



RGPD

## Le consentement : une base légale parfois inadaptée

Comme chaque mois, Alexandre Fievée tente d'apporter des réponses aux questions que tout le monde se pose en matière de protection des données personnelles, en s'appuyant sur les décisions rendues par les différentes autorités nationales de contrôle au niveau européen et les juridictions européennes. Ce mois-ci, il se penche sur la question du consentement donné par des patients en vue de la publication par un hôpital d'informations les concernant sur un compte Instagram.

Un traitement doit reposer sur une des six bases légales visées à l'article 6.1 du RGPD. À défaut, le traitement est considéré comme illicite. Les six bases légales sont : (i) le consentement (la personne concernée a consenti au traitement de ses données) ; (ii) le contrat (le traitement est nécessaire à l'exécution ou à la préparation d'un contrat avec la personne concernée) ; (iii) l'obligation légale (le traitement est imposé par un texte légal) ; (iv) la mission d'intérêt public (le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public) ; (v) l'intérêt légitime (le traitement est nécessaire à la poursuite d'intérêts légitimes de l'organisme qui traite les données) ; (vi) la sauvegarde des intérêts vitaux (le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée, ou d'un tiers).

La Cnil rappelle régulièrement que le RGPD « ne crée pas de hiérarchie entre les différentes bases légales »<sup>1</sup> et explique, à cet égard, que le consentement ne prévaut pas sur les autres bases légales : « La base

*légale appropriée doit être déterminée par le responsable du traitement de manière adaptée à la situation et au type de traitement, au cas par cas »<sup>2</sup>.*

Par ailleurs, si le traitement porte sur des catégories particulières de données à caractère personnel (données dites « sensibles » visées à l'article 9.1 du RGPD, telles que les données de santé, les données concernant la vie sexuelle, l'origine raciale, etc.), il appartient à l'organisme de se prévaloir d'une des exceptions visées à l'article 9.2 et ce, pour déroger au principe d'interdiction du traitement de ces données. Parmi ces exceptions figure le consentement de la personne concernée.

En d'autres termes, un traitement portant sur des données sensibles ne peut intervenir que si les deux conditions cumulatives suivantes sont réunies : d'une part, le traitement repose sur une des bases légales prévues à l'article 6 du RGPD et, d'autre part, une des exceptions mentionnées à l'article 9.2 du RGPD est applicable au traitement

concerné. Dans ces situations, le consentement peut être utilisé pour répondre aux deux conditions susvisées.

### L'affaire<sup>3</sup>

Une personne a déposé une plainte auprès de l'autorité danoise de protection des données, après avoir constaté qu'une photo la représentant avait été publiée sur le compte Instagram de l'hôpital où elle était prise en charge. Au cours de son enquête, l'autorité a constaté que l'hôpital en question publiait régulièrement, sur ce compte, des photos et vidéos de la vie quotidienne du centre, accompagnées parfois des noms et des informations relatives à la santé des patients (dont des enfants), susceptibles d'être directement identifiés. Le compte, actif depuis 2015, disposait de plus de 15 000 abonnés et avait partagé plus de 1 400 messages. Selon le centre hospitalier, ces publications, qui avaient pour but d'informer le monde extérieur sur ses activités, étaient parfaitement licites en ce qu'elles reposaient sur le consentement des patients en application des articles 6.1 a)

et 9,2 a) du RGPD : « Le consentement est obtenu par écrit avant la publication du message, et l'octroi du consentement n'affecte pas le traitement médical proposé au patient. La sélection des patients tient compte de leur santé physique et de leur force, et le patient dispose d'un temps de réflexion avant de signer le formulaire de consentement. Le patient a également la possibilité d'approuver le contenu de la publicité. »

Rappelant les termes de l'article 4.11 du RGPD concernant la définition du « consentement<sup>4</sup> » et les lignes directrices du CEPD sur ce sujet<sup>5</sup>, l'autorité danoise de protection des données a souligné que « le consentement ne peut généralement pas être considéré comme donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'un véritable libre choix. Toute pression ou influence inappropriée sur le libre arbitre de la personne concernée rend le consentement invalide. » À cet égard, l'autorité cite les dispositions du considérant 43 du RGPD, selon lesquelles : « Pour garantir que le consentement est donné librement, il convient que celui-ci ne constitue pas un fondement juridique valable pour le traitement de données à caractère personnel dans un cas particulier lorsqu'il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement, en particulier lorsque le responsable du traitement est une autorité publique et qu'il est improbable que le consentement ait été donné librement au vu de toutes les circonstances de cette situation particulière. »

Selon l'autorité danoise de protection des données, il convient donc, pour apprécier la validité du consentement, de vérifier si le responsable du traitement et la personne concernée peuvent être considérés comme égaux dans la situation en cause et si la personne concernée a l'impression de disposer d'un véritable choix.

Tel n'est pas le cas lorsque la personne concernée se trouve dans une « situation vulnérable » comme pourrait l'être un patient lorsqu'il est hospitalisé ou lorsqu'il suit un traitement : « Une telle vulnérabilité crée une inégalité entre le patient et l'hôpital et le personnel hospitalier, ce qui peut entraîner le risque que le patient subisse des pressions lorsqu'on lui demande son consentement. ». Par ailleurs, elle ajoute que « le fait que l'hôpital soit une autorité publique offrant un service de soins de santé dont la personne concernée a besoin peut affecter le sentiment du patient d'avoir un véritable libre choix ou constituer une pression pour le patient. »

L'autorité danoise a estimé qu'en l'espèce l'objectif d'informer le monde extérieur sur les activités de l'hôpital aurait pu être atteint d'une manière moins intrusive pour les droits fondamentaux des personnes et que la publication des données personnelles des patients sur le compte Instagram n'était pas conforme au RGPD, compte tenu de ce qui précède au regard des exigences relatives à un consentement valide. L'autorité a donc fait injonction au centre hospitalier de supprimer le compte litigieux.

### Quelles recommandations ?

La détermination de la base légale d'un traitement n'est pas toujours un exercice facile. La Cnil recommande de se poser les questions suivantes pour guider la réflexion<sup>6</sup> : (i) est-ce que les textes imposent ou excluent une base légale spécifique ? (Exemple : le RGPD interdit de fonder les traitements qu'une autorité publique met en œuvre dans l'exécution de ses missions sur son « intérêt légitime ») ; (ii) quel est le contexte général de mise en œuvre du traitement ? (Exemple : si le traitement est mis en œuvre dans le contexte d'un contrat entre l'organisme et une personne, la base légale sera « l'exécution du contrat ») ; (iii)

est-ce que les conditions propres à la base légale sont bien remplies ? (Exemple : le « consentement » doit être libre, spécifique, éclairé et univoque pour être valablement recueilli et constituer dès lors la base légale du traitement).

Dans l'affaire en cause, aucune base légale ne semblait justifier la publication des photos de patients sur le compte Instagram de l'hôpital...

**Alexandre FIEVEE**

Avocat associé

Derriennic Associes

### Notes

(1) <https://www.cnil.fr/fr/les-bases-legales/licite-essentiel-sur-les-bases-legales>

(2) <https://www.cnil.fr/fr/les-bases-legales/licite-essentiel-sur-les-bases-legales>

(3) Autorité danoise de protection des données, 27 novembre 2023.

(4) RGPD ; article 4.11 : « "consentement" de la personne concernée, 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 ».

(5) CEPD, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679 ;

(6) <https://www.cnil.fr/fr/les-bases-legales/licite-essentiel-sur-les-bases-legales>



Vous avez envie de vous exprimer sur un sujet qui vous tient à cœur, de partager votre analyse avec la communauté des lecteurs d'Expertises, d'exposer un point de vue différent sur un article déjà publié, de lancer un débat sur un thème émergent, ou simplement de commenter l'actualité du droit du numérique ?

Contactez la rédactrice en chef d'Expertises Sylvie Rozenfeld [sr@expertises.info](mailto:sr@expertises.info)