



EUROPEAN DATA PROTECTION SUPERVISOR

Avis 4/2017

sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique



14 mars 2017

Le contrôleur européen de la protection des données (CEPD) est une institution indépendante de l'Union européenne chargée, en vertu de l'article 41, paragraphe 2, du règlement n° 45/2001, «[e]n ce qui concerne le traitement de données à caractère personnel, [...] de veiller à ce que les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques, notamment leur vie privée, soient respectés par les institutions et organes communautaires» et «[...] de conseiller les institutions et organes communautaires et les personnes concernées pour toutes les questions concernant le traitement des données à caractère personnel». Conformément à l'article 28, paragraphe 2, du règlement n° 45/2001, la Commission a l'obligation, lorsqu'elle adopte une proposition de législation relative à la protection des droits et libertés des personnes à l'égard du traitement de données à caractère personnel, de consulter le CEPD.

Le contrôleur européen et le contrôleur adjoint ont été nommés en décembre 2014 avec comme mission spécifique d'être plus constructifs et proactifs. Le CEPD a publié en mars 2015 une stratégie quinquennale exposant la manière dont il entend mettre en œuvre ce mandat et en rendre compte.

Le présent avis se rapporte à la mission du CEPD de conseiller les institutions de l'UE sur les implications de leurs politiques en matière de protection des données et de promotion d'une élaboration responsable des politiques, conformément à l'action n° 9 de la stratégie du CEPD: «Faciliter l'élaboration responsable et éclairée de politiques». Le CEPD considère que le respect des exigences en matière de protection des données sera indispensable pour le succès de la loi relative à la protection des consommateurs dans le marché unique numérique.

Synthèse

Le CEPD reconnaît l'importance de l'économie basée sur les données, pour la croissance de l'Union européenne (UE) et son rôle majeur dans l'environnement numérique tel que défini dans la stratégie pour un marché unique numérique. Nous avons toujours milité en faveur de la création de synergies et de la complémentarité entre la loi relative à la protection des consommateurs et la loi relative à la protection des données. Par conséquent, nous soutenons l'objectif de la proposition de la Commission de décembre 2015 concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, consistant à renforcer la protection des consommateurs qui sont obligés de communiquer des données comme condition préalable à la fourniture de «biens numériques».

Cependant, la proposition présente un aspect problématique en ce sens qu'elle sera applicable non seulement aux situations où un prix est payé pour le contenu numérique, mais aussi aux situations où le contenu numérique est fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données. Le CEPD met en garde contre toute nouvelle disposition qui introduirait l'idée que les personnes peuvent payer avec leurs données de la même manière qu'elles peuvent payer avec de l'argent. En effet, les droits fondamentaux, comme le droit à la protection des données à caractère personnel, ne peuvent être réduits aux seuls intérêts des consommateurs, et les données à caractère personnel ne peuvent être considérées comme une simple marchandise.

Le cadre juridique récemment adopté en matière de protection des données (le «RGPD») n'est pas encore pleinement applicable, et la proposition d'une nouvelle directive «vie privée et communications électroniques» est en cours d'examen. L'UE devrait donc éviter toute nouvelle proposition qui risquerait de perturber l'équilibre subtil négocié par le législateur européen en ce qui concerne les règles de protection des données. La mise en œuvre d'initiatives concurrentes pourrait mettre en danger la cohérence du marché unique numérique, avec pour conséquence une fragmentation réglementaire et une insécurité juridique. Le CEPD recommande à l'UE d'appliquer le RGPD comme moyen de régulation de l'utilisation des données à caractère personnel dans l'économie numérique.

La notion des «données comme contrepartie» - notion qui n'a pas été définie dans la proposition - risque de créer de la confusion quant à la fonction précise des données dans une transaction donnée. L'absence d'informations claires à cet égard de la part des fournisseurs pourrait ajouter des difficultés supplémentaires. Aussi, afin de résoudre ce problème, nous suggérons d'envisager d'utiliser la définition des services prévue au TFUE ou la disposition employée par le RGPD pour définir son champ d'application territorial.

Le présent avis examine les différentes interactions potentielles entre la proposition et le RGPD.

Premièrement, la définition très large des «données à caractère personnel» prévue par la législation relative à la protection des données pourrait bien avoir pour conséquence que toutes les données relevant du champ d'application de la proposition de directive soient considérées comme des «données à caractère personnel» au sens du RGPD.

Deuxièmement, les conditions strictes dans lesquelles un traitement peut être effectué sont déjà énoncées dans le RGPD, et il n'est pas nécessaire de les modifier ou de les compléter dans la proposition de directive. Si la proposition semble juger légitime l'utilisation des données comme contrepartie, le RGPD prévoit notamment un nouvel ensemble de conditions pour

apprécier la validité du consentement et pour déterminer si celui-ci peut être considéré comme donné librement dans le cadre de transactions numériques.

Enfin, en accordant au consommateur le droit d'obtenir ses données auprès du fournisseur après la résiliation du contrat, et en prévoyant l'obligation pour le fournisseur de s'abstenir d'utiliser les données, la proposition risque d'empiéter sur les droits d'accès et de portabilité, mais aussi sur l'obligation du fournisseur de s'abstenir d'utiliser les données, et sur les obligations du responsable du traitement au titre du RGPD. Cela pourrait être une source involontaire de confusion quant au régime applicable.

TABLE DES MATIÈRES

1. INTRODUCTION ET CONTEXTE	7
1.1 LA CONSULTATION DU CEPD PAR LE CONSEIL.....	7
1.2 LA PROPOSITION.....	7
2. L'UTILISATION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL À TITRE DE «CONTREPARTIE»	9
2.1 LES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL COMME CONTREPARTIE ET LE DROIT FONDAMENTAL À LA PROTECTION DES DONNÉES.....	9
2.2 ARTICLE 8 DE LA CHARTE DES DROITS FONDAMENTAUX ET ARTICLE 16 DU TFUE	10
2.3 LA NOTION DES DONNÉES COMME «CONTREPARTIE».....	11
2.4 ALTERNATIVES POSSIBLES.....	13
3. ANALYSE SUPPLÉMENTAIRE DE LA PROPOSITION	15
3.1 LE CHAMP D'APPLICATION DE LA PROPOSITION	15
<i>a) La notion de données à caractère personnel</i>	15
<i>b) Les données à caractère personnel qui déclenchent l'application de la directive</i>	15
<i>c) Les données exclues du champ d'application de la directive</i>	16
3.2 LA BASE JURIDIQUE POSSIBLE DU TRAITEMENT	17
<i>a) Considérations relatives aux fondements du traitement</i>	17
<i>b) Les différents fondements du traitement de données dans le cadre de la proposition</i>	18
3.3 LE RETRAIT DU CONSENTEMENT.....	22
3.4 LE DROIT D'ACCÈS DE LA PERSONNE CONCERNÉE ET LE DROIT À LA PORTABILITÉ DES DONNÉES	23
<i>a) Le droit d'opposition, le droit à l'effacement et le droit à la portabilité des données</i>	23
<i>b) Interactions avec la proposition</i>	24
NOTES	27

LE CONTRÔLEUR EUROPÉEN DE LA PROTECTION DES DONNÉES,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 16,

vu la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et notamment ses articles 7 et 8,

vu la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 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 données¹, et vu le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen 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 (le règlement général sur la protection des données)²,

vu le règlement (CE) n° 45/2001 du Parlement européen et du Conseil du 18 décembre 2000 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les institutions et organes communautaires et à la libre circulation de ces données³, et notamment son article 28, paragraphe 2, son article 41, paragraphe 2, et son article 46, point d),

1. INTRODUCTION ET CONTEXTE

1.1 La consultation du CEPD par le Conseil

1. Le 9 décembre 2015, la Commission européenne a présenté deux propositions législatives pour de nouvelles règles concernant la vente en ligne de biens. La proposition de règles relatives aux contrats numériques comporte deux projets d'actes législatifs:

- une proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique⁴;
- une proposition de directive concernant certains aspects des contrats de vente en ligne de biens (corporels)⁵.

2. Ces deux propositions doivent être considérées comme un ensemble législatif visant des objectifs communs, et notamment l'élimination des principaux obstacles au commerce électronique transfrontière dans l'UE⁶. En ce qui concerne plus particulièrement la proposition de directive relative à certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique aux consommateurs (ci-après la «proposition»), celle-ci a pour objectif de mettre en place un ensemble de règles unique régissant les contrats de vente et de location de contenu numérique, ainsi que les contrats de services numériques⁷. Le CEPD n'a pas été consulté par la Commission lors de l'adoption de la proposition.

3. Le 21 novembre 2016, la commission LIBE a rendu son avis sur la proposition⁸. La commission du marché intérieur et de la protection des consommateurs du Parlement européen (IMCO) et la commission des affaires juridiques (JURI) ont publié un projet de rapport conjoint sur la proposition, le 7 novembre 2016⁹.

4. Le Conseil examine actuellement la proposition au sein du Groupe de travail sur le droit civil (droit des contrats). Dans ce contexte, le 10 janvier 2017, le Conseil a décidé de consulter le CEPD sur la proposition. Le CEPD se réjouit de l'initiative du Conseil de consulter le CEPD sur cette législation importante qui soulève de nombreuses questions concernant le droit de l'Union en matière de protection des données à caractère personnel. Le présent avis constitue la réponse du CEPD à la demande du Conseil.

1.2 La proposition

5. À l'heure actuelle, la fourniture de contenu numérique au niveau de l'UE est en partie régulée par la directive relative aux droits des consommateurs¹⁰, la directive relative aux clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs¹¹ et la directive relative au commerce électronique¹². La directive relative aux droits des consommateurs n'est pas applicable car la définition de «biens de consommation» qu'elle contient s'étend uniquement aux «biens mobiliers corporels».

6. Plusieurs États membres ont déjà adopté des règles spécifiques pour les contenus numériques, ce qui a créé des différences de portée et de contenu entre les règles nationales régissant ces contrats¹³. La proposition a donc pour objet de garantir une protection harmonisée des consommateurs en ce qui concerne le contenu numérique. Dans ce contexte, la proposition envisage un niveau d'harmonisation maximal.

7. S'agissant du champ d'application de la proposition, celui-ci couvrirait non seulement les biens numériques (tels que les films ou la musique, les programmes informatiques, les applications mobiles, les livres électroniques), mais aussi les services numériques (tels que les plateformes de réseaux sociaux et les services d'informatique en nuage). Pour qu'un contrat numérique relève du champ d'application de la proposition de directive, soit le contrat doit prévoir le paiement d'un prix par le consommateur, soit «une contrepartie [non pécuniaire], sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active» par le consommateur¹⁴.

8. La proposition introduit une «hiérarchie de modes de dédommagement» en cas de non-conformité du contenu numérique ou du service fourni par le vendeur, et elle prévoit le droit pour le consommateur de récupérer les données après la résiliation du contrat dans un «format de données couramment utilisé»¹⁵. La proposition impose également l'obligation pour les fournisseurs de s'abstenir d'utiliser les données fournies comme contrepartie après la résiliation du contrat¹⁶.

9. La proposition fait référence au concept des données à caractère personnel dans trois situations:

- l'utilisation des données (y compris les données à caractère personnel) en tant que «contrepartie non pécuniaire»¹⁷;
- une référence aux données qui sont «strictement nécessaires à l'exécution du contrat»¹⁸;
- une référence aux «autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur»¹⁹.

10. La référence au concept des données à caractère personnel engendre des interactions potentielles entre la proposition et les règles de protection des données, telles que définies, entre autres, dans la directive relative à la protection des données 95/46/CE²⁰ et dans le RGPD²¹. En outre, comme affirmé dans la proposition, la directive est sans préjudice de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel²². Le présent avis portera donc sur les interactions entre la proposition et le cadre actuel et futur de l'UE en matière de protection des données²³.

2. L'UTILISATION DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL À TITRE DE «CONTREPARTIE»

11. La proposition de directive s'appliquerait à «tout contrat par lequel un fournisseur fournit un contenu numérique au consommateur ou s'engage à le faire», en échange duquel «un prix doit être acquitté ou une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données, doit être apportée de façon active par le consommateur».

12. Le champ d'application de la directive est ainsi défini afin que les contrats soi-disant «gratuits» puissent également bénéficier de certaines protections prévues par la proposition de directive. Les services qui sont généralement considérés comme «gratuits» reposent normalement sur un modèle économique dans lequel les données à caractère personnel sont collectées par les fournisseurs afin de créer de la valeur à partir des données traitées.

13. Le CEPD reconnaît l'importance de l'économie numérique dans l'Union et la valeur des données dans l'environnement numérique²⁴. Par conséquent, le CEPD se réjouit des initiatives de la Commission en ce qui concerne l'utilisation des données (personnelles et non personnelles) et la promotion de l'économie basée sur les données. Le nouveau cadre de protection des données, qui sera applicable à compter du 25 mai 2018, a été revu et repensé afin de tenir compte des opportunités et des défis liés à l'utilisation des données dans un tel contexte. Dans ce cadre, la mission du CEPD est d'aider le législateur à aborder la régulation de ce marché en prenant en considération les implications pour les personnes physiques au regard de leur droit fondamental à la protection des données à caractère personnel les concernant.

14. Le CEPD se félicite de la volonté du législateur de veiller à ce que les services dits «gratuits» fassent l'objet de la même protection pour les consommateurs lorsque ces derniers ne paient pas de prix pour un service ou un contenu. Toutefois, les données à caractère personnel ne peuvent pas être comparées à un prix ou à de l'argent. En effet, les informations personnelles se rapportent à un droit fondamental et elles ne peuvent pas être considérées comme une marchandise. Partant de cette hypothèse, le CEPD présente dans les sections suivantes les raisons pour lesquelles il recommande d'éviter l'utilisation, dans la proposition, de la notion des «données comme contrepartie», et propose d'autres formules qui pourraient être utilisées à la place de cette notion.

2.1 Les données à caractère personnel comme contrepartie et le droit fondamental à la protection des données

15. Les modèles commerciaux des «services gratuits» ont déjà été examinés par le CEPD dans des avis antérieurs²⁵. Dans de nombreux cas, les entreprises qui fournissent des services numériques favorisent la perception selon laquelle ces services sont fournis gratuitement, alors qu'en réalité, les personnes concernées sont obligées de céder des informations précieuses. En effet, les fournisseurs exigent la communication d'informations personnelles, souvent à l'insu de la personne concernée, comme condition préalable à la fourniture du service. La question de la mesure dans laquelle les entreprises devraient être autorisées à exploiter et à monétiser les données à caractère personnel qu'elles collectent fait l'objet de débats.

16. Comme il l'a déjà affirmé dans son avis 08/2016, «dans l'Union européenne, les informations personnelles ne peuvent pas être considérées comme un simple bien économique; selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, le traitement de données à caractère personnel requiert une protection afin de garantir l'exercice par une personne du droit au respect de la vie privée, de la liberté d'expression et de la liberté d'association. Par ailleurs, l'article 8 de la Charte de l'UE et l'article 16 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) consacrent spécifiquement le droit à la protection des données à caractère personnel. Il s'ensuit que le règlement général de 2016 sur la protection des données contient des mesures de protection spécifiques qui pourraient contribuer à remédier aux déséquilibres du marché dans le secteur numérique»²⁶.

17. Il est fort possible qu'il existe un marché des données à caractère personnel, tout comme il existe, malheureusement, un marché des organes, mais cela ne signifie pas que nous puissions ou devons conférer à ce marché l'onction de la loi. On ne peut monétiser et soumettre un droit fondamental à une simple transaction commerciale, même si c'est la personne concernée par les données qui intervient dans la transaction²⁷.

18. En cherchant à améliorer la protection du consommateur de biens vendus en ligne, **la proposition soulève un certain nombre de questions en raison des droits fondamentaux attachés à ces données et de la protection spécifique accordée à celles-ci par le cadre juridique de l'UE en matière de protection des données (voir section 3 ci-dessous).**

2.2 Article 8 de la Charte des droits fondamentaux et article 16 du TFUE

19. Comme mentionné ci-dessus, le droit à la protection des données à caractère personnel est consacré à l'article 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (la «Charte») et à l'article 16 du TFUE. Conformément à l'article 8, paragraphe 2, de la Charte, les données doivent être «traitées loyalement, à des fins déterminées et sur la base du consentement de la personne concernée ou en vertu d'un autre fondement légitime prévu par la loi. Toute personne a le droit d'accéder aux données collectées la concernant et d'en obtenir la rectification».

20. Les principes de l'**article 8 de la Charte** sont précisés dans une législation européenne secondaire, à savoir la directive 95/46, qui sera remplacée par le RGPD, et la directive «vie privée et communications électroniques» (qui sera remplacée par le règlement «vie privée et communications électroniques»). Ces textes énoncent les conditions à respecter pour que le consentement soit valable, posent les principes essentiels, comme le «principe de limitation de la finalité»²⁸, et établissent les droits des personnes concernées, comme le droit d'accès par exemple. En instaurant la possibilité explicite d'utiliser les données à caractère personnel comme une contrepartie, et en créant un régime ad hoc pour l'accès des consommateurs aux données à caractère personnel les concernant, la proposition **porte atteinte à l'article 8, paragraphe 2, de la Charte et aux principes de protection des données tels que prévus par la directive 95/46, le RGPD et la directive «vie privée et communications électroniques»**²⁹.

21. Or, la proposition n'est pas le bon instrument pour réguler l'utilisation des données à caractère personnel. Le RGPD a déjà été adopté à cette fin; il visait à définir les nouvelles règles relatives à l'utilisation des données à caractère personnel, sur le fondement de l'article 16 du TFUE, qui porte spécifiquement sur la protection des données. Par conséquent, **la**

proposition, fondée sur l'article 114 du TFUE, devrait éviter d'inclure des dispositions qui pourraient avoir un impact sur le cadre régissant la protection des données.

22. Dans ce contexte, le CEPD tient à souligner que si la directive 95/46 a déjà été adoptée sur le fondement de l'article 114 du TFUE (anciennement 95 TCE), le RGPD fait également référence au marché intérieur et a pour but de lever les obstacles à la libre circulation des données au sein de l'Union³⁰. Dès lors, les considérations relatives au marché intérieur, y compris l'environnement numérique, ont déjà été prises en compte lors de l'examen du RGPD³¹.

23. L'un des buts du RGPD était d'instaurer la confiance qui permettra à l'économie numérique de croître au sein du marché intérieur³². Le RGPD avait déjà pris en compte les différents modèles commerciaux qui font appel aux données à caractère personnel, comme les services «gratuits» qui font l'objet de la proposition. Le RGPD vise également à améliorer la sécurité juridique pour les opérateurs et les personnes physiques³³. C'est pourquoi, il convient d'éviter de modifier les résultats obtenus par le RGPD, afin de préserver les choix politiques liés à l'utilisation des données à caractère personnel sur le marché numérique. Le RGPD ne sera appliqué qu'à compter du 25 mai 2018. En attendant, toute disposition qui pourrait avoir un impact direct ou indirect sur l'utilisation des données à caractère personnel devrait être évitée. En outre, de telles initiatives pourraient générer une certaine insécurité juridique et miner la cohérence du cadre juridique applicable à l'économie numérique, avec pour conséquence possible une fragmentation réglementaire du marché unique numérique. Ainsi, si le CEPD relève que le législateur de l'UE n'a pas l'intention de limiter ou de déroger aux principes relatifs à la protection des données³⁴, **la proposition ne devrait en aucun cas modifier l'équilibre trouvé par le RGPD en ce qui concerne les circonstances dans lesquelles les traitements de données à caractère personnel peuvent avoir lieu sur le marché numérique.**

2.3 La notion des données comme «contrepartie»

24. Le CEPD a de sérieux doutes quant à l'utilisation, par la proposition, de la notion de contrepartie dans le cadre des relations entre consommateurs et fournisseurs. Cette section énumère plusieurs raisons pour lesquelles le CEPD appelle à faire preuve de prudence à l'égard de la possibilité d'utiliser les données en tant que contrepartie.

25. **Premièrement**, la proposition ne définit pas ce qu'elle entend par «contrepartie». Il semblerait qu'elle établisse un lien avec la valeur des informations personnelles, laquelle serait comparable à l'argent. On constate cependant qu'il existe plusieurs utilisations des données personnelles à des fins autres que la stricte exécution du contrat. En effet, les données peuvent être utilisées pour améliorer la qualité du service, fournir des services personnalisés aux consommateurs, améliorer la sécurité, ou encore pour vendre ou concéder en licence les données des consommateurs. Cette confusion est accentuée par le fait que la proposition exclut certaines catégories de données de son champ d'application, comme les situations dans lesquelles «le fournisseur n'utilise pas ces données à des fins commerciales»³⁵. Or, dès lors que la proposition s'appliquera dans le cadre d'une transaction commerciale, on peut présumer que

les fournisseurs utiliseront toujours les données à des fins commerciales. Compte tenu des divers modèles commerciaux et des différents usages qui sont faits des données personnelles dans le cadre d'une transaction commerciale, l'utilisation du terme «contrepartie» n'est pas appropriée pour traiter les modèles commerciaux en cause et pourrait sembler simplifier à l'extrême, en un seul terme, des modèles commerciaux et des usages très variés.

26. **Deuxièmement**, le lien établi par la proposition entre le paiement d'un prix avec de l'argent et la fourniture active de données en contrepartie d'un contenu numérique est trompeur. En effet, si le consommateur est conscient de ce qu'il donne lorsqu'il effectue un paiement, il n'en va pas de même en ce qui concerne les données. Les conditions contractuelles et les politiques de confidentialité types ne permettent pas au consommateur de connaître avec précision l'usage qui est fait des données collectées à son sujet. Dans ce contexte, la question de savoir si les organisations pourraient être obligées, dans le cadre des opérations de traitement de données³⁶, de divulguer davantage d'informations sur leur processus décisionnel (par exemple en ce qui concerne leur intention de créer de la valeur avec les données) a déjà été débattue. On peut observer que les politiques de confidentialité comportent typiquement des termes vagues et élastiques pour décrire l'utilisation des données collectées, comme par exemple «améliorer l'expérience des consommateurs»³⁷. Un certain nombre d'enquêtes nationales portant sur les réseaux sociaux et d'autres services en ligne ont mis en lumière des problèmes de transparence et d'équité dans les termes et conditions de plusieurs services en ligne³⁸.

27. **Troisièmement**, il convient de rappeler que si les données à caractère personnel peuvent, dans une certaine mesure, être comparées à de l'argent, il s'agit à l'évidence de deux notions différentes. Céder ses données à un fournisseur ne prive pas la personne concernée de la possibilité de communiquer ces mêmes données à un autre fournisseur. En outre, comme mentionné ci-dessus, les personnes physiques ne peuvent pas estimer la valeur qui sera créée avec leurs données. La conséquence pour les fournisseurs est d'un autre ordre: lorsqu'il existe une obligation de restitution³⁹, celle-ci ne pose pas de problème dès lors qu'un paiement est effectué, mais elle est plus problématique lorsque des données sont échangées. En effet, il est extrêmement difficile d'estimer la valeur des données à caractère personnel, et donc de «rembourser» la personne sur la base de la valeur de ces données, ou de lui verser une contrepartie en échange de la valeur obtenue par le fournisseur dans le cadre de la transaction.

28. Ce qui précède démontre qu'il sera difficile, voire impossible, d'identifier facilement les cas dans lesquels des données à caractère personnel sont fournies activement en contrepartie de la fourniture d'un service ou d'un contenu numérique «gratuit», élément qui déclenche l'application de la directive pour les services «gratuits». De même, les consommateurs, les régulateurs, les juges et même les fournisseurs, auront des difficultés à savoir quand cette directive sera applicable, d'où une certaine insécurité juridique. Bien que la proposition vise à protéger les consommateurs, elle tend à légitimer une pratique sans tenir compte de la nature spécifique des données à caractère personnel. Ce faisant, elle risque de modifier l'équilibre assuré par le RGPD (voir section 2.1 ci-dessus). Pour ces raisons, **le CEPD considère que le terme «les données comme contrepartie» devrait être évité.**

2.4 Alternatives possibles

29. Le CEPD réaffirme qu'il se réjouit de l'intention de la Commission de protéger les consommateurs, même lorsque ceux-ci n'ont pas payé de prix pour le contenu numérique reçu. Toutefois, comme expliqué ci-dessus, **il y a lieu d'éviter de traiter les données à caractère personnel comme n'importe quelle autre marchandise, et ce pour les raisons mentionnées précédemment.** Si l'intention du législateur est de s'assurer que ceux qui proposent des biens numériques «gratuits» en échange de données à caractère personnel relèvent du champ d'application du projet de proposition, d'autres approches pourraient être explorées afin d'éviter les implications liées à l'utilisation des données comme contrepartie. En formulant ces suggestions, le CEPD ne questionne nullement l'approche adoptée par l'UE en matière de droit des contrats, pas plus qu'il ne tire de conclusions concernant sa compatibilité avec la législation relative à la protection des consommateurs.

30. Premièrement, le droit de l'UE définit les «services» de façon très large. En effet, selon l'article 57 du TFUE, «au sens des traités, sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération»⁴⁰. La CJUE a également reconnu que la rémunération ne doit pas toujours être payée par le consommateur⁴¹. Cette approche a été retenue dans la directive sur le commerce électronique⁴² (que la proposition vise explicitement à compléter⁴³), mais aussi dans la récente refonte de la proposition de code des communications électroniques européen («CCEE»)⁴⁴. **L'utilisation de cette notion de «service» pourrait donc être suggérée comme alternative afin d'englober les services pour lesquels aucun prix n'est payé,** ce qui permettrait de maintenir la protection étendue que la Commission souhaite garantir aux consommateurs.

31. La proposition vise à exclure certaines situations de son champ d'application, par exemple lorsque le consommateur est exposé à des annonces publicitaires uniquement afin d'accéder à du contenu numérique⁴⁵. Si le législateur souhaite malgré tout exclure certains modèles commerciaux du régime prévu par la proposition (bien qu'il semble avoir l'intention d'assurer une protection étendue aux consommateurs), il devrait être possible de mentionner dans la proposition la liste des services qui seraient exclus du champ d'application de la proposition.

32. **Une deuxième option concerne** la disposition définissant le champ d'application territorial du RGPD. L'article 3, paragraphe 2, point a), du RGPD dispose en effet que le RGPD s'appliquera au traitement des données personnelles de personnes concernées dans l'Union effectué par un responsable du traitement ou par un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union, lorsque les activités de traitement se rapportent à *«l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes»*. Par conséquent, le champ d'application du RGPD n'est pas subordonné à l'existence du paiement d'une contrepartie quelconque, étant donné que le simple fait d'offrir des biens ou des services est l'élément qui déclenche l'applicabilité du RGPD.

33. **L'utilisation de la définition des services - comme cela a été fait, par exemple, dans la directive relative au commerce électronique - pourrait donc constituer une alternative pour délimiter le champ d'application de la proposition et englober les services pour lesquels aucun prix n'est payé, mais qui sont normalement fournis contre rémunération. Cette solution laisse la possibilité au législateur d'exclure certaines catégories de services de contenu numérique de son champ d'application.**

34. Une autre possibilité serait que la proposition puisse également recourir à des termes similaires au RGPD (en faisant référence à l'offre de biens et de services, qu'un paiement soit exigé ou non) afin de définir le champ d'application de la proposition, sans faire référence à l'utilisation des données comme contrepartie.

3. ANALYSE SUPPLÉMENTAIRE DE LA PROPOSITION

35. La présente section poursuit l'analyse de la proposition sur le plan de la protection des données, afin d'expliquer l'interaction entre la proposition et le régime de protection des données. Elle portera principalement sur le RGPD, qui sera applicable à compter du 25 mai 2018, afin de s'assurer de la validité future de l'analyse.

3.1 Le champ d'application de la proposition

a) La notion de données à caractère personnel

36. Conformément à l'article 4, paragraphe 1, du RGPD, les «données à caractère personnel» [désignent] 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.

37. Cette définition est très similaire à celle de la directive 95/46 et a fait l'objet de nombreux commentaires dans l'avis du Groupe de travail «Article 29»⁴⁶. La notion de données à caractère personnel est très large et recouvre toute information susceptible d'être rattachée à une personne physique. L'article 3, paragraphe 1, de la proposition de directive s'applique à tout contrat pour lequel un prix est payé ou dans le cadre duquel le «consommateur fournit activement une contrepartie non pécuniaire, sous la forme de données personnelles ou de toutes autres données». **À la lumière de la définition large des données à caractère personnel, il est probable que la quasi-totalité des données fournies par le consommateur au fournisseur du contenu numérique soient considérées comme des données à caractère personnel**⁴⁷. Cette même conclusion vaut également pour l'application de l'article 13 de la proposition concernant la fin du traitement des données et l'obligation de restitution des données⁴⁸. Cette question est traitée plus bas dans la section 3.4.

b) Les données à caractère personnel qui déclenchent l'application de la directive

38. La proposition fait référence au besoin d'éviter toute discrimination entre les modèles commerciaux où le consommateur effectue un paiement et les modèles commerciaux où une contrepartie est fournie sous une autre forme, par exemple sous la forme de données à caractère personnel⁴⁹. **Cependant, le CEPD observe que la proposition ne s'appliquera pas à certaines situations, y compris lorsque des données à caractère personnel sont utilisées en tant que contrepartie.** En effet, pour que la proposition de directive soit applicable, les données à caractère personnel doivent avoir été fournies *activement* au fournisseur⁵⁰. Le CEPD est d'avis que cette notion est contraire à la législation en matière de protection des données.

39. **Premièrement, par ces dispositions, la directive établit une distinction entre les données à caractère personnel fournies de façon active et celles fournies de façon non active. Or, cette distinction n'existe pas dans la législation relative à la protection des données.** Cette même protection s'applique aux données recueillies volontairement par l'organisation effectuant le traitement des données, ainsi qu'aux données fournies activement

par la personne concernée. Les personnes physiques, en particulier, devraient être mieux protégées contre tout traitement invisible de données, notamment dans l'environnement numérique où les consommateurs ne sont pas toujours conscients du traitement de leurs données⁵¹. Toutefois, ces données seront dans tous les cas considérées comme des données à caractère personnel et, par conséquent, elles ne sont pas exclues de la protection des données prévue par la législation de l'UE.

40. On peut trouver une référence au terme «données fournies» à l'article 20, paragraphe 1, du RGPD, qui se rapporte au droit à la portabilité des données. À cet égard, le Groupe de travail «Article 29» a élaboré un document pour consultation⁵². On s'aperçoit que le terme «fourni» est interprété de manière large par le Groupe de travail, qui le définit comme suit:

- *Les données fournies activement et délibérément par la personne concernée relèvent du champ d'application du droit à la portabilité des données (par exemple, l'adresse e-mail, le nom de l'utilisateur, l'âge, etc.);*
- *Les données observées sont «fournies» par la personne concernée par suite de l'utilisation du service ou du dispositif. Elles peuvent notamment comprendre l'historique de recherche, les données de trafic ou de localisation d'une personne. Elles peuvent également inclure d'autres données brutes comme les pulsations cardiaques mesurées par les moniteurs d'activité physique.*

41. **Deuxièmement, même si les données à caractère personnel ne sont pas fournies activement par le consommateur, le fournisseur pourrait utiliser ces données aux mêmes fins que les données fournies activement par le consommateur.** Ainsi, étant donné que l'application de la proposition n'est déclenchée que si les données sont fournies activement, la directive ne sera pas applicable aux autres fournisseurs qui collectent les données directement auprès des consommateurs, sans acte positif clair de la part de ces derniers. Autre effet indésirable possible: au lieu de demander aux consommateurs de leur communiquer les données directement, certains fournisseurs recueilleront et traiteront les mêmes données, fournies passivement par les consommateurs, pour éviter d'être soumis à la directive.

42. **Troisièmement**, en excluant certaines catégories de données autres que celles fournies (activement), la proposition enfreint également les règles existantes prévues dans la directive «vie privée et communications électroniques»⁵³ et dans la proposition de règlement «vie privée et communications électroniques»⁵⁴, selon lesquelles ces données devraient être obtenues avec le consentement de l'utilisateur, c'est-à-dire activement, dans certains cas seulement.

43. **Pour ces raisons, le CEPD recommande d'éviter de faire référence aux données fournies (activement) par le consommateur, dans la mesure où cela est contraire aux règles (existantes et futures) relatives à la protection des données.**

c) Les données exclues du champ d'application de la directive

44. Afin de s'assurer qu'elles ne soient pas considérées comme des données fournies en tant que contrepartie, l'article 3, paragraphe 4, de la proposition exclut les données qui sont «strictement nécessaires à l'exécution du contrat» ou au respect d'obligations légales, à moins qu'elles ne soient traitées de façon «incompatible avec cette finalité» ou à «des fins commerciales». Ce paragraphe semble paraphraser la définition des «données fournies comme contrepartie», en créant une présomption selon laquelle les données utilisées à des fins autres que l'exécution du contrat, afin de s'assurer que le contenu numérique soit conforme au contrat

ou afin de respecter des obligations légales, sont des données utilisées comme contrepartie. Cet article 3, paragraphe 4, appelle quelques remarques.

45. **Premièrement**, conformément à l'article 8 de la Charte et à l'article 5 du RGPD⁵⁵, les données doivent être «*collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement d'une manière incompatible avec ces finalités*». Il s'agit du principe dit de «**limitation des finalités**» (voir section 3.2.a ci-dessous). Les conditions requises pour qu'une utilisation ultérieure soit considérée comme compatible ont été analysées par le Groupe de travail «Article 29»⁵⁶ et sont précisées dans le RGPD⁵⁷. Toute utilisation incompatible des données est donc interdite, sauf lorsque «*la personne concernée a donné son consentement ou que le traitement est fondé sur le droit de l'Union ou le droit d'un État membre qui constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir les objectifs prévus à l'article 23, paragraphe 1*» du RGPD. L'article 3, paragraphe 4, de la proposition fait référence à une utilisation des données qui n'est, en principe, pas autorisée en vertu des principes de protection des données, à moins que les conditions mentionnées ci-dessus soient respectées. **La proposition devrait donc préciser qu'elle ne concerne ni les règles relatives au traitement ultérieur, ni les conditions dans lesquelles une utilisation ultérieure est considérée comme compatible au titre du RGPD.**

46. **Deuxièmement**, comme cela a déjà été évoqué précédemment, l'utilisation des données «à des fins commerciales», telle que prévue dans la proposition, recouvre des usages très variés dans le cadre d'un contrat conclu entre un fournisseur et un consommateur. En effet, le traitement de données risque d'être toujours considéré comme une utilisation commerciale. Dès lors, la définition de «fins commerciales» est trop vague et devrait être précisée dans la proposition.

47. **Troisièmement**, le CEPD rappelle que les fondements juridiques autorisant le traitement de données sont énumérés de manière exhaustive dans la directive 95/46 et dans le RGPD. Toutefois, en procédant à une lecture *a contrario* de l'article 3, paragraphe 4, on pourrait soutenir que les données utilisées par le fournisseur pour d'autres finalités que celles énoncées dans cette disposition seraient automatiquement considérées comme légitimes. Par conséquent, **la proposition devrait confirmer que la mesure dans laquelle les données à caractère personnel peuvent être utilisées sera exclusivement déterminée par les dispositions pertinentes du RGPD.** La section suivante présente brièvement les fondements juridiques du traitement de données.

3.2 La base juridique possible du traitement

48. Cette section expose brièvement les différents fondements juridiques sur la base desquels un traitement peut être effectué dans le cadre de protection des données, avant d'expliquer comment ces différents fondements peuvent jouer un rôle par rapport au traitement de données à caractère personnel dans le contexte d'un contrat, et plus particulièrement lors de la fourniture de contenus numériques.

a) Considérations relatives aux fondements du traitement

49. Tout comme la directive 95/46, l'article 6 du RGPD prévoit une **liste exhaustive de six fondements juridiques pour le traitement de données à caractère personnel** (voir section

3.2.b ci-dessous)⁵⁸. Dès lors, pour être autorisé, le traitement de données à caractère personnel doit toujours reposer sur l'un de ces fondements juridiques⁵⁹. Eu égard au principe de limitation des finalités susmentionné⁶⁰, si le traitement poursuit plusieurs finalités, chacune d'entre elles doit reposer sur le fondement juridique approprié.

50. Conformément à l'article 13, paragraphe 1, point c), du RGPD, **les finalités du traitement auquel sont destinées les données doivent être communiquées aux personnes concernées**. Cette obligation s'applique lorsque les données sont collectées directement auprès de la personne concernée, qu'elles aient été fournies ou non (activement ou passivement). Il est donc obligatoire, en application de la législation relative à la protection des données, d'identifier clairement les raisons pour lesquelles les données sont collectées et traitées par le responsable du traitement. Plus particulièrement, le RGPD prévoit des obligations d'information supplémentaires dans les cas suivants:

- Conformément à l'article 7, paragraphe 2, du RGPD, lorsque le fondement juridique du traitement est le consentement et que celui-ci est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, **la demande de consentement doit être présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions**.
- En outre, lorsque le traitement est **fondé sur le consentement**, le responsable du traitement doit également informer les personnes concernées de leur droit de retirer leur consentement à tout moment⁶¹.
- Lorsque le traitement est **fondé sur les intérêts légitimes**, le responsable du traitement doit informer les personnes concernées des intérêts poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers⁶².
- Le responsable du traitement doit également préciser **si l'exigence de fourniture de données a un caractère réglementaire ou contractuel ou si elle conditionne la conclusion d'un contrat**, et il doit aussi indiquer **si la personne concernée est tenue de fournir les données à caractère personnel, et lui fournir des informations sur les conséquences éventuelles de la non-fourniture de ces données**⁶³. Toutefois, cela ne signifie pas que le fournisseur puisse déterminer unilatéralement quelles données sont nécessaires à la fourniture du service/l'exécution du contrat (voir section 3.2.b ci-dessous).

51. Compte tenu de ce qui précède, une simple déclaration du fournisseur selon laquelle les données à caractère personnel sont «utilisées en tant que contrepartie» ne satisferait pas aux exigences de fourniture d'une information spécifique, claire et précise aux personnes concernées, afin de leur permettre de comprendre les différentes utilisations de leurs données (par exemple, prospection, profilage, vente de profils de clients, etc.).

b) Les différents fondements du traitement de données dans le cadre de la proposition

52. Conformément à l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD, les données peuvent être traitées si 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»**. Cela pourrait comprendre, par exemple, l'adresse communiquée par l'utilisateur au fournisseur en vue de la livraison du bien, ou les coordonnées de la carte de crédit utilisée pour

effectuer le paiement. Comme l'a rappelé le Groupe de travail «Article 29», *«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, mais plutôt imposé unilatéralement à la personne concernée par le responsable du traitement»*⁶⁴. En d'autres termes, si le contrat peut être exécuté sans la collecte et le traitement des données, celles-ci ne devraient pas être considérées comme *«nécessaires à l'exécution du contrat»*. Le fait que les finalités du traitement soient couvertes par des clauses contractuelles rédigées par le fournisseur ne signifie pas automatiquement que le traitement soit nécessaire à l'exécution du contrat. Dans le cas où la finalité du traitement ne serait pas compatible avec la finalité d'origine — le traitement en vue de l'exécution du contrat, un autre fondement juridique sera nécessaire⁶⁵.

53. L'article 3, paragraphe 4, de la proposition exclut uniquement de son champ d'application le traitement qui est *«strictement nécessaire à l'exécution du contrat (...) dans la mesure où le fournisseur ne procède à aucun autre traitement de ces données qui soit incompatible avec cette finalité»*. Cette différence de termes entre les deux textes pourrait prêter à confusion. En effet, on pourrait penser que les «données comme contrepartie» peuvent être utilisées en vertu de l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD, alors que ces données ne sont pas considérées comme nécessaires à la conclusion du contrat en application de la législation en matière de protection des données.

54. Un traitement peut également avoir lieu s'il est **fondé sur le consentement** de la personne concernée⁶⁶. Les différentes conditions à respecter pour qu'un consentement soit valable ont été amplement analysées par le Groupe de travail «Article 29» dans un avis portant sur la définition du consentement⁶⁷. Aux termes de l'article 4, paragraphe 11, du RGPD, le «consentement» de la personne concernée désigne *«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 RGPD a limité les conditions relatives au consentement. L'article 7 prévoit des exigences supplémentaires pour que le consentement soit valable. Entre autres, l'article 7, paragraphe 2, dispose que *«si le consentement de la personne concernée est donné dans le cadre d'une déclaration écrite qui concerne également d'autres questions»*, par exemple un contrat, le consentement doit être distinct du consentement nécessaire à la conclusion du contrat. Cela suppose que le traitement des données à caractère personnel fournies par le consommateur au fournisseur et qui ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat, ou à une finalité autre que la stricte exécution du contrat, devra reposer sur un autre fondement, comme le consentement librement donné. Dans ce cas, ce consentement doit être distinct du consentement donné au contrat (ou aux conditions du contrat) et nécessaire à la conclusion du contrat.

55. Autre condition pour que le consentement soit considéré comme valable: il doit être **donné librement**. La question du libre consentement est traitée à l'article 4, paragraphe 11, à l'article 7 ainsi qu'aux considérants 32, 42 et 43 du RGPD. Conformément à l'article 7, paragraphe 1, il incombe au responsable du traitement de démontrer que le consentement est donné (librement). À cet égard, l'article 7, paragraphe 4, dispose qu'*«[a]u 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». Le considérant 43 précise encore cette idée et dispose que *«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 bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce, ou si l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution»*. Le RGPD instaure donc une présomption selon laquelle le consentement n'est pas donné librement dès lors qu'il constitue une condition préalable à la réception d'une prestation de service *«malgré qu'[il] ne soit pas nécessaire à une telle exécution»*⁶⁸. De surcroît, l'article 8 du RGPD introduit des règles spécifiques concernant la validité du consentement donné par des mineurs à l'égard des services de la société de l'information, qui exigent que le consentement soit donné ou autorisé par le titulaire de la responsabilité parentale à l'égard de l'enfant.

56. Dans un environnement numérique, conformément à l'article 5, paragraphe 3, et à l'article 9 de la directive «vie privée et communications électroniques»⁶⁹, et compte tenu des modèles commerciaux dominants et de l'augmentation de la valeur des données à caractère personnel en tant qu'actif, la base juridique du traitement de données dans l'économie basée sur les données est, dans la plupart des cas, le libre consentement des personnes concernées. Dans ce contexte, la consultation publique sur la directive «vie privée et communications électroniques» a révélé que *«près des deux tiers des répondants (64%) jugent inacceptable que leurs activités en ligne soient surveillées en échange d'un accès illimité à un site Internet, tandis que quatre répondants sur dix (40%) affirment éviter certains sites par crainte que leurs activités en ligne ne soient surveillées»*⁷⁰. La proposition de règlement «vie privée et communications électroniques» dispose que les conditions du RGPD s'appliquent en ce qui concerne la validité du consentement en vertu des règles sur la vie privée et les communications électroniques⁷¹. Par conséquent, **toutes les conditions relatives au consentement introduites par le RGPD s'appliquent au traitement de données dans le cadre de la fourniture de contenu numérique au titre de la proposition.**

57. Il résulte de la lecture combinée de l'article 7 et des considérants 32, 42 et 43 du RGPD qu'il appartient au responsable du traitement de démontrer que le consentement a été donné librement. Lorsque le traitement est fondé sur le consentement de la personne concernée, le fournisseur devra donc être en mesure de prouver que les conditions relatives à la validité du consentement sont respectées. Plusieurs éléments peuvent être pris en compte pour apprécier le caractère libre du consentement donné par le consommateur.

58. L'un de ces éléments est la **transparence** du traitement, qui dépend essentiellement de l'information fournie au consommateur au sujet du traitement. Conformément au RGPD, *«Pour que le consentement soit éclairé, la personne concernée devrait connaître au moins l'identité du responsable du traitement et les finalités du traitement auquel sont destinées les données à caractère personnel»*⁷². Le Groupe de travail «Article 29» a déjà souligné la nécessité d'une grande précision dans le cadre de la collecte du consentement de l'utilisateur, *«c'est-à-dire [en lui demandant] un consentement distinct pour la transmission de ses données au développeur à ces différentes fins»*⁷³. Toutefois, il est très rare que le fournisseur affirme explicitement que les données seront utilisées comme contrepartie, ou même qu'il révèle les finalités spécifiques pour lesquelles elles seront traitées⁷⁴. Au lieu de cela, comme mentionné

précédemment⁷⁵, les responsables du traitement doivent identifier chaque utilisation spécifique des données (comme, par exemple, marketing, profilage, cession à des tiers, prestation d'un service à valeur ajoutée, etc.).

59. Le **déséquilibre** entre le responsable du traitement et les personnes concernées pourrait également être pris en compte⁷⁶. En fonction des positions des parties, de l'asymétrie d'information ou de la possibilité de choisir un autre service, la personne concernée pourrait se trouver dans une situation où elle n'a pas d'autre choix que de consentir au traitement pour accéder à un service, un produit ou un contenu numérique.

60. L'existence d'un libre choix pour les personnes concernées pourrait également être appréciée en fonction de l'existence d'**alternatives**. Dans le cadre des «services gratuits», le Groupe de travail a déjà reconnu que *«tant que ces autres services ne sont pas disponibles, il est plus difficile de prétendre qu'un consentement valide (donné librement) a été obtenu»*⁷⁷. Ce qui est considéré comme une alternative dans ce contexte pourrait dépendre, entre autres, de la position du fournisseur sur le marché ou de l'existence véritable de choix équivalents pour la personne concernée⁷⁸.

61. Dans son avis préliminaire sur le réexamen de la directive «vie privée et communications électroniques», le CEPD a déjà recommandé que *«les nouvelles dispositions en matière de vie privée et de communications électroniques devraient prévoir que nul ne peut se voir refuser l'accès à des services de la société de l'information (que ces services soient payants ou non) au motif qu'il ou elle n'a pas donné le consentement visé à l'article 5, paragraphe 3»*, et a suggéré plusieurs situations dans lesquelles le consentement ne devrait pas être considéré comme gratuit⁷⁹.

62. Pour ces raisons, les cas acceptables dans lesquels le consentement devrait être considéré comme valide aux termes du RGPD et de la directive/du règlement «vie privée et communications électroniques» doivent être appréciés au cas par cas⁸⁰, en tenant compte de la présomption réfutable instaurée par le RGPD⁸¹ et des conditions strictes requises pour que le consentement soit valable. Une lecture combinée de la proposition et du RGPD pourrait laisser penser que cette présomption a été renversée par la proposition, ce qui légitimerait le traitement de données sur la base du consentement dans le cadre d'un contrat, même lorsque les données ne sont pas nécessaires à l'exécution du contrat.

63. Le RGPD est censé faire l'objet d'une application horizontale. Les effets des règles relatives au traitement de données peuvent avoir un impact sur plusieurs domaines du droit, tels que le droit public, le droit commercial, le droit du travail, mais aussi le droit des contrats⁸². Par conséquent, le caractère libre du consentement des personnes qui font l'achat d'un contenu numérique doit être apprécié sur la base de la législation relative à la protection des données, comme prévu dans le RGPD, qui sera applicable à compter du 25 mai 2018, ou dans la directive 95/46 et la directive «vie privée et communications électroniques», ou encore dans le futur règlement «vie privée et communications électroniques», une fois adopté.

64. Un traitement peut également avoir lieu lorsqu'il est nécessaire aux fins **des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers**⁸³. Dans ce cas, il convient de procéder à une mise en balance de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement et des libertés et droits fondamentaux de la personne concernée. Les modalités de cette appréciation sont décrites au considérant 47, qui suggère une interprétation stricte. Le Groupe de travail «Article 29» a rendu un avis à cet égard et a déjà considéré que le traitement de données à des fins d'activités de marketing peut constituer un intérêt légitime⁸⁴. Le considérant 47 mentionne explicitement la prospection comme un intérêt légitime potentiel. Toutefois, s'agissant de l'appréciation de la validité du consentement, la mise en balance relative à l'intérêt légitime du responsable du traitement ou de tiers passe par une analyse au cas par cas. En outre, la Cour de justice a déjà déclaré que les droits fondamentaux de la personne concernée l'emportent généralement sur les intérêts économiques d'un opérateur⁸⁵. Par ailleurs, la base juridique du consentement protège mieux le consommateur que le recours à l'intérêt légitime⁸⁶. Il convient de relever que les caractéristiques des utilisations des données dans l'environnement numérique devraient, en règle générale, exiger un consentement «positif» libre, spécifique, éclairé et univoque⁸⁷ (et non un autre fondement juridique, comme les intérêts légitimes du responsable du traitement).

65. Un traitement peut également être effectué sur la base de l'article 6, paragraphe 1, point c), du RGPD, lorsqu'il est nécessaire **au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis**. Afin d'établir un lien entre l'article 3, paragraphe 4, et les fondements juridiques du traitement de données, la finalité visant à s'assurer que le contenu numérique est conforme au contrat ou celle visant à respecter des obligations légales (comme l'obligation d'enregistrer les utilisateurs) pourrait donc être considérée comme un traitement effectué sur ce fondement juridique.

66. Pour toutes ces raisons, la proposition devrait explicitement prévoir que les données traitées par les fournisseurs ne soient utilisées que dans la mesure où un tel traitement est conforme au cadre de l'UE en matière de protection des données, notamment au RGPD et à la législation relative à la vie privée et aux communications électroniques.

3.3 Le retrait du consentement

67. La question de la liberté de retirer son consentement est indissociable de la question du libre consentement. En effet, si un consentement est considéré comme libre lorsqu'il est donné comme fondement juridique du traitement de données, il devrait également pouvoir être retiré facilement et sans contrainte. Ce principe est affirmé également dans la directive «vie privée et communications électroniques», aux articles 6, paragraphe 3, et 9, paragraphes 3 et 4⁸⁸. Le RGPD dispose aussi clairement que *«La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment. Le retrait du consentement ne compromet pas la licéité du traitement fondé sur le consentement effectué avant ce retrait. La personne concernée en est informée avant de donner son consentement. Il est aussi simple de retirer que de donner son consentement»*⁸⁹.

68. Les conditions dans lesquelles le retrait du consentement peut intervenir devraient être identiques aux conditions dans lesquelles le consentement est considéré comme donné

librement. Le caractère libre du consentement devrait ainsi être apprécié dans le cadre de la fourniture du consentement, mais aussi au moment de son retrait, afin de préserver l'approche systémique adoptée à l'égard du consentement. Les conséquences du retrait du consentement peuvent comporter la résiliation des services, pour autant que le consentement fût déjà considéré comme libre lors de sa transmission au fournisseur.

69. En outre, la valeur générée par le fournisseur à partir des données à caractère personnel du consommateur est généralement créée avant le retrait du consentement. Le retrait ne saurait porter atteinte à la licéité d'un traitement de données effectué avant ledit retrait, conformément à l'article 7, paragraphe 3, du RGPD.

70. Le CEPD recommande donc d'éviter toute disposition supplémentaire sur les conséquences contractuelles du retrait du consentement qui pourraient être introduites par la proposition et qui limiteraient le libre choix de la personne concernée et le droit de celle-ci à retirer son consentement.

3.4 Le droit d'accès de la personne concernée et le droit à la portabilité des données

71. La présente section analyse les interactions entre le RGPD et les articles 13 et 16 de la proposition (concernant l'obligation du fournisseur de s'abstenir d'utiliser les données et le droit du consommateur à récupérer ses données).

a) Le droit d'opposition, le droit à l'effacement et le droit à la portabilité des données

72. La directive relative à la protection des données dispose que les données doivent être «conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire à la réalisation des finalités pour lesquelles elles sont collectées ou pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement» [article 6, paragraphe 1, point e)]. En outre, la directive prévoit également pour les personnes concernées un «**droit à l'effacement**» qui leur permet de demander «selon le cas, la rectification, l'effacement ou le verrouillage des données dont le traitement n'est pas conforme à la présente directive»⁹⁰. La directive prévoit également un **droit d'opposition**, aux termes de l'article 14, selon lequel la personne concernée peut «s'opposer au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement», dès lors qu'elle le fait pour des raisons prépondérantes et légitimes et que le traitement est fondé sur les intérêts légitimes du responsable du traitement ou d'un tiers⁹¹. Lorsque le traitement est effectué à des fins de marketing direct, la personne concernée n'est pas tenue de justifier de motifs contraignants⁹². On peut trouver un exemple de l'articulation de ces principes dans l'arrêt de la Cour de justice rendu dans l'affaire Google Spain⁹³.

73. Ces droits ont été renforcés dans le RGPD, notamment au regard du **droit à l'effacement**, également dénommé «**droit à l'oubli**» (article 17), en particulier lorsque «les données à caractère personnel ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées ou traitées d'une autre manière» et lorsque «la personne concernée retire le consentement sur lequel est fondé le traitement, conformément à l'article 6, paragraphe 1,

point a), ou à l'article 9, paragraphe 2, point a), et [qu']il n'existe pas d'autre fondement juridique au traitement»⁹⁴.

74. Le **droit d'accès** de la personne concernée, prévu à l'article 12⁹⁵ de la directive 95/46, a été confirmé et développé par le RGPD à l'article 15. En outre, l'article 21 du RGPD introduit le **«droit à la portabilité des données»⁹⁶**.

b) Interactions avec la proposition

75. À titre de remarque préliminaire, le CEPD rappelle que, selon toute vraisemblance, la totalité ou la quasi-totalité des données concernées par les articles 13 et 16 de la proposition doivent être considérées comme des données à caractère personnel. Il en va de même en ce qui concerne *«toutes autres données collectées [par le fournisseur] dans le cadre de la fourniture du contenu numérique»* et *«toutes autres données produites ou générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur, dans la mesure où ces données ont été conservées par le fournisseur»*, selon les termes employés dans la proposition. Par conséquent, l'obligation de mettre fin au traitement des «autres données» pourrait encore constituer une valeur ajoutée pour le consommateur, pour autant que des données non personnelles puissent être traitées par les fournisseurs concernés par la proposition.

76. La proposition prévoit des obligations très similaires s'agissant de **l'obligation de cesser le traitement de données**. Cette similitude risque de prêter à confusion, car les articles 13 et 16 de la proposition non seulement empiètent sur les articles pertinents du RGPD relatifs aux différents droits en cause, mais ont également un champ d'application plus large. Ainsi, par exemple, suivant la loi sur la protection des données, le responsable du traitement des données à caractère personnel doit cesser de traiter les données dès que celles-ci ne sont plus nécessaires à la finalité du traitement. Le libellé des articles 13 et 16 laisse entendre que le responsable du traitement doit cesser le traitement des données selon le principe du meilleur effort, alors que la directive 95/46 et le RGPD prévoient l'obligation de cesser le traitement et de supprimer toutes les données concernées. En outre, le texte de la proposition exclut les données qui n'ont pas été fournies en contrepartie, tandis que la directive 95/46 et le RGPD s'appliquent à toutes les données, quelle que soit leur utilisation. Pour ces raisons, l'obligation de mettre fin au traitement au titre de la proposition n'ajoute pas grand-chose aux principes de protection des données.

77. En ce qui concerne **le droit de récupérer les données** prévu dans la proposition, il est également très similaire au droit à la portabilité des données et au droit d'accès. L'article 15 du RGPD prévoit en effet le **droit d'accès**, qui suppose le droit d'obtenir une copie de toutes les données à caractère personnel traitées par le responsable du traitement. Cette disposition du RGPD s'applique à tout traitement, y compris lorsqu'il n'y a pas de relation contractuelle, sans prendre en considération l'utilisation des données. En outre, les informations sont fournies gratuitement⁹⁷ et *«sous une forme électronique d'usage courant»*, tandis que la proposition dispose que le consommateur récupère le contenu gratuitement et *«dans un format de données couramment utilisé»*. Par conséquent, toutes les données fournies et générées par le fournisseur et qui constituent des données à caractère personnel, sont soumises au droit d'accès prévu par le RGPD, et la proposition prévoit un droit très similaire pour le consommateur. Le **droit à la**

portabilité des données instauré par l'article 20 du RGPD va encore plus loin en accordant à la personne concernée le droit de récupérer ses données «*dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine*», mais aussi de «*transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans [...] obstacle*»⁹⁸. Toutefois, ce droit ne s'applique que si le traitement est fondé sur le consentement ou qu'il est nécessaire à l'exécution d'un contrat, et il ne s'applique qu'aux données à caractère personnel concernant la personne concernée «*[que celle-ci] a fournies à un responsable du traitement*».

78. Pour ces raisons, et afin d'éviter toute confusion, le CEPD recommande que les articles 13 et 16 de la proposition fassent référence au RGPD s'agissant du droit à l'effacement et du droit d'accès de la personne concernée, dans la mesure où le traitement concerne des données à caractère personnel. En cas de traitement de données non personnelles («autres données»), le CEPD recommande, par souci de cohérence, que les dispositions des articles 13 et 16 soient mises en conformité avec le régime prévu par le RGPD.

CONCLUSION

79. Le CEPD se félicite de l'initiative de la Commission visant à assurer une protection élargie aux consommateurs de l'UE, en étendant cette protection aux «biens numériques» et en incluant les cas où les consommateurs n'effectuent pas de paiement.

80. Le CEPD reconnaît l'importance de disposer de règles claires et actualisées qui soient à même d'accompagner et de favoriser le développement de l'économie numérique. À cet égard, le CEPD suit toujours attentivement les initiatives de la Commission concernant le marché unique numérique, dans la mesure où l'importance des données comme source de croissance et d'innovation est au cœur de ces initiatives.

81. Dans ce contexte, nous nous réjouissons de l'initiative du Conseil de consulter le CEPD. Cette consultation est l'occasion pour le CEPD d'adresser plusieurs recommandations et messages aux législateurs, dans le cadre de l'examen de la proposition soumise au CEPD.

82. S'agissant des interactions entre la proposition et la législation relative à la protection des données:

- **la proposition soulève un certain nombre de questions en raison des droits fondamentaux attachés à ces données et de la protection spécifique accordée à celles-ci par le cadre juridique de l'UE en matière de protection des données;**
- **la proposition devrait éviter d'inclure des dispositions qui pourraient avoir un impact sur le cadre régissant la protection des données, dans la mesure où elle est fondée sur l'article 114 TFUE, qui ne constitue plus la base appropriée pour réglementer le traitement des données;**
- **la proposition ne devrait en aucun cas modifier l'équilibre trouvé par le RGPD concernant les circonstances dans lesquelles le traitement de données à caractère personnel peut avoir lieu sur le marché numérique.**

83. S'agissant de l'utilisation des données en tant que contrepartie:

- **le CEPD considère que le terme «les données comme contrepartie» devrait être évité;**
- **à cet égard, le CEPD propose d'autres solutions possibles:**
 - **la notion de «services» en droit européen pourrait être utilisée pour envisager la manière dont les services pourraient être couverts lorsqu'aucun prix n'est payé;**
 - **le champ d'application du RGPD, qui recouvre l'offre de biens et de services, qu'un paiement soit exigé ou non, pourrait également constituer un élément d'appréciation utile.**

84. S'agissant des interactions entre la proposition et le RGPD:

- **compte tenu de la définition très large des données à caractère personnel, il est probable que la quasi-totalité des données fournies par le consommateur au fournisseur du contenu numérique seront considérées comme des données à caractère personnel;**
- **le CEPD recommande d'éviter de faire référence aux données fournies (activement) par le consommateur, dans la mesure où cela est contraire aux règles existantes et futures en matière de protection des données;**
- **la proposition devrait explicitement prévoir que les données traitées par les fournisseurs ne seront utilisées que dans la mesure où un tel traitement est conforme au cadre de l'UE en matière de protection des données, et notamment au RGPD et à la législation relative à la vie privée et aux communications électroniques;**
- **le CEPD recommande que les articles 13 et 16 de la proposition fassent référence au RGPD s'agissant du droit à l'effacement et du droit d'accès de la personne concernée, dans la mesure où le traitement concerne des données à caractère personnel. En cas de traitement de données non personnelles («autres données»), le CEPD recommande, par souci de cohérence, que les dispositions des articles 13 et 16 soient mises en conformité avec le régime prévu par le RGPD.**

Bruxelles, le 14 mars 2017

(signé)

Giovanni BUTTARELLI

Contrôleur européen de la protection des données

Notes

¹ JO L 281 du 23.11.1995, p. 31.

² JO L 119 du 4.5.2016, p. 1.

³ JO L 8 du 12.1.2001, p. 1.

⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique, COM/2015/0634, consultable à l'adresse suivante: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1450431933547&uri=CELEX:52015PC0634>.

⁵ Proposition de directive concernant certains aspects des contrats de ventes en ligne et de toute autre vente à distance de biens, COM/2015/0635 final.

⁶ Pour en savoir plus, voir http://ec.europa.eu/justice/contract/digital-contract-rules/index_fr.htm.

⁷ La Commission avait déjà mené une tentative dans ce domaine: voir la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil relatif à un droit commun européen de la vente, COM/2011/0635 final, proposition qui a ensuite été abandonnée par la Commission.

⁸ Consultable à l'adresse suivante: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-582.370%2b03%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fFR>.

⁹ Consultable à l'adresse suivante: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bCOMPARL%2bPE-592.444%2b01%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fFR>.

¹⁰ Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304, 2.11.2011, p. 64 à 88.

¹¹ Directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95, 21.4.1993, p. 29 à 34.

¹² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (la «directive sur le commerce électronique»), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1 à 16.

¹³ Voir l'exposé des motifs de la proposition, page 3.

¹⁴ Voir l'article 3, paragraphe 1, de la proposition.

¹⁵ Voir l'article 13, paragraphe 2, point c), de la proposition.

¹⁶ Article 13, paragraphe 2, point b), de la proposition.

¹⁷ Voir l'article 3, paragraphes 1 et 4, l'article 13, paragraphe 2, point b), l'article 15, paragraphe 2, point c), et l'article 16, paragraphe 4, point a), de la proposition.

¹⁸ Voir l'article 3, paragraphe 4, de la proposition.

¹⁹ Article 13, paragraphe 2, point b), et article 16, paragraphe 4, point b), de la proposition.

²⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 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, JO L 281 du 23.11.1995, p. 31 à 50.

²¹ Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen 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 (le règlement général sur la protection des données), JO L 119 du 4.5.2016, p. 1 à 88.

²² Article 3, paragraphe 8, de la proposition.

²³ À l'heure actuelle, dans le cadre de l'analyse de la proposition, les principaux textes applicables sont la directive 95/46/CE, qui sera abrogée et remplacée par le règlement (UE) 2016/679, et la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (la directive sur la vie privée et les communications électroniques), JO L 201 du 31.7.2002, p. 37 à 47 (également dénommée «directive "vie privée et communications électroniques"»). La directive «vie privée et communications électroniques» devrait être abrogée par la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE du 10 janvier 2002, COM (2017) 10 final (le règlement «vie privée et communications électroniques»).

²⁴ Voir la communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, «Vers une économie de la donnée prospère», COM(2014) 442 final.

²⁵ Voir par exemple l'avis préliminaire du CEPD intitulé «Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives: l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique», mars 2014, consultable à l'adresse suivante:

https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/shared/Documents/Consultation/Opinions/2014/14-03-26_competition_law_big_data_FR.pdf, et l'avis 8/2016 du CEPD sur une application cohérente des droits fondamentaux à l'ère des données massives (*Big Data*), 23 septembre 2016, consultable à l'adresse suivante: https://secure.edps.europa.eu/EDPSWEB/webdav/site/mySite/shared/Documents/EDPS/Events/16-09-23_BigData_opinion_FR.pdf.

²⁶ Avis du CEPD 08/2016 sur une application cohérente des droits fondamentaux à l'ère des données massives (*Big Data*) du 23 septembre 2016, page 6.

²⁷ Pris littéralement et érigé en principe juridique, un slogan populaire comme «devise numérique» ou «payer en données» pourrait être non seulement trompeur, mais aussi dangereux.

²⁸ Voir l'avis 03/2013 du Groupe de travail «Article 29» sur la limitation de la finalité du 2 avril 2013, p. 10 et 11.

²⁹ Voir section 3.

³⁰ Voir les considérants 2, 5, 7, 13, 21, 123 et 133.

³¹ La notion de «centre de gravité» a été développée par la Cour de justice européenne. Lorsqu'un acte peut être adopté sur plusieurs bases juridiques, il convient d'en déterminer l'objectif ou le composant principal (voir par exemple C-376/98, C-42/97, C-300/89). Selon une jurisprudence constante de la Cour, «*le choix de la base juridique d'un acte communautaire doit se fonder sur des éléments objectifs (...), parmi lesquels figurent, notamment, le but et le contenu de l'acte*». Dans le cas du RGPD, il est incontestable que ce «centre de gravité» réside dans la protection des données à caractère personnel. Il n'est toutefois pas exclu que le RGPD puisse avoir un impact sur d'autres objectifs de l'UE, comme le marché intérieur, et, partant, sur le droit des contrats.

³² Voir le considérant 7 du RGPD.

³³ Voir le considérant 7 du RGPD, *in fine*.

³⁴ Voir l'article 3, paragraphe 8, de la proposition, selon lequel la directive «*est sans préjudice de la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel*» et le considérant 22 de la proposition, qui affirme que «*La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est régie par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil et par la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil, qui sont pleinement applicables dans le cadre des contrats de fourniture de contenu numérique. Ces directives établissent d'ores et déjà un cadre juridique dans le domaine des données à caractère personnel dans l'Union. La mise en œuvre et l'application de la présente directive devraient être parfaitement conformes à ce cadre juridique*».

³⁵ Voir l'article 3, paragraphe 4, de la proposition: «*La présente directive ne s'applique pas au contenu numérique fourni en échange d'une contrepartie non pécuniaire dans la mesure où le fournisseur demande au consommateur de lui procurer des données à caractère personnel, dont le traitement est strictement nécessaire à l'exécution du contrat ou au respect d'obligations légales, et dans la mesure où le fournisseur ne procède à aucun autre traitement de ces données qui soit incompatible avec cette finalité. La présente directive ne s'applique pas non plus à toutes autres données que le fournisseur demande au consommateur de lui procurer afin de s'assurer que le contenu numérique soit conforme au contrat ou de respecter des obligations légales, dans la mesure où le fournisseur n'utilise pas ces données à des fins commerciales*».

³⁶ Avis préliminaire du CEPD intitulé «Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives: l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique», précité, n° 80.

³⁷ Voir l'avis préliminaire du CEPD intitulé «Vie privée et compétitivité à l'ère de la collecte de données massives: l'interaction entre le droit à la protection des données, le droit de la concurrence et la protection des consommateurs dans l'économie numérique», précité, n° 77.

³⁸ Voir l'enquête allemande sur le possible abus de marché de Facebook, qui aurait violé les règles de protection des données, mentionnée dans l'avis du CEPD 8/2016, page 13.

³⁹ Voir les articles 12 et 13 de la proposition.

⁴⁰ Conformément à l'article 57, les «services» comprennent notamment:

- (a) des activités de caractère industriel,
- (b) des activités de caractère commercial,
- (c) des activités artisanales,
- (d) les activités des professions libérales.»

⁴¹ Voir CJUE, C-352/85, *Bond van Adverteerders et autres/l'État des Pays-Bas*, 26 avril 1988.

⁴² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (la «directive sur le commerce électronique»), JO L 178 du 17.7.2000, p. 1 à 16. La définition du service de la société de l'information existe déjà dans la directive 98/34/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 juin 1998 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information et dans la directive 98/84/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 novembre 1998 sur la protection juridique des services à accès conditionnel; cette définition recouvre «*tout service fourni normalement contre rémunération, à distance, à l'aide d'équipements électroniques*

de traitement (y compris de compression numérique) et de stockage de données, et à la demande individuelle d'un destinataire de services».

⁴³ Voir l'exposé des motifs de la proposition, p. 3.

⁴⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil du 14 septembre 2016 établissant le code des communications électroniques européen (refonte), disponible sur <https://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/FR/1-2016-590-FR-F1-1.PDF>. La proposition de révision du CCEE dispose au considérant 16 que «*Pour relever de la définition des services de communications électroniques, un service doit normalement être fourni contre rémunération. Dans l'économie numérique, les acteurs du marché considèrent de plus en plus que les informations relatives aux utilisateurs ont une valeur monétaire. Les services de communications électroniques sont souvent fournis en échange d'une contrepartie non pécuniaire, par exemple l'octroi de l'accès aux données à caractère personnel ou à d'autres données. La notion de rémunération devrait donc englober les situations où le fournisseur d'un service demande que lui soient fournies, directement ou indirectement, des données à caractère personnel telles que le nom, l'adresse électronique ou d'autres données, et où l'utilisateur final fournit activement ces données. Elle devrait aussi comprendre les situations où le fournisseur recueille, sans que l'utilisateur final les lui fournisse activement, des informations telles que des données à caractère personnel, y compris l'adresse IP, ou d'autres informations générées automatiquement, telles que des informations recueillies et transmises par un témoin de connexion*».

⁴⁵ Voir le considérant 14 de la proposition.

⁴⁶ Avis 4/2007 du Groupe de travail «Article 29» sur le concept de données à caractère personnel, WP 136.

⁴⁷ En outre, le fait que les données soient fournies activement par le consommateur suppose qu'elles soient, en principe, liées à celui-ci.

⁴⁸ Cela est d'autant plus vrai que l'article 13, paragraphe 2, point c), s'applique non seulement aux données à caractère personnel communiquées au fournisseur, mais aussi à toutes les données générées par suite de l'utilisation du contenu numérique par le consommateur.

⁴⁹ Voir le considérant 13 de la proposition: «*Dans l'économie numérique, les acteurs du marché ont souvent et de plus en plus tendance à considérer les informations concernant les particuliers comme ayant une valeur comparable à celle de l'argent. Il est fréquent que du contenu numérique soit fourni, non pas en échange d'un paiement, mais moyennant une contrepartie non pécuniaire, c'est-à-dire en accordant l'accès à des données à caractère personnel ou autres. Ces modèles commerciaux spécifiques sont appliqués sous de multiples formes sur une grande partie du marché. Établir une distinction en fonction de la nature de la contrepartie serait discriminatoire pour certains modèles commerciaux. Cela inciterait inutilement les entreprises à s'orienter vers une offre de contenu numérique en contrepartie de données. Or il convient d'établir des conditions de concurrence équitables. En outre, il se peut que de moins bonnes caractéristiques de performance du contenu numérique fourni moyennant une contrepartie non pécuniaire aient des répercussions sur les intérêts économiques des consommateurs. Par conséquent, l'applicabilité des règles de la présente directive ne devrait pas dépendre du paiement ou non d'un prix pour le contenu numérique spécifique concerné*».

⁵⁰ Le considérant 14 de la proposition exclut plusieurs catégories de données comme l'adresse IP, les cookies, ou encore les données relatives à la localisation, qui ne sont pas fournies activement par le consommateur.

⁵¹ Voir, par exemple, la recommandation 1/99 du Groupe de travail «Article 29» sur le traitement invisible et automatique des données à caractère personnel sur l'internet effectué par des moyens logiciels et matériels, WP 17.

⁵² Lignes directrices du Groupe de travail «Article 29» relatives au droit à la portabilité des données, WP 242. Le présent avis a été soumis pour consultation et observations jusqu'au 15 février 2017.

⁵³ Voir l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques».

⁵⁴ Proposition de règlement «vie privée et communications électroniques», articles 6 et suivants.

⁵⁵ Voir également l'article 6 de la directive 95/46.

⁵⁶ Avis 03/2013 du Groupe de travail «Article 29» sur la limitation des finalités, WP 203.

⁵⁷ Voir l'article 6, paragraphe 4, du RGPD. Comme indiqué dans ces dispositions, une utilisation ultérieure des données est autorisée sur le fondement du consentement ou du droit de l'Union ou d'un État membre, «*qui constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir les objectifs prévus à l'article 32, paragraphe 1*» du RGPD.

⁵⁸ L'article 6 du RGPD dispose que:

1. Le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie:

- (a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques;
- (b) 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;
- (c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis;

-
- (d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique;
- (e) le traitement est nécessaire 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;
- (f) 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.

⁵⁹ Comme indiqué dans l'avis 15/2011 du Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, WP 187, *«Le choix du fondement juridique le plus approprié n'est pas toujours évident, en particulier, le traitement doit être nécessaire à l'exécution d'un contrat ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée, et rien de plus. Un responsable du traitement se fondant sur l'article 7, point b), dans le cadre de la conclusion d'un contrat ne peut en faire un usage extensif pour justifier le traitement de données au-delà de ce qui est nécessaire; pour ce faire, il devra justifier le traitement supplémentaire par un consentement spécifique auquel les exigences de l'article 7, point a), s'appliqueront. Cela souligne la nécessité d'une grande précision dans les termes du contrat. Dans la pratique, il peut être ainsi nécessaire d'obtenir un consentement à titre de condition supplémentaire pour une partie du traitement. Soit le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat, soit un consentement (libre) doit être obtenu. Dans certaines transactions, plusieurs fondements juridiques pourraient s'appliquer en même temps. En d'autres termes, tout traitement de données doit, à tout instant, être conforme à un ou plusieurs fondements juridiques. Cela n'exclut pas le recours simultané à plusieurs fondements, pour autant qu'ils soient utilisés à bon escient. Certaines collectes de données et certains traitements ultérieurs peuvent être nécessaires en application du contrat passé avec la personne concernée – article 7, point b); un autre traitement peut être rendu nécessaire par une obligation légale – article 7, point c); la collecte d'informations supplémentaires peut nécessiter un consentement distinct – article 7, point a); un autre traitement encore pourrait aussi être légitime en raison de l'équilibre des intérêts – article 7, point f)».*

⁶⁰ Voir point 45 ci-dessus.

⁶¹ Voir l'article 13, paragraphe 2, point c), du RGPD.

⁶² Voir l'article 13, paragraphe 2, point d), du RGPD.

⁶³ Voir l'article 13, paragraphe 2, point c), du RGPD.

⁶⁴ Avis 06/2014 du Groupe de travail «Article 29» sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE, p. 16.

⁶⁵ Comme indiqué dans l'avis 15/2011 du Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, WP 187, *«Le choix du fondement juridique le plus approprié n'est pas toujours évident, en particulier, le traitement doit être nécessaire à l'exécution d'un contrat ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée, et rien de plus. Un responsable du traitement se fondant sur l'article 7, point b), dans le cadre de la conclusion d'un contrat ne peut en faire un usage extensif pour justifier le traitement de données au-delà de ce qui est nécessaire; pour ce faire, il devra justifier le traitement supplémentaire par un consentement spécifique auquel les exigences de l'article 7, point a), s'appliqueront. Cela souligne la nécessité d'une grande précision dans les termes du contrat. Dans la pratique, il peut être ainsi nécessaire d'obtenir un consentement à titre de condition supplémentaire pour une partie du traitement. Soit le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat, soit un consentement (libre) doit être obtenu. Dans certaines transactions, plusieurs fondements juridiques pourraient s'appliquer en même temps. En d'autres termes, tout traitement de données doit, à tout instant, être conforme à un ou plusieurs fondements juridiques. Cela n'exclut pas le recours simultané à plusieurs fondements, pour autant qu'ils soient utilisés à bon escient. Certaines collectes de données et certains traitements ultérieurs peuvent être nécessaires en application du contrat passé avec la personne concernée – article 7, point b); un autre traitement peut être rendu nécessaire par une obligation légale – article 7, point c); la collecte d'informations supplémentaires peut nécessiter un consentement distinct – article 7, point a); un autre traitement encore pourrait aussi être légitime en raison de l'équilibre des intérêts – article 7, point f)».*

⁶⁶ Voir l'article 7 de la directive 95/46 et l'article 8 du RGPD.

⁶⁷ Avis 15/2011 du Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, WP 187.

⁶⁸ Conformément au CEPD, *«Tel est précisément le cas des accès subordonnés à l'acceptation de témoins de connexion, qui obligent souvent l'utilisateur à consentir à l'utilisation de témoins de connexion de traçage de tiers qui ne sont pas nécessaires à la prestation du service concerné»*: voir l'avis préliminaire 5/2016 du 22 juillet 2016 du CEPD sur le réexamen de la directive «vie privée et communications électroniques», p. 15.

⁶⁹ Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime, p. 46. Voir également l'enquête Eurobaromètre susmentionnée, qui affirme que *«près des deux tiers des répondants jugent inacceptable que leurs activités en ligne soient surveillées en échange d'un accès illimité à un site Internet (64%)»*: <http://ec.europa.eu/COMMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/76377>.

⁷⁰ Consultation sur la directive «vie privée et communications électroniques» et Eurobaromètre, disponible à l'adresse suivante:

<http://ec.europa.eu/COMFrontOffice/publicopinion/index.cfm/ResultDoc/download/DocumentKy/76377>.

Voir page 55: «*À peine plus d'un quart des répondants jugent acceptable que les entreprises partagent des informations les concernant sans leur autorisation, même si cet échange d'informations permet aux entreprises de leur proposer de nouveaux services qui sont susceptibles de les intéresser (27%), tandis que plus de sept sur dix (71%) jugent une telle pratique inacceptable.*».

⁷¹ Voir l'article 9, paragraphe 1, de la proposition de règlement «vie privée et communications électroniques».

⁷² Voir le considérant 42 du RGPD.

⁷³ Voir l'avis 15/2011 du Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, WP 187, p. 19.

⁷⁴ Cette question a été traitée par le CEPD dans son avis préliminaire sur la vie privée et la compétitivité à l'ère de la collecte de données massives, p. 34 à 36.

⁷⁵ Voir le point 50 ci-dessus.

⁷⁶ Voir l'article 43, première phrase, du RGPD.

⁷⁷ Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime, p. 46.

⁷⁸ À cet égard, le CEPD a recommandé que «*les nouvelles dispositions en matière de vie privée et de communications électroniques prévoient en outre que, quelle que soit la puissance commerciale du fournisseur de services, celui-ci doit i) soit offrir le choix de consentir au traitement de données qui ne sont pas nécessaires à la prestation du service sans nuire à l'utilisateur, ii) soit au moins proposer un service payant à un prix raisonnable (sans publicité comportementale ni collecte de données) à la place des services payés par les informations à caractère personnel des utilisateurs*» (voir l'avis préliminaire 5/2016 du CEPD, p. 15).

⁷⁹ Avis préliminaire du CEPD 5/2016, p. 15.

⁸⁰ À titre d'exemple de ce qui peut être considéré comme un libre consentement, le Groupe de travail «Article 29» a mentionné le cas d'un réseau social dans lequel l'utilisateur devrait être en mesure de donner un consentement libre et spécifique à la réception de publicités comportementales, indépendamment de son accès au réseau social (voir l'avis 15/2011 Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, WP 187, p. 18).

⁸¹ Article 7, paragraphe 4, lu conjointement avec le considérant 42 *in fine*.

⁸² On peut observer que l'article 8, paragraphe 3, du GDRP dispose que le paragraphe 1 de cet article «*ne porte pas atteinte au droit général des contrats des États membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard d'un enfant*». Cela signifie, *a contrario*, que les autres dispositions du RGPD ont un impact sur le droit des contrats.

⁸³ Voir l'article 6, paragraphe 1, point f), du RGPD.

⁸⁴ Avis 6/2014 du Groupe de travail «Article 29» sur la notion d'intérêt légitime du responsable du traitement au titre de l'article 7 de la directive 95/46/CE, WP 217, p. 25: «*des responsables du traitement peuvent avoir un intérêt légitime à connaître les préférences de leurs clients pour être en mesure de mieux personnaliser leurs offres et, en fin de compte, de proposer des produits et des services qui correspondent mieux aux besoins et aux désirs des clients. Dans cette perspective, l'article 7, point f), peut constituer un fondement juridique approprié pour certains types d'activités de prospection, en ligne ou hors ligne, pour autant qu'il existe des garanties appropriées (...). Cela ne signifie pas pour autant que les responsables du traitement pourraient invoquer l'article 7, point f), pour surveiller indûment les activités en ligne ou hors ligne de leurs clients, pour compiler d'importants volumes de données à leur propos en provenance de différentes sources, collectées à l'origine dans d'autres contextes et à des fins différentes, et pour créer – mais aussi, par exemple, échanger en passant par des courtiers en informations – des profils complexes concernant la personnalité et les préférences des clients, sans les en informer ni mettre à leur disposition un mécanisme fonctionnel permettant d'exprimer leur opposition, pour ne rien dire de leur consentement éclairé. Une telle activité de profilage risque de constituer une violation grave de la vie privée du client et, dans ce cas, l'intérêt et les droits de la personne concernée prévaudraient sur l'intérêt poursuivi par le responsable du traitement.*».

⁸⁵ CJUE, *Google Spain*, C-131/12, 13 mai 2014, points 81, 97 et 99.

⁸⁶ Par exemple, le droit de retrait du consentement visé à l'article 7, paragraphe 2, confère une plus grande protection que le droit d'opposition; le droit à la portabilité des données de l'article 20 du RGPD ne s'applique pas lorsque le traitement est fondé sur des intérêts légitimes, et les conditions d'obtention du consentement protègent mieux la personne concernée dans la mesure où elles exigent un acte positif de sa part.

⁸⁷ Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime, p. 47.

⁸⁸ Voir également l'avis du Groupe de travail «Article 29» sur la définition du consentement, p. 32.

⁸⁹ Le considérant 42 précise davantage le droit de retrait en disposant que «*[l]e consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement 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*».

⁹⁰ Article 12, point b), de la directive 95/46.

⁹¹ Ou lorsque le traitement est «*nécessaire 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 le tiers auquel les données sont communiquées*» voir l'article 14, point a), se rapportant à l'article 7, point e)].

⁹² Voir l'article 14, point b), de la directive 95/46.

⁹³ CJUE, 13 mai 2004, Google Spain, C-131/12.

⁹⁴ Voir l'article 17, paragraphe 1, points a) et b), du RGPD.

⁹⁵ En application de cet article 12, la personne concernée a notamment le droit d'obtenir du responsable du traitement, «*la communication, sous une forme intelligible, des données faisant l'objet des traitements, ainsi que de toute information disponible sur l'origine de ces données*».

⁹⁶ Voir l'avis du Groupe de travail «Article 29» sur le droit à la portabilité des données, WP 242, précité. L'article 20 du RGPD dispose ce qui suit:

«1. Les personnes concernées ont le droit de recevoir les données à caractère personnel les concernant qu'elles ont fournies à un responsable du traitement, dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine, et ont le droit de transmettre ces données à un autre responsable du traitement sans que le responsable du traitement auquel les données à caractère personnel ont été communiquées y fasse obstacle, lorsque:

(a) le traitement est fondé sur le consentement en application de l'article 6, paragraphe 1, point a), ou de l'article 9, paragraphe 2, point a), ou sur un contrat en application de l'article 6, paragraphe 1, point b); et

(b) le traitement est effectué à l'aide de procédés automatisés.

2. Lorsque la personne concernée exerce son droit à la portabilité des données en application du paragraphe 1, elle a le droit d'obtenir que les données à caractère personnel soient transmises directement d'un responsable du traitement à un autre, lorsque cela est techniquement possible.

3. L'exercice du droit, visé au paragraphe 1 du présent article s'entend sans préjudice de l'article 17. Ce droit ne s'applique pas au traitement nécessaire 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.

4. Le droit visé au paragraphe 1 ne porte pas atteinte aux droits et libertés de tiers.»

⁹⁷ À l'exception des demandes de copies supplémentaires, où le responsable du traitement peut exiger le paiement de frais raisonnables basés sur les coûts administratifs.

⁹⁸ Voir l'article 20, paragraphe 1, du RGPD.