

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Le placement de « cookies » sur un site web

Delforge, Antoine

*Published in:*

Revue du Droit des Technologies de l'information

*Publication date:*

2020

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Delforge, A 2020, 'Le placement de « cookies » sur un site web: la Cour de justice fait le point, l'APD commence à sanctionner', *Revue du Droit des Technologies de l'information*, Numéro 78, p. 101-112.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## Observations<sup>1</sup>

# Le placement de « cookies » sur un site web : la Cour de justice fait le point, l'APD commence à sanctionner

### I. INTRODUCTION

Depuis l'entrée en application du règlement général sur la protection des données<sup>2</sup>, les « bannières cookies » fleurissent sur tous les sites web. Soucieux de se conformer au mieux à ce nouveau règlement, l'écrasante majorité des gestionnaires de site web ont mis en place une « bannière cookies ». En effet, quasiment tous les sites web nous demandent, à la première consultation de ceux-ci, de consentir au traitement de certaines données à caractère personnel via le placement d'un cookie sur notre ordinateur (ou GSM...). Cela se matérialise soit sous la forme d'un bandeau en bas de la page, soit en affichant directement une fenêtre qui empêche l'accès au site.

Ces cookies, ces petits fichiers placés sur la machine de l'utilisateur, leur permettent de nous reconnaître à chaque connexion<sup>3</sup>. Si dans un premier temps ces cookies servaient uniquement à assurer le bon fonctionnement des échanges avec le site web, dorénavant, ils permettent un tas d'autres choses. En fonction du type de cookie, le site peut ainsi appliquer automatiquement les préférences de l'utilisa-

teur à chaque fois qu'il se connecte sur le site, il peut éventuellement suivre la personne sur les différentes pages qu'elle consulte, il peut effectuer des statistiques de fréquentation du site...

La plupart des sites web ont donc dorénavant bien une « bannière cookies ». Cependant, pour respecter la législation en matière de protection des données, encore faut-il que celle-ci respecte à la fois les règles spécifiques de la directive « vie privée et communications électroniques » (ci-après, « directive ePrivacy »)<sup>4</sup> et du RGPD.

Concernant les obligations concrètes qui découlent de ces législations, deux décisions intéressantes ont été prononcées récemment, l'une étant l'arrêt « Planet49 » de la Cour de justice du 1<sup>er</sup> octobre 2019<sup>5</sup>, et l'autre la décision de la Chambre contentieuse de l'Auto-

<sup>1</sup> Antoine Delforge, Assistant-chercheur au CRIDS/NADI à l'Université de Namur.

<sup>2</sup> Règlement 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (Règlement général sur la protection des données), ci-après « RGPD ».

<sup>3</sup> Le site web reconnaît, via un cookie placé précédemment, que l'utilisateur a déjà consulté certaines pages web. Cela ne signifie pas forcément que la personne peut être identifiée.

<sup>4</sup> Directive 2002/58 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques). Cette directive est en cours de révision depuis de nombreuses années. Nous nous baserons donc parfois sur la proposition de règlement ePrivacy (Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)). Après un retrait d'une première proposition de texte, une nouvelle version du projet a en effet été déposée le 6 mars 2020 sous le numéro 6543/20.

<sup>5</sup> C.J.U.E., arrêt *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV c. Planet49 GmbH*, 1<sup>er</sup> octobre 2019, C-673/17. Ci-après arrêt « Planet49 ».

rité de protection des données belge du 19 décembre 2019<sup>6</sup>.

À l'occasion de cette contribution, nous analyserons ces deux décisions et plus globalement les principales règles régissant l'usage de cookies. Pour ce faire, dans un premier temps, nous proposerons un résumé de ces deux affaires. Dans un second temps, nous étudierons si le consentement de l'utilisateur du site est obligatoire dans tous les cas. Enfin, dans un dernier temps, nous passerons en revue les différentes conditions que doit remplir ce consentement pour être considéré comme valide au regard de l'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après «LCE»)<sup>7</sup> et du RGPD<sup>8</sup>, à savoir: éclairé, spécifique, libre et explicite.

## II. RÉSUMÉ DES FAITS ET DES PROCÉDURES

### A. L'arrêt «Planet49»

Cet arrêt concernait un site web (géré par la société Planet49) qui organisait un concours. Lors de l'inscription à ce concours, les candidats étaient, à un moment, confrontés à deux cases à cocher. La première case à cocher permettait au participant d'autoriser l'organisateur à communiquer certaines de ses informations

personnelles à différents partenaires et sponsors qu'il pouvait, s'il le souhaitait, sélectionner dans une liste préétablie. La case n'était pas cochée par défaut, toutefois, elle devait obligatoirement être cochée pour pouvoir poursuivre l'inscription. La seconde case à cocher mentionnait le fait qu'un cookie serait placé sur l'ordinateur du candidat afin de pouvoir le suivre lors de sa navigation sur internet afin de lui proposer de la publicité ciblée. Cette seconde case était, quant à elle, cochée par défaut, mais pouvait être décochée sans que cela n'empêche l'inscription au concours.

Dans ce litige, la juridiction allemande devait se prononcer sur une demande d'action en cessation venant d'une association de consommateurs et posa alors à la Cour de justice différentes questions qui peuvent se résumer comme suit<sup>9</sup>:

- Le recours à des cases pré-cochées pour autoriser le placement de cookies dans le terminal de l'utilisateur permet-il d'obtenir un consentement valide au regard de l'article 5, paragraphe 3, et à l'article 2, sous f), de la directive ePrivacy et du RGPD?
- Le fait que les données contenues dans un cookie soient ou non des données à caractère personnel a-t-il une influence sur la réponse apportée à la question précédente<sup>10</sup>?

<sup>6</sup> Décision de la Chambre contentieuse de l'Autorité de la protection des données belges n° 12/2019 du 17 décembre 2019. Ci-après «la décision».

<sup>7</sup> Cet article transpose en Belgique l'article 5, paragraphe 3, et l'article 2, sous f), de la directive ePrivacy.

<sup>8</sup> L'article 129 renvoie pour ces conditions à la législation «classique» en matière de protection des données. S'il y est encore fait référence à la loi du 8 décembre 1992, il faut naturellement dorénavant se tourner vers les dispositions pertinentes du RGPD, à savoir les articles 4.11) et 7. Art. 4.11) du RGPD: «consentement de la personne concernée»: 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».

<sup>9</sup> Si l'affaire portait sur des faits antérieurs à l'entrée en application du RGPD, l'action en cessation intentée en Allemagne visait à empêcher la société Planet49 de continuer ce type d'agissements à l'avenir. La Cour a donc dû à la fois étudier la question sous l'empire de la directive 95/46 et du RGPD (point 42 de l'arrêt). Nous nous limiterons toutefois ici à analyser la question au regard du RGPD, la Cour se prononçant au final de la même manière dans les deux cas.

<sup>10</sup> Cette question qui peut sembler dans une certaine mesure simple pourrait venir, selon B. HEYVAERT, d'une transposition maladroite de la directive ePrivacy en droit allemand, voy. B. HEYVAERT, «Entre consentement présumé et présomption de consentement forcé, commentaire de l'arrêt et des conclusions de l'avocat

- La durée de fonctionnement des cookies et l'accès ou non de tiers aux cookies font-ils partie des informations à communiquer à l'utilisateur au titre de l'information claire et complète voulue par l'article 5 de la directive ePrivacy?

## B. La décision de l'APD du 19 décembre 2019

La chambre contentieuse de l'APD devait se prononcer, quant à elle, sur la conformité d'un site web d'information spécialisé en matière juridique à destination de professionnels du droit.

Le Comité de direction de l'APD avait en effet chargé le Service d'inspection de contrôler la politique de confidentialité du site et sa gestion des cookies placés lors de la consultation de celui-ci.

Après en avoir informé le gestionnaire du site, l'APD a procédé à une enquête en visitant le site à trois reprises (en mars, avril et mai). Après chaque visite, l'APD lui a envoyé un courrier mentionnant les manquements constatés et à chaque fois le gestionnaire du site a effectué des améliorations afin de se mettre davantage en conformité avec l'article 129 LCE et le RGPD.

Vu les manquements constatés, l'affaire a été portée devant la Chambre contentieuse. Cette affaire devait alors être discutée une première fois en octobre 2019. La Chambre remit toutefois l'affaire au vu de divergences entre le rapport d'inspection et les conclusions du défendeur, et des améliorations apportées entre temps au site internet. Le service d'inspection effectua alors une dernière visite sur le site en octobre 2019.

Durant ces visites, le Service d'inspection constata plusieurs violations potentielles<sup>11</sup>. Celui-ci avait notamment remarqué l'absence ou l'imprécision de certaines informations à fournir aux personnes concernées au sujet des cookies utilisés (art. 12 du RGPD) et la difficulté d'accéder à ces informations (art. 11 du RGPD), et l'absence de « bannière cookies » permettant d'obtenir un consentement valide<sup>12</sup>. Au fur et à mesure des remarques de l'APD, le site évolua fortement. À la dernière consultation, en octobre 2019, la plupart des manquements semblaient être corrigés. Les principales violations restantes étant l'absence de coordonnées précises concernant la personne à contacter pour exercer son droit de retrait de consentement<sup>13</sup> et l'absence de traduction des informations écrites en anglais concernant certains cookies utilisés. Cette amélioration des choses n'empêcha toutefois pas la Chambre contentieuse de considérer que « les rectifications ultérieures apportées à la déclaration de confidentialité par le défendeur ne portent pas préjudice aux constatations initiales de violation [...] faites le 12 mars 2019 et le 29 avril 2019 »<sup>14</sup>.

Dès lors, la Chambre contentieuse infligera tout de même une amende administrative de 15.000 EUR. Elle justifiera ce montant record pour elle à l'époque par la durée de l'infraction, l'audience du site (35.000 lecteurs) et la négligence répétée, parfois volontaire, du gestion-

général Szpunar dans l'affaire *Planet49*», R.E.D.C., 2020/2, p. 402.

<sup>11</sup> La liste des manquements est trop longue pour être reprise en détail dans cette contribution, d'autant plus qu'elles ont varié à chaque visite. Nous renvoyons donc à la décision de la Chambre contentieuse, dans sa version intégrale, qui énumère à chaque stade les manquements constatés et rectifications apportées.

<sup>12</sup> Il corrigea cela dans un premier temps, pour ensuite faire usage de cases pré-cochées, avant enfin de mettre en place un système plus adapté.

<sup>13</sup> Il était indiqué de s'adresser « à nous », p. 25 de la décision.

<sup>14</sup> Page 43 de la décision.

naire, et les améliorations apportées sur le site web au fur et à mesure de la procédure<sup>15</sup>.

### III. OBTENIR UN CONSENTEMENT, UN PRÉALABLE OBLIGATOIRE ?

Pour répondre à cette question, il faut d'abord faire le point sur la législation applicable.

En matière de traitement de données à caractère personnel au moyen de cookies déposés sur le terminal d'un utilisateur, il faut certes prendre en compte le RGPD qui s'applique de manière transversale à tout traitement de données à caractère personnel, mais il faut avant tout se tourner vers l'article 129 LCE (transposant la directive ePrivacy sur ces aspects) qui constitue une *lex specialis* pour les cookies<sup>16</sup>.

En vertu de cet article 129, avant de pouvoir installer un cookie sur le terminal d'un utilisateur, le gestionnaire du site doit obtenir au préalable le consentement de cet utilisateur. Pour être valide, ce consentement doit respecter les conditions de validité d'un consentement, telles qu'elles sont actuellement reprises à l'article 4.11) et 7 du RGPD (voy. sections suivantes).

Interrogée sur la question, la Cour de justice a notamment précisé dans son arrêt «*Planet49*» que cette nécessité d'obtenir un consentement valide s'appliquait indépendamment du fait que les données contenues dans le cookie soient ou non des données à caractère personnel<sup>17</sup>. Cela s'avère somme toute logique puisque, d'une part, l'article 5 de la directive ePrivacy ne fait aucune distinction

de la sorte<sup>18</sup>, et d'autre part, l'exploitation de cookie s'intègre d'office dans un traitement de données à caractère personnel plus général basé sur des profils d'utilisateurs<sup>19</sup>.

Le seul cas où l'utilisateur ne doit pas donner son consentement concerne les cookies « purement techniques », ou pour reprendre le phrasé de l'article 129 les cookies « ayant pour seul but de réaliser l'envoi d'une communication via un réseau de communications électroniques ou de fournir un service demandé expressément par l'abonné ou l'utilisateur final lorsque c'est strictement nécessaire à cet effet ». Ainsi, peuvent être placés, sans le consentement de l'utilisateur, les cookies permettant l'authentification de celui-ci lors de sa consultation d'une page, certains cookies de sécurité, les cookies de personnalisation de l'interface utilisateur, les cookies permettant la conservation de certaines informations encodées par l'utilisateur entre différentes pages web du site (contenu d'un panier d'achats...) <sup>20</sup>. À l'inverse, les cookies de suivi entre différents domaines, les cookies permettant les publicités ciblées, ou les cookies à des fins d'analyse statistique (fréquentation du site...) ne sont pas considérés comme « purement techniques » dans la mesure où ceux-ci ne sont pas strictement nécessaires pour la transmission des données ou la fourniture du service. Pour apprécier le caractère « strictement nécessaire » du traitement, il faut tenir compte des intérêts de la personne concernée, et non ceux du gestionnaire du site ou d'autres personnes<sup>21</sup>. Ainsi,

<sup>15</sup> Pour plus de précisions sur l'aspect procédural et la sanction infligée, nous renvoyons à la contribution de E. LECROART, « Les amendes administratives infligées en cas de violation du RGPD : quel est le prix à payer? », *R.D.T.I.* 2019/76-77, pp. 90 à 113.

<sup>16</sup> Page 20 de la décision. L'APD détaille comment ces deux textes peuvent s'articuler.

<sup>17</sup> Point 70 de l'arrêt «*Planet49*».

<sup>18</sup> Point 68 de l'arrêt «*Planet49*».

<sup>19</sup> Point 67 de l'arrêt «*Planet49*».

<sup>20</sup> Liste tirée de l'avis du Groupe de l'Article 29 n° 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, 7 juin 2012, WP 194.

<sup>21</sup> Logique tirée *mutatis mutandis* des Lignes directrices 2/2019 de l'EDPB concernant l'article 6.1.b du RGPD dans le contexte des services en ligne, points 23-25. L'APD a fait sienne cette interprétation dans la décision qui nous intéresse, p. 33, n° 60.

contrairement à ce qui a pu être soutenu par le gestionnaire du site d'information juridique dans l'affaire qui nous intéresse, la Chambre contentieuse a bien précisé que cette exception ne peut s'appliquer que si le traitement est nécessaire à la fourniture du service demandé par la personne chez qui le cookie est placé et pas si cela s'avère uniquement nécessaire pour le service fourni à des tiers<sup>22</sup>.

Il n'existe pas actuellement d'autres exceptions. Contrairement à ce qui est prévu dans le RGPD, la législation ePrivacy n'a que le consentement comme « base de licéité du traitement », et une exception particulière pour les « cookies purement techniques ». Le gestionnaire d'un site web ne peut donc pas se passer du consentement de ces utilisateurs si celui-ci désire placer d'autres cookies que ceux « purement techniques » (ex. : des cookies d'analyse d'audience) et strictement nécessaires, en se basant notamment sur son intérêt légitime tel qu'il existe dans le RGPD à l'article 6, f).

L'APD a clairement rappelé ce point dans la décision commentée<sup>23</sup>. Le gestionnaire du site se réfère, à un moment, à son intérêt légitime pour des cookies non strictement nécessaires utilisés « en vue de simplifier votre utilisation du site internet et de collecter des données statistiques relatives à l'utilisation du site internet »<sup>24</sup>.

Dans la mesure où le traitement est fondé sur un consentement, ce consentement peut être retiré à tout moment, et aussi simplement qu'il a été obtenu, et ce gratuitement<sup>25</sup>. Concrètement, cela s'avère relativement diffi-

cile de proposer un mécanisme d'opt-out aussi simple qu'une « bannière cookies » qui apparaît à la première consultation du site, sauf à intégrer constamment sur la page du site, une « bannière cookies opt-out ». Dans un premier temps, le Service d'inspection de l'APD avait d'ailleurs signalé ce manquement sur le site web du défendeur. La Chambre contentieuse n'a pas suivi en indiquant qu'un pareil bandeau, ou bouton « opt-out », n'était pas spécifiquement exigé par le RGPD, et que le site même de l'APD n'intégrait pas ce type de mécanisme<sup>26</sup>.

Toutefois, la question reste de savoir s'il est possible<sup>27</sup>, voire même s'il faut<sup>28</sup>, une fois qu'un consentement valide au regard de la législation ePrivacy a été obtenu, fonder son traitement de données (le traitement dans son ensemble) sur une base de licéité du RGPD, tel que le consentement ou l'intérêt légitime du responsable du traitement. Pour le dire autrement, le consentement « ePrivacy » devrait être vu comme une condition supplémentaire, un préalable, et non comme une base de licéité spécifique.

Certes, il sera plus facile de fonder son traitement de données sur un consentement

<sup>26</sup> Page 36 de la décision.

<sup>27</sup> Ph. LEE, « GDPR + e-Privacy = :-() », disponible sur <https://www.fieldfisher.com/en/services/privacy-security-and-information/privacy-security-and-information-law-blog/gdpr-plus-e-privacy>. L'ICO quant à elle ne semble pas être fondamentalement contre ce type de logique, tout en précisant quand même que ce type de « montage » serait de nature à perturber la personne concernée, voy. <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/how-do-the-cookie-rules-relate-to-the-gdpr/>.

<sup>28</sup> Voy. EDPB, Opinion 5/2019 on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities, 12 march 2019, p. 14; O. TAMBOU, *Manuel de droit européen de la protection des données à caractère personnel*, Bruxelles, Larcier, 2020, pp. 133 et 134.

<sup>22</sup> Page 34 de la décision. En l'occurrence, le gestionnaire du site avait tenté de se défendre en argumentant que le placement de certains cookies était nécessaire pour que les auteurs alimentant son site en article sachent le nombre de vues que leur contribution a généré.

<sup>23</sup> Page 20 de la décision.

<sup>24</sup> Page 29 de la décision.

<sup>25</sup> Art. 7.3 du RGPD et 129, dernier alinéa, LCE.

«RGPD» qui serait concrètement le même que celui obtenu en vertu de la législation «ePrivacy». Néanmoins, si le traitement de données repose sur l'intérêt légitime du responsable du traitement, la personne concernée ne dispose plus exactement des mêmes droits. De la sorte, le gestionnaire du site se doit d'obtenir un consentement valide pour le placement du cookie, mais n'aurait pas formellement besoin du consentement de l'utilisateur pour le traitement des données obtenues grâce à ce cookie. Il n'y aurait pas non plus alors de possibilité de retirer son consentement pour les données collectées via ce cookie, le droit de retrait pour le placement du cookie lui-même resterait toutefois. La personne pourrait donc demander à ce que le cookie soit supprimé mais pas forcément que certaines données collectées par celui-ci soient effacées.

Conscient de ce type de problème et que dans certains cas il n'est pas logique d'exiger le consentement de l'utilisateur pour des traitements de données effectués dans l'intérêt du gestionnaire du site par exemple, le nouveau projet de règlement ePrivacy intègre de nouvelles bases de licéité, afin notamment d'aligner davantage les bases de licéité possibles avec celles prévues dans le RGPD. Ainsi, certaines bases de licéité «ePrivacy» ont été ajoutées, de sorte que le consentement ne serait plus qu'une des bases de licéité parmi d'autres. Serait donc notamment permis, sans consentement de l'utilisateur, le placement de cookies nécessaires pour les mesures d'audience du site et pour certaines finalités dans l'intérêt légitime du gestionnaire du site, pour autant que les intérêts ou les droits et libertés de l'utilisateur ne prévalent pas<sup>29</sup>. Ces ajouts semblent une bonne idée pour éviter de forcer l'obtention d'un consentement qui ne paraît pas toujours nécessaire, ni adéquat. Cepen-

nant, nous restons plus sceptique quant à la précision apportée par le considérant 21b), paragraphe 4, de ce projet de règlement. Celui-ci précise en effet que serait acceptable comme «intérêt légitime», pour les sites financés par de la publicité ciblée, la mise en place d'un système de cookies permettant de mettre cette publicité ciblée<sup>30</sup>, pour autant que l'utilisateur en soit informé et ait accepté ce type de pratique<sup>31</sup>.

#### IV. UN CONSENTEMENT «ÉCLAIRÉ»

Pour pouvoir consentir en connaissance de cause, l'utilisateur doit avoir reçu «une information claire et compréhensible», comme prévu aux articles 12 et 13 du RGPD<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Sur ce sujet spécifique, voy. notamment Article 29 Working Party Opinion 2/2010 of 22 June 2010 on online behavioural advertising, WP 171.

<sup>31</sup> L'expression «accepté» n'est pas à confondre avec «consenti» au sens du RGPD. Elle doit être comprise plutôt dans l'optique du droit de la consommation. En effet, le considérant fait explicitement référence à la nouvelle directive 2019/790 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques qui «légalise» et encadre ce type de modèle économique d'un point de vue du droit commercial. Sur cette directive, voy. notamment EDPS, Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content, 14 March 2017; L. DRESCHLER, «Data As Counter-Performance: A New Way Forward or a Step Back for the Fundamental Right of Data Protection?», *Jusletter IT*, 22 February 2018, av. at [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3329345](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3329345); C. LANGHANKE et M. SCHMIDT-KESSEL, «Consumer data as consideration», *EuCML*, 2015, pp. 218-223; A. METZGER, «Data as counter-performance: What rights and duties do parties have?», *JIPITEC*, vol. 8, 2017, av. at <https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-8-1-2017/4528>; R. ROBERT, «Peut-on payer avec ses données personnelles? La proposition de directive "contenu numérique" introduit le ver dans le fruit», *J.D.E.*, 2017, pp. 356 et s.

<sup>32</sup> Art. 5, paragraphe 3, de la directive ePrivacy et art. 129, al. 1<sup>er</sup>, 1<sup>o</sup>, LCE. Encore une fois, ces législations font référence à des textes depuis remplacés par le RGPD. Nous avons donc naturellement adapté les références.

<sup>29</sup> Art. 8 du projet de règlement ePrivacy.

Précisons que ce devoir d'information s'applique également pour les cookies « purement techniques » ne nécessitant pas de consentement de l'utilisateur<sup>33</sup>. C'est notamment pour cette raison que, dans certaines « bannières cookies », il apparaît une case grisée, impossible à décocher, pour la catégorie des cookies « purement techniques ». Ainsi, une certaine transparence est assurée, tout en indiquant qu'il n'est pas ici question d'obtenir un consentement, mais uniquement de fournir un certain nombre d'informations.

### A. Les informations à fournir

À côté du principe général de transparence imposé par l'article 5 du RGPD, l'article 13 énumère une liste d'informations minimum à fournir. Parmi ces informations doivent notamment être communiqués : l'identité et les coordonnées du responsable du traitement, la finalité du traitement, les destinataires éventuels de ces données, les catégories de données collectées, l'existence de certains droits pour la personne concernée, la durée du traitement...<sup>34</sup>

Dès lors que le RGPD mentionne explicitement, contrairement à la directive 95/46, dans les informations à fournir à la personne concernée la durée du traitement (ou la durée de vie du cookie) et l'accès éventuel à ces données par des tiers (ou l'accès aux données contenues dans le cookie), la Cour de justice n'a eu aucun mal à répondre à la juridiction allemande sur ces points<sup>35</sup>. En effet, il faut communiquer à la personne concernée ces informations.

### B. La manière de les fournir

Il ne suffit pas de fournir ces informations, encore faut-il le faire de manière « concise, transparente, compréhensible et aisément accessible [...] »<sup>36</sup>.

Le gestionnaire d'un site web<sup>37</sup> doit donc mettre en place un procédé permettant à l'utilisateur du site d'être mis au courant des différentes informations contenues à l'article 13, sans que celui-ci soit « noyé » dans toutes ces informations. Il faut dès lors employer un vocabulaire adapté au public concerné par le traitement, notamment si le public risque d'avoir du mal à comprendre le fonctionnement des traitements opérés. Dans l'affaire « Planet49 », l'avocat général Szpunar avait d'ailleurs conclu en indiquant qu'« on ne doit pas s'attendre à ce que l'internaute moyen ait un niveau de connaissance élevé en matière de fonctionnement des cookies »<sup>38</sup>. Il faut être dès lors particulièrement attentif à la manière d'expliquer leur fonctionnement.

La langue employée dans ces communications est également très importante. En principe, elle doit être la même que la langue utilisée par le site, ou le service. La Chambre contentieuse de l'APD a notamment sanctionné ce site belge d'information juridique au motif que certaines informations n'étaient accessibles qu'en anglais<sup>39</sup>. Elle précisa également que le fait que le public du site soit majoritairement

<sup>33</sup> Art. 5, paragraphe 3, de la directive ePrivacy et art. 129, al. 3, LCE.

<sup>34</sup> Pour une liste exhaustive, nous renvoyons à l'article 13.

<sup>35</sup> La réponse était moins évidente sous l'empire de la directive 95/46, même si la Cour a considéré que ces informations devaient être communiquées si l'on voulait fournir une information « claire et complète » comme le prévoit l'article 5 de la directive ePrivacy.

<sup>36</sup> Art. 12 du RGPD.

<sup>37</sup> Rappelons que la Cour de justice a bien précisé dans son arrêt « Fashion ID » (arrêt du 29 juillet 2019, C-40/17) qu'il était notamment de la responsabilité du gestionnaire du site web d'informer les visiteurs des traitements de données effectués si celui-ci était considéré le responsable du traitement. Pour plus de précisions sur cet arrêt, voy. P. CRADDOCK, « Arrêt 'Fashion ID' : qui est le "responsable du traitement" des données sur un site Internet incorporant un renvoi à un réseau social ? », *J.D.E.*, 2019/10, n° 264, p. 404-406.

<sup>38</sup> Conclusions de l'A.G. Szpunar dans l'arrêt « Planet49 », point 114.

<sup>39</sup> Page 24 de la décision.



composé de juristes ne suffisait pas pour justifier une Privacy Policy, pour le dire gentiment, « très concise »<sup>40</sup>.

Il est également préférable que les informations concernant les questions de traitement de données à caractère personnel soient contenues dans un document spécifique, à part, pour être facilement identifiables parmi les autres informations communiquées. Il est donc déconseillé d'intégrer ces informations dans des conditions générales par exemple. Mieux vaut les reprendre dans un document spécifique, une Privacy Policy.

Pour rester compréhensible, l'information doit donc être structurée et organisée de manière claire de sorte que, dès le premier coup d'œil, la personne comprenne les caractéristiques principales du traitement (du cookie en l'occurrence). Ces informations peuvent être présentées succinctement dans la « bannière cookie » lors de la première visite du site (renvoyant éventuellement à certaines informations complémentaires via un hyperlien), pour autant qu'une Privacy Policy plus complète soit facilement accessible par la suite à partir de cette même page, voire même à partir de toutes les pages du site. Ainsi, l'utilisateur comprend rapidement à quoi correspond chaque cookie et peut décider s'il souhaite l'accepter.

Ce souci de concision ne peut toutefois pas compliquer l'accès à l'information, en balayant par exemple l'utilisateur au moyen de nombreux hyperliens<sup>41</sup>, ou en n'indiquant pas les coordonnées précises où contacter le responsable du traitement pour exercer son

droit de retrait de consentement et forcer ainsi la personne à trouver cette adresse ailleurs dans la Privacy Policy<sup>42</sup>.

## V. UN CONSENTEMENT « SPÉCIFIQUE »

L'utilisateur doit pouvoir choisir parmi les différents types de cookies (en fonction des finalités de ceux-ci) ceux qu'il accepte, et ceux qu'il refuse<sup>43</sup>. Une demande de consentement général sans préciser les finalités des différents cookies s'avère donc insuffisante. Une certaine granularité doit être permise pour ce choix, en fonction des différents types de traitements opérés. Naturellement, en vertu du principe de finalité<sup>44</sup>, un cookie ne peut être détourné de sa finalité initiale (celle annoncée à la personne).

Vu le nombre parfois très conséquent de cookies qui peuvent être présents sur une seule page web, et les nombreuses interactions entre eux, le consentement ne doit pas forcément être obtenu cookie par cookie, un simple choix entre les différents types de cookies peut suffire<sup>45</sup>. Cela peut d'ailleurs être préférable pour faciliter la tâche de l'utilisateur, quitte à éventuellement prévoir, dans un second temps, pour les plus consciencieux, la possibilité de les sélectionner un par un, au sein de chaque catégorie de cookies<sup>46</sup>.

De même, d'un point de vue plus global, cette surmultiplication de « bannières cookies » sur

<sup>42</sup> Dans la décision de l'APD que nous commentons, la Chambre contentieuse a, par exemple, considéré comme insuffisant d'indiquer « [veuillez] nous adresser » une demande électronique, voy. p. 24 de la décision.

<sup>43</sup> Art. 6, paragraphe 1, a), du RGPD.

<sup>44</sup> Art. 5, paragraphe 1, b), du RGPD.

<sup>45</sup> Groupe de l'Article 29, Document de travail 02/2013, énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies, p. 3.

<sup>46</sup> En ce sens, voy. les fiches informatives de l'APD disponibles sur <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/recueilir-valablement-le-consentement-des-personnes-concernees>. L'APD suit également cette logique dans la décision commentée, voy. p. 39.

<sup>40</sup> Expression employée par le défendeur, voy. p. 25 de la décision.

<sup>41</sup> À titre d'exemple, la CNIL a sanctionné Google pour avoir forcé ses utilisateurs à effectuer 5-6 opérations successives pour accéder à certaines informations, voy. Délibération de la formation restreinte de la CNIL n° SAN – 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC.

tous les sites web risque d'avoir un effet contre-productif. En effet, vu le nombre de nouvelles «bannières cookies» qu'il faut chaque jour consulter et paramétrer, cette démarche est devenue presque machinale et donc peu utile au final. Afin de pouvoir gérer plus efficacement ces nombreux cookies, le premier projet de règlement ePrivacy<sup>47</sup> contenait l'idée que cette sélection des types de cookies autorisés ne soit plus effectuée à chaque fois, site web par site web, mais au niveau du navigateur web. Ainsi, chaque utilisateur paramètrerait dans son navigateur, une fois pour toutes, quel type de cookie il accepte par défaut et quel type de cookie il refuse par défaut, tout en gardant la possibilité pour l'utilisateur de prévoir des règles spécifiques pour certains sites. De la sorte, l'utilisateur pourrait bénéficier d'un outil efficace et central lui permettant de gérer les cookies<sup>48</sup>. Cette idée n'a malheureusement pas été conservée dans la dernière version du projet de règlement ePrivacy.

## VI. UN CONSENTEMENT «LIBRE»

Il faut également que le consentement soit donné «librement»<sup>49</sup>, c'est-à-dire qu'il ait été donné sans aucune forme de pression. Ceci vise à assurer un choix véritablement libre. En effet, dans certains cas, la personne peut se sentir un peu contrainte, si un refus de sa part lui serait particulièrement dommageable par exemple<sup>50</sup>. Ainsi, lorsqu'un site internet bloque l'accès à son contenu tant que l'utilisateur n'a pas accepté certains cookies «non essentiels», on peut s'interroger sur le caractère

libre du consentement qui serait donné. En effet, la personne est contrainte d'accepter si elle souhaite accéder à ce site. On appelle cela des «cookies-walls», des «tracking walls»<sup>51</sup>, ou encore des «privacywalls»<sup>52</sup>. Ce même type de blocage peut également survenir lorsqu'un site bloque son accès au motif que le site n'est pas accessible lorsque l'utilisateur utilise un «adblocker» qui n'est censé que bloquer certains types de cookies de traçage..., ce qui démontre bien souvent que certains cookies ont tenté d'être installés sans demande de consentement préalable ou une quelconque information.

En soi, ces pratiques de blocage d'accès ne sont pas, par nature, illégales, malgré le fait que certains auteurs prônent l'interdiction de celles-ci<sup>53</sup>. Cette idée avait notamment été évoquée au début du débat sur le projet de règlement ePrivacy<sup>54</sup>.

<sup>51</sup> Lorsque le blocage est spécifiquement lié au refus d'installer certains modules de traçage.

<sup>52</sup> Concept plus large qui ne se limite pas spécifiquement aux cookies et intègre tout blocage lié à un refus de consentir à certains traitements de données à caractère personnel.

<sup>53</sup> Parmi d'autres, EDPS Preliminary Opinion 5/2016 of 22 July 2012 on the review of the ePrivacy Directive, p. 15; F. Z. BORGESISUS, S. KRUIKEMEIER, S. BOERMAN et N. HELBERGER, «Tracking Walls, Take-It-Or-Leave-It Choices, the GDPR, and the ePrivacy Regulation», *Eur. Data Protection Law Review*, 2017, vol. 3, Issue 3, pp. 353-369. À côté de ces auteurs, la CNIL et l'APD néerlandaise semblent également condamner ce type de pratique, voy. Délibération de la CNIL 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, art. 2; Autoriteit persoonsgegevens, «Hoe legt de AP de juridische normen rond cookiewalls uit?», disponible [https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg\\_ap\\_cookiewalls.pdf](https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/sites/default/files/atoms/files/normuitleg_ap_cookiewalls.pdf).

<sup>54</sup> Considérant 20 du projet initial de règlement ePrivacy, depuis supprimé. Le projet semble même aller dans l'autre sens puisqu'il mentionne explicitement la possibilité de placer des cookies de tracking en contrepartie de l'accès à un site web, voy. cons. 21b du projet de règlement ePrivacy.

<sup>47</sup> Article 10 du projet initial de règlement ePrivacy. Cet article a été supprimé dans la dernière version du texte.

<sup>48</sup> Considérant 22 du projet initial de règlement ePrivacy. Ce considérant a été supprimé du dernier projet.

<sup>49</sup> Art. 4.11) et 7.4 du RGPD.

<sup>50</sup> Considérants 42 et 43 du RGPD; WP 29, Guidelines on consent under Regulation 2016/679, WP 259 rev.01, revised on 10 april 2018, p. 5.

Le considérant 25, *in fine*, de la directive ePrivacy et l'article 7.4 du RGPD n'interdisent de fait pas par nature ce type de pratique. L'article 7.4 précise qu'«il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat». Bien souvent, les cookies de tracking ne sont pas nécessaires pour la fourniture du service<sup>55</sup>. On pourrait donc légitimement remettre en question la validité du consentement obtenu si un «cookie-wall» a forcé la main de l'utilisateur.

Dans les cas où le site ayant mis en place ce type de «cookie-wall» propose une alternative sous la forme d'un prix raisonnable à payer pour accéder au service demandé, le consentement pourrait davantage être considéré comme donné librement puisque l'utilisateur peut de nouveau faire un véritable choix<sup>56</sup>.

Ce type de pratique où les cookies sont utilisés pour mettre en place une récolte de données permettant de financer un service «gratuit» est très fréquent et suscite encore le débat. L'adoption de la directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative à certains aspects concernant les contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques marque néanmoins probablement un tournant puisqu'elle légalise cette pratique<sup>57</sup>.

À l'occasion de l'arrêt «Planet49», la Cour de justice avait d'ailleurs l'opportunité de se positionner sur ce critère de consentement libre.

En effet, la première case à cocher, autorisant la communication de certaines informations personnelles à des sponsors, devait obligatoirement être cochée pour pouvoir s'inscrire au concours. Il s'agissait donc, à tout le moins en partie, d'un échange entre les participants au concours et l'organisateur, une chance de gagner le lot mis en jeu contre la transmission de certaines informations personnelles à des sponsors. L'avocat général Szpunar ne s'y est d'ailleurs pas trompé. Il précise de fait qu'«il convient de garder à l'esprit que la finalité qui sous-tend la participation au jeu promotionnel est la "vente" de données à caractère personnel»<sup>58</sup>. Cette analyse par l'avocat général de la légalité de cette première case à cocher est d'autant plus intéressante que cela ne faisait pas partie des questions posées à la Cour. Selon l'avocat général, cette «vente» de données, pour reprendre ses mots, est nécessaire à la finalité. Toutefois, selon lui, la finalité du traitement n'est plus la simple organisation d'un concours, mais bien la chance de gagner à un concours en contrepartie de l'exploitation de certaines données à caractère personnel. Cela a *de facto* pour conséquence de rendre licite ce type de pratique, ce qui semble contraire à l'esprit de l'article 7.4 du RGPD. Ce basculement de la question du caractère libre du consentement vers une redéfinition de la finalité du traitement (un échange) n'est en soi pas révolutionnaire puis qu'il est à la base même des réflexions sur la légalité de ce modèle économique au regard du droit à la protection des données<sup>59</sup>. Cependant, à suivre ce raisonnement, il faut alors aller au bout de la logique et considérer que le traitement de données ne doit plus être fondé sur

<sup>55</sup> La publicité ciblée n'est pas nécessaire pour le bon fonctionnement du site web (pour la fourniture du service demandé par l'utilisateur), uniquement pour la rentabilité du site, ce qui est différent.

<sup>56</sup> EDPS Preliminary Opinion 5/2016 of 22 July 2012 on the review of the ePrivacy Directive, p. 15. Voy. également le considérant 20 de la proposition de règlement ePrivacy, depuis supprimé.

<sup>57</sup> Article 3.1, al. 2, de cette directive.

<sup>58</sup> Point 99 de ses conclusions.

<sup>59</sup> Pour une analyse plus détaillée de la position de l'avocat général, voy. B. HEYVAERT, *op. cit.*, pp. 404 et s. Pour une réflexion plus globale sur cette «marchandisation» des données, voy. les références citées en note de page n° 31.

le consentement de la personne, mais sur l'exécution d'un contrat synallagmatique entre la personne concernée et le responsable du traitement (art. 6.1.b) RGPD).

Malheureusement, la Cour n'a pas profité de l'occasion et a préféré botter en touche en indiquant que cela ne faisait pas partie des questions qui lui avaient été posées par les juridictions allemandes<sup>60</sup>.

## VII. UN CONSENTEMENT « EXPLICITE »

Enfin, le consentement doit être explicite, c'est-à-dire que la personne doit poser « un acte positif clair », pour reprendre les mots de l'article 4.11) du RGPD.

Le silence ou l'absence d'acte positif est donc à considérer comme un refus, et non une acceptation tacite. Contrairement à ce qu'avait mis en place la société Planet49 et le site internet d'information juridique, l'absence de réaction face à une case pré-cochée ne peut être admise comme une forme d'acte positif clair<sup>61</sup>. On ne peut exiger de la personne qu'elle décoche cette case si elle souhaite réellement s'opposer à un traitement de données. C'est donc à juste titre, et sans surprise, que la Cour de justice et la Chambre contentieuse de l'APD ont considéré que les consentements obtenus via des cases pré-cochées n'étaient pas valides.

Si le consentement est donné par écrit, la demande de consentement doit également être séparée des autres questions n'ayant pas de rapport avec les données à caractère personnel. Cela permettra d'attirer l'attention sur cette demande de consentement, et garantira que la personne puisse clairement faire la distinction avec les autres aspects du document et ne pas donner son consentement sans s'en rendre compte<sup>62</sup>. À ce sujet, l'avocat

général Szpunar a considéré dans ces conclusions que mélanger dans un formulaire d'inscription à un concours les questions liées aux modalités d'inscription avec une case à cocher pour consentir au placement de certains cookies était de nature à remettre en question la validité du consentement. Selon lui, valider par le même bouton l'inscription au concours et l'autorisation de placer certains cookies remettrait en question le caractère « distinct » (équivoque) du consentement puisque cela ne respecterait pas le prescrit de l'article 7.4 du RGPD<sup>63</sup>. Sur ce point, la Cour l'a d'ailleurs suivi<sup>64</sup>. Cette pratique est pourtant fréquente pour éviter d'alourdir les formulaires d'inscription. Nous verrons si cette jurisprudence se confirme.

## VIII. CONCLUSION

On ne peut pas dire, au vu des faits présentés dans ces affaires, que les réponses apportées par la Cour de justice et la Chambre contentieuse de l'APD soient une véritable surprise. Les manquements constatés semblaient en effet relativement manifestes. Ces décisions auront cependant eu le mérite de faire le point sur différentes questions.

La Cour de justice a donc eu l'occasion de rappeler que le RGPD a non seulement fortement fait évoluer la législation en matière de protection des données, mais il a également eu un impact indirect sur la législation spécifique aux cookies. Le recours à une case pré-cochée n'est dorénavant clairement plus autorisé pour obtenir la manifestation d'un consentement. De plus, la durée de vie des cookies, et la possibilité pour des tiers d'accéder à un cookie font partie, sans que l'on ne puisse dorénavant en douter, des informations qu'il faut communiquer à l'utilisateur.

<sup>60</sup> Point 64 de l'arrêt « Planet49 ».

<sup>61</sup> Considérant 32 du RGPD.

<sup>62</sup> Art. 7.2 du RGPD.

<sup>63</sup> Points 89 et 90 de ses conclusions.

<sup>64</sup> Point 59 de l'arrêt « Planet49 ».

**JURISPRUDENCE**

Nous regrettons toutefois que la Cour n'ait pas profité de l'occasion qui lui était donnée pour se positionner sur le caractère véritable libre de certains consentements qui sont rendus obligatoires pour pouvoir accéder à certains sites ou services. L'avocat général avait ouvert la porte, la Cour a préféré la refermer. Le débat reste donc d'actualité même si la directive 2019/770 semble avoir légalisé ce type de pratique.

La décision de la Chambre contentieuse n'est pas plus surprenante au regard des nombreux manquements constatés au fur et à mesure de l'enquête. La véritable surprise pour nous reste le montant de l'amende administrative qui a été infligée. Certes, les violations sont nombreuses, manifestes et graves et, le gestionnaire du site n'a pas toujours réagi de manière responsable. Toutefois, la Chambre contentieuse a considéré que la très grande majorité des lacunes constatées avaient été corrigées au jour de l'audience. Elle a donc principalement sanctionné le comportement passé, ce qui en soi n'est pas illogique.

On a souvent évoqué que l'APD privilégiait un accompagnement des PME au lieu de leur

infliger des amendes. Il semblerait que, dans ce cas-ci, la Chambre contentieuse ait considéré qu'après trois courriers reprenant les manquements constatés, il était probablement temps de sévir, et lourdement puisqu'elle a infligé une amende record pour elle à cette époque. L'APD aurait-elle décidé de montrer davantage les muscles ?

Enfin, nous ne pouvons conclure cette contribution sans évoquer la révision de la directive ePrivacy et le nouveau projet de règlement ePrivacy déposé en mars 2020. Ce texte devait en principe entrer en application en même temps que le RGPD, nous attendons toujours. Le projet dans sa version actuelle a probablement moins d'ambition que dans sa version précédente. Il abandonne notamment l'idée d'une gestion des cookies via le navigateur web, et l'interdiction de certains « cookies walls » et se concentre principalement sur une mise à jour souhaitable des bases de licéité de traitement afin de les aligner avec celles prévues dans le RGPD. Espérons que ces compromis permettent d'avoir un texte pour la fin de l'année.

Antoine DELFORGE