



Guide relatif aux traitements de données au moyen de cookies et de technologies similaires

22 janvier 2025 (traduction du 3 février 2025)

Version adaptée le 6 octobre 2025

Version	Date	Description
1.0	22.01.2025	Première version finalisée
1.1	06.10.2025	Version adaptée aux endroits suivants: Note de bas de page 5 (ajout) ; ch. 3.1.2, par. 3 (compléments) ; ch. 3.2.2, dernière phrase (complément) ; ch. 3.5.2 (ajouts et adaptations) ; ch. 3.6 (compléments) ; ch. 3.9, 1 ^{er} par., dernière phrase (suppression) ; ch. 3.10.1 (compléments) ; ch. 3.11.1 (compléments) ; ch. 3.11.3, 1 ^{re} phrase (compléments) ; ch. 3.12.3, 2 ^e par. (ajout) et ch. 3.12.4 (complément), uniformisation terme « essentiel » au lieu de « nécessaire / techniquement nécessaire » pour traduire le terme « technisch notwendige Cookies ».

Contenu

1	Définitions.....	3
1.1	Cookies et technologies similaires.....	3
1.2	Suivi et profilage des personnes.....	4
2	Sources du droit.....	4
2.1	Prescriptions de la Loi sur les télécommunications.....	4
2.2	Exigences de la LPD.....	5
3	Dispositions de la Loi sur la protection des données concernant l'utilisation des cookies	5
3.1	Lien entre le traitement des données et des personnes physiques	5
3.1.1	Référence aux personnes en général	5
3.1.2	Lien avec des personnes lors de l'utilisation de cookies.....	6
3.2	Responsabilité	7
3.2.1	Sous-traitance.....	7
3.2.2	Collecte de données par des tiers	7
3.3	Devoirs d'informations en général	8
3.3.1	Contenu et forme de l'information	8
3.3.2	Moment de l'information	9
3.4	Obligations d'information supplémentaires	9
3.5	Application des principes de traitement de la LPD à l'utilisation de cookies	10
3.5.1	Principe de bonne foi et de transparence.....	10
3.5.2	Principe de proportionnalité.....	10
3.6	Admissibilité des cookies non essentiels.....	12
3.7	Justification de l'utilisation de cookies portant atteinte à la personnalité par des intérêts privés prépondérants	13
3.7.1	Possibilité d'utilisation des cookies non nécessaires en fonction de la gravité de l'atteinte à la personnalité	13
3.7.2	L'aménagement optionnel réduit la gravité de l'intervention	13
3.8	Liste de cas indiquant une prépondérance possible des intérêts privés	14
3.8.1	Utilisation de cookies en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat	14
3.8.2	Utilisation de cookies pour la recherche et les statistiques	14
3.9	Octroi du droit d'opposition et paramètres par défaut de la protection des données	15
3.10	Utilisation qualifiée de cookies.....	15
3.10.1	Utilisation de cookies impliquant une atteinte d'intensité élevée à la personnalité et aux droits fondamentaux.....	15
3.10.2	Utilisation inhabituelle des cookies.....	16
3.10.3	Obligations particulières de signalisation et de mise en évidence	16
3.10.4	Aménagement du droit d'opposition et de l'opt-out.....	16
3.10.5	Aménagement du consentement et de l'opt-in.....	17
3.11	Utilisation de cookies pour la publicité personnalisée	17
3.11.1	Usage des cookies publicitaires dans un contexte d'édition commerciale	17
3.11.2	Suivi publicitaire par profilage « normal »	18
3.11.3	Suivi publicitaire par profilage à risque élevé	18
3.12	Exigences légales pour l'obtention du consentement et la mise en œuvre des droits de révocation et d'opposition	19

3.12.1	Application par analogie au droit d'opposition aux cookies.....	19
3.12.2	Consentement éclairé.....	19
3.12.3	Consentement spécifique.....	20
3.12.4	Consentement libre	20
3.12.5	Forme et modalités du consentement.....	21
3.12.6	Consentement exprès	21
3.12.7	Révocation du consentement.....	21
3.12.8	Conséquences des vices juridiques dans la mise en œuvre du consentement et des possibilités d'opposition	21
3.13	Mise en œuvre technique	22
3.13.1	Mise en œuvre temporelle.....	22
3.13.2	Bannières de consentement.....	22

Le Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT) décrit dans ce guide les exigences en matière de protection des données applicables à l'utilisation de cookies et de technologies similaires par des responsables privés, avec des renvois ponctuels aux dispositions spéciales applicables aux organes fédéraux. Le préposé déduit ces exigences de la Loi fédérale sur la protection des données (LPD ; RS 235.1), de l'Ordonnance sur la protection des données (OPDo ; RS 235.11), des dispositions spéciales de protection des données du droit fédéral ainsi que de la jurisprudence du Tribunal fédéral, de la doctrine pertinente et de sa pratique de surveillance à ce jour.

1 Définitions

1.1 Cookies et technologies similaires

Les cookies sont de petits fichiers texte que les exploitants de sites web et les tiers autorisés par ces derniers enregistrent sur les terminaux (ordinateurs, téléphones, ...) des visiteurs du site web afin de rendre accessibles les données utilisateur qui y sont générées pour un traitement ultérieur en vue de l'exécution de fonctionnalités spécifiques, par exemple des boutiques en ligne.

Sur la base du critère de la durée de stockage, l'utilisation de cookies peut être catégorisée comme suit : les cookies « de session » sont stockés dans le navigateur pour une durée limitée et sont généralement automatiquement supprimés après la fermeture du navigateur. Les cookies permanents sont enregistrés dans le navigateur pour une durée plus longue afin de permettre, par exemple, la reconnaissance du visiteur du site.

Les cookies peuvent également remplir plusieurs fonctions différentes. Par exemple, un cookie peut enregistrer le choix de la langue, une connexion ou, après une visite dans une boutique en ligne, les produits sélectionnés dans le panier d'achat. Les cookies sont également utilisés pour ce que l'on appelle le « stateful tracking » : Dans ce cas, un « identifiant » est enregistré localement dans le navigateur du client et récupéré ultérieurement par le fournisseur, de sorte que le terminal peut être reconnu lors d'une visite ultérieure et que des informations sur le comportement des utilisateurs du site web peuvent être collectées. De cette manière, il est possible d'analyser le trafic sur un site web et de personnaliser le contenu et la publicité sur celui-ci.

On peut également distinguer les cookies qui sont placés par un fournisseur de site web lui-même (appelés « internes » ou « first-party ») de ceux qui ne sont pas utilisés par le fournisseur de site web mais par des tiers, comme par exemple des annonceurs (appelés « tiers » ou « third-party »). Dans le premier cas, un transfert de données a lieu entre le système de l'exploitant du site web et le terminal de l'utilisateur. Dans le second cas, lors de l'accès à la page web par l'utilisateur, des données provenant de tiers sont enregistrées dans le navigateur de l'utilisateur. Il ne s'agit donc pas, à proprement parler, d'une transmission de données par l'exploitant du site web à des tiers, mais plutôt de tiers qui, à la demande de l'exploitant du site web, collectent eux-mêmes des données auprès de la personne concernée. Si un utilisateur accède ensuite à des contenus sur un autre domaine où ce même tiers est intégré, celui-ci peut le reconnaître. Dans de nombreux cas, les tiers enrichissent les informations obtenues par les cookies avec d'autres informations qu'ils ont collectées directement auprès des utilisateurs lors de l'utilisation de leurs services ou que d'autres tiers ont mises à leur disposition, de sorte que des profils d'utilisateurs complets peuvent être établis au-delà des limites du domaine.

La collecte et l'analyse des données relatives au comportement de navigation sont communément appelées traçage (ou « tracking »). Un tel traçage ne repose toutefois pas toujours sur l'utilisation de cookies. Dans le cas du « stateless tracking », aucune information n'est enregistrée sur le terminal de l'utilisateur. Pour simplifier, la collecte et l'évaluation des données ne se font pas via le navigateur de l'utilisateur, mais via le serveur. De telles technologies de suivi telles que « empreinte digitale », « ID Graph », « User-ID », « ETags », « pixel espion » ou « cache d'authentification » sont regroupées dans ce guide sous le terme « technologies similaires ». De même, les traitements de données liés à

l'intégration de services tiers tels que les boutons « Like et Share » des plateformes sociales en ligne sont désignés dans ce guide comme des « technologies similaires ».

1.2 Suivi et profilage des personnes

Le traçage personnel se réfère à la saisie et à l'évaluation du comportement de navigation des personnes, les données obtenues étant utilisées par exemple dans le cadre d'analyses de sites web à des fins d'optimisation. C'est le cas par exemple pour obtenir une base pour l'évaluation des performances des sites Internet ou dans le contexte de la publicité en ligne et des campagnes de marketing. Le traçage peut servir de point de départ pour proposer aux utilisateurs finaux des offres publicitaires personnalisées sur la base des profils d'utilisation établis. Plus le traçage est complet, plus les contenus publicitaires peuvent être adaptés aux personnes individuelles. On part ici du principe que les programmes informatiques algorithmiques et auto-apprenants utilisés prédisent d'autant mieux les préférences des utilisateurs que l'on dispose de plus de données sur eux. C'est pourquoi les données relatives au comportement de navigation sont souvent enrichies par d'autres informations provenant d'autres sources (par exemple les médias sociaux ou d'autres sites web visités) ou par des prévisions ou indications calculées par des machines, ce qui peut donner lieu à un profil des utilisateurs (« profilage »).¹

Conformément à l'art. 5, let. f LPD, il y a lieu de considérer qu'il y a profilage lorsqu'un suivi de personnes vise à évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des éléments concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de cette personne physique.

Si un traçage de personnes conduit à un profilage entraînant un risque élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux de la personne concernée au sens de l'art. 5, let. g. LPD, en ce sens qu'il conduit à un appariement de données permettant d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique, les responsables sont tenus d'envisager l'introduction de mesures de protection particulières, comme l'établissement d'une analyse d'impact relative à la protection des données au sens de l'art. 22 LPD (voir ch. 3.10.1).

2 Sources du droit

2.1 Prescriptions de la Loi sur les télécommunications

En ce qui concerne l'utilisation de cookies dans les applications et les sites web, il convient de noter que la Loi sur les télécommunications (LTC ; RS 784.10) contient, à l'art. 45c, une disposition spéciale concernant leur stockage sur des terminaux tels que les smartphones ou les ordinateurs personnels, qui est déjà en vigueur depuis le 1^{er} avril 2007.

Cette disposition de la LTC se réfère aux processus techniques d'installation, de consultation et d'enregistrement des cookies. Etant donné que ces processus portent atteinte à l'intégrité des terminaux en échangeant des données avec d'autres appareils à l'insu des utilisateurs, la disposition de l'art. 45c LTC vise à protéger la sphère privée et l'autodétermination informationnelle de ces derniers. L'art. 45c LTC constitue, en d'autres termes, une norme de droit public spéciale pour les processus de « télécommunication » qui passeraient sinon inaperçus², qui doit être respectée en tant que norme spéciale du droit fédéral de la protection des données, cumulativement avec les normes de droit général de la protection des données prévues par la LPD.³

¹ Müller-Peltzer Philipp/Guttmann Philipp, "State of the art" Webtracking – aktuelle Entwicklungen, aufsichtsbehördliche und gerichtliche Positionen, DSB 2023 p. 233.

² Message relatif à la modification de la loi sur les télécommunications du 12 novembre 2003, FF 2003 7245, p. 7281.

³ Cf. également l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3548/2018 du 19 mars 2019, consid. 5.4.

L'art. 45c, let. b LTC garantit que tout traitement de données sur des appareils tiers serve soit à la transmission par télécommunication, soit, si ce n'est pas le cas, puisse être contrôlé par les utilisateurs des appareils⁴. Les exploitants de sites web sont tenus⁵, en vertu de l'art. 45c LTC, d'informer les visiteurs du site de l'utilisation de technologies correspondantes et d'en mentionner les objectifs correspondants. En outre, il doit être indiqué que les personnes concernées peuvent refuser le traitement et de quelle manière. La disposition ne précise pas comment et sous quelle forme les personnes concernées doivent être informées et doit être concrétisée conformément à la LPD (voir ch. 3.7.1, ch. 3.10.4 et ch. 3.11.1 à ch. 3.12.8).

2.2 Exigences de la LPD

La LPD régit tous les aspects des traitements de données personnelles effectués à l'aide de cookies et de technologies similaires. Les dispositions de la LPD, y compris leur relation avec la disposition spéciale de l'art. 45c LTC⁶, font l'objet du présent guide.

3 Dispositions de la Loi sur la protection des données concernant l'utilisation des cookies

3.1 Lien entre le traitement des données et des personnes physiques

3.1.1 Référence aux personnes en général

Les données personnelles sont toutes les informations concernant une personne physique identifiée ou identifiable (art. 5, let. a LPD). Une personne physique est déterminée ou au moins identifiable lorsque son identité ressort directement des données elles-mêmes ou qu'elle ressorte par corrélation d'informations tirées des circonstances ou du contexte.⁷ La façon de faire le lien avec la personne concernée, c'est-à-dire l'identifier par exemple à l'aide d'une clé, d'un numéro AVS, d'un numéro de dossier ou encore d'un numéro de client, est en principe sans importance.⁸

Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (« arrêt Logistep »⁹), une personne est « identifiée » lorsqu'il ressort de l'information elle-même qu'il s'agit précisément de cette personne. Une personne est « identifiable » lorsqu'il est possible de l'identifier sur la base d'informations supplémentaires, à condition que cela ne repose pas simplement sur une possibilité théorique d'identification. Si l'effort à fournir est si important qu'il n'est pas raisonnable, selon l'expérience générale de la vie, de penser qu'une personne serait prête à le fournir, la personne n'est pas considérée comme identifiable.¹⁰ La question de savoir s'il y a une identifiabilité doit donc être résolue en fonction du cas concret, en tenant compte notamment des possibilités offertes par la technique. Ce qui importe, ce n'est pas seulement l'effort objectivement nécessaire pour pouvoir attribuer une information donnée à une personne, mais aussi l'intérêt du responsable du traitement des données ou d'un tiers à procéder à l'identification.¹¹ Cet intérêt peut évoluer au fil du temps, tout comme les moyens dont dispose le responsable du traitement des données ou un tiers pour procéder à l'identification. En d'autres termes, une personne peut être identifiable par certaines personnes ou entités en raison de leurs connaissances (supplémentaires) ou de leur capacité à accéder à d'autres informations, alors que ce n'est peut-être pas le cas pour d'autres personnes, qui

⁴ Message relatif à la modification de la loi sur les télécommunications du 12 novembre 2003, FF 2003 7245, p. 7281.

⁵ En vertu de l'art. 53 LTC, quiconque, intentionnellement ou par négligence, aura enfreint cette disposition sera puni d'une amende de 5000 francs au plus.

⁶ Cf. également l'arrêt du Tribunal administratif fédéral A-3548/2018 du 19 mars 2019, consid. 5.4.

⁷ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6639.

⁸ GABOR-PAUL BLECHTA, in : BLECHTA/VASELLA (éd.), Basler Kommentar, Datenschutzgesetz / Öffentlichkeitsgesetz, Art. 3 DSG N. 10.

⁹ ATF 136 II 508 consid. 3.2 ss.

¹⁰ Message concernant la loi fédérale sur la protection des données du 23 mars 1988, FF 1988 II 421, p. 452 s. et Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6643.

¹¹ ATF 136 II 508 consid. 3.2 ss.

ne disposent pas de ces connaissances (supplémentaires) ou de cette capacité¹². La LPD s'applique en cas de transmission d'informations entre un responsable du traitement des données A, qui ne peut pas raisonnablement attribuer les données à une personne, et un destinataire des données B, qui peut identifier la personne grâce à des informations supplémentaires. En décider autrement, selon le Tribunal fédéral, « reviendrait à appliquer la loi sur la protection des données uniquement aux destinataires individuels, et non à la personne qui collecte les données en question et les diffuse. Cela irait à l'encontre du but de la loi »¹³.

En revanche, une personne n'est plus identifiable lorsque les données personnelles ont été rendues anonymes. Anonymiser signifie que la référence à une personne est supprimée de manière irréversible, de sorte qu'il n'est plus possible de remonter jusqu'à elle sans effort disproportionné.

3.1.2 Lien avec des personnes lors de l'utilisation de cookies

La question de savoir si et dans quelle mesure le traitement de données par l'utilisation de cookies ou de technologies similaires permet d'établir un lien avec une personne ou de renforcer un tel lien dépend des circonstances du cas d'espèce. Il s'agit notamment de savoir quelles informations sont transmises par les cookies et avec quelles autres données elles sont combinées. Il peut y avoir un lien avec une personne, d'une part, si l'information traitée possède elle-même une caractéristique d'identification (par exemple l'identifiant unique de l'utilisateur UID pour les appareils Android ou Ad-ID pour les appareils Apple)¹⁴. D'autre part, un lien avec une personne peut résulter des circonstances de la collecte et de l'exploitation ultérieure des données par l'exploitant du site web ou par des tiers, même si aucune information d'identification n'était encore disponible lors de la collecte et qu'il ne s'agissait donc, au départ, que de données matérielles.

Une référence personnelle est établie au plus tard lorsque le propriétaire du site web ou des services tiers intégrés peuvent mettre en relation des données matérielles avec des indications spécifiques et identifiantes sur la base d'un *log-in*¹⁵ ou d'identifiants en ligne comparables. C'est le cas, par exemple, lorsque le visiteur sélectionne une langue lors de sa première visite sur un site web. Dans ce cas, un cookie est déposé sur son terminal avec l'information qu'il souhaite utiliser le site web dans la langue choisie. Dans la mesure où cette information ne peut pas être mise en relation avec le visiteur du site web, les données traitées au moyen de ce fichier texte ne sont pas considérées comme des données personnelles. Si en revanche l'exploitant du site web peut établir un lien entre le choix de la langue et un visiteur donné, par exemple parce que celui-ci s'est enregistré avant ou après dans la boutique en ligne du site web, les données doivent être considérées comme des données personnelles.¹⁶

Lorsque les données d'une personne sont marquées dans le seul but de la reconnaître clairement au sein d'un système d'information, sans que des caractéristiques identifiantes d'une personne physique ne leur soient attribuées, on parle de singularisation. La doctrine¹⁷ et la jurisprudence¹⁸ laissent encore

¹² Voir ATF 136 II 508, consid. 3.4 ; BEAT RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpfli Handkommentar zum DSG, 2^e édition, art. 5 N 11 s.

¹³ ATF 136 II 508 consid. 3.4.

¹⁴ Voir le rapport final du PFPDT du 11 avril 2024 dans l'affaire Ricardo AG et TX Group, ch. 128. <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=102867>

¹⁵ Sur l'importance des comptes clients, voir le rapport final du PFPDT du 15 avril 2024 dans l'affaire Digitec Galaxus AG, ch. 85. <https://www.edoeb.admin.ch/fr/nsb?id=100736>

¹⁶ Autorité autrichienne de protection des données, FAQ Protection des données & Cookies. <https://dsb.gv.at/faq/datenschutz-cookies>

¹⁷ Critique : David Rosenthal, Das neue Datenschutzgesetz, in : Jusletter 16 novembre 2020, idem dans digma, Heft 4, décembre 2017 ; En faveur cependant : DPA dans l'affaire Google Analytics <https://noyb.eu/sites/default/files/2022-04/Bescheid%20geschw%20arzt.pdf> ; décision partielle de l'autorité autrichienne de protection des données, GZ : D155.027 2021-0.586.257, du 22 décembre 2021, dans l'affaire "Google Analytics", D.2. point 2. a) et b). Voir également Philip Glass, Identifizierung und Singularisierung, www.datalaw.ch, no 9 s. (<https://www.datalaw.ch/singularisierung-und-identifizierung/> ; état : 11 juillet 2024).

¹⁸ Dans l'ATF 136 II 508 dans l'affaire Logistep, le Tribunal fédéral a exprimé au considérant 3.6 que son interprétation de la notion de données personnelles selon la LPD semblait conforme à la situation juridique de l'Union européenne à l'époque, en se référant à l'avis 4/2007 du 20 juin 2007 du groupe consultatif indépendant de l'UE sur la protection des données (groupe de travail "Article 29"). Voir p. 16 de l'avis 4/2007 précité : "Il convient de noter que si, dans la pratique, les personnes sont principalement identifiées par leur nom, ce dernier n'est pas toujours nécessaire pour identifier une personne. Par exemple, une personne peut être singularisée par d'autres "signes distinctifs". Par exemple, les fichiers informatisés de données à caractère personnel attribuent généralement un identifiant unique aux personnes enregistrées afin d'éviter toute confusion entre deux personnes dans le fichier. Sur Internet également, le comportement d'un appareil, et donc de son utilisateur, peut être facilement identifié à l'aide d'outils de surveillance du trafic Internet. On obtient ainsi, petit à petit, une image de la personnalité de la personne à laquelle on peut attribuer certaines décisions. Il est donc possible de catégoriser la personne sans connaître son nom et son adresse, sur la base de critères socio-économiques, psychologiques, philosophiques ou autres, et de l'associer à certaines décisions, puisque

largement ouverte la question de savoir si et dans quelle mesure de tels traitements établissent un lien avec une personne, ce qui dépend du contexte de traitement dans le cas concret. Dans la pratique, on peut considérer notamment qu'il existe une probabilité élevée de pouvoir identifier des personnes lors de la collecte de données de localisation, si ce traitement conduit à des profils de déplacement. Si ces derniers permettent de reconnaître des lieux souvent fréquentés, tels que des locaux commerciaux ou des logements, il est possible de tirer des conclusions sur l'identité réelle de personnes déterminées¹⁹.

Le PFPDT conseille, dans les cas douteux où l'utilisation de cookies ne permet pas d'estimer avec une précision suffisante si une identification des personnes est ou pourrait être possible avec un effort proportionné, de partir du principe que des données personnelles sont potentiellement traitées. Si une identification difficile à estimer pourrait en outre être liée à des risques élevés pour les personnes concernées, le PFPDT recommande aux responsables d'examiner si le traitement en question et l'utilisation de cookies qui y est liée devraient être soumis à une analyse d'impact sur la protection des données (voir ch. 3.10.1).

3.2 Responsabilité

Selon l'art. 5, let. j LPD, est considérée comme responsable du traitement des données toute personne qui, seule ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement de données personnelles.

Dans le cadre de la présence en ligne, le propriétaire du site web est responsable de l'utilisation des cookies, car c'est lui qui détermine quelles données sont traitées et à quelles fins via son site web. En tant que responsable, il doit notamment veiller à ce que les principes de traitement des données énoncés aux arts. 6 et 8 de la LPD soient respectés et que les personnes concernées soient informées de manière adéquate sur le traitement des données (voir ch. 3.3 et 3.5.1).

Si l'exploitant d'un site web intègre des services tiers à son site web, il convient de distinguer, en ce qui concerne sa responsabilité, s'il utilise les services tiers dans le sens d'une externalisation (« sous-traitance ») selon l'art. 9 LPD ou si les tiers utilisent les services intégrés dans le site web pour collecter des données (également) à leurs propres fins.

3.2.1 Sous-traitance

Dans le cas de sous-traitance du traitement des données personnelles (« externalisation ») au sens de l'art. 9 LPD, le responsable du traitement confie le traitement de données personnelles à un tiers. Le traitement des informations doit constituer l'objectif principal ou au moins un élément central de la relation contractuelle. Un sous-traitant traite des données personnelles pour le compte du responsable et non pour ses propres besoins. Il existe une « relation interne » entre le responsable qui donne le mandat et le sous-traitant, de sorte que la transmission de données à un sous-traitant ne constitue pas une communication de données personnelles à des tiers²⁰. Le responsable n'a donc pas besoin d'un motif justificatif spécifique pour transférer le traitement des données. Il faut toutefois un contrat ou une base légale et le respect des autres conditions de l'art. 9 LPD.²¹

3.2.2 Collecte de données par des tiers

Si, par exemple, des plug-ins sociaux de plateformes comme Facebook, X ou Instagram ou des vidéos de plateformes comme YouTube sont intégrés, les exploitants de sites web peuvent utiliser certaines

le point de contact de la personne (l'ordinateur) ne nécessite plus obligatoirement la divulgation de son identité au sens strict. En d'autres termes, l'identifiabilité d'une personne ne présuppose plus la connaissance de son nom. Cela se reflète dans la définition des données à caractère personnel".

¹⁹ Les profils de déplacement permettent également, grâce à l'analyse de lieux souvent fréquentés tels que des logements de tiers ou des cabinets de médecins ou d'avocats, de tirer des conclusions sur la sphère intime des personnes concernées, voire de porter atteinte à la sphère privée de tiers.

²⁰ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6643.

²¹ Plus d'informations sur notre site web : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/externalisation-sous-traitance>

fonctionnalités des réseaux sociaux sur leurs propres sites web. L'intégration de produits tiers incite le navigateur du visiteur du site web concerné à demander des contenus du fournisseur et à transmettre à cet effet des données personnelles du visiteur au fournisseur tiers. Dans cette constellation de services intégrés, des tiers traitent les données personnelles obtenues à des fins propres et donc dans leurs propres intérêts. Conformément à l'art. 19 LPD, les collectes de données personnelles doivent être communiquées aux personnes concernées aussi bien par l'exploitant du site web que par les tiers qui les collectent. Conformément à l'al. 3 de cette disposition, ces derniers doivent également communiquer aux personnes concernées les catégories de données personnelles qu'ils collectent à leur sujet en plaçant des cookies sur un site web tiers. Ces informations permettent ensuite aux visiteurs du site web d'exercer le droit qui leur est conféré par l'art. 45c LTC et de refuser le traitement (voir ch. 2.1).

L'art. 5, let. j LPD définit la responsabilité de manière large dans la mesure où la décision concernant les moyens mis en œuvre ou la finalité du traitement peut être prise conjointement par plusieurs responsables. Le tiers est d'abord responsable de son traitement de données, car il influence le traitement de données personnelles dans son propre intérêt et participe ainsi à la décision sur les finalités et les moyens de ce traitement. L'exploitant du site web, de son côté, ne permet la collecte des données du tiers qu'en intégrant le service tiers sur son site web, même s'il n'a pas ou peu d'influence sur le traitement des données en aval. Il s'ensuit que pour le processus de collecte des données du tiers (en tant que traitement au sens de l'art. 5, let. d LPD) au moyen du site web, il faut partir du principe qu'il existe une responsabilité commune ou partagée entre les deux.²²

Étant donné que l'exploitant du site web contrôle les services tiers qui y sont intégrés, il ne peut pas supposer que sa responsabilité s'arrête là où les conditions d'utilisation des tiers s'appliquent. Il est responsable de concevoir son site Internet conformément aux exigences en matière de protection des données. Il doit donc se renseigner sur le traitement des données effectué par les services tiers intégrés et s'assurer que les exigences légales sont respectées. En particulier, l'exploitant du site web doit garantir que toutes les obligations d'information à l'égard des visiteurs concernés sont respectées et, le cas échéant, que des consentements suffisamment spécifiques sont recueillis (voir ch. 3.10.1 et 3.12.3).

3.3 Devoirs d'informations en général

3.3.1 Contenu et forme de l'information

Selon la phrase d'introduction de l'art. 19, al. 2 LPD, toutes les informations nécessaires pour que la personne concernée puisse faire valoir ses droits conformément à la LPD et pour garantir un traitement transparent des données doivent lui être communiquées. L'art. 19, al. 2, let. a-c ainsi que les al. 3 et 4 LPD concrétisent ce principe par différentes informations minimales qui doivent être communiquées à la personne concernée. Ces obligations générales d'information s'appliquent bien entendu aussi en ce qui concerne l'utilisation de cookies et de technologies similaires.

Parmi les informations minimales figurent : l'identité (c'est-à-dire le nom ou la raison sociale) et les coordonnées du responsable (art. 19, al. 2, let. a LPD), la finalité du traitement (art. 19, al. 2, let. b LPD) et, le cas échéant, les destinataires ou les catégories de destinataires auxquels les données personnelles sont transmises (art. 19, al. 2, let. c). Lors de la collecte de données personnelles, le responsable doit donc informer la personne concernée que les données seront communiquées à un sous-traitant ou à un tiers et dans quel but la transmission ou la communication des données a lieu. Enfin, si les données personnelles sont communiquées à l'étranger, il faut également informer sur l'Etat ou l'organisme international concerné et, le cas échéant, sur les garanties prévues à l'art. 16, al. 2 LPD ou sur l'application d'une exception au sens de l'art. 17 LPD (art. 19, al. 4 LPD).²³

La LPD ne précise pas de quelle manière les personnes concernées doivent être informées. L'art. 19, al. 1 LPD prévoit uniquement que l'information doit être « adéquate ». Le caractère adéquat dépend de

²² Cf. arrêt de la CJUE du 29 juillet 2019 C-40/17

²³ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6669.

la capacité d'une personne concernée, sur la base des informations reçues, à prendre une décision consciente et autodéterminée, ainsi qu'à exercer ses droits, tels que donner son consentement à un traitement de données personnelles ou à l'utilisation de cookies, ou s'y opposer de manière conforme au droit (voir ch. 3.9 et 3.12). Plus un traitement de données est étendu et inattendu et plus il porte atteinte à la personnalité des personnes concernées, plus les exigences en matière d'accessibilité des informations sont élevées.²⁴

L'art. 13 OPDo concrétise le fait que le responsable du traitement des données doit communiquer à la personne concernée les informations sur la collecte de données personnelles de manière concise, transparente, compréhensible et facilement accessible. Ni la LPD ni l'OPDo ne prévoient de prescriptions de forme pour l'information. Entrent donc en ligne de compte, par exemple, des déclarations de protection des données, des conditions d'utilisation, des remarques ou des pictogrammes. L'information doit toutefois être active, ce qui signifie que le responsable du traitement des données doit fournir ces informations et garantir que la personne concernée puisse raisonnablement prendre connaissance de l'intégralité des informations de manière effective.²⁵ Il ne suffit donc pas de placer la déclaration de confidentialité quelque part dans une rubrique cachée du site web ou de ne fournir les informations que sur demande.

Pour satisfaire à l'exigence de l'art. 13 OPDo, les informations sous forme écrite doivent être faciles à lire et être rédigées en fonction des besoins des destinataires. Dans la réalité numérique, une information à plusieurs niveaux (« layered approach ») est indispensable, le responsable devant s'assurer, lors du choix de la forme de l'information, que la personne concernée reçoive toujours les informations les plus importantes au premier niveau de communication au moment de la collecte de ses données personnelles. Une déclaration de protection des données rédigée selon cette approche permet par exemple aux personnes concernées d'obtenir en un coup d'œil toutes les informations essentielles sous forme résumée, ainsi qu'aux spécialistes, aux journalistes d'investigation et aux autorités de surveillance ayant besoin d'informations plus approfondies d'obtenir, dans un deuxième niveau, des informations détaillées sur le plan juridique et technologique²⁶ (pour la mise en œuvre technique des exigences, voir ch. 3.13). En cas d'intégration de services tiers ou de sous-traitance, l'exploitant du site web peut renvoyer à des informations plus détaillées auprès du service tiers ou du sous-traitant concernés.

3.3.2 Moment de l'information

Selon le texte de la loi, l'information de la personne concernée doit avoir lieu lors de la collecte des données personnelles. Cela signifie que le responsable qui collecte des données personnelles directement auprès de la personne concernée doit s'assurer que celle-ci soit informée de manière adéquate au plus tard au moment où elle décide d'accepter ou non la collecte de données personnelles ou l'utilisation de cookies (voir ch. 3.12.2 et ch. 3.13.1).

3.4 **Obligations d'information supplémentaires**

En ce qui concerne l'utilisation de cookies et de technologies similaires, des obligations d'information plus étendues peuvent en découler, comme il ressort des explications ci-après relatives aux formes qualifiées d'utilisation de cookies inhabituels ou impliquant une atteinte d'intensité élevée et au consentement éclairé (voir ch. 3.10 et ch. 3.12.2).

²⁴ BRUNO BÄRISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2^e édition, art. 7 N 16 ss.

²⁵ BRUNO BÄRISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2^e éd., art. 7 N 16 ss, Cf. Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6668.

²⁶ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6668 s. ; Office fédéral de la justice, Rapport explicatif sur la révision de l'ordonnance sur la protection des données du 31 août 2022, p. 37.

3.5 Application des principes de traitement de la LPD à l'utilisation de cookies

L'art. 6 LPD énonce les principes que le responsable doit également respecter lors de l'utilisation de cookies et de technologies similaires, dès qu'il doit s'attendre à ce que le traitement établisse un lien avec des personnes (voir ch. 3.1). Ainsi, cette norme prescrit que tout traitement de données personnelles doit être licite (al. 1) et qu'il doit être effectué dans le respect de la bonne foi et de façon proportionnée (al. 2). La collecte de données personnelles et, en particulier, la finalité du ou des traitement(s) pour le(s)quel(s) elles sont collectées doivent être reconnaissables pour la personne concernée et les données personnelles ne peuvent être traitées ultérieurement que de manière compatible avec cette finalité (al. 3). Les responsables du traitement doivent s'assurer de l'exactitude des données personnelles traitées (al. 5). Les alinéas 6 et 7 règlent les conditions de validité du consentement de la personne concernée, qui doivent également s'appliquer par analogie au droit d'opposition (voir ch. 3.12.1). Le principe de transparence est notamment concrétisé par le devoir d'information lors de la collecte de données personnelles (art. 19 LPD). Les principes de proportionnalité et de sécurité des données sont concrétisés par l'obligation de mettre en place des prééclages respectueux de la protection des données (art. 7, al. 3 LPD) et par l'obligation de minimisation des données (art. 6, al. 4).

Les personnes privées peuvent traiter des données personnelles, à moins qu'elles ne portent ainsi une atteinte illicite à la personnalité des personnes concernées. Etant donné qu'en vertu de l'art. 30, al. 2, let. a LPD, il y a atteinte à la personnalité lorsque des personnes privées traitent des données personnelles en violation des principes définis aux art. 6 et 8 LPD, ces principes fixent donc les limites légales aux traitements de données effectués par des personnes privées. Si les principes sont violés, il y a atteinte illicite à la personnalité, à moins qu'elle ne soit justifiée par l'un des motifs justificatifs mentionnés à l'art. 31, al. 1 LPD (consentement de la personne concernée, intérêt privé ou public prépondérant ou loi).

Les organes fédéraux doivent respecter les principes de la LPD lors du traitement de données personnelles, tout comme les responsables du traitement privés. Ils sont en outre soumis au principe de légalité conformément à l'art. 34, al. 2 LPD, selon lequel tout traitement doit reposer sur une base légale suffisante. Dans le cadre du traitement de données personnelles, réglementé par la loi et toujours effectué dans l'intérêt public, les organes fédéraux utilisent des cookies techniquement nécessaires en accord avec le principe de proportionnalité. Une utilisation supplémentaire de fichiers texte est possible, à condition qu'elle soit également dans l'intérêt public et repose sur une base légale suffisamment précise.

3.5.1 Principe de bonne foi et de transparence

Le principe de la bonne foi selon l'art. 6, al. 2 LPD et les obligations d'information susmentionnées selon l'art. 19 LPD garantissent la transparence du traitement des données personnelles. Cette dernière est une condition indispensable pour que les personnes concernées puissent faire valoir les droits que leur confère la LPD et, en particulier, exercer de manière valide des droits formels tels que le consentement à l'utilisation de cookies liés à des données personnelles ou l'opposition à cette utilisation (concernant le contenu, la forme et le délai du devoir d'information au sens de l'art. 19 LPD, cf. ch.3.3 et sur les formes qualifiées d'utilisation de cookies et sur le consentement qualifié, voir ch. 3.9 et ch. 3.12 et 3.13).

3.5.2 Principe de proportionnalité

Conformément au principe de proportionnalité énoncé à l'art. 6, al. 2 LPD, seules peuvent être traitées les données qui sont aptes et nécessaires à atteindre la finalité du traitement. En outre, il doit y avoir un rapport raisonnable entre les finalités et les moyens utilisés.²⁷ Ce principe est concrétisé à l'art. 7, al. 3 LPD, qui oblige le responsable du traitement à garantir, au moyen de prééclages appropriés, que le

²⁷ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6644.

traitement soit limité au minimum requis par la finalité poursuivie, pour autant que la personne concernée n'en dispose pas autrement.²⁸

Les cookies dits « essentiels » sont ceux indispensables au fonctionnement technique d'un site ou d'une application, conformément aux attentes légitimes des utilisateurs. Ce terme englobe donc les cookies et technologies similaires

- sans lesquels un site web ne pourrait pas être utilisé pour sa fonction essentielle, telle que sollicitée par les visiteurs (aspect fonctionnel),
- ou sans lesquels le traitement souhaité ne remplirait pas les exigences minimales en matière de sécurité technique au sens de l'art. 8 LPD (aspect lié à la sécurité).

Utilisation essentielle de cookies et de technologies similaires en raison de critères fonctionnels

La qualification de cookies et technologies similaires comme étant « essentiels » car garantissant la faisabilité fonctionnelle du traitement sollicité implique une appréciation au cas par cas, en fonction de l'utilisation des données et de la finalité poursuivie par le responsable du traitement. Il n'existe donc pas de réponse uniforme applicable à toutes les situations : il convient de prendre en compte les éléments concrets pour déterminer si le traitement des données au moyen de cookies ou de technologies similaires est, dans le cas d'espèce approprié, nécessaire et raisonnablement acceptable²⁹. L'évaluation du caractère raisonnablement acceptable dépendra de l'intensité de l'atteinte et de l'attente légitime des personnes qui utilisent le site web ou l'application³⁰.

Par exemple, pour un magasin en ligne, l'utilisation de cookies pour le panier d'achat, qui enregistrent les articles sélectionnés, est considérée comme nécessaire et donc comme proportionnée du point de vue du droit de la protection des données. De tels cookies permettent aux clients d'ajouter des produits dans un panier d'achat numérique et de ne procéder à leur achat que lorsqu'ils ont trouvé tous les produits qui les intéressent. Ils leur évitent également de devoir chercher à nouveau tous les produits en question, s'ils n'ont pas pu conclure l'achat lors d'une seule session de navigateur.

Utilisation essentielle de cookies et de technologies similaires en raison de critères liés à la sécurité technique

Le critère de sécurité technique présuppose que l'utilisation des cookies et autres technologies similaires est nécessaire pour assurer une sécurité adéquate des données personnelles par rapport au risque encouru conformément à l'art 8, al. 1 LPD.

Ci-dessous se trouve une liste exemplative³¹ de quelques cookies considérés comme « essentiels » pour lesquels le traitement de données correspondant peut être considéré en règle générale comme raisonnablement acceptable pour les personnes concernées et donc en principe comme proportionné :

²⁸ Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6649.

²⁹ Ainsi, l'examen de la proportionnalité et l'examen d'un intérêt privé prépondérant se recoupent, en particulier au sens de l'art. 31, al. 2, let. a, LPD. Un traitement des données, absolument nécessaire pour fournir la prestation d'une application, est justifié par un intérêt privé prépondérant de la personne qui traite les données et est également raisonnablement acceptable pour les personnes concernées ; voir ATF 2C_369/2021 du 22.9.2021, consid. 6.1 et ATF 143 I 403, consid. 5.6.3; 140 I 2, consid. 9.2.2 et Häfelin/Müller/Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8^e édition, n. 555 ss.

³⁰ Pour les applications d'entreprises de transport servant au décompte de transports de passagers soumis à émolument, la saisie des données de position est aujourd'hui courante. En donnant accès à son emplacement, la saisie manuelle des lieux de départ et d'arrivée n'est plus nécessaire. Étant donné que le but de l'achat du titre de transport peut être atteint sans saisir les données de position, ce traitement des données, qui est lié à des risques importants en matière de protection des données, n'est pas nécessaire ni raisonnablement exigible (ou acceptable). Il doit donc être justifié au moyen du consentement de la personne concernée.

³¹ Ces exemples donnent des pistes pour savoir dans quels cas le caractère raisonnablement exigible (ou acceptable) du traitement des données peut être approuvé avec une grande probabilité. Il n'existe toutefois aucun catalogue contraignant des cookies nécessaires.

Utilisations de cookies et technologies similaires considérées comme étant essentielles	
en raison de critères fonctionnels	en raison de critères liés à la sécurité technique
• Cookie de panier d'achat : le stockage de produits sélectionnés (dans une boutique en ligne) • Données saisies par l'utilisateur : la mise en mémoire tampon des données (dans un formulaire en ligne) ; • Login : l'authentification d'un utilisateur connecté (sur un site web disposant d'une zone protégée accessible uniquement aux utilisateurs connectés) ; • Choix de la langue : l'enregistrement du choix de la langue qui convient au visiteur du site web (sur les sites web proposés en plusieurs langues) ; • Cookie opt-in et Cookie opt-out : l'enregistrement du consentement ou non au cookie est nécessaire pour que la « bannière de consentement » n'apparaisse pas à chaque nouvelle consultation de la page (sur les sites web disposant d'un CMP³²).	• Répartition de la charge (« load balancing ») : cookies qui servent à répartir uniformément la charge d'un site web ; • Cookies pour empêcher les attaques dites de force brute par des tentatives répétées de connexion ; • Cookies pour distinguer les humains des robots informatiques (captcha)

Le critère de nécessité doit être appliqué tant au contenu des cookies qu'à leur durée de conservation et à la communication éventuelle de données à des tiers. En ce qui concerne le contenu, il peut être nécessaire de placer des cookies pour enregistrer un consentement ou pour le load-balancing. Avec un identifiant unique, ils ne peuvent être stockés que si et aussi longtemps que cela est nécessaire pour remplir la fonctionnalité. Il en va de même pour l'enregistrement des paramètres de langue ou de couleur d'arrière-plan. Dans ce cas, il n'est pas nécessaire de disposer d'un identifiant unique tel qu'un ID utilisateur univoque, mais il suffit d'enregistrer une indication non-identifiante telle que « background-color : black » ou « language : fr ».

Une opposition à de tels cookies en application de l'art. 45c LTC (voir ch. 2.1) n'est donc possible qu'indirectement, en renonçant dans ce cas à l'application dans son ensemble.

3.6 Admissibilité des cookies non essentiels

Outre les cookies « essentiels » décrits au ch. 3.5.2, sont souvent utilisés des cookies qui servent à optimiser l'expérience de l'utilisateur lorsqu'il navigue sur le site web (cookies dits fonctionnels ou de confort). L'utilisation de tels cookies, dans la mesure où elle va au-delà de ce qui est nécessaire, se heurte au principe de proportionnalité en matière de protection des données de l'art. 6, al. 2 LPD³³.

Si des données personnelles sont traitées par un responsable du traitement privé en violation des principes généraux de traitement énoncés aux arts. 6 et 8 de la LPD, ce traitement porte atteinte à la personnalité des personnes concernées selon l'art. 30, al. 2, let. a LPD. Selon l'art. 31, al. 1 LPD, les responsables du traitement privés doivent s'abstenir de porter atteinte à la personnalité, à moins qu'ils ne puissent la justifier par un intérêt privé ou public prépondérant, par la loi ou par le consentement des personnes concernées.

³² Plateforme de gestion du consentement, en anglais « consent management platform ».

³³ Voir plus haut, 3.5.2.

Les responsables privés disposent donc des instruments suivants pour faire un usage licite des cookies non essentiels³⁴ :

- Premièrement, ils peuvent examiner, dans le cadre d'une pesée des intérêts, si les traitements de données effectués au moyen de ces cookies peuvent être justifiés par un ou plusieurs intérêt(s) privé(s) prépondérant(s) (voir ch. 3.7) ;
- Deuxièmement, les responsables du traitement ont la possibilité d'obtenir le consentement des personnes concernées (voir ch. 3.12).

Une autre possibilité à la disposition des responsables du traitement consiste à rendre optionnels les traitements de données pouvant porter atteinte à la personnalité en accordant un droit d'opposition selon l'art. 30, al. 2, let. b LPD, ce qui est de toute façon prescrit en ce qui concerne l'utilisation de cookies non essentiels par l'art. 45c LTC (disposition spéciale) (voir ch. 2.1, 3.7.2 et 3.9).

3.7 Justification de l'utilisation de cookies portant atteinte à la personnalité par des intérêts privés prépondérants

Dans la pratique, les annonceurs tentent souvent de justifier l'utilisation commerciale de cookies au-delà des limites du principe de proportionnalité en invoquant leurs intérêts privés prépondérants, car la preuve d'un tel intérêt leur permet de se dispenser de demander le consentement des personnes concernées, ce qui ne change toutefois rien au fait qu'ils doivent leur accorder un droit d'opposition en vertu de l'art. 45c LTC.

3.7.1 Possibilité d'utilisation des cookies non essentiels en fonction de la gravité de l'atteinte à la personnalité

La question de savoir si les intérêts privés du responsable du traitement peuvent justifier l'atteinte concrète à la personnalité de la personne concernée dépend de la mise en balance des intérêts du responsable du traitement et de la personne concernée au cas par cas³⁵. Les exploitants de sites web doivent donc d'abord examiner quels intérêts privés entrent en jeu dans le cadre d'une utilisation disproportionnée de cookies ou de technologies similaires, quels sont les avantages et les inconvénients qu'ils présentent pour les personnes concernées et quelle est la gravité de l'atteinte à la personnalité des personnes concernées qui résulte de l'utilisation. Il s'agit ensuite d'évaluer si l'atteinte peut être raisonnablement exigée des personnes concernées, de sorte que les intérêts privés des exploitants de sites web prévalent. Des éléments tels que la durée de conservation des informations collectées au moyen de cookies ou les éventuelles communications de données à des tiers doivent être pris en compte dans la pesée des intérêts.

3.7.2 L'aménagement optionnel réduit la gravité de l'intervention

Dans la plupart des cas³⁶, le responsable peut réduire la gravité des atteintes liées aux traitements de données portant atteinte à la personnalité à un niveau compatible avec la protection des données en accordant aux personnes concernées un droit d'opposition aux traitements au sens de l'art. 30, al. 2, let. b LPD. Pour l'utilisation de cookies non essentiels, cet aménagement optionnel est rendu obligatoire par l'art. 45c LTC, de sorte que le responsable doit dans tous les cas donner aux personnes concernées la possibilité de s'opposer à l'utilisation de tels cookies.

³⁴ Par « cookies non essentiels », on entend les cookies qui ne remplissent pas les critères définis au ch. 3.5.2 pour être considérés comme « essentiels ».

³⁵ Cf. ATF 136 II 508 p. 521, consid. 5.2.5.

³⁶ Si l'utilisation de cookies non essentiels a lieu dans le contexte de traitements qui comportent des atteintes graves ou des risques élevés pour la personnalité et les droits fondamentaux des personnes concernées, l'utilisation facultative ne permet pas d'obtenir cette réduction dans une mesure suffisante du point de vue juridique (ch. 3.10).

3.8 Liste de cas prévues par la loi indiquant une prépondérance possible des intérêts privés

Dans le cadre de la pesée des intérêts, les responsables privés essaieront tout d'abord d'invoquer les cas énumérés à l'art. 31, al. 2, let. a - f LPD. Cette liste non exhaustive indique une prépondérance possible des situations qui y sont décrites. Toutefois, selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, un intérêt privé prépondérant ne doit être admis qu'avec réserve.³⁷ On peut déduire de l'énumération exemplative du législateur que, dans tous les cas de figure où le responsable du traitement peut faire valoir un intérêt privé légitime, des limites lui sont imposées en ce sens qu'il doit déterminer un but clair pour le traitement et limiter de manière proportionnée l'étendue des données à traiter en termes de temps, de contenu et d'accessibilité. L'objectif est de limiter autant que possible l'atteinte à la personnalité des personnes concernées, afin que dite atteinte reste raisonnable pour elles.

Pour qu'un intérêt privé à l'utilisation de cookies non essentiels puisse être considéré comme prépondérant, le rapport entre la finalité et les moyens doit être approprié. Ce n'est pas le cas lorsqu'il existe des moyens plus légers pour atteindre le même objectif ou lorsque l'atteinte à la personnalité des personnes concernées pour atteindre ces objectifs est si grave qu'elle ne peut être raisonnablement exigée des personnes concernées. Ainsi, l'intérêt privé de l'exploitant d'un site web à analyser les flux de visiteurs à l'aide de cookies ne saurait justifier des analyses de données personnelles si cette finalité peut être remplie par le biais d'une analyse d'informations anonymes ou anonymisées.

3.8.1 Utilisation de cookies en relation directe avec la conclusion ou l'exécution d'un contrat

Avec l'utilisation de cookies, les responsables du traitement privés soutiennent dans la pratique du commerce électronique qu'une multitude de fonctionnalités servent à la conclusion ou à l'exécution de contrats. C'est le cas par exemple des cookies qui marquent la sélection d'articles dans le panier d'une commande en ligne, de ceux concernant les modalités de paiement ou ceux qui permettent des commodités telles que les livraisons à domicile basées sur des données d'adresse. Ces cookies ne sont pas absolument nécessaires d'un point de vue technique. Dans l'art. 31, al. 2, let. a. LPD, le législateur a toutefois indiqué une possible prépondérance de l'intérêt privé dans les cas de telles utilisations.

3.8.2 Utilisation de cookies pour la recherche et les statistiques

Le motif justificatif pour un traitement à des fins ne se rapportant pas à des personnes, comme la recherche et les statistiques au sens de l'art. 31, al. 2, let. e LPD, s'avère également particulièrement pertinent en ce qui concerne l'utilisation de cookies non essentiels. En effet, l'analyse des flux de visiteurs de sites web se fait souvent grâce à l'utilisation de cookies. Il est important pour les exploitants de savoir comment leur site web est utilisé et comment il peut être optimisé.

Pour atteindre ce but, le législateur a déjà procédé à la pesée des intérêts et défini trois conditions permettant d'affirmer l'existence d'un intérêt privé prépondérant du responsable du traitement privé. Par conséquent, le traitement de données personnelles à des fins ne se rapportant pas à des personnes dans le but d'établir des statistiques est justifié si les trois conditions suivantes sont remplies :

- a. Les données personnelles sont rendues anonymes dès que le but du traitement le permet. Dans le contexte des sites web, cela signifie en général immédiatement. Si cela s'avère impossible ou nécessite des efforts disproportionnés, des mesures appropriées doivent être prises pour empêcher l'identification de la personne concernée.
- b. S'il s'agit de données personnelles sensibles, une communication à des tiers n'est possible que sous une forme ne permettant pas d'identifier la personne ; si cela n'est pas possible, le responsable du traitement doit garantir que les tiers ne traitent les données qu'à des fins ne se rapportant pas à des personnes.

³⁷ ATF 136 II 508, consid. 5.2.4 et 6.3.3.

- c. Les résultats sont publiés de manière à ce que les personnes concernées ne soient pas identifiables.

En respectant ces exigences légales, l'exploitant du site web peut justifier l'analyse des flux de visiteurs par l'existence d'un intérêt privé prépondérant. L'utilisation d'outils d'analyse externes peut également répondre à ces exigences à condition que leurs fournisseurs ne traitent les données que pour le compte de l'exploitant du site web et non à leurs propres fins.

3.9 Octroi du droit d'opposition et paramètres par défaut de la protection des données

Si l'utilisation de cookies non essentiels ne requiert pas de consentement exprès, le responsable se doit d'aménager la mise en œuvre du droit légal à s'opposer à l'utilisation de tels cookies (voir ch. 3.7.2) de manière à ce que la possibilité d'exercice de ce droit satisfasse au principe fondamental de la bonne foi de l'art. 6, al. 2 LPD (voir ch. 3.10.4). En outre, en tant qu'exploitant du site web, il doit s'assurer, par des paramètres par défaut appropriés, conformément à l'art. 7, al. 3, LPD, que l'utilisation des cookies – jusqu'à ce qu'il soit effectivement possible de prendre connaissance du traitement des données et d'exercer le droit d'opposition au moyen d'un bouton correspondant (voir ch. 3.13.2) – soit limitée au minimum nécessaire à l'usage prévu (voir ch. 3.13.1).

En outre, le responsable doit afficher de manière bien visible le droit d'opposition à l'utilisation de cookies non essentiels sur le site web, afin que la possibilité d'un opt-out soit facilement repérable et accessible par les utilisateurs, aussi bien lors de la première visite que lors des visites suivantes, et que le choix puisse être exercé en quelques clics.

3.10 Utilisation qualifiée de cookies

Si l'utilisation de cookies non essentiels a lieu de façon imprévisible ou dans le contexte de traitements impliquant de graves atteintes ou des risques élevés pour la personnalité et les droits fondamentaux des personnes concernées, les intérêts privés des responsables ne peuvent généralement pas prévaloir sur les atteintes à la personnalité des personnes concernées (l'annexe A présente un aperçu schématique des niveaux de risque liés à l'utilisation de cookies).

3.10.1 Utilisation de cookies impliquant une atteinte d'intensité élevée à la personnalité et aux droits fondamentaux

L'utilisation de cookies non essentiels est considérée comme présentant une atteinte d'intensité élevée lorsqu'elle a lieu dans le contexte de traitements concernant des données personnelles sensibles au sens de l'art. 5, let. c LPD ou lorsqu'elle aboutit à un profilage à risque élevé au sens de l'art. 5, let. g LPD. Le profilage à risque élevé conduit à un appariement de données qui permet d'apprécier les caractéristiques essentielles de la personnalité d'une personne physique (voir ch. 1.2). Ainsi, la collecte de données de géolocalisation assistée par des cookies et des technologies similaires peut, selon la durée de la collecte de données, déboucher sur un profilage à risque élevé, si les données collectées à elles seules ou en combinaison avec d'autres données et sources de données conduisent à des profils de déplacement précis qui permettent de tirer des conclusions sur des aspects essentiels de la personnalité des utilisateurs. La pratique montre que ce résultat peut également être atteint en combinant des données de localisation imprécises.

Les responsables du traitement (exploitants de sites web et éventuels tiers intégrés) doivent partir du principe qu'il y a profilage à risque élevé lorsque le profilage implique un grand nombre de jeux de données différents et qu'ils ne peuvent pas exclure que le résultat puisse avoir des conséquences graves pour la personnalité et les droits fondamentaux des personnes concernées (voir ch. 3.11.3).

Pour l'utilisation de cookies non essentiels dans le contexte de traitements impliquant une atteinte d'intensité élevée, le responsable ne peut invoquer ni la prépondérance de son intérêt privé ni une mise en œuvre optionnelle du traitement. Au contraire, il doit obtenir le consentement exprès des personnes

concernées avant de procéder au traitement (voir ch. 3.12). Cette exigence s'applique même lorsque de tels traitements intrusifs sont généralement attendus selon l'usage courant³⁸.

3.10.2 Utilisation inhabituelle des cookies

L'utilisation de cookies non essentiels doit être considérée comme imprévisible, inattendue ou inhabituelle lorsqu'elle sert des objectifs qui contrastent manifestement avec les finalités du traitement principal de données personnelles dans le contexte duquel elle intervient. Une telle situation peut par exemple se produire lorsqu'un site web proposant des services à vocation caritative ou sociale, ou encore proposant des jeux en ligne, utilise des cookies pour associer et commercialiser les données d'adresse et/ou de téléphone. Si les circonstances concrètes permettent de supposer que de telles utilisations sont contraires aux attentes d'une part significative des visiteurs du site web, les responsables du traitement doivent indiquer de manière particulièrement claire sur le site web que des cookies correspondants sont placés et qu'il est possible de s'y opposer.

Le contraste entre la finalité et les attentes est plus important pour les personnes concernées lorsque des cookies à but commercial sont utilisés sur des sites web aux contenus sensibles de nature politique³⁹, syndicale ou religieuse. En raison du lien avec le traitement de données personnelles sensibles, les exploitants de tels sites web doivent obtenir le consentement exprès des personnes concernées avant d'utiliser des cookies inattendus (voir ch. 3.10.1).

3.10.3 Obligations particulières de signalisation et de mise en évidence

Conformément au principe de la bonne foi, les responsables du traitement doivent attirer l'attention des personnes concernées sur l'atteinte d'intensité élevée ou le caractère inhabituel d'un traitement de données personnelles ou de l'utilisation de cookies non essentiels qui l'accompagne, et ce, de manière bien visible, distincte et particulièrement claire. Ainsi, dans le cadre de traitement portant une atteinte d'intensité élevée, il est recommandé de mettre en place un message automatique (« fenêtre pop-up ») apparaissant lors de la première visite du site web pour signaler l'utilisation particulièrement intrusive ou inhabituelle de cookies ou que cette utilisation soit signalée de manière évidente par une taille ou une police de caractères voyante (pour la mise en œuvre technique, voir ch. 3.13).

Ces obligations particulières de signalisation et de mise en évidence s'étendent également, dans le cas des utilisations qualifiées de cookies, à l'obtention généralement obligatoire d'un consentement exprès (opt-in) ou à l'octroi, suffisant dans certains cas, d'un droit d'opposition (opt-out) :

3.10.4 Aménagement du droit d'opposition et de l'opt-out

Une mise en œuvre facultative du traitement peut être envisageable, par exemple, lorsqu'une utilisation inattendue de cookies a lieu sans qu'elle entraîne une atteinte d'intensité élevée (voir ch. 3.10.2, premier paragraphe). Lors de l'octroi du droit d'opposition à une telle utilisation qualifiée de cookies, les responsables du traitement doivent non seulement garantir la mise en place de paramètres par défaut respectueux de la protection des données, un emplacement bien visible sur le site web et une présentation claire de la possibilité d'opposition (voir ch. 3.9), mais aussi veiller à ce que la mise en évidence soit faite avec un niveau de visibilité qui corresponde au caractère inhabituel de l'utilisation des cookies concernés. Cette mise en évidence est atteinte lorsque les personnes concernées ne peuvent pas passer à côté de l'avertissement lors de leur première visite sur le site web, en raison d'indications particulièrement visibles qu'une utilisation qualifiée de cookies est prévue, à laquelle elles peuvent s'opposer en quelques clics.

³⁸ Dans les applications des entreprises de transport pour la facturation du transport payant de passagers, la saisie de données de position décrite plus haut est aujourd'hui courante pour acheter un titre de transport. Recueillir un consentement dans ce but ne comprend toutefois pas la vente de données sensibles à des tiers ; pour cette finalité, le consentement devrait également être spécifique.

³⁹ Voir à ce sujet le guide du 15 décembre 2022 des autorités de protection des données de la Confédération et des cantons concernant le traitement numérique de données personnelles dans le cadre d'élections et de votations en Suisse : <https://www.edoeb.admin.ch/fr/guide-relatif-aux-elections-et-votations>

3.10.5 Aménagement du consentement et de l'opt-in

Pour justifier les traitements impliquant une atteinte d'intensité élevée à la personnalité et aux droits fondamentaux et l'utilisation de cookies qui en découle, le responsable du traitement doit obtenir le consentement exprès des personnes concernées selon l'art. 6, al. 7 LPD. Pour les organes fédéraux, l'art. 7, let. c LPD prescrit déjà l'obtention d'un consentement exprès lorsque l'utilisation de cookies débouche sur un profilage, même s'il n'est pas à risque élevé.

L'obtention valide d'un opt-in suppose que, lors de la première visite du site web, le responsable du traitement exige des personnes concernées un comportement actif, comme un clic ou un autre signe manifeste, avant qu'elle ne puisse accéder au service en ligne concerné. Après l'octroi du consentement, le site web doit indiquer clairement aux personnes concernées, à chaque visite, qu'elles peuvent à tout moment le retirer. De plus, le site doit offrir aux visiteurs une navigation simple et intuitive permettant d'accéder facilement au bouton de révocation (pour la mise en œuvre technique de ces exigences, voir ch. 3.13).

3.11 **Utilisation de cookies pour la publicité personnalisée**

3.11.1 Usage des cookies publicitaires dans le contexte commercial

Il est généralement courant et connu que, dans la pratique du commerce électronique, de nombreuses entreprises privées utilisent des cookies à des fins d'envoi de publicité personnalisée, de sorte que cette modalité d'utilisation ne peut pas être considérée comme inattendue ou inhabituelle dans un contexte commercial. Selon les circonstances de l'offre concrète, des attentes similaires peuvent également exister pour des services en ligne gratuits tels que la mise à disposition de possibilités de contact sur des réseaux sociaux (voir ch. 3.10.2). Il en va toutefois autrement lorsque le responsable du traitement permet à des tiers d'accéder par le biais de cookies tiers ou de technologies similaires, moyennant rémunération, à des informations à caractère personnel ; ce qui permet à ces tiers, eux-mêmes intégrés dans plusieurs sites web, de procéder à un profilage à risque élevé (voir ch. 3.11.3).

Dans un souci d'harmonisation et de transparence, l'industrie publicitaire a standardisé l'utilisation des CMP (Consent Management Platforms) afin d'informer les utilisateurs sur la collecte de leurs données personnelles via les cookies et sur les finalités de ce traitement⁴⁰. Si cette démarche constitue un pas dans la bonne direction, la pratique montre cependant que des profils d'utilisateurs, constitués à partir de données personnelles et de mécanisme de traçage, peuvent être vendus à divers acteurs. Ces données peuvent être exploitées à d'autres finalités que la publicité ciblée, de sorte qu'il est difficile d'évaluer les risques liés à ce type de pratique⁴¹.

Même si une part significative de visiteurs d'un site web s'attend à un suivi publicitaire (traçage) et que le responsable du traitement satisfait à ses devoirs d'information et aménage une possibilité de s'opposer au traitement (opt-out) respectueuse de la protection des données (voir ch. 3.9), l'intérêt privé du responsable du traitement à l'utilisation de cookies à des fins de publicité en ligne ne l'emporte pas systématiquement. A cet égard, il convient de distinguer entre le traçage publicitaire avec profilage « normal » de celui avec profilage qualifié, c'est-à-dire présentant un risque moyen ou élevé pour la personnalité ou les droits fondamentaux des personnes concernées (concernant le profilage, voir ch. 1.2 et concernant la gradation schématique des risques, voir annexe A).

⁴⁰ Les CMP permettent de gérer le consentement des internautes et proposent des bannières cookies personnalisables supposées expliquer clairement quelles données sont collectées, pour quelles finalités (marketing, statistiques, etc.), et donnent la possibilité aux utilisateurs d'accepter ou de refuser de manière granulaire ces traitements. Ce standard est soutenu notamment par le framework TCF (Transparency and Consent Framework) de l'IAB Europe, qui vise à uniformiser la gestion du consentement dans l'écosystème publicitaire digital. Ainsi, grâce à cette standardisation via les CMP, la publicité en ligne vise à mieux informer les utilisateurs et à leur garantir un traitement des données plus conforme et transparent.

⁴¹ Par exemple, des études ont révélé que des sociétés créent des profils très détaillés qui vont jusqu'à catégoriser les individus selon des traits personnels sensibles (dépendances, troubles psychologiques, opinions politiques, etc.) et que ces profils sont échangés et vendus parmi de nombreux acteurs du marché des données. Ce profilage intensif, souvent lié à des pratiques publicitaires comme le Real-Time Bidding (RTB), peut entraîner un risque accru de manipulation, d'atteinte à la vie privée, et d'utilisation non contrôlée des données, échappant ainsi au contrôle des personnes concernées. Cela soulève de fortes inquiétudes quant à la transparence, à la sécurité des données, et à la maîtrise réelle par l'utilisateur de son identité numérique.

3.11.2 Suivi publicitaire par profilage « normal »

Les annonceurs collectent, à l'aide de cookies, des informations sur le comportement et les intérêts des visiteurs de leur site web afin de leur proposer une présentation personnalisée des offres ou l'envoi de publicités ciblées pour leurs propres produits. Les données collectées et les analyses qui en découlent conduisent ainsi à un profilage au sens de l'art. 5, let. f LPD, qui permet de tirer des conclusions sur certains aspects de la personnalité et du comportement de consommation des utilisateurs.

Pour l'utilisation de cookies publicitaires relevant de ce profilage « normal », les responsables du traitement privés doivent, au minimum, s'assurer que les utilisateurs du site web puissent reconnaître immédiatement, tant lors de la première visite que des visites suivantes, comment exercer leur droit d'opposition (opt-out) en quelques clics s'ils recherchent l'option correspondante (voir ch. 3.9).

Contrairement aux responsables privés, les organes fédéraux doivent obtenir un consentement exprès pour l'utilisation de cookies entraînant un profilage « normal » au sens de l'art. 5, let. f LPD. Il convient toutefois de noter que les organes fédéraux peuvent agir aussi bien en tant qu'autorités publiques qu'en tant qu'acteurs de droit privé. Dans la plupart des cas, l'utilisation de cookies publicitaires relève de cette seconde catégorie, ce qui signifie que les règles de la LPD applicables aux traitements de données par des acteurs privés s'appliquent également.

3.11.3 Suivi publicitaire par profilage à risque élevé

Comme exposé au ch. 3.11.1 les exploitants de sites web et les tiers intégrés sur les sites web utilisent des cookies pour suivre le comportement et les intérêts des visiteurs, non seulement pour leur propre compte, mais aussi pour permettre à des tiers de diffuser des publicités personnalisées sur la base de ces données ou de leur vendre le placement d'annonces publicitaires personnalisées via un système d'enchères. Pour obtenir un aperçu aussi complet que possible du comportement de consommation des utilisateurs, ce suivi par cookies s'étend généralement sur plusieurs pages web. Une telle pratique peut dépasser l'intensité d'un profilage « normal » et conduire à un profilage à risque élevé au sens de l'art. 5, let. g LPD. Si ce seuil est franchi, les responsables du traitement doivent respecter les obligations de signalisation et de mise en évidence, ainsi que les exigences en matière de recueil du consentement, qui s'appliquent aux traitements de données présentant une atteinte d'intensité élevée (voir ch. 3.10.3 et 3.10.5).

Tant que les responsables ne peuvent pas exclure, faute d'analyses appropriées, que le seuil du profilage « normal » puisse être dépassé, ils doivent partir du principe qu'il existe un risque élevé (voir ch. 3.10.1).

Dans son rapport final du 11 avril 2024 relatif à un examen des faits clos sous l'ancienne LPD du 19 juin 1992, le PFPDT a estimé que le traitement en cause constituait un « profil de la personnalité » selon l'art. 3, let. d aLPD. C'est de cette notion que le législateur de 2020 a dérivé la nouvelle notion de « profilage à risque élevé » selon l'art. 5, let. g LPD⁴². L'enquête visait une entreprise qui traitait, à l'aide de cookies, les données d'utilisation de ses clients sur sa propre plateforme et les croisait avec celles d'autres sociétés du même groupe afin d'analyser le comportement des utilisateurs sur l'ensemble de ses offres. Pour qualifier le traitement de « profil de la personnalité », le PFPDT a tenu compte des éléments suivants : Premièrement, les acteurs économiques participant au traçage étaient actifs dans différents secteurs. Deuxièmement, les données personnelles en question ont été collectées sur une longue période et, troisièmement, des données disponibles publiquement ainsi que des données de fournisseurs tiers ont été utilisées pour enrichir la base de données.⁴³

⁴² BEAT RUDIN, in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2^e édition, art. 5 N 52.

⁴³ V. Rapport final du PFPDT du 11 avril 2024 dans l'affaire Ricardo SA et TX Group : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/90124.pdf>

3.12 Exigences légales pour l'obtention du consentement et la mise en œuvre des droits de révocation et d'opposition

Ni la LPD ni l'art. 45c LTC n'impose de recueillir un consentement pour qu'un traitement de données par le biais de cookies non essentiels soit légal. Le consentement des personnes concernées ne constitue qu'un des motifs justificatifs aux traitements de données portant atteinte à la personnalité énumérés par le législateur à l'art. 31, al. 1 LPD.

Même dans les cas où il serait possible d'obtenir le consentement d'un large public, une telle démarche peut s'avérer coûteuse en temps et en argent. C'est pourquoi, pour des raisons de praticité, les responsables du traitement privés ne requièrent généralement un consentement que lorsqu'il apparaît que l'octroi d'un simple droit d'opposition (opt-out) à l'utilisation de cookies non essentiel ne suffirait pas à éviter que l'atteinte à la personnalité des personnes concernées soit plus grande que l'intérêt privé de l'exploitant à l'utilisation de ces cookies.

3.12.1 Application par analogie au droit d'opposition aux cookies

Les conditions pour qu'un consentement au traitement de données personnelles moyennement de cookies non essentiels ou des technologies similaires soit valable sont définies à l'art. 6, al. 6 LPD. Sont nécessaires une information adéquate sur les traitements de données auxquels le consentement doit être donné et le caractère volontaire de la déclaration de volonté.

Le consentement au traitement de données personnelles, l'opposition à ce traitement, la révocation d'un consentement donné ou le retrait d'une opposition sont quatre droits étroitement liés. Les exigences exposées dans les chapitres suivants concernant l'obtention d'un consentement juridiquement valable et la possibilité de le révoquer doivent donc s'appliquer par analogie à la mise en œuvre du droit d'opposition et à la révocation de cette opposition, conformément aux règles de la bonne foi (voir ch. 2.1, 3.7.1 et 3.9).

3.12.2 Consentement éclairé

Selon la jurisprudence du Tribunal administratif fédéral, l'exigence d'une information adéquate vise à ce que la personne concernée donne son consentement en connaissance de cause, c'est-à-dire qu'elle ne doit prendre sa décision qu'après avoir pu se faire une idée (également) des conséquences négatives possibles découlant de son consentement. Il est nécessaire, mais également suffisant, que la personne concernée puisse comprendre clairement à quoi elle consent, c'est-à-dire quelles sont les implications de sa décision.⁴⁴ La condition de l'information adéquate est donc étroitement liée au principe de la reconnaissabilité et aux devoirs d'information selon l'art. 19 LPD (voir ch. 3.3). Lorsqu'un traitement de données portant atteinte à la personnalité est justifié par le consentement de la personne concernée, les exigences en matière de transparence sont particulièrement élevées. En effet, en requérant un consentement, le responsable du traitement transfère une part de responsabilité à la personne concernée quant aux éventuelles atteintes à ses droits. La personne concernée doit donc pouvoir comprendre clairement quel type de données seront traitées sur la base de son consentement, et dans quel but elles le seront. Ce n'est qu'ainsi qu'elle peut évaluer les conséquences et les risques du traitement des données envisagé sur ses droits de la personnalité et exprimer une volonté juridiquement valable. En application du principe de proportionnalité, l'information doit en principe être d'autant plus claire que les données personnelles concernées sont sensibles.⁴⁵

Le Tribunal administratif fédéral précise que, selon la situation, l'information fournie doit non seulement porter sur les circonstances du traitement des données, mais aussi sur ses principaux risques et conséquences possibles pour la personne concernée.⁴⁶ L'adéquation de l'information dépend du public cible du traitement.⁴⁷ Si le public cible d'un traitement de données est constitué de mineurs capables de discernement qui exercent de manière autonome leur droit à l'autodétermination informationnelle,⁴⁸ on attend du responsable du traitement des données qu'il utilise un langage simple et sans équivoque et

⁴⁴ Voir ATAF 2009/44 consid. 4.2.

⁴⁵ LUKAS BÜHLMANN/MICHAEL SCHÜEPP, Information, Einwilligung und weitere Brennpunkte im (neuen) Schweizer Datenschutzrecht, n. 52 et 54 KLAUS SAMUEL/THOMANN KENZO in : BIERI/POWELL (éd.), Orell Füssli Kommentar zum DSG, 1^{ère} édition, art. 6 LPD n. 21.

⁴⁶ Voir ATAF 2009/44 consid. 4.2.

⁴⁷ TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zurich 2017, N 263

⁴⁸ Dans le cas des enfants, les parents exercent ce droit dans la mesure de leur autorité parentale, en représentation des enfants.

qu'il attire spécifiquement l'attention sur les risques ou conséquences possibles du traitement de données en question.

Comme indiqué au point 3.3.2 ci-dessus, l'information sur l'utilisation imminente de cookies doit toujours être fournie avant que la personne n'exprime sa volonté.⁴⁹

3.12.3 Consentement spécifique

Le consentement à l'utilisation de cookies non essentiels doit clairement refléter la volonté de la personne concernée d'accepter un traitement de donnée après en avoir été préalablement informée. En outre, cette manifestation de volonté doit porter sur un traitement de données clair, spécifique et légitime.⁵⁰ Les déclarations de consentement de type clause générale ou les consentements en blanc sont ainsi exclus (comme par exemple la formulation fréquente « à des fins de marketing »).⁵¹ Si la déclaration de consentement se réfère à plusieurs buts et traitements de données et que différents buts sont combinés, il convient d'expliquer sans équivoque aux utilisateurs qu'ils ont la possibilité d'accepter séparément les différents traitements en question ou de les refuser. Si l'exploitant du site web recueille le consentement pour le traitement par des tiers intégrés, la déclaration de consentement doit également être claire à ce sujet (voir ch. 3.11.1).

3.12.4 Consentement libre

Conformément à l'art. 6, al. 6 LPD, le consentement doit être donné librement. Un consentement donné sur la base d'une tromperie ou sous la contrainte n'est pas valable. Il peut y avoir tromperie lorsque le responsable fait délibérément miroiter de faux faits ou dissimule des informations importantes afin d'influencer la décision de la personne concernée.⁵² Les présentations et formulations trompeuses (appelées « dark patterns » ou « nudging ») peuvent ainsi entraîner la nullité du consentement.⁵³

On peut déduire de la jurisprudence du Tribunal fédéral qu'un consentement doit être considéré comme n'étant pas libre en particulier lorsqu'un refus risque d'entraîner pour la personne concernée des inconvénients sans rapport avec la finalité du traitement de données ou disproportionnés par rapport à celle-ci.⁵⁴ Un consentement est donc volontaire lorsque la personne concernée dispose d'un choix réel ou libre ou qu'elle est en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir d'inconvénients disproportionnés.

Dans le contexte des sites web, la question du caractère volontaire se pose notamment lorsque l'accès au site web ou à une prestation principale caractéristique est refusé tant que le consentement n'a pas été donné pour un ou plusieurs traitements de données qui ne sont pas nécessaires à la prestation principale, comme l'installation de cookies tiers. Tel est souvent le cas en présence de « services gratuits », en partie financés par de la publicité en ligne personnalisée. La question de savoir si un consentement peut être valablement donné dans ces circonstances dépend de la question de savoir si la renonciation à la prestation principale peut être jugée raisonnablement acceptable ou non pour la personne concernée dans le cas concret. Si la renonciation n'est pas raisonnablement acceptable, le responsable doit fournir une alternative équivalente pour que le consentement puisse être considéré comme volontaire. Le caractère raisonnablement acceptable de la renonciation doit plutôt être nié lorsqu'il existe une relation de dépendance et que l'absence ou la mauvaise qualité des alternatives en est la conséquence⁵⁵. On peut plus facilement renoncer à la participation à un jeu-concours ponctuel qu'à la commande d'un produit auprès d'un commerçant en ligne ayant une position dominante sur le marché ou à l'utilisation d'un portail d'emploi en ligne ou d'un réseau social. Il convient de noter que

⁴⁹ MONIKA PFAFFINGER in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2e édition, art. 31 LPD n. 33 ; TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zurich 2017, n. 252.

⁵⁰ Art. 5 al. 4 REC-Conv 108+ ; Message concernant la loi fédérale sur la révision totale de la loi fédérale sur la protection des données et sur la modification d'autres lois fédérales du 15 septembre 2017, FF 2017 6565, p. 6646 s.

⁵¹ BRUNO BÄRISWYL, in : BAERISWYL/PÄRLI/BLONSKI (éd.), Stämpflis Handkommentar zum DSG, 2^e éd. Art. 6 N 86.

⁵² TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zurich 2017, N 276 ss.

⁵³ "Dark Patterns. Das Unbekannte dokumentieren ". Bericht des Bundesrates in Erfüllung des Postulates 22.3190, Michaud Gigon Sophie, 16. März 2022, p. 30 ss. Disponible sous : <https://www.news.admin.ch/news/message/attachments/88176.pdf>

⁵⁴ ATF 138 I 331 consid. 7.4.1

⁵⁵ TOBIAS FASNACHT, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Zurich 2017, N 295 ss.

l'importance des réseaux sociaux et des portails en ligne pour la participation à la vie sociale devrait encore augmenter avec la progression de la numérisation.⁵⁶

En ce qui concerne les « cookie paywalls », les utilisateurs ont le choix soit d'accepter tous les traitements de cookies et technologies similaires, soit de payer un prix déterminé (modèle d'abonnement payant), par exemple pour voir le contenu d'un site web. Ils ne doivent donc pas renoncer à la prestation s'ils ne donnent pas leur consentement, mais doivent payer un montant. Le caractère volontaire du consentement relatif aux traitements de données dépend dans ces circonstances du montant à payer : celui-ci doit être proportionné et ne doit pas vider de sa substance le droit fondamental de l'utilisateur à la protection de ses données. Compte tenu du respect du critère de proportionnalité, les exploitants de sites web doivent veiller à ce que le prix demandé soit approprié par rapport au manque à gagner résultant du fait de renoncer à transmettre les données à des tiers.

3.12.5 Forme et modalités du consentement

Le législateur de la LPD n'a lié le consentement à aucune forme juridique⁵⁷. La manière dont il est recueilli peut toutefois avoir une incidence sur sa validité. C'est le cas, par exemple, lorsque le responsable demande un consentement pour plusieurs traitements de données ayant des finalités différentes. Si différents types et fonctionnalités de cookies sont combinés, les utilisateurs doivent avoir la possibilité de sélectionner ou de désélectionner individuellement les traitements de données ayant des finalités différentes. Une boîte de dialogue qui ne permet aux utilisateurs que de « tout » accepter ou de renoncer complètement à l'affichage du contenu du site web ne peut pas être considérée comme une déclaration de volonté claire. Si les traitements qui peuvent être effectués sans le consentement de la personne concernée sont mélangés avec ceux pour lesquels le responsable doit demander une autorisation, la déclaration de volonté n'est pas suffisamment claire non plus. En revanche, il peut être admis de combiner le consentement à plusieurs traitements différents de données, à condition qu'ils servent la même finalité.

3.12.6 Consentement exprès

Pour obtenir un consentement exprès au sens de l'art. 6, al. 7 LPD, les responsables du traitement doivent toujours exiger des personnes concernées un comportement actif, par lequel elles doivent manifester leur consentement. Il en va autrement des possibilités de s'opposer à un traitement ou de révoquer son consentement, qui constituent des options pour les personnes concernées à exercer en sélectionnant activement des boutons ou en apposant des signes, mais qui ne sont pas obligatoires (pour la mise en œuvre technique, voir ch. 3.13).

3.12.7 Révocation du consentement

Le consentement à l'utilisation de cookies non essentiels doit pouvoir être révoqué à tout moment, de manière informelle et sans justification. Le responsable du site web doit offrir aux visiteurs du site des possibilités simples d'exercer leur droit de révocation. S'il rend cette révocation plus difficile, par exemple en instaurant des obstacles administratifs entraînant un effort excessivement plus important que pour donner son consentement, cela contrevient au principe exigeant le caractère volontaire du consentement. Si les responsables du traitement conditionnent la révocation à l'annulation d'un grand nombre de traitements de données, il s'agit d'un « dark pattern » inadmissible. De même, si l'exercice du droit de révocation est conçu de manière si complexe qu'il ne peut être raisonnablement attendu d'un utilisateur moyen qu'il prenne le temps de prendre une décision éclairée à ce sujet, le consentement doit être considéré comme invalide.

Par conséquent, les traitements de données ne peuvent pas être considérés comme licites si le responsable ne respecte pas les principes de la bonne foi lors de la mise en œuvre du droit d'opposition légal ou de son retrait.

3.12.8 Conséquences des vices juridiques dans la mise en œuvre du consentement et des possibilités d'opposition

Les vices juridiques imputables exclusivement au responsable, qui entraînent l'obtention de consentements à l'utilisation de cookies non essentiels en raison de défaut d'information ou de volonté,

⁵⁶ Voir l'Avis 08/2024 de l'EDPB sur la validité du consentement dans le cadre des modèles « consentir ou payer » mis en place par les grandes plateformes en ligne du 17 avril 2024.

⁵⁷ Selon l'art. 6 al. 7 LPD, le consentement doit être exprès pour : le traitement de données personnelles sensibles ; un profilage à risque élevé par une personne privée ; ou un profilage par un organe fédéral.

ou qui empêchent les personnes concernées d'exprimer leur volonté de s'opposer au traitement, ne peuvent produire aucun effet juridique au détriment des déclarants ou des personnes concernées par le traitement des données.

3.13 Mise en œuvre technique

Nous avons présenté ci-dessus les obligations d'information générales et plus étendues pour l'installation de cookies non essentiels ainsi que les prescriptions pour l'obtention de consentements et l'octroi de possibilités de révocation du consentement et d'opposition aux traitements. Les indications suivantes ont pour but d'aider les exploitants de sites web responsables de la mise en œuvre technique de ces prescriptions en matière de protection des données, laissée en grande partie ouverte par le législateur suisse :

3.13.1 Mise en œuvre temporelle

Pour satisfaire aux exigences légales en matière de recueil du consentement en ce qui concerne l'utilisation de cookies, le site web doit être aménagé techniquement de manière à ce que les traitements de données en question ne soient effectués qu'après que les personnes concernées aient eu la possibilité d'en prendre connaissance. Si, par exemple, des cookies sont utilisés pour permettre à des tiers de collecter des données sur les visiteurs et que ce traitement de données se fonde sur le consentement de la personne concernée, ces traitements de données ne doivent pas être activés par défaut au moment où la page web est consultée. Pour permettre une information préalable, il est indiqué de mettre en œuvre une solution en deux clics qui garantit que le JavaScript n'est activé qu'après que le visiteur a été informé et a donné son accord. Cela vaut en particulier pour l'intégration de plugins sociaux, de pixels de suivi et d'autres services tiers.

3.13.2 Bannières de consentement

Pour la mise en œuvre technique des droits à l'information et à l'autodétermination des visiteurs du site web (voir ch. 3.10.3), de la collecte de consentements (opt-in) ainsi que de l'enregistrement ultérieur des cookies autorisés ou du blocage des cookies non essentiels par l'insertion d'une opposition (opt-out), des « bannières de consentement » ou CMPs sont couramment utilisées dans la pratique.

Les utilisateurs sont informés au moyen de telles bannières des possibilités d'activation ou de désactivation de certains aspects et fonctionnalités d'un site web et peuvent prendre à cet égard des décisions informées et autodéterminées qu'ils communiquent à l'exploitant du site web ainsi qu'à d'éventuels tiers. C'est le cas par exemple lorsque l'utilisateur peut cocher les cases correspondantes ou en décocher les cases déjà cochées ou cliquer sur les boutons correspondants.

Lors de la mise en œuvre technique de « bannières de consentement » pour l'obtention d'un consentement explicite au sens de l'art. 6, al. 7 LPD, les responsables doivent toujours utiliser des boutons ou des champs qui exigent des utilisateurs qu'ils cliquent activement ou qu'ils placent des signes indiquant visuellement leur volonté de consentir explicitement (voir ch. 3.12.6). Si l'exploitant du site web décide de prérégler par défaut certains traitements et modalités de traitement pour lesquels la loi n'exige pas de consentement exprès⁵⁸, il ne doit pas rendre la désélection d'une case déjà cochée plus compliquée que la sélection de cette dernière.

Si l'exploitant du site web décide de représenter dans la « bannière de consentement » aussi bien les traitements de données pour lesquels il demande un consentement que ceux pour lesquels ce n'est pas le cas, les personnes concernées doivent pouvoir identifier clairement les champs sur lesquels il est obligatoire de cliquer et ceux sur lesquels il est facultatif de le faire. Lors de la mise en œuvre visuelle des « bannières de consentement », les responsables doivent en outre veiller à ce que l'utilisation de polices, d'images et de couleurs ne soit pas source de confusion, d'erreur ou d'omission dans l'exercice des droits de conception (voir ch. 3.12.4).

⁵⁸ Selon l'art. 6 al. 7 LPD, le consentement doit être exprès pour : a. le traitement de données personnelles sensibles ; b. un profilage à risque élevé par une personne privée ; ou c. un profilage par un organe fédéral.



Annexe A

Guide relatif aux traitements de données au moyen de cookies et de technologies similaires

Facteurs de risque liés à l'utilisation de cookies		Niveaux de risque 1-3
Données à caractère personnel	Non	0
	Oui	1
Techniquement nécessaire	Oui	1
	Non	2
Attendu par les utilisateurs	Oui	1
	Non	2.5
Profilage	Non	1
	Oui	2
Profilage à risque élevé	Oui	3
Données personnelles sensibles	Non	1
	Oui	3

Droits des personnes concernées	
Pour les valeurs de risque 0 - 1 (cookies nécessaires)	Acceptation ou renonciation pour l'ensemble de l'offre
Pour les valeurs de risque 1 - 2.5 (cookies fonctionnels et utilisation de cookies en lien avec du profilage «normal»)	Opt-out obligatoire
Pour des valeurs de risque > 2,5 (utilisations qualifiées de cookies)	Opt-in obligatoire

Risques liés à l'utilisation de cookies

— 0 - 1 Risque faible — 1 - 2.5 Risque moyen — 3 Risque élevé

