

La gestion des cookies d'un site internet : quels « Challenges » ?

Le Conseil d'État se prononce pour la première fois sur le régime juridique des cookies sur internet. Il confirme une délibération de la CNIL, rendue contre l'éditeur du site « Challenges », sur la répartition des responsabilités entre l'éditeur du site et le tiers fournisseur de cookies ainsi que sur l'obligation d'information et de mise en œuvre d'un mécanisme d'opposition en cas de dépôt de cookies, tout en ne semblant pas retenir exactement les mêmes qualifications juridiques que celles de la CNIL.

De nombreux « challenges ». « Questions redoutables », « sujets d'interrogations zones d'ombre l'équilibre à trouver [...] pas simple à définir questions [...] telluriques » : tels sont les termes qui émaillent les conclusions du rapporteur public¹ à propos du régime juridique applicable aux cookies, dans l'affaire *Éditions Croque Futur* ayant donné lieu à l'arrêt du Conseil d'État du 6 juin 2018², à la suite d'un contrôle de la CNIL sur le site « Challenges ». Ces petits fichiers déposés sur les équipements des internautes (ordinateur, smartphone, tablette, etc.) et pouvant être lus lors de la visite d'un site internet, peuvent en effet être utilisés notamment pour suivre la navigation des internautes, collecter des informations à leur sujet et les associer à des « profils ». De tels usages, très utiles pour les éditeurs de sites internet dont les revenus sont liés à la publicité en ligne, sont encadrés juridiquement, car ils peuvent avoir des implications « redoutables » en termes de vie privée et de protection des données à caractère personnel. Bien que le régime juridique des cookies ait été élaboré dès 2002 dans le cadre de la directive 2002/58/CE sur la vie privée et les communications électroniques (ou « directive Privacy »), sa mise en œuvre demeure encore très délicate et pleine de « challenges » tant pour les acteurs de l'internet, que pour les internautes et pour les autorités de contrôle et judiciaires. Il est en effet nécessaire de trouver un juste équilibre entre les droits des internautes et ceux des acteurs de l'internet, et ce, dans un cadre européen au sein duquel il n'existe pas encore à ce jour de « réel consensus » sur tous les aspects du sujet³.

Une définition juridique large des cookies. – Dans la lignée de la directive, l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978 dite « loi Informatique et libertés » régit « toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement ». Le cookie ou « témoin de connexion », tel que défini ci-dessus, n'est que l'un des dispositifs pouvant remplir l'une ou l'autre de ces fonctions. Il existe d'autres dispositifs tels que les « pixels », les « tags » ou encore l'empreinte numérique (« *canvas or device fingerprinting* ») qui permet d'identifier chaque équipement grâce à l'association de plusieurs caractéristiques (version du navigateur utilisé, plug-ins installés, langues utilisées, etc.) rendant chaque équipement unique. Toutes ces techniques sont soumises au régime juridique de l'article 32-II de la loi Informatique et libertés étudié ci-après⁴.

Différentes catégories de cookies. – Les sites internet utilisent généralement plusieurs types de cookies. Il peut s'agir notamment de cookies dits « *first party* », c'est-à-dire des cookies internes

associés au nom de domaine du site à partir duquel ceux-ci sont déposés et/ou lus, ou de cookies dits « *third party* », c'est-à-dire des cookies externes, associés à d'autres noms de domaines et émis par des personnes autres que l'éditeur du site à partir duquel ceux-ci sont déposés et/ou lus.

Régime juridique posé par l'article 32-II de la loi Informatique et libertés. –En application de l'article 32-II de la loi Informatique et libertés issu de la transposition de la directive, « *tout abonné ou utilisateur d'un service de communications électroniques doit être informé de manière claire et complète, sauf s'il l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant : de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement; des moyens dont il dispose pour s'y opposer. Ces accès ou inscriptions ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle* ».

Le régime juridique des cookies implique donc *au moins* une information des personnes sur l'utilisation de cookies et leur(s) finalité(s) ainsi que sur les moyens de s'y opposer et un consentement des personnes à leur utilisation après avoir reçu des informations. Certains cookies sont toutefois exemptés de ces obligations. Il s'agit des cookies qui ont « *pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique* » ou qui sont « *strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur* »⁵.

Cookies et données à caractère personnel. Application du RGPD –Le recours à des cookies est également très souvent soumis au règlement européen 2016/679 du 27 avril 2016 dit règlement général sur la protection des données (« RGPD ») et aux articles de la loi Informatique et libertés y afférents, car les informations inscrites et lues sur les équipements terminaux des utilisateurs constituent très souvent des données à caractère personnel⁶. C'est d'ailleurs ce que rappelle le Conseil d'État dans l'affaire ici commentée en relevant que « *l'utilisation de "cookies" répondant aux caractéristiques définies au II de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978 constitue un traitement de données qui doit respecter les prescriptions de l'article 6 [de la même loi]* ». Les obligations prévues par le RGPD ont ainsi très souvent vocation à s'appliquer lors de l'utilisation de cookies. Celles-ci ne feront toutefois pas toutes l'objet d'une étude ici⁷, seules les obligations liées à l'information des personnes, à la base juridique des traitements et au droit d'opposition étant en lien avec l'arrêt commenté.

L'arrêt Éditions Croque Futur. –Dans son arrêt du 6 juin 2018, le Conseil d'État était amené à se prononcer sur une requête formée par les Éditions Croque Futur contre une délibération de la CNIL les condamnant à une amende de 25 000 € pour différents manquements à la loi Informatique et libertés constatés sur le site www.challenges.fr. Certains de ces manquements avaient trait au régime juridique des cookies et notamment à l'information des personnes sur les moyens de s'opposer aux cookies, au périmètre de la responsabilité de l'éditeur en cas d'utilisation de cookies « » sur son site et aux cas d'exemptions de certains cookies.**Plan.** –Cet arrêt, publié au recueil Lebon, est l'occasion de faire un point, à l'aune du règlement européen 2016/679 du 27 avril

2016 dit règlement général sur la protection des données (« RGPD ») et de la révision en cours de la directive »8, sur les règles gouvernant spécifiquement l'utilisation de cookies sur internet et en particulier sur :

- les personnes responsables de cette utilisation (I.) ;
- l'information et le recueil du consentement préalable à cette utilisation (I) ;
- les moyens d'opposition à cette utilisation (II.).

I. Sur la responsabilité de l'utilisation de cookies

Une obligation incombant au responsable du traitement. –L'article 32-II de la loi Informatique et libertés précité prévoit que les obligations d'information et de recueil du consentement de l'internaute en matière de cookies incombent au « *responsable du traitement ou son représentant* ».

La notion de responsable du traitement renvoie à celle définie aujourd'hui à l'article 4.7) du RGPD : « *la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui, seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités et les moyens du traitement* ». Cette définition, apparemment simple, n'est toutefois pas toujours aisée à mettre en œuvre en matière de cookies.

L'hypothèse de l'éditeur du site, responsable du traitement et de ses éventuels sous-traitants

Dans certains cas, l'éditeur du site est le responsable du traitement. C'est ainsi le cas lorsqu'il dépose lui-même des cookies ou lorsqu'il permet le dépôt de cookies provenant de tiers afin de traiter des données uniquement pour son compte. Pour le Conseil d'État, suivant la position de la CNIL, « *lorsque des "cookies" sont déposés par l'éditeur du site, il doit être considéré comme responsable de traitement au sens de la loi. Il en va de même lorsque l'éditeur sous-traite à des tiers la gestion de "cookies" mis en place pour son compte* ». Les tiers déposant des cookies pour le compte du responsable du traitement ne sont alors, quant à eux, pas responsables de l'utilisation des cookies, mais sous-traitants au sens de l'article 4. 8) du RGPD. Cela peut par exemple être le cas des cookies dits analytiques susceptibles d'être émis par des tiers pour mesurer la fréquentation de sites et uniquement utilisés par ces tiers pour fournir ces services de mesures de fréquentation sans exploiter les données à d'autres fins ou pour d'autres personnes. Bien que non responsables du traitement au sens du RGPD, des obligations incombent à ces tiers sous-traitants en application du RGPD (et notamment celle de prendre les mesures adéquates pour sécuriser les données personnelles traitées). Le RGPD exige par ailleurs à son article 28 que le traitement mis en œuvre par le sous-traitant soit régi par un contrat (ou un autre acte juridique) comportant un certain nombre de mentions obligatoires. La CNIL en déduit que « *le contrat liant l'éditeur et l'émetteur de cookies doit clairement interdire à ce dernier d'exploiter les données collectées par le biais des cookies pour son compte ou pour celui d'autres sociétés* ».

Une détermination du responsable du traitement parfois plus délicate. –Dans d'autres cas, l'éditeur du site ne maîtrise pas, complètement ou partiellement, les finalités et/ou moyens des traitements mis en œuvre à partir de son site. Dans ces cas de figure, l'éditeur du site n'est alors pas automatiquement le seul responsable. Les relations entre les éditeurs de sites, les tiers émetteurs de cookies et leurs intermédiaires peuvent alors être délicates à définir, au point que la CNIL a déjà pu décider de ne pas se prononcer sur un grief faute de pouvoir déterminer le responsable.

L'hypothèse de l'éditeur du site responsable conjoint. –

L'éditeur du site peut être responsable aux côtés de tiers. C'est ce que retient le Conseil d'État en affirmant que *« les éditeurs de site qui autorisent le dépôt et l'utilisation de tels "cookies" par des tiers à l'occasion de la visite de leur site doivent également être considérés comme responsables de traitement, alors même qu'ils ne sont pas soumis à l'ensemble des obligations qui s'imposent au tiers qui a émis le "cookie", notamment lorsque ce dernier conserve seul la maîtrise du respect de sa finalité ou de sa durée de conservation »*.

L'éditeur du site et le tiers émetteur de cookies seraient alors responsables conjoints au sens de l'article 26 du RGPD. Cette possibilité de coresponsabilité avait déjà été avancée par le groupe des autorités européennes de protection des données, le G29 (devenu désormais le Comité Européen de Protection des Données ou CEPD) et par la CNIL. Elle a également été retenue la veille de l'arrêt ici commenté par la CJUE dans l'affaire *Wirtschaftsakademie* concernant une page fans sur le réseau Facebook. Dans cette affaire, la Cour a considéré que les sociétés Facebook devaient être considérées comme responsables conjointes, avec les administrateurs de ces pages, de la collecte des informations relatives aux visiteurs de ces pages dans le cadre de l'outil de mesure d'audience *Facebook Insight* paramétré par lesdits administrateurs. Dans une telle hypothèse, la CJUE précise toutefois que *« l'existence d'une responsabilité conjointe ne se traduit pas nécessairement par une responsabilité équivalente des différents opérateurs concernés par un traitement de données à caractère personnel. Au contraire, ces opérateurs peuvent être impliqués à différents stades de ce traitement et selon différents degrés, de telle sorte que le niveau de responsabilité de chacun d'entre eux doit être évalué en tenant compte de toutes les circonstances pertinentes du cas d'espèce »*.

Les obligations de chacun dépendront donc au cas par cas du rôle de l'éditeur et des tiers. Toutefois, la répartition de ces obligations demeure floue et incertaine. Assez logiquement et sauf exceptions, l'éditeur du site devrait le plus souvent être tenu en pratique de fournir les moyens d'information des visiteurs de son site et de mettre à leur disposition des moyens d'opposition, car il sera *a priori* le plus à même de le faire sur son propre site. En revanche, la responsabilité de l'exactitude et de la complétude de cette information et de l'effectivité de ces moyens d'opposition pourrait incomber aux tiers émetteurs des cookies, seuls à même de garantir ces éléments. Le meilleur moyen pour un éditeur de s'assurer du respect par les tiers de leurs obligations consiste à conclure avec les tiers, émetteurs des cookies et/ou leurs intermédiaires, des contrats dans lesquels seraient précisées les obligations de chacun. Un tel accord définissant les rôles de chacun est d'ailleurs exigé à l'article 26 du RGPD en présence de responsables conjoints. Toutefois, l'éditeur n'est pas toujours en contact direct avec ses partenaires et d'autres solutions que le contrat, telles que l'adhésion à des chartes et des codes de bonne conduite dans des réseaux de partenariat fermés, pourraient être envisagées.

En complément de cet encadrement contractuel, une *« obligation de diligence particulière »* pèserait toutefois encore sur l'éditeur du site *« afin de vérifier la conformité des informations préalables communiquées aux utilisateurs et le caractère approprié des moyens mis à leur disposition pour*

s'opposer au placement de cookies ». Le Conseil d'État ajoute en effet qu'« *au titre des obligations qui pèsent sur l'éditeur de site dans une telle hypothèse, figure celle de s'assurer auprès de ses partenaires qu'ils n'émettent pas, par l'intermédiaire de son site, des "cookies" qui ne respectent pas la réglementation applicable en France et celle d'effectuer toute démarche utile auprès d'eux pour mettre fin à des manquements* ». Il reproche notamment à l'éditeur dans l'affaire ici commentée d'avoir laissé perdurer des cookies déposés sur son site qui avaient une durée de vie disproportionnée par rapport à leur finalité (85 ans...) et surtout de n'avoir effectué aucune démarche auprès de l'émetteur du cookie pour qu'il se mette en conformité.

Cette interprétation rejoint celle proposée par son rapporteur public qui considère que, lorsque le paramétrage des cookies tiers dépend de l'émetteur, c'est sur ce dernier que pèse « *l'obligation de résultat en matière de conformité à la loi* », mais « *etc'est le point crucial, pèse sur le site au contact duquel sont déposés les cookies une obligation de moyen consistant à s'assurer auprès des émetteurs tiers qu'ils respectent sur ce point la réglementation, et d'effectuer toute démarche utile pour qu'ils mettent fin à ces manquements* », le but étant « *sans mettre leur charge d'obligations démesurées, ne pas déresponsabiliser les éditeurs de site qui ont tout de même la responsabilité du support de navigation déclenchant le dépôt des cookies* ».

Il semblerait donc, pour le rapporteur et le Conseil d'État, que la répartition des responsabilités entre l'éditeur du site et le tiers émetteur du cookie ne se ferait pas nécessairement de façon distributive en fonction des obligations du RGPD ou de la directive, mais plutôt en termes de degré de responsabilité entre obligation de moyen et obligation de résultat. **L'hypothèse de l'éditeur du site sous-traitant.** – Selon la CNIL, l'éditeur du site pourrait être le simple sous-traitant des tiers émettant des cookies déposés sur son site. Ce serait par exemple le cas lorsque des données sont collectées par des cookies émis par des tiers et exploitées uniquement par leur émetteur pour son propre compte ou le compte de tiers (par ex. : en présence « *d'une plateforme d'enchère en temps réel qui vend aux annonceurs le droit d'afficher une publicité sur une page web* »). La CNIL souligne alors que « *la relation entre les éditeurs de site sous-traitant et l'émetteur de cookie doit être encadrée contractuellement de manière à garantir notamment le recueil d'un consentement préalable et informé des personnes spécifique au site visité, ainsi que la mise à disposition de moyens d'opposition effectifs avant tout dépôt de cookies* ».

La frontière avec la coresponsabilité semble ténue, car, même dans cette hypothèse, la CNIL estime que « *les éditeurs de sites dont la visite déclenche le dépôt des cookies sont les seuls en mesure de fournir une information directe sur les cookies déposés sur les terminaux des internautes. En pratique, [...] il leur appartient donc de mettre à leur disposition une information sur les groupes de cookies déposés et les moyens dont ils disposent pour s'y opposer. Toutefois, dans le cas numéro 2 [cas de la sous-traitance de l'éditeur] et dans la mesure où l'éditeur doit adresser aux internautes l'information relative au traitement réalisé par un tiers, seul ce dernier peut voir sa responsabilité engagée si cette information est incomplète ou erronée* ».

En toutes hypothèses, il apparaît donc que l'éditeur d'un site qui comporte des cookies devra veiller

à l'information des personnes et au recueil de leur consentement dans le respect de la législation. **II. Sur l'information et le consentement à l'utilisation de cookies Plan.** – Comme rappelé ci-dessus, les internautes doivent recevoir un certain nombre d'informations avant tout accès ou inscription d'informations dans leurs équipements terminaux (**B.**) et pouvoir consentir à cet accès ou cette inscription (**C.**). Certains cookies sont toutefois exemptés de ces obligations spécifiques à la réglementation ePrivacy (**A.A. Les cookies exemptés Exemptions prévues par la réglementation ePrivacy** Conformément à l'article 5.3 de la directive ePrivacy, l'article 32-II, dernier alinéa, prévoit que les dispositions relatives au consentement et à l'information des personnes en matière de cookies, « *ne sont pas applicables si l'accès aux informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur ou l'inscription d'informations dans l'équipement terminal de l'utilisateur soit a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique [dit Critère A selon le G29] soit est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur [dit Critère B par le G29]* ».

Le recours à des cookies répondant à l'un ou l'autre de ces critères ne nécessite alors ni d'informer préalablement l'internaute, ni de prévoir des moyens de s'y opposer, ni de recueillir son consentement avant leur dépôt en application de cet article. Ainsi, le Conseil d'État confirme que ces cookies « *ne sont pas concernés par ces obligations* **Portée de l'exemption au regard de la réglementation applicable aux données à caractère personnel.** – Comme indiqué ci-dessus, le recours à des cookies est en principe très souvent également soumis au RGPD et à la loi Informatique et libertés. La question de l'articulation entre les règles ePrivacy, d'une part, et la loi Informatique et libertés et le RGPD, d'autre part, n'est pas une question aisée. On considère généralement qu'il s'agit d'un rapport de droit spécial (réglementation « ») / droit général (loi Informatique et libertés et RGPD), à tout le moins pour ce qui concerne les bases juridiques des traitements. Toutefois, s'agissant du régime des cookies exemptés, le périmètre des règles spéciales qui dérogeraient aux règles générales n'est pas très clair :

L'exemption de consentement aboutit-elle à considérer qu'il n'est pas nécessaire d'avoir une base juridique au traitement de données ou plutôt à considérer que la base juridique du traitement serait celle des intérêts légitimes de l'éditeur du site ?

Dans ce dernier cas, les personnes devraient bénéficier d'un droit d'opposition en application du RGPD. Mais la réglementation semble, en tant que loi spéciale, déroger à l'existence d'un droit d'opposition en supprimant la possibilité de s'opposer à des cookies exemptés de consentement. Quant à l'information des personnes, les règles dispensent de l'information des personnes sur les finalités des cookies et sur les moyens de s'y opposer. Mais, en application du RGPD, les autres informations prévues à l'article 13 du RGPD (identité du responsable du traitement, destinataires des données, droits des personnes concernées, transferts hors EEE, durée de conservation, ..) devraient en principe être communiquées aux utilisateurs. **Les précisions du G29 et de la CNIL sur les critères d'exemptions.** – Le G29 a publié en 2012 un avis visant à guider l'interprétation des conditions d'exemption de certains cookies, dans lequel il adopte une conception très stricte de ces

conditions.

Ainsi, pour remplir le Critère A, le cookie doit être « indispensable » pour permettre (et non faciliter, terme qui a disparu de la directive en 2009 sans que cela ne soit transposé dans la loi Informatique et libertés) la transmission de la communication entre deux parties par la voie du réseau utilisé, ce qui sera le cas s'il est indispensable pour acheminer l'information sur le réseau, pour échanger les données dans l'ordre prévu ou pour détecter des erreurs de transmission ou des pertes de données. Selon le G29, Il s'agit donc de cookies purement techniques tels que les cookies de session d'équilibrage de charge (« *load balancing* ») permettant de répartir le traitement des demandes adressées à un serveur sur plusieurs équipements.

Quant au Critère B, pour le remplir, le cookie doit être « *strictement nécessaire* » à un service de la société de l'information (site internet, applications mobiles,..), ce qui signifie que, sans celui-ci, le service ne fonctionnerait pas, étant précisé que :

cette appréciation devrait être effectuée du point de vue de l'utilisateur et non du fournisseur du service (ce qui semble pourtant contraire à l'article 5 de la directive *Privacy* qui utilise la formule : « *strictement nécessaires au fournisseur pour la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur* »).

un site peut comporter plusieurs services (c'est-à-dire plusieurs fonctionnalités) et que les cookies du Critère B doivent donc, pour le G29, nécessairement pouvoir être modulés en fonction des fonctionnalités expressément demandées par un utilisateur par le biais d'une « *action positive* » (comme le fait de cliquer sur un élément ou de se connecter à un espace). Le G29 prend l'exemple d'un journal en ligne librement accessible à tous, mais avec des fonctionnalités complémentaires comme la possibilité de commenter les articles ouvert uniquement aux seuls utilisateurs connectés. Le fait de se connecter revient, dans cet exemple, à demander expressément la fourniture de la fonctionnalité complémentaire pouvant impliquer, pour fonctionner, le recours à des cookies susceptibles d'être exemptés, comme des cookies d'authentification expirant à la fin de la session.

D'autres exemples de cookies répondant au Critère B sont donnés par le G29, tels que les paniers d'achats expirant à l'issue de la session ou les cookies de mémorisation de préférences (linguistiques, affichage des résultats,..) installés à la suite d'une demande de mémorisation de l'internaute.

Le G29 donne plus généralement deux indices susceptibles d'indiquer qu'un cookie pourrait répondre ou non aux Critères A ou B :

la durée de vie du cookie, qui est généralement limitée à la session de navigation en cours, voire plus courte. Au-delà, le cookie ne serait, le plus souvent, pas indispensable au fonctionnement du site

les cookies opérés par des tiers ne sont pas, dans la grande majorité, exemptés, car ils ne sont généralement pas indispensables au fonctionnement du site.

Toutefois, il ne s'agit que d'indices. Un cookie peut par exemple avoir une durée de vie plus longue

qu'une session et être exempté (tels les cookies de sécurité centrés sur l'utilisateur). Un cookie peut aussi émaner d'un tiers, mais remplir une fonction purement technique non gérée par l'éditeur.

Ainsi, seul l'examen de toutes les finalités poursuivies pour chaque cookie permet *in fine* d'apprécier leur éligibilité ou non à l'exemption. **Le cas particulier des cookies de mesure d'audience.** – En complément de ces cas d'exemption légaux, la CNIL a considéré que certains cookies dits analytiques permettant de mesurer l'audience des sites pouvaient ne pas nécessiter le recueil de l'accord préalable des internautes compte tenu des risques limités sur la vie privée des internautes suscités par ces outils qui avaient été soulignés par le G29. Ces outils doivent toutefois répondre à certaines conditions (information, opposition aisée, absence de suivi sur différents sites, utilisation par un seul éditeur, géolocalisation de l'internaute sur la base de l'adresse IP à l'échelle de la ville, anonymisation ou suppression immédiate de l'adresse IP une fois la géolocalisation effectuée...). En réalité, peu de solutions de mesures d'audience permettent de répondre à ces critères. À ce jour, la CNIL en liste deux : l'outil Piwik qu'elle utilise elle-même sur son site et l'outil XiTi. Les autorités de contrôle ont appelé de leurs vœux une consécration législative de cette nouvelle catégorie de cookies exemptés. La révision de la directive pourra peut-être permettre d'introduire celle-ci.

Exclusion des cookies publicitaires Dans l'arrêt commenté, les Éditions Croque Futur se prévalaient du Critère B en soutenant que les cookies utilisés à des fins publicitaires étaient nécessaires à la viabilité économique du site *Challenges* et donc à la « fourniture d'un service de la société de l'information » (le site) à la « demande expresse » des internautes. Compte tenu de l'interprétation très restrictive de l'exemption adoptée par les autorités de contrôle exposée ci-avant, lesquelles avaient en outre expressément exclu les cookies publicitaires des cookies exemptés, cet argument avait toutefois peu de chances de prospérer. Les cookies utilisés pouvaient en effet être considérés comme nécessaires pour l'éditeur, mais, le site pouvait bien techniquement fonctionner en l'absence de ces cookies et n'étaient pas nécessaires pour les utilisateurs. Le Conseil d'État juge ainsi sans surprise que « *le fait que certains « cookies » ayant une finalité publicitaire soient nécessaires à la viabilité économique d'un site ne saurait conduire à les regarder comme « strictement nécessaires à la fourniture » du service de communication en ligne* ». Les visiteurs du site devaient donc être informés du recours à ces cookies et leur consentement devait être recueilli.

B. L'information des internautes prévue par la réglementation Contenu de l'information. – En application de l'article 32-II précité, les internautes doivent être informés des finalités poursuivies lors de l'utilisation des cookies non exemptés. Les internautes doivent également être informés sur les moyens de s'opposer à cette utilisation. Bien que la liste des informations à communiquer aux internautes prévue par l'article 32-II précité semble exhaustive, selon certains acteurs et notamment le G29, la communication d'autres informations susceptibles d'éclairer les internautes est aussi recommandée, pour certains cookies notamment publicitaires, pour permettre aux internautes de comprendre cet usage et de donner un consentement éclairé (par exemple, sur la durée de vie du cookie et l'existence de cookies émis par des tiers). Un moyen efficace de communiquer de façon intelligible ces informations peut être de les communiquer par cookie ou famille de cookies

regroupés par finalités, par exemple dans un tableau. **Modalités de communication de l'information.** – Dans la mesure où les accès et inscriptions de cookies sont réalisés à partir de sites internet ou d'applications mobiles, les informations doivent être communiquées sur ces sites ou applications, y compris si les cookies utilisés sont émis par des tiers.

Elles doivent aussi être communiquées activement aux internautes. Selon le G29, « *il n'est pas suffisant que les informations soient « disponibles » quelque part sur le site internet consulté par l'utilisateur* ». Les méthodes de communication devraient « *être les plus conviviales possible* » (« *user friendly* »). Les informations communiquées doivent par ailleurs être rédigées dans un « *langage compréhensible du point de vue d'une personne non formée aux technologies de l'»*. La CNIL précise ainsi que « *l'utilisation d'une terminologie juridique ou technique trop complexe ne répondrait pas à l'exigence d'une information préalable* ». Cela est d'autant plus important que « *la validité du consentement [de l'internaute] est liée à la qualité de l'information reçue* ».

Pour répondre à cette obligation, la CNIL recommande une information en deux étapes consistant en un bandeau d'information s'affichant dès l'arrivée des internautes sur un site internet. Sur le bandeau elle suggère de faire figurer de façon succincte des informations relatives aux finalités poursuivies par l'utilisation des cookies, mais également à la possibilité de s'y opposer. À cet égard, la simple mention de la possibilité de « gérer » les cookies ne serait pas suffisante selon la CNIL, car elle ne permet pas de comprendre que l'on peut les refuser. Après le stade du bandeau, des informations plus complètes peuvent ensuite être communiquées sur la page vers laquelle le bandeau redirige.

C. Le consentement des internautes dans le cadre de la réglementation Un consentement « façon RGPD » Conformément à l'article 32-II précité, les accès ou inscriptions dans le terminal des utilisateurs « *ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle* ».

Cet accord devrait répondre aux mêmes exigences que celles posées par le RGPD pour le consentement au traitement de données personnelles. Il doit résulter d'une manifestation de volonté indubitable, informée, libre et spécifique et être préalable à l'accès ou à l'inscription. **Une manifestation de volonté indubitable...** – Pour que sa volonté se manifeste, une « *action positive* » de la part de l'internaute est requise. Un système d'*opt-out*, présumant le consentement des internautes jusqu'à leur opposition, n'est donc pas suffisant. Pour que cette manifestation soit indubitable, « *la procédure relative à l'obtention et à l'octroi du consentement ne doit laisser aucun doute quant à l'intention de la personne concernée* ». Par exemple, le fait de cliquer sur un lien « En savoir plus » sur un bandeau d'information sur les cookies ne peut être interprété de façon indubitable comme un consentement à leur utilisation.

La CNIL a préconisé, pour répondre à ces exigences, de « *préciser [sur le bandeau d'information précité] par quel moyen l'internaute est susceptible de consentir à l'utilisation de ces traceurs (poursuite de la navigation, clic sur un bouton directement dans le bandeau, etc.)* ». Elle a considéré

notamment que le fait de poursuivre sa navigation pouvait, dans ce contexte, être interprété comme un consentement de l'internaute ayant vu ce bandeau. Pourtant, des doutes sérieux avaient été émis sur la validité de ce consentement. Le G29 est venu confirmer ces doutes en affirmant que « [...] *la simple poursuite de l'utilisation ordinaire d'un site n'est [...] pas un comportement qui permet de supposer une manifestation de volonté de la part de la personne concernée visant à donner son accord à une opération de traitement envisagée. [...] Faire défiler une page ou naviguer sur un site ne satisfait pas à l'exigence d'un acte positif clair. La raison en est que la notification indiquant qu'en continuant à faire défiler la page, l'utilisateur donne son consentement peut être difficile à distinguer et/ou peut être manquée lorsqu'une personne concernée fait rapidement défiler de longs textes, et qu'une telle action n'est pas suffisamment univoque* ». La poursuite de la navigation ne devrait donc plus pouvoir être interprétée comme une manifestation de consentement valable à l'utilisation de cookies.

En pratique, de nombreuses solutions alternatives sont possibles, telles que le recours à un bandeau nécessitant un comportement plus proactif des internautes, par exemple une action consistant à cliquer sur un bouton « OK » ou des boutons « OUI » ou « NON » ou « J'accepte » ou « Je refuse ». Ce type de bandeau est aujourd'hui de plus en plus répandu sur les sites internet. D'autres systèmes peuvent bien entendu être envisagés comme le recours à une fenêtre pop-up... **informée...** – Pour que le consentement de l'internaute soit informé, celui-ci doit avoir connaissance des finalités poursuivies lors des accès aux équipements terminaux des internautes, mais également de la nature même de l'acte par le biais duquel il exprimera son consentement. Cette information doit être « *visible, mise en évidence et complète* » et être située à proximité du dispositif utilisé pour recueillir le consentement, par exemple sur le bandeau précité. **libre...** – Ce consentement doit également être libre. Selon la CNIL, « *le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est en mesure d'exercer valablement son choix et n'est pas exposée à des conséquences négatives importantes si elle refuse de donner son consentement. [...] Elle estime donc justifié que la personne qui refuse un cookie nécessitant un consentement puisse continuer à bénéficier du service (accès à un site internet, par exemple)* ». Cette position est également celle du G29, renforcée récemment par l'adoption du RGPD. Toutefois, comme le relève le rapporteur public dans l'affaire ici commentée, cette position « *maximaliste* » apparaît discutable. Ni la directive, ni la loi française ne semble interdire à un éditeur de refuser l'accès à son service si l'utilisateur refuse certains cookies. Au contraire, le considérant 25 de la directive énonce que « *l'accès au contenu d'un site spécifique peut être, toutefois, subordonné au fait d'accepter, en pleine connaissance de cause, l'installation d'un témoin de connexion ou d'un dispositif analogue, si celui-ci est utilisé à des fins légitimes* ». Le rapporteur public ajoute que, lors des travaux préparatoires à la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, qui a introduit la version initiale de l'article 32-II, l'Assemblée nationale avait adopté une disposition interdisant de subordonner l'accès à un site à l'acceptation des cookies et le Sénat l'avait supprimée en se fondant sur le considérant 25 de la directive. Cette question du consentement libre n'a toutefois pas donné lieu à une prise de position du Conseil d'État dans l'arrêt

commenté, car les faits de l'affaire permettaient de la contourner....**spécifique...** –Pour que le consentement soit spécifique, les internautes devraient en principe être en mesure de consentir à chaque cookie ou famille de cookies séparément en fonction de leur finalité. Ainsi, le G29 recommande « de s'abstenir d'utiliser des mécanismes de consentement qui n'offrent à l'utilisateur que la possibilité de donner son consentement mais qui ne proposent aucun choix en ce qui concerne l'ensemble des cookies ou certains d'entre eux ». Pour le G29, « il est donc vivement recommandé d'égrener les options dont dispose l'utilisateur ». Cela étant précisé, la pratique tend à retenir un système où le premier mécanisme de consentement proposé lors de l'arrivée de l'internaute ne permet pas un consentement granulaire en fonction des finalités des cookies, mais seulement une possibilité d'accepter tous les cookies ou d'« en savoir plus ». Cela ne signifie pas que la faculté de granularité du consentement est systématiquement absente. Celle-ci peut ainsi être exercée dans un second temps sur une page vers laquelle redirige un lien présent sur le premier message d'information communiqué aux internautes. Le cas échéant, les différentes finalités devraient en principe être désactivées par défaut afin que l'internaute exprime positivement son choix de les activer. Dans le cas contraire, il pourrait ne pas s'agir formellement de l'expression d'un consentement, mais d'une opposition (*cf. infra...et préalable...* – Enfin, le consentement des internautes doit être préalable et donc être recueilli avant l'accès ou l'inscription des informations sur leurs équipements terminaux. Cela implique, en présence d'un bandeau, que l'action requise de l'internaute (clic sur « OK » par ex.) pour consentir soit accomplie préalablement.**Un consentement à renouveler.** –Une fois recueilli, le consentement doit avoir une durée de vie limitée dans le temps. L'internaute peut en effet oublier qu'il a pu consentir à de tels accès ou inscriptions de données qui sont quasiment invisibles pour l'internaute. La CNIL recommande que les cookies et autres traceurs aient une durée de vie de 13 mois maximum, et ce, que les internautes se rendent de nouveau sur le site internet concerné ou non. Il s'agit notamment de l'un des griefs faits au site dans l'arrêt commenté. En effet, la société n'avait pas « donné suite à la mise en demeure de définir et de respecter une durée de conservation des données qui ne soit pas supérieure à treize mois pour les « cookies » déposés à l'occasion de la visite du site qu'elle édite ».

Cette durée n'est toutefois pas une valeur absolue et d'autres durées pourraient devoir être retenues si celles-ci sont bien justifiées et adéquates. Cette exigence de limitation de durée est d'autant plus importante dans l'hypothèse d'une centralisation des consentements pour plusieurs sites internet. Le G29 recommande ainsi de limiter dans ce cas la durée à un an pour les cookies publicitaires.**Un consentement révocable.** –Enfin, le consentement donné à l'utilisation de cookies doit être révocable à tout moment, et ce, en application de l'article 7 du RGPD, de façon aussi simple que pour le donner. Cela rejoint la nécessité de mettre des moyens d'opposition effectifs et aisément exerçables à la disposition des internautes.**III. Sur les moyens d'opposition à l'utilisation de cookies****Les dispositifs d'opposition envisageables.** –Conformément à l'article 32-II de la loi Informatique et libertés, les internautes doivent pouvoir s'opposer à l'utilisation des cookies non couverts par l'exemption étudiée ci-avant. Les internautes devraient pouvoir avoir le choix de

s'opposer à tout ou partie de ces cookies en fonction des différentes finalités poursuivies. Ils peuvent en effet souhaiter accepter l'utilisation de cookies pour mesurer l'audience d'un site, mais la refuser à des fins de ciblage publicitaire.

Plusieurs moyens d'opposition sont envisageables :

- l'installation de dispositifs sur le site permettant la désactivation de chaque cookie ou de chaque famille de cookies regroupés par finalité ;
- le renvoi à d'autres sites sur lesquels des dispositifs permettent la désactivation de certains cookies ou certaines familles de cookies regroupés par finalité (par exemple, pour les cookies de la solution Google Analytics) ;
- le renvoi aux paramètres des logiciels de navigation ;
- le renvoi à l'option « Do Not Track » ouverte par certains logiciels.

Encore faut-il toutefois que ces dispositifs permettent réellement et sans difficultés de s'opposer aux cookies ou aux familles de cookies regroupés par finalités. **L'inefficacité très fréquente du paramétrage des logiciels de navigation.** – Or, tel n'est notamment pas le cas dans la très grande majorité des cas pour le paramétrage des logiciels de navigation. Afin que celui-ci puisse être jugé efficace, il faudrait en effet qu'il permette aux individus de s'opposer à chaque cookie ou à chaque famille de cookies regroupés par finalité ou par type de cookies (cookies de fonctionnement, cookies soumis à consentement). Or, les paramétrages de navigateur ne permettent en réalité que de s'opposer soit à tous les cookies (ce qui empêche généralement de naviguer sur de nombreux sites internet), soit aux cookies. Il n'est en revanche pas possible en général de paramétrer les cookies en fonction de leurs finalités (techniques, nécessaires au fonctionnement, mesures d'audience, partage sur les réseaux sociaux, publicitaires,..). Ainsi, la CNIL a sanctionné les sociétés Facebook au motif qu'elles : *« ne laiss[ai]ent que deux choix aux utilisateurs: soit ces derniers choisissent, via ce paramétrage, de bloquer tous les cookies déposés sur leur équipement terminal, soit ils décident de refuser uniquement les cookies third party c'est-à-dire ceux issus de domaine tiers au site facebook.com[...] aucune de ces deux solutions n'est satisfaisante. Dans la première solution, le blocage de tous les cookies entraînera nécessairement le blocage des cookies techniques essentiels au fonctionnement du site et empêchera les utilisateurs d'accéder aux services du réseau social. À l'inverse, dans la deuxième solution, en ne bloquant que les cookies third party, les utilisateurs ne pourront s'opposer aux cookies first party à finalité publicitaire déposés par le site facebook.com et seront ainsi privés de toute modalité d'opposition contre ces derniers[...] en l'espèce, le paramétrage du navigateur ne permet pas aux utilisateurs de s'opposer valablement aux cookies déposés sur leur équipement terminal ».*

Le Conseil d'État fait sienne cette solution dans l'arrêt commenté. Il juge que *« les éléments portés à la connaissance des utilisateurs du site "www.challenges.fr" ne leur permettaient ni de différencier clairement les catégories de "cookies" susceptibles d'être déposés sur leur terminal, ni de s'opposer seulement à ceux dont le dépôt est soumis à leur consentement préalable, ni de connaître les conséquences, en termes de navigation sur le site, attachées à leur éventuelle opposition. Dans ces*

conditions, c'est à bon droit que la formation restreinte de la CNIL a considéré que le paramétrage du navigateur proposé aux utilisateurs ne constituait pas un mode valable d'opposition au dépôt de "cookies" et en a déduit qu'il n'avait pas été remédié au manquement à l'obligation d'information et de mise en œuvre d'un mécanisme d'opposition en cas de dépôt de témoins de connexion ». Les cas dans lesquels le paramétrage du logiciel de navigation sera considéré comme suffisant sont donc rares. Ainsi, pour la CNIL, « le paramétrage du navigateur ne peut être considéré comme un mécanisme valable d'opposition au dépôt des cookies que dans deux cas- le site ne dépose pas de cookies techniques essentiels à son fonctionnement: dans ce cas, la personne concernée peut paramétrer son navigateur de manière à bloquer le dépôt de tous les cookies, qu'ils proviennent du domaine du site (cookies first party) ou du domaine d'un tiers (cookies third party), dont ceux nécessitant son consentement, et ce sans l'exposer à des conséquences négatives importantes le site ne dépose pas de cookies first party nécessitant le recueil du consentement de la personne concernée: dans ce cas, cette dernière peut paramétrer son navigateur de manière à bloquer le dépôt de cookies third party sans empêcher le site de fonctionner ni risquer que des cookies first party soumis au consentement ne soient déposés ». La CNIL semble ainsi tolérer que les facultés d'opposition ne soient pas distinguées en fonction des finalités des différents cookies, mais de la catégorie de cookies (exemptés ou non exemptés). En effet, un site peut recourir uniquement à des cookies émanant de tiers ou de ses propres serveurs poursuivant des finalités différentes (par exemple en présence de cookies publicitaires et de cookies de mesures d'audience) et répondre donc aux hypothèses envisagées ci-dessus par la CNIL. Le cas échéant, le paramétrage du navigateur semble pouvoir être considéré comme suffisant alors même que l'internaute ne se verrait pas offrir la possibilité d'accepter par exemple les mesures d'audience en refusant les cookies publicitaires. Toutefois, le paramétrage du navigateur ne permet pas toujours de s'opposer aux accès ou inscriptions d'informations sur les équipements terminaux. En effet, certaines techniques permettent ces accès et inscriptions en dépit de logiciels de navigation paramétrés pour refuser les cookies. En cas de recours à ces techniques, le paramétrage du navigateur ne pourrait donc pas être suffisant. **Un sujet loin d'être épuisé** De nombreuses questions demeurent encore ouvertes : le fait de contraindre une personne souhaitant s'opposer à l'utilisation de cookies pour une même finalité à sélectionner chaque cookie, y compris lorsque le nombre de cookies poursuivant cette finalité est important, rend-il ineffective la possibilité d'opposition ? Le fait de rediriger un internaute vers un site tiers pour exprimer ses choix en matière d'opposition à l'utilisation d'un cookie ou d'une famille de cookies peut-il être considéré comme suffisant ? Si oui, le fait de procéder de la sorte pour un grand nombre de cookies ou famille de cookies pourrait-il être considéré comme également suffisant ou comme rendant trop difficile l'exercice de ces oppositions ? Bref, il reste encore quelques « Challenges » à relever en matière de cookies...

Auteur(s) :

Florence Gaullier - Avocate associée

Notes de bas de page :

1. Conclusions de Mme A. Brettoneau :

<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/getdoc.asp?id=2839&fonds=CRP&item=23>.

2. N° 412589.

3. Conclusions de Mme A Brettoneau, *précité*, p. 7.

4. Par facilité de langage, nous utiliserons ci-après le terme « cookies » pour désigner tout dispositif permettant d'accéder des informations stockées dans un équipement terminal de communications électroniques, ou inscrire des informations dans cet équipement.

5. Art. 32-II dernier alinéa de la loi Informatique et liberté.

6. CNIL, *Délibération* n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 1 : « La commission relève toutefois que ces actions impliquent généralement le traitement de données caractérisées personnel, parfois directement identifiantes (par exemple une adresse électronique), et souvent indirectement identifiantes (par exemple l'identifiant unique d'un cookie, une adresse IP, un identifiant du terminal ou d'un composant du terminal de l'utilisateur, le résultat du calcul d'empreinte dans le cas du « fingerprinting », ou encore l'identifiant généré par un logiciel ou un système d'exploitation) ».

7. Voir not. sur ce point : L. Dubois et F. Gaullier, « Publicité ciblée en ligne, protection des données caractérisées personnel et ePrivacy : un ménage à trois délicat », Legicom 2017/2, pp. 69 et s.

8. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017PC0010&qid=1536752246687&from=EN>.

9. « [...] la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou un autre organisme qui traite des données caractérisées personnel pour le compte du responsable du traitement ».

10. CNIL, « Publicité en ligne : la CNIL précise les règles à respecter », 23 mai 2017

(<https://www.cnil.fr/fr/publicite-en-ligne-la-cnil-precise-les-regles-respecter-lissue-de-ses-contrôles>).

11. Dans le secteur de la publicité en ligne, les éditeurs de sites internet interagissent ainsi non seulement avec les annonceurs souhaitant diffuser leurs publicités, mais également avec les entreprises regroupant les demandes des annonceurs (les « Demand Side Platform » ou DSP) ou les offres des éditeurs (les « Supply Side Platform » ou SSP), des régies publicitaires ou encore des plateformes d'enchères d'espaces publicitaires en ligne (dites enchères « Real Time Bidding » ou RTB). Voir not. : L. Dubois et F. Gaullier, « Publicité ciblée en ligne, protection des données caractérisées personnel et ePrivacy : un ménage à trois délicat », Legicom 2017/2, pp. 69 et s.

12. CNIL, *Délibération* n°2016-204, 7 juillet 2016 : « La formation restreinte relève, dès lors, du recueil préalable du consentement des utilisateurs au dépôt et la lecture des

- cookies sur leur terminal de communications électroniques, que des cookies à finalité publicitaire sont d'actualité ; s'arrivant sur la page d'accueil du site [...] et qu'en cela, les obligations issues de l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978 modifiée ne sont pas satisfaites. Toutefois, la formation restreinte s'estime insuffisamment claire, au cas d'espèce, sur la répartition exacte des responsabilités entre l'éditeur du site, les annonceurs et les régies publicitaires concernées, pour se prononcer sur ce point du manquement. Elle ne retient donc pas, en l'espèce, ce grief.
13. Voir aussi : CNIL, Délibération n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 3.
14. Lorsque deux responsables du traitement ou plus terminent conjointement les finalités et les moyens du traitement, ils sont les responsables conjoints du traitement. Ils définissent de manière transparente leurs obligations respectives aux fins d'assurer le respect des exigences du présent règlement, notamment en ce qui concerne l'exercice des droits de la personne concernée, et leurs obligations respectives quant à la communication des informations visées aux articles 13 et 14, par voie d'accord entre eux, sauf si, et dans la mesure, où leurs obligations respectives sont définies par le droit de l'Union ou par le droit de l'État membre auquel les responsables du traitement sont soumis. [et] ;
15. G29, Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne, 22 juin 2010, 00909/10/FR, WP 171, pp. 12 et s.
16. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 3.
17. CJUE, 5 juin 2018, aff. C-210/16.
18. Le terme « contrat » est en effet absent de l'article 26, ce qui pourrait permettre de s'orienter vers de telles alternatives. La charte qui vaudrait l'accord exigé par l'article 26 de l'article 26 semble en effet plus souple que l'article 28 qui exige, pour les relations entre un responsable de traitement et son sous-traitant un « contrat » ou une « acte juridique ».
19. N Metallinos, « Responsabilité conjointe des éditeurs et des agences de ciblage sur internet pour le placement de cookies », CCE, sept. 2018, comm. 66.
20. Cette durée ne pouvant excéder 13 mois en France, selon les exigences dictées par la CNIL (cf. Délibération n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 5).
21. Ni le G29 ni le Conseil d'État ne semblent pas avoir retenu une telle hypothèse.
22. CNIL, « Publicité en ligne : la CNIL précise les règles à respecter » ; l'issue de ses contrôles », 23 mai 2017, précité. La CNIL n'a toutefois pas toujours eu cette position. Ce cas de sous-traitance de l'éditeur semble ainsi remplacer le cas de la coresponsabilité envisagée précédemment dans sa Délibération n°2013-378, 5 décembre 2013 et dans son article « Cookies : la CNIL étend ses contrôles au-delà des éditeurs de sites » en date du 27 juillet 2016 (<https://www.cnil.fr/fr/cookies-la-cnil-etend-ses-contrôles-au-dela-des-editeurs-de-sites>). Voir, critiquant le choix de retenir finalement la sous-traitance compte tenu du rôle toujours incontournable de l'éditeur : N. Metallinos, « Responsabilité conjointe des éditeurs et des agences de ciblage sur internet pour le placement de cookies », CCE, sept. 2018, comm. 66.
23. CNIL, « Publicité en ligne : la CNIL précise les règles à respecter » ; l'issue de ses contrôles », 23 mai 2017, précité.
24. Directive 2009/136/CE, considérant 66 ; R. Perray, Fasc. 274-40 ; INFORMATIQUE. —

Données à caractère personnel. – Obligations des personnes mettant en œuvre des traitements de données à caractère personnel et droits des personnes concernées, LexisNexis, coll. JurisClasseur Administratif, 2016, n°40; MA. Debet, J. Massot et N. Metallinos, Informatique et libertés La protection des données à caractère personnel en droit français et européen, éd. Lextenso, 2015, n°2490.

25. G29, Avis 2/2010, précité, pp. 11-12; « la directive 95/46/CE sera pleinement applicable, hormis en ce qui concerne les dispositions qui sont spécifiquement couvertes par la directive « vie privée et communications électroniques », lesquelles correspondent essentiellement à l'article 7 de la directive 95/46/CE sur la légitimation des traitements de données »; CEPD, « Reform of the ePrivacy Directive », septembre 2017, p. 3 (Source :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608661/EPRS_BRI\(2017\)608661_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/608661/EPRS_BRI(2017)608661_EN.pdf)); IViR, « An assessment of the Commission's Proposal on Privacy and Electronic Communications - Etude for the Policy Department for Citizen's Rights and Constitutional Affairs of the Directorate-General for internal policies – Study for the LIBE Committee », mai 2017 (Source :

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583152/IPOL_STU\(2017\)583152_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/583152/IPOL_STU(2017)583152_EN.pdf), pp. 23 et s.); A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, Informatique et libertés, le droit français et européen de la protection des données à caractère personnel, Lextenso, 2015, n°87, p. 59.

26. Avant la directive 2009/136/CE, l'utilisation de cookies non exemptés n'était pas soumise à un consentement préalable, mais à une faculté d'opposition à laquelle n'étaient donc pas soumis les cookies exemptés. Si le régime des cookies non exemptés a évolué en 2009 de l'« opt-out » à l'« opt-in », celui des cookies exemptés n'a a priori pas évolué. Ceux-ci devraient donc toujours pouvoir être exemptés de la faculté d'opposition, et ce, pour les mêmes motifs que ceux retenus qu'en 2002, pour permettre le bon fonctionnement des sites et des services demandés par les utilisateurs.

27. R. Perray, précité, n°34; CEPD, Avis du Contrôleur européen de la protection des données sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant, entre autres, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive « vie privée et communications électroniques »), 10 avr. 2008, JOUE, 18 juil. 2018, n°C181/1, n°48.

28. G29, Avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, 00879/12/FR, WP 194, 7 juin 2012.

29. R. Perray, précité, n°41; « se fonder sur cette dérogation [de la facilitation de la communication par voie électronique] présente selon nous un risque d'inconventionnalité aux exigences européennes »; Avis du CEPD précité; du 10 avril 2008, n°47 et s. (qui avait pour conséquence cette suppression); G Cordier, « Focus sur la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques : options pour une interprétation pragmatique de l'utilisation des cookies », RLDI, fév. 2010, n°57

(critiquant cette suppression). Par ex. : R. Perray, *op. cit.*, n°34.

30. G29, Avis 04/2012, *op. cit.*, p. 3.

31. *Ibid.*, p. 8.

32. *Ibid.*, p. 4 (un lien doit être clairement établi entre la stricte nécessité du cookie et la fourniture du service).

33. *Ibid.*, p. 13 : il importe d'examiner ce qui est strictement nécessaire du point de vue de l'utilisateur, et non du fournisseur de service .

34. *Ibid.*, p. 3.

35. *Ibid.*, p. 7.

36. *Ibid.*, pp. 6-7.

37. *Ibid.*, p. 9.

38. Un cookie peut en effet être polyvalent et ne relever que pour l'une de ses finalités de l'un des critères d'exemption (par exemple, un cookie analytique étant également utilisé pour le ciblage publicitaire). Le cas échéant, la partie non exemptée prend le pas et une information et un consentement sont donc nécessaires : CNIL, *Délibération* n°2013-420, 3 janv. 2014.

39. Mais le G29 n'avait pas été jusqu'au bout du raisonnement en ne les considérant pas comme exemptés de consentement.

40. Il n'est à cet égard pas précisé si l'information doit être préalable ou non.

41. CNIL, *Délibération* n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 6 ; G29, Avis 04/2012, *op. cit.*, pp. 11-12.

42. CNIL, Solutions pour les cookies de mesure d'audience , 12 déc. 2017 (<https://www.cnil.fr/fr/solutions-pour-les-cookies-de-mesure-daudience>). Voir sur les difficultés d'application : A. Debet, J. Massot et N. Metallinos, *Informatique et libertés La protection des données à caractère personnel en droit français et européen, éd. Lextenso*, 2015, n°2494.

43. Le projet de règlement ePrivacy de la Commission européenne prévoit ainsi à son article 8.1. une extension de l'exemption aux cookies nécessaire[s] pour mesurer des résultats d'audience sur le Web, à condition que ce mesurage soit effectué par le fournisseur du service de la société de l'information demandé par l'utilisateur final .

44. Le G29 avait d'ailleurs souligné cette différence pour les cookies analytiques jugés nécessaires par les opérateurs de sites internet, mais dont la désactivation n'empêchait pas le fonctionnement des sites (G29, Avis 04/2012, *op. cit.*, p. 11).

45. Il convient d'être précis lors de la communication des informations sur ces finalités. Pour le G29, la définition de certaines finalités, telles que l'amélioration du service ou l'offre de publicité personnalisée est trop vaste pour offrir un cadre permettant de juger de la limite de la finalité (G29, Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, 4 avr. 2008, 00737/FR, WP148, p. 5). Voir aussi : CNIL, *Décision* n°2015-048, 24 juin 2015 ; CNIL, *Décision* n°2018-045, 24 juin 2015 jugeant insuffisant

En naviguant sur […], vous acceptez nos cookies et ceux de nos partenaires, qui permettent d'améliorer votre expérience » accompagné d'un bouton « En savoir plus » ; CNIL, Décision n°2015-049, 24 juin 2015 jugeant insuffisant « […] utilise des cookies pour vous offrir le meilleur service possible » ; CNIL, Décision n°2015-061, 24 juin 2015 jugeant insuffisant les intitulés « Afin d'améliorer votre expérience de navigation et l'utilisation du service, votre site de rencontre utilise des cookies » et « Nous utilisons des cookies pour vous garantir la meilleure expérience sur notre site. » ; CNIL, Décision n°2013-025, 10 juin 2013.

46. G29, Document de travail n°02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le déploiement de cookies, 2 oc. 2013, 1617/13/FR, WP 208, p. 4.

47. Pour la CNIL, « dans la mesure où les éditeurs de site constituent souvent l'unique point de contact des internautes et que le déploiement de cookies de tiers est tributaire de la navigation sur leur site, il leur appartient de procéder, seuls ou conjointement avec leurs partenaires, à l'information préalable » (CNIL, Délibération n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 3) ; G29, Avis 2/2010, précité, pp. 22-23 ; CNIL, « Publicité en ligne : la CNIL précise les règles à respecter à l'issue de ses contrôles », 23 mai 2017, précité.

48. G29, Avis 16/2011 sur le code de bonnes pratiques de l'« AEEP et de l'« IAB en matière de publicité comportementale en ligne, 8 déc. 2011, 02005/11/FR, WP 188, p. 5. Concernant le support des informations, le G29 considère que « la fourniture d'un minimum d'informations directement sur l'écran, de manière interactive, aisément visibles et compréhensibles, serait le meilleur moyen de se conformer. Il importe que les informations soient aisément accessibles et extrêmement visibles » et « ces informations ne peuvent donc être cachées dans des conditions générales et/ou dans des déclarations sur la politique de confidentialité »(G29, Avis 2/2010, précité, p. 21).

49. Directive 2002/58/CE, considérént 25.

50. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 2.

51. Ibid.

52. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 2 ; CNIL, « Exemple de bandeau cookie », 30 déc. 2015 (<https://www.cnil.fr/fr/exemple-de-bandeau-cookie>).

53. CNIL, Décision n°2016-083, 26 sept. 2016 reprochant à la société Cdiscount de ne pas avoir informé les internautes sur le bandeau sur les moyens dont ils disposent pour s'opposer au déploiement de cookies ; CNIL, Délibération n°2016-204, 7 juil. 2016 ; CNIL, Décision n°2015-048, 24 juin 2015 ; CNIL, Décision n°2018-045, 24 juin 2015 ; CNIL, Décision n°2015-049, 24 juin 2015 ; CNIL, Décision n°2015-061, 24 juin 2015.

54. Cet alignement de la définition de l'« accord de la réglementation ePrivacy sur celle du consentement de la réglementation des données personnelles a fait l'objet de débats après la révision de la directive ePrivacy en 2009 ayant introduit la nécessité d'un accord préalable (voir sur ce débat ; R. Perray, précité, 35 ; G. Cordier, « Focus sur la directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/58/C concernant le traitement des données à caractère

personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques; optons pour une interprétation pragmatique de l'utilisation des cookies? RDLI, f&v. 2010, n°57).

Pour la CNIL, il s'agit d'une traduction imprécise de la version anglaise qui retient le terme «consent» (CNIL, «Ce que le «Paquet T&com» change pour les cookies», 26 avr. 2012). Le parallélisme entre les deux notions a depuis été affirmé; plusieurs reprises par la CNIL (par ex. D&lib&ration n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 2) et le G29 (par ex. G29, Document de travail n°02/2013, précité, p. 3). Quant au futur règlement ePrivacy, cette solution est expressément consacrée; l'article 9.1. du projet présenté par la Commission européenne.

55. CNIL, D&lib&ration n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 2; Directive 2002/58/CE modifiée par la directive 2009/136/CE, considérant 27 : «Aux fins de la présente directive, le consentement d'un utilisateur ou d'un abonné, que ce dernier soit une personne physique ou morale, devrait avoir le même sens que le consentement de la personne concernée tel que défini et précisé davantage par la directive 95/46/CE. Le consentement peut être donné selon toute modalité appropriée permettant à l'utilisateur d'indiquer ses souhaits librement, de manière spécifique et informée, y compris en cochant une case lorsqu'il visite un site internet»; CNIL, D&lib&ration n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 2 ; G29, Document de travail n°02/2013, précité, p. 3.

56. «L'expression minimale d'une manifestation de volonté pourrait être tout type de signe, suffisamment clair pour permettre d'exprimer la volonté d'une personne concernée et être compris par le responsable du traitement» (G29, Document de travail n°02/2013, précité, p. 3, voir aussi, pp. 4 et 5.

57. «[...] une simple absence d'action ne saurait être en effet assimilée à une manifestation de volonté» (CNIL, «Cookies & traceurs : que dit la loi ?», <https://www.cnil.fr/en/node/327>); G29, Avis 16/2011, précité, p. 6; CNIL, D&cision n°2016-058, 30 juin 2016; la CNIL critique une activation par défaut de l'utilisation d'un identifiant de publicité unique lorsqu'une personne choisit de personnaliser les paramètres d'un équipement terminal.

58. G29, Document de travail n°02/2013, précité, p. 3.

59. Ibid, p. 5.

60. CNIL, «Solutions pour la publicité», 28 nov. 2017 (<https://www.cnil.fr/fr/solutions-pour-la-publicite>) ; CNIL, D&lib&ration n°2013-378, 5 décembre 2013.

61. CNIL, «Exemple de bandeau cookie», 30 décembre 2015 (<https://www.cnil.fr/node/328>). Il est également possible de se fonder sur le système du bandeau en retenant non pas la poursuite de la navigation, mais la seule action de rouler une partie significative de la page (50 % par exemple) pour considérer comme acquis le consentement des internautes (par ex. GESTE, «Cookie consent - Pédagogie et recommandations», avr. 2014, p. 22). Il fallait pour ce faire que la page ait une longueur suffisante pour ne pas pouvoir être affichée en entier sur l'écran de l'équipement. La CNIL semblait accepter cette interprétation dans un article récent sur les pratiques de publicité ciblée en considérant que

« l’acceptation de l’internaute [hellip;] peut s’exprimer en déroulant la page visitée » (CNIL, « Cookies : la CNIL étend ses contrôles au-delà des éditeurs de sites »;, 27 juil. 2016

(<https://www.cnil.fr/fr/cookies-la-cnil-etend-ses-contrôles-au-dela-des-editeurs-de-sites>).

62. R. Beaumont, « GDPR Compliance Means Re-visiting Cookie Consent »;, 30 juin 2016

(<https://www.linkedin.com/pulse/gdpr-compliance-means-re-visiting-cookie-consent-richard-beaumont/?platform=hootsuite>) ou encore

L. Irwin, « How the GDPR affects cookie policies »;, 15 sept. 2017

(<https://www.itgovernance.eu/blog/en/how-the-gdpr-affects-cookie-policies/>) ; G. Desgens-Pasanau, La protection des

données personnelles Le RGPD et la nouvelle loi française, LexisNexis, 3e éd., n°271 :

« la doctrine définie [...] par la CNIL vide la notion de « consentement » [...] de toute sa substance et établit, au bénefice des professionnels, des règles qui s’apparentent à un droit d’opposition renforcé plutôt qu’au recueil d’un véritable consentement préalable »).

63. G29, Lignes directrices consentement, p. 19.

64. G29, Document de travail n°02/2013, précité;, p. 5.

65. G29, Avis 2/2010, précité;, p. 15.

66. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 2.

67. Ibid.

68. Conclusions de Mme A. Brettoneau, précitées, p. 7.

69. Au grand soulagement du rapporteur public, Mme A Brettoneau : « Nous l’avons dit, nous serions réticente à infirmer ou confirmer une position aussi maximaliste hors d’une formation supérieure de jugement, compte tenu de l’ambiguïté des textes, de l’absence de réel consensus européen et des conséquences potentiellement drastiques sur la survie économique de nombreux sites gratuits. Par chance, il nous semble que la délibération litigieuse permet de passer de justesse sous les radars de ces redoutables questions ».

70. Ibid. (« les personnes doivent être informées de manière simple et intelligible des solutions mises à leur disposition pour accepter ou refuser tout ou partie des cookies nécessitant un recueil du consentement : u2015 pour l'ensemble des technologies visées par l'article 32-II précité ; u2015 par catégories de finalités, notamment la publicité;, les boutons des réseaux sociaux et la mesure d'audience ») ; M. Griguer, « Cookies : les obligations à respecter »;, Cah. dr. entr. n°5, sept. 2013, prat. 15 (« en cas de pluralité de cookies poursuivant des finalités distinctes, il convient de mettre en mesure l’internaute d’accepter et de refuser chacun des cookies selon les finalités poursuivies »).

71. G29, Document de travail n°02/2013, précité;, p. 6.

72. Ibid.

73. CNIL, Décision n°2015-063, 26 juin 2015.

74. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 déc. 2013, art. 5 : « les Cookies doivent donc avoir une durée de vie limitée à treize mois après leur premier dépôt dans léquipement

terminal de l'utilisateur (faisant suite à l'expression du consentement) et leur durée de vie ne doit pas être prolongée lors de nouvelles visites sur le site » ; CNIL, « Exemple de bandeau cookie », 30 décembre 2015 (<https://www.cnil.fr/fr/exemple-de-bandeau-cookie>).

75. R. Perray, précité, n°31.

76. G29, Avis 2/2010, précité, p. 20.

77. Il en va de même pour l'option « Do Not Track » qui ne vise qu'à opposer certains cookies utilisés pour suivre les personnes d'un site à un autre et qui n'est en outre pas systématiquement pris en compte par les acteurs du Web ; CNIL, « Cookies : comment mettre mon site web en conformité ? » (<https://www.cnil.fr/fr/cookies-comment-mettre-mon-site-web-en-conformite>).

78. CNIL, Délibération n°2017-006, 27 avril 2017.

79. CNIL, Décision n°2015-048, 24 juin 2015 (dans cette espèce, tel n'avait pas été le cas et le paramètre n'avait donc pas été considéré comme un mécanisme valable d'opposition). Voir aussi : CNIL, Délibération n°2015-059, 24 juin 2015 ; CNIL, Délibération n°2016-007, 27 janv. 2016 ; CNIL, Décision n°2016-058, 30 juin 2016 ; CNIL, Décision n°2016-083, 26 sept. 2016. Voir pour un cas où le paramètre avait été considéré comme un mécanisme valable d'opposition compte tenu de l'absence de dépôt de cookies techniques essentiels au fonctionnement du site ; CNIL, Décision n°2015-063, 26 juin 2015. Voir aussi pour un cas où le paramètre avait été considéré comme un mécanisme valable d'opposition compte tenu de l'absence de cookies first party ; CNIL, Décision n°2018-045, 24 juin 2015. Voir également pour un cas pendant simultanément aux deux hypothèses ; CNIL, Décision n°2015-061, 24 juin 2015.

80. CNIL, Délibération n°2013-378, 5 décembre 2013, art. 5 (« les paramètres du navigateur ne permettent pas, en l'état actuel de la technique, de gérer des technologies autres que les cookies HTTP. Elle considère qu'ils ne pourraient donc être regardés comme satisfaisants en cas d'utilisation d'autres technologies que les cookies HTTP, tels que les pixels invisibles, les cookies flash, ou les techniques de fingerprinting »). Ce n'est que récemment que Mozilla Firefox a annoncé intégrer dans son logiciel de navigation un outil pour bloquer par exemple la technique du « fingerprinting » (T. Coëffé, « Firefox va bloquer le canvas fingerprinting, une méthode de tracking sans cookie », 2 nov. 2017 (Source : <https://www.blogdumoderateur.com/firefox-canvas-fingerprinting/>)).