

C B A

BONNES PRATIQUES ET MISE EN CONFORMITÉ EN MATIÈRE DE COOKIES ET AUTRES TRACEURS



La CNIL a publié au Journal Officiel de nouvelles lignes directrices, le 19 juillet 2019 relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur dont l'objet est d'assurer une transparence accrue dans la collecte des données personnelles via des outils tels que les cookies.

Ces nouvelles lignes directrices ont été complétées le 17 septembre 2020, afin de tenir compte de la décision rendue le 19 juin 2020 par le Conseil d'État prohibant de façon générale et absolue la pratique des « *cookie walls* » (faculté d'interdire l'accès à un site web ou à une application dès lors que l'utilisateur ne donne pas son consentement). À noter que la pratique du « *cookie wall* » peut être licite dès lors qu'elle ne contrevient pas à la liberté du consentement. Quoi qu'il en soit, l'appréciation de la licéité de ces pratiques sera donnée *in concreto*.

Suite à la concertation intervenue avec les professionnels du numérique, la CNIL a également adopté une recommandation qui a vocation à guider les acteurs du numérique dans le placement de traceurs et de cookies, sans pour autant avoir une valeur normative.

De manière globale, la CNIL décide que le consentement aux cookies et autres traceurs ne pourra plus, à l'avenir, ressortir d'une simple consultation d'un site web.

La CNIL impose ainsi aux acteurs du numérique l'obligation de garantir le recueil d'un consentement libre et éclairé, spécifique à l'action exécutée et univoque, c'est-à-dire, donné par un acte positif (à titre d'exemple : cocher une case confirmant l'utilisation de cookies pour une action spécifique donnée).

À noter qu'un moratoire de 6 mois, entériné par la CNIL, permettra aux organismes concernés d'adapter les mécanismes de recueil du consentement aux nouvelles exigences.

Les acteurs du numérique devront donc se conformer d'ici mars 2021 au plus tard, même si la période COVID-19 sera bien entendu prise en compte et que la CNIL souhaite dans un premier temps accompagner les professionnels. Reste qu'en cas d'atteinte d'une particulière gravité au droit fondamental au respect de la vie privée, des sanctions seront envisageables.

En outre, la CNIL continuera à poursuivre les manquements aux règles relatives aux cookies et traceurs antérieures à l'entrée en vigueur du RGPD, éclairées par sa recommandation du 5 décembre 2013.

En somme, les organismes de traitement de données sont enjoins à revoir les modalités de recueil du consentement lors de l'utilisation de cookies et autres traceurs. Sur ce point, il est conseillé aux professionnels d'adopter des solutions de gestionnaires de tags afin de faciliter la mise en conformité avec le RGPD et de maintenir une analyse rapide des données une fois le consentement recueilli.

Dans le détail, plusieurs grands principes sont confirmés par la CNIL. Ils visent plus particulièrement à assurer le consentement de l'utilisateur ainsi que son information préalable avant d'en limiter le champ d'application.

1. Concernant le consentement des utilisateurs :

- la simple poursuite de la navigation sur un site ne peut plus être considérée comme une expression valide du consentement de l'internaute. Sur ce point, la CNIL effectue un revirement total ;

Elle impose que le consentement soit libre, c'est-à-dire qu'il soit donné de manière indépendante pour chaque finalité. Néanmoins, la CNIL fait preuve de souplesse à ce propos et autorise qu'un ensemble de finalités fasse l'objet d'un seul et même consentement, dès lors que celles-ci sont distinctement présentées à l'utilisateur.

En pratique, il est possible de prévoir un bouton « *tout accepter/consentir* » ou « *tout refuser/ne pas consentir* », suivi de *sliders* (interrupteurs) permettant à l'utilisateur d'accepter ou de refuser, de manière indépendante, chacune des finalités. L'objectif final étant de permettre une personnalisation du consentement donné par l'utilisateur.

Concernant plus particulièrement la possibilité de ne pas consentir, l'acteur devra informer l'utilisateur, notamment lorsque le refus devra être présumé par la fermeture d'une fenêtre visant à recueillir son consentement ou encore lorsqu'après un laps de temps sans action de sa part, le refus est préjugé (la CNIL indique que, dans cette hypothèse, le laps de temps pendant lequel la bannière s'affiche doit être suffisamment court afin de ne pas gêner la consultation du site).

- les personnes doivent consentir au dépôt de traceurs par un acte positif clair (cocher une case pour autoriser/refuser le placement ou la lecture **d'un** traceur et non pas d'un ensemble de traceurs). Dans le cas contraire, aucun traceur non essentiel au fonctionnement ne sera autorisé.

La CNIL recommande aux acteurs d'adapter le design de l'interface et d'uniformiser au mieux le vocabulaire pratiqué afin de faciliter la compréhension des utilisateurs.

Afin d'éviter toute condamnation, il conviendra d'utiliser des polices uniformisées afin que les choix donnés aux utilisateurs de consentir ou non aux traceurs ne soient pas influencés.

Il pourra s'agir de cases à cocher ou bien encore de « sliders », **nécessairement désactivés par défaut.**

- Les utilisateurs devront être en mesure de refuser et de retirer leur consentement, facilement, et à tout moment.

Sur ce dernier point, il est à noter que, par principe, la CNIL recommande que l'autorisation ou le refus soit donné définitivement. Néanmoins, l'autorité de régulation indique également que la conservation du consentement pendant 6 mois (à moduler au cas par cas) constitue une bonne pratique. Dès lors, il paraît raisonnable de penser qu'à l'expiration de cette période de 6 mois, le consentement peut à nouveau être recueilli, suivant les mêmes modalités.

En pratique, l'interface devra permettre à l'utilisateur d'identifier facilement le paramètre par lequel il pourra retirer son consentement (à titre d'exemple, prévoir un onglet indépendant : « *gérer mes cookies* »).

Le cas échéant, l'acteur devra impérativement garantir l'absence de cookies et autres traceurs.

En tout état de cause, la preuve du consentement doit pouvoir être apportée par chaque organisme qui collecte le consentement.

Concernant les organismes qui collectent le consentement pour le compte d'un autre acteur, dit « *cookie tiers* », la CNIL rappelle qu'il est nécessaire que chaque organisme soit en mesure d'apporter la preuve du consentement.

Ainsi, l'autorité considère que « *la seule présence d'une clause contractuelle engageant l'une des parties à recueillir un consentement valable pour le compte de l'autre partie* » ne permet pas de garantir la preuve du consentement.

2. Concernant l'information des personnes :

- les utilisateurs doivent clairement être informés des finalités des traceurs avant de consentir. Il en est de même des conséquences attachées à une acceptation ou un refus de traceurs ;

Ici, la même logique domine, l'information doit être intelligible, facilitée. Elle doit également être antérieure à tout consentement.

À titre d'exemple, la CNIL recommande, lorsque le traceur a pour finalité d'adapter la publicité en fonction de la géolocalisation de l'utilisateur de procéder comme suit :

« *Publicité géolocalisée : [nom du site / de l'application] [et des sociétés tierces/ nos partenaires] utilise / utilisent des traceurs pour vous adresser de la publicité en fonction de votre localisation* » (Article 2-1 de la recommandation CNIL du 17 septembre 2020).

Elle recommande encore d'afficher un bouton de déroulement accessible à l'utilisateur, lui permettant d'obtenir de plus amples informations, voire, d'ajouter un « *deuxième niveau d'informations* » détaillées via un lien hypertexte.

- Les utilisateurs doivent également pouvoir identifier tous les acteurs utilisant des traceurs soumis au consentement et en ce sens, il est recommandé que le consentement de l'utilisateur soit recueilli sur chacun des sites ou applications ;

- les professionnels, quant à eux, doivent fournir, à tout moment, la preuve du recueil valable du consentement libre, éclairé, spécifique et univoque de l'utilisateur.

Ici, les Lignes directrices imposent que la liste « exhaustives et régulièrement mises à jour des responsables du ou des traitements » soit mise à la disposition des utilisateurs. La CNIL admet qu'une telle information puisse être donnée à un deuxième niveau d'information. Elle devra également être accessible de manière permanente à tout utilisateur, par exemple, via une icône « *cookies* » insérée dans une zone où l'utilisateur moyen peut espérer y trouver l'information.

En outre, la CNIL déconseille le recours à des techniques de masquage de l'identité des organismes collecteurs, telles que la délégation de sous-domaine (« *CNAME cloaking* »).

En effet, si une telle technique n'est pas en soit contraire à la réglementation, elle constitue un risque important que des tiers puissent lire les informations stockées dans des cookies.

3. Le champ d'application de la recommandation :

Celle-ci concerne « *tous les organismes qui recourent à des traceurs, tels que définis dans les lignes directrices du 17 septembre 2020* ».

Sont ainsi concernés, à titre indicatif, les éditeurs de site web ou encore l'éventuelle régie publicitaire déposant des traceurs lors de la consultation du site web.

Sont également « responsables de traitement » les tiers qui utilisent ces traceurs. Dans ce dernier cas, la CJUE a d'ores et déjà considéré que les deux entités étaient conjointement responsables dès lors qu'ils « déterminent ensemble les finalités et les moyens du traitement » (CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-40/17, *Fashion ID GmbH & Co. KG c. / Verbraucherzentrale NRW eV*).

Dans le cadre d'une sous-traitance, un contrat devra nécessairement préciser les obligations de chaque partie, dans laquelle figure impérativement l'obligation pour le sous-traitant d'aider le responsable du traitement à respecter la réglementation en vigueur.

La nouvelle réglementation a vocation à s'appliquer aux environnements web et aux applications mobiles mais également d'une multitude d'interfaces. La CNIL désigne notamment les télévisions connectées, les consoles de jeux vidéo, les assistants vocaux ou encore les véhicules connectés.

L'autorité française indique également que la nouvelle réglementation s'applique aussi bien aux « *univers logués* » qu'aux « *univers non logués* ». On comprend dès lors que la simple authentification de l'utilisateur ne présume point son consentement.

En outre, elle s'applique uniformément que les traceurs collectent des données à caractère personnel ou non.

À noter tout de même qu'il existe **des traceurs exemptés du recueil de consentement**, notamment, ceux destinés à l'authentification auprès d'un service, à garder en mémoire le contenu d'un panier d'achat sur un site marchand, à générer des statistiques de fréquentation.

La CNIL indique par exemple que « *l'usage par un site web d'un cookie de préférence linguistique stockant uniquement une valeur indiquant la langue préférée de l'utilisateur est susceptible d'être couvert par l'exemption et ne constitue pas un traitement de données à caractère personnel soumis au RGPD.* ».

Néanmoins, la formulation utilisée par l'autorité conduit à la prudence. Il conviendra en pratique d'informer l'utilisateur de la présence de ce type de cookies dans la politique de confidentialité de l'acteur.

Il en sera de même pour les traceurs de mesure d'audience prévus à l'article 5 des nouvelles Lignes directrices, également exemptés du recueil du consentement. Dans ce cas, la CNIL préconise que la durée de vie de ces traceurs ne dépasse pas treize mois, sans prorogation automatique et que les informations collectées ne soient pas conservées au-delà de 25 mois.

Au terme du moratoire de six mois (soit mars 2021), la CNIL sera alors en mesure de poursuivre tout manquement **portant une atteinte particulièrement grave au droit au respect de la vie privée** conformément à la jurisprudence du Conseil d'État (CE, 16 oct. 2019, n° 433069, Rec.)

Sources :

1. Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif).

2. Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019.

3. CE, 16 oct. 2019, n° 433069, Rec.

4. CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-40/17, Fashion ID GmbH & Co. KG c. / Verbraucherzentrale NRW eV.



Christel Boissel, Avocat
Maxime Lottin, Élève avocat
CBAvocats - 222 boulevard Saint-Germain
75007 PARIS

Nous contacter :
01 76 24 64 54 - christel.boissel@cbavocat.fr