



QUEL CONSENTEMENT SUR INTERNET ?

Fiche pratique publié le **13/05/2021**, vu **2416 fois**, Auteur : [Murielle Cahen](#)

Le règlement européen définit la notion de consentement comme une manifestation de volonté « libre, spécifique, éclairée et univoque ».

Il exige que l'acceptation de l'intéressé fasse l'objet d'une « déclaration » ou d'un « acte positif clair » (RGPD art. 4, 11). Il ajoute que le consentement au traitement doit être fourni « pour une ou plusieurs finalités spécifiques » (art. 6, 1-a).

Le « G29 » (désormais le CEPD) a adopté, le 28 novembre 2017, et révisé, le 10 avril 2018, des lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 (wp259 rév.01). Le CEPD les a remplacées, le 4 mai 2020, par de nouvelles lignes directrices qui ne diffèrent que légèrement des précédentes (« Guidelines 05/2020 on consent under Regulation 2016/679 »). Les unes et les autres précisent le sens de la notion de consentement, telle que définie par le RGPD :

- le consentement ne peut être considéré comme « libre » que si la personne concernée est en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de pression ni de préjudice ;
- le consentement n'est « spécifique » que s'il répond à une demande suffisamment détaillée permettant à la personne concernée de donner un consentement distinct pour chacune des finalités du traitement ;
- le consentement n'est « éclairé » que si la personne concernée reçoit certaines informations essentielles : par exemple, identité du responsable de traitement, finalité de chacune des opérations de traitement, données collectées et utilisées ;
- le consentement n'est « univoque » que s'il résulte d'une déclaration ou d'un « geste actif » de la personne concernée. La pratique de l'« opt-in actif », c'est-à-dire de la case à cocher, devrait satisfaire à cette condition. En revanche, celle de la case cochée par défaut est à proscrire.

A titre d'illustration, un arrêt de la [CJUE du 12 novembre 2020](#) juge qu'un contrat de fourniture de services de télécommunication qui contient une clause selon laquelle [le client a consenti à la collecte](#) et la conservation de son titre d'identité ne peut démontrer qu'il a valablement donné son [consentement](#) lorsque la case y afférente a été cochée par le responsable de traitement avant la signature du contrat. Il en est de même lorsque le consommateur est induit en erreur quant à la possibilité de conclure le contrat en cas de refus du traitement de ses données, ou lorsque le libre choix de s'opposer à cette collecte et à cette conservation est affecté par l'exigence d'un formulaire supplémentaire exprimant ce refus.

I) La case se référant à cette clause a été cochée par le responsable du traitement des données avant la signature de ce contrat

Selon l'article 4 § 1 du RGPD, la donnée à caractère personnel est toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable (ci-après dénommée « personne concernée »); est réputée être une « personne physique identifiable » une personne physique qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un identifiant, tel qu'un nom, un numéro d'identification, des données de localisation, un identifiant en ligne, ou à un ou plusieurs éléments spécifiques propres à son identité physique, physiologique, génétique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

En outre, la lettre de l'article 4 § 2 dispose que le « traitement » est toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliqués à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction.

Par ailleurs, le paragraphe 11 de l'article 4 du RGPD dispose que le « consentement » de la personne concernée est 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.

[Le consentement de la personne concernée](#) reste essentiel pour traitement de ses données à caractère personnel par le responsable du traitement ou par ses sous-traitants. Le manquement à cette obligation est une faute imputable au responsable du traitement pour violation du consentement préalable de la personne avant toutes sortes de [collectes de ses données](#).

La Cour de Justice de l'Union européenne par cet arrêt a voulu démontrer ou mettre en lumière l'objet même ou le but poursuivi par le RGPD en l'occurrence le renforcement des droits des personnes physiques concernées par tout traitement de leurs données à caractère personnel.

De plus, le consentement doit être éclairé. Cette qualité fait écho à l'obligation de transparence qui découle des articles 5 et 12 du RGPD et, plus particulièrement à l'obligation d'information qui s'impose au responsable de traitement en vertu des articles 13 et 14 du RGPD.

La CNIL considère que le recours à des cases précochées ou préactivées ne permet pas d'obtenir un consentement univoque. Dans le même esprit, la CJUE a jugé que le placement de cookies requiert un consentement actif des internautes de sorte qu'une case cochée par défaut est insuffisante. De plus, le recueil du consentement de l'utilisateur s'applique quand bien même les données concernées seraient à caractère personnel ou non.

Quand le responsable décide de fonder son traitement sur [le consentement de la personne concernée](#), il doit être en mesure de démontrer qu'il a obtenu ce consentement.

La CJUE a précisé que le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer le consentement de la personne concernée à la collecte et à la conservation de ses données à caractère personnel. La seule présence d'une clause contractuelle, cochée à l'avance par les agents de vente, précisant que le client a consenti, ne permet pas de [prouver l'existence d'un consentement](#) valable (CJUE, 11 nov. 2020, aff. C-61/19, Orange Romania).

II) Les stipulations contractuelles dudit contrat sont susceptibles d'induire la personne concernée en erreur quant à la possibilité de conclure le contrat en question même si elle refuse de consentir au traitement de ses données

-

Conformément aux lignes directrices dégagées par le CEPD (Lignes directrices CEPD n° 05/2020, 4 mai 2020), le consentement est libre quand il n'est pas contraint, ni influencé. La personne doit se voir offrir un choix réel, sans avoir à subir de conséquences négatives en cas de refus. En ce sens, l'article 7 du RGPD dispose qu'« au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ».

Cela semble revenir à l'idée que le consentement ne peut être considéré comme valable quand il est donné dans le but de profiter d'un produit ou d'un service pour la fourniture duquel un traitement de données n'est pas nécessaire. Le CEPD donne l'exemple d'un fournisseur de site web qui bloque la visibilité du contenu, sauf si l'utilisateur clique sur le bouton « Accepter les cookies ». La personne concernée ne dispose pas d'un véritable choix, son consentement n'est donc pas donné librement.

Le responsable peut tout d'abord mettre en œuvre un traitement nécessaire soit à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie, soit à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci. Comme le consentement, la base légale contractuelle se révèle être souvent utilisée en pratique.

Le responsable peut également faire reposer la licéité de son traitement sur le respect d'une obligation légale à laquelle il est soumis, la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou encore l'exécution d'une mission d'intérêt public ou la mise en œuvre d'un traitement relevant de l'exercice de l'autorité publique dont il est investi.

En dernier lieu, la loi du 6 janvier 1978 et le RGPD prévoient la possibilité de mettre en œuvre un traitement quand ce dernier 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 » (L. n° 78-17, 6 janv. 1978, art. 5, 6° RGPD, art. 6, § 1, f). C'est ainsi au responsable de déterminer à quel moment ses intérêts ou ceux d'un tiers doivent prévaloir sur ceux de la personne concernée.

Dans tous les cas la personne concernée doit être informée de la collecte de ses données conformément au RGPD et son [consentement devra être recueilli](#) sans ambiguïté sauf exception édictée par ledit RGPD.

III) Le libre choix de s'opposer à cette collecte et à cette conservation est affecté indûment par ce responsable, en exigeant que la personne concernée, afin de refuser de donner son consentement, remplisse un formulaire supplémentaire faisant état de ce refus

La personne concernée est libre de consentir à la collecte de ses données à caractère personnel. Certes, le RGPD prévoit encore la possibilité pour les personnes concernées de « s'opposer à tout moment » au traitement de leurs données (art. 21 (1)). Elles ne peuvent toutefois plus le faire selon les mêmes modalités.

Aux termes du règlement européen, l'exercice du droit d'opposition n'a en effet vocation à s'appliquer qu'à l'encontre des traitements nécessaires à « l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement, ou en raison des intérêts légitimes du responsable du traitement » (RGPD, consid. no 69 et art. 21 (1), par renvoi à, art. 6 (1) e) ou f)).

Dans de telles circonstances, les seules possibilités de mettre fin au traitement seront donc soit de recourir au droit à l'effacement (RGPD, art. 17), soit de retirer son consentement (RGPD, art. 7 (3)) avec l'avantage de ne pas devoir justifier de « motif légitime » (voir en ce sens, Maisnier-Boché L., art. préc.).

Ce qui implique dans les deux hypothèses que de telles actions soient nécessairement exercées après que le traitement ait été mis en œuvre et non avant (RGPD, art. 99 (2)). Sans compter qu'aucune disposition ne semble par ailleurs pouvoir être invoquée pour faire valoir le droit d'opposition en cas de traitement de données personnelles nécessaire à l'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles (RGPD, art. 6 (1) b) ; voir également en ce sens, Maisnier-Boché L., art. préc.) ou celui – mais l'exception est plus admissible compte tenu des risques encourus – nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux (RGPD, art. 6 (1) d)).

À cette limite, importante donc, le règlement européen apporte au moins deux précisions utiles. La première est que le droit d'opposition vaut bien en cas de profilage et qu'il continue de s'appliquer en matière de prospection (RGPD, art. 21 (2)), à des fins commerciales comme non-commerciales notamment associatives ou politiques.

La deuxième concerne les conséquences de l'exercice du droit d'opposition. Aussi évidentes soient-elles, il n'en demeurerait pas moins pertinent de rappeler que « lorsque la personne concernée s'oppose au traitement à des fins de prospection, les données à caractère personnel ne sont plus traitées à ces fins » (RGPD, art. 21 (3)). Ce qui, comme du reste actuellement, ne devrait toutefois pas avoir pour conséquence d'interdire la mise en place de listes d'opposition, justement dans la mesure où elles poursuivent une finalité propre, à savoir garantir l'exercice effectif de ce droit.

Selon l'article 6 § 1.b du RGPD, 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.

Toutefois, lorsque le responsable du traitement coche au préalable la case de [consentement de la collecte des données personnelles](#) des clients, ce dernier ne met pas en évidence le caractère libre du client pour consentir ou non à la collecte de ses données personnelles. Autrement dit, il affecte même le caractère licite de la collecte des données personnelles des personnes concernées au regard de l'article 6 du RGPD.

SOURCES :

- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=233544&pageindex=>
- <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre1#Article4>
- <https://www.cnil.fr/fr/reglement-europeen-protection-donnees/chapitre1#Article4>
- <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=218462&doclang=FR>