

À la une

Département Propriété intellectuelle / TIC / Médias

NUMERO SPECIAL
COOKIES**RECOMMANDATIONS RELATIVES AUX COOKIES :
POSITIONS DE LA CNIL ET DU G29**

Quelques mois après l'adoption d'une recommandation similaire - **Opinion 02/2013 du 2 octobre 2013** - par le Groupe de travail de la Commission européenne sur la protection des données personnelles, dit « G29 », la CNIL a diffusé sur son site internet, sa **Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux Cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978.**

Voici donc, tour à tour, les principales dispositions de ces deux recommandations, qui se veulent des guides de mise en conformité en matière d'utilisation de cookies. Bien évidemment, il ne s'agit que de recommandations, sans valeur juridique contraignante, cependant elles constitueront un référentiel, notamment pour les contrôleurs de la CNIL.

POSITION DE LA CNIL

1. RAPPEL DES DISPOSITIONS DE LA LOI INFORMATIQUE ET LIBERTES

En guise d'introduction, la recommandation de la CNIL rappelle le cadre juridique applicable au traçage réalisé par l'intermédiaire des cookies, à savoir l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978, qui dispose que :

« Tout abonné ou utilisateur d'un service de communications électroniques doit être informé de manière claire et complète, sauf s'il l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant :

- *de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement;*
- *des moyens dont il dispose pour s'y opposer.*

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 qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle.

Ces dispositions ne sont pas applicables si l'accès aux informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur ou l'inscription d'informations dans l'équipement terminal de l'utilisateur :

- *soit a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique ;*
- *soit est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur ».*

Pour rappel, le non-respect de ces dispositions est sanctionné par une contravention de la 5^{ème} classe, c'est-à-dire par une amende de 1500 euros. (Article R625-10 du Code Pénal), il est également considéré qu'un défaut d'information ou de recueil de consentement constitue une collecte déloyale de données passible d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 1 500 000 euros d'amende pour les personnes morales (Article 226-18 du Code Pénal).

Aussi, sauf exception, les traceurs (cookies ou autres) ne peuvent être déposés ou lus sur le terminal d'un internaute, tant que celui-ci n'a pas donné son consentement.

2. ACTEURS ET OUTILS CONCERNES

2.1. Les acteurs concernés par le respect des dispositions

La CNIL considère que les règles applicables en matière de cookies doivent être respectées par :

- o Les éditeurs de sites, de système d'exploitation et d'applications ;
- o Les régies publicitaires ;
- o Les réseaux sociaux (ceci vise notamment les outils « Like » et « Partager » présents notamment sur Facebook) ;
- o Les éditeurs de solutions de mesure d'audience (ceci vise notamment l'outil Google Analytics).

Elle indique à cet égard, à l'article 3 de sa recommandation, que *« lorsque plusieurs acteurs interviennent dans la lecture et le dépôt de cookies (par exemple lorsque les éditeurs facilitent le dépôt de cookies qui sont ensuite lus par des régies publicitaires) chacun d'entre eux doit être considéré comme coresponsable des obligations découlant des dispositions de l'article 32-II précité ».*

2.2. Les outils techniques utilisés

La CNIL précise que sa recommandation s'applique non seulement aux cookies HTTP par lesquels ces opérations de traçage sont le plus souvent réalisées, mais qu'elle a également vocation à s'appliquer à d'autres technologies, à savoir les *local shared* aussi appelés cookies flash, les pixels invisibles ou « *web bugs* », ainsi qu'aux identifications par calcul d'empreinte du terminal ou encore aux identificateurs cachés.

Pour la CNIL, les **cookies nécessitant une information et un consentement préalable de l'internaute** sont les suivants :

- o Les cookies liés aux opérations relatives à la publicité ciblée ;
- o Les cookies de mesure d'audience à l'exception de ceux visés dans les exemptions (cf 6) ;
- o Les cookies des réseaux sociaux générés par les « boutons de partage de réseaux sociaux » dans le cas où ils collectent des données personnelles sans le consentement des personnes concernées.

A l'inverse, **certains cookies peuvent être déposés ou lus sans recueillir le consentement des personnes**, il s'agit :

- o Des cookies de « panier achat » d'un site marchand ;
- o Des cookies « identifiants de session », pour la durée d'une session, ou les traceurs persistants limités à quelques heures dans certains cas ;
- o Des cookies d'authentification de l'internaute ;
- o Des cookies de session créés par un lecteur multimédia ;
- o Des cookies de session ou d'équilibrage de charge ;
- o Des cookies persistants de personnalisation de l'interface utilisateur ;
- o Certains cookies de mesure d'audience (cf 6).

3. OBLIGATION D'INFORMATION PREALABLE ET MODALITES DE RECUEIL DU CONSENTEMENT

La CNIL considère que le consentement « *ne peut être valable que si la personne concernée est en mesure d'exercer valablement son choix et n'est pas exposée à des conséquences négatives importantes si elle refuse de donner son consentement* ».

En conséquence, **l'information doit être visible, mise en évidence, complète, et rédigée en des termes simples et compréhensibles par tous.**

Selon la CNIL, la validité du consentement est liée à la qualité de l'information reçue, ce qui signifie qu'elle pourra considérer – dans le cadre d'une procédure de contrôle – que le consentement donné par l'internaute n'est pas valable, si l'information communiquée n'est pas claire.

Par ailleurs, elle souligne que **le consentement doit se manifester par le biais d'une action positive de la personne** préalablement informée des conséquences de son choix et des moyens à sa disposition pour l'exercer (à titre d'exemple, elle précise que l'acceptation de conditions générales d'utilisation ne peut être une modalité valable de recueil du consentement).

Autre élément important, la personne qui refuse un cookie nécessitant un consentement doit pouvoir bénéficier du service, ce qui risque de poser un certain nombre de difficultés en pratique puisque de nombreux sites internet ne sont pas configurés en ce sens à l'heure actuelle.

Partant de ces principes, elle recommande une **procédure de recueil du consentement en 2 étapes** :

➤ Première étape :

L'internaute qui se rend sur un site doit être informé par l'apparition d'un bandeau :

- des finalités précises des cookies utilisés ;
- de la possibilité de s'opposer à ces cookies et de changer les paramètres en cliquant sur un lien présent sur le bandeau ;
- et enfin du fait que la poursuite de sa navigation vaut accord pour l'installation et la lecture de cookies sur son terminal.

La CNIL précise, que dans la mesure où le consentement ne doit pas être ambigu, le bandeau ne doit pas disparaître tant que la personne n'a pas poursuivi sa navigation (c'est-à-dire tant qu'elle ne s'est pas rendue sur une autre page du site ou n'a pas cliqué sur un autre élément du site, que ce soit une image, un lien ou la faculté de recherche).

➤ Deuxième étape :

Les personnes doivent être informées de manière simple et lisible des moyens mis à leur disposition pour accepter ou refuser tout ou partie des cookies.

La CNIL précise, qu'en tout état de cause, et sauf consentement préalable de l'internaute, le dépôt et la lecture de cookies ne doivent pas être effectués :

- Si l'internaute se rend sur le site et ne poursuit pas sa navigation (l'absence d'action ne peut pas être assimilée à une manifestation de volonté) ;
- S'il clique sur le lien présent dans le bandeau lui permettant de paramétrer les cookies, et refuse le dépôt de cookies.

Il est également précisé que les personnes ayant donné leur consentement doivent être en mesure de le retirer à tout moment, et que des solutions simples doivent être mises à leur disposition.

4. DUREE DE VIE DES COOKIES

Il est précisé, au sein de la recommandation, que les cookies doivent avoir une **durée de vie limitée à treize mois après leur premier dépôt dans l'équipement terminal** de l'utilisateur, et que leur durée ne doit pas être prolongée par de nouvelles visites sur le site. Aussi, à l'issue de ce délai de 13 mois, le consentement devra à nouveau être recueilli.

Il s'agit là bien entendu d'une simple recommandation puisqu'aucun texte législatif ou réglementaire n'est venu fixer de telles durées en la matière.

5. SUR LES PARAMETRES DU NAVIGATEUR

La CNIL considère que le paramétrage du navigateur ne peut exprimer la manifestation d'un consentement que :

- si l'utilisateur a pu être en mesure de modifier les paramètres de son navigateur pour accepter ou refuser les Cookies ;
- et, s'il a été informé avant le dépôt ou la lecture de Cookies, de leurs finalités et des moyens de s'y opposer.

Enfin, elle ajoute que lorsqu'un internaute décide d'activer une option de type « *do not track* » sur son navigateur, aucun profil ne devrait être réalisé sur cet internaute et sur son terminal. Elle recommande donc, en cas d'activation de cette option, qu'aucune information ne soit collectée pour établir un profil de l'internaute et que ce dernier, comme son terminal, ne soient pas tracés.

6. CAS SPECIFIQUE DES COOKIES DE MESURE D'AUDIENCE

Concernant le cas spécifique des cookies de mesure d'audience, la CNIL précise que pour pouvoir bénéficier de l'exemption au recueil du consentement, les conditions suivantes doivent être respectées :

- La personne doit être informée ;
- Elle doit disposer d'une faculté de s'y opposer par l'intermédiaire d'un mécanisme d'opposition facilement utilisable sur l'ensemble des terminaux, des systèmes d'exploitation, des applications et des navigateurs internet. Aucune information relative aux personnes ayant décidé d'exercer leur droit d'opposition ne doit être collectée et transmise à l'éditeur de l'outil d'analyse de fréquentation ;
- La finalité du dispositif doit être limitée à la mesure d'audience du contenu visualisé afin de permettre une évaluation des contenus publiés et de l'ergonomie du site ou de l'application.

Les données collectées ne doivent pas être recoupées avec d'autres traitements (fichiers clients ou statistiques de fréquentation d'autres sites par exemple).

L'utilisation du Cookie déposé doit également être strictement cantonnée à la production de statistiques anonymes.

Sa portée doit être limitée à un seul éditeur et ne doit pas permettre le suivi de la navigation de la personne utilisant différentes applications ou naviguant sur différents sites internet ;

- L'utilisation de l'adresse IP pour géolocaliser l'internaute **ne doit pas fournir une information plus précise que la ville**. Cette adresse IP doit également être supprimée ou anonymisée une fois la géolocalisation effectuée, pour éviter toute autre utilisation de cette donnée personnelle ou tout recoupement avec d'autres informations personnelles.

7. AUTRES DISPOSITIONS APPLICABLES

La CNIL rappelle également que l'ensemble des dispositions de la loi informatique et libertés s'appliquent dès lors que des données personnelles directement ou indirectement identifiantes sont traitées.

Elle précise à cet égard, que :

- le droit d'accès et d'opposition doit pouvoir être exercé directement auprès de la régie publicitaire, du réseau social ou des éditeurs de solutions de mesure d'audience ;
- les données doivent uniquement être conservées pour une durée qui n'excède pas celle nécessaire aux finalités pour lesquelles elles sont traitées ;
- les dispositions relatives aux données sensibles doivent être respectées et qu'une vigilance particulière doit être apportée lors du traitement de ces données eut égard aux risques particuliers d'atteinte à la vie privée et à leur caractère sensible (ex : sites relatifs à la santé, sites d'associations notamment politiques ou religieuses, etc.)

■ EN BREF

Pour la CNIL :

- ✓ Sauf exception, les cookies ne peuvent être déposés ou lus sur le terminal d'un internaute qu'avec son consentement.
- ✓ L'internaute doit bénéficier d'une information visible, complète et rédigée en termes simples et compréhensibles par tous.
- ✓ Le consentement préalable de la personne doit se manifester par le biais d'une action positive.
- ✓ La procédure de recueil du consentement se déroule en deux étapes.
- ✓ La durée de vie des cookies doit être limitée à 13 mois.
- ✓ Des dispositions particulières s'appliquent aux cookies de mesures d'audience.

POSITION DU GROUPE DE TRAVAIL DE LA COMMISSION EUROPEENNE « G29 »

Conscient du contexte d'exploitation et d'utilisation mondialisé des sites internet, réseaux sociaux et autres applications mobiles, le groupe de travail de la commission européenne sur la protection des données personnelles s'est penché sur la question du recueil du consentement en matière de cookies, en délivrant des conseils à destination des opérateurs de sites internet.

Ce guide - moins détaillé que celui adopté par la CNIL - fournit toutefois les principes généraux applicables au sein des pays membres de l'Union Européenne.

La recommandation du G29 part, en effet, du constat que le principe du recueil du consentement de l'utilisateur pour l'utilisation et le stockage de cookies, imposé par la Directive 2002/58/EC *sur la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*, a donné lieu à des divergences d'interprétation, ainsi qu'à des mises en œuvre variées selon les opérateurs de sites internet à travers les états membres de l'Union Européenne.

Dans sa recommandation, le groupe de travail fournit donc des précisions sur la mise en œuvre de mécanismes de recueil du consentement valables dans l'ensemble des pays membres de l'Union Européenne en indiquant, au travers de 4 axes principaux, les conditions nécessaires à la validité du consentement :

1. INFORMATION SPECIFIQUE

Selon le G29, pour être valide le **consentement doit être spécifique et basé sur une information appropriée**. Ceci signifie que l'opérateur du site internet doit mettre en place un mécanisme fournissant une mise en garde claire, complète et visible sur l'utilisation faite des cookies, et ceci au moment et à l'endroit où le consentement est recueilli, notamment sur la page où l'utilisateur débute sa navigation internet. En d'autres termes, **le consentement général, sans précision quant au but exact du traitement opéré n'est pas valable**.

Il est précisé que l'utilisateur doit être en mesure :

- d'accéder aux informations nécessaires sur les différents types de cookies utilisés ainsi que leur finalité ;
- de savoir si des cookies sont placés par des tiers ou si des tiers accèdent aux données collectées par les cookies ;
- de connaître la durée de conservation (c'est-à-dire la date d'expiration du cookie), les

caractéristiques standards et toutes autres informations techniques ;

- de connaître les moyens à sa disposition pour accepter tout ou partie des cookies et la manière de modifier ses préférences dans le futur.

2. CONSENTEMENT PREALABLE

Le G29 précise que le **consentement de l'utilisateur doit être donné avant que le traitement des données ne commence**, autrement dit avant que les cookies ne soient mis en place ou lus. En conséquence, l'opérateur du site internet doit mettre en place une procédure de recueil du consentement à travers laquelle aucun cookie n'est mis en place avant que l'utilisateur ne manifeste sa position vis-à-vis des cookies.

3. FORME DU CONSENTEMENT

Selon le G29, les outils de recueil du consentement peuvent prendre différentes formes, et notamment d'écrans de démarrage, de bannières, de boîte de dialogues, voire même résulter des paramètres du navigateur (dans ce dernier cas, le consentement n'est valablement obtenu que dans le cas où l'utilisateur en a été pleinement informé et a configuré activement son navigateur).

Le consentement donné ne doit pas être ambigu et ne doit laisser aucun doute quant à l'intention de la personne concernée.

Il est précisé que le **consentement doit résulter d'une action positive ou d'un comportement actif**, qui doit se manifester après que l'utilisateur ait été informé de ce que représentait son action (par exemple en cliquant sur un bouton ou un lien ou en cochant une case à l'endroit où l'information relative aux cookies est présentée). A cet effet, l'information présente sur le site internet ne doit pas disparaître tant que l'utilisateur n'a pas manifesté son consentement.

Il ajoute également que le fait de cliquer sur un lien « plus d'information à propos des cookies » ne manifeste pas le consentement de l'utilisateur. De la même manière, l'absence de comportement ne peut pas être analysée comme un consentement valable (par exemple, le fait de rester sur la page peut difficilement être interprété comme un consentement donné sans ambiguïté).

4. CONSENTEMENT LIBRE

Enfin, le G29 précise que **le mécanisme de recueil du consentement choisi doit présenter à l'utilisateur un choix réel et significatif** en ce qui concerne cookies, et qu'il n'y ait pour ce dernier aucun risque de déception, tromperie, intimidation, coercition ou de conséquences négatives importantes s'il ne consent pas.

A cet effet, le G29 recommande aux opérateurs de sites internet de choisir un mécanisme permettant de moduler l'intention de l'internaute quant aux cookies, et non un mécanisme général permettant seulement d'accepter tous les cookies. L'utilisateur doit pouvoir choisir librement entre la possibilité d'accepter ou de refuser certains ou tous les cookies, et doit conserver la possibilité de modifier ces paramètres dans le futur.

Il est également précisé au sein de cette recommandation que **les opérateurs de sites internet ne peuvent pas conditionner l'accès général au site internet à l'acceptation de l'ensemble des cookies**, mais peuvent par contre limiter l'accès à certains contenus si l'utilisateur n'a pas accepté les cookies.

De la même manière, le G29 rappelle que les données traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont collectées et/ou traitées ultérieurement. Ainsi, il précise que si certains cookies ne sont pas nécessaires au regard de la finalité de la prestation proposée par le site internet, mais fournissent à l'exploitant du site internet des avantages supplémentaires, alors l'utilisateur doit être à même d'exprimer un véritable choix en ce qui concerne ces cookies.

Pour le G29, les types de cookies pouvant être considérés comme disproportionnés par rapport à l'objet du site peuvent varier en fonction du contexte. Il estime par exemple que le consentement à des cookies non nécessaires pourrait être considéré comme disproportionné dans le cas de sites internet fournissant certains services que l'utilisateur n'a que peu ou pas de choix d'utiliser, parce que dans ce cas précis, l'utilisateur n'a pas véritablement le choix concernant l'utilisation des cookies (c'est selon lui le cas des sites internet des services publics).

Enfin, il précise que les utilisateurs de sites internet devraient également pouvoir **exprimer un véritable choix concernant l'utilisation des cookies de traçage**, ceux généralement utilisés pour suivre les comportements d'un individu sur les différents sites internet, créer des profils basés sur ces comportements, en déduire des centres d'intérêts et prendre ainsi des décisions affectant personnellement un individu.

■ USA : GOOGLE CONDAMNE A VERSER 17 MILLIONS DE DOLLARS POUR QUELQUES COOKIES

Entre juin 2011 et février 2012 Google a contourné les paramètres du navigateur d'Apple (Safari) qui bloque par défaut les cookies tiers. Google a ainsi placé des cookies de pistage publicitaires à l'insu des utilisateurs, permettant de suivre leurs navigations sur le web afin de leur adresser de la publicité ciblée (les revenus publicitaires représentent pour Google 92% de ses revenus).

Cette pratique avait déjà été sanctionnée par la *Federal Trade Commission* qui avait alors condamné Google à une amende de 22,5 millions dollars. Cette fois-ci trente-huit états américains avaient décidé de poursuivre Google pour violation de la vie privée des internautes.

Afin de mettre un terme à ce litige, Google a accepté de verser 17 millions dollars. Google s'est également engagé à améliorer l'information des internautes afin que ces derniers apprennent à contrôler les cookies de tracking.

■ EN FRANCE AUSSI ...

La CNIL a prononcé le 3 janvier 2014 une sanction pécuniaire de 150 000 euros à l'encontre de Google, notamment pour violation des dispositions de la loi informatique et libertés sur les cookies.

P.D.G.B Société d'Avocats

174, avenue Victor Hugo
75116 Paris
Tél. : 00 (33) 01.44.05.21.21
www.pdgb.com

Hélène LEBON
Sandra TUBERT