

CONSEIL D'ETAT, 19 JUIN 2020, N°434684, SUR LES « COOKIE WALLS »

MOTS CLEFS : Données personnelles – Cookie walls – Cookies et traceurs – RGPD – CNIL – Consentement libre – Droit à l'information – Lignes directrices – Acte de droit souple

A la suite d'une délibération n°2019-093 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) rendue le 4 juillet 2019, le Conseil d'Etat s'est prononcé, dans un arrêt du 19 juin 2020, n°434684, sur la validité des lignes directrices et, en particulier, de celles qui prohibent de façon générale et absolue l'utilisation de « cookie walls » en se fondant sur la liberté du consentement des internautes.

FAITS : Le 4 juillet 2019, dans une délibération n°2019-093, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) adopte des lignes directrices relatives aux *cookies* et autres traceurs.

PROCEDURE : Plusieurs associations et syndicats professionnels de la publicité en ligne, de l'e-commerce et des médias demandent au Conseil d'Etat d'annuler pour excès de pouvoir cette délibération.

PROBLEME DE DROIT : La CNIL peut-elle imposer une interdiction générale et absolue de l'utilisation des « *cookie walls* » dans un acte de droit souple ?

SOLUTION : Le Conseil d'Etat valide l'essentiel des dispositions contenues dans les lignes directrices. Toutefois, il annule l'interdiction relative aux « *cookie walls* », jugeant qu'une telle prohibition ne peut pas exister dans un acte de droit souple.

SOURCES :

HARDOUIN-AYRINHAC (M.-L.), « Cookies et autres traceurs de connexion : Le Conseil d'Etat annule partiellement les lignes directrices de la CNIL », Lexbase, 23 juin 2020

Communiqué CNIL, « Cookies et autres traceurs : Le Conseil d'Etat rend sa décision sur les lignes directrices de la CNIL », CNIL, 19 juin 2020



NOTE :

Dans sa délibération n°2019-093 du 4 juillet 2019, la CNIL adopte des lignes directrices sur les *cookies* et autres traceurs afin de préciser les règles applicables depuis l'entrée en vigueur du RGPD.

Elles ont pour objectif de préciser les dispositions du RGPD et notamment celles de protection des internautes. En effet, la CNIL souhaite protéger leurs données personnelles des *cookies* qu'ils rencontrent lorsqu'ils naviguent sur des sites internet.

C'est dans cette démarche que la CNIL prohibe l'utilisation des « *cookie walls* » qui sont utilisés par certains sites web pour bloquer l'accès aux utilisateurs qui ne consentent pas à tous les *cookies* et traceurs de connexion présents sur le site.

La validation de la majorité des lignes directrices par le Conseil d'Etat

A côté des « *cookie walls* », plusieurs interprétations et recommandations de la CNIL ont été validées par le Conseil d'Etat.

Ainsi, la CNIL est autorisée à affirmer que l'utilisateur doit être informé sur l'identité des responsables du traitement et sur les finalités de celui-ci avant d'y consentir.

De plus, les responsables de traitement doivent pouvoir démontrer qu'ils ont recueilli un consentement valide.

Enfin, concernant le consentement, la CNIL a également affirmé qu'il doit « être aussi facile de refuser ou de retirer son consentement que de le donner ».

Le refus de l'interdiction générale et absolue des « *cookie walls* » par le Conseil d'Etat

Dans cette décision du 19 juin 2020, le Conseil d'Etat juge, qu'en posant une telle interdiction générale et absolue des « *cookie walls* », la CNIL a excédé ce qu'elle pouvait légalement faire dans le cadre d'un acte de droit souple.

Pour poser cette interdiction, la CNIL se fonde sur l'exigence d'un consentement libre posée par le Règlement général sur la

protection des données (RGPD) du 27 avril 2016. En effet, elle estime que la validité du consentement est soumise à la condition que l'internaute ne doit pas subir d'inconvénient majeur en cas d'absence ou de retrait de son consentement. En l'espèce, elle juge que la pratique des « *cookie walls* » conduit à l'impossibilité d'accéder à un site internet.

Pour avoir ce raisonnement, la CNIL suit la doctrine du Comité européen de protection des données personnelles (CEPD), organe qui a pour mission de veiller à l'application du RGPD dans les pays membres de l'Union européenne. En effet, le CEPD estime 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 ».

L'adoption de nouvelles lignes directrices par la CNIL

C'est ainsi que, le 17 septembre 2020, la CNIL adopte de nouvelles lignes directrices dans une délibération n°2020-091 abrogeant celle du 4 juillet 2019.

Dans ces nouvelles dispositions, la CNIL estime que le fait de mettre en place des « *cookie walls* » est une pratique « susceptible de porter atteinte, dans certains cas, à la liberté du consentement ». En cas de mise en place de cette pratique, elle ajoute que, d'une part, sa licéité doit être appréciée au cas par cas et, d'autre part, que l'utilisateur doit recevoir une information indiquant clairement les conséquences de ses choix et donc l'impossibilité d'accéder au contenu ou au service en l'absence de son consentement.

On remarque, ici, que la position de la CNIL ne change pas et qu'elle tente ainsi de limiter l'existence des « *cookie walls* » tout en prenant plus de précautions pour éviter une nouvelle sanction.

Virginie Anquetil

Master 2 Droit des médias électroniques
AIX-MARSEILLE UNIVERSITE, LID2MS-IREDIC 2021



ARRET :**Conseil d'Etat, 19 juin 2020, n°434684**

Vu la procédure suivante :

Par une requête sommaire, un mémoire complémentaire et trois mémoires en réplique, enregistrés les 18 septembre et 1 novembre 2019 et les 29 janvier, 3 avril et 13 mai 2020 au secrétariat du contentieux du Conseil d'Etat, l'association des agences-conseils en communication, la fédération du e-commerce et de la vente à distance, le groupement des éditeurs de contenus et services en ligne, l'Interactive Advertising Bureau France, la Mobile Marketing Association France, le syndicat national communication directe de la data à la logistique, le syndicat des régies internet, l'union des entreprises de conseil et d'achat media et l'union des marques, demandent au Conseil d'Etat :

1°) à titre principal, d'annuler pour excès de pouvoir la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) 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) ;

[...]

Considérant ce qui suit :

1. Il ressort des pièces du dossier que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a, le 4 juillet 2019, adopté une délibération n° 2019-093 par laquelle elle a arrêté des " lignes directrices " relatives à l'application aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Ces lignes directrices s'inscrivent dans le cadre d'un plan d'action sur le ciblage publicitaire annoncé le 28 juin 2019, dont elles constituent la première étape, et ont vocation à être complétées, à l'issue d'une phase de concertation avec les professionnels du secteur et la société civile, par l'adoption d'une recommandation destinée à guider les opérateurs s'agissant des modalités pratiques de recueil du consentement prévu par l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 applicables aux "

cookies " et autres traceurs de connexion. Cette délibération, d'une part, livre l'interprétation que retient la CNIL de la réglementation applicable en la matière, en rappelant que sa méconnaissance pourra donner lieu à des sanctions de sa part et, d'autre part, édicte des recommandations de bonnes pratiques à destination des opérateurs concernés.

[...]

Sur le régime applicable aux " cookies " et autres traceurs de connexion :

6. En premier lieu, il résulte des dispositions citées au point 4 telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-673/17 du 1er octobre 2019, que les conditions de recueil du consentement de l'utilisateur prévues par le règlement du 27 avril 2016 sont applicables aux opérations de lecture et d'écriture dans le terminal d'un utilisateur. Il s'ensuit que la CNIL a pu, sans erreur de droit, faire application à ces traitements de données du régime du consentement requis pour les traitements de données à caractère personnel.

7. En second lieu, en se référant, pour adopter ses " lignes directrices ", sur les différents travaux du comité européen de protection des données (CEPD) qui est, en vertu des articles 68 et 70 du règlement du 27 avril 2016, chargé de garantir une application uniforme des dispositions dudit règlement entre les Etats membres et peut édicter des lignes directrices à cette fin, la CNIL, qui n'a, ce faisant, pas cherché à conférer à ces travaux une valeur contraignante dont ceux-ci sont dénués, n'a commis aucune erreur de droit.

Sur l'interdiction du recours aux " cookie walls " :

8. L'article 2 de la délibération attaquée prévoit, au titre du " caractère libre du consentement " que " la Commission considère que 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. / A ce titre, la Commission rappelle que le CEPD, dans sa " déclaration sur la révision de la directive " ePrivacy " et son incidence sur la



protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques ", 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. Le CEPD considère en effet que, dans une telle hypothèse, les utilisateurs ne sont pas en mesure de refuser le recours à des traceurs sans subir des conséquences négatives (en l'occurrence l'impossibilité d'accéder au site consulté) ".

9. D'une part, s'agissant des " cookie walls ", pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas au dépôt ou à la lecture, sur son terminal, de traceurs de connexion, il ressort des termes de l'article 2 précité que la CNIL s'est bornée à rappeler que le CEPD la considère comme non conforme aux exigences qui découlent du RGPD. En rappelant la position du CEPD sur ce point, sans la faire sienne, la CNIL, qui ne s'est pas méprise sur la portée des recommandations du comité, n'a pas entendu leur donner force obligatoire.

10. D'autre part, la CNIL affirme, à ce même article 2, que la validité du consentement est soumise à la condition que la personne concernée ne subisse pas d'inconvénient majeur en cas d'absence ou de retrait de son consentement, un tel inconvénient majeur pouvant consister, selon elle, dans l'impossibilité d'accéder à un site Internet, en raison de la pratique des " cookies walls ". 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, édicté sur le fondement du 2° du I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 cité au point 3. Il s'ensuit que la délibération attaquée est, dans cette mesure, entachée d'illégalité.

Sur l'indépendance, la spécificité et le caractère éclairé du consentement :

11. Il résulte des dispositions de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 citées au point 4, que les opérations de lecture et d'écriture dans le terminal d'un abonné ou d'un utilisateur doivent donner lieu à une information claire et complète de ce dernier, dans le respect des

exigences du RGPD, notamment en ce qui concerne les finalités du traitement.

12. En premier lieu, aux termes de l'article 13 du RGPD, l'information claire et complète dont doit disposer la personne avant le recueil de son consentement inclut " a) l'identité et les coordonnées du responsable du traitement et, le cas échéant, du représentant du responsable de traitement ; (...) / e) les destinataires ou les catégories de destinataires des données à caractère personnel, s'ils existent (...) ". Il résulte des dispositions de l'article 82 de la loi du 8 janvier 1978 précitées, éclairées par les dispositions respectives de la directive 2002/58/CE telles qu'interprétées par la Cour de justice de l'Union européenne dans son arrêt C-673/17 du 1er octobre 2019 et du règlement du 27 avril 2016 précitées, que pour que le consentement préalable puisse être regardé comme éclairé, l'utilisateur doit pouvoir disposer de l'identité du ou des responsables de traitement ainsi que de la liste des destinataires ou des catégories de destinataires de ses données. En particulier, si l'éditeur d'un site qui dépose des " cookies " doit être considéré comme un responsable de traitement, y compris lorsqu'il sous-traite à des tiers la gestion de " cookies " mis en place pour son propre compte, doivent également être considérés comme responsables de traitement les tiers qui déposent des cookies à l'occasion de la visite du site d'un éditeur dès lors qu'ils agissent pour leur compte propre. Il s'ensuit que la CNIL a pu légalement, d'une part, rappeler que, parmi les informations devant être portées à la connaissance de l'utilisateur, figure notamment et à tout le moins " l'identité du ou des responsables de traitement ", et, d'autre part, préciser que l'utilisateur " doit pouvoir identifier l'ensemble des entités ayant recours à des traceurs avant de pouvoir y consentir " dans la mesure où ces entités, au nombre desquelles ne figurent pas les destinataires de données, apparaissent comme responsables ou co-responsables du traitement de données.

13. En deuxième lieu, l'article 7, point 1, du règlement du 27 avril 2016 dispose que " dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable de traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant ". Il résulte clairement de ces dispositions que le responsable de traitement doit être en mesure, à tout moment, de fournir la preuve du recueil valable du consentement



de l'utilisateur. Par suite, la CNIL a pu légalement rappeler qu'une liste exhaustive et régulièrement mise à jour des entités ayant recours à des traceurs telles qu'elles sont définies au point précédent doit être mise à disposition de l'utilisateur directement lors du recueil de son consentement.

14. En troisième lieu, il découle des dispositions précitées de l'article 82 de la loi du 8 janvier 1978 que le consentement de l'utilisateur doit porter sur chacune des finalités poursuivies par le traitement de données et que toute nouvelle finalité ultérieure, compatible avec la ou les finalités initiales, assignée au traitement de données est soumise au recueil d'un consentement propre. Le respect d'une telle exigence implique à tout le moins, dans l'hypothèse où le recueil du consentement serait effectué de manière globale, qu'il soit précédé d'une information spécifique à chacune des finalités. Il s'ensuit qu'en rappelant que " la personne concernée doit être en mesure de donner son consentement de façon indépendante et spécifique pour chaque finalité distincte " la CNIL qui, ce faisant, n'a pas défini les modalités concrètes selon lesquelles le consentement devait être recueilli, n'a pas méconnu les dispositions applicables en la matière.

Sur les autres obligations formulées par la délibération attaquée :

15. En premier lieu, l'article 4, point 11, du RGPD définit le consentement de la personne concernée 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 ". Aux termes de l'article 7, paragraphe 3, du même règlement : " La personne concernée a le droit de retirer son consentement à tout moment ". Il résulte clairement de ces dispositions combinées avec celles de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 citées au point 3 que, d'une part, en l'absence de consentement exprimé par un acte positif clair, l'utilisateur doit être considéré comme ayant refusé l'accès à son terminal ou l'inscription d'informations dans ce dernier, et que, d'autre part, il peut retirer son consentement à tout moment. Il s'ensuit que la CNIL qui, en indiquant qu'il devait " être aussi facile de refuser ou de retirer son consentement que de le donner ",

s'est bornée à caractériser les conditions du refus de l'utilisateur sans définir de modalités techniques particulières d'expression d'un tel refus, n'a entaché sa délibération d'aucune méconnaissance des règles applicables en la matière.

16. En deuxième lieu, il résulte des dispositions précitées de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 que sont dispensées du recueil du consentement les opérations de lecture ou d'écriture d'informations stockées dans le terminal d'un utilisateur qui sont strictement nécessaires au fonctionnement technique du site ou qui correspondent à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur. Il ressort des pièces du dossier que la CNIL a, à l'article 5 de la délibération attaquée, énuméré les conditions que doivent respecter les traceurs de mesure d'audience pour bénéficier d'une telle exemption du recueil du consentement, en indiquant notamment que les traceurs utilisés par ces traitements qui relèvent d'une des deux catégories visées à ce même article 82, ne doivent pas avoir une durée de vie excédant treize mois et que les informations collectées par l'intermédiaire de ces traceurs ne doivent pas être conservées pendant une durée supérieure à vingt-cinq mois. En définissant de telles durées indicatives pour l'utilisation des traceurs et pour la conservation des informations collectées par leur biais, la CNIL, qui ne pouvait légalement pas fixer de durée limite de validité aux cookies de mesure d'audience, s'est bornée à préconiser, à travers des orientations non contraignantes des durées d'usage de ces cookies de nature à permettre le réexamen périodique de leur nécessité au regard des dérogations à la règle du consentement prévues aux deux derniers alinéa de l'article 82. Il s'ensuit que, contrairement à ce qui est soutenu, la délibération attaquée n'est pas entachée d'illégalité sur ce point.

17. En dernier lieu, il ressort des termes mêmes de la délibération attaquée que la CNIL a indiqué, à son article 6, qu'afin d'assurer l'objectif de transparence pleine et entière sur les cookies et autres traceurs non soumis au consentement préalable, les utilisateurs doivent être informés de leur existence et de leur finalité, par exemple par le biais d'une mention dans la politique de confidentialité des organisations y ayant recours. En fixant un tel objectif de transparence, après avoir rappelé que la loi ne soumet ces cookies à aucune obligation de recueil du consentement



préalable de l'utilisateur, pas plus qu'elle n'impose d'offrir la possibilité de s'opposer à l'utilisation de tels traceurs, la CNIL n'a pas entendu imposer une nouvelle obligation d'information non prévue par la loi, mais simplement favoriser la diffusion de bonnes pratiques pour l'utilisateur des traceurs non soumis à un consentement préalable, ainsi qu'elle peut légalement le faire en application du 2° du I de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 citées au point 3. Il s'ensuit que, contrairement à ce qui est soutenu, la délibération attaquée n'est pas davantage entachée d'illégalité sur ce point.

18. Il résulte de tout ce qui précède, sans qu'il soit besoin de poser des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union européenne, que les requérantes ne sont fondées à demander l'annulation que du quatrième alinéa de l'article 2 de la délibération qu'elles attaquent. Il y a lieu, dans les circonstances de l'espèce, de mettre à la charge de la CNIL la somme globale de 3 000 euros à verser aux associations requérantes au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

