

## Communication numérique

# Cookies et traceurs : le consentement français, c'est « oui et non » à la fois



Etienne Drouard  
Président de la Commission  
« Enjeux Réglementaires » du  
GESTE

Dix ans. Il aura fallu dix ans pour que la CNIL publie le 1<sup>er</sup> octobre 2020<sup>1</sup> son interprétation détaillée des conditions de validité du consentement explicite applicable en matière de cookies et traceurs<sup>2</sup>.

Cette échéance était redoutée et attendue par les éditeurs de services en ligne (sites internet, applications mobiles, webTV, webRadio, etc.). L'éditeur est *de facto* en première ligne face aux utilisateurs et doit informer ces derniers et recueillir leur consentement, non seulement pour lui-même, mais aussi pour l'ensemble de l'écosystème auquel son service est connecté : régies, réseaux d'achat et de vente d'espaces publicitaires, intermédiaires de segmentation, agences de communication et/ou prestataires de marketing direct et annonceurs.

À compter du 1<sup>er</sup> avril 2021, le « nouveau régime » résultant de ces dernières délibérations :

- sera pleinement appliqué par la CNIL aux entreprises qui – c'est la définition juridique d'un « cookie » ou « traceur » – lisent ou déposent une information dans le terminal<sup>3</sup> d'un utilisateur, que cette information soit personnelle ou non ;

- donnera lieu à des contrôles en ligne, des sanctions administratives et/ou des astreintes pour les contrevenants, avec ou sans mise en demeure préalable par la CNIL<sup>4</sup>.

Le 1<sup>er</sup> avril 2021 marquera également la fin programmée de la recommandation sur les cookies et traceurs adoptée en 2013<sup>5</sup> par la CNIL après trois années de concertation avec les représentants des internautes et des professionnels. Ce premier opus de la position de la CNIL admettait que le consentement de l'utilisateur puisse résulter d'un acte (clic, scroll) de poursuite de sa navigation. Ce consentement-là, qui reposait sur les mêmes textes et la même définition qu'aujourd'hui, supposait d'avoir affiché une information préconisée par la CNIL dans un « bandeau » délivrant en

deux étapes les informations permettant à l'utilisateur d'exprimer ses préférences.

D'ici le 1<sup>er</sup> avril 2021, les « bandeaux cookies » deviendront des écrans à choix multiples et il sera le plus souvent impossible d'accéder à un service sans avoir dû choisir entre « oui » et « non » ou « paramétrer ». Au lieu de règles plus sûres, les entreprises françaises héritent de règles plus dures<sup>6</sup> (partie III), dont le flou s'est morcelé (partie III.D). L'échéance du 1<sup>er</sup> avril 2021 doit donc être mise à profit par les entreprises pour tester et déployer des dispositifs valides de recueil du consentement (partie IV).

### I - LA « MÉTHODE DENIS » : UN LIVRABLE = UNE MÉTHODE + UN CALENDRIER

Marie-Laure Denis – qui préside la CNIL depuis février 2019 –, avait annoncé l'évolution officielle de la doctrine de la Commission en juillet 2019, avec la publication de premières Lignes directrices<sup>7</sup>, suivies d'auditions des « corps intermédiaires » de septembre à novembre 2019, puis d'une consultation publique jusqu'en février 2020. On ne pourra pas faire le reproche à l'actuelle présidente de la CNIL d'avoir étiré le suspense. En effet, deux recours successifs devant le Conseil d'État (en juillet<sup>8</sup> et en septembre 2019<sup>9</sup>), ainsi que le premier confinement général de la population, puis l'arrêt du Conseil d'État du 19 juin 2020 conduisant la CNIL à réformer ses lignes directrices de juillet 2019, n'auront pas perturbé la méthode de travail et le calendrier qu'avait fixés sa présidente. Cette imperméabilité aux controverses et aux crises ne saurait masquer le fond : la règle de droit, par le temps qu'elle met à être clarifiée, côtoie des leviers de « *soft law* », qu'il s'agisse de normes sectorielles ou de stratégies concurrentielles, qui façonnent les marchés bien avant qu'interviennent des (r)évolutions réglementaires.

<sup>1</sup> Délib. n° 2020-091 du 17 sept. 2020 portant adoption de lignes directrices relatives aux opérations de lecture et écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux « cookies et autres traceurs ») et abrogeant la délib. n° 2019-093 du 4 juill. 2019 ; Délib. n° 2020-092 du 17 sept. 2020 portant adoption d'une recommandation relative aux « cookies et autres traceurs ».

<sup>2</sup> L'exigence du consentement explicite et préalable pour certains cookies et traceurs qui ne sont pas strictement nécessaires à la fourniture d'un service demandé par l'utilisateur, est issue de l'art. 5, § 3, de la directive « ePrivacy » 2002/58/CE en vigueur depuis sa modification en novembre 2019 par la directive 2009/136/CE.

<sup>3</sup> Par ex., ordinateur, smartphone, tablette, téléviseur, « box Internet », voiture ou tout autre objet connecté.

<sup>4</sup> CE 4 nov. 2020, n° 433311, AJDA 2020, 2186.

<sup>5</sup> Délib. n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs.

<sup>6</sup> Sauf indication contraire, les numéros de paragraphe mentionnés sont ceux de la Recommandation de la CNIL sur les cookies et traceurs publiée le 1<sup>er</sup> oct. 2020.

<sup>7</sup> Délib. n° 2019-093 du 4 juill. 2019 portant adoption de lignes directrices relatives aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs).

<sup>8</sup> CE, juge réf., 14 août 2019, n° 433070, Dalloz IP/IT 2019, 463, obs. C. Crichton.

<sup>9</sup> CE 19 juin 2020, n° 434684, Lebon ; AJDA 2020, 1264 ; Légipresse 2020.

343 et les obs. ; *ibid.* 495, étude P. Alix. Ce recours a été porté par un collectif inédit de neuf associations professionnelles représentant les secteurs de la presse, des médias, du e-commerce, du marketing direct et de la publicité digitale.

## II - L'IMPACT PRÉVISIBLE DE LA DOCTRINE PUBLIÉE PAR LA CNIL LE 1<sup>ER</sup> OCTOBRE 2020

Les nouvelles lignes directrices et la recommandation de la CNIL :

- *bouleverseront la navigation des internautes français*, qui devront cliquer au moins une fois sur quelque chose pour répondre à une question « cookie et traceurs » avant de pouvoir accéder à un service. Nul doute que les systèmes d'exploitation ou les logiciels de navigation s'empresseront de mémoriser ou automatiser ce « sésame » pour fluidifier la navigation de l'utilisateur et s'octroyer le privilège d'un « temps de cerveau disponible » ;
- *bouleverseront les modèles économiques des éditeurs de services en ligne français*, c'est-à-dire encore l'essentiel de la presse et des médias, les e-commerçants et l'intégralité des « annonceurs » (des TPE et PME, pour l'essentiel) en quête de chalands et qui financent l'écosystème publicitaire et les leviers d'une croissance économique plus vitale que jamais ;
- *s'appliqueront aisément à toute entreprise établie principalement en France*, quel que soit le lieu dans le monde où se situe le terminal d'un utilisateur dans lequel elle dépose ou lit un cookie ou un traceur. Elles s'appliqueront aussi théoriquement à toute entreprise déposant ou lisant un cookie ou traceur dans le terminal d'un utilisateur situé en France, quel que soit le lieu dans le monde – hors de l'Espace économique européen – où cette entreprise est établie.

## III - DES RÈGLES FRANÇAISES PLUS DURES ET ALÉATOIRES QUE LE DROIT EUROPÉEN

### A - Le consentement explicite et informé n'est pas un problème en soi

La définition européenne du consentement (informé, préalable, libre, spécifique et univoque), avant même l'adoption du RGPD en 2016, remonte à octobre 1995 et son applicabilité aux cookies et traceurs date de 2010. Son application effective n'est donc ni une surprise ni un problème en soi. La CNIL aurait pu se contenter d'abroger ses recommandations de 2013 qui toléraient un régime de consentement tacite, résultant d'une information préalable et de la poursuite de la navigation. Ce faisant, la CNIL pouvait respecter le RGPD et la directive ePrivacy en se bornant à exiger un consentement explicite pouvant porter sur des finalités que l'utilisateur aurait pu soit (i) rejeter en bloc par son simple silence, soit (ii) choisir, soit (iii) accepter en bloc par une action univoque.

### B - Le problème, c'est la croyance que la conformité au RGPD ne suffit pas

La CNIL, contrairement au RGPD, a estimé que le consentement ne suffit pas. Le RGPD l'exige, mais la CNIL n'y croit pas pour protéger les personnes. Cette posture est très préoccupante et très éclairante à la fois. Préoccupante, car la France n'a pas le luxe que s'offre la CNIL d'être le régulateur

qui exige davantage que le RGPD et que ses homologues européens. Éclairante, car elle démontre – même si cette évidence éclate au détriment des entreprises françaises – que le consentement n'est pas un régime de protection, mais un régime d'interdiction préalable.

### C - Le droit au refus au lieu du droit au silence (§§ 27 à 34)

La CNIL a estimé que le choix libre et explicite de l'utilisateur ne consistait pas à consentir ou à se taire. Elle a inventé le « droit au refus », comme condition de validité du consentement. Sa justification tient en une phrase reprise en mai 2020 par l'EDPB<sup>10</sup>, selon laquelle « il doit être aussi facile d'exprimer son consentement que de le refuser »... Sauf que le consentement explicite n'a pas besoin de se refuser pour être valide : le silence suffit à interdire. Il n'y a rien de plus facile que cela. La CNIL impose ainsi que les utilisateurs choisissent entre « oui » et « non ». L'éditeur de services sera donc confronté au biais cognitif et l'insuccès dont souffre le mendiant : lorsque des passants se voient imposer de choisir entre « oui » et « non » et qu'ils ne souhaitent pas prendre le temps d'y réfléchir, ils sont très nombreux à lui dire « non ».

Or, le droit au refus<sup>11</sup> théorisé par la CNIL s'accompagnera en France – nous sommes le seul État membre dans ce cas – d'un chapelet de conséquences lourdes : la collecte obligatoire du refus entraîne, selon la CNIL, l'obligation de s'en souvenir « un certain temps » – ou comment tracer des personnes qui ne le souhaitent pas – et la durée de validité du consentement ou du refus sera équilibrée (§ 39)... Ou comment trouver des « solutions » à des problèmes qu'on s'est créés.

### D - Des incertitudes qui se diversifient

Le nouveau régime français des cookies et traceurs comporte encore de nombreuses inconnues et des marges d'interprétation qui évolueront dans le temps et au gré des contentieux : sur la responsabilité des acteurs de la chaîne publicitaire, sur la validité et sur la preuve du consentement, sur la durée de conservation des cookies ou traceurs, sur l'exemption en matière de mesure d'audience et sur l'exigence de refus.

#### 1 - Quelle liste de tiers (co)responsables ? (§§ 18 à 22)

La question centrale de la responsabilité des acteurs de la chaîne publicitaire fait actuellement l'objet de consultations publiques<sup>12</sup> et de discussions entre régulateurs européens. Comment, dans ce contexte, un éditeur saurait-il déterminer si tel ou tel tiers avec lequel il n'a aucune relation directe, agit en qualité de « responsable » ? L'obligation de tenir à jour en permanence une liste de dizaines d'entités dont

<sup>10</sup> EDPB, Lignes directrices 05/2020 sur le consentement, v1.1 adoptées le 4 mai 2020.

<sup>11</sup> Serait-ce un remake de la fameuse « Raffarinade » *"To win, the Yes needs the No"*.

<sup>12</sup> EDPB, Lignes directrices 07/2020 sur les concepts de responsable de traitement et de sous-traitant, soumises à consultation publique jusqu'au 19 oct. 2020, v1.0 adoptées le 2 septembre 2020.

certaines peuvent changer toutes les dix millisecondes, n'est ni à la portée des éditeurs ni au service des personnes. En effet, la prise de connaissance de cette liste n'est ni exigée par la CNIL ni une condition de validité du consentement.

### 2 - La validité du consentement dépend-elle d'un nom dans une liste ? (§§ 46 à 48)

Pour se prévaloir du consentement d'un utilisateur, il faudra figurer dans une telle liste, avait-on répété au sein des services de la CNIL, tout en s'en défendant devant le Conseil d'État jusqu'au délibéré du 19 juin 2020. Ce glissement d'un devoir d'information des personnes, vers celui d'une preuve matérielle de l'information délivrée à un utilisateur déterminé à un instant « t » sur un service « x », est savamment dissimulé pour éviter de donner directement prise à un nouveau recours devant le Conseil d'État. Quoi qu'il advienne, ce régime de preuve formatera les rapports de force entre acteurs économiques, sans aucun lien avec la protection des données des personnes. En effet, celui qui tiendra la preuve, tiendra le marché. Comme à l'entrée d'un club privé : « Vous n'êtes pas dans ma liste ? Vous ne pouvez pas entrer ».

### 3 - Quelle sera la responsabilité de l'éditeur de services en ligne ?

Le mieux qu'on puisse dire à ce stade, c'est qu'aucune réponse déterminante n'a filtré des Lignes directrices publiées le 1<sup>er</sup> octobre, venues remplacer celles du 4 juillet 2019, qui sont abrogées. L'éditeur sera-t-il présumé responsable de ce qu'il sait, comme de ce qu'il ignore, de ce qu'il contrôle comme de ce qui lui échappe, de ce qu'il dit, comme de ce qu'on lui fait dire ? D'une part, le principe d'*accountability* n'instaure pas une présomption de responsabilité sans cause. D'autre part, le Conseil d'État<sup>13</sup> et la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)<sup>14</sup> ont déjà jugé que l'éditeur portait une responsabilité sur les cookies qu'il laisse déposer par un tiers au sein de son service. Toutefois, la CJUE s'est inspirée des critères de la complicité pénale en exigeant des autorités de contrôle qu'elles déterminent l'élément intentionnel et les responsabilités respectives des acteurs concernés. Il devient donc indispensable que la CNIL se prononce dans le cadre apaisé d'un code de conduite, d'un référentiel ou d'une demande de conseil, sur les responsabilités respectives (i) du *Transparency & Consent Framework* (TCF) de l'IAB Europe<sup>15</sup>, (ii) des *Consent Management Platform* (CMP) qui s'en réclament et (iii) des éditeurs qui en dépendent pour monétiser leur audience.

### 4 - Quelle mesure d'audience est exemptée de consentement ?

Les conditions d'exemption fixées aux paragraphes 48 à 52 des Lignes directrices laissent les éditeurs de services face à un dilemme : comment se priver d'outils d'*analytics* qui ne remplissent pas toutes les conditions d'exemption fixées

par la CNIL et qui sont utilisés par plus de 95 % des éditeurs non seulement en France, mais dans le monde ? Un compte à rebours est lancé, qui déterminera qui, de la CNIL ou des fournisseurs de solutions d'*analytics*, interviendra en premier dans le sens des Lignes directrices.

## IV - CE QU'IL EST URGENT D'Étudier AVANT LE 1<sup>ER</sup> AVRIL 2021

### A - Il n'y aura pas de vaccin contre l'incertitude

Les entreprises françaises vont devoir s'adapter à ce nouveau régime sans pouvoir encore se consoler avec une réforme ou une harmonisation européenne. Après dix années d'évolution doctrinale à droit constant et, en avril 2021, cinq années de stabilisation du texte du RGPD, il sera urgent que les États membres et les institutions européennes achèvent d'adapter au RGPD l'ancienne directive « ePrivacy » de 2009. 2021 devra être l'année de tous les choix : Règlement ePrivacy, transferts de données hors de l'Union européenne post-« Schrems II », Digital Services Act, etc.

### B - Expérimenter les meilleures solutions possibles avant le 1<sup>er</sup> avril 2021

#### 1 - Identifier et tester toutes les alternatives

C'est maintenant qu'il faut tester, car au 1<sup>er</sup> avril 2021, la CNIL contrôlera en ligne des éditeurs sans les prévenir et pourra sanctionner les contrevenants sans mise en demeure préalable. Il est plus que jamais utile de tester les parcours, la classification des cookies, le nombre de finalités affichées, les relations avec d'autres acteurs de l'écosystème, etc., afin de déterminer les solutions de conformité qui auront le moins de conséquences négatives sur le modèle économique et la stratégie « data » de l'entreprise. En particulier, les éditeurs peuvent concevoir et tester les alternatives qu'ils pourraient proposer aux utilisateurs qui ne consentiraient pas aux cookies publicitaires : fonctionnalités par défaut, fourniture de coordonnées, création de compte, achat, etc. Depuis que le Conseil d'État a jugé qu'il était interdit d'interdire... les « cookie walls », il est indispensable d'intégrer les alternatives que cela peut offrir à un éditeur de services comme à un utilisateur, en parallèle d'une *consent management platform* (CMP).

#### 2 - Choisir sa stratégie et les prestataires qui la servent

C'est maintenant et avant le 1<sup>er</sup> avril 2021 qu'il faudra choisir entre une CMP « maison » et une solution du marché. Le cas échéant, il faudra veiller à la compatibilité de solutions hétérogènes entre les environnements fixes et mobiles. Avant de choisir, il faudra déterminer si le prestataire de CMP est au service de la stratégie de l'éditeur ou s'il privilégiera, en cas de conflit d'intérêts, la pérennité de son propre raccordement à l'écosystème publicitaire.

<sup>13</sup> CE 6 juin 2018, n° 412589, Lebon ; AJDA 2018. 1194 ; D. 2018. 2270, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny.

<sup>14</sup> CJUE 29 juill. 2019, aff. C-40/17, Légipresse 2019. 448 et les obs. ; *ibid.* 613, obs. E. Drouard et J. Beaufour ; D. 2019. 1604 ; *ibid.* 2266, obs. J. Larrieu, C. Le Stanc et P. Tréfigny ; Dalloz IP/IT 2020. 126, obs. T. Douville ; RTD eur. 2020. 319, obs. F. Benoît-Rohmer.

<sup>15</sup> <https://iabeurope.eu/tcf-2-0>.