

LE CONSENTEMENT AU TRAITEMENT DES DONNÉES PERSONNELLES

Le consentement est l'une des bases légales, ou conditions de licéité, prévues par le règlement européen sur laquelle peut se fonder un traitement de données à caractère personnel. Le RGPD impose que ce consentement soit libre, spécifique, éclairé et univoque (*RGPD, art. 4 et 7*).

Le consentement était déjà inscrit dans les dispositions de la loi Informatique et Libertés. Il est renforcé par le règlement et les conditions de son recueil sont précisées.

Il assure aux personnes concernées un contrôle fort sur leurs données personnelles en leur permettant, notamment :

- de comprendre le traitement qui sera fait de leurs données personnelles ;
- de choisir sans contrainte d'accepter ou non ce traitement ;
- de changer d'avis librement et de retirer leur consentement au traitement de leurs données ;
- de, par son caractère spécifique, choisir, ou non, le traitement granulaire de ses données.

Souvent mis en avant lors de la souscription et l'utilisation de services, notamment en ligne, il doit être recueilli dans des conditions particulières assurant sa validité.

1 Règlement (UE) 2016/679 du Parlement et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données – RGPD), JOUE L 119/1 du 4 mai 2016. Voir aussi <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees>.

QU'EST-CE QUE LE CONSENTEMENT ?

Le consentement de la personne concernée est défini par le règlement européen 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 » (RGPD, art. 4 11°).

Le consentement n'est pas un concept nouveau puisqu'il était déjà inscrit dans la loi Informatique et Libertés. Le règlement complète sa définition et précise cette notion sur certains aspects afin de permettre à chacun d'exercer un contrôle réel et effectif sur le traitement de ses données personnelles, en accordant aux personnes concernées certains droits et garanties : droit au retrait et preuve du consentement notamment.

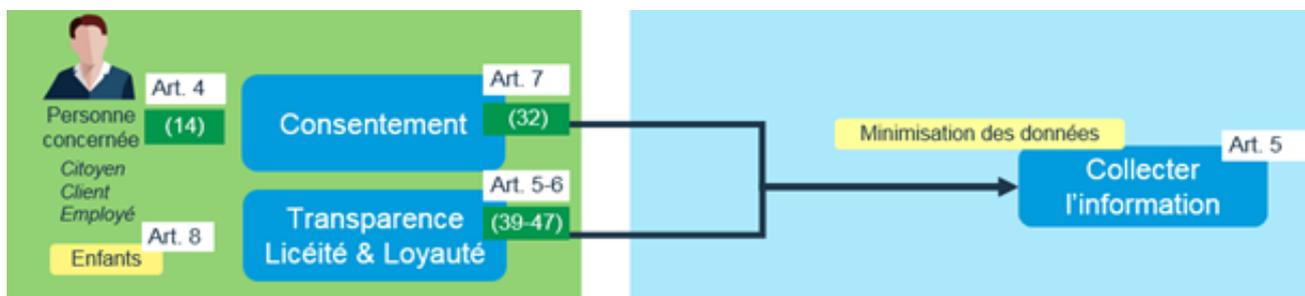
LE CONSENTEMENT EST-IL OBLIGATOIRE ?

Non. Le consentement est une des bases légales prévues par le RGPD autorisant la mise en œuvre de traitements de données à caractère personnel.

Les responsables de traitement peuvent procéder à des traitements en s'appuyant sur une autre base légale. Celle-ci doit être déterminée par le responsable de traitement de manière adaptée à la situation et au type de traitement concerné.

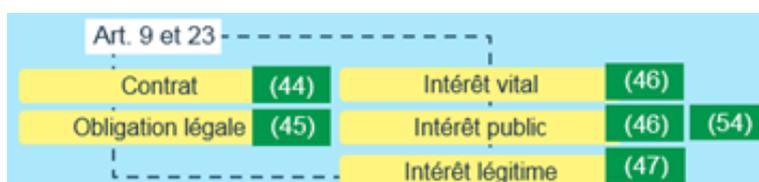
Le consentement est cependant requis pour certains traitements, encadrés par des dispositions légales spécifiques.

1. Quelles sont les conditions de licéité d'un traitement de données personnelles ?



Le règlement considère un traitement de données à caractère personnel comme licite s'il répond à l'un des critères suivants (RGPD, art. 6) :

1. La personne a consenti au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques ;
2. Le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ;
3. Le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale s'imposant au responsable du traitement ;
4. Le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique ;
5. Le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ;
6. Le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, « à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant ».



À noter

- L'ordre dans lequel ces choix sont listés dans le règlement européen ne correspond en rien à un classement. Bien que cité en premier, le consentement n'est pas un « meilleur » fondement qu'un autre (*cf. infra*).
- L'information des personnes concernées doit intégrer la finalité du traitement et la base juridique (ou condition de licéité) de ce traitement (*RGPD, art. 13 1c et 14 1c*) ce qui n'était pas le cas avant le RGPD.

En général, le consentement ne constitue une base juridique appropriée que si la personne concernée dispose d'un contrôle et d'un choix réel concernant l'acceptation ou le refus des conditions proposées ou de la possibilité de les refuser sans subir de préjudice.

2. Quelles sont les conséquences pour le responsable de traitement si le consentement est choisi comme condition de licéité ?

Le choix de cette condition à partir de laquelle le traitement sera considéré comme licite est d'importance et il importe au responsable de traitement de bien réfléchir aux implications de chacune des conditions proposées, notamment en matière d'accès aux données pour les personnes concernées, au regard de ses objectifs ou contraintes.

Si un responsable de traitement choisit de fonder sur le consentement tout ou partie de son traitement, il doit être prêt à respecter ce choix et à interrompre le traitement si une personne retire son consentement. Le responsable de traitement ne peut passer du consentement à une autre base juridique.

Chacun des fondements listés ci-dessus emporte des conséquences. S'agissant du consentement (la personne a consenti au traitement de ses données pour une ou plusieurs finalités spécifiques), on peut souligner les éléments suivants :

- le règlement impose un certain nombre de conditions afin de s'assurer du recueil du consentement de la personne concernée (*cf. supra*, les critères de validité du consentement) ;
- l'âge de la personne concernée doit être pris en compte (notamment pour le consentement sur internet, l'âge des enfants retenu n'étant pas harmonisé au sein de l'Union européenne) ;
- la personne concernée peut retirer à tout moment son consentement (constituant ainsi l'obstacle principal pour beaucoup d'organisations qui préfèrent ainsi éviter cette condition de licéité) ;
- le droit à la portabilité des données s'applique dans l'hypothèse où le consentement a été choisi comme condition de licéité ;
- le droit à l'oubli s'applique en complément du droit au retrait du consentement ;
- le droit d'opposition ne s'applique pas (même si les effets du droit de retrait peuvent être très comparables) ;
- le responsable de traitement a la charge de la preuve du consentement (*cf. infra*) ;
- le consentement (explicite) est l'un des fondements permettant de mettre en œuvre des décisions fondées exclusivement sur un traitement automatisé ou décisions individuelles automatisées).

LES CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT

Pour que le consentement soit considéré comme valide, il doit répondre à un certain nombre de conditions, qui peuvent apparaître comme autant de restrictions pour le responsable de traitement. Ces conditions sont détaillées à l'article 4, dans les considérants 32 et 45 du règlement et précisées dans les lignes directrices du Comité européen de la protection des données (CEPD) sur le consentement :

1. Le consentement doit être libre

La première condition de validité du consentement est d'être libre, c'est-à-dire d'émaner de la libre volonté de la personne elle-même. Cela exclut par exemple qu'un consentement puisse être obtenu par une autorité publique lorsqu'elle exerce ses missions (dans cette hypothèse, le traitement relève alors d'une obligation légale ou d'une mission publique).

Le consentement de la personne concernée est défini par le règlement européen 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 » (*RGPD, art. 4 11°*).

² Cf. *infra*, Le consentement des mineurs.

³ CEPD, 10 avril 2018 (WP259 rév. 01) : https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/Idconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf

La liberté de consentir implique un choix et un contrôle réel pour les personnes concernées. En cas de contraintes ou de conséquences négatives importantes si la personne ne donne pas son consentement, ce dernier n'est pas considéré comme valable. Il en est de même lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable de traitement (*RGPD, cons. 43*).

Le consentement doit également se distinguer de l'acceptation des conditions générales.

2. Le consentement doit être spécifique

Cette condition rappelle simplement que l'utilisateur doit être en mesure de comprendre exactement ce à quoi il consent, sans quoi il ne peut y avoir de consentement. Ce dernier doit donc être obtenu de façon distincte pour chacune des finalités du traitement (ce qui peut en pratique s'avérer difficile).

Les personnes concernées doivent ainsi pouvoir choisir librement les finalités qu'elles acceptent, plutôt que de devoir consentir à un ensemble de finalités de traitement. En application des dispositions du règlement, plusieurs consentements pourraient être nécessaires avant de pouvoir fournir un service dans un cas donné (*RGPD, cons. 43*). Le responsable de traitement doit donc être en mesure de garantir :

- la spécification des finalités en tant que garantie contre tout détournement d'usage (la finalité doit donc être déterminée, explicite et légitime pour l'activité de traitement envisagée);
- le caractère détaillé des demandes de consentement;
- la séparation claire des informations liées au recueil du consentement au traitement des données et des informations concernant d'autres sujets (le responsable de traitement devra accompagner chaque demande de consentement d'informations spécifiques sur les données traitées pour chaque finalité afin que les personnes soient conscientes des conséquences de leur choix);

3. Le consentement doit être éclairé

Cette condition renvoie à la compréhension de l'utilisateur du traitement des données personnelles effectuées (*RGPD, cons. 42*). Si le responsable de traitement ne fournit pas d'informations compréhensibles et aisément accessibles, formulées en des termes clairs et simples, le contrôle par la personne devient illusoire et le consentement ne pourra constituer une base valable pour le traitement.

Le consentement doit être accompagné d'un certain nombre d'informations communiquées à la personne avant qu'elle ne consente. Au-delà des obligations liées au principe de transparence, le responsable de traitement devrait fournir les informations suivantes :

- l'identité du responsable de traitement;
- les finalités poursuivies;
- les catégories de données collectées et utilisées;
- l'existence d'un droit au retrait de son consentement; et
- le cas échéant, le fait que les données seront utilisées dans le cadre de décisions individuelles automatisées ou qu'elles feront l'objet d'un transfert vers un pays tiers en dehors de l'Union européenne.

4. Le consentement doit être univoque

Le consentement doit être clair et sans discussion possible, ce que le responsable de traitement devra être en mesure de démontrer par la suite (*RGPD, art. 7*).

Ne peuvent ainsi être considérés comme des consentements univoques les cases précochées ou préactivées, les consentements groupés (un seul consentement pour plusieurs traitements distincts) ou l'inaction (absence de réponse à un message électronique sollicitant le consentement de la personne).

LES CRITÈRES DE VALIDITÉ DU CONSENTEMENT

1. La déclaration orale

En théorie, le recours à une déclaration orale peut être suffisamment explicite pour que le consentement soit considéré comme valable, mais il peut être difficile pour le responsable de traitement d'apporter la preuve que toutes les conditions d'un consentement explicite valable étaient remplies lorsque la déclaration a été enregistrée...

2. La déclaration écrite

Il implique que la personne formule une déclaration de consentement exprès : déclaration écrite et signée, mais également formulaire électronique, courrier électronique, téléchargement d'un document scanné porteur de la signature de la personne concernée, utilisation d'une signature électronique...

Ces déclarations doivent être recueillies lorsque le consentement doit être explicite (cf. *infra*, Les conditions particulières de consentement).

3. La case à cocher est-elle indispensable pour un consentement valable ?

Le règlement mentionne la case à cocher dans son considérant 32 : « *Le consentement devrait être donné par un acte positif clair [...] Cela pourrait se faire notamment en cochant **une case lors de la consultation d'un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité.*** » Si le RGPD envisage la case à cocher comme une possibilité, elle n'est cependant pas la seule manière d'obtenir ce consentement dès lors que l'utilisateur peut exprimer sa volonté de manière claire et non ambiguë au traitement de ses données (par exemple publication de commentaires sur un blog). Elle devrait être réservée aux hypothèses dans lesquelles le consentement doit être explicitement recueilli (cf. *infra*, Les conditions particulières de consentement).

LES CONDITIONS PARTICULIÈRES DE CONSENTEMENT

1. Le consentement des mineurs

Le règlement européen dispose que pour l'offre directe de services de la société de l'information basés sur le consentement, le consentement des mineurs est licite, sans avoir besoin du consentement des parents, titulaires de l'autorité parentale, à partir d'un âge fixé par défaut à 16 ans (RGPD, art. 8). Les États membres ont toutefois la possibilité d'abaisser cet âge jusqu'à 13 ans.

En France, la loi Informatique et Libertés, dans sa rédaction issue de l'ordonnance no 2018-1125 du 12 décembre 2018, considère qu'un mineur peut consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne « *l'offre directe de services de la société de l'information* » à compter de l'âge de 15 ans (LIL, art. 45).

Avant cet âge, le traitement n'est licite que si le consentement est donné conjointement par le mineur concerné et le ou les titulaires de l'autorité parentale de ce dernier. Dans ce cas, le règlement prévoit que « *le responsable de traitement s'efforce raisonnablement de vérifier [...] que le consentement est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant, compte tenu des moyens technologiques disponibles* ». Des questions se posent cependant sur la

faisabilité pratique de cette vérification.

Le responsable de traitement doit alors rédiger en des termes simples et clairs, aisément compréhensibles par le mineur, les informations et communications relatives au traitement qui le concerne (LIL, art. 45).

À noter que ce droit ne s'applique qu'aux services de la société de l'information, c'est-à-dire, selon la définition de la directive 2015-1535, à « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* ». Un tel service peut parfaitement être gratuit, la « rémunération » résidant alors dans la collecte de données personnelles et dans la publicité. Les principaux services d'internet sont couverts par cette définition : réseaux sociaux, services web ainsi que les applications mobiles.

2. Le consentement explicite

Le terme explicite se rapporte à la façon dont le consentement est exprimé par la personne concernée.

Selon les lignes directrices du CEPD, le consentement explicite est ainsi requis dans certaines situations où un risque sérieux lié à la protection des données survient, et où un niveau élevé de contrôle sur les données personnelles par la personne concernée est jugé approprié.

En application des dispositions du règlement, le consentement explicite apparaît :

dans les traitements portant sur des catégories particulières de données (*RGPD*, art. 9);

- dans les dispositions relatives au transfert de données personnelles vers des pays tiers à l'Union européenne ou des organisations internationales (*RGPD*, art. 49 : le consentement de la personne peut alors lever l'interdiction portant sur le transfert de données vers des pays ne disposant pas d'un niveau adéquat);
- dans les hypothèses de décisions individuelles automatisées (y compris le profilage) (*RGPD*, art. 22 : le responsable de traitement peut procéder à des prises de décisions automatisées qui pourraient affecter la personne concernée de manière significative s'il dispose de son consentement explicite).

Il est alors nécessaire de disposer d'une déclaration expresse de la part de la personne concernée, ce qui suppose une attention particulière et la mise en place de mécanismes ad hoc par le responsable de traitement (déclaration écrite et signée ou envoi d'un courrier électronique indiquant que la personne accepte expressément le traitement de certaines catégories de données, recueil du consentement en deux étapes : envoi d'un courrier électronique à la personne qui doit confirmer sa première action de consentement, cas de recueil spécifique...).

LA PREUVE DU CONSENTEMENT

Selon les dispositions du règlement, lorsque le traitement repose sur le consentement, le responsable de traitement doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement des données personnelles le concernant (*RGPD*, art. 7).

Le règlement établit clairement que le consentement nécessite alors une déclaration de la part de la personne concernée ou un acte positif clair, c'est-à-dire un acte délibéré de la personne afin de donner son consentement au traitement spécifique (*RGPD*, cons. 32).

Si le consentement peut ainsi être recueilli au moyen d'une déclaration écrite ou orale (enregistrée), y compris par voie électronique (*cf. supra, Qu'est-ce qu'un consentement explicite ?*), le responsable de traitement doit documenter les conditions de recueil du consentement afin de démontrer :

- la mise en place de mécanismes permettant de ne pas lier le recueil du consentement à la réalisation d'un contrat (consentement « libre »);
- la séparation claire et intelligible des différentes finalités du traitement (granularité du consentement ou consentement « spécifique »);
- la bonne information des personnes (consentement « éclairé »);
- le caractère positif de l'expression du choix de la personne (consentement « univoque »).

Le responsable de traitement peut notamment tenir un registre des consentements... qu'il devra alors inscrire à son registre des activités de traitements.

DURÉE DU CONSENTEMENT ET RETRAIT

1. La durée du consentement

Le règlement ne précise pas de durée spécifique du consentement. La durée de validité du consentement dépendra du contexte, de la portée du consentement initial et des attentes de la personne concernée.

Le CEPD recommande, à titre de bonne pratique, que le consentement soit renouvelé à des intervalles appropriés.

Faut-il recueillir de nouveau le consentement de la personne avec le RGPD ?

Le consentement recueilli avant le 25 mai 2018 demeure valide à la condition qu'il soit conforme aux dispositions du règlement. Si ce n'est pas le cas, le responsable de traitement doit compléter le consentement initial.

2. Le retrait du consentement

Le règlement accorde une place importante au retrait du consentement. L'article 7 précise que la personne a le droit de retirer son consentement à tout moment. Pour lui, retirer son consentement doit être aussi simple que de le donner, sans préciser si la personne concernée doit toujours pouvoir donner et retirer son consentement moyennant la même action.

Le responsable de traitement doit alors supprimer les données ayant été traitées sur la base du consentement une fois le consentement retiré, à la condition qu'aucune autre condition de licéité ne justifie leur conservation.

À noter que :

- le retrait ne compromet pas pour autant la licéité du traitement fondé sur le consentement avant son retrait (*RGPD, art. 7 3°*);
- si le responsable de traitement souhaite continuer à traiter les données sur la base d'un autre fondement, la modification de la base juridique doit être notifiée à la personne concernée (*RGPD, art. 13 et 14*).

Pour aller plus loin :

- Lignes directrices du CEPD sur le consentement, Version du 10 avril 2018 (WP259 rév. 01) :
https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf
- Lignes directrices du G29 sur la transparence :
https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/wp260_guidelines-transparence-fr.pdf
- Site internet de la CNIL « Données et design par LINC » :
<https://design.cnil.fr/concepts/consentement/>