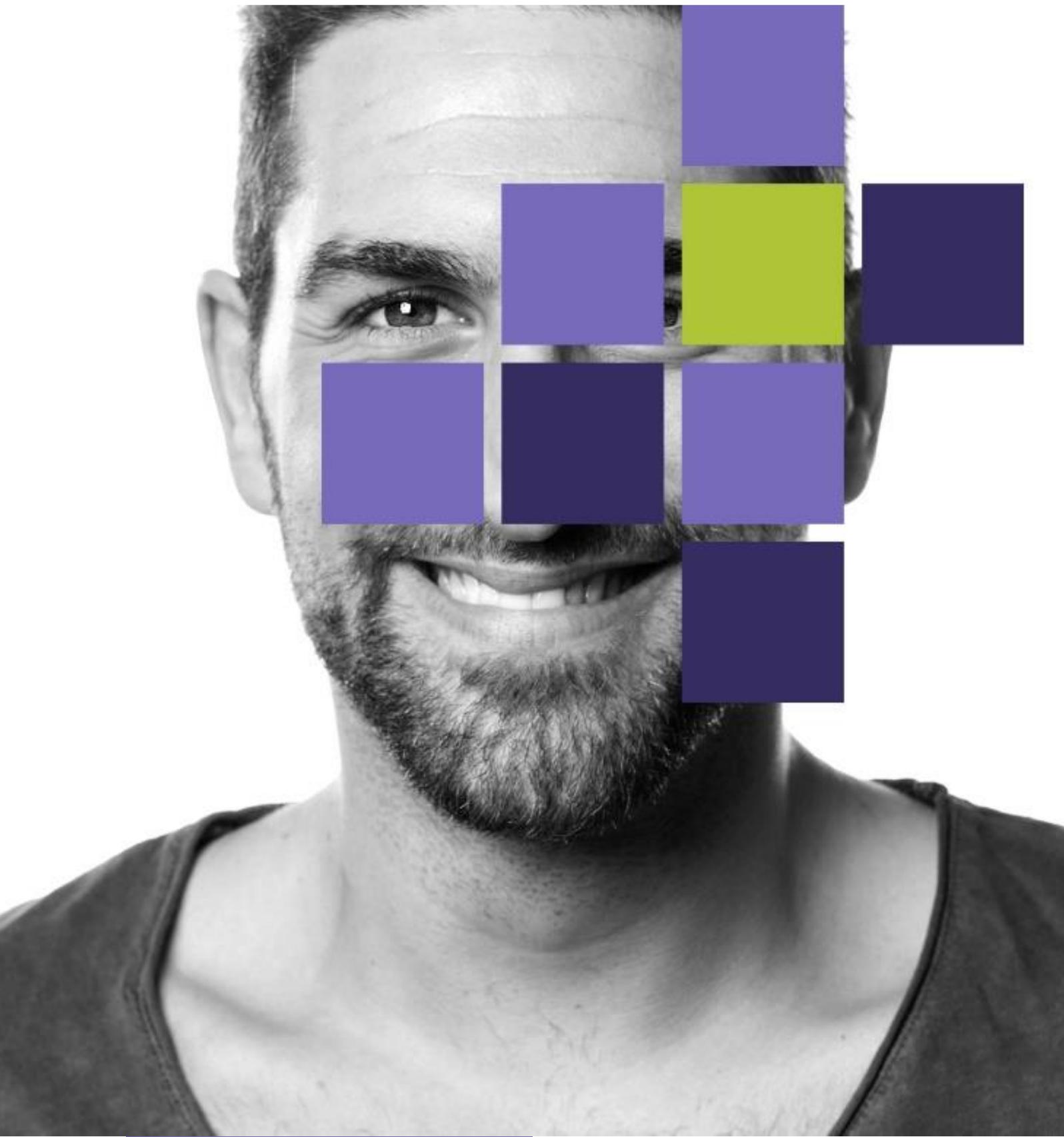


Autorité de protection des données

Recommandation 01/2025 relative aux traitements de données à caractère personnel dans le cadre du marketing direct



Le Service d'Autorisation et d'Avis de l'Autorité de protection des données,

Présent.e.s : Mesdames Cédrine Morlière, Nathalie Raghenon et Griet Verhenneman et Messieurs Yves-Alexandre de Montjoye, Gert Vermeulen et Bart Preneel ;

Vu la loi du 3 décembre 2017 *portant création de l'Autorité de protection des données*, en particulier les articles 23 et 26 ;

Vu l'article 43 du Règlement d'ordre intérieur selon lequel les décisions du Service d'Autorisation et d'Avis sont adoptées à la majorité des voix ;

Vu le Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 *relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la Directive 95/46/CE* ;

Vu la loi du 30 juillet 2018 *relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel*;

Vu la discussion en séance de l'Autorité du 29/11/2024 au cours de laquelle il a été décidé de poursuivre le traitement de la demande par le biais d'une procédure écrite;

Vu les deux procédures écrites clôturées respectivement le 9 et le 23 décembre 2024 et le 19 février 2025 ;

Émet, le 10/03/2025, la recommandation suivante pour consultation publique:

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	6
A. Contexte général.....	6
B. Public cible	6
C. Structure et contenu de la recommandation.....	6
D. Limites de la recommandation.....	8
II. Cadrer la notion de marketing direct.....	9
A. Remarques liminaires	9
B. Aperçu des sources permettant de cadrer la notion de marketing direct.....	9
C. Définition du marketing direct.....	13
a. Le marketing direct ne vise pas uniquement la communication en tant que telle, mais également l'ensemble des activités (y compris les traitements de données préalables) réalisées aux fins de la communication	14
b. Le champ d'application de la définition englobe les communications de marketing direct sollicitées et non sollicitées	15
c. Une activité de marketing direct suppose l'existence d'une activité de traitement de données à caractère personnel.....	15
d. L'identité de la personne physique ou morale dont les services, biens ou activités sont promus dans la communication de marketing direct n'est pas pertinente	16
e. La notion de contenu promotionnel doit s'entendre au sens large (par exemple, de nature commerciale ou non, et n'excluant pas des contenus mixtes mêlant marketing direct et contenu purement informationnel).....	17
f. Le moyen utilisé pour adresser la communication de marketing direct n'est pas pertinent 20	
III. Responsabilité du traitement (et autres rôles).....	21
IV. Le traitement de données à caractère personnel et ses finalités	23
A. Le traitement de données à caractère personnel	23
B. Les finalités du traitement de données à caractère personnel.....	23
a. Finalité(s) ultérieure(s).....	25
C. Principe de proportionnalité	26
a. Minimisation des données.....	26
b. Période de conservation des données	27
V. Bases juridiques du traitement	28
A. Généralités.....	28
B. Le consentement	29
a. Le consentement doit être libre.....	30

b. Le consentement doit être spécifique.....	32
c. Le consentement doit être éclairé.....	33
d. Le consentement doit être univoque.....	34
e. Illustration des conditions de validité du consentement par référence à une décision de la Chambre Contentieuse.....	35
f. Cas particulier : le consentement explicite.....	37
g. Cas particulier : le consentement des mineurs.....	37
h. Retrait du consentement.....	38
i. Preuve et période de validité du consentement.....	39
C. Les intérêts légitimes.....	40
a. Test de finalité – le responsable du traitement ou le(s) tiers au(x)quel(s) les données sont communiquées poursui(ven)t un intérêt légitime.....	42
b. Test de nécessité – le traitement est nécessaire pour la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi.....	43
c. Test de pondération – les intérêts ou droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas sur l'intérêt légitime poursuivi.....	44
D. Les autres bases juridiques.....	47
VI. La transparence.....	49
A. Structure de l'information.....	50
B. Caractère trompeur de l'information.....	51
C. Exceptions à l'obligation d'information lorsque le responsable du traitement n'a pas obtenu les données auprès des personnes concernées (article 14.5 du RGPD).....	51
VII. Les droits des personnes concernées et leur exercice.....	52
A. Le droit d'opposition.....	53
a. Conséquences de l'exercice du droit d'opposition.....	53
b. Transparence et modalités d'exercice du droit d'opposition.....	54
c. Droit d'opposition ou droit à l'effacement ?.....	56
B. Le droit d'accès.....	57
a. Informations relatives aux destinataires ou catégories de destinataires.....	57
b. Informations relatives aux sources.....	58
VII. Principe d' « accountability ».....	58
A. Cas particulier : « Accountability » et collecte de données auprès d'un courtier en données.....	59
Annexe 1 : les interactions entre le RGPD et les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy dans le cadre de communications électroniques de marketing direct.....	60
I. Introduction.....	60
II. Remarque liminaire – Compétence de l'APD.....	61
III. Les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy.....	61

A. Champ d'application matériel.....	62
B. Interactions entre le RGPD et la directive e-privacy et bases juridiques du traitement.....	63
C. Article 13.1 de la directive e-privacy et article XII.13 du Code de droit économique – exigence de consentement de la personne concernée.....	65
D. Article 13.2 de la directive e-privacy et article 1 ^{er} , 1 ^o de l'arrêté royal du 4 avril 2003 – première exception à l'exigence de consentement de la personne concernée	66
E. Article 1 ^{er} , 2 ^o de l'arrêté royal du 4 avril 2003 – seconde exception à l'exigence de consentement.....	68
Annexe 2 - le télémarketing	69
I. Introduction.....	69
II. Transparence	69
III. Les dispositions spécifiques du Code de droit économique.....	70

I. Introduction

A. Contexte général

01. Le 17 janvier 2020, l'Autorité de protection des données (ci-après, l'« **APD** ») a publié la Recommandation n°01/2020 relative aux traitements de données à caractère personnel à des fins de marketing direct (ci-après, la « **Recommandation 01/2020** »). La Recommandation 01/2020 avait pour objet « *d'aider les responsables de traitement recourant à des techniques de marketing direct (ou y participant) à acquérir les bons réflexes afin d'agir en conformité avec les règles du RGPD applicables* », objet que poursuit également la présente recommandation. Étant donné que la Recommandation 01/2020 a été publiée il y a près de 5 ans, le Comité de Direction de l'APD a donné l'impulsion d'une nouvelle recommandation du Service d'Autorisation et d'avis, dans la mesure où de nouvelles sources (jurisprudence, décisions de la Chambre Contentieuse, lignes directrices du Comité européen de la protection des données (ci-après, l'« **EDPB** »)) ont vu le jour depuis la publication de la Recommandation 01/2020 et dans la mesure où la pratique s'est développée.

B. Public cible

02. La présente recommandation s'adresse aux **responsables du traitement qui mettent en œuvre des activités de traitement dans un contexte de marketing direct**, qu'importe le secteur dans lequel ils sont actifs. Au sein de ce public, la recommandation s'adresse particulièrement à **un public de professionnels de la protection des données à caractère personnel** (par exemple, les délégués à la protection des données ou conseillers juridiques).

C. Structure et contenu de la recommandation

03. Tout comme la Recommandation 01/2020, la présente recommandation vise à accompagner les responsables du traitement dans leur exercice de conformité en matière de protection des données à caractère personnel dans le cadre de leurs activités de marketing direct. Dans ce contexte, la recommandation reprend de nombreux éléments qui étaient déjà présents dans la Recommandation 01/2020, tout en introduisant une série de modifications et précisions par rapport à ce document.

04. Sur la forme, l'APD a choisi de structurer cette recommandation de façon légèrement différente afin de faciliter la recherche d'informations. Cette volonté de faciliter la recherche d'information se traduit notamment par le recours à des annexes thématiques. Plus concrètement, la recommandation se compose d'une part, d'**une partie principale**, ayant vocation à présenter les informations générales qui peuvent être pertinentes pour tout responsable du traitement s'adonnant à des activités de marketing

direct et, d'autre part, de **deux annexes**, qui abordent des sujets plus spécifiques et font partie intégrante de la recommandation. **L'annexe 1** aborde le sujet des articles 13.1 et 13.2 de **la directive 2002/58/CE** du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (ci-après, la « **directive e-privacy** »), y compris leur transposition en droit belge, et leur interaction avec le RGPD. **L'annexe 2** aborde quant à elle la pratique du télémarketing.

05. Sur le fond, la recommandation prend le parti que, compte tenu du fait que le RGPD est applicable depuis plus de 5 ans, le public cible a une meilleure maîtrise de cet instrument, de sorte que des considérations d'ordre général portant sur le RGPD et n'ayant pas un lien direct avec le marketing direct ont été omises. Le cas échéant, pour certains de ces sujets plus généraux, l'APD renvoie, dans la recommandation, vers les lignes directrices pertinentes de l'EDPB. Par ailleurs, le temps écoulé a aussi pour conséquence que la jurisprudence des cours et tribunaux s'est développée, de même que les positionnements pris à travers les décisions de la Chambre Contentieuse de l'APD. La recommandation inclut donc de nouvelles références aux décisions pertinentes. Ces décisions, qui ont vocation à illustrer les principes présentés dans la recommandation, remplacent les exemples qui étaient proposés dans la Recommandation 2020/01.

06. De façon non exhaustive, les modifications notables de la recommandation sont les suivants :

- la proposition d'une **nouvelle définition** de la notion de marketing direct ainsi qu'un **aperçu des sources existantes** permettant de cadrer cette notion, et ce, afin de répondre à certaines critiques reçues par l'APD selon lesquelles la définition proposée dans la Recommandation 2020/01 ne prendrait pas suffisamment en compte les sources existantes (voir section II ci-dessous) ;
- des précisions sur la **période de conservation** des données à caractère personnel traitées à des fins de marketing direct (voir sous-section IV, C, b, ci-dessous) ;
- des développements relatifs à la pratique du « **consent or pay** » (voir sous-section V, B, c, i, ci-dessous) ;
- des précisions concernant l'utilisation de la base juridique des **intérêts légitimes** s'agissant du traitement de données à caractère personnel relatives à des **prospects** (voir sous-section V, C, c, i, ci-dessous) ;
- des considérations relatives à la **bonne foi** dont les responsables du traitement doivent faire preuve lorsqu'ils répondent à **une demande d'exercice de droit(s)** (voir paragraphe 130 ci-dessous) ;

■ dans l'annexe 1, des développements plus complets sur les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy (y compris sa transposition en droit belge) et leur interaction avec le RGPD, portant notamment sur l'obligation de principe de recourir au consentement en matière de marketing direct par courrier électronique et l'exception du soft opt-in ;

■ dans l'annexe 2, des développements plus complets et mis à jour sur le télémarketing.

07. Dans un souci de clarté, l'APD précise que la présente recommandation (y compris ses annexes) est, à partir de sa date de publication, **la seule recommandation de l'APD applicable aux traitements de données à caractère personnel dans le cadre du marketing direct**. La Recommandation 01/2020 est toutefois maintenue sur le site de l'APD à titre d'archive dans la mesure où d'anciennes décisions ou documents de l'APD s'y réfèrent.

D. Limites de la recommandation

08. La présente recommandation doit se comprendre comme un outil sur lequel les responsables du traitement peuvent s'appuyer lorsqu'ils se posent des questions sur leur conformité au RGPD en ce qui concerne leurs activités de marketing direct. **La recommandation ne se veut pas exhaustive**. Par exemple, au niveau des décisions, l'APD a opéré une sélection des décisions jugées les plus pertinentes dans le cadre de la recommandation, sans faire référence à l'ensemble des décisions portant sur la question des traitements de données à caractère personnel dans le contexte d'activités de marketing direct.

09. D'autres instruments juridiques que le RGPD peuvent, le cas échéant, être pertinents, s'agissant de traitements de données à caractère personnel dans le cadre d'activités de marketing direct. Excepté en ce qui concerne la directive e-privacy (y compris sa transposition en droit belge) qui fait l'objet de développements au niveau de la définition et dans l'annexe 1, ces autres instruments (par exemple, le règlement sur les services numériques, le règlement sur les marchés numériques, ou encore le règlement 2024/900 du 13 mars 2024 relatif à la transparence et au ciblage de la publicité à caractère politique) ne sont pas pris en compte.

10. Par ailleurs, étant donné que l'APD a publié une checklist et des précisions sur le sujet des cookies à l'automne 2023, la recommandation n'aborde pas directement cette thématique.¹

¹ Voir la check-list cookies disponible via le lien : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/checklist-cookies.pdf> ainsi que la note « Cookies et autres traceurs » disponible sur le site internet de l'APD via le lien <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/professionnel/themes/internet/cookies> .

11. Enfin, l'APD attire l'attention des lecteurs sur le fait que la présente recommandation ne prend pas en compte des éventuelles publications (par exemple de décisions ou de lignes directrices) postérieures au 13 novembre 2024.

II. Cadrer la notion de marketing direct

A. Remarques liminaires

12. L'APD retient la notion de « marketing direct » dès lors que le terme « prospection » mentionné aux considérants 47 et 70 et à l'article 21.2 du RGPD, est généralement compris comme visant uniquement l'action de démarcher de nouveaux clients, distinguant ainsi entre les prospects et les clients existants. Or, les règles du RGPD applicables au marketing n'opèrent pas une telle distinction. La version anglaise du RGPD, laquelle est la version originale, fait d'ailleurs seulement mention de « *direct marketing* ».

13. Par ailleurs, le RGPD ne définit pas ce qu'il y a lieu d'entendre par « marketing direct » et il n'en existe pas à ce jour de définition légale, officielle ou directement applicable en droit belge. L'APD propose aux paragraphes 20 et suivants de la présente recommandation une définition détaillée de la notion de « marketing direct », telle qu'elle doit être comprise aux fins de l'application de la présente recommandation. L'APD souhaite déjà attirer l'attention à ce stade sur le fait que cette définition a un champ d'application large qui trouve non seulement à s'appliquer dans un contexte de communication de messages au contenu purement commercial mais également à la communication de messages politiques.²

B. Aperçu des sources permettant de cadrer la notion de marketing direct

14. Bien que le RGPD ne définisse pas la notion de « marketing direct », il existe une série de sources qui permettent de cadrer la notion.³

15. Premièrement, des instruments non contraignants ont déjà proposé des définitions du marketing direct.

² Voir à ce sujet, la note du Service de Première Ligne de l'APD « Traitement de données à caractère personnel à des fins d'envois personnalisés de propagande électorale et respect de la vie privée des citoyens : principes fondamentaux », août 2024, p. 2, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/note-sur-le-traitement-des-donnees-dans-le-cadre-des-elections.pdf>.

³ Cet aperçu ne se veut pas exhaustif et reprend les sources que l'APD considère les plus pertinentes pour cadrer la notion de marketing direct et en proposer une définition.

■ Dans la **Recommandation n° R (85) 20 du 25 octobre 1985**, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a défini le marketing direct comme « *l'ensemble des activités ainsi que tout service auxiliaire à celles-ci permettant d'offrir des produits et des services ou de transmettre tous autres messages publicitaires à des segments de population par le moyen du courrier, du téléphone ou d'autres moyens directs dans le but d'information ou afin de solliciter une réaction de la part de la personne concernée* ». ⁴

■ Dans son **Code de conduite relatif à l'utilisation de données à caractère personnel dans le cadre du marketing direct** (*European code of practice for the use of personal data in direct marketing*), ayant fait l'objet d'un avis de conformité par le prédécesseur de l'EDPB (à savoir le Groupe de l'Article 29⁵), la Fédération européenne du marketing direct (Fedma) propose la définition suivante du marketing direct : « *La communication, par quelque moyen que ce soit (y compris, mais sans s'y limiter, le courrier, le fax, le téléphone, les services en ligne, etc.) de tout matériel publicitaire ou de marketing effectuée par le Démarcheur, lui-même ou en son nom, et qui s'adresse à des personnes déterminées.* »^{6,7} Le concept de Démarcheur⁸ y est quant à lui défini comme « *toute personne physique ou morale (y compris les organisations caritatives et les partis politiques) qui communique par quelque moyen que ce soit (y compris, mais sans s'y limiter, le courrier, le fax, le téléphone, les services en ligne, etc.) tout matériel publicitaire ou de marketing destiné à des individus particuliers* »⁹.

⁴ Recommandation n° R (85) 20 du 25 octobre 1985 du Comité des ministres aux Etats membres, relative à la protection des données à caractère personnel utilisées à des fins de marketing direct, disponible via le lien suivant : <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168050817c>.

⁵ Groupe de l'Article 29, Avis 3/2003 sur le code de conduite européen «FEDMA» relatif à l'exploitation de données à caractère personnel dans le cadre d'opérations de marketing direct, disponible via le lien suivant : https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2003/wp77_fr.pdf.

⁶ Traduction libre de : « *The communication by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, on-line services etc...) of any advertising or marketing material, which is carried out by the Direct Marketer itself or on its behalf and which is directed to particular individuals* »

⁷ Fedma, Code de conduite relatif à l'utilisation de données à caractère personnel dans le cadre du marketing direct (*European code of practice for the use of personal data in direct marketing*), disponible via le lien suivant : <https://www.fedma.org/wp-content/uploads/2017/06/FEDMACodeEN.pdf>.

⁸ Traduction libre de « *Direct Marketer* ».

⁹ Traduction libre de : « *Any natural or legal person (including charities and political parties) who communicates by whatever means (including but not limited to mail, fax, telephone, on-line services etc...) any advertising or marketing material which is directed to particular individuals* ».

16. Deuxièmement, la directive e-privacy et son application par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après, la « **CJUE** ») et la Cour des marchés apportent également des éléments utiles pour cadrer la définition de marketing direct sous l'empire du RGPD. Il convient cependant de garder à l'esprit que le champ matériel de la directive ePrivacy est limité au contexte des communications électroniques (alors que la notion de marketing direct visée par le RGPD, comme exposé plus en détails ci-dessous au paragraphe 34 ne se limite pas aux communications électroniques).

17. L'article 13 de la directive e-privacy régit la question de « *l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe* », lorsque la communication électronique qui en résulte est non sollicitée. Cet article 13 a fait l'objet de développements intéressants dans la jurisprudence.

■ Dans un **arrêt du 25 novembre 2021**, la **CJUE** a précisé, au sujet de cette disposition, que : « *S'agissant [...], de la question de savoir si les communications visées à l'article 13, paragraphe 1, de ladite directive ont pour finalité la prospection directe, il y a lieu de vérifier si une telle communication poursuit un but commercial et s'adresse directement et individuellement à un consommateur* ». ¹⁰ (L'APD souligne)

Il convient de souligner que, dans ses récentes lignes directrices relatives au traitement de données à caractère personnel sur la base de l'article 6(1)(f) du RGPD (seule une version provisoire est actuellement disponible), l'EDPB se réfère à cette décision de la CJUE afin de préciser ce que recouvre la notion de marketing direct. Plus particulièrement, l'EDPB y formule les observations suivantes : « *En outre, la CJUE a interprété la notion de communication à des fins de marketing direct dans la directive «e-privacy, qui est étroitement liée au RGPD et qui régit l'envoi de communications de marketing direct. En particulier, la CJUE a estimé que pour déterminer si une communication est effectuée à des fins de marketing direct, il convient de vérifier si cette communication poursuit un but commercial et s'adresse directement et individuellement à un consommateur. A cet égard, la CJUE a estimé qu'il n'est pas pertinent que la publicité en cause soit adressée à un destinataire prédéterminé et individuellement identifié ou qu'elle soit envoyée en masse et de manière aléatoire à de multiples destinataires. Ce qui importe, c'est qu'il y ait une communication à des fins commerciales, qui s'adresse, directement et individuellement, à un consommateur. A cet égard, il convient de noter que la Cour a estimé, par exemple, que, sur la base de ces critères, une publicité consistant à afficher des bannières publicitaires, déguisées en courriers électroniques, dans les boîtes de réception privées des utilisateurs d'un service de courrier électronique - financé par publicité et fourni gratuitement aux utilisateurs - est une forme de marketing direct (même si cette publicité n'implique pas l'envoi d'un courrier électronique à un consommateur spécifique). Cette compréhension de la*

¹⁰ CJUE, 25 novembre 2021, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH c. eprimo GmbH, C-102/20, §. 47.

notion de finalités de marketing direct peut en principe être utilisée par analogie pour comprendre sa signification dans le cadre du RGPD. En effet, l'interprétation d'une disposition du droit UE exige que l'on tienne compte non seulement de son libellé et des objectifs qu'elle poursuit, mais aussi de son contexte et des dispositions du droit de l'UE dans son ensemble ».¹¹

■ Dans un **arrêt du 14 juin 2023** de la **Cour des marchés**, la Cour se base sur la décision précitée de la CJUE pour préciser que : « Il convient alors de vérifier si la communication a effectivement pour objectif le marketing direct. En d'autres termes, il faut vérifier si la communication a une finalité commerciale, c'est-à-dire si elle vise à promouvoir ou à vendre, entre autres, des services ou des produits, et si elle est adressée directement et individuellement à un consommateur ». ¹² (La Cour souligne).

18. Tout comme la CJUE et l'EDPB, l'APD s'inspire toute en bonne logique de la notion empruntée à la directive e-privacy pour interpréter la notion de « marketing direct » sous l'empire de ses compétences, à savoir, du point de vue des traitements de données à

¹¹ EDPB, Guidelines 1/2024 on processing of personal data based on article 6(1)(f) GDPR, 8 octobre 2024, §. 109, actuellement seulement disponibles en anglais via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-10/edpb_guidelines_202401_legitimateinterest_en.pdf . Traduction libre de : « Moreover, the CJEU has interpreted the notion of communication for direct marketing purposes under the ePrivacy Directive, which is closely linked to the GDPR and regulates the sending of direct marketing communications. In particular, the CJEU found that to assess whether a communication is made for direct marketing purposes it must be ascertained whether such a communication pursues a commercial purpose and is addressed directly and individually to a consumer. In this respect the CJEU found that it is irrelevant whether the advertising at issue is addressed to a predetermined and individually identified recipient or is sent on a mass, random basis to multiple recipients. What matters is that there is a communication for a commercial purpose, which reaches, directly and individually, a consumer. In this regard, it should be noted that the Court found, for instance, that, based on these criteria, advertising consisting in displaying advertising banners, disguised as emails, into the private email inboxes of the users of an email service – funded by advertising and provided for free to users – is a form of direct marketing (even though such advertising does not entail the sending of an email to a specific consumer). This understanding of the notion of direct marketing purposes may in principle be used by way of analogy to understand its meaning also within the GDPR. This is because the interpretation of a provision of EU law requires that account be taken not only of its wording and the objectives it pursues, but also of its context and the provisions of EU law as a whole ».

¹² Cour des marchés, 14 juin 2023, 2022/AR/723, p.23, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/arrêt-du-14-juin-2023-de-la-cour-des-marchés-ar-723-disponible-en-neerlandais.pdf> - Traduction libre de : « Vervolgens moet worden nagegaan of de communicatie ook werkelijk direct marketing tot doel heeft. Met andere woorden moet men controleren of de communicatie een commercieel doel dient, aldus gericht op de promotie of verkoop van onder meer diensten of producten, en rechtstreeks en individueel tot een consument is gericht ».

caractère personnel y relatifs (l'APD renvoie également à ce sujet vers les paragraphes 4 et 5 de l'annexe 1 à la présente recommandation).¹³

19. Troisièmement, la législation européenne passée offre également des éléments de réponse intéressants à la question de savoir ce qu'est le marketing direct. En effet, la **directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données**, qui a précédé le RGPD, précisait, en son considérant 30, que « [les États membres] peuvent préciser les conditions dans lesquelles la communication à des tiers de données à caractère personnel peut être effectuée à des fins de prospection commerciale, ou de prospection faite par une association à but caritatif ou par d'autres associations ou fondations, par exemple à caractère politique, dans le respect de dispositions visant à permettre aux personnes concernées de s'opposer sans devoir indiquer leurs motifs et sans frais au traitement des données les concernant ». Le Groupe de l'Article 29 avait d'ailleurs considéré, que, sur la base de ce considérant, il fallait comprendre que l'article 13 de la directive e-privacy englobait « toute forme de promotion des ventes, y compris la prospection directe réalisée par les associations caritatives et les organisations politiques (par ex., collecte de fonds, etc.) ».¹⁴

C. Définition du marketing direct

20. Sur la base des éléments rappelés ci-dessus, l'APD propose la définition suivante du marketing direct aux fins de l'application de la présente recommandation : « **l'ensemble des activités résultant en une communication directe à une ou plusieurs personne(s) physique(s) identifiée(s) ou identifiable(s), de messages au contenu promotionnel** ». Le message qui résulte des activités de marketing direct peut être qualifié de **communication de marketing direct**.

21. Comme il sera précisé ci-dessous plus en détails, les éléments suivants permettent de préciser le champ d'application de la définition proposée :

- le marketing direct ne vise pas uniquement la communication en tant que telle, mais également l'ensemble des activités (y compris les traitements de données préalables) réalisées aux fins de la communication;

¹³ Précisons à cet égard que certaines autorités européennes regroupées au sein de l'EDPB (ex. autorité de protection des données française ou CNIL) centralisent ces compétences en leur sein. Voir Article L.34-5 du [Code des postes et des communications électroniques](#) français.

¹⁴ Groupe de l'article 29, avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE, 27 février 2004, 3.3, disponible via le lien suivant : https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp90_fr.pdf.

- le champ d'application de la définition englobe les communications de marketing direct sollicitées et non sollicitées ;
- une activité de marketing direct suppose l'existence d'une activité de traitement de données à caractère personnel¹⁵ ;
- l'identité de la personne physique ou morale dont les services, biens ou activités sont promus dans la communication de marketing direct n'est pas pertinente ;
- la notion de contenu promotionnel doit s'entendre au sens large (par exemple, de nature commerciale ou non et n'excluant pas des contenus mixtes mêlant marketing direct et contenu purement informationnel); et
- le moyen utilisé pour adresser la communication de marketing direct n'est pas pertinent .

a. Le marketing direct ne vise pas uniquement la communication en tant que telle, mais également l'ensemble des activités (y compris les traitements de données préalables) réalisées aux fins de la communication

22. Le marketing direct recouvre toutes les activités (en ce compris les activités préalables et préparatoires) résultant en la communication directe, à une ou plusieurs personne(s) physique(s) identifiée(s) ou identifiable(s), de messages au contenu promotionnel. Par exemple, les traitements de données à caractère personnel effectués afin d'adapter (automatiquement) le prix d'un produit ou d'un service sur la base d'un profil client constituent des opérations de marketing direct. Constituent également des activités de marketing direct, les activités de profilage consistant à identifier des clients en fonction de leur comportement d'achat (actif ou inactif) afin d'adapter l'envoi de messages ciblés sur cette base (par exemple, offrir une livraisons gratuite ou une remise à un client ayant été identifié comme (plus) susceptible d'acheter lorsqu'on lui offre la livraison gratuite ou d'autres promotions). De la même façon, les activités des courtiers en données qui consistent, en essence, à commercialiser des données à caractère personnel, doivent être considérées comme étant des activités de marketing direct dès lors qu'elles interviennent aux fins d'adresser des communications au contenu promotionnel à des personnes physiques identifiées ou identifiables. La circonstance que la communication de marketing direct ne concerne pas la promotion des activités du courtier en données lui-même n'est pas pertinente pour évaluer si l'on est en présence de marketing direct.

¹⁵ La présente recommandation analysant les obligations découlant du RGPD, une activité de marketing direct, au sens de la présente recommandation requiert l'existence d'un traitement de données à caractère personnel.

b. Le champ d'application de la définition englobe les communications de marketing direct sollicitées et non sollicitées

23. La circonstance que la communication de marketing direct ait été sollicitée ou non par son destinataire n'est pas pertinente pour déterminer si l'on est en présence de marketing direct. Cette circonstance peut cependant s'avérer pertinente dans le cadre de l'application de l'article 13 de la directive e-privacy dont la portée matérielle est limitée aux communications électroniques non sollicitées (voir annexe 1 pour plus d'informations à ce sujet).

c. Une activité de marketing direct suppose l'existence d'une activité de traitement de données à caractère personnel

24. L'activité de marketing direct résulte en une communication qui doit être dirigée vers une ou plusieurs personne(s) physique(s), identifiée(s) ou identifiable(s), à savoir une ou des personne(s) concernée(s) au sens de l'article 4, 1) du RGPD. Afin de pouvoir adresser une communication à une personne concernée, le traitement de données à caractère personnel de cette dernière sera nécessaire, qu'il s'agisse, par exemple, d'un numéro de téléphone, de coordonnées postales, d'une adresse de messagerie électronique ou encore d'une adresse IP ¹⁶ (par exemple, dans le contexte de publicité ciblée sur Internet). Rappelons que pour déterminer si une personne est identifiée ou identifiable, il convient de prendre en considération l'ensemble des moyens raisonnablement susceptibles d'être utilisés par le responsable du traitement ou par toute autre personne pour identifier la personne physique directement ou indirectement, tels que le « ciblage » (« *singling out* » ou traitement différencié) tel que visé au considérant 26 du RGPD. Rappelons également que la notion de ciblage n'implique pas nécessairement un ciblage individuel et peut viser des catégories de personnes concernées en fonction par exemple, du comportement de navigation, ou les pages consultées, si tant est qu'un tel traitement différencié est effectué sur base de données à caractère personnel permettant d'identifier des personnes physiques directement ou indirectement (*a contrario*, l'envoi d'un e-mail de marketing direct à une adresse e-mail fonctionnelle et ciblant une personne morale sera en principe exclu de cette protection, voir paragraphe 27).

25. Toute communication qui n'implique pas de traitement de données à caractère personnel est exclue du champ d'application des règles issues du RGPD et de celui de la présente définition du marketing direct. Cela veut par exemple dire que la notion de marketing direct ne vise pas les publicités qui apparaîtraient de façon aléatoire sur Internet, telles que des bannières de publicité pour autant que celles-ci apparaissent à

¹⁶ Pour rappel la CJUE a confirmé qu'une adresse IP est une donnée à caractère personnel dans plusieurs arrêts. Voir par exemple, *Breyer c. Bundesrepublik Deutschland*, 19 octobre 2016, C-582/14; *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited c. Telenet BVBA*, 17 juin 2021, C-597/19, §§. 102-103.

tout visiteur du site en question, sans aucun lien avec une collecte/utilisation de données à caractère personnel (au contraire, si une bannière publicitaire apparaît à l'écran de manière ciblée, par exemple en raison de l'historique de navigation de l'internaute, il s'agit de marketing direct). Il en va de même pour les tracts distribués sans aucune distinction dans toutes les boîtes aux lettres du Royaume, d'une Région ou d'une commune. Au contraire, si, par exemple, des tracts publicitaires sont distribués spécifiquement dans les boîtes aux lettres des personnes qui ne sont pas encore clientes d'une enseigne établie dans leur quartier, pour les inviter à venir tester ses produits, il s'agira de marketing direct.

26. En outre, que la communication soit faite à une personne dans le cadre de sa vie « privée », par exemple via son adresse e-mail personnelle, ou dans le cadre de ses activités professionnelles, via son adresse e-mail professionnelle, n'est pas un critère pertinent pour déterminer si l'on est en présence de marketing direct.

27. À cet égard, il convient de relever que, comme l'a précisé une décision de la Chambre Contentieuse, une adresse e-mail fonctionnelle (par exemple info@société.com, dpo@société.com,...) peut constituer une donnée à caractère personnel, lorsque, compte tenu des circonstances de la cause, il est possible de l'associer à une personne physique.¹⁷ Cela peut par exemple être le cas lorsque l'adresse e-mail est exclusivement utilisée et gérée par une seule personne dans le cadre de sa fonction et que, lors de l'exercice de ses tâches, cette personne a systématiquement envoyé des e-mails en les signant de son nom et en mentionnant sa fonction.¹⁸ Dans ce contexte, les responsables du traitement doivent être prudents lorsqu'ils envoient des e-mails de marketing à des adresses fonctionnelles, dans la mesure où cette simple circonstance n'est à elle seule pas suffisante pour garantir que le traitement ne relèvera pas du champ d'application du RGPD (et incidemment, de celui de la définition de marketing direct).

d. L'identité de la personne physique ou morale dont les services, biens ou activités sont promus dans la communication de marketing direct n'est pas pertinente

28. Les communications de marketing direct telles que définies dans la présente recommandation peuvent être adressées à l'initiative de tout type de personnes physiques ou morales poursuivant ou non un but commercial. Il peut donc s'agir de communications à l'initiative de sociétés poursuivant des buts lucratifs, mais également à l'initiative d'ASBL, de fondations, d'autorités publiques ou encore des partis politiques, ... Il peut donc également s'agir de personnes ne poursuivant aucun but de profit, pour

¹⁷ Chambre Contentieuse, décision 40/2023 du 3 avril 2023, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-40-2023.pdf>.

¹⁸ *Id.*, §§. 33-34.

autant que les communications de marketing direct visent à promouvoir, par exemple, des actions menées par elles, des idées ou positions.

e. La notion de contenu promotionnel doit s'entendre au sens large (par exemple, de nature commerciale ou non, et n'excluant pas des contenus mixtes mêlant marketing direct et contenu purement informationnel)

29. La notion de contenu promotionnel doit se comprendre comme **visant la promotion en règle générale**, qu'il s'agisse, par exemple, de la promotion de/d' :

- produits ou services , qu'ils soient gratuits ou payants¹⁹ ;
- idées proposées ou soutenues par une personne physique ou morale ;
- une personne physique ou morale, en ce compris son image et les droits de propriété intellectuelle dont elle est titulaire ou qu'elle exploite ; ou encore
- un évènement organisé par une personne physique ou morale.

30. Une communication peut présenter un contenu mixte, c'est-à-dire qu'elle peut à la fois avoir un contenu promotionnel et un contenu d'une autre nature (par exemple, informationnel). Dans ce cas, la communication doit être considérée comme une communication de marketing direct (voir, pour illustration, les décisions de la Chambre Contentieuse reprises au paragraphe 33 ci-dessous).

31. Est cependant exclue du champ d'application de la définition de marketing direct **la promotion effectuée à l'initiative des autorités publiques agissant strictement dans le cadre de leurs obligations légales ou missions de service public pour les services dont elles sont seules en charge**. Des communications adressées par les administrations publiques promouvant certaines campagnes (par exemple de vaccination), ou services (par exemple les centres téléphoniques d'aide aux personnes en difficulté) dont elles sont en charge légalement ou par mission de service public, ne sont pas considérées comme des communications de marketing direct à moins qu'elles ne fassent en parallèle la promotion de services ou de produits spécifiques, proposés par des prestataires privés.

¹⁹ La non-pertinence du caractère gratuit du produit ou service a été confirmée par la Chambre Contentieuse dans sa décision 71/2022 du 4 mai 2022, §. 45 , disponible via le lien suivant <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-71-2022.pdf> (et dont il sera question plus en détails au paragraphe 0).

32. Enfin, les activités et communications de marketing direct suivantes **sont également exclues** de la définition de marketing direct, dans la mesure où leur contenu n'est pas promotionnel.

■ **La prise de contact effectuée dans le cadre de la réalisation d'études de marché, de sondages ou encore d'enquêtes de satisfaction**, pour autant que la communication en résultant soit limitée au but de réaliser ces études, sondages ou enquêtes. Cette exclusion ne vise donc pas les cas où l'étude de marché, l'enquête de satisfaction ou le sondage a également pour but de vendre ou de promouvoir des biens ou des services, ou encore s'il/elle permet de collecter des données à caractère personnel qui seront ultérieurement utilisées pour des finalités de marketing. En effet, dans de tels cas, la communication présente un caractère mixte (comme expliqué ci-dessus au paragraphe 30 et illustré ci-dessous au paragraphe 33) ; et

■ **Les communications adressées par des personnes physiques dans le cadre d'activités purement domestiques, au sens de l'article 2.2.c) et du considérant 18 du RGPD** (par exemple, l'envoi d'un faire-part de mariage pour venir assister à l'évènement et la tenue d'une base de données reprenant les réponses ne constituent pas des activités de marketing direct). L'APD tient à ce propos à rappeler que la Cour de Justice interprète strictement l'exception domestique et que recourir à cette dernière n'est pas toujours approprié dans tous les contextes qui pourraient *a priori* apparaître comme privés.²⁰

33. Exemples issus des décisions de la Chambre Contentieuse

La Chambre Contentieuse a considéré **qu'il était question de marketing direct** dans le cadre des deux affaires suivantes concernant chacune l'envoi, par courrier électronique, de lettres présentées comme des lettres d'information.

Dans sa **décision 71/2022 du 4 mai 2022 (dite décision SNCB)**,²¹ la Chambre Contentieuse s'est prononcée sur la qualification en tant que communication de marketing direct d'une lettre dite d'information envoyée par la Société Nationale des Chemins de fer Belges (ci-après, la « **SNCB** ») au sujet du Hello Belgium Railpass, (ci-après, le « **Railpass** »). Afin de préciser le contexte dans lequel la décision est intervenue, il convient de préciser que le Railpass est un titre de transport de plusieurs trajets en train gratuits, qui était délivré gratuitement aux résidents belges, sur demande, durant la crise sanitaire du Covid.

La décision de délivrer les Railpass avait été prise par arrêté royal en vue de la relance de l'économie belge et de la promotion du rail comme transport en commun. La SNCB

²⁰ Par exemple, dans son arrêt *Bodil Lindqvist* du 6 novembre 2003 (C-101/01), la CJUE a considéré que le fait pour une membre d'une paroisse de publier sur des pages internet des informations sur les membres de la paroisse afin de permettre aux paroissiens préparant leur confirmation d'obtenir facilement les informations dont ils pouvaient avoir besoin ne relevait pas du champ d'application de l'exception domestique (voir en particulier §§. 46-48).

²¹ Déjà citée (nbp 19).

avait envoyé par e-mail une lettre qu'elle qualifiait de lettre d'information aux personnes ayant fait une demande d'obtention d'un Railpass. La lettre contenait des informations pratiques visant notamment à informer les personnes ayant introduit une demande de Railpass sur d'une part, les initiatives mises en place par la SNCB pour éviter la cohue et d'autre part, les conditions d'utilisation du Railpass. La lettre invitait également les personnes ayant fait une demande d'obtention de Railpass à découvrir de nouvelles destinations et contenait des liens vers des blogs de la SNCB proposant de trouver l'inspiration pour choisir une destination.²² Dans ce contexte, **la Chambre Contentieuse a décidé que la lettre contenait des informations promotionnelles et pouvait à ce titre être considérée comme une communication de marketing direct**. La décision a été confirmée sur ce point par la Cour des marchés.²³

Dans sa **décision 62/2022 du 29 avril 2022**,²⁴ la Chambre Contentieuse a décidé que **des lettres dites d'information envoyées par une organisation d'aide spéciale à la jeunesse devaient être considérées pour une partie comme des communications de marketing direct dès lors qu'elles** ne se contentaient pas de contenir des informations (par exemple, relatives aux activités des jeunes au sein de l'organisation), mais **qu'elles invitaient leurs destinataires à verser de l'argent** sur une base volontaire au profit de l'organisation en question (ce qui ne faisait pas partie de la mission principale de l'organisation).²⁵

En revanche, la Chambre Contentieuse a considéré **qu'il ne pouvait être question de marketing direct dans les cas suivants :**

- l'envoi d'e-mails relatifs à une pétition à un décideur (à savoir, la personne à laquelle les auteurs de la pétition ont décidé d'adresser la pétition) pour, d'une part, l'informer de sa désignation en tant que décideur et, d'autre part, le notifier du nombre de signatures recueillies,²⁶ et

²² Le texte suivant figurait notamment dans la lettre d'information : « Vous êtes près de 3,6 millions à avoir demandé un Hello Belgium Railpass. Vous avez eu raison ! Explorer le pays doit naturellement se faire en toute sécurité. Et les destinations originales où vous ne rencontrerez pas forcément la grande foule ne manquent pas. Laissez-nous vous inspirer avec nos blogs qui fourmillent d'idées pour partir en citytrip, vous évader dans un coin nature, en famille, entre amis ... Toutes vos envies prennent vie, partout en Belgique ».

²³ Cour des marchés, 14 juin 2023, 2022/AR/723, p.23, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/arret-du-14-juin-2023-de-la-cour-des-marches-ar-723-disponible-en-neerlandais.pdf>.

²⁴ Chambre Contentieuse, décision 62/2022 du 29 avril 2022, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-62-2022.pdf>.

²⁵ §. 75 de la décision.

²⁶ Chambre Contentieuse, décision 140/2021 du 15 décembre 2021, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-140-2021.pdf>

- l'envoi par une banque, pendant la crise Covid, d'un dépliant visant à informer ses clients des différentes manières de la contacter compte tenu de la fermeture de bureaux en conséquence de la situation sanitaire.²⁷

f. Le moyen utilisé pour adresser la communication de marketing direct n'est pas pertinent

34. Les communications de marketing direct peuvent prendre plusieurs formes. La distinction la plus évidente consiste à séparer les communications électroniques des communications non électroniques.

■ Les communications non électroniques recouvrent par exemple les envois postaux ou les interactions humaines sans recours à des moyens techniques électroniques, tel que le porte à porte par exemple, lorsque celui-ci vise à conclure la prestation d'un service ou une vente et implique le traitement de données à caractère personnel appelées à figurer dans un fichier.

■ Les communications électroniques visent quant à elles les communications textuelles, vidéos, photos, imagées ou sonores effectuées à l'aide de moyens issus de la technologie, tels que les appels téléphoniques, les SMS, les MMS, les e-mails (et les annonces diffusées dans les messageries électroniques²⁸), les chat-box, les pop-ups ou autres encarts publicitaires dont le contenu est directement lié à un traitement de données à caractère personnel. Ces traitements peuvent se faire selon différentes techniques et/ou technologies telles que le ciblage²⁹ (en ce compris le microciblage³⁰) ou le *real time bidding*³¹ et sur différents canaux tels que les plateformes de réseaux sociaux faisant apparaître du contenu personnalisé en fonction des préférences des titulaires de

²⁷ Chambre Contentieuse, décision 106/2021 du 15 septembre 2021, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avertissement-n-106-2021.pdf>.

²⁸ La CJUE a, par exemple, considéré que des annonces dont l'apparence est similaire à des e-mails, insérées entre des e-mails dans une boîte de messagerie électronique, sont des communications de marketing direct (décision déjà citée, nbp 10).

²⁹ La notion de ciblage (ou « *singling out*») visée au considérant 26 du RGPD couvre la sélection ou le traitement différencié (« *singling out*») de clients ou catégorie de clients potentiels au moyen de leurs données à caractère personnel, notamment de leur comportement de navigation sur Internet.

³⁰ Le microciblage est une forme de ciblage en ligne permettant de sélectionner la personne destinataire d'une communication de marketing direct sur la base de ses intérêts, caractéristiques ou préférences. Cette définition est basée sur le §. 25 des lignes directrices 8/2020 sur le ciblage des utilisateurs de médias sociaux de l'EDPB (disponibles via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2021-11/edpb_guidelines_082020_on_the_targeting_of_social_media_users_fr_0.pdf)

³¹ Pour plus de détails sur cette notion, voir §38 de la présente recommandation.

compte.

III. Responsabilité du traitement (et autres rôles)

35. Afin de déterminer quelles sont les obligations qui lui incombent en vertu du RGPD, il est important que la personne ou l'organisation qui s'adonne à des activités de marketing direct détermine en quelle capacité elle traite des données à caractère personnel: est-elle responsable du traitement, responsable conjointe ou sous-traitante ? Il n'est pas toujours simple de répondre à cette question, particulièrement dans le contexte numérique actuel facilitant l'intervention de plusieurs parties et la diversifications des services proposés (par exemple, courtage de données, enrichissement de données, profilage,...).

36. La détermination de la capacité dans laquelle des parties sont impliquées dans un traitement est une question factuelle et est donc propre à chaque activité de traitement. Dans la mesure où cette question est intrinsèquement liée aux spécificités factuelles d'un traitement, l'APD s'abstient de formuler dans la présente recommandation de règles à portée générale et renvoie vers les **lignes directrices 07/2020 de l'EDPB du 7 juillet 2021 concernant les notions de responsable du traitement et de sous-traitant dans le RGPD**.³²

37. Afin d'illustrer le niveau de complexité que peut présenter la détermination des capacités des intervenants à un traitement dans un contexte de marketing direct, il est cependant intéressant de relever l'affaire dite « IAB », ayant fait l'objet d'un récent arrêt de la CJUE³³ suite à des questions préjudicielles lui ayant été posées par la Cour des marchés, laquelle avait à connaître de l'appel d'une décision de l'APD³⁴.

38. Le litige portait, entre autres, sur la question de déterminer la qualité en laquelle l'Interactive Advertising Bureau Europe (ci-après, « IAB ») intervenait en tant que fournisseur du *Transparency & Consent Framework* (cadre de transparence et de consentement, ci-après le « TCF »). Le TCF, élaboré par l'IAB, était présenté par l'IAB comme un outil permettant à différents opérateurs de se conformer au RGPD lorsqu'ils avaient recours au protocole OpenRTB, à savoir l'un des protocoles les plus utilisés pour

³² Ces lignes directrices sont consultables via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_fr.pdf.

³³ CJUE, 7 mars 2024, *IAB Europe c. Gegevensbeschermingsautoriteit*, C-604/22.

³⁴ Chambre Contentieuse, décision 21/2022 du 2 février 2022, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-21-2022.pdf>.

le *Real Time Bidding*³⁵. Plus particulièrement, le TCF, outil de gestion des consentements des utilisateurs, fournissait un cadre facilitant l'enregistrement des préférences des utilisateurs au moyen d'une plateforme de gestion de consentements. Ces préférences étaient par la suite codées et stockées dans une chaîne composée d'une combinaison de lettres et de caractères désignée par IAB sous le nom *Transparency and Consent String* (ci-après la « **TC String** »), partagée avec certains de ses membres (comme des courtiers en données à caractère personnel et des plateformes publicitaires participant au protocole *OpenRTB*), afin que ceux-ci sachent ce à quoi l'utilisateur avait consenti ou s'était opposé.

39. Dans ce contexte, la question s'est posée de savoir en quelle capacité IAB intervenait dans le cadre de la fourniture du TCF à ses membres. La CJUE, confirmant la décision sur le fond de l'APD, a considéré qu'une organisation sectorielle comme IAB pouvait être considérée comme responsable conjointe (avec ses membres)³⁶ du traitement dès lors qu'« elle influe, à des fins qui lui sont propres, sur le traitement de données à caractère personnel, telles que la TC String, et détermine, conjointement avec d'autres, les finalités et les moyens d'un tel traitement ».³⁷ Pour parvenir à cette conclusion, la CJUE a pris en compte les circonstances suivantes :

■ s'agissant des finalités, le fait que « le TCF vis[ait], en substance, à favoriser et à permettre la vente et l'achat d'espaces publicitaires sur Internet par lesdits opérateurs [ses membres] »³⁸ et ;

■ s'agissant des moyens utilisés aux fins du traitement, le fait que :

- les opérateurs membres d'IAB devaient accepter les règles du TCF, s'ils souhaitaient pouvoir se prévaloir de la garantie de conformité au RGPD censée accompagner l'utilisation du TCF et risquaient de se faire exclure du TCF en cas de refus des règles ;
- le TCF contenait des spécifications techniques décrivant comment les plateformes de gestion de consentements « [étaient]t tenues de recueillir les préférences des utilisateurs relatives au traitement des données à caractère

³⁵ Le *Real Time Bidding* est un système de mise aux enchères des profils d'utilisateurs d'internet qui permet, via un système d'enchères automatisé utilisant des algorithmes, à des annonceurs d'acheter, en temps réel, un espace publicitaire sur les sites web visités par ces utilisateurs afin de leur proposer des annonces pouvant les intéresser compte tenu de leur profil.

³⁶ La CJUE utilise le terme « membres » pour désigner ce que l'APD avait dénommé les « organisations participantes » dans sa décision. Il s'agit plus particulièrement de publishers, fournisseurs adtech et plateformes de gestion de consentement (voir §. 40 de la décision 21/2022).

³⁷ § 61.

³⁸ § 63.

personnel les concernant ainsi que la manière dont de telles préférences d[e]v[ai]ent être traitées afin de générer une TC String » ; et

▪ « des règles précises [étaient] également établies [par IAB] en ce qui concerne le contenu de la TC String ainsi que le stockage et le partage de celle-ci »³⁹, par exemple, en ce qui concerne « la manière standardisée dont les différentes parties impliquées dans le TCF p[ou]v[ai]ent consulter les préférences, les objections et les consentements des utilisateurs contenus dans les TC Strings »⁴⁰.

IV. Le traitement de données à caractère personnel et ses finalités

A. Le traitement de données à caractère personnel

40. Comme précisé ci-dessus (voir paragraphes 21 et 24), une activité de marketing direct nécessite le traitement de données à caractère personnel sous l'empire du RGPD.

41. Il convient de noter que **le champ d'application de la définition de « traitement » est très large** puisque l'article 4.2) du RGPD donne la définition suivante du traitement de données à caractère personnel : « toute opération ou tout ensemble d'opérations effectuées ou non à l'aide de procédés automatisés et appliquées à des données ou des ensembles de données à caractère personnel, telles que la collecte, l'enregistrement, l'organisation, la structuration, la conservation, l'adaptation ou la modification, l'extraction, la consultation, l'utilisation, la communication par transmission, la diffusion ou toute autre forme de mise à disposition, le rapprochement ou l'interconnexion, la limitation, l'effacement ou la destruction ».

B. Les finalités du traitement de données à caractère personnel

42. En vertu de l'article 5.1 du RGPD, l'une des obligations primordiales d'un responsable du traitement est de déterminer la ou les finalité(s) qu'il poursuit et qui requière(nt) que des données à caractère personnel soient traitées. En d'autres termes, les objectifs qu'il entend atteindre au moyen de l'utilisation de ces données à caractère personnel.

43. Dans un contexte de marketing direct, les finalités poursuivies par un responsable du traitement pourraient par exemple être les suivantes :

³⁹ § 66.

⁴⁰ § 67.

- informer ses clients quant à des nouveaux produits ou services;
- initier la vente des produits et/ou services ;⁴¹
- établir le profil de ses clients ;
- permettre à des tiers d'utiliser les données de ses clients pour des finalités déterminées (par exemple, établir des profils de consommateurs ou d'électeurs) ;
- proposer des offres personnalisées pour l'anniversaire de ses clients ;
- tenir informés ses clients à propos d'actions promotionnelles ;
- faire la promotion de son image de marque envers le grand public;
- inviter ses clients ou prospects à des événements (pour la promotion de son organisation) ;
- communiquer à ses clients des offres ciblées susceptibles de rencontrer leurs intérêts ; ou encore
- démarcher de nouveaux clients, abonnés ou affiliés.

44. La notion de finalité doit être clairement distinguée de celle de traitement. La distinction entre les deux notions est notamment illustrée par le fait que : (i) plusieurs opérations de traitement peuvent être nécessaires pour l'accomplissement d'une seule finalité ; et (ii) une même opération de traitement peut être nécessaire à l'accomplissement de plusieurs finalités distinctes. Par exemple afin de mettre en œuvre la finalité qui consisterait à informer des clients quant à de nouveaux produits ou services, les opérations de traitement suivantes seraient *a minima* nécessaires : la collecte des données des personnes vers qui l'information doit être communiquée (par exemple, si la communication de marketing direct est faite par e-mail, la collecte des adresses e-mail des personnes concernées), l'enregistrement de ces données (par exemple dans une base de données clients) et l'utilisation de ces données aux fins de l'envoi de la communication de marketing direct. L'opération de traitement qui consiste en la collecte des données d'un client pourra pour sa part servir une autre finalité, par exemple, permettre la bonne exécution du contrat entre les parties (on pourrait imaginer le cas du vendeur / fournisseur qui doit communiquer avec le client afin de s'assurer des spécifications d'une commande passée en ligne).⁴²

45. La détermination des finalités de traitement est un élément clef de la mise en œuvre du RGPD puisque d'une part, c'est notamment à l'aune de ce dernier que la proportionnalité du traitement sera évaluée et d'autre part, il incombe au responsable du traitement de communiquer ces finalités clairement aux personnes concernées. Dans ce contexte, l'APD considère que, en principe, décrire une finalité par la simple mention de « marketing direct » (par exemple, lorsqu'un responsable du traitement annonce, dans sa politique de confidentialité, traiter des données pour des finalités de marketing direct) ne sera pas suffisant puisqu'une telle finalité ne permet *a priori* ni d'évaluer la

⁴¹ Voir à ce sujet la nbp. 12.

⁴² L'APD tient à attirer l'attention sur le fait que cet exemple a pour vocation d'illustrer les concepts de finalités et de traitements. Cet exemple n'aborde pas la question de la base juridique du traitement (cet aspect est abordé plus bas, voir ci-dessous, section V), notamment celle de l'article 6.1.b) du RGPD.

proportionnalité du traitement (voir le paragraphe 50 ci-dessous), ni d'informer suffisamment les personnes concernées (voir la section VI ci-dessous). Il convient donc que le responsable du traitement soit précis dans sa description des finalités. Les exemples repris au paragraphe 43 présentent à cet égard un niveau de précision adéquat.

a. Finalité(s) ultérieure(s)

46. Une finalité ultérieure est une finalité « *autre que celle pour laquelle les données ont été collectées* ». ⁴³ On parle par exemple de finalité ultérieure lorsqu'un responsable du traitement (la société A) ayant collecté des données pour la finalité d'envoyer à ses clients les colis qu'ils ont commandés (finalité initiale) décide d'utiliser les données de ce client pour leur envoyer un courrier postal pour leur vanter les mérites d'un nouveau produit (finalité ultérieure).

47. Les finalités ultérieures peuvent être poursuivies, soit par la personne ayant établi les finalités initiales (comme c'est le cas dans l'exemple repris au paragraphe 46), soit par une personne tierce. Ce serait le cas si, dans l'exemple repris ci-dessus, la société A partageait les coordonnées de ses clients avec un partenaire commercial afin que ce dernier puisse contacter directement les clients en question pour leur proposer des produits accessoires à ceux qu'ils ont commandés auprès de la société A.

48. Lorsqu'un responsable du traitement décide de poursuivre des finalités ultérieures, deux obligations s'imposent à lui ;

- lorsque le traitement ultérieur ne repose pas sur le consentement de la personne concernée⁴⁴ (voir à ce sujet, la section V relative aux bases juridiques), le responsable du traitement a l'obligation d'effectuer un **test de compatibilité** entre la finalité initiale et la finalité ultérieure conformément à ce que prévoient les articles 5, 1., b) et 6.4 du RGPD et que résume le considérant 50 ; et

- le responsable du traitement **doit fournir, au préalable, aux personnes concernées, une transparence adéquate au sujet la finalité ultérieure.**⁴⁵

49. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

⁴³ Article 13.3 du RGPD.

⁴⁴ Cette obligation s'applique également lorsque le traitement est fondé sur « *le droit de l'Union ou le droit d'un État membre qui constitue une mesure nécessaire et proportionnée dans une société démocratique pour garantir les objectifs visés à l'article 23, paragraphe 1. [...]* » (article 6.4 du RGPD) mais ce fondement ne semble pas susceptible d'être pertinent en matière de marketing direct.

⁴⁵ Article 13.3 du RGPD.

Dans sa **décision 38/2023 du 27 mars 2023**⁴⁶, la Chambre Contentieuse a eu à connaître d'un contentieux concernant des produits et services offerts par Bpost. Compte tenu des circonstances en cause, la Chambre Contentieuse a considéré **qu'il n'existait pas d'incompatibilité entre une finalité consistant à permettre de passer commande et une finalité de marketing direct dans la mesure où les personnes concernées avaient été informées des finalités au moment de la collecte des données dans le cadre du processus de commande.**

La Chambre Contentieuse a précisé à ce propos que : « *On ne parle d'un traitement incompatible au sens de l'article 5.1.b) du RGPD que si les données déjà collectées sont traitées par le responsable du traitement après la collecte des données pour une autre finalité que celle(s) initialement communiquée(s) et que cette finalité du traitement ultérieur envisagé est incompatible avec les finalités initiales. Ce n'est pas le cas en l'espèce, étant donné que la défenderesse a communiqué chacune des finalités du traitement au moment de la collecte de données* ». ⁴⁷ (L'APD souligne)

C. Principe de proportionnalité

a. Minimisation des données

50. La détermination correcte des finalités du traitement et des données à caractère personnel qui en feront l'objet est un des éléments essentiels pour déterminer si un traitement est conforme au principe de proportionnalité édicté à l'article 5.1.c) du RGPD. Cette disposition prévoit que les données à caractère personnel doivent être adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités visées (principe de « minimisation des données »). En d'autres termes, **seules les données à caractère personnel qui sont strictement nécessaires pour mettre en œuvre les finalités du traitement peuvent faire l'objet d'un traitement.**

51. La Chambre Contentieuse a précisé dans sa **décision dite Bpost** que **l'application du principe de minimisation ne doit cependant pas avoir pour conséquence que, par défaut, il exclurait qu'un responsable du traitement pourrait avoir recours à des canaux de médias sociaux à des fins de marketing direct.** La Chambre a notamment considéré que : « [L]e principe [de minimisation] vise uniquement à évaluer dans quelle mesure des données à caractère personnel peuvent ou non être traitées pour atteindre la finalité, pas à évaluer si le moyen utilisé pour atteindre la finalité peut être autorisé s'il est déjà établi qu'un certain traitement de données est requis pour pouvoir atteindre la finalité ». ⁴⁸

⁴⁶ Chambre Contentieuse, décision 38/2023 du 27 mars 2023, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-38-2023.pdf>.

⁴⁷ *Id.*, §. 60.

⁴⁸ *Id.*, §. 84.

b. Période de conservation des données

52. Le principe de proportionnalité gouverne également la règle établie à l'article 5.1.e) du RGPD selon laquelle « *les données à caractère personnel ne peuvent être conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées* ». Il en découle que les responsables du traitement doivent déterminer une période de conservation des données à caractère personnel pour chaque activité de traitement qu'ils opèrent.

53. L'APD constate qu'en pratique, certains responsables du traitement ont encore du mal à appliquer le principe de proportionnalité lorsqu'ils déterminent la période de conservation de données à caractère personnel traitées à des fins de marketing direct. Par exemple, dans le cadre de **la décision 04/2021 dite « boîtes roses »** (sur laquelle l'APD revient en détails ci-dessous à la sous-section V, B, g), la Chambre Contentieuse a considéré qu'**une période de conservation de 18 ans** portant sur les données d'une femme enceinte **n'était pas proportionnée** compte tenu des facteurs suivants : la portée du consentement initial, les attentes raisonnables de la personne concernée et le fait que les avantages retirés par la personne concernée portaient principalement sur des articles pour bébés (et non pour enfants et adolescents).⁴⁹

54. Déterminer une période de conservation est un exercice complexe qui dépendra des circonstances factuelles précises du traitement envisagé. Afin d'éclairer les responsables du traitement, l'APD souhaite néanmoins attirer l'attention des responsables du traitement sur certains facteurs susceptibles d'avoir un impact sur la période de conservation. La **nature de la relation entre le responsable du traitement et la personne concernée** peut notamment présenter un intérêt dans la détermination de la période concernée, étant entendu que plus la relation entre la personne concernée et le responsable du traitement est forte (par exemple, parce que la personne concernée est une cliente du responsable du traitement et se fournit sur une base régulière auprès de ce dernier), plus des communications de marketing direct de la part du responsable du traitement peuvent présenter un intérêt pour la personne concernée, ce qui peut justifier une période de conservation plus longue qu'en cas de relation faible (par exemple, parce que la personne concernée a fait un achat unique auprès du responsable du traitement). Il en découle notamment que la période de conservation de données à caractère personnel relatives à des prospects devrait être plus courte que celles de données de clients du responsables de traitement. En matière de vente de produits ou fourniture de services, **la fréquence d'obsolescence du produit ou service dont la vente / fourniture est à l'origine de la collecte de données** peut également influencer la

⁴⁹ Chambre Contentieuse, décision 04/2021, 20 janvier 2021, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-04-2021.pdf>, §. 174.

détermination de la période de conservation. En effet, des communications de marketing direct portant sur des produits / services identiques, analogues ou complémentaires à un produit / service ayant un long cycle de vie sont susceptibles d'être pertinentes pour la personne concernée sur une période plus longue que si le produit / service à l'origine de la collecte de données a un cycle de vie court. Par exemple, des communications de marketing direct portant sur un produit identique ou analogue, ou des produits ou services complémentaires à une voiture sont susceptibles de présenter une pertinence pour la personne concernée sur une période plus longue que lorsqu'elles portent sur un produit identique ou analogue, ou des produits ou services complémentaires à un bien alimentaire à courte durée de vie.

55. L'APD souhaite cependant attirer l'attention du responsable du traitement sur le fait que lorsque la personne concernée exerce son droit au retrait du consentement (voir sous-section V, B, j, ci-dessous à ce sujet) ou son droit d'opposition (voir sous-section VII, A à ce sujet), le responsable du traitement ne peut plus conserver les données de la personne concernée pour la réalisation, à l'avenir, des finalités concernées par l'exercice de ces droits.

V. Bases juridiques du traitement

A. Généralités

56. L'article 6 du RGPD requiert que tout traitement de données à caractère personnel soit fondé sur l'une des bases juridiques qu'il énumère. Dans le cadre des activités de marketing direct, les bases juridiques qui peuvent en pratique être retenues par un responsable du traitement sont **le consentement** (voir ci-dessous, sous-section V, B) et **les intérêts légitimes** (voir ci-dessous, sous-section V, C). D'autres bases juridiques sont théoriquement envisageables, mais, comme il sera expliqué ci-dessous (voir sous-section V, D), elles ne sont généralement pas appropriées dans le contexte du marketing direct.

57. Il revient en principe au responsable du traitement de sélectionner la base juridique appropriée compte tenu des spécificités du traitement envisagé. Il n'existe à cet égard pas de hiérarchie entre les bases prévues à l'article 6 du RGPD. Cependant, comme expliqué plus en détails à l'annexe 1 (voir en particulier, les paragraphes 12 à 13), **lorsque le marketing direct prend la forme d'une communication électronique, le choix de la base juridique peut être restreint, en conformité avec ce que prescrivent la directive e-privacy et sa transposition en droit belge. Il en va de même lorsque le traitement porte sur des données à caractère personnel sensibles** (voir ci-dessous, paragraphes 81 et 82).

58. Il convient d'attirer l'attention sur le fait que, comme l'explique l'EDPB dans ses lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679 du 4 mai

2020, un responsable du traitement ne peut pas modifier la base juridique de son traitement en cours de traitement.⁵⁰ Il n'est par exemple « pas autorisé d'utiliser rétrospectivement la base juridique des intérêts légitimes afin de justifier le traitement lorsque des problèmes ont été rencontrés concernant la validité du consentement ».⁵¹ Il n'est pas non plus possible de disposer de deux bases juridiques pour une même finalité de traitement, ni d'alterner de l'une à l'autre.

59. Les paragraphes qui suivent ont pour but de rappeler succinctement en quoi consistent les bases juridiques du consentement (sous-section B) et des intérêts légitimes (sous-section C) (en ce compris leurs conditions d'application) tout en proposant des illustrations (basées notamment sur des décisions de certaines juridictions et de la Chambre Contentieuse) portant plus particulièrement sur le marketing direct. La dernière sous-section (sous-section D) aborde brièvement la question des autres bases juridiques et de leur manque de pertinence dans le cadre du marketing direct.

B. Le consentement

60. L'article 4 du RGPD définit le consentement comme étant « toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Par conséquent, un consentement, pour qu'il soit conforme au RGPD, doit satisfaire aux conditions cumulatives suivantes : il doit être (i) **libre**, (ii) **spécifique**, (iii) **éclairé** et, (iv) **univoque**. Ces conditions seront développées et illustrées dans les paragraphes qui suivent par référence à des décisions.

61. La notion de consentement (en ce compris ses conditions de validité) fait l'objet de développements détaillés dans les lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679 du 4 mai 2020 de l'EDPB⁵². Les paragraphes qui suivent reviennent sur certains éléments abordés dans ces lignes directrices, dans la mesure où ils permettent d'éclairer la notion de consentement, en particulier dans le contexte du marketing direct. Pour une description plus complète de cette base juridique, l'APD invite le lecteur à prendre connaissance de ces lignes directrices.

⁵⁰ EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, 4 mai 2020, §§ 121 à 123, disponible via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_fr.pdf.

⁵¹ *Id.*

⁵² *Id.*

a. Le consentement doit être libre

62. Un consentement est considéré comme libre lorsqu'il implique **un choix réel** de la personne concernée, laquelle doit pouvoir être considérée comme pouvant exercer un contrôle réel sur sa décision. Certaines circonstances peuvent indiquer qu'un consentement n'a pas été librement donné. L'article 7.4 et les considérants 42 et 43 du RGPD précisent à ce sujet que **les circonstances suivantes doivent être prises en compte pour déterminer si un consentement a été donné librement** :

■ **L'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel alors même que ce traitement n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat** – Ceci est notamment le cas lorsque le consentement est présenté comme une partie non négociable des conditions générales. Par exemple, le consentement ne peut être considéré comme libre lorsqu'une application conditionne son accès à l'obtention d'un consentement aux fins d'adresser de la publicité comportementale à ses utilisateurs (dans la mesure où l'objet du contrat ne porte pas sur la fourniture de publicité comportementale à la personne concernée);

■ **La personne concernée n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice** (voir exemples repris au paragraphe 063 et à la sous-section V, B, g, ci-dessous);

■ **Il existe un déséquilibre manifeste entre la personne concernée et le responsable du traitement** – En matière de marketing direct, cette circonstance peut en particulier être présente dans le contexte de la publicité comportementale sur les grandes plateformes en ligne (voir paragraphe 64 ci-dessous pour plus de détails à ce sujet); et

■ **Un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement de données à caractère personnel bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce** – Ceci est par exemple le cas lorsqu'un responsable du traitement requiert le consentement de la personne concernée pour lui envoyer des communications de marketing direct et pour partager ses données avec des partenaires, sans laisser le choix à la personne concernée de donner son consentement distinctement pour chacune des deux finalités.

63. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse confirmée par la Cour de cassation

Dans sa **décision 06/2019 du 17 septembre 2019**⁵³, l'APD a infligé une sanction de 10.000 euros à un commerçant qui utilisait la carte d'identité électronique afin de

⁵³ Chambre Contentieuse, décision 06/2019, 17 septembre 2019, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-06-2019.pdf> .

créer une carte de fidélité pour ses clients, sans proposer d'alternative comme moyen d'identification.

Les faits portaient sur le refus d'un commerçant de délivrer une carte de fidélité à un client ne souhaitant pas lui présenter sa carte d'identité aux fins d'obtenir la carte de fidélité (mais ayant proposé de transmettre les données requises par écrit au commerçant). La Chambre Contentieuse a décidé que le commerçant ne pouvait pas invoquer le consentement comme base juridique du traitement étant donné que **le consentement n'était pas libre, compte tenu de l'absence d'alternative(s) proposée(s) par le commerçant.**

La Cour de cassation a confirmé ce point dans un arrêt portant sur la décision que la Cour des marchés avait adoptée relativement à l'appel interjeté contre la décision de la Chambre Contentieuse. À cette occasion, la Cour de cassation, dans **un arrêt du 7 octobre 2021**, a observé que : « *la perte d'un avantage ou d'un service en cas de refus de consentement peut également supprimer la possibilité d'une véritable liberté de choix et constituer un préjudice au sens du point 42 du préambule, de sorte que le consentement n'est pas réputé avoir été donné librement au sens de l'article 4, paragraphe 11, du règlement [le RGPD]* ». ⁵⁴

i. La publicité comportementale sur les grandes plateformes en ligne et la pratique du « consent or pay »

64. En juillet 2023, la CJUE a rendu un arrêt portant notamment sur la question de la validité du consentement obtenu par Meta s'agissant de la diffusion d'annonces publicitaires sur le réseau social Facebook. ⁵⁵ À cette occasion, la CJUE a, entre autres, formulé les observations suivantes relativement au caractère libre du consentement.

■ **La position dominante d'un opérateur de réseau social en ligne peut, dépendant des circonstances de la cause, être un indice du fait que le consentement n'a pas été donné librement.** D'une part, cette position est susceptible d'affecter la liberté de choix des personnes concernées qui peuvent se retrouver dans une situation où elles ne peuvent être en mesure de refuser ou retirer leur consentement sans subir de préjudice. D'autre part, une telle position peut être révélatrice d'un déséquilibre manifeste entre l'opérateur du réseau et les utilisateurs. ⁵⁶

■ **Les utilisateurs doivent pouvoir refuser individuellement, dans le cadre du processus contractuel, de donner leur consentement à des opérations particulières de traitement de données non nécessaires à l'exécution du contrat** sans qu'ils soient pour autant tenus de renoncer intégralement à l'utilisation du service offert par l'opérateur du réseau social en ligne. La CJUE

⁵⁴ Cass, 7 octobre 2021, C.20.0323.N, disponible sur le portail Juportal.

⁵⁵ CJUE, *arrêt dit Bundeskartellamt*, 4 juillet 2023, C-252/21.

⁵⁶ *Id.*, §§. 147-148.

considère que cette exigence peut être concrétisée par l'offre, par l'opérateur, d'une alternative, éventuellement contre une rémunération appropriée, non accompagnée de tels traitements non nécessaires.⁵⁷

65. En avril 2024, l'EDPB a adopté une opinion sur le consentement valide dans le contexte des modèles de type « consent or pay » mis en œuvre par les grandes plateformes en ligne, lorsque ces dernières se fondent sur le consentement comme base juridique de traitements de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale.⁵⁸ Comme déjà soulevé par la CJUE dans sa décision dite *Bundeskartellamt*, de tels modèles posent en effet la question de savoir si le consentement des utilisateurs aux traitements opérés à des fins de publicité comportementale est valide (en particulier, libre) lorsque l'utilisateur doit choisir entre consentir à ces traitements ou payer afin que ces données ne fassent pas l'objet de tels traitements. Sans entrer dans les nuances de l'opinion, vers laquelle l'APD renvoie pour plus de détails, il convient de noter que l'EDPB considère **qu'en règle générale, le consentement ne sera pas considéré comme valide lorsque les utilisateurs sont confrontés à la seule option binaire du « consent or pay »**. L'EDPB estime par conséquent qu'afin de pouvoir démontrer qu'elles ont obtenu un consentement valide, **les plateformes devraient proposer une alternative gratuite à l'option binaire du « consent or pay »**, laquelle ne requerrait pas le traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale. En tout état de cause, l'EDPB considère que si une rémunération est requise afin de pouvoir échapper au traitement de données à caractère personnel à des fins de publicité comportementale, une telle rémunération ne peut avoir pour conséquence que, dans les faits, elle ne permet pas aux utilisateurs de faire un choix libre (par exemple, car son montant est trop important).

b. Le consentement doit être spécifique

66. Le consentement donné doit l'être pour « *une ou plusieurs finalités spécifiques* ». ⁵⁹ En outre, en cas de pluralité de finalités, la personne concernée doit pouvoir choisir parmi ces finalités, si elle souhaite ne pas consentir à certaines d'entre elles.

67. Comme toutes les exigences liées au consentement, **le caractère spécifique du consentement est inextricablement lié à l'information complète et claire** qui doit être fournie par le responsable du traitement aux personnes concernées dans la mesure où il dépend de la bonne information de ces dernières à propos des finalités du traitement.

⁵⁷ *Id.*, §150.

⁵⁸ EDPB, Opinion 08/2024 on Valid Consent in the Context of Consent or Pay Models Implemented by Large Online Platforms, disponible (seulement en anglais) via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_opinion_202408_consentorpay_en.pdf.

⁵⁹ Article 6.1.a) du RGPD.

68. La précision des finalités qui découle de l'exigence d'un consentement spécifique permet d'éviter un détournement d'usage des données à caractère personnel. Par exemple, prenons le cas d'une personne qui a consenti à la finalité A, mais pas à la finalité B : le consentement fourni pour la finalité A ne peut servir pour la finalité B. Cela vaut tant pour des finalités poursuivies par le même responsable du traitement que pour des finalités (ultérieures ou non) poursuivies par des tiers. L'exigence d'un consentement spécifique implique également que si un responsable du traitement souhaite traiter des données à caractère personnel pour une finalité différente que celle pour laquelle les données ont été originellement collectées et que ce premier traitement se fonde sur le consentement comme base juridique, le responsable du traitement devra obtenir le consentement pour cette nouvelle finalité de manière complémentaire.

69. En pratique, l'exigence d'un consentement spécifique a pour conséquence que, lorsqu'un responsable du traitement poursuit différentes finalités liées au marketing direct et/ou que celles-ci impliquent différentes sortes d'opérations de traitement, ce dernier doit **informer clairement les personnes concernées des différentes finalités** (et opérations de traitements qui y correspondent), **tout en laissant à la personne concernée la possibilité de consentir à chacune d'elles séparément**. En outre, **l'utilisation d'un bouton unique d'acceptation (consentement « en bloc » comme un bouton « Tout accepter ») doit être proscrite**.

c. Le consentement doit être éclairé

70. La personne qui donne son consentement doit parfaitement **comprendre pourquoi et à quoi elle consent**. Cette condition est inextricablement liée à l'information qui doit être fournie par le responsable du traitement à la personne concernée, au moment de la collecte de ses données si elles sont obtenues directement auprès de la personne concernée ou dans un délai raisonnable si elles ne sont pas obtenues auprès de cette personne. En d'autres termes, l'obtention d'un consentement éclairé dépend du respect du principe de transparence (articles 13 et 14 du RGPD) (voir section VI ci-dessous) puisqu'il ne peut être question du premier sans le second.

71. L'information que le responsable du traitement se doit de fournir aux personnes concernées doit être claire et facilement accessible de sorte que les personnes concernées puissent facilement comprendre qui est le responsable du traitement et ce à quoi elles consentent.

72. L'EDPB considère que pour qu'un consentement soit considéré comme éclairé, le responsable du traitement doit, *a minima*, fournir les informations suivantes aux personnes concernées :

- l'identité du responsable du traitement ;⁶⁰
- la finalité de chacune des opérations de traitement pour lesquelles le consentement est sollicité ;⁶¹
- les (types de) données collectées et utilisées ;
- l'existence du droit de retirer son consentement (voir ci-dessous, sous-section V, B, j) ; et
- les informations concernant l'utilisation des données pour la prise de décision automatisée conformément à l'article 22, paragraphe 2, point c) du RGPD, le cas échéant.

73. En outre, **la demande de consentement doit être présentée séparément de toute autre demande** (en ce compris d'acceptation de conditions générales, de politiques relatives à la vie privée ou de poursuite de la navigation).

74. L'EDPB précise également que le consentement original peut servir de base juridique pour le traitement des données à caractère personnel par d'autres responsables (conjoint) auxquels elles seront transférées pour autant que : (i) le responsable du traitement qui recueille le consentement fournisse à la personne concernée les informations adéquates lui permettant de comprendre les traitements envisagés par ces responsables (conjoint) et ; (ii) ces responsables (conjoint) soient tous nommés.⁶²

d. Le consentement doit être univoque

75. Le RGPD prévoit que le consentement nécessite un **acte positif clair, qui doit être donné au moyen d'une déclaration, écrite ou orale.**⁶³ Cette condition a avant tout pour but d'éviter la moindre ambiguïté quant à la volonté de la personne concernée de fournir son consentement.

76. Qui ne dit mot ne consent pas. **L'inactivité de la personne concernée ne peut jamais donner lieu à un consentement valide.** Par conséquent, ne peuvent être considérées comme garantissant un consentement univoque (puisqu'elles ne nécessitent pas une action claire de la part des personnes concernées) les méthodes suivantes : la méthode des cases pré cochées, des cases à cocher pour manifester son refus de consentement

⁶⁰ Ceci est également spécifié au considérant 42 du RGPD.

⁶¹ *Id.*

⁶² EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, déjà cité (voir nbp 50), §. 65.

⁶³ Voir, en particulier, le considérant 32.

(opt-out), ou encore la méthode consistant à annoncer que la poursuite de l'utilisation de services équivaut à un consentement.⁶⁴

77. Dans le contexte numérique, les personnes concernées font l'objet de nombreuses demandes de consentement, desquelles il peut résulter, à la longue, une certaine lassitude les poussant à ne pas s'interroger sur l'objet de la demande de consentement. Afin d'éviter ce risque, d'autres options que les cases à cocher sont envisageables, pour autant qu'elles donnent lieu à **un acte positif clair**. Par exemple, le fait d'exiger que la personne concernée « swipe » vers la droite ou la gauche peut remplacer une case à cocher.

78. Les personnes concernées doivent pouvoir comprendre clairement les choix dont elles disposent et, si plusieurs choix existent, celui de consentir au traitement de leurs données à caractère personnel pour des finalités de marketing direct spécifiques doit apparaître clairement et de façon similaire à tout autre choix. De la même manière, si le responsable du traitement envisage d'utiliser ces données dans le cadre de plusieurs finalités de marketing direct, la personne concernée doit être en mesure d'en accepter certaines et en refuser d'autres, le cas échéant. Un bouton unique permettant à la personne de cocher l'ensemble des cases par lesquelles on lui demande un consentement n'est donc pas valable. L'acceptation globale de conditions générales ne permet donc pas d'établir l'existence d'un consentement univoque (ni d'ailleurs spécifique, voir paragraphe 69 ci-dessus).⁶⁵

79. Le RGPD (considérant 32) prévoit que le consentement peut être donné oralement. Cependant, ceci pose la question de la preuve du consentement, que le responsable du traitement se doit de recueillir, dans le respect du principe d'« accountability » (voir section VIII ci-dessous à propos de ce principe). Le responsable du traitement devra donc veiller à conserver une preuve que le consentement a été obtenu, par exemple, en l'enregistreur (moyennant information appropriée préalable), ou en demandant une confirmation par écrit.

80. Enfin, il convient de noter que le responsable du traitement doit toujours obtenir le consentement de la personne concernée **avant** de procéder au traitement de ses données à caractère personnel.

e. Illustration des conditions de validité du consentement par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

Dans sa **décision 04/2021 du 20 janvier 2021 dite « boîtes roses »**⁶⁶, l'APD a infligé **une amende de 50.000 euros** à une société pour, entre autres manquements, le

⁶⁴ EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, déjà cité (voir nbp 50), §. 79.

⁶⁵ *Id.*, §. 81.

⁶⁶ Déjà citée (nbp 49).

caractère non valable des consentements recueillis auprès des personnes concernées.

Les faits portaient sur l'offre, par la société sanctionnée, de « boîtes roses », à savoir, des « coffrets cadeaux », à destination de (futurs) mères contenant des offres et produits. L'activité de distribution de coffrets cadeaux faisait partie d'un modèle économique reposant sur la commercialisation des données des mères et de leur(s) enfant(s). Ainsi, afin d'obtenir un coffret cadeau, les mères devaient s'inscrire en ligne et devaient obligatoirement donner leur accord à un traitement pour des finalités de marketing direct, sans qu'elles n'aient de choix pour déterminer quel commerce de données à caractère personnel et quel profilage pouvaient avoir lieu dans quel contexte.

Tout d'abord, la Chambre Contentieuse a considéré que **le consentement obtenu ne pouvait être considéré comme libre**. Pour arriver à cette conclusion, la Chambre Contentieuse a notamment pris en compte les circonstances que :

- **le refus de consentir résultait en un préjudice** pour la personne concernée (qui se voyait refuser l'accès aux coffrets et à des fiches d'informations proposées par la société) ; et
- **le consentement ne présentait pas de caractère détaillé** (regroupement de finalités ultérieures, pas de détails fournis relativement aux catégories de destinataires, impossibilité d'identifier tous les partenaires du défendeur) de sorte que les mères ne pouvaient pas évaluer l'impact ou la nature de la transmission de leurs données et perdaient de ce fait le contrôle sur leurs données à caractère personnel.

Ensuite, la Chambre Contentieuse a considéré que **le consentement n'était pas éclairé**. Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre Contentieuse a notamment pris en compte la circonstance que l'information fournie à la personne concernée n'était pas suffisante, que ce soit sur le plan de la quantité ou de la qualité. En particulier, la Chambre Contentieuse a considéré que les pratiques suivantes n'étaient pas acceptables :

- **le refus de divulguer l'identité de partenaires avec lesquels les données à caractère personnel sont partagées** (invoker à ce titre la protection juridique qu'octroient les secrets d'affaires ne doit pas affecter ce constat) ;
- **la différence de niveau d'information entre les activités du responsable du traitement** – un langage plus clair était utilisé s'agissant des avantages « gratuits » octroyés aux personnes concernées que s'agissant des finalités commerciales auxquelles s'adonnait le responsable du traitement), résultant en un camouflage des activités de commerce de données du responsable du traitement ;
- **l'utilisation d'un vocabulaire trop pointu juridiquement parlant**, rendant difficile la compréhension de l'information pour un public standard ;
- **le caractère non suffisamment visible de l'information** (l'information fournie se trouvait en petits caractères dans la marge).

De plus, la Chambre Contentieuse a considéré que les manquements en termes d'information identifiés ci-dessus avaient pour conséquence que **le consentement ne pouvait pas être considéré comme spécifique**. En particulier, la Chambre Contentieuse a considéré que **le responsable du traitement se rendait coupable de « fonction creep » (détournement d'usage) dans la description de ses finalités**

(comme expliqué ci-dessus concernant la différence de niveau d'information entre activités) de sorte que la personne concernée ne pouvait pas clairement comprendre quelles étaient les finalités du traitement et qui était amené à traiter ses données.

Enfin, la Chambre Contentieuse a considéré que **le consentement ne pouvait pas être considéré comme univoque** dès lors que les circonstances reprises ci-dessus ne permettaient pas à la personne concernée de comprendre ce à quoi elle consentait.

f. Cas particulier : le consentement explicite

81. Lorsque le traitement porte sur des données sensibles au sens de l'article 9.1 du RGPD⁶⁷, le consentement doit répondre à une cinquième condition : il doit, en vertu de l'article 9.2, a) du RGPD, **être explicite**. Ce serait par exemple le cas en présence d'activités de profilage permettant d'identifier l'ethnicité, l'orientation sexuelle, l'état de santé ou encore la religion d'une personne afin de lui adresser un contenu promotionnel susceptible de l'intéresser compte tenu de ces facteurs. Par exemple, une personne ayant des problèmes de vue est plus susceptible d'être intéressée par une communication de marketing direct relative à des lunettes à verres correcteurs qu'une personne ayant une vue parfaite.

82. Comme l'explique l'EDPB, l'exigence d'un consentement explicite se rapporte à **la façon dont le consentement est exprimé** par la personne concernée, laquelle doit formuler une déclaration de consentement exprès, par exemple, au moyen d'une déclaration écrite ou par retour d'e-mail, en fournissant une signature (éventuellement électronique) ou en replissant un formulaire en ligne. L'EDPB précise également qu'un enregistrement de déclaration orale peut être envisagé, mais pour autant que la personne concernée ait pu disposer d'informations suffisamment claires et complètes à ce sujet.⁶⁸

g. Cas particulier : le consentement des mineurs

83. Lorsque les activités de marketing direct sont ou peuvent être destinées à un public composé, entre autres, de mineurs, **le responsable du traitement doit être particulièrement attentif à ce que ceux-ci puissent valablement consentir au**

⁶⁷ A savoir, lorsque le traitement de données à caractère personnel révèle l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique.

⁶⁸ EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, déjà cité (voir nbp 50).

traitement de leurs données pour des finalités de marketing direct. L'exigence du consentement éclairé requiert en effet que la personne concernée comprenne pourquoi et à quoi elle consent et le responsable du traitement doit donc s'assurer qu'il informe les mineurs de façon appropriée compte tenu de leur âge. Par exemple, lorsque le consentement d'un mineur est requis, il peut être nécessaire d'adapter le vocabulaire utilisé, de raccourcir des phrases, ou encore de présenter l'information sous une forme différente.

84. Le responsable du traitement actif dans le secteur des services de la société de l'information (au sens de l'article 1, §1, b) de la directive 2015/1535) offrant des services aux mineurs doit également observer les règles de l'article 8 du RGPD et des législations nationales exécutant cette disposition. En particulier, cette disposition a pour conséquence que, pour les traitements qui tombent sous le champ d'application de la loi du 30 juillet 2018 et qui portent sur des données à caractère personnel relatives à des **mineurs de moins de 13 ans**, le responsable du traitement devra recueillir le consentement auprès de leur représentant légal (article 7 de la loi du 30 juillet 2018). Certains États membres ont retenu un âge plus élevé, comme la France qui a retenu l'âge de 16 ans. Il s'agit donc pour les responsables du traitement s'adonnant à des activités transfrontalières de rester vigilants sur ce point, la meilleure pratique étant, en cas de doute, d'appliquer l'âge le plus élevé pour l'obtention d'un consentement valide.

h. Retrait du consentement

85. L'article 7.3 du RGPD prévoit que **la personne concernée doit avoir le droit de retirer son consentement à tout moment** et que **retirer son consentement doit être aussi simple que de le donner.**

86. Bien que le RGPD accorde une place fondamentale au retrait du consentement, il ne prévoit pas la forme que celui-ci doit ou peut prendre. L'EDPB indique à cet égard que lorsque « *le consentement a été donné par voie électronique uniquement par un clic, une frappe ou en balayant l'écran, les personnes concernées, doivent, en pratique, pouvoir retirer ce consentement par le même biais* ». ⁶⁹ Cela signifie par exemple que, si le consentement a été donné au moyen d'une case à cocher sur un site Internet, le responsable du traitement ne peut exiger de la personne concernée qu'elle envoie un courrier postal ou encore qu'elle appelle un call center afin d'exercer son droit au retrait. De même, obliger les personnes concernées à suivre un chemin compliqué balisé de liens vers des documents électroniques subséquents ou les obligeant à communiquer un mot de passe ne répond pas à cette exigence de simplicité équivalente. ⁷⁰

⁶⁹ *Id.*, §. 114.

⁷⁰ Une telle pratique pourrait également constituer un « deceptive design pattern » au sens des lignes directrices 03/2022 de l'EDPB, Deceptive design patterns in social media platform interfaces : how to recognise and avoid them, uniquement disponibles en anglais via le lien

87. Le retrait doit pouvoir se faire **gratuitement** et **sans préjudice**, par exemple sans diminution du niveau du service fourni jusqu'alors.

88. **Lorsqu'une personne retire son consentement, toutes les opérations de traitement de ses données basées sur le consentement de cette personne doivent être cessées.** Cela ne compromet pas pour autant la licéité des opérations effectuées sur la base du consentement valablement donné avant le retrait.

89. En outre, en cas de retrait du consentement, le responsable du traitement doit également évaluer si la conservation des données qui servaient à la réalisation de ses finalités de marketing direct se justifie ou non, même en l'absence d'une demande d'effacement de la personne concernée et ce, conformément à l'article 5.1, e) du RGPD qui impose de limiter la conservation des données à caractère personnel à ce qui est nécessaire à la réalisation de la finalité poursuivie. Si ces données sont nécessaires à la réalisation d'un traitement à d'autres fins, pour lesquelles le responsable du traitement dispose d'une base juridique valable, les données peuvent éventuellement être conservées. *A contrario*, si aucune autre base juridique ne justifie le traitement de ces données, celles-ci doivent être supprimées.

90. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

Dans le cadre de la **décision 04/2021 / boîtes roses** dont les faits ont été repris à la sous-section V, B, g ci-dessus, la Chambre Contentieuse a considéré que **la société mise en cause n'avait pas correctement mis en œuvre l'article 7.3 du RGPD et donc, l'exercice du droit de retirer le consentement**, car il n'était pas aussi facile pour la personne concernée de retirer son consentement que de le donner. Pour parvenir à cette décision, la Chambre a notamment pris en compte les circonstances que le droit au retrait était seulement mentionné dans la politique de confidentialité et en petits caractères (il n'était donc pas mentionné à l'écran, au moment où le consentement était demandé) et que la page de désinscription n'était disponible qu'en français et anglais (et non en néerlandais).⁷¹

i. Preuve et période de validité du consentement

91. L'article 7.1 du RGPD requiert que le responsable du traitement soit « *en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant* ». Cela procède également de l'obligation

suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-02/edpb_03-2022_guidelines_on_deceptive_design_patterns_in_social_media_platform_interfaces_v2_en_0.pdf.

⁷¹ Déjà citée (nbp 49), §§. 148-151.

plus générale d'« accountability » (voir section VIII ci-dessous à propos de ce principe), imposée par le RGPD aux responsables du traitement.

92. Le RGPD n'apporte pas de précision sur la méthode à utiliser pour démontrer l'existence d'un consentement valide, de sorte que les responsables du traitement sont libres de choisir comment procéder. Il convient cependant de préciser que la méthode choisie doit rester proportionnelle et ne peut mener à des traitements de données à caractère personnel qui ne soient pas directement nécessaires à apporter la preuve du consentement.

93. En cas de responsabilité conjointe, les parties doivent s'accorder clairement pour déterminer lequel des responsables conjoints sera chargé de la collecte du consentement, dans le cadre de leur arrangement mutuel prévu à l'article 26 du RGPD. Cette répartition des tâches ne décharge toutefois aucun des responsables conjoints de l'obligation d'être en mesure de démontrer que le consentement a été valablement obtenu, conformément à l'article 7.1 du RGPD. Chaque responsable conjoint doit donc veiller à ce que les mécanismes convenus permettent de garantir le respect des exigences légales en matière de consentement et à pouvoir en rapporter la preuve.

94. L'obligation d'être en mesure d'apporter la preuve du consentement demeure tant que l'activité de traitement de données a lieu. Une fois terminée, la preuve de ce consentement ne devrait pas être conservée plus longtemps que nécessaire pour le respect de cette obligation légale ou pour la contestation, l'exercice ou la défense de droits en justice comme le prévoient les articles 17.3, b) et e) du RGPD.

95. Rien n'est prévu par le RGPD quant à la durée pendant laquelle un consentement obtenu reste valable. Tout dépend du contexte, notamment de la portée du consentement initial, de la nature de l'activité et des attentes légitimes et raisonnables de la personne ayant donné son consentement. Il s'agit avant tout d'une question de bon sens. **La durée de conservation de ces données doit donc être déterminée au regard du principe général de proportionnalité.**

96. L'EDPB recommande également que le consentement soit renouvelé à des intervalles appropriés, car une telle méthode permet de s'assurer que la personne concernée reste bien informée de la façon dont ses données à caractère personnel sont traitées et de la manière dont elle peut exercer ses droits.⁷²

C. Les intérêts légitimes

97. L'article 6.1,f) du RGPD précise que les intérêts légitimes du responsable du traitement ou d'un tiers peuvent fonder un traitement de données à caractère personnel

⁷² EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, déjà cité (voir nbp 50), §§ 110 et 111.

dans la mesure où le traitement est nécessaire aux fins de ces intérêts et que ces intérêts prévalent sur les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée.

98. La base juridique des intérêts légitimes fait l'objet de développements détaillés dans les récentes lignes directrices 1/2024 de l'EDPB relatives au traitement de données à caractère personnel sur la base de l'article 6(1)(f) du RGPD (seule une version provisoire est actuellement disponible), lesquelles contiennent notamment toute une section relative au marketing direct.⁷³ Les paragraphes qui suivent reviennent sur certains éléments abordés dans ces lignes directrices. Pour une description plus complète de cette base juridique, l'APD invite le lecteur à prendre connaissance de ces lignes directrices.

99. Dans la mesure où le considérant 47 du RGPD précise expressément que « *le traitement de données à caractère personnel à des fins de prospection peut être considéré comme étant réalisé pour répondre à un intérêt légitime* », **les intérêts légitimes peuvent constituer une base juridique valide pour le traitement de données à caractère personnel effectué à des fins de marketing direct.** La CJUE l'a encore confirmé dans un arrêt récent en ces termes : « *la Cour n'a pas exclu qu'un intérêt commercial du responsable du traitement, consistant en la promotion et en la vente d'espaces publicitaires à des fins de marketing, puisse être considéré comme un intérêt légitime* ». ⁷⁴

100. Cependant, le fait que les intérêts légitimes peuvent constituer un fondement juridique approprié en matière de marketing direct ne signifie pas qu'il s'agira automatiquement d'une base valide .

■ D'une part, dans certaines circonstances, le droit impose le recours au consentement comme base juridique. Ainsi, la directive e-privacy et sa transposition en droit belge imposent, en règle générale, le consentement comme base juridique (voir annexe 1 pour plus d'informations à ce sujet) s'agissant des communications électroniques non sollicitées. De même, lorsque le traitement porte sur des données sensibles, le consentement explicite de la personne concernée est requis.

■ D'autre part, pour pouvoir invoquer avec succès cette base juridique, le responsable du traitement devra, conformément au prescrit de l'article 6.1.f) du

⁷³ Déjà citées (voir nbp 11).

⁷⁴ CJUE, *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond c. Autoriteit Persoonsgegevens*, 4 octobre 2024, C-621/22, §. 47.

RGPD et à la jurisprudence de la CJUE⁷⁵, être en mesure de démontrer la réunion des trois conditions qui font l'objet des paragraphes suivants.

- a. **Test de finalité – le responsable du traitement ou le(s) tiers au(x)quel(s) les données sont communiquées poursui(ven)t un intérêt légitime.**

101. Comme précisé ci-dessus, le considérant 47 du RGPD précise que « *les intérêts légitimes peuvent constituer une base juridique appropriée lorsque le traitement est effectué à des fins de marketing direct* ». En pratique, l'enseignement de ce considérant a pour résultat qu'un traitement effectué à des fins de marketing direct est susceptible de passer le test de finalité. Cela n'est pas pour autant automatiquement acquis. Les lignes directrices 01/2024 de l'EDPB relatives à la base juridique des intérêts légitimes donnent notamment comme exemple de traitements à des fins de marketing direct susceptible de ne pas passer le test de finalité, les traitement de données nécessaires à l'envoi par une société basée dans l'UE et spécialisée dans la vente de cigarettes électroniques et de flacons de recharge afin d'envoyer à des e-mails promotionnels à des clients. Le raisonnement de l'EDPB est fondé sur le fait que la directive 2014/40⁷⁶ impose aux Etats membres de veiller à l'interdiction des « *communications commerciales dans les services de la société de l'information, dans la presse et dans d'autres publications imprimées, qui ont pour but ou effet direct ou indirect de promouvoir les cigarettes électroniques et les flacons de recharge [...]* ».

102. Il reviendra en tous les cas au responsable du traitement d'évaluer la légitimité du traitement envisagé en prenant en compte les circonstances propres à ce traitement.

103. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

Dans sa **décision dite « Black Tiger »**, la Chambre Contentieuse a décidé que le traitement de données à caractère personnel issues de la Banque Carrefour des Entreprises (ci-après, la « **BCE** ») notamment à des fins de mises à dispositions de jeux de données pour des finalités de marketing direct (« *delivery of data sets for direct marketing purposes* ») **ne passait pas le test de finalité**.⁷⁷ La Chambre a fondé sa

⁷⁵ CJUE, arrêt dit *Rīgas satiksme*, 4 mai 2017, C-13/16, §§. 28-33 ; arrêt dit *Bundeskartellamt* (déjà cité, nbp. 55), §§. 106-112 ; arrêt *Mircom International Content Management & Consulting (M.I.C.M.) Limited c. Telenet BVBA* (déjà cité, nbp 16), §§. 105-11 ; arrêt *TK c. Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, 11 décembre 2019, C-708/18, §§. 42-60.

⁷⁶ Directive 2014/40 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de fabrication, de présentation et de vente des produits du tabac et des produits connexes, et abrogeant la directive 2001/37/CE.

⁷⁷ Chambre Contentieuse, décision 07/2024 du 16 janvier 2024 dite « Black Tiger », §§. 99-100, disponible (actuellement seulement en néerlandais) via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-07-2024.pdf>. A des fins de complétude, il convient de noter que la décision de la Chambre

décision sur le fait que les termes contractuels de la licence relative à l'utilisation de données issues de la BCE à des fins commerciales interdisaient l'usage propre ainsi que la distribution de ces données à des fins de marketing direct.

b. Test de nécessité – le traitement est nécessaire pour la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi.

104. Le test de nécessité revient à poser la question de déterminer **si le même résultat ne peut pas être atteint avec d'autres moyens, sans traitement de données à caractère personnel ou sans traitement substantiel inutile pour les personnes concernées**. Si le même résultat peut être atteint en optant pour une alternative qui soit ne requiert pas le traitement de données à caractère personnel soit requiert un traitement dont l'ampleur est moindre, le traitement envisagé ne passera pas le test de nécessité et il s'agira de lui préférer cette alternative.

105. Le responsable du traitement doit également être en mesure de démontrer qu'il a envisagé d'autres possibilités que celle retenue et que seule cette dernière permet la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi. Si le responsable du traitement n'est pas en mesure de démontrer ceci, il devra être conclu que le traitement en cause ne passe pas le test de nécessité.

106. Illustration par référence à plusieurs décisions de la Chambre Contentieuse

Dans le cadre de **la décision dite SNCB** (mentionnée ci-dessus au paragraphe 33 et vers lequel il est renvoyé pour le contexte), la Chambre Contentieuse a décidé que l'envoi par e-mail de la lettre d'information à des fins de promotion du Railpass **ne passait pas le test de nécessité**. En effet, la Chambre Contentieuse a estimé que le contenu de la communication ne présentait pas de caractère à ce point urgent qu'il était nécessaire de l'envoyer par e-mail (engendrant ainsi un traitement de données à caractère personnel) et qu'il aurait suffi de le publier sur le site web et / ou sur l'application de la SNCB.⁷⁸

Dans le cadre de **la décision relative aux boîtes roses** (mentionnée ci-dessus à la sous-section V, B, g et vers laquelle il est renvoyé pour le contexte), la Chambre Contentieuse a considéré qu'étant donné que le responsable du traitement ne parvenait pas à démontrer qu'il avait « *suffisamment examiné si et pour quelles raisons il n'existait pas d'autres possibilités d'assurer la licéité du traitement, rendant*

Contentieuse a fait l'objet d'un appel. La Cour des marchés ne remet cependant pas en question l'analyse de la Chambre Contentieuse qui fait l'objet des développements repris dans le présent paragraphe (voir Cour des marchés, 4 septembre 2024, 2024/AR/310).

⁷⁸ Déjà citée (nbp 19), §. 38. A des fins de complétude, il convient de noter que la décision de la Chambre Contentieuse a fait l'objet d'un appel (voir nbp 23). La Cour des marchés ne remet cependant pas en question l'analyse de la Chambre Contentieuse qui fait l'objet des développements repris dans le présent paragraphe.

nécessaires les traitements sur la base de l'intérêt légitime », il y avait lieu de considérer que les traitements mis en œuvre **ne passaient pas le test de nécessité**.⁷⁹

Dans le cadre de la **décision 38/2023 relative à certains services fournis par Bpost** (et brièvement mentionnée au paragraphe 49), la Chambre Contentieuse a considéré que **le traitement envisagé passait le test de nécessité**. Plus particulièrement, le traitement consistait en l'utilisation des coordonnées de ses clients par Bpost afin de leur envoyer des communications promouvant des services et actions analogues (intérêt qui avait passé le test de finalité). Dans ce cas précis, la Chambre Contentieuse a considéré qu'il n'était pas possible pour Bpost de joindre ses clients sans traiter leurs coordonnées, ce qui établissait le caractère nécessaire du traitement.⁸⁰

c. Test de pondération – les intérêts ou droits et libertés fondamentaux de la personne concernée ne prévalent pas sur l'intérêt légitime poursuivi.

107. Le responsable du traitement doit évaluer si ses intérêts peuvent prévaloir sur les intérêts, libertés et droits fondamentaux des personnes dont il entend traiter les données à caractère personnel. Le test de pondération repose donc sur un exercice de **mise en balance** entre d'une part, les intérêts légitimes poursuivis par le responsable ou tiers⁸¹ et, d'autre part, les intérêts ou droits et libertés fondamentaux des personnes concernées.

108. Pour réaliser cette mise en balance, le considérant 47 du RGPD fournit un paramètre important puisqu'il précise qu'il doit être tenu compte des **attentes raisonnables** des personnes concernées fondées sur leur relation avec le responsable du traitement. Ces attentes raisonnables sont celles que peut avoir la personne concernée quant aux traitements qui seront ou pourraient être faits de ses données, quant aux données à son sujet qui pourraient faire l'objet de ces traitements, quant à la/aux finalité(s) pour lesquelles elles seront ou pourraient être traitées et par qui.

109. Dans ce contexte, il existe un lien évident entre le niveau de transparence auquel le responsable du traitement opère et l'exercice du test de pondération puisque l'information que le responsable du traitement fournit permet en partie la détermination de ce à quoi les personnes concernées peuvent raisonnablement s'attendre, même si un niveau de transparence adéquat ne garantit pas automatiquement que le test de pondération sera passé avec succès .

⁷⁹ Déjà citée, (nbp 49), §. 161.

⁸⁰ Déjà citée (nbp 46), §. 66.

⁸¹ Il convient d'observer que le responsable du traitement ne peut pas invoquer l'intérêt des personnes concernées (par exemple l'intérêt qu'une communication présenterait pour ces dernières) au titre d'intérêt légitime.

110. La relation existante entre le responsable du traitement et la personne concernée aura également un impact sur la détermination des attentes raisonnables de la personne concernée.⁸² Par exemple, une personne concernée ne s'attend en principe pas raisonnablement à ce que ses données soient traitées par une personne avec laquelle elle n'a jamais été en contact. De même, lorsqu'un responsable du traitement traite les données dans un contexte différent que celui dans le cadre duquel il traite habituellement ces données, la personne concernée est moins susceptible de pouvoir raisonnablement s'attendre à ce traitement. Ce serait par exemple le cas d'une banque qui envoie sur une base régulière des e-mails à ses clients à propos de produits de type assurance et qui commence à leur envoyer des communications de marketing direct afin de promouvoir les activités de partenaires actifs dans le secteur des loisirs.

111. La CJUE a identifié certains facteurs qui peuvent être pris en compte dans l'exercice du test de pondération. Il s'agit notamment des facteurs suivants.

■ **le niveau de gravité de l'atteinte** aux droits et aux libertés de la personne concernée ⁸³ et les conséquences du traitement pour les personnes concernées⁸⁴,

■ **l'âge de la personne concernée** et en particulier, si la personne concernée est un enfant ;⁸⁵

■ **la nature des données à caractère personnel en cause** ainsi que **la nature et les modalités concrètes du traitement** des données en cause, en particulier **le nombre de personnes qui ont accès** à ces données et **les modalités d'accès** à ces dernières ; et⁸⁶

■ **le caractère éventuellement public des données** à caractère personnel de la personne concernée .⁸⁷

112. Le responsable du traitement doit **être en mesure de démontrer** qu'il a mis en balance les intérêts légitimes qu'il poursuit avec les droits et libertés des personnes concernées et que cette mise en balance est en sa faveur. Le cas échéant, le responsable du traitement doit également être en mesure de démontrer qu'il a mis des garanties en place (par exemple, des mesures techniques et organisationnelles) afin de s'assurer que

⁸² Considérant 47 du RGPD.

⁸³ CJUE, *arrêt TK c. Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA*, 11 décembre 2019, C-708/18, §. 56.

⁸⁴ CJUE, *Koninklijke Nederlandse Lawn Tennisbond c. Autoriteit Persoonsgegevens* (déjà cité, nbp. 74), §. 56.

⁸⁵ CJUE, *arrêt dit Bundeskartellamt* (déjà cité, nbp 55), §. 111.

⁸⁶ *Id.*, §. 57.

⁸⁷ CJUE, *arrêt dit Rīgas satiksme*, 4 mai 2017, C-13/16, §. 32.

les droits et libertés des personnes concernées ne prévalent pas sur les intérêts légitimes.

113. Illustration par référence à des décisions de la Chambre Contentieuse

Dans le cadre de **la décision dite SNCB** (mentionnée ci-dessus au paragraphe 33 vers lequel il est renvoyé pour le contexte, et au paragraphe 105), la Chambre Contentieuse a considéré que le traitement en cause, effectué afin d'envoyer, par e-mail, la « lettre d'information » aux personnes ayant commandé un Railpass, **ne passait pas le test de pondération** dès lors que ces dernières ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce que les données qu'elles ont fournies, dans le cadre d'un contrat de transport, afin de recevoir le Railpass, soient utilisées à d'autres fins, en particulier à des fins promotionnelles.⁸⁸

Dans le cadre de **la décision relative aux boîtes roses** (mentionnée ci-dessus à la sous-section V, B, g et vers laquelle il est renvoyé pour le contexte et au paragraphe 106), la Chambre Contentieuse a considéré, que les traitements en cause **ne passaient pas le test de pondération**. Pour parvenir à cette conclusion, la Chambre a pris en compte les circonstances suivantes :

- L'information donnée aux personnes concernées était trop abstraite (il n'y était jamais fait mention de « publicité », « marketing direct » ou « commerce de données à caractère personnel ») de sorte que les personnes concernées n'étaient pas en mesure d'appréhender l'ampleur des opérations de traitement (en ce compris quels étaient les tiers avec lesquels leurs données étaient partagées) ;
- Le manque de transparence quant à l'activité de commerce de données du responsable du traitement avait pour conséquence que les personnes concernées n'identifiaient pas clairement le contexte dans lequel leurs données étaient traitées et pouvaient croire qu'il s'agissait d'une initiative d'une ASBL ou des autorités publiques ; et
- Le responsable du traitement n'était pas en mesure de démontrer avec suffisance qu'il avait mis en place des garanties appropriées pour s'assurer que son intérêt légitime prévalait sur les droits et libertés des personnes concernées.⁸⁹

Dans le cadre de **la décision 38/2023 relative à certains services fournis par Bpost** (et mentionnée aux paragraphes 49 et 106), la Chambre Contentieuse a considéré que le traitement en cause (à savoir, l'utilisation des coordonnées de ses clients par Bpost afin de leur envoyer des communications de marketing direct promouvant des services et actions analogues) **passait le test de pondération**. Afin de parvenir à cette conclusion, la Chambre Contentieuse a pris en compte le fait que (i) les personnes concernées pouvaient raisonnablement s'attendre à ce traitement de leurs données dans la mesure où elles avaient été informées, au moment de la collecte de leurs

⁸⁸ Déjà citée (nbp 19), §. 39. A des fins de complétude, il convient de noter que la décision de la Chambre Contentieuse a fait l'objet d'un appel (voir nbp 23). La Cour des marchés ne remet cependant pas en question l'analyse de la Chambre Contentieuse qui fait l'objet des développements repris dans le présent paragraphe.

⁸⁹ Déjà citée, (nbp 49), §§. 162-164.

données, que ces dernières pouvaient être utilisées à des fins de marketing direct ainsi que ; (ii) Bpost n'avait pas partagé les données avec un tiers.⁹⁰

i. Cas particulier : les données des prospects

114. Comme précisé ci-dessus et, en conformité avec le considérant 47 du RGPD⁹¹ la relation existant entre le responsable du traitement et la personne concernée est l'un des éléments qui impacte les attentes raisonnables de la personne concernée. La situation des prospects (à savoir, les personnes qui ne sont pas encore clientes) est à cet égard pertinente puisqu'**en règle générale, les prospects n'ont pas (encore) de relation avec le responsable du traitement, de sorte qu'ils ne peuvent en principe raisonnablement s'attendre à recevoir une communication de marketing direct de ce dernier.**

115. Cette affirmation est cependant **à nuancer en prenant en compte les circonstances propres à chaque situation.** Ainsi, si la personne concernée (prospect) a déjà été en contact, à sa demande, avec le responsable du traitement, mais n'est pas (encore) sa cliente, elle est susceptible, en fonction des circonstances factuelles, de pouvoir raisonnablement s'attendre à ce que le responsable du traitement lui envoie une communication de marketing direct. Ce serait par exemple le cas lorsqu'une personne concernée contacte un entrepreneur relativement à la pose de nouveaux châssis et partage, à cette occasion, ses coordonnées avec cet entrepreneur et décide par après de confier le chantier à un autre entrepreneur. Dépendant, des circonstances factuelles (en ce compris, le niveau de transparence dont il a fait preuve au moment de la collecte des données), le premier entrepreneur pourra éventuellement invoquer l'intérêt légitime comme base juridique de traitements portant sur les données collectées lors de la prise de contact par la personne concernée. Dans tous les cas, il reviendra au responsable du traitement d'être en mesure de démontrer que l'intérêt légitime qu'il poursuit passe le test de pondération.

D. Les autres bases juridiques

116. L'article 6.1 du RGPD énumère d'autres bases juridiques (que le consentement et les intérêts légitimes) pouvant fonder un traitement de données à caractère personnel. Certains responsables du traitement pourraient être tentés d'invoquer ces autres bases juridiques, en particulier, la base du contrat (article 6.1.b)) ou, dans le secteur public, la base de la mission de l'intérêt public ou de l'exercice de l'autorité publique (article 6.1.e)).

⁹⁰ Déjà citée (nbp 46), §§.70-71.

⁹¹ « [...] *Un tel intérêt légitime pourrait, par exemple, exister lorsqu'il existe une relation pertinente et appropriée entre la personne concernée et le responsable du traitement dans des situations telles que celles où la personne concernée est un client du responsable du traitement ou est à son service [...]* ».

Cependant, **ces autres bases juridiques ne sont pas appropriées dans un contexte de marketing direct** (sous réserve de ce qui est précisé aux paragraphes suivants).

117. S'agissant de la base du contrat, il convient de rappeler que cette dernière ne peut fonder un traitement que lorsque le traitement en question est nécessaire à l'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée. En pratique, il est difficile de concevoir que le traitement de données à caractère personnel à des fins de marketing direct soit nécessaire à l'exécution d'un contrat ou de mesures précontractuelles prises à la demande de la personne concernée. Par conséquent, quoique cette hypothèse ne puisse être exclue (par exemple, lorsque l'objet du contrat conclu entre la personne concernée et une organisation serait précisément et uniquement de recevoir des communications de marketing direct et que les données à caractère personnel communiquées seraient ainsi uniquement traitées pour cette finalité), elle semble relever du domaine théorique et la prudence s'impose donc au responsable du traitement qui envisagerait de recourir à la base juridique du contrat. Pour un aperçu plus détaillé de la base juridique du contrat, l'APD renvoie vers les lignes directrices 2/2019 de l'EDPB sur le traitement des données à caractère personnel au titre de l'article 6, paragraphe 1, point b), du RGPD dans le cadre de la fourniture de services en ligne aux personnes concernées.⁹²

118. S'agissant de la base de la mission d'intérêt public ou de l'exercice de l'autorité publique, il est, de façon similaire à ce qui a été exposé pour la base du contrat, également difficile de concevoir qu'une mission d'intérêt public ou que l'exercice de l'autorité publique requière le traitement de données à caractère personnel à des fins de marketing direct, de sorte qu'un recours à cette base juridique, dans un contexte de marketing direct, semble relever du domaine théorique.

119. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

Dans le cadre de **la décision dite SNCB** (mentionnée ci-dessus au paragraphe 33 vers lequel il est renvoyé pour le contexte, et aux paragraphes 106 et 113), la Chambre Contentieuse a examiné si la SNCB pouvait, à juste titre, invoquer la base juridique du contrat pour fonder le traitement de données ayant résulté en l'envoi de la « lettre d'information » aux personnes ayant commandé un Railpass. La SNCB avançait en effet que cette lettre devait se comprendre comme « *un rappel officiel de chacune des conditions essentielles du contrat de transport avec le voyageur* ». La Chambre Contentieuse a cependant considéré que, compte tenu du contenu de type promotionnel de la lettre, la qualification de rappel officiel que lui donnait la SNCB ne pouvait être retenue, dans la mesure où elle ne pouvait être considéré comme un « *corollaire nécessaire du contrat de transport entre les demandeurs du Railpass et [la*

⁹² Disponibles via le lien suivant:
https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines-art_6-1-b-adopted_after_public_consultation_fr.pdf.

SNCB] ». Par conséquent, la Chambre Contentieuse a décidé que **la base du contrat n'était pas une base juridique appropriée.**⁹³

La Chambre Contentieuse a, pour le surplus, décidé que **le traitement en cause ne pouvait être fondé sur l'article 6.1.e) du RGPD**, dans la mesure où il n'était pas nécessaire à l'exercice d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique. La Chambre Contentieuse a également observé que l'arrêté royal portant sur l'octroi des Railpass ne mentionnait rien quant à un traitement de données à caractère personnel à des finalités de marketing direct, de sorte que le traitement sortait du cadre juridique mis en place dans le contexte de l'exercice de la mission d'intérêt public.⁹⁴

VI. La transparence

120. La transparence du responsable du traitement envers les personnes concernées est **un élément essentiel** dans le cadre de la mise en œuvre effective du RGPD. La transparence est en effet cruciale pour donner aux personnes concernées le contrôle de leurs données à caractère personnel et pour garantir une protection effective de ces données.⁹⁵ Son importance a d'ailleurs déjà fait l'objet de développements ci-dessus, s'agissant de l'exigence de recueillir un consentement informé (voir paragraphes 70 à 73) et des attentes raisonnables des personnes concernées dans le cadre du recours aux intérêts légitimes comme base juridique d'un traitement de données à caractère personnel (voir paragraphe 109).

121. De manière générale, la transparence porte sur l'obligation d'information du responsable du traitement envers les personnes concernées, qu'il s'agisse de l'information que le responsable du traitement doit donner proactivement en application des articles 13 et 14 du RGPD ou des communications que le responsable du traitement doit effectuer en application des articles 15 à 22 du RGPD (relativement à l'exercice des droits des personnes concernées) ou 34 du RGPD (en matière de violation de données).⁹⁶

122. Les principes généraux relatifs à la transparence et aux dispositions du RGPD s'y rapportant ont fait l'objet des lignes directrices sur la transparence au sens du RGPD du

⁹³ Déjà citée (nbp 19), §§. 27-32. A des fins de complétude, il convient de noter que la décision de la Chambre Contentieuse a fait l'objet d'un appel (voir nbp 23). La Cour des marchés ne remet cependant pas en question l'analyse de la Chambre Contentieuse qui fait l'objet des développements repris dans le présent paragraphe.

⁹⁴ *Id.*, §§. 33-35.

⁹⁵ Chambre Contentieuse, décision 04/2021, 20 janvier 2021, déjà citée (voir nbp 49), §. 167.

⁹⁶ Article 12 du RGPD.

Groupe de travail de l'article 29, approuvées par l'EDPB.⁹⁷ Dans ce contexte, l'APD n'estime pas nécessaire de rappeler, dans la présente recommandation, les enseignements de ces lignes directrices vers lesquelles elle renvoie pour plus de précisions. Toutefois, en pratique, l'APD remarque qu'encore beaucoup de décisions de la Chambre Contentieuse constatent des manquements à l'obligation de transparence, ce qui indique que de nombreux responsables du traitement ne mettent pas correctement en œuvre cette obligation. L'APD juge dès lors utile d'attirer l'attention sur les rappels des enseignements suivants, que la Chambre Contentieuse a dû émettre dans le cadre de décisions en matière de marketing direct.

A. Structure de l'information

123. La structure choisie pour fournir l'information ne doit pas avoir pour effet de compliquer l'accès à l'information et l'exercice des droits.

124. Lorsque le responsable du traitement décide d'adopter une approche à plusieurs niveaux (« layered approach ») afin de communiquer les informations qu'il a l'obligation de communiquer en vertu de l'article 13 et ou de l'article 14 du RGPD, le responsable du traitement doit faire attention à ce que cette approche à plusieurs niveaux soit structurée de façon appropriée. Une approche à plusieurs niveaux est souvent préconisée⁹⁸ afin de garder un équilibre entre l'exigence de fournir une information exhaustive et l'exigence de présenter une information facilement accessible pour la personne concernée. Cependant, **cet objectif n'est pas atteint lorsque l'approche à niveaux est structurée de telle façon qu'en pratique, elle crée un labyrinthe rendant inutilement difficiles la compréhension de l'information et l'exercice des droits.** Ceci est notamment le cas lorsque la personne concernée qui désire avoir des informations sur le droit d'opposition (voir sous-section VII pour plus d'informations sur ce droit) voit s'afficher une explication descriptive de la façon d'exercer son droit, sans que ne lui soit fourni de lien opérationnel vers la page sur laquelle elle peut exercer ce droit.⁹⁹

125. De la même manière, l'information n'est pas structurée de façon appropriée lorsque les informations disponibles quant au droit d'opposition sur une page permettant de définir des paramètres de confidentialité ne sont pas suffisamment explicites. Ainsi, un bouton « envoyer une demande concernant vos données à caractère personnel »

⁹⁷ Groupe de l'Article 29, lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, 11 avril 2018, disponibles via le lien suivant : <https://ec.europa.eu/newsroom/article29/redirection/document/54194>.

⁹⁸ Notamment par le Groupe de travail de l'article 29 dans ses lignes directrices sur la transparence.

⁹⁹ Chambre Contentieuse, décision 19/2021 dite décision Telenet, 12 février 2021, §.58, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-19-2021.pdf>.

renvoyant lui-même vers une page permettant le désabonnement à toutes les communications de marketing direct pose problème sur le plan de la transparence, car il n'est pas certain qu'une personne concernée « moyenne » comprenne que ce bouton lui permettra d'exercer son droit d'opposition et que l'exercice de ce droit lui offrira un niveau supérieur de protection.¹⁰⁰

B. Caractère trompeur de l'information

126. L'information fournie ne doit pas être trompeuse ou prêter à confusion. Ainsi, comme exposé ci-dessus (voir la sous-section V, B, g portant sur la décision dite « boîtes roses »), le responsable du traitement qui camoufle son activité de commerce de données et l'ampleur de cette dernière manque à son obligation de transparence.

127. De la même manière, le responsable du traitement qui offre le choix entre différents profils de confidentialité et qui présente, à tort, un profil comme étant le choix de confidentialité le plus favorable alors que ce profil permet encore l'envoi de communications de marketing direct (et ne prend donc pas en compte la possibilité d'exprimer un droit d'opposition) manque à son obligation de transparence.¹⁰¹

C. Exceptions à l'obligation d'information lorsque le responsable du traitement n'a pas obtenu les données auprès des personnes concernées (article 14.5 du RGPD)

128. Lorsqu'un responsable du traitement traite des données qu'il n'a pas collectées auprès des personnes concernées, il a l'obligation proactive de fournir à ces dernières l'information énumérée aux articles 14.1 et 14.2 du RGPD. L'article 14.5 prévoit des exceptions à l'obligation de fournir l'information. Cependant, un responsable du traitement qui souhaite invoquer une de ces exceptions doit faire preuve de prudence dans la mesure où **ces exceptions doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive.** Dans le cadre de la décision dite Black Tiger, la Chambre Contentieuse a notamment décidé que la défenderesse, une société active dans le secteur du courtage de données, à laquelle l'article 14 du RGPD s'appliquait, ne pouvait se prévaloir de l'article 14.5.b) du RGPD (la fourniture de l'information se révèle impossible ou exigerait des efforts disproportionnés). La Chambre Contentieuse a en effet considéré qu'il n'était pas impossible ou exagérément difficile d'informer les personnes concernées dont elle

¹⁰⁰ *Id.*, §§. 82-86.

¹⁰¹ *Id.* §§. 78-81 et 87-94.

disposait des données de contact (adresse postale et/ou e-mail) et qu'elle aurait dès lors dû communiquer les informations requises directement à ces personnes.¹⁰²

VII. Les droits des personnes concernées et leur exercice

129. Les articles 15 à 23 du RGPD accordent une série de droits aux personnes concernées. Fournir une étude détaillée de chacun de ces droits dépasserait la portée de la présente recommandation. Pour cette raison, les développements qui suivent se concentreront essentiellement sur le droit d'opposition et en particulier l'article 21.2 du RGPD, étant donné que cette disposition concerne les traitements opérés à des fins de marketing direct et, dans une moindre mesure, sur le droit à l'effacement et le droit d'accès.

130. L'APD souhaite cependant attirer l'attention sur **l'importance pour le responsable du traitement de répondre de bonne foi aux demandes des personnes concernées.** Plus particulièrement, si la demande n'est pas formulée clairement, de sorte que le responsable du traitement n'est pas sûr de la portée exacte de cette demande ou s'il ressort de la lecture de la demande que la personne concernée n'a pas identifié correctement le droit qu'elle souhaitait exercer, il revient au responsable du traitement de clarifier la portée exacte de la demande de la personne concernée. Comme la Chambre Contentieuse l'a rappelé dans sa décision 39/2022, « *la formulation incomplète ou inexacte d'une demande d'exercice d'un droit, [...], ne peut être un prétexte pour ne pas y donner suite (utile)* ». ¹⁰³ Ainsi, une demande qualifiée par la personne concernée de demande d'accès au moyen de laquelle cette dernière demande que le responsable du traitement communique « *la nature des informations que [le responsable du traitement] supprimer[a] (avec l'indication précise des différentes dates d'effacement)* » doit être interprétée comme une demande d'effacement dans la mesure où, concrètement, la demande ne porte pas principalement sur l'accès, mais sur l'effacement. ¹⁰⁴

¹⁰² Décision Black Tiger, déjà citée (nbp.77), §§. 159-162. A des fins de complétude, il convient de noter que la décision de la Chambre Contentieuse a fait l'objet d'un appel. La Cour des marchés ne remet cependant pas en question l'analyse de la Chambre Contentieuse qui fait l'objet des développements repris dans le présent paragraphe (voir Cour des marchés, 4 septembre 2024, 2024/AR/310).

¹⁰³ Chambre Contentieuse, décision 39/2022 du 17 mars 2022, §. 27, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-39-2022.pdf>.

¹⁰⁴ Id. §§. 28 et 29.

A. Le droit d'opposition

131. L'article 21.2 du RGPD dispose que : « *lorsque les données à caractère personnel sont traitées à des fins de prospection, la personne concernée a le droit de s'opposer à tout moment au traitement des données à caractère personnel la concernant à de telles fins de prospection, y compris au profilage dans la mesure où il est lié à une telle prospection* ». Cela veut donc dire que la personne concernée peut toujours s'opposer au traitement de ses données à caractère personnel lorsque ce dernier est effectué à des fins de marketing direct.¹⁰⁵

a. Conséquences de l'exercice du droit d'opposition

132. En pratique, lorsqu'une personne concernée exerce son droit d'opposition en matière de marketing direct, le responsable du traitement doit, **directement et sans examen supplémentaire, cesser tout traitement de données à caractère personnel** relatives à la personne concernée et effectué pour des finalités de marketing direct, conformément à l'article 21.3 du RGPD. De plus, et comme il sera expliqué plus en détail ci-dessous (voir paragraphes 140 à 142), l'exercice du droit d'opposition dans le contexte de l'article 21.2 du RGPD est l'un des motifs pour lesquels la personne concernée peut exercer son droit à l'effacement.

133. Il convient de relever que le responsable du traitement ne doit cesser le traitement qu'en ce qui concerne les finalités de marketing direct. Si les données sont par ailleurs nécessaires pour la poursuite d'autres finalités (par exemple, le responsable du traitement a encore besoin de l'adresse e-mail pour assurer le suivi d'une commande en ligne), le responsable du traitement ne doit pas cesser les traitements mis en œuvre dans le cadre de la poursuite de ces autres finalités.

134. Il est également permis au responsable du traitement de conserver les données à caractère personnel de la personne concernée qui a exercé son droit d'opposition afin d'assurer l'effectivité du droit d'opposition (par exemple, pour éviter que le responsable du traitement n'envoie une nouvelle communication de marketing direct à la personne concernée). Cependant, le responsable du traitement doit s'assurer que, lorsqu'il conserve des données à caractère personnel dans un tel contexte, **il ne traite que les données qui sont strictement nécessaires à assurer l'effectivité du droit d'opposition et il prend des mesures appropriées** (par exemple chiffrement des données) **afin de**

¹⁰⁵ Cette inconditionnalité du droit à s'opposer est spécifique aux traitements réalisés à des fins de marketing direct en ce sens que lorsqu'une personne concernée fait usage de son droit d'opposition conformément à l'article 21.1 du RGPD, en dehors de toute finalité de marketing direct, une mise en balance intervient opposant « la situation particulière » de la personne concernée et les motifs légitimes et impérieux que peut alors invoquer le responsable du traitement, qui pourraient justifier que le traitement soit, malgré l'opposition, maintenu.

limiter le risque de détournement de finalités et d'assurer la minimisation des données.

b. **Transparence et modalités d'exercice du droit d'opposition**

135. L'article 21.4 du RGPD précise que : « *Au plus tard au moment de la première communication avec la personne concernée, le droit [d'opposition] est explicitement porté à l'attention de la personne concernée et est présenté clairement et séparément de toute autre information* ». **La transparence joue donc un rôle crucial dans la mise en œuvre conforme du droit d'opposition** (comme les paragraphes 123, 124 et 126 l'illustraient déjà).

136. Concrètement, cela implique, que le responsable du traitement doit, dans toutes ses communications de marketing direct envers la personne concernée (et dès sa première communication), **mettre le droit d'opposition clairement en évidence, dans un langage simple, et sans ambiguïté**. Il en découle, d'une part, que la structure (mise en page) de la communication de marketing direct joue donc un rôle important dans l'évaluation du caractère transparent de l'information relative au droit d'opposition. Il appartient en effet au responsable du traitement d'opter pour une structure qui attire l'attention sur la possibilité d'exercer le droit d'opposition¹⁰⁶ par exemple, par la position de cette information (en tête de la communication de marketing direct), par l'usage de caractères lisibles, par l'utilisation de couleurs ou encore de cadres,... D'autre part, le responsable du traitement ne peut donc pas se contenter d'indiquer la possibilité d'exercer le droit d'opposition dans sa politique de confidentialité (ou équivalent). **Il faut que cette possibilité soit présentée de façon certaine** aux personnes concernées, **sur un support approprié** devant permettre au responsable du traitement de démontrer avec certitude que les personnes concernées ont clairement été informées de leur droit d'opposition.

137. Le responsable du traitement doit également **prendre les mesures nécessaires pour que la personne concernée puisse exercer son droit d'opposition directement** (c'est-à-dire, dès la fourniture de l'information obligatoire quant aux traitements de données que le responsable du traitement doit communiquer conformément aux exigences des articles 13 et 14 du RGPD), **sans aucune démarche supplémentaire** (une fois qu'elle s'est opposée, la personne concernée ne peut pas être requise de réitérer ni confirmer sa demande) et **sans frais** (dans les limites de ce que précise l'article 12.5 du RGPD).

138. L'exigence d'un exercice **facile** du droit d'opposition implique notamment que **le responsable du traitement offre une possibilité de s'opposer par type de communication** (par exemple, e-mail, téléphone, courrier postal), mais qu'il doit

¹⁰⁶ Voir également Groupe de l'Article 29, lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679 (déjà citées, nbp. 97), p. 47.

également offrir **une possibilité consolidée de s'opposer à toutes les formes de communication envisagées en une seule fois**. De plus, le responsable du traitement doit veiller à offrir la possibilité d'exercer le droit d'opposition via des canaux de communications appropriés, compte tenu des canaux qu'il utilise habituellement pour communiquer avec la personne concernée. Par exemple, si l'information obligatoire est fournie de manière digitale ou que le responsable du traitement contacte la personne concernée via des canaux digitaux, un seul clic doit suffire.¹⁰⁷

139. Illustration par référence à une décision de la Chambre Contentieuse

Dans sa **décision dite Telenet**,¹⁰⁸ la Chambre Contentieuse a constaté que l'opérateur téléphonique Telenet avait commis plusieurs manquements au RGPD dans sa mise en œuvre du droit d'opposition.

Sur la facilitation de l'exercice du droit

La politique de confidentialité de Telenet précisait des modalités d'exercice du droit d'opposition différentes par forme de marketing (s'inscrire sur des listes de tiers type liste « Ne m'appellez plus, répondre par « STOP » à un SMS, utiliser une possibilité de désabonnement dans les e-mails), sans offrir de possibilité de s'opposer en une seule fois à toutes les formes de marketing. Par ailleurs, la politique de confidentialité précisait que si la personne concernée ne désirait recevoir aucune forme de communication de marketing direct, elle devait contacter le service clientèle de Telenet ou se rendre dans un point de vente Telenet.

La Chambre Contentieuse a considéré que **Telenet ne facilitait pas suffisamment l'exercice du droit en optant pour des canaux d'exercice différents, en n'offrant pas de possibilité consolidée d'exercer son droit et en ne permettant pas de pouvoir dans tous les cas exercer ce droit de façon numérique** (alors que Telenet communiquait les informations requises en application des articles 13 et 14 du RGPD sur son site internet et envoyait des communications de marketing direct par voie numérique).

Par ailleurs, la Chambre Contentieuse a également considéré **que les informations relatives à l'exercice du droit doivent être accessibles sur l'espace public du site internet du responsable du traitement** et pas seulement sur un espace réservé aux clients de ce dernier, car une telle limitation d'accès ne facilite pas l'exercice du droit.

Sur la transparence du droit d'opposition

L'APD renvoie aux développements repris aux paragraphes 123, 124 et 126.

¹⁰⁷ Chambre Contentieuse, décision dite Telenet (déjà citée, nbp 99), §39.

¹⁰⁸ Déjà citée (nbp 99).

c. Droit d'opposition ou droit à l'effacement ?

140. L'APD constate qu'en pratique, il existe parfois une confusion dans le chef des personnes concernées entre le droit d'opposition et le droit à l'effacement (article 17 du RGPD).

141. Il convient cependant de relever que, au contraire de ce qui est le cas pour le droit d'opposition exercé dans un contexte de marketing direct (article 21.2 du RGPD), **le droit à l'effacement n'est pas inconditionnel.**

■ D'une part, le droit à l'effacement ne trouve à s'appliquer que si la personne concernée peut invoquer avec succès un des motifs listés à l'article 17.1 du RGPD.

■ D'autre part, même si la personne concernée peut invoquer avec succès l'un des motifs de l'article 17.1 du RGPD, l'article 17.3 du RGPD énumère une série (limitée) de situations dans lesquelles le responsable du traitement ne devra pas donner suite à une demande d'effacement.¹⁰⁹

142. En pratique, **il est probable qu'une demande d'exercice de droit d'opposition concernant un traitement de données à caractère personnel à des fins de marketing direct soit accompagnée d'une demande d'exercice du droit à l'effacement.** En effet, l'article 17.1.c) du RGPD identifie comme motif permettant d'invoquer le droit à l'effacement, le fait de s'être opposé au traitement en application de l'article 21.2 du RGPD. Dans ce cas, le responsable du traitement devra répondre favorablement à la demande d'effacement, à moins qu'il ne se trouve dans l'une des situations énumérées à l'article 17.3 du RGPD.

143. Il convient de noter que, en conformité avec l'article 19 du RGPD, lorsque le responsable du traitement donne suite à une demande de droit à l'effacement, **il a l'obligation de notifier l'effacement à chaque destinataire auquel les données à caractère personnel ont été communiquées**, sauf si une telle communication se révèle impossible ou exige des efforts disproportionnés. De plus, **si la personne concernée en**

¹⁰⁹ Les situations visées sont les suivantes. Lorsque le traitement est nécessaire: « (a) à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information ; (b) pour respecter une obligation légale qui requiert le traitement prévue par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis, ou pour exécuter une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement ; (c) pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, conformément à l'article 9, paragraphe 2, points h) et i), ainsi qu'à l'article 9, paragraphe 3; (d) à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, dans la mesure où le droit visé au paragraphe 1 est susceptible de rendre impossible ou de compromettre gravement la réalisation des objectifs dudit traitement; ou (e) à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice » (article 17.3 du RGPD).

fait la demande, le responsable du traitement devra également fournir à la personne concernée des informations sur les destinataires en question.

B. Le droit d'accès

144. L'article 15 du RGPD consacre le droit d'accès de la personne concernée. La présente recommandation n'a pas pour objet d'offrir une présentation détaillée du droit d'accès et l'APD renvoie à cet égard vers les lignes directrices 01/2022 sur les droits des personnes concernées – droit d'accès de l'EDPB du 28 mars 2023.¹¹⁰ Cependant, l'APD souhaite attirer l'attention des responsables du traitement sur l'étendue de leur devoir d'information en vertu de l'article 15 du RGPD, en particulier, lorsqu'ils communiquent des données à caractère personnels à des tiers (article 15.1.c) du RGPD) ou lorsqu'ils obtiennent des données à caractère personnel auprès de sources tierces (à savoir, quand ils n'obtiennent pas les données à caractère personnel auprès des personnes concernées) (article 15.1.g) du RGPD).

a. Informations relatives aux destinataires ou catégories de destinataires

145. L'article 15.1.c) du RGPD dispose que : « *la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement [...] les informations suivantes : [...] les destinataires ou catégories de destinataires auxquels les données à caractère personnel ont été ou seront communiquées, en particulier les destinataires qui sont établis dans des pays tiers ou les organisations internationales* ». La CJUE a précisé, à propos de cette disposition que : « [...] *il convient de considérer que les informations fournies à la personne concernée au titre du droit d'accès prévu à l'article 15, paragraphe 1, sous c), du RGPD doivent être les plus exactes possibles. En particulier, ce droit d'accès implique la possibilité pour la personne concernée d'obtenir de la part du responsable du traitement les informations sur les destinataires spécifiques auxquels les données ont été ou seront communiquées ou, alternativement, de choisir de se borner à demander des informations concernant les catégories de destinataires* » (l'APD souligne).¹¹¹

146. Par conséquent, sauf dans des cas très spécifiques¹¹², le responsable du traitement ne satisfera pas à son obligation d'information en vertu de l'article 15.1.c) du RGPD s'il se contente d'informer la personne concernée à propos des catégories de destinataires

¹¹⁰ EDPB, lignes directrices 01/2022 sur les droits des personnes concernées – droit d'accès, 28 mars 2023, disponibles via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2024-04/edpb_guidelines_202201_data_subject_rights_access_v2_fr.pdf.

¹¹¹ CJUE, *RW c. Österreichische Post AG*, 12 janvier 2023, C-154/21, §. 43.

¹¹² Le § 48 de l'arrêt précité de la CJUE précise qu'il s'agit des cas dans lesquels il est impossible de communiquer l'identité des destinataires concrets, en particulier lorsque ceux-ci ne sont pas encore connus.

alors que cette dernière souhaiterait obtenir des informations sur chaque destinataire concret.

b. Informations relatives aux sources

147. L'article 15.1.g) du RGPD dispose que : « *la personne concernée a le droit d'obtenir du responsable du traitement [...] les informations suivantes : [...] lorsque les données à caractère personnel ne sont pas collectées auprès de la personne concernée, toute information disponible quant à leur source* ». La Chambre Contentieuse a eu l'occasion de préciser à ce sujet que, si une personne concernée demande des informations quant à la source des données dans le cadre d'une demande d'accès, le responsable du traitement ne peut se contenter de donner le nom de la source (sauf si la demande se limite spécifiquement à ce point) mais doit fournir **toute information disponible quant à la source**. La Chambre Contentieuse a précisé que : « *Le plaignant peut ainsi s'attendre à ce que le responsable du traitement fournisse des informations sur la manière dont la société a obtenu les coordonnées du plaignant, ainsi que la base juridique sur laquelle s'appuie le traitement de ces données à caractère personnel par la société afin de démontrer que les coordonnées du plaignant ont été achetées et traitées de manière licite par le responsable du traitement. Afin de garantir les droits du plaignant, le responsable du traitement doit également mettre à sa disposition les coordonnées de la société, permettant ainsi au plaignant d'exercer son droit d'accès à l'égard de cette société* ». ¹¹³

VII. Principe d' « accountability »

148. L'article 24 du RGPD impose aux responsables du traitement de mettre en œuvre des « *mesures techniques et organisationnelles appropriées pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au [RGPD]* ». Par ces mots, l'article 24 du RGPD consacre le principe d'« accountability » en vertu duquel il existe une obligation proactive à charge du responsable du traitement d'une part, de s'assurer que les traitements qu'il opère sont conformes au RGPD et, d'autre part, d'être en mesure de le démontrer. L'application du principe d'« accountability » emporte de nombreuses conséquences pour les responsables du traitement, y compris, comme souligné au paragraphe 91, l'obligation, lorsqu'un traitement est basé sur la base juridique du consentement, d'être en mesure de démontrer qu'ils ont obtenu, pour le traitement en question, un consentement valide de la personne concernée.

¹¹³ Chambre Contentieuse, décision 32/2022 du 10 mars 2022, §. 14, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/ordonnance-n-32-2022.pdf>

A. Cas particulier : « Accountability » et collecte de données auprès d'un courtier en données

149. Avoir recours à un courtier en données ne décharge pas le responsable du traitement, qui utilise les données qu'il a obtenues d'un courtier en données à caractère personnel à des fins de marketing direct, de ses obligations en matière de protection des données. En d'autres termes, **un responsable du traitement a une obligation de due diligence sur son courtier en données**, en vertu de laquelle il doit s'assurer de la conformité des données à caractère personnel que son courtier lui fournit. Cette obligation découle directement du principe d' « accountability » tel que formulé par l'article 24 du RGPD et de l'article 25 du RGPD lequel impose au responsable du traitement d'intégrer la protection des données à caractère personnel dès la phase de conception de leurs traitements, pendant tout le cycle du traitement de données.¹¹⁴ Il en découle une obligation pour le responsable du traitement de s'assurer notamment de l'origine des données, de vérifier la manière dont elles ont été collectées, sur quelle base juridique, par qui, pour quelles finalités, pendant quel délai et pour quels traitements.¹¹⁵

150. Par ailleurs, il convient de relever que **le responsable du traitement ne peut pas se contenter d'inclure, dans le contrat qui le lie au courtier, une clause prévoyant une obligation pour le courtier de fournir des données dans le respect de la législation en matière de protection des données** (ou toute autre obligation dont la teneur serait identique ou similaire). L'existence d'une telle clause ne serait pas suffisante pour exclure la responsabilité du responsable de traitement en cas de manquement(s) au RGPD.¹¹⁶

¹¹⁴Chambre Contentieuse, décision 137/2021 du 8 décembre 2021, §§. 36-37, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-137-2021.pdf>.

¹¹⁵ *Id.*

¹¹⁶Chambre Contentieuse, décision 163/2022 du 16 novembre 2022, §. 25, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-163-2022.pdf>.

Annexe 1 : les interactions entre le RGPD et les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy dans le cadre de communications électroniques de marketing direct

I. Introduction

01. Lorsque le marketing direct se fait sous la forme d'une communication électronique (par exemple, par e-mail ou sms, voir section III, A pour plus d'informations sur le champ d'application matériel), les responsables du traitement doivent non seulement respecter les obligations qui découlent du RGPD mais également les obligations qui découlent de l'article 13 de la directive e-privacy (y compris de sa transposition en droit belge). Dans ce contexte, la présente annexe a pour objectif de présenter les éléments essentiels (d'un point de vue protection des données à caractère personnel) que les responsables du traitement doivent prendre en compte lorsque l'article 13 de la directive e-privacy, tel que transposé en droit belge, s'applique à leurs traitements.

02. L'APD a limité la portée de cette annexe aux obligations découlant des articles 13.1 et 13.2 de la directive dès lors que ces deux dispositions ont un impact direct sur l'application du RGPD à des traitements consistant en l'envoi de communications électroniques. En effet, comme il sera expliqué ci-dessous (paragraphes 12 et 14), l'application de ces articles emporte des conséquences par rapport à la base juridique du traitement au sens de l'article 6 du RGPD.

03. La présente annexe traite des sujets suivants.

Tout d'abord, l'APD formule un **rappel de sa compétence** s'agissant de questions relatives à l'article 13 de la directive e-privacy (tel que transposé en droit belge) (voir ci-dessous, section II).

■ Ensuite, l'APD examine plus en détails les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy (tels que transposés en droit belge) (voir ci-dessous, section III). Cette analyse porte notamment sur les points suivants :

- Le **champ d'application matériel** de ces dispositions (voir ci-dessous, sous-section III, A) ;
- Les **interactions entre ces dispositions et le RGPD** (voir ci-dessous, sous-section III, B) ;
- L'**obligation de recueillir le consentement préalable** des personnes concernées en cas de communications relevant du champ d'application matériel (voir ci-dessous, sous-section III, C) ;
- Les **exceptions à l'obligation de recueillir le consentement** (en ce compris, l'exception dite du « **soft opt-in** »)(voir ci-dessous, sous-section III, D et E).

II. Remarque liminaire – Compétence de l'APD

04. Certaines parties à des affaires portées devant la Chambre Contentieuse argumentent parfois (à tort) que l'APD ne serait pas compétente pour connaître de questions relevant du champ d'application de la directive e-privacy, dès lors que la transposition de cet instrument a été confiée au SPF Économie.

05. L'article 4 de la loi organique de l'APD (la loi du 3 décembre 2017 portant création de l'Autorité de protection des données) précise que l'APD est non seulement responsable du contrôle de l'application du RGPD mais également de celui des « lois contenant des dispositions relatives à la protection du traitement des données à caractère personnel » et ce, « afin de protéger les libertés et droits fondamentaux des personnes physiques à l'égard du traitement de leurs données à caractère personnel et de faciliter le libre flux des données à caractère personnel au sein de l'Union ». Par conséquent, **la compétence de l'APD s'étend au contrôle des lois belges transposant la directive e-privacy dans la mesure où elle contient des dispositions relatives à la protection du traitement des données à caractère personnel.**¹¹⁷ Par souci de clarté, il convient de préciser que le législateur a confiées des compétences au SPF Économie dans le cadre de la transposition de la directive e-privacy en droit national, mais que les compétences du SPF Économie ne portent évidemment pas atteinte aux compétences de l'APD, conformément aux exigences de l'art 8.3 du Charte des Droits Fondamentaux et l'art 16.2 TFUE de garantir le contrôle d'une autorité indépendante.

III. Les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy

06. Avant de commenter plus en détails les dispositions en cause, il convient de rappeler leur formulation dans la directive e-privacy.

Article 13.1. *L'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisée que si elle vise des abonnés ayant donné leur consentement préalable.*

Article 13.2. *Nonobstant le paragraphe 1, lorsque, dans le respect de la directive 95/46/CE, une personne physique ou morale a, dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou*

¹¹⁷ Pour plus de développements sur cette question, l'APD renvoie vers les paragraphes 47 à 57 de la décision 38/2023 de la Chambre Contentieuse du 27 mars 2023, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/decision-quant-au-fond-n-38-2023.pdf> et les pages 15 à 17 de l'arrêt de la Cour des marchés du 14 juin 2023, 2022/AR/723, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/arret-du-14-juin-2023-de-la-cour-des-marches-ar-723-disponible-en-neerlandais.pdf>

services analogues qu'elle même fournit pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation.

A. Champ d'application matériel

07. Les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy s'appliquent dans le cadre de **communications non sollicitées**. Plus particulièrement, la portée matérielle de ces dispositions s'étend à « l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), de télécopieurs ou de courriers électroniques ». Le champ d'application de ces dispositions recouvre donc notamment et, de façon importante, **les communications de marketing direct (comme défini à la section II de la recommandation) faites par e-mail ou sms**. Pour rappel, comme indiqué dans la recommandation (voir paragraphes 17 et 34), la CJUE considère que relève du champ d'application de l'article 13.1 de la directive e-privacy « l'affichage dans la boîte de réception de l'utilisateur d'un service de messagerie électronique de messages publicitaires sous une forme qui s'apparente à celle d'un véritable courrier électronique et au même emplacement que ce dernier », ce qui indique que le champ d'application matériel des articles 13.1 et 13.2 doit d'interpréter de façon évolutive, afin de prendre en compte de nouvelles manières de communiquer à des fins de marketing direct.¹¹⁸

08. Par ailleurs, il est important de noter que la transposition en droit belge de la directive ne retient pas le terme de prospection (« direct marketing » dans la version anglaise) mais bien celui de publicité. La notion de publicité est définie à l'article I.18.6° du Code de droit économique comme « toute forme de communication destinée à promouvoir, directement ou indirectement, des biens, des services ou l'image d'une entreprise, d'une organisation ou d'une personne ayant une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerçant une activité réglementée ».

09. Il découle de la définition de « publicité » proposée en droit national que la portée des obligations trouvant leur origine dans la directive e-privacy est limitée aux cas dans lesquels la personne dont les biens, services ou image font l'objet de la promotion, a une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou exerce une activité réglementée. **Ne sont donc par exemple pas visés les démarchages politiques, associatifs ou religieux.**¹¹⁹ Ceci ne porte évidemment pas atteinte aux faits que : (i) ces types de démarchage relèveront, en principe, de la définition de marketing direct telle que proposée par l'APD au paragraphe 20 de la

¹¹⁸ CJUE, 25 novembre 2021, StWL Städtische Werke Lauf a.d. Pegnitz GmbH c. eprimo GmbH, C-102/20.

¹¹⁹ Brochure du SPF économie, Le « spam » en 23 questions & réponses, septembre 2019, question 7, disponible via le lien suivant : <https://economie.fgov.be/fr/file/134161/download?token=SgWK4DCG>.

recommandation et (ii) les responsables du traitement s'adonnant à ce type de démarchage devront opérer dans le respect des obligations du RGPD.

10. L'APD souhaite toutefois attirer l'attention des responsables du traitement sur le fait **qu'au niveau européen, une interprétation plus large** englobant notamment les activités des partis politiques, des associations caritatives et des organisations à but non lucratif (qui n'auraient pas nécessairement une activité commerciale, industrielle ou artisanale ou n'exerceraient pas une activité réglementée) **semble devoir être préférée**. En effet, le Groupe de l'Article 29 a précisé, dans son avis 5/2004, qu'il fallait comprendre que l'article 13 de la directive e-privacy englobait « *toute forme de promotion des ventes, y compris la prospection directe réalisée par les associations caritatives et les organisations politiques (par ex. collecte de fonds, etc.)* ». ¹²⁰

B. Interactions entre le RGPD et la directive e-privacy et bases juridiques du traitement

L'APD renvoie à la section V de la recommandation pour les considérations d'ordre général sur la question des bases juridiques.

11. Lorsqu'un traitement relève du champ d'application du RGPD et de la directive e-privacy, la question peut se poser de savoir dans quelle mesure ces deux instruments s'appliquent au traitement. Cette question a fait l'objet de développements spécifiques par l'EDPB dans son avis 5/2019 relatif aux interactions entre la directive « vie privée et communications électroniques » et le RGPD, en particulier en ce qui concerne la compétence, les missions et les pouvoirs des autorités de protection des données, du 12 mars 2019¹²¹, ainsi que par la jurisprudence de la CJUE¹²² et de la Chambre Contentieuse.¹²³ La présente annexe se concentrant sur les articles 13.1 et 13.2 de la directive e-privacy, l'APD se limite dans la présente sous-section à examiner quelles sont les interactions entre ces deux dispositions et le RGPD et renvoie aux sources identifiées pour un aperçu plus complet.

¹²⁰ Groupe de l'article 29, avis 5/2004 portant sur les communications de prospection directe non sollicitées selon l'article 13 de la Directive 2002/58/CE, 27 février 2004, 3.3, disponible via le lien suivant : https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2004/wp90_fr.pdf.

¹²¹ EDPB, avis 5/2019 relatif aux interactions entre la directive « vie privée et communications électroniques » et le RGPD, en particulier en ce qui concerne la compétence, les missions et les pouvoirs des autorités de protection des données, 12 mars 2019, disponible via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/201905_edpb_opinion_eprivacydir_gdpr_interplay_fr.pdf.

¹²² CJUE, *Proximus NV c. Gegevensbeschermingautoriteit*, 27 octobre 2022, C-129/21.

¹²³ Voir en particulier les paragraphes 27 à 46 de la décision de la Chambre Contentieuse 38/2023 du 27 mars 2023, déjà citée, nbp 117).

a. Article 13.1 de la directive e-privacy et article 6 du RGPD

12. Dans son avis 5/2019, l'EDPB estime que l'article 13 doit être lu comme une disposition qui précise l'article 6 du RGPD. Par conséquent, l'EDPB en conclut que lorsque l'article 13 « exige[...] un consentement pour les actions spécifiques qu'il[...] décri[...]t, le responsable du traitement ne peut pas se fonder sur l'ensemble des bases juridiques possibles prévues à l'article 6 du RGPD ». ¹²⁴ Cette affirmation permet de conclure que, lorsqu'un traitement relève du champ d'application de l'article 13.1 de la directive, le responsable du traitement n'aura pas le choix de la base juridique du traitement parmi les différentes options énumérées à l'article 6.1 et **devra obligatoirement fonder son traitement sur le consentement de la personne concernée** (article 6.1.a) du RGPD).

13. En dehors de ce qui concerne, le choix de la base juridique en vertu du RGPD (limité au consentement), l'article 13.1 de la directive e-privacy n'a pas d'impact sur l'application du RGPD aux traitements qui relèvent du champ d'application de cet article. En d'autres termes, cela veut dire que le RGPD continue de s'appliquer à ces traitements et que le responsable du traitement doit donc s'y conformer.

b. Article 13.2 de la directive e-privacy et article 6 du RGPD

14. S'agissant de l'article 13.2 de la directive, ce dernier précise lui-même le rapport qu'il entretient avec le RGPD puisqu'il dispose qu'il doit s'appliquer « dans le respect de la directive 95/46 » (à savoir, la prédécesseuse du RGPD). En d'autres termes, l'article 13.2 de la directive e-privacy présuppose que le responsable du traitement doive également respecter le RGPD. Il en découle notamment qu'un traitement auquel l'article 13.2 de la directive e-privacy s'applique doit être fondé sur une base juridique énumérée à l'article 6 du RGPD. Étant donné le contexte (traitement dans le cadre de marketing direct et exception utilisée afin de ne pas devoir se fonder sur le consentement), il peut être conclu que **l'article 13.2 requiert que le traitement se fonde sur les intérêts légitimes au sens de l'article 6.1.f du RGPD** (avec les conséquences que cela emporte). ¹²⁵

¹²⁴ EDPB, avis 5/2019, déjà cité (nbp 121), §. 40.

¹²⁵ Voir également sur ce point les §§ 32 à 46 de la décision 38/2023 de la Chambre Contentieuse, déjà citée (nbp 117).

C. Article 13.1 de la directive e-privacy et article XII.13 du Code de droit économique – exigence de consentement de la personne concernée

15. L'article 13.1 de la directive e-privacy exige du responsable du traitement qui désire envoyer une communication de marketing direct relevant du champ d'application de cette disposition à une personne concernée d'obtenir le consentement préalable de cette dernière. Comme indiqué ci-dessus, cette disposition a pour conséquence que, sauf s'il peut se prévaloir de l'exception prévue à l'article 13.2 de la directive e-privacy (voir ci-dessous, sous-section O.D), le responsable du traitement ne pourra fonder son traitement que sur la base du consentement au sens de l'article 6.1.a) du RGPD.

16. Le consentement doit être **obtenu préalablement à l'envoi de la communication et doit présenter les mêmes caractéristiques que le consentement requis en vertu du RGPD**. En effet, l'article 2, f de la directive précise que le consentement correspond au consentement de la personne concernée figurant dans la directive 95/46 (laquelle a été remplacée par le RGPD). L'APD renvoie à la sous-section V. B de la recommandation pour des développements sur ces caractéristiques.

17. Il convient de relever que l'article 13.1 de la directive e-privacy est transposé à **l'article XII.13, §1er du Code de droit économique**, lequel dispose que : « *L'utilisation du courrier électronique à des fins de publicité est interdite, sans le consentement préalable, libre, spécifique et informé du destinataire des messages [...]* ».

18. Par souci de complétude, il convient de relever que les paragraphes 2 à 4 de l'article XII.13 du Code de droit économique prévoient d'autres règles à prendre en compte lors de l'envoi d'une publicité par courrier électronique. Dans la mesure où ces règles ne présentent pas d'impact sur le plan de la protection des données à caractère personnel, elles ne feront pas l'objet d'une analyse dans le cadre de la présente annexe.

19. L'APD souhaite cependant attirer l'attention sur le fait que l'article XII.13, §2 du Code de droit économique prévoit un droit d'opposition à la réception de publicité lors de l'envoi de toute publicité.¹²⁶ **Ce droit d'opposition**, qui porte sur la réception de publicité, **ne doit pas se confondre avec et ne porte pas atteinte au droit d'opposition consacré à l'article 21 du RGPD** (et en particulier l'article 21.2 du RGPD s'agissant du marketing direct – voir les paragraphes 131 à 139 de la recommandation à ce sujet), lequel porte sur le traitement des données à caractère personnel de la personne concernée. En d'autres termes, l'obligation de prévoir une possibilité de s'opposer à la publicité comme formulée à l'article XII.13 du Code de droit économique

¹²⁶ « Lors de l'envoi de toute publicité par courrier électronique, le prestataire :

1° fournit une information claire et compréhensible concernant le droit de s'opposer, pour l'avenir, à recevoir les publicités;

2° indique et met à disposition un moyen approprié d'exercer efficacement ce droit par voie électronique ».

vient s'ajouter à l'obligation de prévoir une possibilité de s'opposer au traitement de données à caractère personnel consacrée par l'article 21 du RGPD et **le responsable du traitement / prestataire** (au sens de l'article L.18.3° du Code de droit économique¹²⁷) **devra donc s'assurer de respecter ces deux dispositions**. Cette observation s'étend à l'article 2 de l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique (ci-après, l'« **arrêté royal du 4 avril 2003** ») qui précise les modalités de réponse à une demande d'opposition à la réception de publicité : le respect de cette disposition par le prestataire ne vient pas porter atteinte aux obligations qui lui incombent en tant que responsable du traitement au regard du RGPD (et en particulier, son obligation de répondre aux demandes formulées en application de l'article 21 du RGPD).¹²⁸

D. Article 13.2 de la directive e-privacy et article 1^{er}, 1° de l'arrêté royal du 4 avril 2003 – première exception à l'exigence de consentement de la personne concernée

20. Par exception à la règle posée par l'article 13.1 de la directive e-privacy, l'article 13.2 prévoit que le consentement de la personne concernée n'est pas requis « *lorsque, dans le respect de la directive 95/46/CE, une personne physique ou morale a, dans le cadre d'une vente d'un produit ou d'un service, obtenu directement de ses clients leurs coordonnées électroniques en vue d'un courrier électronique, ladite personne physique ou morale peut exploiter ces coordonnées électroniques à des fins de prospection directe pour des produits ou services analogues qu'elle même fournit pour autant que lesdits clients se voient donner clairement et expressément la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation des coordonnées électroniques lorsqu'elles sont recueillies et lors de chaque message, au cas où ils n'auraient pas refusé d'emblée une telle exploitation* ».

21. Cette disposition a été transposée à l'article 1^{er}, 1° de l'arrêté royal du 4 avril 2003 visant à réglementer l'envoi de publicités par courrier électronique, lequel requiert que : « [...] *tout prestataire est dispensé de solliciter le consentement préalable à*

¹²⁷ « toute personne physique ou morale qui fournit un service de la société de l'information ».

¹²⁸ « Toute personne peut notifier directement à un prestataire déterminé, sans frais ni indication de motifs, sa volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique. Le prestataire concerné est tenu de :

1° délivrer, dans un délai raisonnable, un accusé de réception par courrier électronique confirmant à cette personne l'enregistrement de sa demande

2° prendre, dans un délai raisonnable, les mesures nécessaires pour respecter la volonté de cette personne;

3° tenir à jour des listes reprenant les personnes ayant notifié leur volonté de ne plus recevoir, de sa part, des publicités par courrier électronique. »

recevoir des publicités par courrier électronique auprès de ses clients, personnes physiques ou morales, lorsque chacune des conditions suivantes est remplie :

a) il a obtenu directement leurs coordonnées électroniques dans le cadre de la vente d'un produit ou d'un service, dans le respect des exigences légales et réglementaires relatives à la protection de la vie privée ;

b) il exploite lesdites coordonnées électroniques à des fins de publicité exclusivement pour des produits ou services analogues que lui-même fournit ;

c) il fournit à ses clients, au moment où leurs coordonnées électroniques sont recueillies, la faculté de s'opposer, sans frais et de manière simple, à une telle exploitation. »

22. Cette exception à l'exigence de consentement, souvent dénommée dans la pratique « *soft opt-in* », trouve donc à s'appliquer lorsque les conditions suivantes sont réunies.

a. Collecte des données par le responsable du traitement

23. Le responsable du traitement doit avoir obtenu les coordonnées électroniques, dans le cadre d'une vente d'un produit ou service, directement auprès de la personne concernée, laquelle doit être une cliente (personne morale ou physique) du responsable du traitement. La collecte doit évidemment avoir été faite dans le respect du cadre normatif applicable, en particulier le RGPD. Ceci n'appelle pas d'observations particulières.

b. Objet de la communication de marketing direct

24. La communication de marketing direct doit exclusivement porter sur des produits ou services analogues fournis par le responsable du traitement même.

25. Le concept de produits ou services analogues n'est pas défini dans la législation et n'a pas fait l'objet d'une jurisprudence développée.¹²⁹ Dans son avis 5/2019, le Groupe de l'Article 29 a précisé que le caractère analogue « [...] pourrait en particulier être jugé [...] du point de vue objectif du destinataire (attentes raisonnables), plutôt que du point de vue de l'expéditeur ».¹³⁰ Les travaux préparatoires de l'arrêté royal du 4 avril 2003 donnent, quant à eux, les informations suivantes à ce sujet : « Sont considérés comme produits ou services analogues ceux qui appartiennent à une même catégorie de produits ou de services. Par exemple - et, pour l'heure, à titre conjectural -, on pourrait considérer comme produits analogues les CDs, les DVDs, les cassettes vidéo et, éventuellement, les livres. De même, les assurances incendie et

¹²⁹ L'APD attire cependant l'attention sur le fait qu'il existe une procédure en cours devant la CJUE (C-654/23) dans le cadre de laquelle une question a été posée sur notion de « produits et services analogues ».

¹³⁰ Groupe de l'Article 29, avis 5/2004 (déjà cité, nbp 120), p.10.

les assurances vie peuvent être considérées comme des produits analogues, appartenant à la catégorie des assurances ».

26. S'agissant du fait que les produits ou services analogues doivent être fournis par le responsable du traitement même, les travaux préparatoires précisent que : « [...] seul le prestataire ayant obtenu les coordonnées électroniques du client pourra exploiter ces coordonnées pour faire la promotion de produits ou de services que lui-même fournit. Il n'est donc pas permis de communiquer ces coordonnées à des tiers à des fins publicitaires sans le consentement préalable de la personne concernée. À cet égard, sont considérées comme des tiers les entreprises appartenant au même groupe de sociétés que le prestataire ayant obtenu le consentement de la personne (filiales, sociétés sœurs, société mère...), étant donné qu'il s'agit de personnes juridiques différentes ». Ceci est également confirmé par le Groupe de l'Article 29.¹³¹

c. Droit d'opposition

27. Le responsable du traitement doit offrir au destinataire de la publicité la possibilité de s'opposer à ce que ses données soient exploitées afin de lui adresser de la publicité de la sorte. Cette possibilité doit être mentionnée de façon claire et expresse dans chacun des courriers électroniques que le responsable du traitement envoie. Par ailleurs, la transposition belge précise que l'exercice du droit doit être simple et gratuit pour la personne concernée. Dans tous les cas, ceci ne remet pas en cause les obligations auxquelles le responsable du traitement est soumis en application de l'article 21.2 du RGPD (l'APD renvoie vers les paragraphes 131 à 139 de la recommandation à ce sujet).

E. Article 1er, 2° de l'arrêté royal du 4 avril 2003 – seconde exception à l'exigence de consentement

28. L'article 1er, 2° de l'arrêté royal du 4 avril 2003 prévoit également que le consentement n'est pas requis lorsque le destinataire est une personne morale et si les coordonnées électroniques utilisées aux fins de la publicité sont impersonnelles. À ce sujet, l'APD souhaite rappeler que, comme exposé au paragraphe 27 de la recommandation, une adresse e-mail fonctionnelle peut, dans certains cas, constituer une donnée à caractère personnel et qu'il s'agira donc, pour les responsables du traitement, d'être prudents lorsqu'ils souhaitent invoquer cette exception.

¹³¹ *Id.*

Annexe 2 - le télémarketing

I. Introduction

01. Le télémarketing est une pratique qui consiste, pour le responsable du traitement à prendre contact avec les personnes concernées, à des fins de marketing direct, au moyen du téléphone. L'APD attire l'attention sur le fait que **les développements qui suivent concernent uniquement les activités de marketing direct opérées par appels téléphoniques avec intervention humaine**, à l'exclusion donc de celles opérées par SMS ou systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine (automates d'appel), lesquels relèvent du champ d'application de l'article 13 de la directive e-privacy (voir annexe 1 à ce sujet).

02. L'APD souhaite attirer l'attention des responsables du traitement qui opèrent des activités de télémarketing sur les éléments repris dans les paragraphes suivants. Ces éléments s'ajoutent à ceux repris dans la recommandation, lesquels doivent évidemment également être pris en compte.

II. Transparence

03. Dans la pratique, le télémarketing, en raison de sa nature orale, est susceptible d'engendrer des risques élevés de manquements à l'obligation de transparence. Afin de pallier ces risques, l'APD souhaite attirer l'attention des responsables du traitement sur l'importance de mettre en place des mesures permettant de s'assurer que les personnes concernées ont été suffisamment informées sur le traitement de leurs données à caractère personnel et sur leurs droits.

04. Dans ce contexte, l'APD considère que le responsable du traitement doit prendre les mesures nécessaires pour que les personnes qui passent les appels de télémarketing pour son compte informent, avant toute communication de nature promotionnelle, leurs interlocuteurs sur le traitement de leurs données à caractère personnel et leurs droits, dans le respect des articles 13 et 14 du RGPD (selon que les données ont ou non été collectées auprès de la personne concernée).

05. L'APD est consciente que les appels de télémarketing sont généralement brefs et que lire l'ensemble d'une politique de confidentialité serait de nature à rallonger sensiblement ces appels (tout en ne garantissant pas que la personne concernée ait retenu les informations). Dans ce contexte, et comme le souligne le Groupe de l'Article 29 dans ses lignes directrices sur la transparence au sens du RGPD, le recours à une approche à plusieurs niveaux peut s'avérer utile.¹³² L'APD considère à ce titre que la personne passant

¹³² Groupe de l'Article 29, Lignes directrices sur la transparence au sens du règlement (UE) 2016/679, 11 avril 2018, §. 38, disponibles via le lien suivant : https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-09/wp260rev01_fr.pdf.

un appel de télémarketing pour le compte d'un responsable du traitement peut se limiter à communiquer les éléments les plus importants du traitement (identifiés ci-dessous), pour autant que le responsable du traitement ait mis en place des mesures pour s'assurer de la mise à disposition de l'information complète auprès des personnes concernées. Cette mise à disposition pourrait par exemple s'effectuer par l'envoi d'un sms contenant un lien vers la politique de confidentialité du responsable du traitement à la conclusion de l'appel (lorsque l'appel est effectué sur un numéro de Gsm), l'indication claire, pendant l'appel téléphonique, d'une page web sur laquelle la politique de confidentialité du responsable du traitement peut être consultée ou encore, l'activation d'une touche téléphonique durant l'appel permettant d'obtenir les informations manquantes sur le traitement de données.¹³³ Dans tous les cas, l'APD estime que la personne passant les appels de télémarketing devra, au minimum, avant toute chose, mentionner les éléments suivants à son interlocuteur : **l'identité du responsable du traitement, les finalités** du traitement, **la source** des données à caractère personnel (ceci est particulièrement important lorsque le responsable du traitement n'a pas obtenu les données auprès de la personne concernée), et **l'existence de droits** accordés à la personne concernée (avec une mention spécifique du **droit d'opposition inconditionnel prévu par l'article 21.2 du RGPD** (voir sous-section VII, A de la recommandation)).

III. Les dispositions spécifiques du Code de droit économique

06. L'article VI.110, §.2 du Code de droit économique prévoit que les appels téléphoniques à des fins de marketing direct sont en principe autorisés, dans la mesure où la personne destinataire de l'appel ne s'y est pas manifestement opposée.¹³⁴

07. S'agissant du télémarketing, le Code de droit économique offre une possibilité supplémentaire, par rapport au droit consacré à l'article 21.2 du RGPD, (voir section VII.A de la recommandation à ce sujet), pour la personne concernée, de faire connaître sa

¹³³ L'autorité de protection des données française, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), préconise cette solution dans ses délibérations SAN-2022-021 du 24 novembre 2022 (disponible via le lien suivant : <https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000046650733>) et SAN-2023-015 du 12 octobre 2023 (disponible via le lien suivant : https://www.legifrance.gouv.fr/cnil/id/CNILTEXT000048222771?init=true&page=1&query=SAN-2023-015&searchField=ALL&tab_selection=all).

¹³⁴ Pour être plus précis, cette disposition fait mention des « autres communications téléphoniques » et non d'appels téléphoniques ». Le mot « autres » doit ici s'entendre en opposition à « l'utilisation de systèmes automatisés d'appel sans intervention humaine et de télécopieurs » qui font l'objet de l'article VI.110, §1^{er} du Code de droit économique. Dans le cadre d'une demande d'avis portée devant elle sur le projet de loi à l'origine de l'article VI.110, §.2, l'APD a interrogé le demandeur sur ce qu'il fallait comprendre par « autres communications téléphoniques » et il peut être déduit de la réponse de ce dernier que les SMS ne sont pas visés par cette disposition, de sorte que l'APD en conclut que l'article VI.110, §2 du Code de droit économique s'applique aux appels téléphoniques (voir Centre de Connaissances, avis 120/2023 du 18 juillet 2023, §§. 5-7, disponible via le lien suivant : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/avis-n-120-2023.pdf>).

volonté de ne pas être contactée à des fins de marketing direct. Plus particulièrement, les articles VI.112 à VI.115 du Code de droit économique mettent en place un système qui repose sur la création d'une liste des personnes concernées ayant manifesté leur volonté de ne pas faire l'objet de télémarketing et l'interdiction pour les responsables de traitement de contacter les personnes concernées reprises sur cette liste « Ne m'appellez plus ! ». Afin d'éviter un manquement au Code de droit économique, les responsables du traitement doivent donc également s'assurer que les personnes concernées qu'ils contactent par télémarketing ne sont pas reprises sur la liste « Ne m'appellez plus ! », laquelle est actuellement mise à leur disposition par l'asbl Do Not Call Me. Pour plus d'informations à ce sujet, l'APD invite le lecteur à prendre connaissance des guidelines marketing direct par téléphone du SPF Economie.¹³⁵

¹³⁵ SPF Economie, Guidelines marketing direct par téléphone, version 22.04.2024, disponible via le lien suivant : <https://economie.fgov.be/sites/default/files/Files/Entreprises/Guidelines-relatives-au-marketing-direct-par-telephone.pdf> .