



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

BANQUE DES MEMOIRES

Master 2 Droit privé général

Dirigé par Monsieur le Professeur Laurent LEVENEUR

2018 – 2019

La contractualisation de la vie privée face au droit des données personnelles

Igor KIRILLOV

Sous la direction de Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS

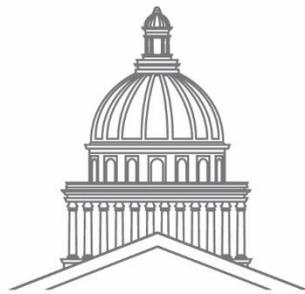
Université Paris II- Panthéon-Assas

Master 2 Recherche de Droit privé général dirigé par

Monsieur le Professeur Laurent Leveneur

Mémoire de recherche

**La contractualisation de la vie privée
face au droit des données personnelles**



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Igor Kirillov

Sous la direction de Monsieur le Professeur

Nicolas Molfessis

Remerciements

Je tiens à remercier tous ceux qui ont contribué à la réalisation de mon mémoire.

Mes remerciements vont notamment au directeur de mon mémoire, Monsieur le Professeur Nicolas MOLFESSIS, qui m'a aidé à définir le cadre de mon travail et qui m'a guidé dans ma recherche.

Je voudrais aussi remercier mes parents pour leur soutien permanent et pour leur confiance inconditionnelle.

Principaux sigles et abréviations

AJCA	Actualité juridique Contrats d'affaires, Concurrence, Distribution
al.	alinéa(s)
art.	article
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. civ. IV	Bulletin des arrêts de la chambre commerciale de la Cour de cassation
C. civ.	Code civil français
CA	Cour d'appel
Cass. Ass. Plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Cass. Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
Cass. Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
cf.	<i>confer</i> (se référer à)
chron.	chronique
CNIL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950
Cour EDH, CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
D.	Recueil Dalloz
Dalloz IP/IT	Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique
e.g.	<i>exempli gratia</i> (par exemple)
éd(s).	éditeur(s)
éd.	édition
et al.	<i>et alii</i> (et autres)

G29	Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>infra</i>	ci-dessous
JCl. Communication	JurisClasseur Communication
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law
JO	Journal officiel de la République française
L. Informatique et Libertés	Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés
LGDJ.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Petites affiches
n°(s).	numéro(s)
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i> (dans l'ouvrage précité)
p. (pp.)	page(s)
para.	paragraphe
<i>préc.</i>	<i>précité(e)</i>
Rappr.	Rapprocher
RGPD	Règlement général sur la protection des données no. 2016/679 du 27 avril 2015
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil général des lois et des arrêts (Sirey)
<i>supra</i>	ci-dessus
v.	voir
Vol.	Volume

Sommaire

Introduction	6
<i>PARTIE I – Les conditions de validité du contrat sur la vie privée remises en question par le droit des données personnelles</i>	10
Chapitre 1. Les vices du consentement face au consentement libre et éclairé	11
Section 1. La différence apparente des caractéristiques du consentement en matière des données personnelles	11
Section 2. L’articulation difficile avec le droit commun des contrats	13
Chapitre 2. L’impossible distinction de la prestation dans un contrat sur la vie privée de l’objet du consentement spécifique	15
Section 1. L’indissociabilité théorique de l’objet du contrat sur la vie privée de l’objet du consentement de la personne concernée	15
Section 2. L’impossibilité pratique de justifier le traitement par l’exécution d’un contrat	20
<i>PARTIE II – La force obligatoire du contrat perturbée par la liberté du consentement et le contrôle de proportionnalité</i>	24
Chapitre 1. La force obligatoire mise en échec par la liberté du consentement	24
Section 1. La force obligatoire non affaiblie par l’éventuelle absence de contrepartie	25
Section 2. La force obligatoire anéantie par le retrait libre du consentement	28
Chapitre 2. La force obligatoire sauvée par les intérêts légitimes de l’acheteur et le contrôle de proportionnalité	31
Section 1. L’irruption nécessaire du contrôle de proportionnalité par voie de l’article 6(1)(f) RGPD	31
Section 2. Le dédoublement critiquable du contrôle au vu du caractère renonçable du droit à la protection de la vie privée	34
Conclusion	37
Bibliographie	38

Introduction

Peut-on monétiser les faits de notre vie privée ? Cette question ne se posait pas pour deux vedettes américaines, Michael Douglas et Catherine Zeta-Jones, quand elles ont décidé de monétiser l'un des événements les plus importants de leur vie – leur mariage. Contre une somme de 1 million de livres sterling, elles ont accordé au magazine people « *OK!* » un droit exclusif de publier les images prises lors d'une cérémonie privée à New-York et de faire leur mieux pour empêcher la prise de photos par les tiers¹. Malgré leurs efforts, un autre photographe a infiltré la cérémonie pour vendre ensuite ses photos à « *Hello!* », concurrent directe de « *OK!* »². Un litige prolongé s'ensuit, et finalement « *OK!* » se voit attribuer 1 026 706 livres sterling de dommages-intérêts³.

Les juridictions britanniques sont parvenues à une telle décision en s'appuyant sur le délit anglais de *breach of privacy*. Or, le droit à la vie privée ainsi que ses composantes (notamment, droit à l'image) étant depuis longtemps classés en France parmi les droits extrapatrimoniaux⁴, on pourrait penser, qu'incessibles, ils ne peuvent faire objet d'aucun contrat. Or, la jurisprudence admet la possibilité à contracter sur son image, sur son nom⁵ et sur les faits de sa vie privée. Notamment, des arrêts récents affirment que « *les dispositions de l'article 9 du code civil (...) relèvent de la liberté contractuelle* »⁶. Mieux, la Cour de cassation a pu se prononcer plusieurs fois sur le régime de telles conventions : elle a admis que « *le consentement à la diffusion d'images de la personne ou de faits de sa vie privée peut être tacite* »⁷ sans méconnaître

¹ *Douglas & Ors v. Hello! Ltd & Ors* [2007] UKHL 21 (02 May 2007), n° 108.

² *Ibid.*, n° 109-111.

³ *Douglas & Ors v Hello Ltd. & Ors* [2005] EWCA Civ 595 (18 May 2005), n° 25.

⁴ J. CARBONNIER, *Droit civil. Volume I*, Paris, PUF, 2017, n° 664.

⁵ V., notamment : Cass. Com., 12 mars 1985, *Bordas*, n° 84-17.163 : Bull. civ. IV, n° 95.

⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, n° 07-19.494 P : D., 2009, p. 100 ; JCP 2009. II. 10025, note Loiseau; CCC 2009. n° 68, obs. Leveneur; RLDC 2009/58, no 3340, obs. Pouliquen; RTD civ. 2009. 295, obs. Hauser ; *ibid.* 342, obs. Revet; RTD com. 2009. 141, obs. Pollaud-Dulian; RDC 2009. 477, obs. Laithier.

⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-20.715 P : D., 2006, p. 2702, obs. Marino.

les exigences tant de l'art. 9 du Code Civil que de l'art. 8(1) de la Conv. EDH⁸ ou que le consentement doit être interprété de façon restrictive⁹.

Ces contrats peuvent revêtir des qualifications différentes, selon l'auteur¹⁰, mais aussi d'un pays à l'autre (*right of publicity* patrimonial distinct aux États-Unis¹¹ c. un droit de la personnalité unique – *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* – en Allemagne¹²). Cependant, il ne faut pas perdre de vue, que du point de vue économique, il s'agit d'un échange très simple, « faits/éléments de la vie privée contre de l'argent ». Quoi qu'on en pense, en réalité, un tel échange existe depuis longtemps, l'analyse contractuelle étant contemporaine d'Alexandre Dumas père¹³. Ce qui montre que la vie privée est en principe susceptible de contractualisation – « *le développement [...], dans l'organisation des relations sociales de l'utilisation du contrat [...] spécialement dans des domaines qui y étaient jusque-là rebelles*¹⁴ ». C'est ce type de contrats qu'il conviendra d'appeler *les contrats sur la vie privée*.

Mais que cette catégorie recouvre-t-elle précisément ? Avant tout, de nombreux contrats passés dans l'industrie de divertissements¹⁵ : entre un interviewé et l'auteur d'un documentaire¹⁶, entre une vedette et un magazine¹⁷, entre le participant d'une télé-réalité et la chaîne de télévision¹⁸, mais aussi, par exemple, du contrat entre un parent et une école Montessori (pour utiliser les photos sur son site)¹⁹. Encore pourrait-on se demander si la catégorie la plus répandue (à tel point qu'elle est consacrée par le législateur pour ce qui est et des mannequins²⁰ et des sportifs²¹ sous le nom « *contrat relatif à l'exploitation commerciale de son image* ») de ses contrats, les contrats

⁸ Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, *Être et avoir*, n° 06-16.278 P : Bull. civ. I, n° 259.

⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011 : D., 2012, p. 765, obs. Dreyer ; RTD civ., 2012, p. 90, obs. Hauser ; JCP, 2012, n° 71, note Loiseau.

¹⁰ Pour un panorama complet des théories, v. J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis SA, 2013, n°s 448-588.

¹¹ E. GAILLARD, « Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux États-Unis (À propos de la jurisprudence Groucho Marx) », *Revue critique de droit international privé*, 1984, n° 1, pp. 1-28.

¹² G. BRÜGGEMEIER, A.C. CIACCHI et P. O'CALLAGHAN (éds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010, pp. 18-25.

¹³ CA Paris, 25 mai 1867, *Dumas c. Liébert*, S.1868.2.41.

¹⁴ P. ANCEL, « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (éds.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 15.

¹⁵ F. ALLARD, « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville (Québec), Éditions Y. Blais, 1997, p. 5.

¹⁶ V. Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011, préc.

¹⁷ V. l'affaire britannique *Douglas & Ors v Hello Ltd. & Ors*, préc.

¹⁸ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Paris, Editions A. Pedone, 2016, p. 221.

¹⁹ Cass. Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-16.903 P.: Bull. civ. II, n° 274.

²⁰ Art. L.7123-6 du code de travail.

²¹ Art. L.222-2-10-1 du code du sport

d'image, doit être traité séparément. À notre avis, si la protection de l'image a des buts légèrement différents²², en ce cas, la dissociation n'est pas justifiée : la catégorie de vie privée est assez large pour inclure cet aspect de la personnalité²³, alors que la jurisprudence utilise dans les deux cas l'art. 9, « matrice des droits de la personnalité »²⁴, pour sanctionner de tels contrats. Par contre, mettons de côté des nombreux contrats (contrats de travail, de transport, de crédit) qui nécessitent l'ingérence dans notre vie privée, mais dans lesquels elle ne sert pas d'objet même au contrat²⁵.

Or, malgré la jurisprudence abondante, il semble que le droit des données personnelles soit à rebours de cette tendance très libérale. Déjà avant le RGPD, un auteur belge se demandait si le droit de demander la suppression des données justifie une révocabilité illimitée des contrats d'image²⁶. De nos jours, l'art. 7(3) RGPD, applicable depuis le 25 mai 2018, dispose clairement que « *La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment* », ce qui *a priori* semble exclure la possibilité de contracter sur les données personnelles, car il ne s'agira jamais d'un vrai engagement de la volonté. Les autres conditions applicables au consentement (art. 6, 7) sont d'ailleurs aussi rédigées de manière à compliquer considérablement la conclusion de tout contrat portant sur les données personnelles²⁷.

Or, l'image de la personne, le nom, et une partie importante des faits de sa vie privée constituent par elle-même les données personnelles²⁸, qui recouvrent « *toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable* »²⁹, au moins tant qu'il s'agit d'un traitement automatisé³⁰ dans le cadre d'une activité non domestique³¹. La majorité des contrats sur la vie privée satisfont ces critères, la plupart

²² P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995, pp. 196-201. – J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n^{os} 1226-1227.

²³ J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n^o 1208.

²⁴ A. LEPAGE, « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la matrice des droits de la personnalité ? », *Gazette du Palais*, 2007, n^o 139, p. 43.

²⁵ F. ALLARD, « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », *op. cit.*, p. 4. – V. aussi *infra* Partie I, Chapitre 2.

²⁶ J.-F. PUYRAIMOND, « La protection des données personnelles : nouveau fondement du droit à l'image », *Auteurs & Media*, 2008, p. 364.

²⁷ T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », in E. DEGRAVE et C. DE TERWANGNE (éds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace : Liber Amicorum Yves Poullet*, Louvain la neuve, Éditions Larcier, 2018, p. 799.

²⁸ V., par exemple, art. 4(14) RGPD. – V. aussi J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, pp. 940-942. – M. ISGOUR et I. SCHMITZ, *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 37-44.

²⁹ Art. 4(1) RGPD.

³⁰ Art. 2(1) RGPD

³¹ Art. 2(2)(c) RGPD.

des données étant aujourd'hui stockées sur les ordinateurs, ce qui suppose *a minima* la conservation automatisée des données (art. 4(2)). Par conséquent, il est difficile de voir comment désormais la personne peut autoriser la diffusion des images et les faits de sa vie privée par voie d'un contrat, notamment de manière irrévocable, sans pour autant méconnaître les dispositions du Règlement.

À partir de ce constat, il convient de se demander si et dans quelle mesure ce droit des données personnelles présente une entorse à la contractualisation des éléments de la vie privée de la personne physique. Autrement dit, quelles sont les difficultés que peuvent éprouver les parties à un contrat sur la vie privée à l'ère du RGPD ?

Première postulat – il est possible de supposer que le RGPD peut créer ces difficultés à deux étapes différentes : d'une part, plus exigeant quant à la formation du contrat, le RGPD peut rendre nul un contrat sinon valable sur la vie privée ; d'autre part, une fois formée, le contrat peut voir sa force obligatoire affaibli, notamment par la révocation du consentement.

Suivant cet ordre naturel du développement d'une relation contractuelle, il conviendra d'étudier dans un premier l'incidence du RGPD sur un contrat sur la vie privée à l'étape de sa formation (Partie 1) pour déterminer ensuite ce qu'il en est au stade de l'exécution (Partie 2).

PARTIE I – Les conditions de validité du contrat sur la vie privée remises en question par le droit des données personnelles

Le contrat sur la vie privée, aussi spécifique qu'il soit³², est un contrat³³ du point de vue du droit français³⁴. Aussi semble-t-il qu'une fois les conditions de l'art. 1128 C. civ. remplies, on puisse justifier le traitement des données personnelles par le fait qu'il « est nécessaire à l'exécution d'un contrat » – l'un des fondements du traitement licite selon l'art. 6(1)(b) RGPD. Or, ce Règlement ne se contente pas d'une simple référence au droit des contrats et ne donne pas carte blanche aux législateurs nationaux.

En effet, les notions utilisées dans le RGPD se substituent partiellement aux conditions de validité nationales, de sorte que l'existence même du contrat peut être remise en question.

Il ne s'agit pas de traiter ici de toutes les conditions de validité. Ainsi, ne seront pas étudiées ici les conditions de forme, ni par rapport au droit français interne (un contrat innomé ne relève pas de la catégorie des contrats solennels³⁵) ni par rapport au RGPD³⁶ ne soumettant en principe le contrat ou le consentement dans le domaine en cause à aucun formalisme particulier. La capacité de contracter quant à elle n'est pas concernée par le RDPG, sauf pour l'hypothèse particulière des contrats en ligne passés par les enfants (art. 8), se rapportant plutôt au droit des personnes³⁷, ce qui dépasse encore le cadre de notre étude.

³² V., par exemple, pour une analyse des diverses théories quant à sa nature J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n^{os} 451-552. – B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (éds.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009, n^{os} 1719-1769.

³³ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011, préc., rendu au visa de l'ancien art. 1134 C. civ.

³⁴ Pour un regard québécois, v. F. ALLARD, « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁵ Art. 1109 C. civ. – G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, France, Editions Dalloz, 2018, n^o 141. – V. aussi Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, préc., qui admet des consentements tacites.

³⁶ Cons. 32 RGPD : « Le consentement devrait être donné par un acte positif [...] par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale ».

³⁷ F. TERRE *et al.*, *Droit civil : les obligations*, 12^e éd., Précis, Paris, Dalloz, 2018, n^o 149.

En revanche, il semble que l'objet du consentement de la personne concernée, dans le RGPD, coïncide à tel point avec l'objet-prestation du contrat civil qu'il n'y a pas lieu de les dissocier et d'essayer de soumettre ce dernier à sa logique propre, hors du régime du RGPD (Chapitre 2). Avant de se plonger dans l'étude de l'objet, il est cependant nécessaire d'aborder brièvement le consentement et ses vices, les notions concurrencées par le concept du *consentement libre et éclairé*, dont la lecture extensive semble fragiliser le contrat pour protéger la partie faible (Chapitre 1).

CHAPITRE 1. LES VICES DU CONSENTEMENT FACE AU CONSENTEMENT LIBRE ET ECLAIRE

Si le RGPD vise à substituer les règles nationales sur les vices de consentement et de dol au niveau européen aux deux simples mots – *libre et éclairé* (Section 1), on ne peut pas être sûr quant à la portée de cette harmonisation (Section 2).

Section 1. La différence apparente des caractéristiques du consentement en matière des données personnelles

On sait bien qu'en droit privé français, le contrôle de l'intégrité du consentement est assuré par la sanction de ses trois vices, à savoir l'erreur, le dol et la violence³⁸. Or, dans le RGPD, on ne retrouve pas ces concepts bien connus ; en revanche, le Règlement introduit la notion du consentement *libre et éclairé*. Souvent utilisé en droit spécial, notamment dans l'art. L.1111-4, al. 4 du code de la santé publique, ce concept fait partie du langage associé avec les droits et libertés fondamentaux. Ainsi, cette formule est souvent employée par la Cour EDH³⁹, mais ne reste pas pour autant totalement étrangère à la jurisprudence française, même en matière du droit au respect de la vie privée⁴⁰.

Quel est pourtant le contenu précis de ses critères ? Certains auteurs considèrent qu'il s'agit tout simplement de la consécration, sous une forme un peu inhabituelle, des

³⁸ *Ibid.*, n^{os} 269-270.

³⁹ CEDH, 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n^o 41069/12, § 25 : D., 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

⁴⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n^o 08-70.248, Bull. civ. I, n^o 21 : « Mme X... avait librement consenti à la reproduction des clichés de son image précisément identifiés ».

vices classiques⁴¹. D'autres – qu'il s'agit de consacrer ici, « en marge des vices du consentement, des vices de volonté⁴² », qui ensemble font partie d'une catégorie plus large des « défauts du consentement »⁴³. Ainsi, la catégorie des vices de volonté doit permettre un contrôle plus approfondi du consentement en cause, nécessaire au vu du caractère fondamental des droits renoncés. Un rapprochement de ces deux positions est possible si on considère que le RGPD, en utilisant la notion du consentement *libre et éclairé*, consacre effectivement les vices du consentement, mais dans leur version renforcée.

En effet, il est difficile de nier que le consentement *libre* soit le pendant de la violence⁴⁴, d'un consentement obtenu sous contrainte, et le consentement *éclairé* – de l'erreur spontanée ou provoquée (le dol)⁴⁵. Évidemment, il était plus approprié de ne pas utiliser les termes ayant un sens spécifique en droit national et leur préférer des notions autonomes, et cela au moins pour deux raisons. Premièrement, le régime des vices du consentement étant forcément différent selon l'État membre concerné, l'utilisation du concept *consentement libre et éclairé* a permis d'éviter des réflexes nationalistes et de forger des véritables concepts autonomes. Cela est d'autant plus important que, sous l'ancienne directive, le concept du consentement avait des interprétations divergentes, fortement impactées par les doctrines nationales⁴⁶. Deuxièmement, cette autonomie des concepts permet de renforcer la protection de la personne concernée. Ainsi, le consentement *éclairé*, semble-t-il, correspond non seulement au dol et à l'erreur, mais aussi à une obligation spéciale de fournir certaines informations⁴⁷ et même aux mesures du formalisme informatif⁴⁸. De même, le consentement *libre* vise bien évidemment à sanctionner la violence, mais aussi les abus de dépendance (notamment, dans l'environnement de travail⁴⁹), sans que l'état de

⁴¹ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, op. cit., p. 332.

⁴² A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, Paris, IRJS Éditions, 2015, p. 158.

⁴³ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁴ R. DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, octobre 2011, n° 214, p. 12.

⁴⁵ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, op. cit., p. 339.

⁴⁶ E. KOSTA, *Consent in European data protection law*, Leiden, Nijhoff, 2013, pp. 147-148.

⁴⁷ C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018, pp. 124-125. – Cf. F. TERRE et al., *Droit civil : les obligations*, 12e éd., op. cit., n° 138.

⁴⁸ Art. 7(2) RGPD pour le consentement écrit. – V. F. TERRE et al., *Droit civil : les obligations*, 12e éd., op. cit., n° 339.

⁴⁹ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », 17/FR WP259 rév.01, 10 avril 2018, pp. 7-8, disponible sur https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_01_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

dépendance existe nécessairement « à l'égard » du responsable (cf. art. 1143⁵⁰), voire une simple contrainte économique⁵¹ ; il sert aussi à invalider certaines clauses abusives (celles qui exigent le consentement à un traitement superflu des données pour l'exécution d'un contrat – art. 7(4) RGPD⁵²). Enfin, malgré le silence du texte, il semble que, à la différence de la nullité relative du droit français (art. 1131 C. civ.), le consentement au traitement qui ne remplit pas ces conditions ne soit pas un fondement valable, sans qu'il soit nécessaire de le constater par voie judiciaire ni par l'accord des parties.

Or, ce régime de protection énergique peut avoir un impact très négatif sur les prévisions des parties. En effet, le législateur européen s'est arrêté à mi-chemin : il a considérablement renforcé la protection de la personne concernée sans pour autant consacrer des critères précis⁵³ pour apprécier la validité du consentement. Il n'y a en effet rien dans le règlement outre les mots « *libre et éclairé* » et quelques exemples de leur application. Comme déjà dit, le législateur n'a même pas pris le soin d'énoncer explicitement la nature de la sanction d'un consentement non conforme. Par conséquent, on est forcé de recourir à un raisonnement au cas par cas, ce qui, pour un outil de protection si puissant, fait que les parties ne peuvent pas connaître à l'avance quelles opérations contractuelles seront jugées conformes au Règlement.

Section 2. L'articulation difficile avec le droit commun des contrats

Le flou inhérent à la notion du consentement *libre et éclairé* est aggravé par le fait qu'on ne sait pas exactement comment elle s'articule avec le droit national, le droit commun des contrats. Les dispositions du RGPD écartent-elles ou complètent-elles les art. 1130-1140 C. civ ? Le groupe de travail « Article 29 » (G29), une autorité chargée d'interpréter les dispositions de l'ancienne directive, remplacée depuis par le RGPD, était d'avis que :

⁵⁰ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n° 340.

⁵¹ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français, op. cit.*, pp. 344-345.

⁵² GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *op. cit.*, pp. 8-11.

⁵³ Cf. le droit français où l'analyse s'effectue *in concreto*, mais selon les critères précis déterminés par le législateur ou dégagés par la jurisprudence. – V. G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil, op. cit.*, n°s 297, 322-328.

Dans ce contexte, pour qu'un contrat soit valable, d'autres critères que ceux mentionnés dans la directive seront pris en compte, comme l'âge, l'influence induite, etc. Il n'y a pas contradiction, mais bien chevauchement, entre le champ d'application du droit civil et celui de la directive. En effet, la directive ne porte pas sur les conditions générales de validité d'un consentement dans le cadre du droit civil, mais elle ne les exclut pas⁵⁴.

On pourrait arriver à la même solution dans le cadre du RGPD en considérant que, les conditions générales de validité d'un consentement n'étant toujours pas prévues par le Règlement (à part les dispositions particulières applicables aux enfants – art. 8), il serait impossible d'exclure le droit commun, et ce dernier s'applique, tant qu'il n'est pas contredit par le RGPD (cf. art. 1105, al. 3 C. civ.⁵⁵).

Or, le Contrôleur européen de la protection des données laisse entendre que l'art. 8(3) RGPD, qui prévoit le maintien du droit commun pour les consentements des enfants, interprété *a contrario*, présuppose que les règles nationales sont évincées dans les autres hypothèses⁵⁶. Si cette solution a l'avantage d'assurer une meilleure harmonisation, le législateur passe encore une fois cette question sous silence, ce qui peut donner lieu à des interprétations divergentes.

À cela s'ajoute une autre interrogation : est-ce que les conditions applicables au consentement au traitement ont un rôle à jouer à l'égard du consentement contractuel ? D'une part, il s'agit d'un motif de traitement distinct (art. 6(1)(b) RGPD), ce qui laisse supposer que le consentement nécessaire pour la formation du contrat s'apprécie par rapport au droit national applicable⁵⁷. D'autre part, dans le cas des contrats sur la vie privée, le consentement au traitement constitue souvent à la fois le consentement contractuel sans qu'il soit possible de les distinguer. Cela signifie-t-il que, quant aux contrats sur la vie privée, chassé par la porte, le droit commun des contrats revient par la fenêtre ? Pour résoudre cette question, il est nécessaire de déterminer si l'objet du consentement au traitement coïncide avec l'objet du consentement contractuel.

⁵⁴ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 15/2011 sur la définition du consentement », 01197/11/FR WP 187, 13 juillet 2011, p. 7, disponible sur https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp187_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

⁵⁵ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 116.

⁵⁶ CONTROLEUR EUROPEEN DE LA PROTECTION DES DONNEES, « Avis 4/2017 sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », 14 mars 2017, p. 21, disponible sur https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

⁵⁷ T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », op. cit., p. 667.

CHAPITRE 2. L'IMPOSSIBLE DISTINCTION DE LA PRESTATION DANS UN CONTRAT SUR LA VIE PRIVÉE DE L'OBJET DU CONSENTEMENT SPECIFIQUE

On voit bien que l'objet du consentement spécifique *RGPD* – données personnelles et leur traitement – et l'objet de l'obligation contractuelle – une prestation – est en réalité une seule et même chose malgré toutes les tentatives de les dissocier (Section 1). Par conséquent, le contrat en tant que tel n'est pas un fondement légitime du traitement des données dans le cadre d'un contrat sur la vie privée (Section 2).

Section 1. L'indissociabilité théorique de l'objet du contrat sur la vie privée de l'objet du consentement de la personne concernée

Avant tout, deux précisions terminologiques s'imposent. Premièrement, pour de nombreux auteurs les contrats sur la vie privée s'analysent comme une cession de droits patrimoniaux (quasi-réels de notoriété⁵⁸, d'exploitation⁵⁹ ou encore des droits voisins⁶⁰ etc.). C'est pourquoi, il convient d'utiliser le terme *objet du contrat* et non pas celui d'*objet de l'obligation*. Cela permet d'éviter la discussion liée à la notion critiquable d'obligation de donner⁶¹ et de prendre en compte que la notion de l'objet peut recouvrir les effets non-obligationnels du contrat⁶². Toujours est-il, et cela est important, que, par l'objet, on entend les prestations principales ou encore l'opération juridique principale voulue par les parties, par opposition aux clauses ou stipulations accessoires des parties⁶³.

Deuxièmement, si le *RGPD* n'utilise pas le terme *objet du consentement*, au minimum, on comprend de sa définition que la personne concernée consent à ce que « des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »⁶⁴ et,

⁵⁸ V., par exemple, J.-M. BRUGUIERE, « « Droits patrimoniaux » de la personnalité : Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD Civ.*, 2016, pp. 1-24.

⁵⁹ J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n°s 562-563.

⁶⁰ C. CARON, « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 1, pp. 29-31.

⁶¹ M. FABRE-MAGNAN, « Le Mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.*, 1995, p. 85.

⁶² P. ANCEL, « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771, 19.

⁶³ F. TERRE *et al.*, *Droit civil : les obligations*, 12e éd., *op. cit.*, n° 356. – Cf. J. GHESTIN, G. LOISEAU et Y.-M. SERINET, *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, Paris, France, LGDJ : Lextenso éditions, 2013, pp. 46-51.

⁶⁴ Art. 4(11) *RGPD*.

en outre, pour une ou plus finalités spécifiques⁶⁵. Ainsi, on peut constater que l'objet du consentement est l'activité du traitement qui est définie par trois caractéristiques : (1) le type de traitement envisagé, (2) des données personnelles précises et (3) à des fins déterminées⁶⁶.

Ainsi, au premier abord, il semble qu'assimiler l'objet – obligation (ou même éventuellement transfert d'un droit) et l'objet – activité de traitement ne soit pas possible. Or, si on se rappelle que le contrat sur la vie privée est conclu pour permettre à l'utilisateur/exploitant de conserver (*e.g.* les photos sur un ordinateur), structurer (*e.g.* utiliser les faits de la vie privée pour écrire un article) et surtout diffuser ces faits (*e.g.* par voie de la publication des photos sur un site Internet ou dans un journal) et que toutes ses opérations constituent un *traitement selon art. 4(2) RGPD*, on se rend compte que l'objet du contrat se limite précisément à l'autorisation de traiter ses données personnelles.

Par cela, même intuitivement, les contrats sur la vie privée se distinguent clairement des autres contrats, tels qu'un prêt bancaire, un contrat d'assurance ou un contrat de travail, dans le cadre desquels le traitement des données n'est pas une fin en soi, mais s'effectue pour analyser la situation financière du client, le parcours professionnel ou académique d'un employé. Comme le note F. Allard :

Ce que nous poursuivons par ce type de contrat n'est pas d'établir un échange entre notre vie privée et quelque autre avantage, mais une opérations juridique particulière qui constitue l'objet principal de chacun de ces contrats et où les incidences sur notre vie privée ne sont qu'accessoire (nous soulignons)⁶⁷.

Quel critère peut-on utiliser pour distinguer ce type de traitement ? À en croire la proposition de Directive concernant certains aspects de fourniture de contenu numérique⁶⁸, les données peuvent servir de contrepartie si et seulement si elles sont apportées « *de façon active* » (art. 3(1)), à l'initiative de la personne concernée. Ici, la

⁶⁵ Art. 6(1)(a) RGPD.

⁶⁶ C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, *op. cit.*, pp. 125-126. – Adde GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *op. cit.*, pp. 13-14.

⁶⁷ F. ALLARD, « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », *op. cit.*, p. 4.

⁶⁸ « Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD)*, 9 décembre 2015, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634> (Consulté le 21 mai 2019).

collecte des données devient une véritable obligation contractuelle de fournir les données⁶⁹, dans le cadre d'un contrat *sui generis*⁷⁰.

Si la proposition traitait d'un contrat à l'économie un peu différente (échange « service numérique contre données »), il serait légitime de supposer qu'une contrepartie, peut également être l'objet principal du contrat. Or, le critère de l'initiative n'est pas applicable en l'espèce, car on peut facilement imaginer une personne fournissant ses données de manière active, notamment par voie de publication sur un réseau social sans que le traitement de ces données constitue l'objet seul et principal du contrat.

En revanche, suivant l'analyse de Mme Arroyo, nous retenons une autre distinction. L'auteur, s'appuyant sur la théorie de l'objet du contrat, opère une distinction entre les renoncements principales et secondaires aux droits fondamentaux, selon que celles-ci sont indispensables ou non à l'existence et à la qualification du contrat⁷¹. Comme le consentement au traitement est en quelque sorte une autolimitation du droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles⁷², on comprend que cette même distinction peut facilement être transposée au traitement des données : si, sans le consentement à un tel traitement, il n'y a point de contrat, il s'agit d'un traitement (et un consentement) principal, qui est inhérent à la prestation et qui est indissociable du contrat même. Par contre, dans les hypothèses d'un traitement secondaire, où, avec ou sans consentement, on est toujours en présence d'un même type de contrat (prêt, prestation de services numériques, contrat de travail), le problème n'apparaît pas⁷³.

Avant de passer aux conséquences de cette fusion des objets, essayons de justifier qu'il existe séparément le consentement au contrat et le consentement au traitement.

Un premier argument s'appuie sur la théorie selon laquelle les droits de la personnalité, de par leur inaliénabilité, ne peuvent pas, par définition, faire l'objet

⁶⁹ A. METZGER, « Data as Counter-Performance : What Rights and Duties do Parties Have ? », *JIPITEC*, avril 2017, vol. 8, n° 1, disponible sur <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528> (Consulté le 21 mai 2019). T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 678.

⁷⁰ J. ROCHFELD, « Le « contrat de fourniture de contenus numériques » : la reconnaissance de l'économie spécifique « contenus contre données » », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15.

⁷¹ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, *op. cit.*, pp. 211-214. – V. aussi A.-A. HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le “membre fantôme” de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2016, n° 20, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/contrats-et-droits-fondamentaux-propos-critiques-sur-le-membre-fantome-de-larticle-1102-al-2-nouveau-du-code-civil/#_ftnref58 (Consulté le 21 mai 2019).

⁷² Cons. 4 RGPD.

⁷³ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, *op. cit.*, p. 221.

d'une cession. En conséquence, le contrat sur la vie privée ne donne en réalité naissance qu'aux droits personnels⁷⁴, c'est-à-dire, selon les auteurs, soit aux obligations de faire (e.g. de réaliser les portraits ou bien un entretien en vue de son diffusion⁷⁵) ou soit seulement aux obligations de ne pas faire (de s'abstenir de l'exercice de son droit de défense⁷⁶). Dans le sillage de cette théorie, si on considère que le contrat se limite à la création du rapport obligationnel et que, au contraire, le consentement selon le RGPD pourrait être une autorisation à conserver et utiliser les données pure et simple, avec une sorte d'effet « réel », « absolu ». Ainsi, on arriverait à une distinction entre l'acte qui crée les obligations de fournir des données et l'acte qui sert à exécuter ces obligations en permettant le traitement même. Ce qui n'est pas sans rappeler la distinction entre le contrat – acte générateur de l'obligation – et l'acte de disposition (*traditio*) qui subsiste dans de nombreux systèmes juridiques, tel droit allemand⁷⁷. Cette théorie pourrait être confortée par la règle de l'art. 7(2), qui non seulement reconnaît l'hypothèse dans laquelle le consentement peut faire partie d'une déclaration écrite qui concerne aussi d'autres questions, mais qui aussi prescrit en ce cas de présenter « la demande de consentement [...] sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions ». C'est dire que le RGPD traite le consentement comme un acte juridique distinct, même s'il s'agit d'une simple clause au sein d'un large *instrumentum*.

Or, cette théorie paraît très artificielle pour au moins deux raisons. Premièrement, ce modèle créerait une nouvelle exception au principe du transfert *solo consensu*, sans une raison particulière, alors que, normalement, pour le transfert différé, il faut soit une volonté des parties à cet effet (par une clause de réitération), soit un objet spécifique (comme une chose de genre), soit une intervention du législateur, qui, elle aussi, n'a lieu que pour une raison particulière, comme par exemple dans la vente à terme d'immeubles à construire (art. 1601-2 C. civ.)⁷⁸.

⁷⁴ B. BEIGNIER, B. de LAMY et E. DREYER (éds.), *Traité de droit de la presse et des médias*, op. cit., n°s 1767, 1779.

⁷⁵ V., par exemple, E. DREYER, « Fasc. 40 : Image des personnes », *JCl. Communication*, 2015, n° 110.

⁷⁶ L. MARINO, « Les contrats portant sur l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, mars 2003, n° 3, pp. 10-12. – Rapp. P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, op. cit., pp. 236, 240. – Cette théorie est assez populaire dans la doctrine suisse où le consentement, unilatéral ou contractuel, de la personne physique est souvent présenté comme un fait justificatif : J.-L. CHENAUX, *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux : étude de droit international privé comparé*, Genève, Droz, 1990, p. 27. – A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999, pp. 118-121.

⁷⁷ A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017, n° 132. – P. MALAURIE, L. AYNES et P.-Y. GAUTIER, *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., Droit civil (Paris), Paris, LGDJ, 2018, n°s 251-252.

⁷⁸ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, op. cit., n° 535. – A. BENABENT, *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, op. cit., n°s 136-140.

Deuxièmement, il est très difficile de nier un effet translatif au contrat sur la vie privée sous prétexte de l'inaliénabilité des droits de la personnalité et reconnaître ce même effet au consentement selon le RGPD, qui porte essentiellement sur un droit de la personnalité – le droit à la protection de ses données personnelles⁷⁹, dont le caractère fondamental est par ailleurs consacré par l'art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. De plus, ce qui vaut pour la doctrine sur la vie privée, vaut pour la doctrine sur les données personnelles⁸⁰. De deux choses l'une : soit la prétendue inaliénabilité des droits de la personnalité n'empêche nullement le transfert de certaines prérogatives patrimoniales, soit elle conduit à ce que tant le contrat que le consentement ne créent que les rapports personnels entre la personne physique et le responsable-exploitant.

Le caractère factice d'un tel raisonnement saute aux yeux si on se replace sur le terrain médical où un problème similaire existe au sujet de la qualification du consentement aux soins. En effet, la doctrine a longtemps essayé d'opérer une distinction entre le *consentement*-contrat principal et l'*assentiment*-accord pour un acte médical spécifique⁸¹. Or, comme le démontre Mme Girer, du point de vue du droit des contrats, les deux actes sont indissociables : sans l'*assentiment*, l'objet du contrat reste indéterminé, et par ce fait, le contrat même n'est pas parfait ; par conséquent, il ne pourrait engendrer les obligations contractuelles⁸². De même, en matière de vie privée, le consentement au traitement ne peut être considéré comme exécution du contrat, car, sans le consentement, il n'y a pas de contrat.

Un autre procédé consisterait à considérer que le consentement de la personne concerné n'est pas un acte d'exécution du contrat, mais, comme le respect d'un devoir légal⁸³, d'une formalité administrative. Encore une fois, il s'agirait, à notre avis, d'un

⁷⁹ J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n° 913. – V. aussi A. BUCHER, *Personnes physiques et protection de la personnalité*, *op. cit.*, pp. 113-115.

⁸⁰ Pour une discussion sur la nature des données personnelles, v., par exemple, L. MARINO et R. PERRAY, « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in J. ROCHFELD (éd.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, France, LGDJ : Lextenso éd., 2010, pp. 65-70. – J. ROCHFELD, « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in E. NETTER et A. CHAIGNEAU (éds.), *Les biens numériques*, Amiens, France, CEPRISCA, 2015, pp. 221-237, disponible sur <http://www.ceprisca.fr/wp-content/uploads/2016/03/2015-CEPRISCA-BIENS-NUMERIQUES.pdf> (Consulté le 19 mai 2019).

⁸¹ M. GIRER, « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », in ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DE LA SANTE (dir.), *Consentement et santé*, Paris, France, Dalloz, 2014, p. 63.

⁸² *Ibid.*, p. 64.

⁸³ T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 667. – Rapp. N. OCHOA, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue française de droit administratif*, novembre 2015, n° 6, p. 1157, qui considère que le consentement est une mesure de simplification administrative.

artifice utilisé pour couper un seul et même acte en deux. En effet, dans cet ordre d'idées, l'atteinte à l'intimité de la vie privée d'autrui sans son consentement étant poursuivi par l'art. 226-1 C. pén., on pourrait dire que le contrat sur la vie privée est conclu pour respecter l'obligation légale et échapper aux poursuites pénales ; or, une fois ce contrat conclu, il faudrait un autre consentement (ou un autre fondement du traitement au sens de l'art. 6), cette fois-ci pour échapper aux amendes administratives prévues par le RGPD (art. 83).

Par conséquent, d'origine légale ou conventionnelle, le consentement au traitement de son objet est indissociable du contrat, ce qui, paradoxalement, empêche l'utilisation de l'art. 6(1)(b) RGPD comme fondement du traitement des données.

Section 2. L'impossibilité pratique de justifier le traitement par l'exécution d'un contrat

L'article 6(1)(b) RGPD dispense le responsable de l'obtention d'un consentement séparé lorsque le « traitement est nécessaire à l'exécution d'un contrat », « dans le cadre d'un contrat »⁸⁴ avec la personne concernée. À première vue, on a l'impression que c'est dans cette catégorie que peuvent entrer les contrats sur la vie privée. Ce serait une solution très opportune, vu qu'à la différence du consentement, ce fondement ne peut être détruit de manière unilatérale par la personne concernée⁸⁵.

Or, le G29 a adopté une approche restrictive et demande que le traitement soit véritablement nécessaire à l'exécution d'un contrat. De surcroît, les seuls exemples de l'utilisation de ce fondement concernent le traitement dans le cadre des contrats de travail⁸⁶ (traitement des coordonnées bancaires aux fins du paiement du salaire), de vente (traitement de l'adresse pour livrer les achats ou les données sur la carte de crédit pour se faire payer⁸⁷) etc. En d'autres termes, il s'agit ici des hypothèses de traitement secondaire, qui ne concernent pas l'objet même du contrat, dans lesquelles les données sont utilisées pour certains modes de livraison et de paiement.

⁸⁴ Cons. 44 RGPD

⁸⁵ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *op. cit.*, p. 26.

⁸⁶ Cons. 155 RGPD

⁸⁷ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », 844/14/FR WP 217, 9 avril 2014, p. 18, disponible sur <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1289> (Consulté le 20 mai 2019).

Il n'est pas certain que ce fondement puisse être utilisé dans le cas d'un contrat sur la vie privée proprement dit. En effet, peut-on considérer que le traitement est *nécessaire* à l'exécution du contrat quand le traitement est le seul et unique objet de ce contrat ? Il est permis de penser que cela n'est pas le cas. D'une part, le traitement n'est pas nécessaire à l'exécution du contrat, il est l'exécution même du contrat ; ainsi, il est difficilement concevable que ce fondement soit valable ici, le traitement ne pouvant pas être « nécessaire à lui-même ».

D'autre part, il paraît qu'admettre une telle interprétation de l'art. 6(1)(b) RGPD équivaldrait à autoriser les entreprises à contourner le recueil nécessaire du consentement dans plusieurs hypothèses et ainsi réduirait la révocabilité du consentement à néant. En prenant l'exemple typique où le traitement est lié à un contrat, mais n'est pas nécessaire à l'exécution de celui-ci, un opérateur mobile ne peut pas utiliser la base de données des abonnés à des fins publicitaires, car cela n'est pas nécessaire à l'exécution d'un contrat de téléphonie ou d'un contrat de services numériques. Pour cela, il est nécessaire de recueillir un consentement séparé. Cependant, si on lui permettait d'utiliser l'art. 6(2)(b) pour procéder à un tel traitement, le responsable commencerait, au lieu de recueillir les consentements, à conclure « les contrats portant traitement des données personnelles » en vertu desquels l'utilisateur permet le traitement contre un petit prix compensé contre les frais de téléphonie (en réalité, il s'agirait d'une remise figurant sur la facture). Or, l'art. 6(2)(b) RGPD ne permettant pas la révocation du consentement⁸⁸, l'équilibre entre les droits des usagers et les intérêts des entreprises serait anéanti. Encore faut-il réserver l'hypothèse d'un contrat à titre gratuit : tout à fait fréquent dans les hypothèses du traitement principal⁸⁹, ici, il pourrait en ce cas facilement être imposé à la personne concernée. Cela ne pourrait être contesté que sur le fondement des dispositions relatives aux clauses abusives.

Cette situation peu satisfaisante provient du fait que les rédacteurs du RGPD n'ont pas voulu distinguer une hypothèse particulière où le consentement ne serait pas lié à un autre contrat, mais constituerait l'objet même du contrat⁹⁰. Cette assimilation

⁸⁸ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *op. cit.*, p. 26.

⁸⁹ Pour un contrat d'image à titre gratuit, v. P. TAFFOREAU, « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, mai 2007, n° 5, pp. 9-10.

⁹⁰ T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 669.

artificielle des traitements *principaux* aux traitements *secondaires* est d'autant plus regrettable que le risque d'abus est considérablement inférieur dans le cas du traitement *principal*. En effet, dans ce cas, la personne concernée tel qu'un mannequin professionnel est souvent « à l'initiative » du traitement, et le traitement correspond à ses souhaits quant aux modalités et conditions⁹¹. En revanche, le traitement accessoire n'est pas tant recherché qu'imposé par le cocontractant, soit comme condition de l'acceptation de l'acte juridique principal (une approche « tout ou rien »), soit offert contre une remise de prix à laquelle il est difficile de renoncer. On n'est pas loin de l'hypothèse des contrats d'adhésion. Ainsi, ici, le consentement est souvent beaucoup moins libre que dans notre hypothèse.

Or, c'est bien l'approche qui en toute vraisemblance suit du Règlement. Ainsi, un auteur analyse l'hypothèse d'un échange « données contre service » et propose une lecture intéressante du critère de nécessité⁹² :

[L]e traitement des données est alors nécessaire à l'exécution d[u] contrat, puisque il constitue la contrepartie économique que reçoit l'éditeur. Sans ce traitement, l'éditeur ne peut pas exécuter sa prestation qui serait alors fourni sans aucune contrepartie, ce qu'il n'a jamais entendu s'engager à faire.

Il admet pourtant tout de suite que cette approche en pratique est condamnée par l'interprétation donnée par le G29⁹³. Mieux, l'utilisation du fondement de l'art. 6(2)(b) pour les contrat de « vente » ou d'« échange » des données personnelles n'est envisagé ni par la doctrine, ni par le législateur. La doctrine s'en tient généralement au principe de révocabilité du consentement, même si le traitement des données constitue une contrepartie⁹⁴. De même, quant à la proposition de Directive concernant certains aspects de fourniture de contenu numérique, le seul texte qui considère expressément les données personnelles comme contrepartie, tant le Contrôleur européen de la protection des données dans son avis⁹⁵ que le Parlement Européen dans les

⁹¹ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, *op. cit.*, pp. 215-216.

⁹² M. BOURGEOIS *et al.*, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, Paris, LexisNexis SA, 2017, pp. 69-70.

⁹³ *Ibid.*, p. 70. – V. GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 15/2011 sur la définition du consentement », *op. cit.*, pp. 20-21.

⁹⁴ A. METZGER, « Data as Counter-Performance : What Rights and Duties do Parties Have ? », *op. cit.*

⁹⁵ CONTROLEUR EUROPEEN DE LA PROTECTION DES DONNEES, « Avis 4/2017 sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *op. cit.*, p. 19.

amendements proposés⁹⁶ partent du constat que « les données comme contrepartie » ne sont pas considérées comme nécessaire à la conclusion ou à l'exécution du contrat.

Ainsi, le fondement de l'art. 6(1)(b) n'étant pas à même de sous-tendre la relation contractuelle dont l'objet est la vie privée, il est nécessaire de recourir à d'autres fondements, à savoir le consentement ou l'intérêt légitime du responsable, qui ne sont pas non plus complètement exempts de précarité.

⁹⁶ COMMISSION DU MARCHÉ INTERIEUR ET DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS et COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « RAPPORT sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)*, 27 novembre 2017, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_FR.html#title3 (Consulté le 20 mai 2019).

PARTIE II – La force obligatoire du contrat perturbée par la liberté du consentement et le contrôle de proportionnalité

Si l'art. 6(1)(b) RGPD a directement traité aux obligations contractuelles, d'autres fondements peuvent aussi servir de fondement au traitement des données personnelles dans le cadre d'un contrat. En particulier, deux fondements sont en théorie suffisamment larges pour accueillir l'hypothèse qui nous intéresse. Le premier trouve sa source dans le consentement pur et simple de la personne concernée, l'exercice de l'autodétermination⁹⁷ permettant de suppléer l'absence d'un fondement plus spécial. De même, la notion de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement dans l'art. 6(1)(f) peut théoriquement servir d'une sorte de clause d'exception⁹⁸ recouvrant les situations qui nécessitent manifestement le traitement, mais qui dépassent des bornes rigides des autres fondements.

Cependant, s'appuyer sur ces deux fondements n'est pas non plus complètement satisfaisant et amène à un régime inachevé des contrats sur la vie privée. Si la *liberté* du consentement au traitement telle que consacré par le RGPD prive le contrat de son caractère contraignant (Chapitre 1), l'intérêt général reste une notion aux contours flous qui prive les contractants d'une sécurité juridique suffisante au profit d'un contrôle de proportionnalité *ad hoc* (Chapitre 2).

CHAPITRE 1. LA FORCE OBLIGATOIRE MISE EN ECHEC PAR LA LIBERTE DU CONSENTEMENT

Quelque incertaine que soit la nature juridique du contrat sur la vie privée, la jurisprudence souscrit à l'idée qu'il s'agit d'un contrat, revêtu de la force obligatoire

⁹⁷ M. BOURGEOIS *et al.*, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, *op. cit.*, p. 66. – GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, pp. 14-15.

⁹⁸ C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, *op. cit.*, p. 140. – Cf. GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, p. 10.

(comme déjà évoqué, un arrêt datant de 2011 a été rendu au visa de l'ancien art. 1134 C. civ.⁹⁹), soumis au principe d'immutabilité et souvent à titre onéreux¹⁰⁰.

Or, l'utilisation du consentement au traitement comme motif légitime remet en cause ces postulats en raison du principe de la *liberté* du consentement¹⁰¹. En l'espèce, le consentement *libre*, de par sa libre révocabilité, brise le principe d'intangibilité du contrat, posé par l'art. 1193 C. civ. (Chapitre 2). En outre, on pourrait craindre qu'un tel consentement ne soit pas valable en présence de la contrepartie financière, soit le prix, ce qui remettrait en cause tous les contrats sur la vie privée à titre onéreux (Chapitre 1).

Section 1. La force obligatoire non affaiblie par l'éventuelle absence de contrepartie

Pourquoi la présence d'une contrepartie financière pourrait affecter le caractère libre du consentement ? Le terme *consentement libre* dans le RGPD est le pendant du vice de violence, plus spécifiquement de la violence économique (art. 1143), mais avec des exigences beaucoup plus contraignantes. Or, « l'homme est à peu près toujours en état de nécessité de gagner sa vie. [...] La contrainte, notamment économique, motive la plupart des renoncements aux droits fondamentaux, comme elle motive la plupart des engagements juridiques »¹⁰². Ainsi, si un mannequin ou un footballeur consent à la diffusion de ses images, ce n'est pas parce qu'il apprécie s'exposer en public, mais parce qu'on le séduit par une promesse de payer une certaine somme en contrepartie. En grossissant le trait, on pourrait dire que, mise à part une rare catégorie de gens qui apprécient vraiment s'exposer, nous sommes tous dans un état de dépendance ; par conséquent en offrant à la personne de l'argent pour qu'il consente à la diffusion des faits de sa vie privée, on rend son consentement en quelque sorte non libre.

À raisonner de cette façon, seuls les consentements donnés sans contrepartie, à titre gratuit (ou au moins, sans aucun paiement supplémentaire) seront vraiment libres. C'est l'idée qui est souvent avancée à propos des renoncements aux droits fondamentaux : ne

⁹⁹ Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011, prèc.

¹⁰⁰ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, prèc.

¹⁰¹ V. *supra* Partie I, Ch. 1.

¹⁰² J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, op. cit., pp. 344-345.

sont pas considérés libres les renoncations au droit à un congé payé ou bien à la liberté syndicale¹⁰³. C'est d'ailleurs vers cet idéal que, semble-t-il, le G29 oriente les responsables : selon lui, quand les usagers sont amenés à « payer » pour le service « gratuit » en ligne en permettant au responsable d'utiliser les données à des fins de prospection, il faut pour assurer le caractère libre du consentement, proposer « une autre version de ses services, où les données à caractère personnel ne serviraient pas à des fins de prospection¹⁰⁴ ».

Pour autant, est-ce que les exigences posées par le RGPD sont tellement élevés qu'elles bloquent tout consentement au traitement des données à titre onéreux ? D'un côté, il semblerait que le législateur européen veut plutôt prévenir le développement de « *la commercialisation ou la monétisation des droits de la personnalité que l'on observe déjà à l'heure actuelle*¹⁰⁵ ». Alors, la voie la plus rapide qui permette de parvenir à ce résultat est l'interdiction totale des actes à titre onéreux portant sur les données : par cela, on alignerait le régime des contrats sur la vie privée sur celui du corps humain et ses éléments, qui ne peuvent faire l'objet que des actes à titre gratuit (art. 16-5 C. civ.). Cette idée d'extra-patrimonialité¹⁰⁶, intrinsèquement liée à la volonté d'empêcher la marchandisation des droits fondamentaux¹⁰⁷, n'est pas du tout étrangère à la notion du consentement libre : au contraire, le paradoxe veut que plus le consentement est avantageux pour l'individu, moins il est libre et plus il est suspect¹⁰⁸.

Cependant, à notre avis, une telle interprétation du Règlement ne s'impose pas. D'un côté, la notion de liberté est assez floue et variable pour pouvoir être interprété dans plusieurs sens. De l'autre, plusieurs indices concordants attestent qu'interdire toute contrepartie financière n'était pas la vraie intention de la notion de consentement libre.

¹⁰³ O. DE SCHUTTER et J. RINGELGEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange. », *CRIDHO Working Papers series*, 1/2005, 2005, pp. 20-22, disponible sur <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CridhoWPs012005.PDF> (Consulté le 20 mai 2019).

¹⁰⁴ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, p. 53.

¹⁰⁵ COMMISSION DU MARCHÉ INTERIEUR ET DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS et COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « RAPPORT sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *op. cit.*

¹⁰⁶ F. TERRE et D. FENOUILLET, *Droit civil : la famille*, Paris, Dalloz, 2011, n° 61.

¹⁰⁷ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, *op. cit.*, pp. 308-317.

¹⁰⁸ O. DE SCHUTTER et J. RINGELGEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange. », *op. cit.*, p. 22.

Premièrement, il apparaît que non seulement la marchandisation de la vie privée¹⁰⁹ et des données personnelles¹¹⁰ existe et n'est pas condamnée en pratique, mais qu'elle est aussi reconnue et validée par la jurisprudence. On a déjà évoqué plusieurs arrêts concernant la vie privée ; reste à signaler un autre¹¹¹ qui déclare hors commerce les fichiers non déclarés à la CNIL, ce qui laisse naturellement supposer que les fichiers déclarés peuvent en théorie faire l'objet d'une vente¹¹². Si une société peut vendre à une autre les données des tiers, pourquoi un tiers ne pourrait-il pas vendre ses propres données ?

Deuxièmement, l'une des composantes principales d'un consentement libre et sa conditionnalité. L'art. 7(4) et cons. 43 RGPD interdisent de subordonner l'exécution d'un contrat au consentement. Or, le Contrôleur européen de la protection des données estime que le consentement n'est pas conditionné s'il y a une alternative payante, mais sans le recueil du consentement¹¹³. On comprend qu'un consentement peut être substitué à un prix ; mais alors ce qui peut être substitué à un prix, doit logiquement pouvoir être échangé contre un prix.

Finalement, comme il s'agit d'un traitement principal, l'utilisateur ne risque d'être privé d'accès à un service essentiel et indispensable dans la société contemporaine qu'il veut obtenir « à tout prix », comme le réseau social¹¹⁴. Tout au plus risque-t-il de ne pas arriver à se dévoiler en public, ce qui peut difficilement être considéré comme un besoin essentiel pour la personne physique.

Ainsi, il est permis de considérer que, comme en général le consentement dans le contrat sur la vie privée n'est pas soumis à une contrainte sérieuse, l'ajout d'une contrepartie pécuniaire ne doit pas en principe remettre en cause la liberté du

¹⁰⁹ J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, op. cit., pp. 316-317.

¹¹⁰ I. LANDREAU *et al.*, *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles : Rapport*, Paris, Think-tank « GenerationLibre », janvier 2018, pp. 77-80, disponible sur <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf> (Consulté le 22 mai 2019).

¹¹¹ Cass. Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037 : D., 2013, p. 1867, note G. Beaussonie ; *ibid.*, 1844, point de vue P. Storrer.

¹¹² H. BARBIER, « Le fichier de clientèle informatisé non déclaré à la CNIL est hors commerce », *RTD Civ.*, 2013, p. 595.

¹¹³ CONTROLEUR EUROPEEN DE LA PROTECTION DES DONNEES, « Avis 5/2016 (préliminaire) du CEPD sur le réexamen de la directive « vie privée et communications électroniques » (directive 2002/58/CE) », 22 juillet 2016, p. 19, disponible sur https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-07-22_opinion_eprivacy_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019). – Rapp. J. SENECHAL, « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCA*, 2016, p. 141.

¹¹⁴ Exemple donné dans GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 15/2011 sur la définition du consentement », op. cit., p. 20.

consentement¹¹⁵. Il n'en demeure pas moins que le principe du retrait libre va bloquer toute indemnisation en cas de résiliation au-delà de la restitution du prix payé.

Section 2. La force obligatoire anéantie par le retrait libre du consentement

Le principe de liberté du consentement ne cesse de jouer au stade de la formation du contrat sur la vie privée. En effet, l'art. 3(7) RGPD dispose en termes très clairs que « la personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment ». Par conséquent, si on fonde notre traitement sur le consentement, et si on se souvient que le consentement contractuel et le consentement au traitement font un, une conclusion inévitable s'impose : en retirant le consentement au traitement, le titulaire des droits de la personnalité est en mesure de résilier unilatéralement le contrat à tout moment¹¹⁶.

Cette approche constitue une rupture avec la jurisprudence antérieure de la Cour de cassation qui jusqu'ici refusait toute analogie avec le droit de retrait consacré par le Code de la propriété intellectuelle¹¹⁷. En effet, celle-ci n'a jamais reconnu l'existence d'un tel droit, alors que certaines des solutions de juridictions inférieures, qui sont citées à l'appui de l'existence du droit de repentir¹¹⁸, n'étaient en réalité que des arrêts d'espèce. Ainsi, dans l'arrêt rendu dans l'affaire de *Dumas père*, la Cour d'appel de Paris a réservé la possibilité de retrait aux conventions tacites et a exclu explicitement l'hypothèse d'un contrat écrit¹¹⁹.

Il peut sembler que la nouvelle solution ne conduise pas à des résultats incongrus, d'autant plus que plusieurs auteurs approuvent¹²⁰ voire plaident¹²¹ pour la consécration d'un tel droit de repentir, même si son cadre diffère (certains considèrent notamment

¹¹⁵ R. DIJOUX, « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *op. cit.*

¹¹⁶ A. METZGER, « Data as Counter-Performance : What Rights and Duties do Parties Have ? », *op. cit.* – T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 666.

¹¹⁷ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, préc., dans lequel un mannequin essayait de sortir de la relation contractuelle en évoquant pour imprécision de l'objet : « les dispositions de l'article 9 du code civil, seules applicables en matière de cession de droit à l'image, à l'exclusion notamment du code de la propriété intellectuelle, relèvent de la liberté contractuelle ». V. aussi Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n° 02-16354 : Bull. civ. II, n° 99 : « le retrait de son consentement sans justification réelle d'un manquement [...] n'était pas légitime ».

¹¹⁸ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, pp. 243-244.

¹¹⁹ CA Paris, 25 mai 1867, préc. : « on ne peut voir raisonnablement, dans le consentement tacite, une concession définitive et perpétuelle du droit de publier les portraits photographiés; qu'il faudrait, pour établir une telle aliénation, une convention formelle et non une tolérance ».

¹²⁰ P. KAYSER, *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, *op. cit.*, p. 244.

¹²¹ C. DESCHANEL-HEBERT, *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur*, Thèse, Avignon, 13 décembre 2017, n°s 603-607, disponible sur <http://www.theses.fr/2017AVIG2059> (Consulté le 22 mai 2019).

qu'il faut un motif légitime pour la rupture¹²²). Après tout, l'art. 1193 C. civ. prévoit lui-même la possibilité des dérogations au principe de *mutuus dissensus*. Celles-ci sont précisément prévues pour protéger les droits fondamentaux (e.g. liberté de travail) et/ou préserver un consentement libre et éclairé¹²³.

Or, un examen plus attentif permet de comprendre qu'en réalité, le législateur va beaucoup plus loin : constatant qu'il est possible de « *retirer son consentement sans subir de préjudice* », le RGPD (cons. 42) bloque, à la différence du remboursement du prix, toute possibilité d'indemnisation des pertes subies par l'exploitant¹²⁴ : « un responsable [...] doit proposer la possibilité de retirer son consentement gratuitement »¹²⁵. Or, c'est cette obligation d'indemniser son contractant qui sert normalement comme facteur dissuasif dans le domaine des droits d'auteur et permet d'éviter les rétractations arbitraires ou abusives¹²⁶.

De ce fait, la faculté de retrait consacré par le RGPD revêt un caractère exorbitant, inédit dans le droit français. À comparer cette faculté de retrait avec d'autres cas de révocation du contrat non-fautive, on s'aperçoit que la force obligatoire est ici affaiblie au maximum. En effet, normalement, si la loi donne cette faculté à la partie, soit elle est limitée dans le temps (le fameux droit de rétractation, évoqué de manière générale dans l'art. 1122 C. civ. qui a une coloration consumériste), soit, comme dans le cas du mandat révocable *ad nutum*, elle est supplétive de volonté et, de surcroît, n'est autorisée que sous réserve d'éventuels abus¹²⁷.

Il semblerait qu'en l'espèce la personne concernée peut rompre la relation contractuelle à tout moment, quand bon lui semble et sans subir aucune conséquence négative. La force obligatoire est à tel point affaiblie qu'il semble légitime de se demander quel est le véritable contenu de l'obligation de la personne concernée si cette dernière peut à tout moment procéder à la résiliation du contrat et ainsi échapper à toute

¹²² T. HASSLER, *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Paris, LexisNexis, 2014, p. 30.

¹²³ H. JUILLET-REGIS, *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2015, n^{os} 755-756.

¹²⁴ T. LEONARD, « Yves, si tu exploitais tes données ? », *op. cit.*, p. 666.

¹²⁵ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *op. cit.*, p. 25.

¹²⁶ C. DESCHANEL-HEBERT, *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur*, *op. cit.*, n^{os} 604-605.

¹²⁷ A. SIRI, *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, Aix-en-Provence, 2011, pp. 116-119. – Y. PAGNERRE, *L'extinction unilatérale des engagements*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012, pp. 542-554.

sanction de l'inexécution. Une comparaison s'impose avec la « mythique »¹²⁸ obligation de donner : en effet, on lui reprochait souvent que le débiteur de cette prétendue obligation « *ne pouvait donc, en aucun cas, se rendre coupable d'une quelconque exécution* »¹²⁹.

À titre d'exemple, dans la situation où la vedette a accordé un droit exclusif d'exploitation des images de sa cérémonie de mariage, mais que, séduit par la proposition plus lucrative du concurrent, elle rompt le contrat original, à la différence de l'art. L121-4 CPI, elle n'est nullement obligée d'offrir les droits d'exploitation à l'acheteur originaire. Une telle fraude pourrait très possiblement être sanctionnée sur le terrain délictuel, celui du non-respect de la situation juridique créée par le contrat (arts. 1200, 1240 C. civ.), mais il s'agit d'une solution très générale et non pas suffisamment sûre, vu que la relation contractuelle originaire a déjà pris fin¹³⁰.

Certes, ce dispositif créé par le RGPD permet avant tout de protéger la personne concernée, une partie faible, et on peut facilement trouver des exemples de telles règles protectrices dans d'autres domaines, notamment dans le domaine du bail. Ainsi, l'art. 12 de la L. du 6 juillet 1989¹³¹ permet au locataire de résilier le contrat (1) à tout moment et (2) sans avoir à mettre en avant un motif légitime. Or, en l'absence des limitations de droit matériel, cette faculté est ici encadrée du point de vue procédural : il faut un préavis de trois mois, une durée qui permet au bailleur de trouver un autre cocontractant et ainsi limiter ses pertes.

Par conséquent, le rôle du contrat en tant qu'acte de prévision est complètement anéanti : en décidant de fonder son traitement sur l'art. 6(1)(a) RGPD, l'exploitant se trouverait dans la situation d'insécurité juridique totale, alors que le retrait potentiel risque causer un préjudice assez important. Imaginons, par exemple, la situation où une photo a été achetée pour illustrer un livre et qu'un tirage d'un million d'exemplaires a déjà été imprimé ; dans cette situation, si la personne dont l'image a été utilisée décide de se rétracter, l'éditeur perdra le tirage sans aucune indemnisation.

¹²⁸ M. FABRE-MAGNAN, « Le Mythe de l'obligation de donner », *op. cit.*

¹²⁹ G. CHANTEPIE et M. LATINA, *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, *op. cit.*, p. 485. – V. aussi J. GHESTIN, « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D., chron.*, 1981, p. 13.

¹³⁰ Cf. Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449 P: R., p. 317; BICC 1er juill. 2008, rapp. Foulquié, avis de Gouttes; JCP 2008. II. 10183, note Kenfack; Gaz. Pal. 2008. 1867, avis de Gouttes; RLDC 2008/51, no 3047, obs. Maugeri; *ibid.*, no 3054, obs. Pichon; RTD civ. 2008. 485, obs. Fages; *ibid.* 498, obs. Gautier; RDC 2008. 1151, obs. Carval.

¹³¹ L. no 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi no 86-1290 du 23 décembre 1986 : JO 8 juillet 1989.

Ainsi le consentement n'est pas non plus un fondement adapté aux besoins du contrat sur la vie privée. Par conséquent, il nous est forcé de recourir au dernier fondement envisageable du traitement – celui de l'intérêt légitime.

CHAPITRE 2. LA FORCE OBLIGATOIRE SAUVÉE PAR LES INTERETS LEGITIMES DE L'ACHETEUR ET LE CONTROLE DE PROPORTIONNALITE

Si le critère utilisé par l'art. 6(1)(f) RGPD, de par sa souplesse, peut abriter les contrats sur la vie privée, son application entraîne nécessairement le recours à la technique du contrôle de proportionnalité (Section 1). Or, il n'est pas acquis qu'un tel contrôle *in concreto* soit nécessaire en l'espèce (Section 2).

Section 1. L'irruption nécessaire du contrôle de proportionnalité par voie de l'article 6(1)(f) RGPD

Est-ce que le fondement prévu par l'art. (6)(1)(f), « l'intérêt légitime » du responsable sous réserve des « libertés et droits fondamentaux » prévalents, peut pallier aux insuffisances des autres fondements, qu'on a pu évoquer avant, et ainsi « sauver » notre contrat sur la vie privée ? Le premier examen de cette disposition semble donner une réponse positive.

En effet, l'art. 6(1)(f) présente en toute évidence une catégorie résiduelle¹³². Certes, cette « formule sibylline » est souvent critiquée pour son flou¹³³, ce qui a le potentiel de créer une « porte ouverte » à toutes sortes des abus¹³⁴ et à justifier un abaissement considérable du niveau de protection, vidant le principe de consentement de sa substance¹³⁵. Toujours est-il que, comme l'explique clairement le G29, cette catégorie n'est pas une clause d'exception et peut être valablement utilisée pour légitimer un

¹³² C. BURTON *et al.*, *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 97.

¹³³ A. LEPAGE, « Consentement et protection des données à caractère personnel », in J.-L. GIROT (éd.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 242-243.

¹³⁴ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, pp. 5, 55. – C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, *op. cit.*, p. 140.

¹³⁵ A. LEPAGE, « Consentement et protection des données à caractère personnel », *op. cit.*, p. 242.

traitement par une analyse *in concreto* des intérêts en jeu, là où leur appréciation *in abstracto* incarnée par le législateur dans les autres critères préétablis ne s'avère pas suffisant¹³⁶.

Par ailleurs, cette catégorie semble être la mieux placée pour accueillir les contrats sur la vie privée. Deux choses en attestent. *Primo*, le G29 admet que ce fondement puisse être utilisé pour élargir un peu la portée des autres fondements : il s'agit, par exemple, d'un traitement qui, sans être strictement *nécessaire*, « reste néanmoins pertinent pour l'exécution d'un contrat ». Comme l'intérêt légitime à conclure les conventions contraignantes sur la vie privée est reconnu par le droit français, ces conventions étant systématiquement validées par la Cour de cassation, « cet intérêt légitime pèse lourd dans la balance »¹³⁷.

Secundo, art. 85 RGPD incite les États membres à utiliser le même procédé de mise en balance pour déroger, si nécessaire, aux dispositions du Règlement, notamment à l'art. 6 RGPD, si cela est nécessaire pour préserver le droit à la liberté d'expression et d'information, notamment dans le domaine journalistique, artistique ou littéraire. Or, l'utilisation des faits de la vie privée et les images dans différents œuvres et médias (*e.g.* pour le contenu d'un article ou pour illustrer un magazine de mode) n'est-elle pas l'hypothèse la plus fréquente des contrats sur la vie privée ? Bien sûr, certaines utilisations des images qui sont d'ailleurs assez loin de l'acceptation traditionnelle de la vie privée entrent difficilement dans ces catégories : il s'agit notamment de l'utilisation des images à des fins publicitaires, purement commerciales et promotionnelles (cf. l'affaire américaine concernant la vente par un entrepreneur américain des bijoux, assiettes et poupées portant le nom ou le visage de feu princesse Diana¹³⁸). Cependant, on peut considérer que cette disposition donne une piste de raisonnement à suivre en la matière.

Néanmoins, malgré les avantages incontestables de ce fondement, il ne résout pas complètement, mais plutôt déplace le problème. Le législateur européen ayant

¹³⁶ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, p. 10.

¹³⁷ *Ibid.*, p. 40 : « Plus il est reconnu explicitement dans la législation ou dans d'autres instruments réglementaires – contraignants ou non pour les responsables du traitement – ou même dans la culture de la collectivité concernée, sans qu'il existe de base juridique précise, que les responsables du traitement peuvent prendre des mesures et traiter des données afin de poursuivre un intérêt particulier, plus cet intérêt légitime pèse lourd dans la balance ». – V. aussi, approuvant cette analyse, M. BOURGEOIS *et al.*, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹³⁸ Lord Simon Cairns v. Franklin Mint Co. 292 F.3d 1139 (9th Cir. 2002).

finalement renoncé, malgré le projet initial¹³⁹, à l'idée de dresser une liste préétablie des situations dans laquelle la conciliation des intérêts est présumée, cette dispositions crée une forte insécurité juridique¹⁴⁰. En effet, cette disposition est interprétée dans le sens qu'elle peut être utilisée pour valider des catégories assez larges du traitement (*e.g.* le traitement aux fins du recouvrement de créances¹⁴¹), mais cela ne veut pas pour autant dire qu'on peut à l'avance être sûr que tous les traitements de tel ou tel type seront validés en bloc.

Bien au contraire, toute l'idée de la disposition est d'imposer au responsable la mise en balance dans chaque situation spécifique (ainsi, par exemple, les opération de recouvrement « devraient être appréciées [...] compte tenu, entre autres, du degré d'ingérence et de l'incidence sur la personne concernée¹⁴² »), ce qui rend très difficile la mise en place d'un régime prévisible et concret pour les contrats sur la vie privée.

En revanche, on voit bien qu'on n'est pas loin ici du procédé qu'on connaît dans le droit commun sous le nom « contrôle de proportionnalité », procédé de contrôle *in concreto* qui, à l'instar de la Cour EDH, est souvent utilisé par la Cour de cassation ces dernières années pour écarter ponctuellement, dans un cas concret, une disposition législative ou une stipulation contractuelle, qui serai autrement complètement licite, pour violation des droits fondamentaux¹⁴³.

D'ailleurs, il est difficile de nier les similitudes entre l'art. 6(1)(f) RGDP et l'art. 1102, al. 2, projeté, C. civ., selon lequel la liberté contractuelle ne saurait « *porter atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux relations entre personnes privées, à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché*¹⁴⁴ » (nous soulignons). Or, cette disposition a au bout du compte disparu¹⁴⁵ de la version finale de

¹³⁹ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, p. 9.

¹⁴⁰ C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, *op. cit.*, p. 140.

¹⁴¹ GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *op. cit.*, p. 20.

¹⁴² *Ibid.*, p. 69.

¹⁴³ V., par exemple, C. KLEITZ, « Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne ». Entretien avec Pascal Chauvin, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 2016, n° 43, p. 10.

¹⁴⁴ A.-A. HYDE, « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil », *op. cit.*

¹⁴⁵ Pour l'appréciation critique de cette disposition et de sa disparition, v. *Ibid.* – N. DISSAUX et C. JAMIN, *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 4-5.

l'Ordonnance du 10 février 2016¹⁴⁶. Au vu de cela, était-il vraiment judicieux d'insister sur le contrôle de proportionnalité dans ce domaine spécifique ? On pourrait en douter eu égard au caractère renonçable du droit à la protection de la vie privée et au fait que ce contrôle ne nécessite vraiment pas encore une autre consécration spécifique, découlant directement des exigences supra-législatives, qu'elles soient situées au niveau de la Constitution ou des conventions internationales.

Section 2. Le dédoublement critiquable du contrôle au vu du caractère renonçable du droit à la protection de la vie privée

Comme déjà expliqué, pour ce qui est des contrats sur la vie privée, l'art. 6(1)(f) RGPD se contente de réitérer le principe de contrôle de proportionnalité sans pour autant préciser en quoi et dans quelle mesure ce contrôle impacte le jeu normal du droit commun des contrats.

Il s'agit d'une solution assez critiquable, et on voit bien que le législateur s'est abstenu de prendre parti pour ou contre la possibilité spécifique de renoncer à son droit à la protection des données dans ce domaine spécifique, comme d'ailleurs dans bien d'autres domaines différents, laissant en réalité les autorités de protection des données nationales se charger de ces questions. Or, comme l'affirme Y. Pouillet dénonçant la pauvreté des formules utilisées, « la pesée d'intérêts peut et doit, dans certains cas, s'opérer non à un niveau individuel mais au regard d'une réflexion de nos sociétés¹⁴⁷ ».

Mais, mettant ces regrets de côté, il est permis en outre de se demander quel peut être l'intérêt de ce contrôle dans le domaine qui nous intéresse. En effet, le droit au respect de la vie privée, surtout dans ses volets « droit à l'image » et/ou « le droit de contrôler la divulgation des faits de la vie privée », est considéré unanimement comme un droit fondamental renonçable par excellence : c'est bien le premier exemple qui est cité dans les ouvrages sur la contractualisation des droits fondamentaux¹⁴⁸.

¹⁴⁶ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : JO 11 février 2016, n° 26.

¹⁴⁷ C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, op. cit., p. 19.

¹⁴⁸ V., par exemple, J. MESSINA, « Le consentement en matière de renonciation aux droits fondamentaux », in *Le consentement : actes du colloque de l'École doctorale droit et science politique (ED 461), le 15 juin 2017*, Montpellier, 2018, pp. 136-137. – J. ARROYO, *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, op. cit., pp. 124-128. – A.-A. HYDE, *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, op. cit., pp. 134-138.

Il en va de même pour la Cour EDH. Parfois, elle laisse penser que le consentement n'est que l'un des facteurs parmi plusieurs autres, telles la notoriété de la personne concernée, la contribution de la publication au débat d'intérêt général, dont « la Cour tient compte¹⁴⁹ » dans le cadre de la mise en balance. Or, en réalité, la Cour n'est pas en général prête à condamner un État en présence d'un consentement à la divulgation des faits de sa vie privée, pas plus qu'elle n'est prête à condamner les conventions d'arbitrage pour violation du droit à un procès équitable pour ne pas trop limiter la liberté contractuelle : « Telle renonciation ne se heurte pas à la Convention pour autant qu'elle soit libre, licite et sans équivoque¹⁵⁰ ». D'ailleurs, pour elle, la vie privée comprend précisément « des informations personnelles dont un individu peut légitimement attendre qu'elles ne soient pas publiées sans son consentement » (nous soulignons)¹⁵¹. C'est pourquoi, on peut difficilement imaginer que la Cour EDH, qui est prête à valider les pratiques sadomasochistes extrême tant qu'il y a un consentement¹⁵², pourrait condamner un simple contrat d'images.

Tout au plus pourrait-on penser que, le contrôle substantiel dans le domaine réduit à néant, il s'opère désormais sur le terrain procédural¹⁵³ ou bien pour éviter que soit atteint le noyau dur d'un droit fondamental, notamment la dignité humaine¹⁵⁴.

Or, un tel contrôle procédural découle déjà de la notion du *consentement libre et éclairé*, qu'elle soit basée sur l'art. 7 RGPD ou découle de la jurisprudence des instances constitutionnelles et supranationales. De même, la protection du noyau dur des droits en question est prise en charge par l'exigence de spécificité du consentement et le principe de respect des finalités de traitement, qui est déjà inscrit dans le

¹⁴⁹ CEDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c/ France*, n° 40454/07, § 86 et jurisprudence citée : D., 2016, p. 116, note J.-F. Renucci ; RTD Civ., 2016., p. 81, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 297, obs. J.-P. Marguénaud : « la Cour tient compte de la manière dont l'information ou la photographie a été obtenue. En particulier, elle accorde de l'importance au fait que le consentement des personnes concernées a été recueilli ». – V. aussi Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n°. 16-28.741 P.

¹⁵⁰ CEDH, 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n° 41069/12, préc., § 25.

¹⁵¹ V. CEDH, 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, § 83 et jurisprudence citée.

¹⁵² M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1^{re} sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique) », D., 2005, p. 2973.

¹⁵³ S. CHASSARD-PINET, « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit: mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, p. 247. – O. DE SCHUTTER et J. RINGELGEIM, « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange. », *op. cit.*, p. 40.

¹⁵⁴ V., par exemple, CEDH, 23 mars 2017, *A.-M. V. c/ Finlande*, n° 53251/13, § 90 : AJ fam., 2017, p. 304, obs. V. Montourcy. – CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12 : D., 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.*, 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam., 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *ibid.* 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; RTD civ. 2015. 325, obs. J.-P. Marguénaud.

Règlement¹⁵⁵ et en tout cas a déjà été consacré de manière prétorienne par la Cour de cassation¹⁵⁶, vraisemblablement sur la base de la notion de l'objet de la prestation¹⁵⁷. Ce critère de spécificité peut notamment être utilisé pour faire tomber les clauses de « cession en bloc » qui sont souvent pratiquées par les réseaux sociaux et qui sont particulièrement attentatoires aux droits de la personnalité, permettant une réutilisation illimitée de l'information privée¹⁵⁸.

Par conséquent, si la possibilité de recourir à l'art. 6(1)(f) RGPD pour sauver les contrats sur la vie privée est bienvenue, il s'agit d'un pis-aller qui engendre, sans rien apporter de neuf, une forte insécurité juridique. Au maximum, l'art. 6(1)(f) peut servir comme un nouveau visa justifiant l'exigence d'un consentement spécifique pour le contrat sur la vie privée.

Le Règlement est forcément le produit d'un compromis, mais il est permis de penser que le législateur aurait pu malgré tout faire preuve de plus de précision pour rendre plus clair et plus explicite le régime des traitements principaux des données personnelles.

¹⁵⁵ M. BOURGEOIS *et al.*, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, *op. cit.*, p. 71. – C. de TERWANGNE et K. ROSIER (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, *op. cit.*, pp. 123-124.

¹⁵⁶ Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, préc. : « l'objet de la transmission doit être précisément déterminé, ce qui implique que le domaine d'exploitation des droits cédés soit délimité quant à son étendue et à sa destination, quant au lieu et quant à la durée ; [...] dès lors que, comme en l'espèce, les parties avaient stipulé de façon suffisamment claire les limites de l'autorisation donnée quant à sa durée, son domaine géographique, la nature des supports, et l'exclusion de certains contextes ».

¹⁵⁷ J.-C. SAINT-PAU (éd.), *Droits de la personnalité*, *op. cit.*, n^{os} 581, 584, 586.

¹⁵⁸ V. pour l'analyse d'une affaire américaine où les images d'une personne mineure nue, cédées pour être utilisées dans un album photographique spécialisé, ont été reproduites dans une revue érotique *Hustler*.

Conclusion

L'étude entreprise montre à quel point il est parfois difficile de concilier le droit commun issu du code civil avec différents droits spéciaux. Ici, cette conciliation est peu réussie, le RGPD reste à la fois trop rigide et trop imprécis. Trop rigide car le Règlement, conçu essentiellement en vue de protéger les usagers contre les réseaux sociaux, ne prend pas suffisamment en compte les autres hypothèses. Notamment, les traitements principaux, faisant l'objet même du contrat et beaucoup moins attentatoires aux droits fondamentaux, sont ignorés du RGPD. Ces contrats ne peuvent ni reposer sur le consentement (art. 6(1)(a)), trop facilement révoquant, ni être « nécessaires » à l'exécution d'eux-mêmes (art. 6(1)(b)). Abrisés par le dernier fondement – « intérêt légitime » (art. 6(1)(f)), ils deviennent victimes de l'insécurité juridique engendrée par le caractère trop abstrait de cette notion générale et l'inévitable contrôle de proportionnalité, qui s'ajoute au contrôle procédural imparfait du consentement.

Peut-on sortir de ce flou ? Certes, la révision du RGPD dans un avenir proche reste peu probable. On pourrait pourtant envisager que les législateurs nationaux prennent le relais et, grâce à l'option ouverte par l'art. 85 RGPD, écartent ce mécanisme trop abstrait de mise en balance pour édicter un régime plus précis pour un certain nombre des contrats sur la vie privée. Le législateur français ne s'est pas encore emparé de cette opportunité, et l'art. 67 L. Informatique et Libertés n'admet que des dérogations très ponctuelles au régime mis en place par le RGPD. Il est permis toutefois d'espérer qu'il pourrait profiter de l'expérience des pays voisins, qui ont prévu les aménagements beaucoup plus importants afin de renforcer les contrats sur la vie privée dans ce domaine, notamment par voie de suppression de fait du principe même de révocabilité du consentement¹⁵⁹.

¹⁵⁹ En Belgique, l'art. 24 de la Loi du 30 juillet 2018 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel (Moniteur Belge, 05 septembre 2018, p. 68616) écarte l'art. 7 RGPD qui traite des conditions applicables au consentement dans ce domaine. Au Royaume-Uni, le *Data Protection Act 2018 (c 12), schedule 2, part 5* fait la même chose et, de plus, prévoit un renvoi aux *BBC Editorial Guidelines* dont l'art. 6.4.9. interdit le retrait du consentement. – « BBC editorial guidelines », s.d., disponible sur <https://www.bbc.co.uk/editorialguidelines/guidelines> (Consulté le 20 mai 2019).

Bibliographie

I. OUVRAGES ET THÈSES

ARROYO, J., *La renonciation aux droits fondamentaux : étude de droit français*, Paris, Editions A. Pedone, 2016.

BEIGNIER, B., LAMY, B. de et DREYER, E. (éds.), *Traité de droit de la presse et des médias*, Paris, Litec, 2009.

BENABENT, A., *Droit des contrats spéciaux civils et commerciaux*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, 2017.

BOURGEOIS, M. *et al.*, *Droit de la donnée : principes théoriques et approche pratique*, Paris, LexisNexis SA, 2017.

BRÜGGEMEIER, G., CIACCHI, A.C. et O'CALLAGHAN, P. (éds.), *Personality Rights in European Tort Law*, Cambridge, 2010.

BUCHER, A., *Personnes physiques et protection de la personnalité*, Bâle, Helbing & Lichtenhahn, 1999.

BURTON, C. *et al.*, *Vers un droit européen de la protection des données ?*, Bruxelles, Larcier, 2017.

CARBONNIER, J., *Droit civil. Volume I*, Paris, PUF, 2017.

CHANTEPIE, G. et LATINA, M., *Le nouveau droit des obligations : commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Paris, France, Editions Dalloz, 2018.

CHENAUX, J.-L., *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux : étude de droit international privé comparé*, Genève, Droz, 1990.

DISSAUX, N. et JAMIN, C., *Projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations : rendu public le 25 février 2015 : commentaire article par article*, Paris, Dalloz, 2015.

GHESTIN, J., LOISEAU, G. et SERINET, Y.-M., *La formation du contrat. Tome 2, l'objet et la cause, les nullités*, Paris, France, LGDJ : Lextenso éditions, 2013.

HASSLER, T., *Le droit à l'image des personnes : entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, Paris, LexisNexis, 2014.

HYDE, A.-A., *Les atteintes aux libertés individuelles par contrat : contribution à la théorie de l'obligation*, Paris, IRJS Éditions, 2015.

ISGOUR, M. et SCHMITZ, I., *Le droit à l'image*, Bruxelles, Larcier, 2014.

KAYSER, P., *La protection de la vie privée par le droit : protection du secret de la vie privée*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1995.

KOSTA, E., *Consent in European data protection law*, Leiden, Nijhoff, 2013.

LANDREAU, I. *et al.*, *Mes data sont à moi. Pour une patrimonialité des données personnelles : Rapport*, Paris, Think-tank « GenerationLibre », janvier 2018, disponible sur <https://www.generationlibre.eu/wp-content/uploads/2018/01/2018-01-generationlibre-patrimonialite-des-donnees.pdf> (Consulté le 22 mai 2019).

MALAURIE, P., AYNES, L. et GAUTIER, P.-Y., *Droit des contrats spéciaux*, 10e éd., Droit civil (Paris), Paris, LGDJ, 2018.

PAGNERRE, Y., *L'extinction unilatérale des engagements*, Paris, Éd. Panthéon-Assas, 2012.

SAINT-PAU, J.-C. (éd.), *Droits de la personnalité*, Paris, LexisNexis SA, 2013.

SIRI, A., *Le mutuus dissensus : notion, domaine, régime*, Aix-en-Provence, 2011.

TERRE, F. et FENOUILLET, D., *Droit civil : la famille*, Paris, Dalloz, 2011.

TERRE, F. *et al.*, *Droit civil : les obligations*, 12e éd., Précis, Paris, Dalloz, 2018.

TERWANGNE, C. de et ROSIER, K. (éds.), *Le règlement général sur la protection des données (RGPD/GDPR) : analyse approfondie*, Bruxelles, Editions Larcier, 2018.

DESCHANEL-HEBERT, C., *Le droit patrimonial à l'image : émergence d'un nouveau droit voisin du droit d'auteur*, Thèse, Avignon, 13 décembre 2017, disponible sur <http://www.theses.fr/2017AVIG2059> (Consulté le 22 mai 2019).

JUILLET-REGIS, H., *La force obligatoire du contrat, réflexion sur l'intérêt au contrat*, Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas, 2015.

ALLARD, F., « La vie privée : cet obscur objet de la prestation contractuelle », in *Mélanges offerts par ses collègues de McGill à Paul-André Crépeau*, Cowansville (Québec), Éditions Y. Blais, 1997.

II. ARTICLES, CHRONIQUES, NOTES

ANCEL, P., « Force obligatoire et contenu obligationnel du contrat », *RTD Civ.*, 1999, p. 771.

ANCEL, P., « Contractualisation et théorie générale du contrat : quelques remarques méthodologiques », in S. CHASSAGNARD-PINET et D. HIEZ (éds.), *Approche renouvelée de la contractualisation*, Aix-en-Provence, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2007, p. 15.

BARBIER, H., « Le fichier de clientèle informatisé non déclaré à la CNIL est hors commerce », *RTD Civ.*, 2013, p. 595.

BRUGUIERE, J.-M., « « Droits patrimoniaux » de la personnalité : Plaidoyer en faveur de leur intégration dans une catégorie des droits de la notoriété », *RTD Civ.*, 2016, pp. 1-24.

CARON, C., « Un nouveau droit voisin est né : le droit patrimonial sur l'image », *Communication Commerce électronique*, 2006, n° 1, pp. 29-31.

CHASSARD-PINET, S., « Les droits fondamentaux à l'épreuve du lien contractuel », in *Libre droit: mélanges en l'honneur de Philippe Le Tourneau*, Paris, Dalloz, 2008, pp. 225-249.

DE SCHUTTER, O. et RINGELGEIM, J., « La renonciation aux droits fondamentaux. La libre disposition du soi et le règne de l'échange. », *CRIDHO Working Papers series, 1/2005*, 2005, disponible sur <https://sites.uclouvain.be/cridho/documents/Working.Papers/CridhoWPs012005.PDF> (Consulté le 20 mai 2019).

DIJOUX, R., « La renonciation contractuelle aux droits fondamentaux », *LPA*, octobre 2011, n° 214, p. 12.

FABRE-MAGNAN, M., « Le Mythe de l'obligation de donner », *RTD Civ.*, 1995, p. 85.

FABRE-MAGNAN, M., « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 1re sect., 17 février 2005, K. A. et A. D. c/ Belgique) », *D.*, 2005, p. 2973.

GAILLARD, E., « Les conflits de lois relatifs au droit patrimonial à l'image aux États-Unis (À propos de la jurisprudence Groucho Marx) », *Revue critique de droit international privé*, 1984, n° 1, pp. 1-28.

GHESTIN, J., « Réflexion d'un civiliste sur la clause de réserve de propriété », *D., chron.*, 1981, p. 1.

GIRER, M., « La qualification juridique du consentement aux soins : accord contractuel, droit fondamental de la personne ? », in ASSOCIATION FRANÇAISE DE DROIT DE LA SANTE (dir.), *Consentement et santé*, Paris, France, Dalloz, 2014.

HYDE, A.-A., « Contrats et droits fondamentaux : propos critiques sur le "membre fantôme" de l'article 1102 al. 2 nouveau du Code civil », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, 2016, disponible sur http://www.revuedlf.com/droit-civil-patrimonial/contrats-et-droits-fondamentaux-propos-critiques-sur-le-membre-fantome-de-larticle-1102-al-2-nouveau-du-code-civil/#_ftnref58 (Consulté le 21 mai 2019).

KLEITZ, C., « Contrôle de proportionnalité : « Une nécessaire adaptation aux exigences de la jurisprudence européenne ». Entretien avec Pascal Chauvin, magistrat, président de chambre à la Cour de cassation », *Gazette du Palais*, 2016, n° 43, p. 10.

LEONARD, T., « Yves, si tu exploitais tes données ? », in E. DEGRAVE et C. DE TERWANGNE (éds.), *Law, norms and freedoms in cyberspace : Liber Amicorum Yves Pouillet*, Louvain la neuve, Éditions Larcier, 2018, p. 799.

LEPAGE, A., « Consentement et protection des données à caractère personnel », in J.-L. GIROT (éd.), *Le harcèlement numérique*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 227-251.

LEPAGE, A., « L'article 9 du Code civil peut-il constituer durablement la matrice des droits de la personnalité ? », *Gazette du Palais*, 2007, n° 139, p. 43.

MARINO, L., « Les contrats portant sur l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, mars 2003, n° 3, pp. 10-12.

MARINO, L. et PERRAY, R., « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », in J. ROCHFELD (éd.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, France, LGDJ : Lextenso éd., 2010.

MESSINA, J., « Le consentement en matière de renonciation aux droits fondamentaux », in *Le consentement : actes du colloque de l'École doctorale droit et science politique (ED 461), le 15 juin 2017*, Montpellier, 2018, pp. 133-146.

METZGER, A., « Data as Counter-Performance : What Rights and Duties do Parties Have ? », *JIPITEC*, avril 2017, vol. 8, n° 1, disponible sur <http://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528> (Consulté le 21 mai 2019).

OCHOA, N., « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue française de droit administratif*, novembre 2015, n° 6, p. 1157.

PUYRAIMOND, J.-F., « La protection des données personnelles : nouveau fondement du droit à l'image », *Auteurs & Media*, 2008, p. 364.

ROCHFELD, J., « Contre l'hypothèse de la qualification des données personnelles comme des biens », in E. NETTER et A. CHAIGNEAU (éds.), *Les biens numériques*, Amiens, France, CEPRISCA, 2015, pp. 221-237, disponible sur <http://www.ceprisca.fr/wp-content/uploads/2016/03/2015-CEPRISCA-BIENS-NUMERIQUES.pdf> (Consulté le 19 mai 2019).

ROCHFELD, J., « Le « contrat de fourniture de contenus numériques » : la reconnaissance de l'économie spécifique « contenus contre données » », *Dalloz IP/IT*, 2017, p. 15.

SENECHAL, J., « La diversité des services fournis par les plates-formes en ligne et la spécificité de leur rémunération, un double défi pour le droit des contrats », *AJCA*, 2016, p. 141.

TAFFOREAU, P., « L'être et l'avoir ou la patrimonialisation de l'image des personnes », *Communication Commerce électronique*, mai 2007, n° 5, pp. 7-11.

III. DIVERS

« BBC editorial guidelines », s.d., disponible sur <https://www.bbc.co.uk/editorialguidelines/guidelines> (Consulté le 20 mai 2019).

COMMISSION DU MARCHÉ INTERIEUR ET DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS et COMMISSION DES AFFAIRES JURIDIQUES, « RAPPORT sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *COM(2015)0634 – C8-0394/2015 – 2015/0287(COD)*, 27 novembre 2017, disponible sur http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0375_FR.html#title3 (Consulté le 20 mai 2019).

CONTROLEUR EUROPEEN DE LA PROTECTION DES DONNEES, « Avis 5/2016 (préliminaire) du CEPD sur le réexamen de la directive « vie privée et communications électroniques » (directive 2002/58/CE) », 22 juillet 2016, disponible sur https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/16-07-22_opinion_eprivacy_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

CONTROLEUR EUROPEEN DE LA PROTECTION DES DONNEES, « Avis 4/2017 sur la proposition de directive concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », 14 mars 2017, disponible sur https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/17-03-14_opinion_digital_content_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

DREYER, E., « Fasc. 40 : Image des personnes », *JCl. Communication*, 2015.

GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 15/2011 sur la définition du consentement », *01197/11/FR WP 187*, 13 juillet 2011, disponible sur https://cnpd.public.lu/dam-assets/fr/publications/groupe-art29/wp187_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Avis 06/2014 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 », *844/14/FR WP 217*, 9 avril 2014, disponible sur <https://www.dataprotection.ro/servlet/ViewDocument?id=1289> (Consulté le 20 mai 2019).

GROUPE DE TRAVAIL « ARTICLE 29 », « Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679 », *17/FR WP259 rév.01*, 10 avril 2018, disponible sur https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/ldconsentement_wp259_rev_0.1_fr.pdf (Consulté le 20 mai 2019).

« Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL concernant certains aspects des contrats de fourniture de contenu numérique », *COM/2015/0634 final - 2015/0287 (COD)*, 9 décembre 2015, disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=celex%3A52015PC0634> (Consulté le 21 mai 2019).

IV. JURISPRUDENCE CITÉE

a) France

Cass. Com., 12 mars 1985, *Bordas*, n° 84-17.163 : Bull. civ. IV, n° 95.

Cass. Civ. 2^{ème}, 10 mars 2004, n° 02-16354 : Bull. civ. II, n° 99.

Cass. Civ. 2^{ème}, 3 juin 2004, n° 02-16.903 P.: Bull. civ. II, n° 274.

Cass. Civ. 1^{ère}, 7 mars 2006, n° 04-20.715 P : D., 2006, p. 2702, obs. Marino.

Cass. Ass. plén., 9 mai 2008, n° 07-12.449 P: R., p. 317; BICC 1er juill. 2008, rapp. Foulquié, avis de Gouttes; JCP 2008. II. 10183, note Kenfack; Gaz. Pal. 2008. 1867, avis de Gouttes; RLDC 2008/51, no 3047, obs. Maugeri; *ibid.*, no 3054, obs. Pichon; RTD civ. 2008. 485, obs. Fages; *ibid.* 498, obs. Gautier; RDC 2008. 1151, obs. Carval.

Cass. Civ. 1^{ère}, 13 novembre 2008, *Être et avoir*, n° 06-16.278 P : Bull. civ. I, n° 259.

Cass. Civ. 1^{ère}, 11 décembre 2008, n° 07-19.494 P : D., 2009, p. 100 ; JCP 2009. II. 10025, note Loiseau; CCC 2009. n° 68, obs. Leveneur; RLDC 2009/58, no 3340, obs. Pouliquen; RTD civ. 2009. 295, obs. Hauser ; *ibid.* 342, obs. Revet; RTD com. 2009. 141, obs. Pollaud-Dulian; RDC 2009. 477, obs. Laithier.

Cass. Civ. 1^{ère}, 28 janvier 2010, n° 08-70.248, Bull. civ. I, n° 21.

Cass. Civ. 1^{ère}, 4 novembre 2011 : D., 2012, p. 765, obs. Dreyer ; RTD civ., 2012, p. 90, obs. Hauser ; JCP, 2012, n° 71, note Loiseau.

Cass. Com., 25 juin 2013, n° 12-17.037 : D., 2013, p. 1867, note G. Beaussonie ; *ibid.*, 1844, point de vue P. Storrer.

Cass. Civ. 1^{ère}, 21 mars 2018, n° 16-28.741 P.

CA Paris, 25 mai 1867, *Dumas c. Liébert*, S.1868.2.41.

b) Royaume-Uni

Douglas & Ors v Hello Ltd. & Ors [2005] EWCA Civ 595 (18 May 2005).

Douglas & Ors v. Hello! Ltd & Ors [2007] UKHL 21 (02 May 2007).

c) Cour EDH

CEDH, 7 février 2012, *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08.

CEDH, 27 janvier 2015, *Paradiso et Campanelli c/ Italie*, n° 25358/12 : D., 2015, p. 702, obs. F. Granet-Lambrechts ; *ibid.*, 755, obs. J.-C. Galloux et H. Gaumont-Prat ; AJ fam., 2015, p. 165, obs. E. Viganotti ; *ibid.* 77, obs. A. Dionisi-Peyrusse ; Rev. crit. DIP 2015. 1, note H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon ; RTD civ. 2015. 325, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 10 novembre 2015, *Couderc et Hachette Filipacchi associés c/ France*, n° 40454/07 : D., 2016, p. 116, note J.-F. Renucci ; RTD Civ., 2016., p. 81, obs. J. Hauser ; *ibid.*, p. 297, obs. J.-P. Marguénaud.

CEDH, 1^{er} mars 2016, *Tabbane c. Suisse*, n° 41069/12 : D., 2016, p. 2025, obs. L. d'Avout et S. Bollée.

CEDH, 23 mars 2017, *A.-M. V. c/ Finlande*, n° 53251/13 : AJ fam., 2017, p. 304, obs. V. Montourcy.