

FAITS : Dans son rôle donné par la loi, la CNIL a répondu à des questions en ce qui concerne l'interprétation le droit applicable. Dans ces questions-réponses, constituants du droit souple, la CNIL affirme que les cookies utilisé lors de relations d'affiliations. Ces cookies permettent à un site marchand de rémunérer un site internet affilié qui aurait dirigé l'utilisateur vers ce site marchand, ils servent à connaître l'origine de la connexion de l'utilisateur. La CNIL affirme dans la question - réponse n°12 de la série de 32 " questions - réponses sur les lignes directrices modificatives et la recommandation "cookies et autres traceurs" que ces cookies n'entrent pas dans le champ d'application de l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 prévoyants exceptions à la récolte du consentement préalable de l'utilisateur. A la suite de cette réponse deux associations forment une requête pour excès de pouvoir devant le Conseil d'Etat afin de faire annuler cette mesure prise par la CNIL.

PROCÉDURE : Deux associations dont la qualité pour agir a été reconnue par le Conseil d'Etat ont formé un recours pour excès de pouvoir contre une modification des recommandations faites par la CNIL en matière de cookies et autres traceurs. Les requêtes des deux associations portant sur la même modification ces dernières sont traitées dans un seul et même arrêt. C'est en effet au Conseil d'Etat de traiter des recours pour excès de pouvoir portés à l'encontre d'une autorité administrative indépendante comme le prévoient ses compétences.

PROBLÈME DE DROIT : Les cookies utilisés aux fins d'opération d'affiliations, malgré leur nécessité commerciale, entrent-ils sous le régime d'exception de l'article 82 du Règlement général sur la protection des données ?

SOLUTION : Les magistrats du Conseil d'Etat répondent par la négative, selon eux la CNIL a justement estimé que ces cookies « n'ont pas pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique et ne sont pas strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne expressément demandé par l'utilisateur ". »

Sources : https://www-dalloz-fr.lama.univ-amu.fr/documentation/Document?id=CE_LIEUVIDE_2022-04-08_452668&ctxt=0_YSR0MD1uwrAgNDUyNjY4wqd4JHNmPXNpbXBsZS1zZWYyY2g%3D&ctxtl=0_cyRwYWdlTnVtPTHCP3MkdHJpZGF0ZT1GYWxzZcKncyRzb3J0PSNkZWZhdWx0X0Rlc2PCp3Mkc2xOYIBhZz0yMMKncyRpc2Fibz1UcnVlwqdzJHBhZ2luZz1UcnVlwqdzJG9uZ2xldD3Cp3MkZnJlZXNjb3BIPUZhbHNlwqdzJHdvSVM9RmFsc2XCp3Mkd29TUENIPUZhbHNlwqdzJGZsb3dNb2RIPUZhbHNlwqdzJGJxPcKncyRzZWYyY2hMYWJlbD3Cp3Mkc2VhcmNoQ2xhc3M9&ed=etudiants#motifs

Note :

La limitation de l'exemption de l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 par le droit souple de la CNIL.

La CNIL a notamment pour prérogative de livrer une interprétation du droit positif. Cette interprétation constitue du droit souple. Dans le cadre de questions-réponses que la CNIL publie concernant l'interprétation du droit, cette dernière vient ici exclure une catégorie de traceurs et de cookies du régime d'exemption prévu à l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978. Il s'agit des cookies utilisés lors d'une relation d'affiliation, permettant de déterminer la source d'une connexion afin de rémunérer un site affilié qui redirige vers un site marchand. L'exemption prévue par l'article 82 permet de ne pas recueillir le consentement de l'utilisateur lors de l'utilisation de cookies ou traceurs dans deux cas, « lorsque leur utilisation a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique » ou lorsque ces derniers sont strictement nécessaires à la fourniture d'un service expressément demandé par l'utilisateur. Le conseil d'Etat lorsqu'il étudie la réponse donnée par la CNIL évoque ces deux possibilités et les exclue toutes les deux. En effet, la première exemption est assez simple à écarter, mais concernant la deuxième, c'est la notion de « service expressément demandé par l'utilisateur » qui permet aux juges de se prononcer. En effet comme le soulignent les Hauts magistrats dans cet arrêt l'opération d'affiliation ne concerne pas l'utilisateur, ce dernier n'était pas impacté par la rémunération, ou l'absence de rémunération du site affilié. C'est une relation entre le site affilié et le site marchand exclusivement. C'est une interprétation stricte de l'article 82. Cependant, cette décision bien que disposant d'une base légale indéniable, engendre quelques incohérences

économiques. En effet cela a pour conséquence de soumettre la rémunération du site affilié au consentement de l'utilisateur. Un utilisateur refusant l'utilisation de cookies de la sorte empêche l'utilisation du procédé technique permettant la rémunération du site affilié. Cette décision risque de rendre complètement sans intérêt de tels contrats. Cette décision nie une réalité économique, en effet elle décharge une des parties d'un accord d'affiliation de ses obligations. Le site affilié redirigera toujours vers le site marchand, mais ce dernier n'aura pas de moyen fiable de déterminer la source de la connexion et de rémunérer en conséquent le site affilié. Cette décision risque de faire disparaître ce modèle économique en forçant les sites marchands à trouver un nouveau moyen de quantifier le nombre de visiteurs venant du site affilié afin de verser une rémunération équitable.

La distinction claire entre les cookies servant pour un accord d'affiliation et les cookies servant pour les services de « cashback ».

Parmi les arguments avancés par les associations, il en est un qui met lui aussi en avant une réalité économique. Celui qui consiste à comparer les cookies utilisés pour les affiliations à ceux utilisés pour des services dit de « cashback ». Ces services utilisent des cookies qui permettent de déterminer si l'utilisateur utilise un tel service de remboursement et viendrait d'une plateforme affiliée. Ces deux cookies bien que différents sont souvent liés. En effet les sites affiliés, s'ils proposent un service de « cashback » seront concernés par les deux cas de figure. En l'espèce, les juges et la CNIL traitent très différemment ces deux cas de qui sont pourtant dans la pratique très liés. Pour les différencier ils s'appuient sur la fin de l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 en se penchant sur la deuxième exemption. En effet c'est la

notion de service expressément demandée par l'utilisateur qui fait toute la différence entre l'affiliation et le « cashback ». Si l'utilisateur utilise un service de cashback, les cookies lui permettant de bénéficier de ce service, notamment en indiquant la provenance de sa connexion sont strictement nécessaires à la fourniture du service. Encore une fois, c'est une forte volonté de protection de l'utilisateur qui domine, nonobstant les intérêts économiques en cause. C'est parce que l'utilisateur le demande que l'on peut utiliser des cookies. Cependant, comme l'ont souligné les hauts magistrats, la CNIL n'a pas prononcé d'interdiction générale de ces traqueurs, elle continue seulement à les soumettre au consentement exprès de l'utilisateur. C'est notamment pour cela que le Conseil d'Etat affirme qu'il n'y a pas ici d'excès de pouvoir et que la CNIL a tout simplement illustré les termes de l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 et le droit applicable comme elle a pour mission. Finalement cette décision confirme une interprétation stricte des textes en matière de protection des données, notamment en ce qui concerne leur régime d'exception. Le consentement est la règle, son absence est l'exception.

Hugo Delanoy

Master 2 Droits des médias électroniques
AIX-MARSEILLE UNIVERSITÉ
IREDIC 2022

Décision :

« En ce qui concerne le moyen tiré de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 :

12. Les requérants soutiennent que la CNIL a méconnu les dispositions de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978, en indiquant que les traceurs relatifs aux opérations d'affiliation ne sont pas exemptés de l'obligation de consentement préalable au dépôt des traceurs. Ils font valoir, d'une part, que les " cookies " d'affiliation ne sont pas des " cookies " publicitaires et devraient être exemptés de cette obligation, au même titre que les " cookies " de mesure d'audience, et, d'autre part, que dans le cadre de certaines opérations, comme les services de remboursement dits de " cashback ", le recours à ces traceurs est strictement nécessaire pour fournir à l'internaute le service qu'il a demandé.

13. En premier lieu, il ressort des pièces du dossier que les opérations d'affiliation, telles que décrites au point 5, impliquent l'utilisation de traceurs de connexion afin de déterminer si l'internaute qui a accompli un acte d'achat sur un site marchand s'est connecté sur ce site à partir d'un lien figurant sur celui de l'opérateur affilié. Ces traceurs ont pour seule finalité de permettre la rémunération de l'affilié par l'éditeur du site marchand, le cas échéant par l'intermédiaire d'une plateforme d'affiliation. Ils n'ont pas pour finalité de permettre ou de faciliter la communication par voie électronique au sens de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978, dès lors qu'aucun traceur de connexion de la nature de ceux utilisés pour la facturation des opérations d'affiliation n'est nécessaire pour qu'un internaute se connecte à un site marchand à partir d'un site édité par un tiers et y effectue un achat. Ils ne peuvent davantage être regardés comme strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur, alors que la rémunération de l'affilié par l'éditeur du site marchand ne répond pas à une demande de l'utilisateur. Par ailleurs, la circonstance que certains traceurs seraient nécessaires à la viabilité économique d'un site ou d'un partenariat ne saurait conduire à les ranger dans l'une ou l'autre des exceptions prévues par l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978. Enfin, contrairement à ce qui soutenu, ces traceurs n'ont, en tout état de cause, pas la même finalité que ceux permettant la mesure de l'audience des sites internet. Par suite, les requérants ne sont pas fondés à soutenir que la CNIL aurait méconnu les dispositions de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 en exigeant que le consentement des utilisateurs soit recueilli préalablement au dépôt et à l'utilisation des traceurs en cause.

14. En second lieu, il ressort des termes de la question-réponse n° 12, ainsi que le fait valoir la CNIL en défense, que les éléments donnés par cette réponse portent uniquement sur les

traceurs de connexion utilisés exclusivement à des fins de facturation des opérations d'affiliation. Elle ne s'applique ainsi pas aux traceurs de connexion mis en œuvre pour les besoins de services de remboursement, dits de " cashback ", ou de récompense, dits de " reward ", par lesquels un internaute, après s'être inscrit pour ce type de services auprès de l'éditeur d'un site partenaire, bénéficie d'un remboursement partiel ou d'un avantage, comme des bons de réduction ou des tarifs préférentiels, ou attache une conséquence à son achat, lorsqu'il effectue un acte d'achat sur un site marchand auquel il s'est connecté à partir d'un lien figurant sur ce site partenaire, quand bien même ces mêmes traceurs peuvent également servir à la facturation d'opérations assimilables à l'affiliation entre ces éditeurs. Les éléments de réponse contestés n'ont donc pas pour objet, et n'auraient pu avoir légalement pour effet, d'exiger que le dépôt et l'utilisation de tels traceurs soient précédés du recueil du consentement de l'internaute, dans la mesure où ils sont alors strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur. Il s'ensuit que les requérants ne peuvent utilement soutenir que le document qu'ils attaquent aurait, à cet égard, méconnu l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978.

15. Il résulte de tout ce qui précède que le Syndicat national du marketing à la performance et le Collectif des acteurs du marketing digital ne sont pas fondés à demander l'annulation pour excès de pouvoir de la question - réponse n°12 de la série de 32 " questions - réponses sur les lignes directrices modificatives et la recommandation "cookies et autres traceurs" " mise en ligne sur le site de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) le 18 mars 2021. Les conclusions des requêtes présentées au titre de l'article L. 761-1 du code de justice administrative ne peuvent, en conséquence, qu'être rejetées. »