concernant sont traitées, et si oui lesquelles et dans quel but. L'al. 2 énumère les informations à communiquer au minimum. Ces renseignements sont en principe fournis gratuitement (al. 5).

6.1.1.4 Exactitude des données

Conformément à l'art. 5 LPD, celui qui traite des données personnelles doit s'assurer qu'elles sont correctes. Il prend toute mesure appropriée permettant d'effacer ou de rectifier les données inexactes ou incomplètes au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées (al. 1). Toute personne concernée peut requérir la rectification des données inexactes (al. 2). Dans son arrêt A-4232/2015 dans la cause Moneyhouse (voir le ch. 6.1.1.3), le Tribunal administratif fédéral a jugé que plus les risques d'une atteinte à la personnalité sont grands, plus les exigences relatives à la qualité des données traitées, et donc à leur exactitude, doivent être élevées¹⁵⁰. Il a ainsi obligé Moneyhouse à vérifier chaque année l'exactitude des données publiées dans 5% des requêtes soumises sur son site¹⁵¹.

¹⁴⁴ Message LPD 2003 (nbp 143), FF **2003** 1915 1937

¹⁴⁵ Voir DAVID ROSENTHAL, *Kommentar DSG* (nbp 132), n° 51 *ad* art. 4 ; URS MAURER-LAMBROU/ANDREA STEINER, *BSK DSG* (nbp 140), n° 16b *ad* art. 4. Lorsqu'il y a un devoir d'informer, le caractère reconnaissable au sens de l'art. 4, al. 4, LPD n'est subsidiaire ; BRUNO BAERISWYL, *Handkommentar DSG* (nbp 137), n° 47 *ad* art. 4.

¹⁴⁶ DAVID ROSENTHAL, *KOMMENTAR DSG* (nbp 132), n° 51 *ad* art. 4

¹⁴⁷ C'est notamment le cas lorsque la personne concernée dispose déjà des informations ou, si les données sont collectées auprès d'un tiers, que l'informer nécessite des efforts disproportionnés.

¹⁴⁸ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 4, 50, 52 et 64, selon lequel les sociétés interrogées affirment ne pas traiter de données sensibles relatives, par ex., à la santé, aux opinions politiques, etc. ni de profils de la personnalité. Voir aussi l'arrêt du Tribunal administratif fédéral [TAF] A-4232/2015 du 18 avril 2017 dans la cause Moneyhouse, qui condamne notamment la communication de profils de la personnalité (voir le ch. 6.1.3).

¹⁴⁹ D'autres motifs justificatifs que ceux qui figurent à l'art. 13, al. 1 et 2, LPD sont possibles, l'énumération donnée à l'al. 2 des intérêts prépondérants de la personne qui traite des données n'étant pas exhaustive, comme on l'a dit plus haut (pour obtenir un exemple de pesée des intérêts, voir l'arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 5.4).

¹⁵⁰ Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 7.1

¹⁵¹ Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 7.3.2 ; voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6691, et le ch. 6.1.3.

6.1.1.5 Surveillance et certification

Les sociétés de renseignement de solvabilité sont soumises à la surveillance du PFPDT, qui peut, dans certains cas (art. 29, al. 1, LPD), ouvrir une enquête et, le cas échéant, formuler une recommandation (art. 29, al. 3, LPD). Si sa recommandation n'est pas suivie, il peut porter l'affaire (comme il l'a fait pour Moneyhouse¹⁵²) devant les tribunaux fédéraux pour décision (art. 29, al. 4, LPD).

L'art. 11 LPD prévoit la possibilité d'une certification facultative. Les personnes privées (et donc les sociétés de renseignement de solvabilité) qui traitent des données personnelles, notamment, peuvent, afin d'améliorer la protection et la sécurité des données, soumettre leurs systèmes, leurs procédures et leur organisation à une évaluation effectuée par des organismes de certification agréés et indépendants.

6.1.1.6 Droits des personnes concernées et dispositions pénales

La LPD accorde aux personnes concernées par un traitement de données différents droits afin de protéger leurs droits de la personnalité et leurs droits fondamentaux. Le droit d'accès des personnes concernées aux données traitées les concernant revêt une importance centrale¹⁵³. S'y ajoutent en particulier les droits de requérir la rectification des données inexactes (art. 5, al. 2, LPD), l'interdiction d'un traitement illicite des données, et notamment de la communication à des tiers, et la destruction des données traitées de manière illicite (art. 15, al. 1, LPD). Les personnes concernées ont aussi le droit inconditionnel de s'opposer au traitement de leurs données, sans devoir exciper d'aucun intérêt particulier¹⁵⁴.

Conformément à l'art. 15, al. 1, LPD, les actions concernant la protection de la personnalité sont régies par les art. 28, 28a et 28f du code civil (CC)¹⁵⁵. Par conséquent, si les conditions sont remplies, la personne concernée peut, en outre, intenter une action en dommages-intérêts ou en réparation morale (art. 15, al. 1, LPD en relation avec l'art. 28a, al. 3, CC en relation avec les art. 41 ss du code des obligations [CO]¹⁵⁶).

La violation des obligations de renseigner, de déclarer et de collaborer, y compris donc la violation du devoir d'informer visé à l'art. 14 LPD et du droit d'accès visé à l'art. 8 LPD, est punissable (art. 34 LPD).

6.1.2 Loi fédérale contre la concurrence déloyale

Les activités des sociétés de renseignement de solvabilité peuvent aussi relever de la concurrence et entrer dans le champ d'application de la LCD. À titre d'exemple, fournir des indications de solvabilité inexactes (positives ou négatives), peut être déloyal au sens de l'art. 3, al. 1, let. a ou b, LCD si cela a pour effet de dénigrer des clients ou de tromper des fournisseurs. C'est le cas lorsqu'une personne est évaluée, à tort, comme présentant une solvabilité restreinte ou un risque accru de faillite¹⁵⁷. La LCD octroie à quiconque subit une atteinte dans ses intérêts économiques ou en est menacé le droit de la faire interdire, de la faire cesser ou d'en faire constater le caractère illicite, et le droit de demander qu'une rectification ou que le jugement soit communiqué à des tiers ou publié (art. 9, al. 1 et 2, LCD). La personne concernée peut aussi intenter des actions en dommages-intérêts, conformément au CO (art. 9, al. 3, LCD). En outre, la concurrence déloyale est punissable dans la majorité des cas (art. 23 ss LCD).

¹⁵² Voir le ch. 6.1.3.

¹⁵³ Voir le ch. 6.1.1.2.

¹⁵⁴ Cela découle de l'art. 12, al. 2, let. b, LPD ; voir CORRADO RAMPINI, *BSK DSG* (nbp 140), n° 10 ss *ad* art. 12 LPD.

¹⁵⁵ RS 210

¹⁵⁶ RS 220

¹⁵⁷ Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 46 s.

6.1.3 Interventions du PFPDT et jurisprudence

Le PFPDT est déjà intervenu à plusieurs reprises dans le domaine des sociétés de renseignement de solvabilité, dans le cadre de sa fonction de surveillance. Il a par exemple émis à l'intention de l'actuelle Moneyhouse une recommandation qui, a société qui lui a précédé ayant refusé de mettre pareille recommandation en œuvre intégralement, a fini par aboutir à un arrêt du Tribunal administratif fédéral fondé sur l'état de fait suivant : Moneyhouse recevait, comme société de renseignement de solvabilité, des données sous forme électronique de la part de diverses sources publiques et privées. Ces données personnelles étaient publiées sur www.moneyhouse.ch et utilisées pour proposer différents types de services, notamment un moteur de recherche d'entreprises et de personnes. Alors que ce service était gratuit, moyennant enregistrement sur le site, d'autres étaient payants, et réservés aux « premium users » : accès à des informations sur la solvabilité et la moralité de paiement ou encore à des renseignements détaillés sur les défauts de paiement, les actes de poursuite, le registre foncier et la situation économique et fiscale, ainsi que des services relatifs à des portraits d'entreprises. Pour les offres supplémentaires et pour pouvoir accéder aux données des personnes physiques qui n'étaient pas inscrites au registre du commerce ou dans un annuaire téléphonique électronique, une pièce justificative prouvant l'intérêt devait être fournie¹⁵⁸. En ce qui concerne les abonnements payants, le Tribunal administratif fédéral est arrivé à la conclusion que Moneyhouse établissait un portrait biographique des personnes. Il a estimé que, dans ce contexte, le traitement des données portait sur des profils de personnalité, et qu'en conséquence, le motif justificatif tiré de l'art. 13, al. 2, let. c, LPD, ne pouvait être invoqué¹⁵⁹. Par ailleurs, pour le tribunal, ni une base juridique ni l'accord exprès de la personne concernée ne pouvait justifier la création de profils de personnalité. Une pesée des intérêts en présence a enfin révélé que l'intérêt de la personne concernée à la protection de ses droits de la personnalité l'emportait. Le tribunal a estimé que Moneyhouse traitait des profils de la personnalité de manière illicite. Il lui a ordonné de demander l'accord exprès des personnes concernées pour ce genre de traitement de données, ou de supprimer les données correspondantes car il est possible d'en déduire des aspects importants de la personnalité¹⁶⁰. De plus, comme on l'a vu plus haut¹⁶¹, le tribunal a ordonné à Moneyhouse un contrôle annuel de sa base de données en vérifiant 5 % des requêtes soumises sur son site¹⁶².

En 2008, le PFPDT avait par ailleurs mené une procédure d'établissement des faits concernant une société de renseignement de solvabilité qui, sous le nom de « Mietercheck », proposait aux personnes autorisées d'obtenir en ligne des renseignements leur permettant de vérifier les données de locataires potentiels et d'évaluer leur solvabilité afin de réduire au maximum le risque de perte de loyers. Mietercheck établissait un score de solvabilité qui intégrait non seulement les antécédents de paiement et la mobilité des personnes concernées, mais aussi ceux de leur entourage, de même que des données sociodémographiques. La société synthétisait les résultats dans un système de feu tricolore dont chaque couleur correspondait à une recommandation : conclusion du contrat (vert), vérifications supplémentaires (jaune) ou non-conclusion du contrat (rouge). Le PFPDT ayant estimé notamment que le traitement des données personnelles n'était pas conforme au droit,

¹⁵⁸ Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, état de fait A.a. ; voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6690.

¹⁵⁹ Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 5.3 ; voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6690.

¹⁶⁰ Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 5.4 et 5.5 ; voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6690 s.

¹⁶¹ Voir le ch. 6.1.1.4.

¹⁶² Arrêt A-4232/2015 du TAF du 18 avril 2017, consid. 7.3.2 ; voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6691. Moneyhouse n'a pas recouru contre cet arrêt. Le TAF avait déjà eu à se prononcer sur les activités de Moneyhouse (à l'époque « itonex ») en 2008. À l'époque, il s'agissait du traitement de données du registre du commerce, voir l'arrêt A-4086/2007 du 26 février 2008.

il a émis une recommandation le 16 décembre 2008¹⁶³. Contrairement à Moneyhouse dans l'affaire évoquée, Mietercheck a mis en œuvre cette recommandation de manière satisfaisante¹⁶⁴. Le PFPDT n'a donc pas soumis l'affaire au Tribunal administratif fédéral.

Autre exemple : l'arrêt A-8028/2008 du Tribunal administratif fédéral du 14 janvier 2009 relatif à une société de renseignement de solvabilité qui proposait à des responsables du personnel, sous le nom *Mitarbeiter-Check* (contrôle des collaborateurs), des informations concernant la solvabilité de collaborateurs ou de futurs collaborateurs. À la demande du PFPDT, le tribunal a ordonné une mesure provisionnelle afin de faire cesser immédiatement cette offre de prestation¹⁶⁵.

6.2 Autorégulation

Le 21 avril 2020, les quatre grandes sociétés de renseignement de solvabilité opérant en Suisse, à savoir Bisnode D&B Schweiz, Creditreform, CRIF et Intrum, ont signé un code de conduite¹⁶⁶, qui est entré en vigueur le 15 mai 2020. Les règles fixées dans ce document concernent exclusivement le traitement des données relatives aux personnes physiques domiciliées en Suisse¹⁶⁷. Elles portent notamment sur les catégories de données traitées, sur la durée de conservation et l'évaluation de ces données, et sur les principes à respecter en matière de droit d'accès¹⁶⁸. Le code classe les données (nom, adresse, « comportement de paiement », etc.) en deux catégories : « Identification » de la personne et « Vérification de la solvabilité ». Les sociétés signataires s'engagent à traiter exclusivement les catégories de données indiquées¹⁶⁹. Certaines données sont expressément exclues de tout traitement : notamment celles qui concernent les opinions ou les activités religieuses ou politiques, la santé, la sphère intime, l'« appartenance à une race », les poursuites ou les sanctions pénales et administratives, de même que les données provenant des réseaux sociaux, de plaques d'immatriculation, de passeports, de cartes d'identité ou de permis de conduire¹⁷⁰.

Le code de conduite est fondé sur le volontariat, sur l'autorégulation et sur l'autocontrôle. Les personnes concernées ne peuvent en imposer juridiquement l'application. Il est précisé que les sociétés qui signent le code de conduite, et donc l'adoptent, sont tenues de le respecter dès la date d'adhésion¹⁷¹ et de le publier sur leur site web¹⁷². Celles qui décident de révoquer l'adoption du code de conduite ne peuvent plus se prévaloir de celui-ci¹⁷³.

6.3 Perspectives : révision totale de la loi fédérale sur la protection des données

La révision totale de la LPD a été adoptée le 25 septembre 2020¹⁷⁴. La LPD révisée (nLPD) et les ordonnances entreront en vigueur lorsque la révision de celles-ci sera achevée.

¹⁶³ Voir le ch. 1.8.4 du 16^e rapport d'activités 2008/2009 du PFPDT, consultable à l'adresse : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/rapports-d-activites/anciens-rapports/16eme-rapport-d-activites-2008-2009.html> ; voir aussi le ch. 1.8.5 du 17^e rapport d'activités 2009/2010 du PFPDT, consultable à l'adresse : <https://www.edoeb.admin.ch/edoeb/fr/home/documentation/rapports-d-activites/anciens-rapports/17eme-rapport-d-activites-2009-2010.html> (état au 07.04.2021). Voir aussi HANSPETER THÜR, *Aktuelle Fragen rund um den Datenschutz*, in : Basler Juristenverein (éd.), *Basler juristische Mitteilungen (BJM)* 5/2010, pp. 238 s.

¹⁶⁴ Voir le ch. 1.8.5 du 17^e rapport d'activités 2009/2010 du PFPDT.

¹⁶⁵ Voir le ch. 1.7.7 du 17^e rapport d'activités 2009/2010 du PFPDT ; voir aussi MARC-FRÉDÉRIC Schäffer, *Aktuelle Fälle*, p. 61.

¹⁶⁶ Consultable, notamment, à l'adresse <https://www.creditreform.ch/fr/votre-droit/code-de-conduite-enseignements.html> (état au 07.04.2021)

¹⁶⁷ Ch. 5 du code de conduite (version du 21 avril 2020)

¹⁶⁸ À propos du contenu du code de conduite, voir le ch. 8.3.

¹⁶⁹ Voir le ch. 7 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

¹⁷⁰ Voir le ch. 8 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

¹⁷¹ Voir le ch. 6 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

¹⁷² Voir le ch. 6 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

¹⁷³ Voir le ch. 6 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

¹⁷⁴ Voir FF 2020 7397

Voyons quelles modifications la nLPD apportera à la situation juridique des sociétés de renseignement de solvabilité.

Signalons tout d'abord trois modifications d'ordre terminologique : premièrement, le terme « profil de la personnalité » est remplacé par le terme « profilage » (art. 5, let. f, nLPD). Ces deux notions ne recouvrent pas exactement le même état de fait. Le profil de la personnalité est le résultat d'un traitement et traduit ainsi quelque chose de statique. Il est défini dans la LPD comme « un assemblage de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique » (art. 3, let. d). À l'inverse, le profilage désigne une méthode particulière de traitement, à savoir le traitement automatisé des données afin d'évaluer certaines caractéristiques d'une personne telles que sa situation économique, sa santé, son comportement, ses préférences, sa localisation ou ses déplacements¹⁷⁵. Deuxièmement, le législateur instaure la notion de « profilage à risque élevé », qui est définie à l'art. 5, let. g, nLPD dans les termes suivants : « tout profilage entraînant un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, parce qu'il conduit à un appariement de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique ». Cette définition correspond à la notion de profil de la personnalité telle qu'elle est définie à l'art. 3, let. d, LPD. Il y aura donc profilage à risque élevé lorsque le profilage en question aboutira à un profil de la personnalité au sens du droit en vigueur¹⁷⁶. Troisièmement, le terme « maître du fichier » est remplacé par le terme « responsable du traitement »¹⁷⁷.

Pour en revenir aux sociétés de renseignement de solvabilité, il faut retenir que la nLPD durcit les conditions applicables au traitement des données personnelles s'agissant du motif justificatif de l'évaluation de la solvabilité (ch. 6.3.1). Elle contient en outre de nouvelles dispositions visant à améliorer la transparence du traitement des données personnelles (ch. 6.3.2), les possibilités de contrôle des personnes concernées (ch. 6.3.3) et la surveillance exercée par le PFPDT (ch. 6.3.4), et à étendre les normes pénales (ch. 6.3.5). Enfin, la nLPD renforce les mécanismes de prévention dans le domaine de la protection des données et encourage l'autorégulation(6.3.6).

6.3.1 Durcissement des conditions s'agissant du motif justificatif de l'évaluation de la solvabilité

Le traitement de données personnelles dans le but d'évaluer la solvabilité de la personne concernée devra à l'avenir remplir quatre conditions pour que l'évaluation en question soit considérée comme étant un intérêt prépondérant justifiant le traitement (art. 31, al. 2, let. c, ch. 1 à 4, nLPD)¹⁷⁸. La première de ces conditions (ch. 1), c'est qu'il ne s'agisse pas de données sensibles ni d'un profilage à risque élevé. Elle offre sur le fond le même niveau de protection que le droit en vigueur¹⁷⁹. La seconde (ch. 2) concerne la communication des données à des tiers et provient du droit en vigueur¹⁸⁰. La troisième et la quatrième sont nouvelles. Le ch. 3 statue que les données ne devront pas dater de plus de dix ans. En limitant ainsi l'ancienneté des données, le Conseil fédéral entend améliorer leur qualité et

¹⁷⁵ Voir aussi le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6641 s.

¹⁷⁶ Voir, par ex., l'intervention de la conseillère fédérale Karin Keller-Sutter au Conseil national du 17.09.2020, BO 2020 N 1599.

¹⁷⁷ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6643.

¹⁷⁸ Message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6691

¹⁷⁹ Voir, par ex., l'intervention de la conseillère fédérale Karin Keller-Sutter au Conseil national du 17.09.2020, BO 2020 N 1599.

¹⁸⁰ Comme on l'a vu au ch. 6.1.1.1, cette communication suppose que les tiers aient besoin des données pour conclure ou exécuter un contrat avec la personne concernée.

leur exactitude¹⁸¹. Le ch. 4 prévoit que la personne concernée devra être majeure, afin d'améliorer la protection des mineurs¹⁸².

6.3.2 Amélioration de la transparence du traitement des données personnelles

6.3.2.1 Extension du devoir d'informer lors de la collecte de données personnelles

L'amélioration de la transparence du traitement des données personnelles passe, notamment, par une extension du devoir d'informer lors de la collecte des données. Conformément à l'art. 19 nLPD, les particuliers responsables du traitement devront à l'avenir informer la personne concernée de toute collecte de données la concernant, que ces données soient ou non sensibles, qu'elles soient ou non destinées à établir un profil de la personnalité, c'est-à-dire que leur traitement consiste ou non en du profilage (à risque élevé), et que la collecte soit ou non effectuée auprès de la personne concernée (al. 1)¹⁸³. Le responsable du traitement devra, lors de la collecte des données, communiquer à la personne concernée toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la nLPD (voir le ch. 6.3.3) et pour que la transparence du traitement soit garantie, c'est-à-dire, au moins, son identité et ses coordonnées, la finalité du traitement et, le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels des données personnelles seront transmises (al. 2). Si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée (pratique courante dans le cas des sociétés de renseignement de solvabilité), il devra en outre communiquer à celle-ci les catégories de données traitées (al. 3). Le responsable du traitement devra fournir ces renseignements dans des délais précis. Si la collecte est effectuée auprès de la personne concernée, celle-ci devra en être informée au moment même (voir l'al. 2). Dans le cas contraire, le responsable devra lui communiquer les informations nécessaires au plus tard un mois après qu'il aura obtenu les données. S'il communique les données personnelles avant l'échéance de ce délai, il en informera la personne concernée au plus tard lors de la communication (al. 5).

La n-LPD ne précise pas plus que ne le fait la LPD la forme que devra revêtir l'information¹⁸⁴. Le responsable du traitement devra cependant veiller à ce que la personne concernée puisse effectivement prendre connaissance de celle-ci par un moyen facilement accessible, mais pas à ce qu'elle s'informe effectivement¹⁸⁵. La possibilité de prendre connaissance des informations variera largement selon que la collecte d'informations sera effectuée auprès de la personne concernée ou non¹⁸⁶. Si les données personnelles ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, le responsable du traitement devra réfléchir à un moyen qui permette à celle-ci de prendre effectivement connaissance de l'information¹⁸⁷. La simple mise à disposition des informations (sur le site web, par ex.) peut, selon les circonstances, ne pas suffire. Il faudra informer activement la personne concernée. L'information ne sera donc soumise à aucune exigence de forme, mais il faudra de manière générale en choisir une qui respecte le principe de la transparence des données¹⁸⁸. Aux fins de preuves, mieux vaudra en outre documenter l'information ou la communiquer par écrit. Par ailleurs,

¹⁸¹ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6691.

¹⁸² Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6691.

¹⁸³ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6668 s.

¹⁸⁴ Message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6668

¹⁸⁵ Message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6668

¹⁸⁶ Message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6668

¹⁸⁷ Message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6668. Par exemple, une personne qui n'achète jamais de livres ne se rendra jamais sur le site d'un libraire en ligne pour lire sa déclaration de protection des données. Cette déclaration ne lui apprendra donc pas que le libraire en ligne traite des données la concernant, parce qu'elle n'imagine même pas que cela puisse être le cas ; voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6669.

¹⁸⁸ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6669

l'information devra être rédigée de manière suffisamment claire pour atteindre son but, à savoir la transparence du traitement des données¹⁸⁹.

6.3.2.2 Devoir d'informer et droit d'accès en cas de décision individuelle automatisée

La nouvelle loi instaure aussi un devoir d'informer la personne concernée et un droit d'accès spécial en cas de décision individuelle automatisée. Il y a décision individuelle automatisée dès lors qu'une décision repose exclusivement sur le traitement automatisé des données, avec à la clé, pour la personne concernée, des conséquences juridiques (si la décision entraîne la résiliation d'un contrat, par ex.) ou des incidences significatives. Les données sont traitées sans intervention humaine, c'est-à-dire que ni l'évaluation de la situation, ni la décision définitive qui s'appuie sur cette évaluation ne sont le fait d'une personne physique¹⁹⁰. Conformément à l'art. 21, al. 1, nLPD, le responsable du traitement sera tenu d'informer la personne concernée de toute décision individuelle automatisée¹⁹¹. La personne concernée pourra demander à faire valoir son point de vue et exiger que la décision soit revue par une personne physique (art. 21, al. 2, nLPD). L'art. 21, al. 3, nLPD énonce les exceptions à cette règle¹⁹². Dans le cadre du droit d'accès aussi, il est prévu une norme spéciale pour les décisions individuelles automatisées, selon laquelle la personne concernée sera notamment informée de la logique sur laquelle se base la décision (art. 25, al. 2, let. f, nLPD)¹⁹³.

Le calcul d'un score de solvabilité par une société de renseignement ne constitue pas une décision individuelle automatisée au sens de la nLPD mais une aide à la décision dans la mesure où la décision effective (refus d'un paiement sur facture, par ex.) appartient au client de la société¹⁹⁴. Dans certaines circonstances, la société devra cependant indiquer à la personne concernée, dans le cadre du droit d'accès général (art. 25, al. 2, nLPD), la logique sur laquelle se base le traitement des données afin d'évaluer la solvabilité (et, partant, de calculer le score de solvabilité ; voir le ch. 6.3.3).

6.3.3 Amélioration des possibilités de contrôle de la personne concernée

La nLPD obligera à fournir davantage d'informations à la personne concernée si celle-ci fait valoir son droit d'accès (au sens de l'art. 25 nLPD). Tout d'abord, toute personne pourra (comme le prévoit déjà la LPD) demander au responsable du traitement si des données personnelles la concernant sont traitées. La nouveauté essentielle par rapport au droit en vigueur, c'est que le responsable du traitement devra aussi communiquer à la personne concernée la durée de conservation des données personnelles (al. 2, let. d) et, le cas échéant, l'existence d'une décision individuelle automatisée ainsi que la logique sur laquelle se base la décision (al. 2, let. f)¹⁹⁵. Ces renseignements sont aujourd'hui fournis gratuitement. La nLPD maintient cette gratuité. Par ailleurs, une modification du code de procédure civile (CPC)¹⁹⁶ facilitera l'accès à la justice en supprimant (pour les litiges relevant du droit de la protection des données en général) les frais judiciaires en procédure civile¹⁹⁷.

Le responsable du traitement devra, conformément à l'art. 25, al. 2, nLPD, communiquer à la personne concernée toutes les informations nécessaires pour qu'elle puisse faire valoir ses droits selon la nLPD et pour que la transparence du traitement soit garantie. Une personne

¹⁸⁹ Message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6669 ; à propos de l'extension du devoir d'informer dans la nLPD, voir aussi DAVID ROSENTHAL, *Das neue Datenschutzgesetz*, in : *Jusletter* du 16 novembre 2020, n° 92 ss.

¹⁹⁰ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6674.

¹⁹¹ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6673 ss.

¹⁹² Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6675.

¹⁹³ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6684.

¹⁹⁴ Voir le ch. 3.5.

¹⁹⁵ Voir aussi le ch. 6.3.2.2.

¹⁹⁶ **RS 272**

¹⁹⁷ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6682 ss.

pourra, si les conditions sont réunies, se prévaloir de la clause générale pour demander des renseignements sur la logique sur laquelle se base le traitement des données visant à évaluer sa solvabilité et à établir son score en la matière. Il n'y aura pas nécessairement lieu de révéler à la personne les algorithmes utilisés, surtout s'ils relèvent du secret d'affaires¹⁹⁸, mais plutôt les hypothèses de base qui sous-tendent la logique algorithmique (volume, nature et pondération des informations employées), afin notamment que la personne puisse déterminer si la société de renseignement respecte les principes du droit de la protection des données (tels que la proportionnalité et la finalité, par ex., voir le ch. 6.1.1.2). Il lui sera en effet difficile (voire impossible), sans connaître la méthode et les données sur lesquelles repose le calcul de la solvabilité, de déterminer si les données traitées par la société sont nécessaires à la finalité du traitement (c.-à-d. l'évaluation de sa solvabilité).

6.3.4 Renforcement des compétences du PFPDT en matière de surveillance

La nLDP étend les compétences du PFPDT en matière de surveillance. À l'avenir, en vertu de l'art. 49, al. 1, nLDP, il ouvrira d'office ou sur dénonciation une enquête si des indices suffisants font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données¹⁹⁹. Il pourra en outre prendre des décisions au sens de l'art. 5 de la loi fédérale du 20 décembre 1968 sur la procédure administrative (PA)²⁰⁰. S'il constate que des dispositions de protection des données sont violées, il pourra ordonner la modification, la suspension ou la cessation de tout ou partie du traitement (art. 51, al. 1, nLDP). Il pourra aussi ordonner que le responsable du traitement informe la personne concernée conformément aux art. 19 et 21 nLDP ou lui communique les renseignements visés à l'art. 25 nLDP si elle fait valoir son droit d'accès (art. 51, al. 3, let. c et g, nLDP). L'insoumission à une décision du PFPDT ou d'une autorité de recours signifiée sous la menace de la peine prévue à l'art. 63 nLDP sera punissable (art. 63 nLDP)²⁰¹.

6.3.5 Renforcement du système de sanctions

La révision renforce le volet pénal de la LPD sur plusieurs points. Outre les violations des obligations d'informer, de renseigner et de collaborer et du devoir de discrétion, la nLDP qualifie d'infractions la violation de certains devoirs de diligence et l'insoumission à une décision (art. 60 à 63 nLDP). Elle porte l'amende maximale en cas d'infraction à 250 000 francs (contre 10 000 francs en vertu du droit en vigueur). Le PFPDT pourra dénoncer des infractions aux autorités de poursuite pénale compétentes et faire valoir les droits d'une partie plaignante dans la procédure (art. 65, al. 2, nLDP). Il pourra ainsi s'opposer aux décisions de classement et utiliser les voies de droit disponibles lorsque cela semblera nécessaire pour assurer une application uniforme de la loi²⁰².

6.3.6 Renforcement de la prévention et de l'autorégulation

Dans la nLDP, des mesures nouvelles ou étendues visent à renforcer les mécanismes de prévention dans le domaine de la protection des données, à encourager l'autorégulation et à responsabiliser les responsables du traitement.

6.3.6.1 Protection des données dès la conception et par défaut

En vertu de l'art. 7, al. 1, nLDP, le responsable du traitement devra, dès la conception de celui-ci, mettre en place des mesures techniques et organisationnelles afin qu'il respecte les prescriptions de protection des données. Il devra garantir, par le biais de prééglages

¹⁹⁸ Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 3, 33, 51, 65.

¹⁹⁹ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6705.

²⁰⁰ RS 172.021

²⁰¹ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6708.

²⁰² Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6713 ss.

appropriés, que le traitement des données est limité, par défaut, au minimum requis par la finalité poursuivie, pour autant que la personne concernée n'en dispose pas autrement (art. 7, al. 3, nLPD)²⁰³.

6.3.6.2 Analyse d'impact relative à la protection des données personnelles

L'art. 22 nLPD obligera le responsable du traitement à procéder à une analyse d'impact relative à la protection des données personnelles s'il prévoit des traitements de données susceptibles d'entraîner un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée, sous réserve des exceptions visées aux al. 4 et 5. L'analyse d'impact est un instrument qui vise à identifier et à évaluer les risques liés au traitement des données. Le responsable du traitement devra pouvoir définir, sur la base de cette évaluation, des mesures appropriées pour maîtriser ces risques et, si nécessaire, consulter le PFPDT (art. 23 nLPD)²⁰⁴.

6.3.6.3 Codes de conduite

L'art. 11 nLPD prévoit que les associations professionnelles, sectorielles et économiques qui ont élaboré un code de conduite pourront soumettre celui-ci au PFPDT (al. 1). Le PFPDT prendra position sur ces codes de conduite et publiera son avis (al. 2). Les codes de conduite permettent de préciser des principes et des détails relatifs à certains droits et devoirs, le but étant d'arriver à une certaine homogénéité dans un secteur donné. L'art. 22, al. 5, nLPD précise, en guise de mesure incitative, que le responsable du traitement pourra renoncer à établir une analyse d'impact (6.3.6.2) s'il respecte un code de conduite qui satisfait à certaines conditions²⁰⁵.

6.3.6.4 Certification

L'art. 13 nLPD règle la certification facultative, qui figure actuellement à l'art. 11 LPD. En plus des systèmes et des produits (programmes, par ex.), il sera possible à l'avenir de faire certifier des services. Les responsables du traitement qui recourent à un système, un produit ou un service certifié pourront (comme ceux qui respectent un code de conduite, ch. 6.3.6.3) renoncer à établir une analyse d'impact (ch. 6.3.6.2) si certaines conditions sont remplies (art. 22, al. 5, nLPD)²⁰⁶.

6.4 Développements internationaux

6.4.1 Union européenne

Au niveau de l'Union européenne, le texte fondamental en matière de protection des données est le règlement (UE) 2016/679²⁰⁷. Il s'applique aux sociétés de renseignement de solvabilité dans la mesure où leurs activités de traitement entrent dans son champ d'application (art. 2 et 3). Il ne contient toutefois pas de règles spécifiques à leurs pratiques, ni n'interdit leurs activités.

En vertu de l'art. 5 du règlement (UE) 2016/679, tout traitement de données doit respecter notamment les principes de licéité, de loyauté, de transparence, de limitation des finalités, d'exactitude, d'intégrité et de confidentialité. L'art. 6, par. 1, précise que le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions prévues par cette disposition est remplie. S'agissant des sociétés de renseignement de solvabilité, il faut que la personne

²⁰³ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6648 ss.

²⁰⁴ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6676 ss.

²⁰⁵ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6653 s.

²⁰⁶ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6656.

²⁰⁷ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4 mai 2016, p. 1

concernée ait consenti au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques (let. a), ou que le traitement soit nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par la société ou par un tiers (let. f). La doctrine considère l'évaluation de la solvabilité comme un intérêt légitime²⁰⁸.

La révision totale de la LPD avait notamment pour but de rapprocher la loi des exigences du règlement (UE) 2016/679²⁰⁹.

6.4.2 Conseil de l'Europe

Afin de relever les défis que représentent pour la protection de la sphère privée les développements technologiques et l'augmentation des échanges de données transfrontaliers, le Conseil de l'Europe a décidé de moderniser la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel²¹⁰ et son protocole additionnel²¹¹. Ces travaux ont abouti à l'adoption du protocole d'amendement du 10 octobre 2018²¹². Le nouvel instrument a un contenu semblable à celui du règlement (UE) 2016/679 tout en étant moins détaillé. Le Conseil fédéral a signé le protocole d'amendement le 21 novembre 2019²¹³. Le Parlement a adopté l'arrêté fédéral portant approbation du protocole le 19 juin 2020²¹⁴. Le délai référendaire a expiré le 8 octobre 2020. La ratification, c'est-à-dire l'adhésion à la convention révisée, ne sera possible que lorsque les exigences du Conseil de l'Europe auront été transposées dans le droit suisse.

6.4.3 Organisation de coopération et de développement économiques

Dans un rapport sur l'intelligence artificielle (IA) dans la société publié en juin 2019²¹⁵, l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a examiné les effets de l'IA sur le secteur des services financiers, sous l'angle de l'évaluation de la solvabilité des emprunteurs. Il en ressort que les nouvelles technologies permettent certes, en recourant à des algorithmes, d'analyser de gros volumes de données issues des rapports de solvabilité et d'identifier dans le détail les facteurs les plus pertinents et les relations qui les lient, mais que les résultats sont difficiles à expliquer. Or, poursuit l'OCDE, plusieurs législations nationales exigent un haut niveau de transparence dans le secteur des services financiers. Le droit américain²¹⁶, par exemple, impose que le cheminement et le résultat de tout algorithme soient explicables. Le Conseil de l'OCDE a adopté le 22 mai 2019 une recommandation sur l'IA²¹⁷ qui énonce un ensemble de principes en invitant les acteurs de l'IA à les mettre en œuvre²¹⁸.

²⁰⁸ Voir PHILIPP REIMER, in : Gernot Sydow (éd.), *Europäische Datenschutzgrundverordnung – Handkommentar*, 2^e éd., Baden-Baden 2018, n° 55 *ad* art. 6

²⁰⁹ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF **2017** 6565 6579 et 6620.

²¹⁰ RS **0.235.1**

²¹¹ RS **0.235.11**

²¹² Consultable à l'adresse <https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223> (état au 07.04.2021)

²¹³ Voir le communiqué du 30 octobre 2019, consultable à l'adresse : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiques/communiques-conseil-federal.msg-id-76861.html> (état au 07.04.2021)

²¹⁴ Voir l'arrêté fédéral du 19 juin 2020 portant approbation du protocole portant amendement à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, FF **2020** 5559.

²¹⁵ Consultable à l'adresse : <https://www.oecd.org/fr/publications/l-intelligence-artificielle-dans-la-societe-b7f8cd16-fr.htm> (état au 07.04.2021)

²¹⁶ Le *Fair Credit Reporting Act* (1970) et l'*Equal Credit Opportunity Act* (1974)

²¹⁷ Consultable à l'adresse : <https://legalinstruments.oecd.org/fr/instruments/OECD-LEGAL-0449> (état au 07.04.2021)

²¹⁸ Conformément au ch. 1.3, les acteurs de l'IA devraient s'engager à assurer la transparence et une divulgation responsable des informations liées aux systèmes d'IA. À cet effet, ils devraient permettre aux personnes concernées par un système d'IA d'en appréhender le résultat et de le contester sur la base d'informations claires et facilement compréhensibles, notamment sur la logique ayant servi à la formulation de la prévision ou de la décision.

6.5 Droit comparé

Le 1^{er} juillet 2015, l'Institut suisse de droit comparé (ISDC) a publié une étude comparative des législations étrangères réglementant l'activité des entreprises de recouvrement et celle des entreprises de solvabilité²¹⁹. Il l'a réalisée dans le cadre des travaux relatifs au postulat Comte 12.3641 « Encadrement des pratiques des maisons de recouvrement »²²⁰. Les pays examinés sont la Belgique, le Canada (province d'Ontario), la France, l'Allemagne, la Suède et le Royaume-Uni. Il ressort de l'étude que ces pays n'ont pas adopté de loi régissant spécifiquement les activités des sociétés de renseignement de solvabilité, dont les activités relèvent soit de la législation sur la protection des données, soit des règles relatives à la protection des consommateurs. Certains pays ont cependant adopté des règles particulières. Dans les États membres de l'Union européenne, le traitement de données personnelles par ces sociétés est en outre régi par le règlement (UE) 2016/279 (voir le ch. 6.4.1).

L'Allemagne et l'Ontario requièrent, par exemple, l'enregistrement des sociétés de renseignement de solvabilité auprès d'une autorité. En *Ontario*, cette autorité (*Registrar of Consumer Reporting Agencies*) peut ordonner la suppression d'informations ou restreindre voire interdire l'utilisation de certaines informations considérées comme erronées ou incomplètes. L'autorité peut également enquêter sur les plaintes déposées contre les sociétés de renseignement de solvabilité, désigner des enquêteurs à cet effet et faire perquisitionner les entreprises dont elle estime qu'elles agissent en violation de la loi²²¹. En *Allemagne* aussi, l'activité des sociétés de renseignement de solvabilité fait l'objet d'une surveillance de la part d'une autorité. Elle y est en effet considérée comme nécessitant une surveillance²²².

La Suède et le Royaume-Uni prévoient de leur côté que l'activité des sociétés de renseignement de solvabilité doit être autorisée et soumise à un système de surveillance. En *Suède*, les entreprises demandent l'autorisation d'exercer leurs activités à l'Autorité de protection des données (*Datainspektionen*), laquelle agit également comme autorité de surveillance. L'autorité procède à des inspections pour s'assurer de la bonne gestion des entreprises. Elle peut décider d'assortir l'autorisation de nouvelles conditions ou ordonner que les entreprises rectifient toute opération illicite. Si les entreprises ne suivent pas ses instructions ou ne remplissent plus les conditions fixées, l'autorité peut révoquer l'autorisation. Elle a aussi le pouvoir de prononcer des sanctions²²³. Au *Royaume-Uni*, les entreprises doivent demander l'autorisation d'exercer leur activité à l'Autorité de surveillance en matière financière (*Financial Conduct Authority [FCA]*)²²⁴, qui est également chargée de les surveiller. Cette autorité a le pouvoir d'édicter des directives (*FCA Handbook*)²²⁵. Les

²¹⁹ L'avis de droit de l'ISDC du 1^{er} juillet 2015 *Die rechtlichen Regelungen von Inkassobüros und Bonitätsdatenbanken, Belgien, Deutschland, Frankreich, Kanada (Ontario), Vereinigtes Königreich* (avis de droit de l'ISDC) est consultable à l'adresse <https://www.isdc.ch/media/1483/e-2017-10-13-224-inkassobueros-gz.pdf> (état au 07.04.2021).

²²⁰ Le rapport du Conseil fédéral relatif au postulat 12.3641 est consultable à l'adresse <https://www.parlament.ch/centers/eparl/curia/2012/20123641/Bericht%20BR%20F.pdf> (état au 07.04.2021).

²²¹ § 3, 14, 16, 17, 18 de la loi sur les renseignements concernant les consommateurs (*Credit Reporting Act*), consultable à l'adresse : <https://www.ontario.ca/fr/lois/loi/90c33> (état au 07.04.2020) ; voir aussi l'avis de droit de l'ISDC, p. 140.

²²² Voir notamment le § 38, al. 1, ch. 2, du code de l'industrie et de l'artisanat (*Gewerbeordnung*) du 21 juin 1869, consultable à l'adresse : <http://www.gesetze-im-internet.de/gewol/> (état au 26.01.2021) ; voir aussi l'avis de droit de l'ISDC, pp. 26 s.

²²³ Sections 3, 9 à 12, 17, 19 et 22 de la loi sur l'information en matière de crédit (*Kreditupplysningslag 1973:1173*), consultable à l'adresse : [http://www.riksdagen.se/sv/> Dokument & lagar > Kreditupplysningslag \(1973:1173\)](http://www.riksdagen.se/sv/>Dokument%20%26%20lagar%20%20Kreditupplysningslag%20(1973:1173)) (état au 07.04.2021) ; voir aussi l'avis de droit de l'ISDC, p. 107.

²²⁴ La FCA est instituée par le *Financial Services Act* de 2012, consultable à l'adresse : <https://www.legislation.gov.uk/uk/si/2013/161/contents/made> (état au 07.04.2021) ; voir aussi l'avis de droit de l'ISDC, p. 89. Les entreprises doivent en outre s'enregistrer auprès de la Commission en matière d'information (*Information Commissioner's Office [ICO]*) instituée par la loi sur la protection des données ; voir l'avis de droit de l'ISDC, p. 99.

²²⁵ Consultable à l'adresse : <https://www.handbook.fca.org.uk/handbook> (état au 07.04.2021)

entreprises ont en outre adopté leurs propres directives, qui règlent les échanges de données sur la solvabilité des personnes concernées (*principles of reciprocity*)²²⁶.

Aux États-Unis, le *Fair Credit Reporting Act* (FCRA)²²⁷ fixe les règles et les conditions auxquelles les agences d'évaluation de la solvabilité peuvent transmettre les informations qu'elles ont collectées sur des particuliers. Ces agences sont soumises à la surveillance du Bureau de protection financière des consommateurs (*Bureau of Consumer Financial Protection*), qui appartient à la Commission fédérale du commerce (*Federal Trade Commission* [FTC]). La FTC a le pouvoir d'édicter des règles visant à faire respecter le FCRA²²⁸. Les consommateurs peuvent faire valoir des prétentions civiles et intenter une action²²⁹. Et dans certains cas, les responsables des agences d'évaluation de la solvabilité peuvent être condamnés à une amende ou à une peine de prison²³⁰.

7 Conclusion et solutions proposées dans le rapport Ecoplan

Les auteurs du rapport Ecoplan concluent de leurs travaux que la LPD contient déjà les principes nécessaires pour régler les activités des sociétés de renseignement de solvabilité, et qu'il n'est pas utile de légiférer davantage sur le traitement des données personnelles. Ils ne voient pas non plus l'intérêt d'une loi spécifique régissant exclusivement les activités de ces sociétés²³¹. Ils estiment par contre qu'il faudrait renforcer les dispositifs qui soutiennent la mise en œuvre des principes existants, en particulier celui de la transparence²³². Ils proposent à cet égard différents mécanismes²³³.

- a. *Renforcement de la surveillance* : les auteurs proposent de créer, en plus du PFPDT, un organe de surveillance spécifique pour les activités des sociétés de renseignement de solvabilité, comme il en existe dans d'autres secteurs (l'Autorité fédérale de surveillance des marchés financiers [FINMA], par ex.). Ils suggèrent aussi d'instaurer une autorisation obligatoire pour ces sociétés, ou l'obligation de rendre compte régulièrement à l'autorité de surveillance. Ils estiment par ailleurs qu'un régime de sanctions améliorerait certainement l'efficacité de la surveillance²³⁴.
- b. *Information sur la logique de la procédure de calcul du score de solvabilité* : les auteurs suggèrent de faire vérifier régulièrement la procédure de calcul du score de solvabilité afin qu'elle soit plus facile à comprendre, et de soumettre le résultat de la vérification à un organe indépendant tel que le PFPDT²³⁵.
- c. *Adoption d'un code de conduite pansectoriel et certification* : les auteurs évoquent la possibilité, pour le secteur, d'adopter un code de conduite sur lequel le PFPDT pourrait donner – et publier – son avis. Les sociétés pourraient notamment se mettre d'accord sur le type de données à intégrer dans le calcul du score de solvabilité, ce qui améliorerait la transparence du traitement²³⁶. L'art. 11 nLPD fournira une base juridique à un tel code de conduite. Les auteurs recommandent par ailleurs l'instauration d'une procédure de

²²⁶ Consultable à l'adresse : <https://scoronline.co.uk/key-documents/> (état au 07.04.2021)

²²⁷ Consultable à l'adresse : <https://www.ftc.gov/enforcement/statutes> (état au 07.04.2021)

²²⁸ § 621 FCRA

²²⁹ § 616 à 618 FCRA

²³⁰ § 619 et 620 FCRA

²³¹ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 66.

²³² Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 66

²³³ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 56 ss.

²³⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 56 s.

²³⁵ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 58 s.

²³⁶ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 59 ss.

certification pour les sociétés. Les art. 11 LPD et 13 nLPD prévoient déjà une procédure de certification volontaire²³⁷.

- d. *Mesures supplémentaires* : selon les auteurs toujours, on pourrait instaurer un organe spécial de médiation ou de conciliation (tel que l'ombudscom dans le domaine des télécommunications) entre les consommateurs et les sociétés. On peut aussi imaginer la conclusion d'un accord sectoriel entre la Confédération et les sociétés, ou entre les sociétés entre elles²³⁸.

À propos de ces mesures, il faut préciser que le rapport Ecoplan a été rédigé alors que la révision de la LPD était en cours d'examen au Parlement et que la nLPD n'avait pas encore été adoptée. Les auteurs ont remarqué que plusieurs des mécanismes examinés ont été envisagés dans le cadre de la révision et contribueraient à accroître la transparence²³⁹, en particulier le renforcement du devoir général d'informer²⁴⁰, le devoir d'informer et le droit d'accès en cas de décision individuelle automatisée²⁴¹, le renforcement des compétences du PFPDT²⁴² et le relèvement du plafond des amendes²⁴³.

Pour les auteurs, il appartient au politique de décider si les mécanismes exposés sont opportuns, s'ils doivent être obligatoires ou fondés sur le volontariat, et quel doit être leur fonctionnement²⁴⁴. Ils ont toutefois recommandé d'envisager des mesures contraignantes au cas où le secteur ne prendrait aucune mesure d'autorégulation²⁴⁵.

8 Appréciation et conclusions du Conseil fédéral

8.1 Nécessité d'agir dans le domaine de la transparence et concernant les caractéristiques du calcul de la solvabilité

Le Conseil fédéral reconnaît la nécessité d'accroître la transparence pour les personnes concernées, notamment en ce qui concerne la collecte et la communication des données, et le calcul de la solvabilité. L'évaluation de la solvabilité doit être compréhensible et explicable. L'accroissement de la transparence permettra en outre d'améliorer la qualité des données. Si la personne concernée ignore que les sociétés de renseignement de solvabilité traitent des données la concernant, elle n'a aucune chance de vérifier si ce traitement est légal. Elle ne peut pas non plus se défendre contre ce traitement, y compris d'ailleurs si les sociétés disposent de données erronées et les communiquent. En revanche, si elle est au courant, elle a la possibilité de se renseigner sur les données traitées la concernant (en déposant une demande de renseignements, ch. 6.1.1.6), de constater les erreurs (y compris les erreurs d'identification) et de se défendre (en faisant une demande de rectification, par ex., ch. 6.1.1.6). Cette possibilité renforce la qualité des données, ne serait-ce que parce que les entreprises traitent efficacement les demandes de rectification (ch. 3.6)²⁴⁶.

Le Conseil fédéral juge par ailleurs problématique le traitement de certaines catégories de données si celles-ci ne servent pas seulement à identifier une personne mais aussi, comme l'a indiqué l'une des sociétés interrogées (ch. 3.3 et 3.5), à nourrir le calcul du score de solvabilité. Il s'agit notamment de caractéristiques personnelles telles que le sexe ou la

²³⁷ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 61 s.

²³⁸ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 62 s.

²³⁹ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 66.

²⁴⁰ Voir le ch. 6.3.2.1.

²⁴¹ Voir le ch. 6.3.2.2.

²⁴² Voir le ch. 6.3.4.

²⁴³ Voir le ch. 6.3.5.

²⁴⁴ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 56.

²⁴⁵ Voir le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 66.

²⁴⁶ La qualité des données profitera aussi du fait qu'en vertu de la nLPD, les sociétés ne pourront invoquer l'évaluation de la solvabilité que si les données datent de moins de dix ans (art. 31, al. 2, let. c, ch. 3, nLPD), voir le ch. 6.3.1.

région de résidence. Ces données, surtout quand leur prise en compte repose sur des probabilités statistiques, ne permettent pas de faire des pronostics personnalisés quant à la capacité et à la volonté de payer de la personne concernée. Un individu jouissant d'une fortune ou de revenus importants peut très bien résider dans une région peuplée majoritairement de personnes aux revenus modestes. Les critères impropres risquent d'entraîner des conclusions erronées, ce qui signifierait que les données ne sont pas appropriées à la finalité du traitement. Il y aurait donc violation du principe de la proportionnalité²⁴⁷. D'ailleurs, le traitement de telles données personnelles est rarement nécessaire à l'évaluation de la solvabilité. À titre d'exemple, le traitement de données relatives au sexe ou au lieu de résidence n'est ni nécessaire ni proportionné pour évaluer la solvabilité, dans la mesure où des données sur les antécédents de paiement, etc., suffisent. Dans un tel cas de figure, ces données ne doivent être traitées (si cela est nécessaire) qu'à des fins d'identification, et non pour calculer le score de solvabilité, ce qui aurait en outre pour effet de nuire à la compréhension des personnes concernées et à l'exactitude de l'évaluation de la solvabilité. Le Conseil fédéral estime par conséquent qu'il faut prendre des mesures garantissant que le calcul du score de solvabilité n'intègre pas de critères personnels n'ayant aucun rapport avec la capacité ou la volonté de payer de la personne concernée²⁴⁸.

8.2 Mesures envisageables

8.2.1 Remarque préliminaire

Avant toute chose, précisons qu'une réglementation trop restrictive ou (ce que le postulat ne demande nullement) l'interdiction de traiter des données aux fins d'évaluer la solvabilité ne seraient pas utiles et ne rencontreraient pas de soutien politique. De telles restrictions seraient excessives compte tenu de l'importance, pour l'ensemble de l'économie, du traitement de données aux fins d'évaluer la solvabilité²⁴⁹, et poseraient problème du point de vue de la liberté économique. En effet, le traitement de données effectué par les sociétés de renseignement de solvabilité peut être utile à tous les acteurs de la vie économique, y compris aux consommateurs. Sans vérification de la solvabilité, le paiement sur facture ne serait sans doute plus possible. D'ailleurs une proposition visant à interdire le traitement des données personnelles aux fins de vérifier la solvabilité d'une personne a été discutée et rejetée lors du débat parlementaire sur la révision de la LPD²⁵⁰.

8.2.2 Inutile d'édicter de nouvelles règles

La nLPD renforce la transparence du traitement des données, les droits (notamment le droit d'accès) des personnes concernées, les obligations du responsable du traitement et la surveillance exercée par le PFPDT. Elle durcit en outre les conditions permettant à un responsable du traitement de justifier le traitement des données personnelles en invoquant l'évaluation de la solvabilité de la personne concernée²⁵¹. Compte tenu notamment de ces développements, le Conseil fédéral, comme les auteurs du rapport Ecoplan, ne voit pas la nécessité de soumettre les activités des sociétés de renseignement de solvabilité à des normes juridiques supplémentaires. Il ne lui paraît pas opportun, dans le contexte actuel, de déroger aux principes en vigueur ou futurs de la protection des données, qui jouissent d'une reconnaissance générale, pour créer une réglementation spéciale pour ces sociétés. Les normes en vigueur fournissent un cadre légal approprié. La délimitation du traitement des

²⁴⁷ À propos du principe de la proportionnalité, voir le ch. 6.1.1.2.

²⁴⁸ À propos des mesures proposées par le Conseil fédéral, voir le ch. 8.3.

²⁴⁹ Voir le ch. 2.2.

²⁵⁰ Voir le rejet de la minorité Wermuth à propos de l'art. 27, al. 1^{bis} et al. 2, let. c, P-LPD au Conseil national le 25 septembre 2019 ; BO 2019 N 1825 s.

²⁵¹ Voir le ch. 6.3.

données par ces sociétés a été abondamment discutée lors de la révision de la LPD. Les restrictions allant au-delà des durcissements évoqués (y compris l'interdiction) ont été rejetées²⁵².

Le Conseil fédéral n'est pas en mesure de déterminer de manière générale et définitive si et dans quelle mesure les pratiques actuelles des sociétés de renseignement de solvabilité respectent les prescriptions du droit de la protection des données et, notamment, les exigences quant au caractère reconnaissable de la collecte de données et le devoir d'informer, ni si ces sociétés pratiquent le profilage à haut risque (établissement de profils de la personnalité) et doivent, par conséquent, être soumises à des prescriptions plus strictes. Il s'agit là de questions juridiques, qui devront être tranchées au cas par cas et par l'interprétation des dispositions correspondantes. Cette tâche appartient aux autorités de surveillance et aux tribunaux. Le PFPDT a la possibilité d'établir des faits et d'émettre des recommandations. En vertu de la nLPD, il pourra en outre rendre des décisions et dénoncer des infractions aux autorités de poursuite pénale²⁵³. Quant à la question de l'établissement de profils de la personnalité ou du profilage à risque élevé, on pourra se référer à l'arrêt Moneyhouse : il en ressort qu'une évaluation de solvabilité qui utilise des données qui portent non seulement sur la situation économique ou sur la capacité de paiement d'une personne, mais aussi sur d'autres aspects (lieu de résidence ou conditions de vie, par ex.), doit être qualifié de profil de la personnalité²⁵⁴. Avec la nouvelle loi, un profilage à risque élevé entrerait en ligne de compte dans ce cas.

S'agissant du devoir d'informer, il faut que le PFPDT ou les tribunaux décident si les sociétés devront s'en acquitter directement ou si elles pourront le faire indirectement, par l'intermédiaire de leurs clients (et dans ce cas, selon quelles conditions). Si la fourniture des informations par des tiers est légale, la société, en tant que responsable du traitement, restera néanmoins responsable du respect des prescriptions en matière de transparence (et notamment du devoir d'informer). C'est elle, en fin de compte, qui devra veiller à ce que le traitement soit suffisamment reconnaissable pour les personnes concernées, et donc à ce que celles-ci soient suffisamment informées. Elle doit en outre veiller au respect des délais prévus par la loi pour la communication des informations (art. 14, al. 3, LDP et 19, al. 5, nLPD). Si elle contrevient à son devoir d'informer, elle s'expose selon les circonstances à des sanctions pénales (art. 34, al. 1, LPD et 60, al. 1, nLPD).

8.2.3 Appréciation des solutions proposées dans le rapport Ecoplan

S'agissant des mesures examinées par les auteurs du rapport Ecoplan, le Conseil fédéral s'oppose à la création d'une autorité de surveillance supplémentaire, à l'obligation de présenter des comptes rendus et des expertises, à l'instauration d'une autorisation obligatoire et à un contrôle régulier du calcul de la solvabilité par une autorité indépendante. Ces mécanismes lui paraissent disproportionnés compte tenu des moyens existants, de la problématique, qu'il faut relativiser, et des nouvelles prescriptions, plus sévères, de la nLPD. Ils seraient en outre très lourds pour tous les acteurs concernés et l'instauration d'une procédure d'autorisation, notamment, constituerait (suivant les modalités retenues) une atteinte importante à la liberté économique garantie par la Constitution (art. 27 et 94 Cst.). Ce n'est pas une question à prendre à la légère. La nLPD augmentera certainement la transparence (surtout par l'extension du devoir d'informer²⁵⁵). Elle améliorera aussi la

²⁵² Voir le rejet de la minorité Wermuth à propos de l'art. 27, al. 1^{bis} et al. 2, let. c, P-LPD au Conseil national le 25 septembre 2019 ; BO 2019 N 1825 s.

²⁵³ Voir les ch. 6.1.1.5 et 6.3.4.

²⁵⁴ Voir aussi le ch. 6.1.3.

²⁵⁵ Voir le ch. 6.3.2.

protection des personnes concernées²⁵⁶. Le Conseil fédéral estime par ailleurs que la surveillance exercée par le PFPDT est suffisante (d'autant qu'elle sera renforcée par la nLPD²⁵⁷) pour garantir un contrôle efficace. À cela s'ajoute le renforcement du volet pénal de la LPD sur plusieurs points²⁵⁸, notamment le fait que l'insoumission à une décision du PFPDT sera à l'avenir considérée comme une infraction²⁵⁹ et le fort relèvement de l'amende maximale en cas de violation²⁶⁰.

Quant à la création d'un organe spécial de médiation ou de conciliation, le Conseil fédéral estime, comme les auteurs du rapport Ecoplan²⁶¹, qu'elle ne s'impose nullement étant donné que les demandes de renseignements, de suppression et de rectification sont traitées avec efficacité et dans le respect du droit²⁶². Le problème ne réside pas dans l'absence de coopération entre les sociétés mais dans le manque de transparence. D'ailleurs, les personnes concernées peuvent s'adresser au PFPDT si elles soupçonnent ou constatent une atteinte au droit de la protection des données. En vertu de la nLPD²⁶³, le PFPDT devra à l'avenir²⁶⁴ ouvrir une enquête si des indices suffisants font penser qu'un traitement de données pourrait être contraire à des dispositions de protection des données (art. 49, al. 1, nLDP)²⁶⁵. Si la personne concernée est l'auteur de la dénonciation, il devra l'informer des suites données à celle-ci et du résultat d'une éventuelle enquête (art. 49, al. 4, nLPD).

Parmi les mécanismes susceptibles de renforcer utilement la transparence (et, partant, la qualité des données, voir le ch. 8.1), le Conseil fédéral retient les instruments volontaires tels que le code de conduite pansectoriel et la certification (voir le ch. 8.3). Il estime que les accords sectoriels entre les entreprises peuvent eux aussi contribuer à régler le problème. Par contre, il ne juge pas qu'un accord entre la Confédération et le secteur tel qu'en prévoient, par exemple, la loi fédérale du 7 octobre 1983 sur la protection de l'environnement (loi sur la protection de l'environnement, LPE)²⁶⁶ et la loi fédérale du 23 décembre 2011 sur la réduction des émissions de CO₂ (loi sur le CO₂)²⁶⁷ serait une solution appropriée. Un tel accord justifierait la définition d'un régime spécial pour les sociétés de renseignement de solvabilité, solution que le Conseil fédéral rejette, comme on l'a vu plus haut²⁶⁸.

Contrairement aux atteintes à l'environnement, une action individuelle de la personne concernée pour exercer ses droits face aux sociétés de renseignement de solvabilité est primordiale. Elle doit faire valoir ses droits en matière de protection des données (ch. 6.1.1.6), lesquels ont été renforcés par la révision de la LPD (ch. 6.3.3). Le PFPDT surveille par ailleurs l'application des prescriptions en matière de protection des données (ch. 6.1.1.5). La LPD révisée étend là aussi ses compétences (ch. 6.3.4).

²⁵⁶ Voir le ch. 6.3.3.

²⁵⁷ Voir le ch. 6.3.4.

²⁵⁸ Voir le ch. 6.3.5.

²⁵⁹ Art. 63 nLPD

²⁶⁰ Voir notamment les art. 60 et 61 nLPD.

²⁶¹ Rapport Ecoplan (nbp 10), p. 63

²⁶² Voir le ch. 3.6.

²⁶³ Selon le droit en vigueur, il ne doit ouvrir une enquête à l'encontre d'une personne privée que dans certains cas d'atteinte au droit de la protection des données ; voir l'art. 29 LPD et le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6705.

²⁶⁴ Il pourra renoncer à ouvrir une enquête lorsque la violation des prescriptions de protection des données sera de peu d'importance (art. 49, al. 2, nLPD). Tel serait le cas, par ex., si une association sportive ou culturelle envoyait un e-mail à l'ensemble de ses membres en omettant de cacher l'identité des destinataires. L'al. 2 pourra également s'appliquer si le préposé considère que la fourniture de conseils au responsable du traitement concerné peut constituer une mesure suffisante pour remédier à une situation en soi peu problématique ; voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6706.

²⁶⁵ Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6705.

²⁶⁶ RS 814.01, voir son art. 41a.

²⁶⁷ RS 641.71 ; voir son art. 3, al. 4.

²⁶⁸ Voir le ch. 8.1.

8.3 Conclusion et mesures recommandées

En résumé, il faut retenir que le Conseil fédéral reconnaît la nécessité d'agir afin de renforcer la transparence quant à la collecte des données, au calcul de la solvabilité et à la communication des données. Il estime aussi que le calcul des scores de solvabilité ne doit intégrer aucune caractéristique personnelle (telle que le sexe ou la région de résidence) n'ayant aucun rapport avec la capacité ni la volonté de payer de la personne concernée. Mais l'adoption de règles supplémentaires et de mesures contraignantes lui paraît disproportionnée²⁶⁹.

La transparence du traitement passe d'abord par l'application du droit de la protection des données. Les sociétés de renseignement de solvabilité doivent en respecter les prescriptions, de même que les exigences relatives au caractère reconnaissable et au devoir d'informer. Après l'entrée en vigueur de la nLPD, elles devront se plier aux nouvelles règles, en partie plus sévères. C'est à elles qu'il appartiendra de veiller à ce que les personnes concernées soient suffisamment informées sur le traitement de leurs données. Elles ne pourront pas se contenter de publier sur leur site web une déclaration générale signalant la collecte et la communication de données personnelles²⁷⁰.

Le Conseil fédéral considère l'adoption de mesures supplémentaires sur la base du volontariat et de l'autorégulation comme appropriée et proportionnée²⁷¹ pour renforcer l'application des invalidations en vigueur et futures. Cette approche est conforme au but de la révision de la LPD, qui consiste à développer l'autorégulation et la responsabilisation des responsables du traitement²⁷². Le code de conduite pansectoriel et la certification font partie des mesures à envisager²⁷³. Le droit en vigueur les autorise déjà, et la nLPD les renforcera encore²⁷⁴. Les quatre grandes sociétés de renseignement de solvabilité opérant en Suisse ont réglé en avril certains aspects du traitement de données dans un code de conduite²⁷⁵. Le Conseil fédéral salue cette initiative comme un premier pas dans la bonne direction. Ce code de conduite contribue à accroître la transparence du traitement de données. Il gagnerait à être complété pour la renforcer encore davantage.

Compte tenu de ce qui précède, le Conseil fédéral suggère, outre le durcissement des règles dans la nLPD, de creuser l'option d'un code de conduite pansectoriel en étoffant le code existant. L'existence d'un code exhaustif favorisera l'application des mêmes règles par les sociétés, et la publication de ces règles le renforcement de la transparence à l'égard des personnes concernées et du public²⁷⁶. Il faut noter que le code existant s'appuie sur la LPD en vigueur et que suite à l'entrée en vigueur de la nLPD, il se peut que les sociétés adaptent leur code de toute manière, et ce indépendamment des recommandations du Conseil fédéral.

²⁶⁹ Voir le ch. 8.2.2.

²⁷⁰ Voir le ch. 6.3.2.1.

²⁷¹ Le secteur du crédit à la consommation fournit un exemple d'autorégulation efficace, le législateur ayant obligé les prêteurs agissant par métier à définir la publicité agressive, interdite en vertu de l'art. 36a, al. 1, LCC, dans une convention de droit privé (art. 36a, al. 2, LCC). Les conventions élaborées par les associations de la branche du crédit en vertu de cette disposition sont contraignantes pour leurs membres. La Commission Suisse pour la Loyauté en surveille l'application. Après avoir examiné la question, le Conseil fédéral a estimé que ces conventions étaient suffisamment claires (voir le communiqué du Conseil fédéral du 17 juin 2016, consultable à l'adresse : <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués/communiqués-conseil-federal.msg-id-62253.html>, état au 07.04.2020).

²⁷² Voir le message P-LPD (nbp 134), FF 2017 6565 6592 et 6596.

²⁷³ Le Conseil fédéral estime que les accords sectoriels entre les entreprises peuvent eux aussi contribuer à régler le problème, voir le ch. 8.2.3.

²⁷⁴ Voir les ch. 6.1.1.5 et 6.3.6.

²⁷⁵ Voir le ch. 6.2 et les explications ci-après.

²⁷⁶ Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), p. 61.

Le code de conduite des quatre grandes sociétés de renseignement de solvabilité (Bisnode D&B Suisse, Creditreform, CRIF et Intrum) précise, dans le chapitre définissant son but, que les règles qu'il énonce visent à fournir aux particuliers concernés une garantie que leurs données sont traitées de manière transparente²⁷⁷. Il indique aussi quelles sont les données traitées aux fins d'identification et de vérification de la solvabilité, et quelles sont les données non traitées²⁷⁸. Il donne par ailleurs des précisions sur le droit d'accès²⁷⁹. S'agissant du calcul de la solvabilité, les sociétés s'engagent à évaluer les données individuelles sur la solvabilité de manière proportionnée et à tenir compte de manière appropriée de la finalité. Des facteurs tels que l'âge et le nombre de données, le montant, le statut, etc. doivent être pris en compte de manière appropriée²⁸⁰. Le code définit par ailleurs la durée maximale autorisée pour l'utilisation des données personnelles²⁸¹.

Afin de remédier efficacement à l'actuel déficit de transparence, il faudrait ajouter au code de conduite des règles concernant l'information des personnes concernées sur la collecte et la communication des données. Le Conseil fédéral recommande qu'on y précise les mesures à prendre par les sociétés pour garantir que le traitement des données soit reconnaissable et pour améliorer l'information des personnes concernées. Pour autant que les sociétés aient le droit de remplir leur devoir d'information par l'intermédiaire de leurs clients, il faudrait au moins - en particulier compte tenu de l'extension de l'obligation d'information de la LPD révisée - qu'elles expliquent par quelles mesures elles s'assurent que ceux-ci informent bien les personnes concernées. Le code pourrait prévoir des devoirs de diligence à cet égard.

Les sociétés devraient par ailleurs préciser dans le code la nature et la pondération approximative des données entrant dans le calcul du score de solvabilité²⁸². Elles utilisent actuellement des données différentes, d'où un manque de visibilité à cet égard pour les personnes concernées (quelles données entrent en ligne de compte pour quelles personnes et avec quelle pondération). Les principes de calcul prévus dans le code et évoqués plus haut ne génèrent pas une transparence suffisante. Très généraux dans leur formulation, ils se contentent pour certains de paraphraser le droit de la protection des données, qui s'applique de toute façon. Le code énumère certes des catégories de données destinées au contrôle de la solvabilité²⁸³, mais en restant très vague (« comportement de paiement », « avis officiels », « données issues de la gestion des créances » ou « score de crédit », par ex.). Il n'indique pas non plus de quels critères les sociétés tiennent effectivement compte, et quelle est la pondération approximative de chacun dans le calcul. Le Conseil fédéral estime que pour permettre aux personnes concernées de mieux comprendre le calcul de la solvabilité, il faut définir plus clairement les catégories de données utilisées et les principes appliqués. Il admet que l'uniformisation de ces pratiques et la communication de celle-ci ne sont possibles que dans la mesure où la création et la publication de règles générales sont admissibles et judicieuses. Il considère cependant qu'il est possible, même en tenant compte des particularités de chaque société et en respectant le secret d'affaires, d'intégrer au code de conduite des règles plus précises pour le calcul du score. Si les sociétés ne parviennent pas à se mettre d'accord sur des règles communes supplémentaires, elles doivent inscrire dans le code l'obligation expresse, pour chacune et dans le respect du secret d'affaires, de publier ses propres modalités de calcul, par exemple sur son site web.

²⁷⁷ Ch. 4 du code de conduite (version du 21 avril 2020)

²⁷⁸ Ch. 7 et 8 du code de conduite (version du 21 avril 2020)

²⁷⁹ Ch. 12 du code de conduite (version du 21 avril 2020)

²⁸⁰ Ch. 11 du code de conduite (version du 21 avril 2020). Le code fait remarquer, à titre d'exemple, qu'une faillite d'il y a dix ans n'est pas évaluée de la même manière qu'une faillite d'il y a un an.

²⁸¹ Ch. 9 et 11 du code de conduite (version du 21 avril 2020)

²⁸² Voir aussi le rapport Ecoplan (nbp 10), pp. 59 ss.

²⁸³ Voir le ch. 7 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

Le code doit aussi interdire expressément, pour le calcul du score de solvabilité, tout recours à des caractéristiques personnelles (telles que le sexe ou la région de résidence) qui ne permettent pas de faire des pronostics personnalisés sur la capacité et la volonté de payer de la personne concernée. Les critères de ce type risquent autant de rendre la procédure plus difficile à comprendre que de nuire à l'exactitude du calcul. Il se peut aussi que leur utilisation soit disproportionnée (voir le ch. 8.1). Le code de conduite en vigueur prévoit que les sociétés s'engagent à traiter exclusivement les catégories de données « Identification » et « Vérification de la solvabilité » (voir le ch. 6.2). Chacune de ces catégories comprend un certain nombre de données, les caractéristiques personnelles telles que le sexe ou l'adresse figurant sous « Identification »²⁸⁴. On ne peut pas pour autant en déduire avec certitude que ces caractéristiques sont traitées *exclusivement* aux fins d'identification et exclues de l'évaluation de la solvabilité. Le Conseil fédéral recommande de formaliser cette exclusion dans le code, sous la forme d'une interdiction expresse.

Le Conseil fédéral est d'avis que le code doit rester public²⁸⁵. C'est en effet le seul moyen pour les personnes concernées de connaître les règles, mais c'est aussi un moyen de faire mieux respecter celles-ci par les sociétés, qui craignent les atteintes à leur réputation.

Reste, enfin, à examiner s'il serait judicieux que les sociétés de renseignement de solvabilité au sens large, et d'autres entreprises procédant à des contrôles de solvabilité, adoptent le code de conduite. L'intérêt, c'est que toutes les entreprises appliqueraient les mêmes règles, ce qui ne pourrait que favoriser la transparence du traitement et la compréhension des personnes concernées.

²⁸⁴ Voir le ch. 7 du code de conduite (version du 21 avril 2020).

²⁸⁵ Voir le ch. 6 du code de conduite (version du 21 avril 2020).