ARTICLE

M-10 : RGPD ET BASES LÉGALES DE TRAITEMENT : LA PLACE DU CONSENTEMENT

IT et données personnelles Droit de la concurrence, consommation et distribution Contrats commerciaux et internationaux | 12/07/17 | Florence Chafiol

TECH & DIGITAL PROTECTION DES DONNÉES PERSONNELLES

LA LICEITE DU TRAITEMENT

Un traitement de données à caractère personnel, pour être licite, doit respecter l'une des six bases légales fixées par le Règlement européen 2016/679 sur la protection des données personnelles (« **RGPD** »). Ce Règlement reprend quasiment à l'identique les six bases légales de traitement déjà listées au sein de la Directive 95/46/CE et vient entériner les interprétations faites sur le sujet par la CNIL et le G29. Dès le 25 mai 2018, les responsables de traitement devront en outre indiquer aux personnes concernées sur quelle base légale repose le traitement de données mis en place. Il leur appartiendra donc d'anticiper la question afin de connaitre, pour chaque traitement, la base légale qui justifie ledit traitement ainsi que les obligations et conséquences qui en découlent.

LES BASES LEGALES	DESCRIPTION / COMMENTAIRES	EXEMPLES
1. L'EXECUTION D'UN CONTRAT	Le traitement sera considéré comme licite lorsqu'il est **nécessaire dans le cadre d'un contrat ou de l'intention de conclure un contrat.** > Cette disposition doit être interprétée de façon **restrictive** et ne couvre pas les situations dans lesquelles le traitement n'est pas véritablement nécessaire à l'exécution d'un contrat. Le fait qu'un traitement de données soit couvert par un contrat ne signifie pas automatiquement que le traitement soit nécessaire à son exécution.	*Traitement de l'adresse postale d'un client pour que des produits achetés en ligne puissent être livrés.* *Traitement des données des salariés pour que l'employeur puisse procéder à la paye de ces derniers.*
2. L'OBLIGATION LEGALE **3.** L'EXECUTION D'UNE MISSION D'INTERET PUBLIC OU RELEVANT DE L'EXERCICE DE L'AUTORITE PUBLIQUE	Le traitement sera considéré comme licite lorsqu'il est effectué **conformément à une obligation légale** à laquelle le responsable de traitement est soumis ou lorsqu'il est **nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public** ou relevant de l'exercice de l'autorité publique. > Dans ces cas, l'obligation légale devra provenir d'une législation européenne ou d'une législation de l'Etat membre dont dépend le responsable de traitement. Les obligations imposées par les lois de pays tiers ne relèvent pas de ce motif (mais peuvent relever de l'intérêt légitime).	*Traitement des données relatives aux rémunérations de leurs salariés par les employeurs pour pouvoir les communiquer à la sécurité sociale ou à l'administration fiscale.*
4. L'INTERET VITAL	Le traitement sera considéré comme licite **lorsqu'un intérêt vital de la personne concernée ou d'une autre personne physique est en jeu.** > L'expression « intérêt vital » semble limiter l'application de ce motif à des questions de vie ou de mort, ou, à tout le moins, à des menaces qui comportent un **risque de blessure ou une autre atteinte à la santé** de la personne concernée ou d'un tiers.	*Traitements de données à des fins humanitaires.*
5. L'INTERET LEGITIME	Le RGPD impose un critère de mise en balance, pour déterminer si ce fondement peut justifier le traitement, entre: > **L'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par des tiers d'une part** - Par exemple l'intérêt économique, la prévention de la fraude, la sécurité, etc. ; > **L'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée d'autre part** - Par exemple sa vie privée, une atteinte à sa réputation, etc. Attention : > **Il incombe au responsable du traitement de démontrer** que ses intérêts légitimes prévalent sur ceux de la personne concernée. > Le responsable de traitement doit informer la personne concernée, au moment de la collecte des données, des motifs légitimes qu'il poursuit lorsque le traitement est fondé sur cette base. > La personne concernée a le droit de s'opposer à tout moment, pour des raisons tenant à sa situation particulière, à un traitement fondé sur cette base.	*Traitements de données à des fins de prévention contre la fraude.* *Il faut que la personne concernée puisse s'attendre raisonnablement, au moment de la collecte de ses données, à ce que ces dernières fassent l'objet d'un traitement à une fin donnée.*
6. LE CONSENTEMENT	Le consentement **doit porter sur une ou plusieurs finalités spécifiques** (ce qui exclut toute finalité exprimée de manière générale). Il doit également répondre à des caractéristiques et conditions particulières telles que décrites ci-dessous.	*Consentement pour traiter les données à des fins d'envoi de newsletters par email.* *Consentement des salariés pour l'utilisation de leur photographie dans le cadre d'un réseau social interne.*

FOCUS SUR LE CONSENTEMENT

Compte tenu de l'existence de ces six bases légales, le consentement de la personne concernée ne sera donc pas systématiquement requis pour permettre un traitement de données à caractère personnel. En revanche, lorsque la base légale sera le consentement, le RGPD définit strictement les conditions de celui-ci. 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* ».

Les conditions de validité du consentement sont ainsi les suivantes :

- Un acte positif clair et univoque : Le consentement doit relever d'un comportement actif de la personne concernée et ne doit pas pouvoir laisser place à l'incertitude ou l'ambigüité.

- Un consentement libre : Il faut (i) que la personne concernée dispose d'une véritable liberté de choix lui permettant de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice ; (ii) qu'il n'y ait pas de déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement (par exemple un lien de subordination entre un employé et un employeur) ; (iii) que le consentement soit donné pour une finalité précise (un consentement ne doit pas être donné pour plusieurs finalités alors qu'un consentement distinct par finalité aurait été envisageable) ; et (iv) que l'exécution d'un contrat ne soit pas subordonnée au consentement lorsque celui-ci n'est pas nécessaire à une telle exécution.

- Un consentement spécifique : Dans l'hypothèse où le consentement est demandé dans un document regroupant plusieurs informations/questions, il convient de distinguer la partie relative à la demande de consentement sous une forme aisément accessible et formulée en des termes clairs et simples (distinction entre le consentement à un traitement de données et le consentement à des CGU par exemple).

- Un consentement éclairé : Le consentement ne doit être donné qu'après que la personne concernée ait reçu les informations nécessaires lui permettant de décider en connaissance de cause.

La forme du consentement

CONSENTEMENT VALIDE	• Case à cocher (non pré-cochée) ; • Paramétrage technique particulier ; • Déclaration ou comportement indiquant clairement que la personne concernée accepte le traitement proposé. *Dans tous les cas le consentement doit être obtenu distinctement d'autres consentements ou autres informations.*
CONSENTEMENT NON VALIDE	• Les cas de silence ; • Les cases pré-cochées par défaut ; • Le consentement implicite ou purement passif.

Le consentement des mineurs

Le RGPD prévoit qu'il est **nécessaire de recueillir le consentement ou l'autorisation « *du titulaire de la responsabilité parentale* » pour les enfants âgés de moins de 16 ans (cet âge limite pouvant être abaissé à 13 ans dans certains Etats)** amenés à transmettre leurs données personnelles dans le cadre de la fourniture de services en ligne (inscription sur un réseau social par exemple).

Le texte prévoit que les responsables de traitement devront **s'efforcer « *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* »**.

La France devra se positionnera sur ce sujet lors de la modification de la réglementation actuelle pour tenir compte du RGPD.

Le retrait du consentement

Le **consentement doit pouvoir être retiré simplement à tout moment** étant précisé que ce retrait n'aura pas pour effet de compromettre la licéité du traitement qui serait fondé sur le consentement avant ledit retrait.

La personne concernée **doit être informée de cette faculté de retrait avant de donner son consentement.**

ACTIONS DE MISE EN CONFORMITE

- **S'assurer que les traitements mis en œuvre reposent sur une base adaptée et conforme** au RGPD ;
- Vérifier, dans les cas où le traitement repose sur le consentement de la personne, que ce **consentement est univoque, libre, spécifique et éclairé** ;
- **Conserver la preuve du recueil du consentement par tout moyen** (écrit, trace technologique, enregistrement oral, etc.) car la charge de la preuve repose sur le responsable de traitement ;
- S'assurer que le **consentement des mineurs est donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale** ;
- Lorsque le traitement a pour fondement juridique l'« intérêt légitime », **vérifier et documenter l'équilibre entre l'intérêt légitime invoqué par le responsable de traitement et les droits de la personne concernée** ;
- **S'assurer que les personnes concernées bénéficient de toutes les informations appropriées** (selon les cas : possibilité de retirer simplement leur consentement, motifs légitimes poursuivis, possibilité de s'opposer au traitement, etc.).