



HAL
open science

**OPT IN : du “ slogan ” au design du site Internet.
L’œuvre pédagogique de la CNIL dans ses lignes
directrices sur les cookies et autres traceurs.**

Alexis Boisson

► **To cite this version:**

Alexis Boisson. OPT IN : du “ slogan ” au design du site Internet. L’œuvre pédagogique de la CNIL dans ses lignes directrices sur les cookies et autres traceurs.. Revue Lamy Droit civil, 2021, n°188, janvier 2021, pp.37 à 41. hal-03102318

HAL Id: hal-03102318

<https://hal.science/hal-03102318v1>

Submitted on 25 Nov 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L’archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d’enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Copyright

Alexis BOISSON, *OPT IN : du « slogan » au design du site Internet. L'œuvre pédagogique de la CNIL dans ses lignes directrices sur les cookies et autres traceurs*, Actualités du droit des technologies nouvelles, Revue Lamy Droit civil, n°188, janvier 2021, p. 37 à 41.

Revue Lamy Droit civil, n° 188, 1er janvier 2021

Actualité du droit des technologies nouvelles (juillet - décembre 2020)

Par Alexis BOISSON, Maître de conférences, Université de Montpellier Centre du droit de l'entreprise

OPT-IN : DU « SLOGAN » AU DESIGN DU SITE INTERNET, L'ŒUVRE PÉDAGOGIQUE DE LA CNIL DANS SES LIGNES DIRECTRICES SUR LES COOKIES ET AUTRES TRACEURS

I - Cadre juridique des « cookies et autres traceurs » et domaine d'intervention de la CNIL

II - Les lignes directrices de la CNIL, mises à jour en 2019 et en partie contrariées par le Conseil d'État

III - La CNIL revoit sa copie : les nouvelles délibérations du 17 septembre 2020

OPT-IN : DU « SLOGAN » AU DESIGN DU SITE INTERNET, L'ŒUVRE PÉDAGOGIQUE DE LA CNIL DANS SES LIGNES DIRECTRICES SUR LES COOKIES ET AUTRES TRACEURS

De la première intervention législative de l'Union Européenne à la toute dernière *soft law* nationale, le régime juridique des « cookies et autres traceurs » a connu, depuis dix-huit ans, des avancées majeures. L'actualité de la matière a été alimentée dernièrement par les deux délibérations n° 2020-091 et n° 2020-092, publiées par la CNIL le 17 septembre 2020 (JO 2 oct.) (1). La première consiste en des « lignes directrices », la seconde en une « recommandation » qui en précise les modalités pratiques (2).

Replaçons tout d'abord les choses dans leur contexte. Avant d'accéder à un site Internet (un site marchand quelconque, un site d'informations « gratuit », etc.), nous nous sommes habitués à observer un même rituel. Un bandeau, parfois discret - parfois en milieu de page - nous invite à faire un choix d'un simple clic entre : accepter l'usage de « cookies », les refuser (parfois) ou encore, des propositions moins attrayantes comme : « plus d'options / personnaliser mes choix ». Si cette troisième branche de l'option est choisie, une nouvelle fenêtre s'ouvre avec un second niveau d'information. Un questionnaire détaillé apparaît et, dans le meilleur des cas, un bouton « tout refuser ». Selon les choix opérés, le site Internet tant convoité apparaît enfin. Notre lecture est alors à peine contrariée par des bannières publicitaires plus ou moins invasives. Nous ne nous étonnons plus guère de voir

affichée la promotion de produits et services qui ont suscité récemment notre intérêt.

Derrière cette expérience, se cache l'utilisation de « cookies et autres traceurs », selon l'expression consacrée par la CNIL. Les cookies désignent de petits fichiers informatiques qui sont inscrits puis lus par le fournisseur d'un site Internet (*first party cookies*), parfois par des partenaires commerciaux comme des régies publicitaires (*third party cookies*). Ces fichiers sont déposés sur le terminal de communication électronique d'un abonné ou utilisateur, c'est-à-dire sur son ordinateur, son smartphone, sa console de jeux vidéo ou tout autre objet connecté (3). Parmi les finalités de ces inscriptions/lecture de ces fichiers, la plus sensible concerne la collecte de données en vue de pratiques de ciblage publicitaire. Présenter la bonne publicité au bon internaute, ce de manière plus ou moins automatisée, voilà l'objectif ! Les données collectées permettant de connaître ou d'induire : intentions d'achat, orientation politique ou sexuelle, âge, etc., sont traitées en amont et commercialisées par des entreprises proposant des services de qualification d'audience (les DMP, pour : *data management platforms*). La maîtrise de ces données a permis, en aval, l'émergence de pratiques de marketing programmatique, dont certains systèmes les plus avancés fonctionnent sur un principe de vente aux enchères automatisées d'espaces publicitaires (par ex. l'achat programmatique non garanti, le *real time bidding*). Ces techniques nouvelles et leurs acteurs se sont développés - dans un premier temps - dans la parfaite ignorance de la législation nationale dont les grands principes remontent à la loi dite « Sapin I » du 29 janvier 1993 ! (4)

Précisons que l'expression vernaculaire « cookies et autres traceurs » recouvre en fait différents objets ou méthodes informatiques recourant à des techniques variées dont les *cookies* ne sont qu'une espèce. On dénombre les cookies HTTP, les cookies Flash, mais aussi la méthode du *fingerprinting*, les pixels invisibles « *web bugs* » et autres méthodes d'identification. Certaines catégories de cookies (*third party*) ont vocation à disparaître, dit-on, et à être remplacés par d'autres outils. C'est pourquoi les textes que nous aborderons utilisent heureusement le terme plus neutre technologiquement d'« informations ».

Le traitement juridique des opérations d'écriture et d'accès à ces « informations » a de multiples enjeux ; pour l'utilisateur moyen, le confort de sa navigation sur internet, pour l'utilisateur averti, le respect de sa vie privée ; pour les acteurs du marché de la publicité, le souci d'optimiser leur activité tout en se conformant à la norme. Quant au juriste observateur, la question intéresse aussi bien le droit de la concurrence (5) que la thématique très « civiliste » du consentement. Il y trouvera en outre une intéressante illustration de la cohabitation de différentes sources de droit et de strates de *soft law*. Les deux délibérations de la CNIL du 17 septembre 2020 (III) sont nées de la sanction par le Conseil d'État d'une précédente publication datant de 2019 (II) ; elles parachèvent enfin - pour quelques années et pour la France - l'édifice juridique construit depuis vingt ans autour des « cookies et autres traceurs » (I).

I - Cadre juridique des « cookies et autres traceurs » et domaine d'intervention de la CNIL

Le régime juridique de ces objets traverse une bonne partie de la hiérarchie des normes : les textes européens et nationaux sont précisés par une *soft law* éditée dans l'Union européenne (UE) par le G29 en son temps, aujourd'hui par le Comité Européen de la Protection des Données, organe de l'UE dont la voix est fidèlement suivie en France par la CNIL.

Au sommet, on trouve l'articulation de deux grands textes. L'un est de portée générale : le bien nommé règlement général sur la protection des données n° 2016/679, du 27 avril 2016 (6) (ci-après : le RGPD). L'autre a une portée plus spéciale : la directive 2002/58/CE vie privée et communications électroniques, dite « directive *e-privacy* » (7). À l'origine, la directive 2002/58/CE (art. 5.3) offrait à l'utilisateur le « droit de refuser » le stockage et l'accès à des informations sur son terminal (autres qu'à des fins techniques et de service). Le texte fut réformé en 2009, exigeant dès lors son « accord » (8). Cette réforme acta le passage de l'*opt-out* (l'utilisateur est présumé accepter une pratique, à laquelle il peut ensuite s'opposer) à l'*opt-in* (principe d'une acceptation ou d'un refus préalable à la mise en œuvre de ladite pratique). Mais si ce principe tenant en deux mots - *opt-in* - paraît aussi simple et efficace qu'un slogan, sa mise en œuvre pratique n'a cessé d'être sujette à interprétations (9). Comment définir cet « accord » de l'utilisateur ? Par un jeu de renvoi du droit spécial au droit commun, la directive 2002/58/CE indique que cet « accord » doit être compris au sens de la notion de « consentement » définie par le texte le plus général gouvernant la matière. Ce texte était initialement la directive 95/46/CE (art. 2), définissant le consentement comme : « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement.* ». Elle fut remplacée par le RGPD (art. 4.11), ajoutant à cette définition l'exigence d'un comportement explicite de l'utilisateur. Le « consentement » est à présent défini comme : « *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* ». Notons que cette articulation sera préservée lorsque la proposition de règlement *e-privacy* (10), en gestation depuis 2017, remplacera la directive.

À vrai dire, cette présentation texte spécial / texte général n'est pas tout à fait exacte car leurs domaines d'application respectifs ne se recoupent qu'en partie. Alors que l'usage des cookies et autres traceurs constitue le plus souvent un traitement de données personnelles (11), ces objets informationnels ne sont pas tous nécessairement des données personnelles et ne sont donc pas nécessairement concernés par le RGPD. Ils seront en revanche toujours concernés par la directive, attentive au simple fait que des « informations » sont déposées sur le terminal d'un utilisateur. Ainsi, dans un arrêt du 1^{er} octobre 2019, la CJUE précisait que la directive (art. 5 § 3) avait pour objet de : « *protéger l'utilisateur de toute ingérence dans sa vie privée, indépendamment du point de savoir si cette ingérence concerne ou non des données à caractère personnel.* » (12). Ce qui rend ces deux textes

indissociables réside dans le renvoi fait par la directive à la notion de consentement pour laquelle le RGPD donne une définition transversale.

Parallèlement à cela, la loi française a transposé ce principe d'*opt-in* (ord. n° 2011-1012, 24 août 2011). Il apparaît à l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978, dite loi Informatique et libertés (13) au travers de cette formule, inchangée depuis 2011 : « *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 (...)* ». Précisons que le traitement subséquent des informations récoltées (création et commercialisation de profils d'utilisateurs etc.) est un traitement soumis aux prescriptions du RGPD, mais il ne sera pas l'objet de la directive ni de l'article 82 de la loi Informatique et libertés qui la transpose, ni des présentes délibérations de la CNIL, qui restent focalisés sur opérations en amont d'écriture et de lecture sur le terminal de l'utilisateur.

Précisons enfin que tous les « cookies » n'ont pas pour finalité ces usages publicitaires, mais aussi des finalités « techniques » ou d'accès au service (identifiants de session permettant l'accès un panier d'achats, personnalisation des préférences linguistiques ou mémorisation de formulaires, mesure d'audience à des fins strictement techniques, etc.) et sont alors « exemptés de consentement » (14). La CNIL intervient toutefois pour les identifier avec précision et préciser que la finalité mixte : technique et marketing, d'un traceur le soumet à l'exigence d'un consentement (15).

II - Les lignes directrices de la CNIL, mises à jour en 2019 et en partie contrariées par le Conseil d'État

Un point remarquable du RGPD (considérant 32, et art. 4 et 7) et des textes qui l'ont précédé est qu'il tend vers une définition « positive » du consentement, là où notre droit de la consommation, à l'instar du droit civil, est plutôt porté sur l'énoncé des modalités de son expression et des cas dans lesquels celui-ci est vicié. Nous avons vu que le RGPD s'essaye à le définir comme : « *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* » (art. 4. 11). Cela dit, comment traduire concrètement ces bonnes intentions sur le design, l'interface graphique du site Internet et comment les faire comprendre aux principaux intéressés ? C'est précisément l'une des missions de la CNIL et de ses homologues en Europe. À l'échelle de l'UE c'est également la mission du Comité européen de la protection des données, dont les déclarations inspirent fortement celles de la CNIL.

Ainsi, en 2013, la CNIL avait publié une recommandation dont bien des indications sont restées. D'autres en revanche ont été frappées de désuétude. Par exemple, la CNIL avait estimé que le fait que l'utilisateur, informé par un bandeau, poursuive sa navigation, était une manifestation acceptable de son consentement à l'utilisation de cookies (16). Mais l'avènement du RGPD avec son exigence d'un consentement exprimé « *par une déclaration ou un acte positif clair* » conduisit la CNIL à revoir sa copie. Cela fut fait avec sa délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019. Autre

illustration, dans un mouvement semblable à celui du droit de la consommation voisin, la CNIL fut amenée à préciser dans le même texte : « *l'utilisation de cases pré-cochées, tout comme l'acceptation globale de conditions générales d'utilisation, ne peuvent être considérées comme un acte positif clair visant à donner son consentement.* ». Ce point est indiqué par le considérant 32 du RGPD et la CJUE a eu l'occasion de l'illustrer peu après (17).

Cependant, cette délibération de 2019 fut attaquée auprès du Conseil d'État par plusieurs acteurs du marché de la publicité en ligne. Par son arrêt du 19 juin 2020, le Conseil d'État valida l'essentiel de ces lignes directrices. Mais il remit en cause une préconisation de la CNIL concernant la pratique dite du *cookies wall* consistant pour l'éditeur d'un site Internet à empêcher l'utilisateur d'accéder au site s'il ne consent pas à l'utilisation des fameux traceurs. La CNIL posait tout d'abord un principe à l'article 2 des lignes directrices de 2019 : « *le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est en mesure d'exercer valablement son choix et ne subit pas d'inconvénients majeurs en cas d'absence ou de retrait du consentement.* ». Puis, elle établissait un lien entre ce principe et une position émise par le CEPD à l'occasion d'une déclaration (18) : « À ce titre, la Commission rappelle que le CEPD (...) a considéré que *la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi (« cookie walls ») n'est pas conforme au RGPD.* » Malgré la formulation elliptique de cet article, il apparaît que la CNIL ne se contentait pas de citer la déclaration du CEPD, elle s'en autorisait pour poser à son tour un interdit général et absolu. Selon le Conseil d'État, elle excédait ainsi ses pouvoirs.

Le Conseil d'État ne s'est certes pas fait juge de l'opportunité de la recommandation sur le fond. Cette analyse critique, nous pouvons la lire sous la plume du rapporteur public, qui lui adresse une véritable charge : « *L'erreur de perspective que commet la CNIL, après le CEPD, tient, à notre avis, à ce qu'elle se contente d'apprécier la liberté de choix et l'existence d'un préjudice à l'échelle du site auquel l'utilisateur s'est connecté, comme si l'accès à ce site-là, quel qu'il soit, constituait un droit garanti par une norme supérieure, une sorte de droit absolu et inconditionnel d'accéder aux contenus en ligne inspiré de la "neutralité du Net".* » Rappelons en effet que le considérant 42 du RGPD dispose : « *Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice.* » Or, si la formule de la CNIL est proche du principe énoncé par le considérant 42 du RGPD, il n'en demeure pas moins qu'un « préjudice » (RGPD) ne coïncide pas tout à fait avec un « inconvénient majeur » (CNIL). De plus, pour le rapporteur, il n'y a pas nécessairement de « préjudice » à ne pouvoir accéder à un site Internet (sauf cas particuliers : absence d'alternative, accès à un service administratif). Sans entrer à ce point dans le fond du sujet, le Conseil d'État juge plus prudemment que : « *En déduisant pareille interdiction générale et absolue de la seule exigence d'un consentement libre, posé par le règlement du 27 avril 2016, la CNIL a excédé ce qu'elle peut légalement faire, dans le cadre d'un instrument de droit souple (...)* ». La délibération est alors entachée d'illégalité sur ce point précis.

III - La CNIL revoit sa copie : les nouvelles délibérations du 17 septembre 2020

Afin de « tirer les conséquences » de cette décision, la CNIL a « ajusté » ses lignes directrices pour en publier de nouvelles le 17 septembre 2020 (délib. n° 2020-091). Le sujet épineux des *cookies walls* étant corrigé, les nouvelles lignes directrices reprennent en substance les précédentes. On remarquera que le ton y est néanmoins plus « prudent », y compris sur des points qui n'avaient pas appelé de reproches de la part du Conseil d'État (19). La CNIL laisse un délai de six mois aux acteurs concernés pour se mettre en conformité, se laissant toutefois la possibilité de sanctionner les manquements les plus graves (20). Le texte est assorti, le même jour, d'une seconde délibération (délib. n° 2020-092) consistant en une recommandation ayant donné lieu à une concertation ainsi qu'à une consultation publique début 2020. La recommandation est présentée comme « *non prescriptive et non exhaustive* ». Elle a « *pour seul objectif d'aider les professionnels concernés dans leur démarche de mise en conformité* ». Nous retiendrons plusieurs points des délibérations de la CNIL en reprenant leur ordre de présentation.

Le principal sujet concerne les modalités de recueil du consentement (lignes directrices, art. 2). Ayant rappelé l'exigence d'une manifestation de volonté « *libre, spécifique, éclairée et univoque* » définie par l'article 4 du RGPD, la CNIL reprend chacun de ces quatre termes pour les illustrer.

- Au titre du caractère libre du consentement :

La CNIL commence par revoir sa copie au sujet des « *cookies walls* » qui lui avaient valu les foudres du Conseil d'État. À présent, un *cookie wall* est simplement « *susceptible de porter atteinte, dans certains cas, à la liberté du consentement* ». Une appréciation au cas par cas sera donc nécessaire. Toujours au titre du caractère libre du consentement (et curieusement pas au titre du caractère spécifique), reprenant le considérant 43 du RGPD, la CNIL émet une réserve au sujet du « *couplage des finalités* ». Cette pratique, consistant dans le fait de recueillir « *un consentement unique pour plusieurs opérations de traitement répondant à des finalités distinctes* », est « *susceptible d'affecter, dans certains cas, la liberté de choix de l'utilisateur et donc la validité de son consentement* ». Une certaine « *granularité* » du consentement quant aux finalités est donc requise afin d'en garantir la liberté. Cela n'empêchera pas le recours à des boutons de refus ou d'acceptation globaux (recommandation, art. 2.4), pourvu que l'utilisateur puisse « *découpler* » c'est-à-dire ait la possibilité d'en refuser certaines et accepter d'autres (recommandation, art. 2.4). Concrètement, c'est le fameux bouton du type « *paramétrer mes choix* » ouvrant un questionnaire détaillé, qui est consacré.

Autre point : s'agissant de la durée de conservation du choix exprimé par l'internaute, la recommandation estime (art. 2.4*in fine*) que six mois est une « *bonne pratique* », car solliciter trop souvent l'utilisateur porterait atteinte à sa liberté de choix.

- Au titre du caractère spécifique du consentement :

La CNIL indique que « *le consentement à ces opérations ne peut être valablement recueilli via une acceptation globale de conditions générales d'utilisation.* » (lignes

directrices, art. 2, § 20). Comme nous l'avons vu, ce point a fait l'objet de décisions récentes de la CJUE. - Au titre du caractère éclairé du consentement : La CNIL indique que « *l'information doit être rédigée en des termes simples et compréhensibles par tous* » et que « *l'utilisation d'une terminologie juridique ou technique trop complexe est susceptible de rendre incompréhensible cette information par les utilisateurs* » (lignes directrices, art. 2, § 22). Rappelons que la volonté de l'utilisateur ne doit plus simplement être « informée » (dir. 95/46/CE) mais plutôt « éclairée » (règl. n° 2016/679). L'information doit en outre être « *complète, visible et mise en évidence* ». La teneur minimale de ces informations fait l'objet d'une liste établie par la CNIL à savoir : « - *l'identité du ou des responsables de traitement des opérations de lecture ou écriture ; - la finalité des opérations de lecture ou écriture des données ; - la manière d'accepter ou de refuser les traceurs ; - les conséquences qui s'attachent à un refus ou une acceptation des traceurs ; - l'existence du droit de retirer son consentement* » (lignes directrices, art. 2, § 23 et s.). La CNIL insiste plus particulièrement sur la finalité des traitements et la nécessité pour l'utilisateur de pouvoir identifier le ou les responsables par une liste mise à sa disposition. Ces responsables ou « responsables conjoints » peuvent être l'éditeur du site, mais également des tiers partenaires ou des sous-traitants, ce point est détaillé dans l'article 3 des lignes directrices (21).

- Au titre du caractère univoque du consentement :

Aux termes de l'article 4 du RGPD, une fois la volonté éclairée, « *le consentement doit se manifester par le biais d'une action positive de la personne* ». Ainsi, la CNIL, « *considère donc que continuer à naviguer sur un site web, à utiliser une application mobile ou bien faire défiler la page d'un site web ou d'une application mobile ne constituent pas des actions positives claires assimilables à un consentement valable.* » Au contraire d'une pratique antérieure validée par sa publication de 2013, le fait pour l'utilisateur d'ignorer le bandeau d'informations et de continuer sa navigation devrait valoir refus des traceurs et non acceptation.

En outre, les modalités de recueil du consentement devraient être « simples d'usage » ce sur quoi la CNIL renvoie à sa recommandation.

Dans ce même article 2 de ses lignes directrices, la CNIL évoque ensuite deux autres sujets :

- La preuve du consentement :

Elle rappelle l'article 7.1 du RGPD, selon lequel les responsables de traitement doivent être en mesure de prouver que le recueil d'un consentement valable a été fait. C'est dans l'article 4 de sa recommandation que la CNIL propose aux opérateurs des modalités techniques pour ce faire. Elle précise que lorsque celui qui utilise les cookies n'est pas celui qui recueille le consentement (les *third party cookies* évoqués plus haut), l'organisme qui recueille le consentement (en principe l'éditeur du site) doit également mettre à disposition des autres parties la preuve du consentement de l'utilisateur afin que chacun puisse en faire effectivement état, *accountability* oblige.

- Le refus et le retrait de consentement :

Plusieurs principes sont énoncés, qui auront un impact remarquable sur le design des sites Internet. Contrairement à l'acceptation qui passe par une action positive, le refus peut se déduire du silence de l'utilisateur. Notons que cette préconisation, éloignée des pratiques actuelles, constitue un revirement doctrinal de la part de la CNIL. Pour autant, il est toujours envisageable que ce refus passe par une action de l'utilisateur. Mais cette action devrait présenter « *le même degré de simplicité que celle permettant d'exprimer son consentement.* ». On verra là une incitation forte à assortir les fenêtres de consentement d'un bouton « tout refuser », qui devrait donc se généraliser. Ce point est précisé au moyen d'illustrations dans la recommandation. Il est suggéré que les boutons aient le même format pour que « tout accepter » ne soit pas davantage mis en valeur que « tout refuser ».

On peut espérer que cette position réparera l'un des manques les plus flagrants du dispositif actuel. Au-delà de l'extrémité que constitue un *cookie wall*, la problématique la plus actuelle est celle du « *consent wall* » ou « *consent fatigue* ». Concrètement, en l'absence de bouton « tout refuser », l'utilisateur - éclairé mais point téméraire - cliquera volontiers sur le bouton du type « plus d'options / personnaliser mes choix ». Mais, confronté à un questionnaire fastidieux sur les finalités des cookies, il sera vraisemblablement poussé à faire défiler la page et à cliquer sur « tout accepter ». Il est regrettable de constater que les progrès réalisés depuis près de vingt ans sur ces sujets se résolvent en un formulaire abscons, dont on préférera se débarrasser en acceptant d'un clic l'invitation au traçage. Sur ce sujet, deux pistes prometteuses s'ouvrent. La première est la plus simple : un bouton « tout refuser » doit voisiner le bouton « tout accepter ». La seconde, aux fondements juridiques plus solides car consacrée par la CJUE (22) : le consentement ne peut être considéré comme valablement donné au moyen d'une case cochée par défaut et que l'utilisateur devrait décocher pour refuser. La position « off » par défaut doit être privilégiée (recommandation, art. 2.4, § 23).

Au refus, répond enfin le retrait : retirer le consentement donné par le passé doit être aussi simple que le fait de le donner. Ce n'est qu'une application de l'article 7.4 du RGPD. Les modalités pratiques sont proposées par l'article 3 de la recommandation.

- L'article 4 des lignes directrices traite la question des paramètres du terminal (système d'exploitation ou navigateur internet). La CNIL indique qu'en « *l'état des connaissances dont elle dispose et sans préjudice d'une possible évolution de la technique, (...) les possibilités de paramétrage des navigateurs et des systèmes d'exploitation ne peuvent, à eux seuls, permettre à l'utilisateur d'exprimer un consentement valide* ». La CNIL semble s'éloigner du texte qu'elle est censée éclairer. Il est vrai pourtant que l'article 82 de la loi Informatique et libertés, qui envisage cette possibilité comme allant de soi, devance maladroitement les pratiques actuelles des éditeurs de ces logiciels.

Quelles sont les prochaines étapes de ces actualités ? On doit s'attendre à l'adoption du très retardé règlement *e-privacy*, dont le projet date de 2017, et qui est destiné à remplacer la directive 2002/58/CE. Ensuite, en France, on s'attend à une contamination de ces pratiques publicitaires nées sur Internet à la télévision. En effet, un décret vient d'y autoriser la publicité segmentée (23). Le traditionnel spot

publicitaire diffusé simultanément sur l'ensemble de la zone de service d'une chaîne TV ne sera plus nécessairement la norme. On pourra désormais concevoir des messages publicitaires ciblés. Pour l'heure, seul le CSA a été saisi de la question pour avis (24) alors que des problématiques en tous points similaires à celles que nous avons évoquées apparaissent déjà.

Alexis BOISSON

Maître de conférences, Université de Montpellier, CDE

Centre du droit de l'entreprise

(1)

CNIL, délib. n° 2020-091, 17 sept. 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.

(2)

CNIL, délib. n° 2020-092, 17 sept. 2020, portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs »

(3)

V. Lignes directrices 2020, art. 1^{er}, §1.

(4)

V. Boisson A., L'achat d'espaces publicitaires sur Internet rentre dans le rang, RLDC 2017/153, p. 42.

(5)

Non abordé ici. V. par ex. Arcelin L., L'avis n° 18-A-03 du 6 mars 2018 portant sur l'exploitation des données dans le secteur de la publicité sur internet : un avis « point d'étape », Revue Lamy de la concurrence 2018/74, 1^{er} juillet 2018.

(6)

Règl. (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil, 27 avr. 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, JOUE

4 mai 2016, n° L 119 ; V. également la Convention pour la protection des données à caractère personnel (STE n°108).

(7)

Dir. 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).

(8)

Dir. 2009/136/CE, 25 nov. 2009, 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.

(9)

V. la référence faite à l'évaluation REFIT citée dans l'exposé des motifs du projet de règlement.

(10)

Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE.

(11)

CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-40/17.

(12)

CJUE, 1^{er} oct. 2019, aff. C-673/17.

(13)

L. n° 78-17, 6 janv. 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

(14)

L. n° 78-17 préc., art. 82.

(15)

Lignes directrices 2020, art. 5.

(16)

CNIL, délib. n° 2013-378, 5 déc. 2013.

(17)

CJUE, 1^{er} oct. 2019, aff. C-673/17 ; CJUE, 2^e ch., 11 nov. 2020, aff. C-61/19.

(18)

CEPD, Déclaration sur la révision de la directive « ePrivacy » et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques, https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_on_eprivacy_fr.pdf ; CEPD, Lignes directrices sur le consentement au sens du RGPD, version 1.1, 4 mai 2020, v. n° 39-41 https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_en.pdf

(19)

Par ex., l'article 4 des Lignes directrices 2020 « *Sur les paramètres du terminal* ».

(20)

Pour rappel : CNIL, délib. n° SAN-2019-001, 21 janv. 2019, prononçant une sanction pécuniaire de 50 millions d'euros à l'encontre de la société Google LLC, CCE n° 6, juin 2019, comm. 43, commentaire Metallinos M. ; en dernier lieu : CNIL, délib. n° SAN-2020-012, 7 déc. 2020, condamnant les sociétés Google LLC et Google Ireland Limited à des amendes administratives d'un montant global de 100 millions d'euros. La CNIL évoque les versions successives de ses lignes directrices mais précise : « *les pratiques non conformes relevées dans le cadre de cette procédure sont appréciées au regard de la loi informatique et libertés et non des lignes directrices ou des recommandations de la CNIL.* »

(21)

V. CJUE, 29 juill. 2019, aff. C-40/17, illustrant le cas de la responsabilité conjointe de l'éditeur du site et du tiers déposant des traceurs. V. également : CJUE, 5 juin 2018, aff. C-210/16 et CJUE 10 juill. 2018, aff. C-25/17.

(22)

CJUE, 1^{er} oct. 2019, aff. C-673/17 (préc.).

(23)

D. n° 2020-983, 5 août 2020, portant modification du régime de publicité télévisée ; v. Rees M., La publicité segmentée arrive dans votre télévision, entre espoirs et craintes. Les

chaînes sur les pas des GAFAs ?, Next Impact, 7 août 2020.
<https://www.nextinpact.com/article/30445/109214-la-publicite-segmentee-arrive-dansvotre-television-entre-espoirs-et-craintes>

(24)

CSA, avis n° 2020-03, 13 mai 2020 relatif au projet de décret portant modification du régime de diffusion des œuvres cinématographiques sur les services de télévision et du régime de publicité télévisée.

L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, pour une République numérique.