

REVUE LAMY

Droit des Affaires

La conclusion des smart contracts : révolution ou simple adaptation ?

Eva THÉOCHARIDI

– Prospection commerciale et données personnelles : le RGPD bouleverse-t-il les pratiques ?

Matthieu DARY et Victoria LICHET

– Transposition de la directive sur la protection des secrets d'affaires : focus sur les enjeux

François HERPE

– L'obligation de révélation des arbitres

Hervé GUYADER

– Le paiement échelonné d'un téléphone mobile est-il un crédit ?

Alexandre PERON

138 | MENSUEL
JUN 2018

Éclairage

RLDA 6472

Prospection commerciale et données personnelles : le RGPD bouleverse-t-il les pratiques ?

Le règlement (UE) n° 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, d'application directe depuis le 25 mai 2018, est au centre des préoccupations des entreprises, la politique commerciale étant nécessairement impactée par ces nouvelles dispositions. La CNIL a récemment rappelé que le traitement des données ayant pour finalité la prospection commerciale n'est pas impacté par le règlement. Toutefois, il convient de s'assurer de la conformité des traitements des données collectées antérieurement au règlement, notamment au regard des obligations en matière d'information de la personne concernée et de durée de conservation.

Un « paquet européen de protection des données » a été adopté par le Parlement européen et le Conseil le 27 avril 2016 « afin d'assurer un niveau cohérent de protection des personnes physiques dans l'ensemble de l'Union, et d'éviter que des divergences n'entravent la libre circulation des données à caractère personnel au sein du marché intérieur »⁽¹⁾.

Ce paquet européen comprend le règlement (UE) n° 2016/679 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel, dit « règlement général sur la protection des données » (ci-après, « RGPD ») ainsi que la directive 2016/680/UE relative au traitement des données personnelles par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales,

d'enquêtes et de poursuites ou d'exécution de sanctions pénales⁽²⁾.

Le RGPD prévoit, par 56 renvois aux lois nationales, la possibilité pour les États membres d'adopter des spécificités nationales. À cet effet, le gouvernement français a fait le choix de conserver et de modifier la loi « informatique et libertés » et de s'en servir comme socle afin de s'adapter aux règles du RGPD⁽³⁾ qui, en abrogeant la directive de 1995⁽⁴⁾, et en conséquence une grande partie de la loi



Par Matthieu DARY
Avocat à la Cour,
Senior Counsel,
De Gaulle
Fleurance &
Associés



Victoria LICHET
Admission au
Barreau de New-
York en cours

(1) Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), consid. 13.

(2) Dir. 2016/680/UE, 27 avr. 2016, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel par les autorités compétentes à des fins de prévention et de détection des infractions pénales, d'enquêtes et de poursuites en la matière ou d'exécution de sanctions pénales, et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la décision-cadre 2008/977/JAI du Conseil.

(3) Compte-rendu du Conseil des ministres du 13 décembre 2017, <http://www.gouvernement.fr/conseil-des-ministres/2017-12-13/protection-des-donnees-personnelles>.

(4) Dir. 95/46/CE, 24 oct. 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traite-

« informatique et libertés »⁽⁵⁾, impose de nouvelles obligations aux responsables de traitement de données personnelles.

Le projet de loi relatif à la protection des données personnelles a été définitivement adopté le 14 mai 2018⁽⁶⁾ mais n'a pas encore été promulgué, le Sénat ayant saisi le Conseil constitutionnel le 16 mai 2018⁽⁷⁾.

Le règlement, d'application directe et immédiate depuis le 25 mai 2018, est au centre des préoccupations des entreprises. La politique de prospection commerciale consistant en l'envoi de « *tout message destiné à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une personne vendant des biens ou fournissant des services* »⁽⁸⁾ se trouve en effet nécessairement exposée au respect de la réglementation en matière de données personnelles.

Bien que la Commission nationale de l'informatique et des libertés ait notamment affirmé que « *le RGPD ne change pas les règles applicables aux mails de prospection, que ces derniers soient en B2B ou en B2C* »⁽⁹⁾, la question reste de savoir si et en quoi le RGPD vient affecter la politique de prospection commerciale. Les opérateurs économiques se demandent en outre comment et dans quelles conditions ils peuvent continuer à utiliser les données collectées antérieurement à ce nouveau texte.

Si les conditions de l'obtention du consentement sont renforcées par le RGPD, il convient de rappeler que le fondement juridique de la prospection commerciale reste l'intérêt légitime. Ce n'est que par exception que le consentement sera requis. Toutefois, l'absence de consentement ne doit pas faire oublier que l'utilisation de ces données est notamment encadrée par les obligations d'information de la personne concernée imposées au responsable de traitement et par la durée légale d'utilisation.

ment des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

(5) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(6) Assemblée nationale, texte adopté n°113, projet de loi relatif à la protection des données personnelles, 14 mai 2018 : <http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta/tap0113.pdf>.

(7) Saisine n°2018-765 DC : loi relative à la protection des données personnelles.

(8) CPCE, art. L. 34-5, al. 3.

(9) CNIL, La prospection commerciale par courrier électronique : <https://www.cnil.fr/fr/la-prospection-commerciale-par-courrier-electronique>.

I. – L'intérêt légitime, fondement de la collecte de données personnelles pour la prospection commerciale

A. – Réaffirmation par le RGPD que la prospection commerciale a pour fondement l'intérêt légitime

Le RGPD reconnaît six fondements justifiant le traitement des données personnelles : le consentement, l'intérêt légitime ou lorsque le traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat, nécessaire au respect d'une obligation légale, nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public.

L'article 6 du RGPD dispose ainsi que « *le traitement n'est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie : (...) 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* ».

Antérieurement à l'application du RGPD, la prospection commerciale était fondée sur l'intérêt légitime. On considérait ainsi que dès lors que la prospection commerciale permettait aux entreprises de développer et de fidéliser leur clientèle, et aux particuliers d'être informés d'éventuelles offres promotionnelles ou nouveautés, le fondement de la collecte pour la prospection commerciale ne reposait pas sur le consentement, mais sur l'intérêt légitime du professionnel de faire du commerce d'une part, et l'intérêt légitime du consommateur de bénéficier d'offres commerciales d'autre part.

Le Groupe de travail Article 29 sur la protection des données (ci-après, le « G29 »), organe consultatif européen réunissant toutes les autorités nationales de protection des données personnelles, avait reconnu que l'intérêt légitime pourrait être le fondement du traitement dans la limite de l'utilisation de certaines nouvelles technologies⁽¹⁰⁾. Ainsi, dans certains cas seulement, le consentement était nécessaire.

Le RGPD confirme que « *Le traitement de données à caractère personnel à des fins de prospection peut être considéré comme étant réalisé pour répondre à un intérêt légitime* »⁽¹¹⁾. Le consentement n'est donc pas nécessaire, sauf exceptions.

(10) Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC.

(11) RGPD, consid. 47.

Le RGPD rappelle toutefois que l'existence d'un intérêt légitime doit faire « *l'objet d'une évaluation attentive, notamment afin de déterminer si une personne concernée peut raisonnablement s'attendre, au moment et dans le cadre de la collecte de données à caractère personnel, à ce que celles-ci fassent l'objet d'un traitement à une fin donnée* »⁽¹²⁾.

Le G29 a également précisé que l'application de l'intérêt légitime comme fondement à la collecte nécessite une évaluation (« *balancing test* ») de la mise en balance des intérêts légitimes du responsable du traitement avec les intérêts légitimes ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée.

Dans le cadre de ce test, il est pertinent de prendre en compte le niveau de détail du profil, l'exhaustivité du profil (si le profil ne décrit qu'un petit aspect de la personne concernée, ou donne une image plus concrète), l'impact du profilage sur la personne concernée et les garanties visant à assurer l'équité, la non-discrimination et l'exactitude du profilage⁽¹³⁾. Le résultat de cette évaluation détermine ainsi si l'intérêt légitime peut être invoqué comme fondement juridique du traitement⁽¹⁴⁾.

Selon le G29, l'intérêt légitime doit être légal, clairement articulé et réel, c'est-à-dire qu'il doit correspondre aux activités actuelles ou aux avantages attendus par la personne concernée⁽¹⁵⁾. Ainsi, un intérêt peut être légitime s'il est bénéfique pour la personne concernée tel que l'intérêt économique d'une entreprise de comprendre ses clients potentiels au mieux afin de mieux cibler la publicité sur ses produits ou services⁽¹⁶⁾.

Le G29 a fourni une liste non exhaustive de cas pour lesquels la question de l'intérêt légitime peut se poser et cite notamment le marketing direct et toute autre forme de marketing et de publicité. L'avis du G29 illustre l'intérêt légitime par celui des entreprises de connaître les préférences de leurs clients afin de mieux personnaliser leurs offres et de répondre au mieux aux besoins de leurs clients⁽¹⁷⁾.

Enfin, le G29 a rappelé que l'application de l'un des fondements devait être établi avant le traitement et qu'un

même traitement ne peut relever de plusieurs bases légales.

Par conséquent, le responsable de traitement n'est pas obligé d'obtenir le consentement des clients et prospects, et peut justifier son traitement sur le fondement de l'intérêt légitime. Il doit néanmoins les informer que le traitement est établi sur ce fondement.

(...) la question reste de savoir si et en quoi le RGPD vient affecter la politique de prospection commerciale.

Ce principe d'intérêt légitime souffre néanmoins d'un certain nombre d'exceptions qui nécessiteront que le consentement du client ou du prospect soit obtenu préalablement.

B. – Le consentement exprès et spécifique de la personne concernée, exception à la collecte de données personnelles aux fins de prospection

Comme évoqué précédemment, l'intérêt légitime ne peut être le fondement de la prospection commerciale lorsque prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée.

Tel sera notamment le cas de la prospection par le biais de systèmes automatisés de communications électroniques, au moyen de la technique du profilage du fait du caractère intrusif de ces outils, ou encore du traitement de données concernant un mineur du fait de la nécessité de protéger cette population.

En outre, les responsables de traitement ne peuvent se prévaloir indûment de l'article 7 (f) concernant l'intérêt légitime afin de surveiller les activités en ligne ou hors ligne de leurs clients, de collecter des données ayant été recueillies dans un autre contexte et pour différents buts ou de créer un profil pour chaque client contenant leurs préférences notamment par le biais de *cookies* et ce, sans leur consentement⁽¹⁸⁾.

Dans toutes ces hypothèses, le responsable de traitement devra veiller à ce que la personne concernée consente par « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle [elle] accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* »⁽¹⁹⁾.

(12) *Ibid.*

(13) G29, Guidelines on Automated individual decision-making and profiling, p. 21-22 concernant l'article 6(1)(f).

(14) Opinion 06/2014 on the notion of legitimate interests of the data controller under Article 7 of Directive 95/46/EC, Section III.3. Article 7(f) : legitimate interests.

(15) *Ibid.* Opinion 06/2014, Section III.3.1., the concept of 'interest', § 3, p. 24.

(16) *Ibid.* Opinion 06/2014, Section III.3.1., the concept of 'interest', § 4, p. 24.

(17) *Ibid.* Opinion 06/2014, Section III.3.1., what makes an interest legitimate, § 7, p. 25.

(18) *Ibid.* Opinion 06/2014, § 7, p. 25.

(19) RGPD, art. 4, 11).

Enfin, les lignes directrices du G29 sur le consentement⁽²⁰⁾ prévoient que celui-ci ne peut être une base légale appropriée que si la personne concernée se voit offrir un véritable choix quant à l'acceptation ou le refus des termes proposés⁽²¹⁾.

→ La prospection commerciale par le biais de systèmes automatisés de communications électroniques

L'utilisation de certaines technologies à des fins de prospection a été considérée comme plus intrusive pour les utilisateurs, conduisant le législateur à exiger un consentement préalable.

Ainsi, en application de l'article L. 34-5 du code des postes et des communications électroniques, est nécessaire le recueil préalable du consentement exprès et spécifique de la personne concernée en cas de prospection réalisée au moyen des dispositifs suivants : SMS, MMS, automate d'appel, Bluetooth, etc. – télécopieur et courrier électronique. Toutefois, le recueil du consentement n'est pas requis lorsque le courrier électronique concerne des produits ou services analogues proposés par la même personne.

Par produit analogue, le G29 a cité à titre d'exemple « une entreprise qui a vendu un livre pourra solliciter cet acheteur pour l'acquisition d'un disque, à la condition toutefois que la personne démarchée ait été expressément informée, lors de la collecte de son adresse de courrier électronique, de l'utilisation de celle-ci à des fins commerciales et qu'elle ait été mise en mesure de s'y opposer de manière simple »⁽²²⁾.

Ainsi s'agissant de la prospection commerciale par voie électronique auprès d'un client pour des produits analogues, la base légale du traitement sera à nouveau l'intérêt légitime et non pas le consentement.

→ La prospection commerciale au moyen du profilage

Le profilage consiste en « toute forme de traitement automatisé de données à caractère personnel » visant à « évaluer certains aspects personnels relatifs à une personne physique, notamment pour analyser ou prédire des aspects concernant le rendement au travail, la situation économique, la santé, les préférences personnelles, les intérêts, la fiabilité, le comportement, la localisation ou les déplacements de la personne physique »⁽²³⁾.

Le RGPD considère que le profilage « devrait être assorti de garanties appropriées, qui devraient comprendre une

information spécifique de la personne concernée ainsi que le droit d'obtenir une intervention humaine, d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation et de contester la décision »⁽²⁴⁾.

Le G29 estime que le profilage peut être opaque et qu'il repose souvent sur des données dérivées ou déduites d'autres données, plutôt que sur des données directement fournies par la personne concernée⁽²⁵⁾.

Le RGPD impose ainsi que la personne concernée soit toujours tenue informée de l'existence d'un profilage, ainsi que de la logique sous-jacente, l'importance et les conséquences prévues de ce traitement pour cette personne⁽²⁶⁾.

La personne concernée dispose par ailleurs d'un droit d'opposition en cas de profilage⁽²⁷⁾ ainsi que d'un droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé tel que le profilage s'il produit des effets juridiques la concernant ou s'il l'affecte de manière significative⁽²⁸⁾.

Le G29 a toutefois précisé que le profilage peut être autorisé sur le fondement de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable de traitement s'il peut prouver, par un « *balancing test* », que ses intérêts ont dépassé les intérêts de la personne concernée⁽²⁹⁾.

→ Le traitement de données concernant un mineur

Les enfants méritent une protection spécifique en ce qui concerne leurs données parce qu'ils peuvent être « moins conscients des risques, conséquences et garanties concernées »⁽³⁰⁾.

L'article 8 du RGPD prévoit ainsi les conditions applicables au consentement des enfants en ce qui concerne les services de la société de l'information.

Les mineurs de 16 ans et plus peuvent donner leur propre consentement au traitement de leurs données personnelles sans que l'autorisation du titulaire de la responsabilité parentale soit nécessaire⁽³¹⁾.

Le traitement de données visant les mineurs âgés de moins de 16 ans n'est quant à lui licite que si le titulaire de la responsabilité parentale donne son consentement.

(20) Article 29 Data Protection Working Party, Guidelines on Consent under Regulation 2016/679, 28 nov. 2017.

(21) *Ibid.* G29, Guidelines on Consent, p. 4.

(22) G29, Opinion 5/2004, 27 févr. 2004.

(23) RGPD, art. 4, 4).

(24) RGPD, considérant 71

(25) G29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, p. 20.

(26) RGPD, art. 13, 2., f).

(27) RGPD, art. 21.

(28) RGPD, art. 22, 1).

(29) *Ibid.* G29, Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling, p. 21 concernant l'article 6, 1, (f).

(30) RGPD, consid. 38.

(31) RGPD, art. 8.

Les États membres peuvent prévoir un âge inférieur pour autant que cet âge ne soit pas en-dessous de 13 ans⁽³²⁾.

Toute prospection commerciale visant des mineurs suppose dès lors l'obtention du consentement.

→ Cession de fichiers et collecte de données sensibles : consentement exprès et spécifique

La norme simplifiée NS-048⁽³³⁾ exige également le recueil du consentement exprès et spécifique de la personne concernée lors de la cession, à des tiers partenaires, d'adresses électroniques ou de numéros de téléphone utilisés à des fins de prospection directe⁽³⁴⁾.

Le recueil du consentement exprès et spécifique est également obligatoire en cas de collecte ou de cession de données sensibles « susceptibles de faire apparaître directement ou indirectement les origines raciales ou ethniques, les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou l'appartenance syndicale des personnes ou qui sont relatives à la vie sexuelle de celle-ci (par exemple, eu égard au type de documentation demandée, à la nature du produit acheté, du service ou de l'abonnement souscrit) »⁽³⁵⁾.

C. – La prospection commerciale par canal de communication

Les entreprises s'interrogent légitimement sur la manière d'encadrer leurs traitements de données à caractère personnel dans le cadre de la prospection commerciale en fonction des différents canaux de communication : courrier, téléphone, SMS ou email.

Jusqu'au 25 mai 2018, les professionnels se référaient à la norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion de clients et de prospects (NS-048). Cette norme, si elle va disparaître du fait de la disparition des obligations déclaratives, devrait perdurer en tant que « bonnes pratiques » et devrait être prochainement modifiée par la CNIL « en référentiel » afin de « guider les professionnels dans leurs démarches de conformité »⁽³⁶⁾. Dès lors, les professionnels peuvent toujours s'y référer.

(32) *Ibid.*

(33) CNIL, Délib. n° 2016-264, 21 juill. 2016, portant modification d'une norme simplifiée concernant les traitements automatisés de données à caractère personnel relatifs à la gestion de clients et de prospects (NS-048).

(34) NS-048, préc., art. 6, a).

(35) NS-048, préc., art. 6, a).

(36) CNIL, Règlement européen : que vont devenir les dispenses, normes simplifiées et autorisations uniques de la CNIL ? ; <https://www.cnil.fr/cnil-direct/question/1256?visiteur=pro>.

→ Prospection commerciale par courrier postal : intérêt légitime, information préalable et droit d'opposition

L'envoi de publicité par voie postale est possible lorsque la personne a été informée que ses coordonnées seraient utilisées à des fins de prospection et a été en mesure de s'opposer à cette utilisation de manière simple et gratuite, au moment de la collecte de ses coordonnées. Ainsi, il est seulement interdit de prospecter des personnes qui auraient explicitement exprimé un refus d'être démarchées⁽³⁷⁾.

→ Prospection commerciale par téléphone (télémarketing) : intérêt légitime, information préalable et droit d'opposition

La prospection commerciale par téléphone est autorisée si la personne a été informée de l'utilisation potentielle de son numéro de téléphone à des fins de prospection et si elle a été en mesure de s'opposer à cette utilisation de manière simple et gratuite, au moment de la collecte de son numéro de téléphone⁽³⁸⁾.

Comme évoqué précédemment, il existe toutefois une exception visant les appels publicitaires automatiques sans intervention humaine qui nécessitent que la personne concernée ait explicitement donné son accord afin d'être démarchée, au moment de la collecte de son numéro de téléphone⁽³⁹⁾. En outre, chaque message automatique téléphonique doit obligatoirement préciser l'identité de l'annonceur et proposer un moyen simple, sans surcoût, de s'opposer à la réception de nouvelles sollicitations⁽⁴⁰⁾.

La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation dite loi Hamon⁽⁴¹⁾ a par ailleurs mis en place la liste d'opposition « Bloctel » afin de permettre aux consommateurs de s'inscrire gratuitement sur une liste officielle afin d'exprimer leur refus d'être démarchés par téléphone⁽⁴²⁾.

→ Prospection commerciale par voie électronique

Lorsque la prospection visant un **consommateur** est réalisée par voie électronique (email, SMS, etc, ...), le recueil du consentement exprès et spécifique de la personne concernée doit être obtenu⁽⁴³⁾.

(37) CNIL, La prospection commerciale par courrier postal, 7 mai 2014 : <https://www.cnil.fr/fr/la-prospection-commerciale-par-courrier-postal>.

(38) CNIL, La prospection commerciale par téléphone, 7 mai 2014 : <https://www.cnil.fr/fr/la-prospection-commerciale-par-telephone>.

(39) CPCE, art. L. 34-5.

(40) CNIL, La prospection commerciale par automates d'appel, 18 août 2011 : <https://www.cnil.fr/fr/la-prospection-commerciale-par-automates-dappel>.

(41) L. n° 2014-344, 17 mars 2014, relative à la consommation.

(42) C. consom., art. L. 223-1.

(43) NS-048, préc., art. 6, a)

Toutefois, le recueil du consentement n'est pas requis lorsque le courrier électronique concerne des produits ou services analogues aux produits ou services que la personne concernée avait antérieurement achetés ou souscrits et pour lesquels elle pouvait raisonnablement s'attendre à recevoir des prospections directes de la part du vendeur ou du prestataire ayant recueilli ses coordonnées⁽⁴⁴⁾.

Il faudra en pratique être vigilant, dans la rédaction des documents d'information lors de la collecte de données (mentions, chartes, ...), et distinguer ces deux hypothèses tout en indiquant la base légale de chacun de ces traitements.

La CNIL préconise, dans le cadre de la prospection commerciale par courrier électronique visant un **professionnel**, que ce dernier soit, au moment de la collecte de son adresse de messagerie, tenu informé que son adresse électronique sera utilisée à des fins de prospection, et soit en mesure de s'opposer à cette utilisation de manière simple et gratuite. En outre, l'objet de la prospection doit avoir un lien avec la profession de la personne démarchée⁽⁴⁵⁾.

Cette distinction entre consommateur et professionnel opérée par la CNIL est maintenue alors qu'elle ne semble pas figurer dans le RGPD. Il conviendra d'attendre des éventuelles recommandations du G29 sur ce point.

II. – Une utilisation encadrée des données à caractère personnel à des fins de prospection

Si l'application du RGPD ne bouleverse pas les règles en matière de consentement, cela ne signifie pas pour autant que les sociétés peuvent continuer à utiliser les données comme elles le faisaient par le passé. En effet, nombreuses entreprises ne respectaient pas un certain nombre d'obligations pouvant rendre illicite la poursuite de l'utilisation des données.

A. – La durée de conservation des données à caractère personnel

L'article 6 de la loi « informatique et libertés »⁽⁴⁶⁾ impose que les données soient conservées « *sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée qui n'excède pas la durée nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont collectées ou traitées* ».

(44) NS-048, préc., art. 6, a).

(45) CNIL, La prospection commerciale par courrier électronique, 30 mars 2018 : <https://www.cnil.fr/fr/la-prospection-commerciale-par-courrier-electronique>.

(46) L. n° 78-17, 6 janv. 1978, préc.

Le RGPD exige dans le même sens que la durée de conservation des données soit « *limitée au strict minimum* »⁽⁴⁷⁾ et précise que les données doivent être « *conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* »⁽⁴⁸⁾. Il revient toutefois à chaque État membre de préciser la durée exacte de conservation des données personnelles.

C'est certainement l'une des dispositions les plus complexes à respecter pour les entreprises dès lors qu'elles doivent tout d'abord évaluer la durée « *n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* ».

La norme NS-048 précitée apporte des réponses à cette évaluation puisqu'elle précise que :

- les données des clients utilisées à des fins de prospection commerciale peuvent être conservées pendant un délai de trois ans à compter de la fin de la relation commerciale, c'est-à-dire, à compter d'un achat, de la date d'expiration d'une garantie, terme du contrat de prestation de services ;
- les données relatives à un prospect non client peuvent quant à elles être conservées pendant un délai de trois ans à compter de leur collecte par le responsable de traitement ou dernier contact du prospect (par exemple, demande de document, ou clic sur un lien hypertexte contenu dans un courriel).

Ces durées ne sont pas impératives, mais cela signifie que l'opérateur économique doit, s'il souhaite exploiter et conserver plus longtemps ces données, justifier de la nécessité de conserver les données plus longtemps. Par exemple, dans le secteur du luxe, du fait d'une fréquence d'achat des produits moins importante, la conservation des données au titre du service attendu dans le secteur, pourrait justifier une durée de conservation plus longue.

Par conséquent, les données conservées pour une durée excessive ne peuvent plus aujourd'hui être utilisées à des fins de prospection.

Or, la difficulté pour beaucoup d'entreprises aujourd'hui est qu'elles ont à identifier la date à laquelle les données ont été collectées et les dates d'interaction avec leurs clients permettant d'interrompre le délai de trois ans.

Il est dès lors impératif pour les entreprises de se doter d'un outil de Gestion de relation client (ou « Customer Relationship Management », CRM) permettant de dater ces échanges et ainsi de se conformer à cette obligation en matière de durée de conservation des données personnelles.

(47) RGPD, consid. 39.

(48) RGPD, art. 5, 1., e).

Cela permettra notamment au responsable de traitement de reprendre contact avec la personne concernée au terme du délai de trois ans afin de se renseigner sur son souhait de continuer à recevoir des sollicitations commerciales. Les données seront supprimées ou archivées conformément aux dispositions en vigueur en cas d'absence de réponse positive et explicite de la personne concernée.

B. – L'obligation d'information des personnes dont les données personnelles sont collectées

Comme évoqué précédemment, tout traitement de données personnelles suppose que la personne concernée ait été informée de la finalité du traitement et de ses droits.

Par conséquent, les données ne peuvent être utilisées à des fins de prospection commerciale qu'à condition que le responsable de traitement ait procédé à cette information.

Cette information doit en outre être mise à jour au regard des nouvelles obligations du RGPD.

En effet, celui-ci a créé de nouveaux droits pour les consommateurs, incluant le *droit à la portabilité*⁽⁴⁹⁾, droit spécifique d'opposition au marketing direct, droit à la limitation du traitement et droit d'introduire une réclamation devant la CNIL.

Le responsable du traitement doit fournir à la personne concernée, au moment où les données personnelles sont obtenues, l'existence de ces nouveaux droits afin de « *garantir un traitement équitable et transparent* »⁽⁵⁰⁾.

En outre, le RGPD impose de nouvelles informations obligatoires telles que les coordonnées du délégué à la protection des données le cas échéant, les éventuelles finalités ultérieures, le caractère réglementaire ou contractuel du traitement, les nouveaux droits, l'existence d'une prise de décision automatisée, la base juridique du traitement et la durée de conservation⁽⁵¹⁾.

Enfin, ces mentions d'information sur les données personnelles doivent être clairement apparentes.

Ainsi, le traitement de données ayant pour finalité la prospection commerciale n'est affecté que modérément par le RGPD. Toutefois, on constate, dans le cadre d'audit de

conformité des organismes, que nombreux ne sont pas conformes à la réglementation antérieure et se voient donc contraints, compte tenu notamment de l'augmentation des sanctions, de mettre leurs pratiques en conformité. Cela n'implique pas nécessairement une remise en cause totale de leurs traitements de données, mais une réflexion quant à la qualité des données dont elles disposent ainsi que la cessation de l'utilisation d'un certain nombre de données.

Si l'application du RGPD ne bouleverse pas les règles en matière de consentement, cela ne signifie pas pour autant que les sociétés peuvent continuer à utiliser les données comme elles le faisaient par le passé.

Il est vrai que cette mise en conformité peut conduire à une réduction des bases de données. Si cette réduction peut paraître inquiétante, il peut en réalité s'agir d'une opportunité ; l'exploitation marketing d'un plus faible nombre de données permettra une utilisation plus pertinente et plus personnalisée de celles-ci. Ainsi, commercialement, cette mise en conformité pourrait avoir un effet bien plus bénéfique que de continuer à utiliser des données dont la pertinence n'est pas toujours rapportée.

Enfin, la proposition de règlement relatif au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles des personnes physiques, dit « règlement ePrivacy », qui est en discussion depuis avril 2016, envisage des règles plus strictes concernant le recueil du consentement dans le cadre de la prospection par communications électroniques.

Cette proposition de règlement fait l'objet de nombreux débats et de contestations des acteurs du marketing.

L'adoption de ce règlement pourrait donc modifier les règles de consentement applicables au télémarketing, bien davantage que le RGPD. ■

(49) Droit nouveau par rapport à la directive 1995/46/CE mais déjà introduit en droit français (par anticipation du RGPD) lors de l'adoption de la Loi Lemaire (L. n° 1016-1325, 7 oct. 2016, pour une République numérique).

(50) RGPD, art. 13, 2.

(51) Droit nouveau par rapport à la directive 1995/46/CE mais déjà introduit en droit français (par anticipation du RGPD) lors de l'adoption de la loi Lemaire (L. n° 2016-1325, 7 oct. 2016, préc.).