



Focus #2 – Le recueil du consentement

Mars 2017

Notre livre blanc « **Le RGPD en 10 leçons – L'essentiel du RGPD dans un guide pratique** » avait pour objectif de synthétiser et de rendre accessibles les dispositions issues du règlement européen sur la protection des données (RGPD) afin de vous :

- permettre de cerner les implications en résultant pour les entreprises ;
- proposer des astuces et bonnes pratiques visant à traduire ces dispositions réglementaires en actions concrètes de mise en conformité à envisager.

Nous vous proposons désormais, sous l'intitulé « **Le RGPD en focus** », une série de focus sectoriels et/ou métiers afin de vous permettre d'approfondir les évolutions induites par le RGPD et plus généralement de soulever certains points d'alertes spécifiques. En effet, les principes et obligations résultant du RGPD ne constituant pas que des nouveautés, cette nouvelle réglementation est aussi l'occasion d'une mise en conformité plus globale et de rappels génériques en matière des bonnes pratiques.

Ces focus n'ont pas pour objet de reprendre l'intégralité des principes et obligations applicables en matière de traitements de données (sur ce point, vous pouvez consulter le livre blanc) mais de s'attacher aux pratiques spécifiques des secteurs et/ou métiers visés.

Nous restons à votre écoute pour toute thématique que vous souhaiteriez voir aborder dans ce cadre, n'hésitez pas à nous en faire part.

Parmi les exigences résultant des dispositions applicables en matière de protection des données à caractère personnel, **le consentement fait figure d'élément-clé de la conformité** des traitements mis en œuvre puisqu'il s'agit du meilleur moyen pour que les personnes puissent contrôler les activités de traitement portant sur leurs données.

En effet, le consentement des personnes concernées doit être recueilli dans diverses situations. Il peut être un préalable nécessaire présidant à la licéité d'un traitement (lorsqu'un tel traitement ne repose sur aucun autre fondement autorisant sa mise en œuvre ou dans le cas de traitements aboutissant à des décisions individuelles automatisées de type « profilage »), ou être requis pour le traitement de certaines données (par exemple, pour le traitement de données sensibles¹), ou encore

¹ Parmi les données à caractère personnel, les données couramment appelées « données sensibles » font l'objet d'un régime de protection renforcée. A titre d'exemple, il s'agit des données suivantes : données relatives aux origines raciales ou ethniques, opinions politiques, philosophiques ou religieuses, appartenance

devoir être recueilli en vue du déploiement de flux transfrontières de données vers des Etats non membres de l'Union européenne.

Or, cette notion de consentement et les modalités de recueil de ce consentement font l'objet de nombreuses dispositions et recommandations, que le consentement ait vocation à être recueilli offline ou online.

A cet égard, la notion de « *consentement de la personne concernée* » était définie à l'article 2, point h) de la Directive 95/46/CE comme étant « ***toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement***² ».

Il est toutefois intéressant de constater que la loi n°78-17 du 6 janvier 1978, dite loi Informatique et libertés, n'a pas repris cette définition, et ce alors même qu'elle vise le consentement comme exigence préalable à la mise en œuvre de certains traitements de données à caractère personnel.

La Cnil³ et, au niveau européen, **le Groupe de travail de l'article 29 (G29)**⁴ se sont alors chargés de préciser ce que recouvre cette notion et de donner des illustrations pratiques et guidelines d'interprétation des dispositions applicables (une récente consultation de la Cnil venant en outre d'être ouverte sur ce sujet à l'aune du RGPD⁵).

Le RGPD⁶ est venu réintégrer la définition du consentement au sein de son l'article 4. 11) en ces termes : « *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* ». Si cette définition demeure similaire à celle de la directive que le RGPD vient abroger, elle insiste tout de même sur le caractère exprès du consentement qui doit résulter d'une déclaration ou d'un acte positif de la personne concernée, et sur la qualité de ce consentement qui doit être univoque.

En outre, l'article 7 du RGPD tire toutes les conséquences du principe d'accountability, clé de voûte de ce texte⁷, et vient mettre expressément la preuve du recueil du consentement à la charge du responsable de traitement, précisant que dans les cas où le traitement repose sur le consentement, ce dernier doit être « *en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant* ».

Le tableau ci-après synthétise les dispositions, bonnes pratiques et précautions en la matière à ce jour, étant précisé qu'il convient de rester attentif aux futures évolutions doctrinales de cette notion.

*
* *
*

syndicale, données concernant la santé, données relatives à la vie sexuelle, le RGPD venant ajouter à cette liste les données génétiques ou encore les données biométriques.

² Article 2, h), [Directive 95/46/CE du 24-10-1995](#) relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

³ Voir notamment Cnil, [Respecter les droits des personnes](#).

⁴ G29, [Avis 15/2011 du 13-7-2011](#) sur la définition du consentement.

⁵ Cnil, [Consultation sur le règlement européen sur la protection des données](#), 23-2-2017.

⁶ [Règlement \(UE\) 2016/679 du 27-4-2016](#) 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.

⁷ Sur la notion d'accountability, voir la leçon 4 du « [RGPD en 10 leçons](#) ».

Éléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
<p>Consentement exprès</p>	<p>« Manifestation de volonté... par laquelle la personne concernée accepte... »</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Démarche active et explicite de l'utilisateur - De préférence écrite - Préalable à la collecte <p><u>En pratique :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Signature manuscrite ; - Case à cocher, non pré-cochée (offline / online) 	<p>Tout moyen mais nécessité d'une action (le consentement ne peut être déduit d'une absence d'action).</p> <p><u>En pratique :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Signature manuscrite apposée sur un formulaire papier ; - Déclaration orale pour marquer un accord ; - Comportement dont on peut raisonnablement déduire un accord (exception interprétée de manière restrictive) : <ul style="list-style-type: none"> - à titre d'illustration, déposer une carte de visite dans une urne pourrait correspondre à cette notion. Il en est de même si une personne envoie son nom et son adresse à une organisation pour lui demander des informations. Dans ce cas, son action doit être comprise comme une acceptation du traitement de ces données à cette fin ; - à l'inverse, l'activation de la fonction Bluetooth de son téléphone portable ne constitue pas à elle seule un consentement valable de la personne concernée à recevoir les communications commerciales émises par un 	<p>« Manifestation de volonté... par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair... »</p> <p>Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence ou d'inactivité.</p> <p><u>En pratique :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Déclaration écrite, y compris par voie électronique ; - Déclaration orale ; - Case à cocher (non pré-cochée par défaut) lors de la consultation d'un site internet ; - Option « expresse » pour certains paramètres techniques (pour les services de la société de l'information).

Eléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
			panneau publicitaire.	
Libre	« Libre »	<p>Libre choix (absence de conséquences, sauf stricte nécessité)</p> <p><u>En pratique :</u></p> <p>A titre d'exemple, le consentement peut difficilement être considéré comme donné « librement » lorsqu'il est recueilli auprès d'un salarié par son employeur.</p>	<p>Le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est véritablement en mesure d'exercer un choix, en pleine possession de ses facultés, et s'il n'y a pas de risque de tromperie, d'intimidation, de coercition (qu'elle soit sociale, financière, psychologique ou autre) ou de conséquences négatives importantes si elle ne donne pas son consentement.</p> <p>La personne concernée doit avoir la possibilité de retirer ultérieurement son consentement sans subir de préjudice réel ou potentiel.</p> <p><u>En pratique :</u></p> <p>A titre d'illustration, n'est pas considéré comme donné librement un consentement donné :</p> <ul style="list-style-type: none"> - sous l'influence du responsable de traitement (par exemple lien de subordination) ; - en état de dépendance vis-à-vis du responsable de traitement ; - par crainte d'être traité différemment en l'absence de consentement ; <p>ces situations pouvant être rencontrées dans un contexte professionnel notamment.</p> <p>De même, le consentement ne pourra pas servir de fondement à un traitement mis en œuvre par l'Etat ou</p>	<p>« Libre »</p> <p>La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment (et en est informée au moment de donner son consentement). Il doit être aussi simple de retirer que de donner son consentement.</p> <p>Au moment de déterminer si le consentement est donné librement, il y a lieu de déterminer, 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.</p> <p>Le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel.</p> <p><u>En pratique :</u></p> <p>Par exemple, le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement en cas de déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable de traitement</p>

Éléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
			<p>une autorité publique.</p> <p>A l'inverse, un consentement peut néanmoins être parfaitement valable dans le contexte professionnel si la liberté de choix de la personne concernée est préservée (ex : libre choix de faire figurer sa photographie dans un annuaire d'entreprise par exemple).</p>	<p>ou</p> <p>si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice</p> <p>ou</p> <p>si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement de données bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce</p> <p>ou</p> <p>si l'exécution d'un contrat est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution.</p>
Informé / éclairé	« Informé »	La personne concernée doit être en mesure de donner son consentement en toute connaissance de cause, ce qui induit notamment qu'elle a été informée du traitement mis en place, de ses caractéristiques, et de ses droits (cf. informations visées à l'article 32 de la loi Informatique et libertés).	<p>Information préalable au consentement</p> <p>Un consentement doit être fondé sur l'appréciation et la compréhension des faits et des conséquences d'une action.</p> <p>La personne concernée doit recevoir, de façon claire et compréhensible, des informations exactes et complètes sur tous les éléments pertinents du traitement. Cela suppose également la connaissance des conséquences du refus de consentir au traitement des données en</p>	<p>« Eclairé »</p> <p>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 compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples (cf. informations visées aux articles 12, 13 et 14 du RGPD).</p>

Éléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
		<p><u>En pratique :</u></p> <p>Information et recueil du consentement <u>directement</u> sur chaque formulaire de collecte de données ou au moyen de la remise d'un document spécifique, et non uniquement par renvoi aux / dans les conditions générales.</p>	<p>question.</p> <p><u>En pratique :</u></p> <p>Exigences :</p> <ul style="list-style-type: none"> - qualité des informations : texte en clair, non jargonnel, compréhensible, visible ; - accessibilité et visibilité des informations : nécessité d'une communication des informations à la personne concernée (il ne suffit pas que les informations soient « disponibles » quelque part), taille et type de caractère lisibles, affichage d'une boîte de dialogue ou d'une page en surexposition au moment du recueil du consentement, etc. ; - réexamen des choix faits par la personne concernée (information régulière, selon une fréquence à déterminer, portant sur les mentions obligatoires et la possibilité de confirmer ou de retirer son consentement). 	<p><u>En pratique :</u></p> <p>Prévoir une déclaration de consentement pré-rédigée, comportant l'ensemble des informations obligatoires, à fournir sous une forme compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples, sans clause abusive, et à faire accepter.</p> <p>Nota : obligation d'information renforcée dans le RGPD → le consentement ne peut être valablement donné que si les exigences d'information sont respectées⁸.</p>
Spécifique	« Spécifique »	Recueil du consentement nécessairement lié à une finalité / à un traitement particulier (pas de	Un consentement général, sans préciser la finalité exacte du traitement, n'est pas acceptable. Pour être spécifique, le consentement doit être	« Spécifique » Si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration

⁸ Sur les informations obligatoires à communiquer à la personne concernée, voir la leçon 3 du « [RGPD en 10 leçons](#) ».

Eléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
		<p>consentement « général »)</p> <p><u>En pratique :</u></p> <p>Nécessité de distinguer l'acceptation des conditions générales du consentement à un traitement spécifique (ex : données sensibles dans le cadre d'un site internet de rencontres : plusieurs cases à cocher doivent être prévues, une pour l'acceptation des CG, une pour la déclaration de majorité, et une pour le consentement au traitement de données sensibles⁹).</p>	<p>intelligible. Il doit mentionner, de façon claire et précise, l'étendue et les conséquences du traitement des données.</p> <p>Cette compréhension doit reposer sur les attentes raisonnables des parties. Un « consentement spécifique » est dès lors intrinsèquement lié au fait que le consentement doit être informé.</p> <p>Il ne peut pas s'appliquer à un ensemble illimité d'activités de traitement. En d'autres termes, le contexte dans lequel le consentement s'applique est limité (notion d'attente raisonnable et de nécessité compte tenu de la finalité du traitement).</p> <p><u>En pratique :</u></p> <ul style="list-style-type: none"> - Obligation de « détail » du consentement par rapport aux différents éléments / finalités qui constituent le traitement de données - Obligation de consentement « distinct » pour diverses finalités ou « supplémentaire » pour des finalités ultérieures - Un accord « général » ne constitue pas un consentement spécifique - Nécessité de distinguer l'acceptation des conditions générales du consentement à un traitement spécifique 	<p>écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement est présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions.</p>

⁹ Cnil, Délib. [2016-405](#) et [2016-406](#) du 15-12-2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre des sociétés Samadhi SAS et Meetic SAS.

Éléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
			<p>- Non-conformité d'un consentement qui résulterait de l'acceptation ou de la contractualisation d'un document renvoyant à un autre prévoyant un tel consentement (ex : conclusion d'un contrat de travail qui se référerait à une convention collective).</p>	
<p>Indubitable / univoque</p>	<p>« Indubitable »</p> <p><i>Nota</i> : cette terminologie ne résulte pas de la définition du « consentement » mais de cas particuliers de la directive dans lesquels le consentement « indubitable » est requis.</p>	<p>/</p>	<p>Pour qu'un consentement soit indubitable, la procédure relative à l'obtention et à l'octroi du consentement ne doit laisser <u>aucun doute</u> quant à l'intention de la personne concernée de donner son consentement. En d'autres termes, la manifestation de volonté par laquelle la personne concernée marque son accord ne doit laisser aucune ambiguïté quant à son intention. S'il existe un doute raisonnable sur l'intention de la personne concernée, il y a ambiguïté.</p> <p>Renvoie à la notion de manifestation positive de la personne concernée dans la mesure où si l'intéressé reste passif (ex : absence d'action ou silence), il demeure une ambiguïté intrinsèque car il n'est pas possible de déduire, avec certitude, qu'une absence de réponse équivaut à un consentement.</p> <p><i>En pratique :</i></p> <p>Nécessité pour le responsable de traitement de pouvoir apporter la preuve du consentement et donc de mettre en place des procédures et des mécanismes permettant de démontrer et ne laissant aucun doute sur l'octroi du consentement (que ce soit par une action explicite de la personne concernée ou par une déduction claire d'une</p>	<p>« Univoque »</p> <p><i>En pratique :</i></p> <p>Preuve du consentement « univoque » à la charge du responsable de traitement : prévoir les mesures techniques et organisationnelles appropriées.</p>

Éléments clés de la notion	Directive 95/46/CE	Cnil	G29	RGPD
			<p>action effectuée par la personne concernée).</p> <p>Nota : Plus l'environnement dans lequel ils sont actifs est complexe, plus des mesures seront nécessaires pour garantir que le consentement est vérifiable.</p>	
Explicite	<p>« <i>Explicite</i> »</p> <p>Nota : cette terminologie ne résulte pas de la définition du « consentement » mais de cas particuliers de la directive dans lesquels le consentement « explicite » est requis.</p>		<p>Renvoi à la notion de consentement « exprès » (voir ci-dessus).</p>	<p>« <i>Explicite</i> »</p> <p>Nota : cette terminologie ne résulte pas de la définition du « consentement » mais de cas particuliers du règlement dans lesquels le consentement « explicite » est requis.</p>

*
* *