



AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

# REGLEMENT GENERAL SUR LA PROTECTION DES DONNEES PERSONNELLES (« RGPD ») ET LE CONSENTEMENT AU TRAITEMENT DE SES DONNEES PERSONNELLES

Le RGPD impose l'obtention d'un consentement de la personne concernée avant tout traitement de données personnelles.

Le consentement est défini comme « Toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement » (article 4-11).

Par exception, Le traitement peut ne pas nécessiter le consentement dans des cas très limités, notamment dans le cadre de l'exécution d'un contrat ou le traitement est nécessaire aux fins des « intérêts légitimes » poursuivis par le responsable de traitement ou par un tiers.

En tout état de cause, la personne doit toujours être clairement informée du traitement dont ses données font l'objet.

Par ailleurs, la Commission Européenne a publié, le 10 janvier 2017, une proposition de règlement visant à réformer la directive « vie privée et communications électroniques » (dit aussi « règlement e-privacy »), en vue d'adapter les règles relatives aux traitements des données de communication électroniques aux nouvelles dispositions prévues par le RGPD.

Ce projet s'appliquerait à l'ensemble des fournisseurs de services de communications électroniques, y compris aux services par contournement (« OTT » - Over The Top technologies) tels que Skype, WhatsApp, Facebook Messenger, Gmail, iMessage, Viber, et...

Ce projet, qui fera l'objet de modifications comprend des dispositions spécifiques en matière de cookies notamment et pourrait entrer en vigueur en mai 2018.

## LES MODALITES DE RECUEIL DU CONSENTEMENT

### 1. Comment les opérateurs doivent-ils formuler la demande de consentement ?

Le consentement doit être « éclairé » et « univoque », ce qui suppose de respecter certaines exigences de formulation.

Tout d'abord, le RGPD prévoit que « *si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions* » (article 7.2). En pratique donc, il ne s'agit plus d'englober l'acceptation du traitement dans l'acceptation des conditions contractuelles.

Par ailleurs, la demande ne doit pas être formulée de façon ambiguë ou difficilement compréhensible (exemple : éviter les doubles négations, les termes techniques ou les formulations alambiquées). Elle doit être compréhensible et formulée en des termes clairs et simples.



## **2. Comment recueillir le consentement ?**

Le RGPD exige de la part de la personne concernée une déclaration (qui peut être écrite ou orale<sup>1</sup>) ou tout « acte positif clair » pour manifester son consentement au traitement de données personnelles.

En pratique, le consentement pourra être recueilli et donné par des méthodes d'opt-in :

- ✓ Une case à cocher ; un bouton « j'accepte »
- ✓ Le réglage de paramètres techniques pour les sites web et applications (exemple : autoriser une application à récupérer ses données de géolocalisation)

En revanche, sont prohibées les méthodes d'opt-out ou d'opt-in « passif » qui reposent sur silence ou l'inaction de l'intéressé ou consistent à présumer son consentement ou le réputer acquis sauf manifestation contraire. Exemples :

- ✗ Cases d'acceptation précochées par défaut
- ✗ Paramètres techniques préétablis pour autoriser la collecte de données

## **3. Un opérateur peut-il recueillir un seul consentement pour plusieurs finalités de traitement ?**

Non, le RGPD prévoit explicitement que « *Le consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités. Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles.* » C'est l'exigence d'un consentement « spécifique ».

Autrement dit, lorsque plusieurs finalités sont poursuivies par le responsable de traitement, la personne doit pouvoir choisir, finalité par finalité, si elle accepte ou si elle refuse que ses données soient traitées. Exemple : si une personne consent à l'envoi de newsletters, elle ne consent pas forcément à recevoir des offres des partenaires. En pratique, cela peut donc se traduire par une case à cocher pour chaque finalité envisagée.

## **4. Le consentement doit-il toujours être explicite ?**

Le texte n'exclut pas expressément les consentements implicites. Toutefois, ce type de consentement doit être admis de façon restrictive et être limité à ce qui peut être déduit de façon évidente et nécessaire du comportement de la personne.

Ainsi, une personne qui dépose sa carte de visite sur un salon professionnel au stand d'une entreprise consent a priori à être contacté par cette entreprise pour se voir proposer ses services.

## **5. Est-ce possible de refuser l'accès à un service à une personne qui ne consent pas au traitement de ses données ?**

Le consentement doit être « libre ». Ainsi, un service ne peut être refusé à une personne au seul motif qu'elle refuserait que ses données soient traitées ... sauf bien entendu si ce traitement est indispensable au service demandé (exemple : je souhaite recevoir une newsletter mensuelle : je suis obligée de fournir mon adresse mail).

En effet, conditionner la fourniture d'un service à la communication de certaines informations accessoires revient à contraindre la personne à délivrer ces informations si elle souhaite accéder au service. Son consentement n'est donc plus donné librement.

---

<sup>1</sup> Toutefois dans ce cas, la preuve d'obtention du consentement peut sembler difficile à rapporter.



## AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

Exemple : une application mobile demande, lors de l'installation, à accéder à mes contacts et à mon agenda. Si je refuse, je n'accède pas au service. Avec le RGPD, ce cas de figure ne sera plus possible.

### **6. La personne peut-elle retirer son consentement ?**

Oui, la personne concernée a le droit de retirer son consentement « à tout moment ». La possibilité de refuser ou retirer son consentement permet de caractériser un consentement « libre ».

Le RGPD précise que « il est aussi simple de donner son consentement que de le retirer ».

A noter que le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait.

### **7. Attention : garder des traces !**

Le responsable de traitement doit être en mesure de prouver que la personne concernée a donné son consentement.

En pratique, il faut pouvoir prouver non seulement le consentement, mais aussi qu'il a été donné en réponse à une demande qui est elle-même conforme au GDPR.

### **8. Cas particuliers**

#### La prospection commerciale par mail

A noter qu'une technique d'« opt-out » est toutefois admise aujourd'hui en droit français et envisagée également par le projet de règlement e-privacy, pour la prospection commerciale par mail.

Ainsi, le droit français<sup>2</sup> prévoit qu'une prospection directe par voie électronique est possible sans consentement de l'intéressé si ses coordonnées ont été recueillies directement auprès de ce dernier dans le respect de la loi Informatique et Libertés, à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services, et si la prospection concerne des produits ou services analogues à ceux déjà fournis par l'entreprise, et à condition qu'il se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais (hormis ceux liés à la transmission du refus) et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé.

Le projet de règlement e-privacy reprend cette règle (et l'étend à la prospection auprès des sociétés<sup>3</sup>) (article 16 du règlement e-privacy).

#### Le Parrainage

Les opérations de parrainage consistent pour une entreprise à demander à une personne de renseigner les coordonnées d'un tiers susceptible d'être intéressée par une offre, article ou une annonce.

La CNIL, via l'approbation de codes de conduites professionnels, a admis la possibilité de collecte et d'utilisation de l'adresse courriel d'une personne sans son consentement préalable, dès lors que le premier message électronique de prospection envoyé comporte l'identité du parrain. Par ailleurs les données du parrainé ne pourront être utilisées qu'une seule fois, pour lui adresser l'offre/l'article/l'annonce suggéré par le parrain. L'entreprise ne pourra conserver les données du parrainé pour lui adresser d'autres messages uniquement si elle a obtenu son consentement exprès.

---

<sup>2</sup> L. 34-5 du Code des Postes et des communications électroniques

<sup>3</sup> Aujourd'hui, la réglementation française est moins exigeante pour la prospection des personnes morales (seule une information et un droit d'opposition étant imposés). Il faut donc s'attendre à ce qu'elle évolue vers plus de sévérité.



## AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

### Les données sensibles

Les données « sensibles » sont celles qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses, l'appartenance syndicale, la santé ou la vie sexuelle. Leur collecte et leur traitement est interdit, mais cette interdiction est assortie de plusieurs exceptions<sup>4</sup>, parmi lesquelles « le consentement explicite » de la personne concernée.

Le RGPD laisse toutefois la possibilité aux Etats de lever cette exception du consentement explicite<sup>5</sup>.

Aujourd'hui, selon la Loi Informatique et Libertés du 06 janvier 1978 (toujours en vigueur), il est possible d'effectuer une collecte et un traitement de données « sensibles » si la personne a donné son consentement exprès (et sauf loi spéciale contraire). Toutefois, il n'est pas exclu que cette exception soit levée.

### Les enfants mineurs

Le RGPD précise que le traitement des données relatives à un enfant, sur la base du consentement, est licite si l'enfant est âgé d'au moins 16 ans. En dessous, le consentement doit être donné par le « titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant.

Les Etats Membres peuvent toutefois prévoir par la loi un âge inférieur à partir duquel l'enfant peut donner personnellement son consentement, cet âge ne pouvant être inférieur à 13 ans. A défaut de dispositions spécifiques, l'âge de 16 ans s'appliquera. ».

### **9. Quid des traitements déjà existants avant l'entrée en vigueur du RGPD ?**

Ces exigences s'appliquent-elles également aux traitements mis en œuvre avant l'entrée en vigueur du RGPD ?

Si l'application effective du RGPD a été retardée de deux ans, c'est justement pour permettre (notamment) une mise en conformité des traitements déjà existants.

Le considérant 171 du RGPD précise qu'il abroge la directive 95/46/CE et que les traitements déjà en cours devraient être mis en conformité dans un délai de deux ans après son entrée en vigueur (soit avant le 25 mai 2018).

---

<sup>4</sup> Sauvegarde de la vie humaine de la personne concernée ; traitements effectués par des associations à caractère religieux, philosophique, politique et syndical et à certaines conditions ; traitement nécessaire à la médecine préventive... voir article 9 du RGPD.

<sup>5</sup> Cette exigence d'un consentement « explicite » est prévue par le RGPD dans deux autres situations. Ainsi, un consentement explicite peut justifier, par exception :

- qu'une personne fasse l'objet d'une « décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire » (exemple : rejet automatique d'une demande de crédit en ligne ; pratiques de recrutement en ligne sans aucune intervention humaine.) (article 22 § 1 et considérant 71 du RGPD)
- un transfert de donnée vers un pays tiers ou une organisation nationale pour lequel la Commission n'a pas constaté qu'il présentait un niveau de sécurité adéquat, ou qui ne présenterait pas de garanties appropriées (et à condition que la personne ait été informée des risques que ce transfert pouvait comporter pour elle). (article 49 du RGPD).

Si le RGPD donne la définition de « consentement », il ne précise pas ce qu'il faut entendre par « consentement explicite ». On pourra toutefois estimer que, dans ces cas, il ne sera pas possible de déduire du comportement d'une personne qu'elle a consenti au traitement de ces données, mais il faudra un accord exprès. L'exigence est donc renforcée.



## AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

Il faut pourtant garder en vue le principe de non-rétroactivité des sanctions, qui interdit de condamner une entité pour des faits qui n'étaient pas légalement répréhensibles au moment où ils ont été commis.

Ce principe empêcherait ainsi de sanctionner une entité pour un non-respect des formalités préalables à un traitement de données alors que précisément ces formalités n'existaient pas au moment où il a été mis en place.

En ce qui concerne l'obtention du consentement, le considérant 171 du RGPD prévoit que : « Lorsque le traitement est fondé sur un consentement en vertu de la directive 95/46/CE, il n'est pas nécessaire que la personne concernée donne à nouveau son consentement si la manière dont le consentement a été donné est conforme aux conditions énoncées dans le présent règlement, de manière à ce que le responsable du traitement puisse poursuivre le traitement après la date d'application du présent règlement. »

Mais qu'en est-il si le responsable de traitement n'a pas conservé, au moment où il l'a demandé, la preuve du consentement de la personne ? Il nous semble que le responsable de traitement devrait, dans cette hypothèse, être excusé si cette demande a été effectuée avant l'entrée en vigueur du RGPD qui a imposé cette exigence.

## ET SANS CONSENTEMENT ?

Les données personnelles d'un intéressé peuvent être traitées sans son consentement, dans l'un des cas suivants : lorsque le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ; pour le respect d'une obligation légale ; la sauvegarde des intérêts vitaux d'une personne physique ; l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'autorité publique ; ou si l'intérêt légitime du responsable de traitement ou d'un tiers le justifie.

### L'intérêt légitime du responsable de traitement

Le recours au consentement de l'intéressé étant très encadré et exigeant, et ce dernier étant en mesure de retirer son consentement à tout moment, il peut être pertinent de se référer à la notion d'intérêt légitime.

Attention toutefois, cette exception ne peut être utilisée que si les conditions suivantes sont remplies :

- 1/ l'intérêt en jeu est licite, suffisamment précis, réel et présent (non hypothétique).
- 2/ le traitement envisagé est nécessaire et proportionné à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi ;
- 3 / les intérêts ou droits fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas sur l'intérêt légitime du responsable de traitement (mise en balance des intérêts en jeu) ;
- 4/ le responsable de traitement a informé les personnes concernées quant aux intérêts légitimes poursuivis.

MARCEAU AVOCATS

71, avenue Marceau – 75116 Paris

Tel: +33 (0) 1 53 57 90 10

Fax: +33 (0) 1 40 70 09 65

<http://www.marceau-avocats.com>



## AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

### Quelques questions à se poser pour la mise en balance des intérêts en jeu

Intérêt légitime (minime ? important ? impérieux)

- un droit fondamental est-il en jeu ? (Exemple : liberté d'expression)
- le responsable de traitement agit-il uniquement dans son propre intérêt ou aussi dans celui de la collectivité ?



Incidences sur les personnes concernées (anodines ? importantes ? préoccupantes ?)

→ **Analyse d'impact**

- Nature des données : les informations sont-elles sensibles ?
- Façon dont les données sont traitées : ont-elles été rendues accessibles à un grand nombre de personnes ? Quel est le volume de données traitées ? Sont-elles combinées à d'autres données ?
- Quel est le statut de la personne ? (enfant ? personne vulnérable ?)
- quelles étaient les attentes légitimes de la personne concernée, au moment et dans le contexte de la collecte des données ? Quelle est la relation entre le responsable de traitement et la personne concernée ? (Client /entreprise ? travailleur/employeur ?)
- les risques sont-ils contrebalancés par des garanties appropriées ? (Chiffrement, suppression immédiate des données après utilisation...)

L'existence d'un intérêt légitime doit donc faire l'objet d'une évaluation attentive. Le recours à la disposition relative à l'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles peut sembler moins délicate.

#### **L'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles**<sup>6</sup>

Un traitement de données personnelles peut être réalisé sans le consentement de l'intéressé s'il est nécessaire à l'exécution du contrat auquel il est partie. Il peut s'agir, par exemple, du traitement de son adresse pour que des produits achetés en ligne puissent être livrés, ou du traitement des informations figurant sur une carte de crédit afin d'effectuer une transaction.

Cette disposition doit être interprétée de manière restrictive : le traitement doit être véritablement nécessaire à l'exécution du contrat, et pas imposé unilatéralement. Par ailleurs, il ne suffit pas que le traitement soit couvert par un contrat pour estimer qu'il est nécessaire à son exécution. Par exemple, cette disposition ne peut servir de fondement pour établir un profil des goûts ou du mode de vie de la personne à partir de son historique de navigation sur un site et des articles achetés, puisque la société n'a pas été chargée, dans le contrat, d'établir un profil mais simplement de fournir des produits et services.

C'est par ailleurs l'exécution du contrat qui est visé. La disposition ne devrait pas couvrir des actions déclenchées par le non-respect du contrat. Ainsi, en cas de litige, un traitement élaboré de données, dans lesquels des tiers peuvent intervenir, comme le recouvrement de créances ou une action en justice à l'encontre d'un client en défaut de paiement, ne semble pas entrer dans le champ d'application de l'article 6-1-b du RGPD. Cela ne rendrait cependant pas le traitement illégitime pour autant, car le responsable de traitement a un intérêt légitime à former un recours pour faire respecter ses droits contractuels.

Le second cas de figure couvre le traitement de données qui a lieu avant la conclusion d'un contrat et vise le cas de démarches accomplies à la demande de la personne concernée (et non à l'initiative du responsable de traitement ou d'un tiers). Par exemple, si une personne demande un devis à un assureur

<sup>6</sup> Article 6-1-b du RGPD



AVOCATS EN DROIT DES AFFAIRES

pour sa voiture, ce dernier est en droit de traiter les données nécessaires comme la marque et l'âge de la voiture afin d'établir un devis.

## **ATTENTION, TOUJOURS INFORMER LES PERSONNES CONCERNEES !**

Que les données aient été recueillies avec ou sans leur consentement, le responsable de traitement doit fournir un ensemble d'informations citées aux articles 13 et 14 du RGPD, parmi lesquelles : les finalités poursuivies, la durée de conservation des données, le ou les pays où les données seront traitées et l'identité et la situation géographique des destinataires envisagés.

## **FOCUS : COOKIES, CE QUI VA (PEUT-ETRE) CHANGER**

Le projet de règlement e-privacy prévoit quelques évolutions en matière de consentement aux cookies. Attention, ce texte n'est encore qu'à l'état de projet et d'ici son entrée en vigueur prévue pour mai 2018, il fera l'objet de modifications suite aux discussions engagées entre le Parlement et le Conseil.

### **Un consentement exprès nécessaire**

Jusqu'à aujourd'hui, le régime applicable au recueil d'informations via le dépôt de cookies était celui de l'accord. L'utilisateur n'avait pas à donner un consentement exprès, mais une simple manifestation de volonté montrant qu'il ne s'y opposait pas suffisait (exemple : scroller la page).

En application du projet de règlement e-privacy, l'obtention d'un consentement au sens du RGPD serait nécessaire (article 9.1).

Ainsi, les sites consultés devraient demander l'autorisation avant de déposer et d'utiliser des cookies de tracking et ne pourraient plus se contenter d'un simple bandeau affiché sur la page lors de la première visite.

Toutefois l'exigence d'un consentement exprès ne s'appliquera pas aux cookies « non intrusifs » tels que ceux utilisés pour conserver le contenu d'un panier sur un site d'e-commerce ou les cookies statistiques qui comptabilisent le nombre de visites sur un site.

### **Un consentement global possible : de nouvelles obligations pour les éditeurs de logiciels...**

Le projet de règlement propose de simplifier le recueil du consentement en permettant à l'internaute d'exprimer son choix (acceptation ou refus) via la configuration des paramètres techniques du navigateur pour éviter d'être exposé à des demandes répétitives d'autorisation à chaque visite de site via l'affichage d'un bandeau.

Ainsi, les éditeurs de logiciels de communications électroniques (ex. Internet Explorer ou Chrome) devraient insérer dans leurs logiciels des fonctionnalités permettant de s'opposer au dépôt de cookies.

Les utilisateurs pourraient alors choisir de refuser par défaut l'ensemble des cookies et n'autoriser que ceux qui les intéressent.

### **... et moins d'opportunités pour les annonceurs**

Si cette disposition était confirmée, il est probable qu'une grande majorité d'utilisateurs choisisse de refuser les cookies, ce qui restreindrait les possibilités pour les éditeurs de sites d'adresser des services, articles, publicités ciblées.

Cette disposition fait donc l'objet de débats importants et il convient de rester attentif aux modifications dont elle pourrait faire l'objet.