

Cookies : l'écosystème de la publicité ciblée s'organise en attendant la recommandation finale de la Cnil

C'est en avril que la Cnil devrait publier sa recommandation finale sur « *les modalités pratiques de recueil du consentement* » des utilisateurs au dépôt de « *cookies et autres traceurs* » sur leurs terminaux. Retour sur le projet de recommandation, qui est contesté par les éditeurs et les publicitaires.

Par Sandra Tubert et Laura Ziegler, avocates associées, BCTG Avocats



Alors que l'adoption du règlement européen « ePrivacy » patine depuis déjà trois ans (1), certaines « Cnil » européennes – allemande, anglaise, française, espagnole et

grecque – ont décidé de prendre les devants en adoptant leurs propres lignes directrices sur les règles attendues en matière de cookies et autres technologies de traçage. En juin 2019, en France, la Cnil (2) a annoncé son plan d'action en matière de publicité ciblée. Au menu : l'adoption de lignes directrices dans une délibération datée du 4 juillet 2019 rappelant les règles de droit applicables en matière de cookies (3), complétées d'un projet de recommandation publié le 14 janvier dernier précisant les modalités concrètes de recueil du consentement.

Un cadre plus strict et peu pragmatique

Ce projet de recommandation (4), dont la version finale devrait être adoptée courant avril, a été soumis à consultation publique, laquelle s'est achevée le 25 février avec un taux de participation étonnement très relatif (5). L'abandon de la poursuite de la navigation comme modalité valide de recueil du consentement – modalité qui prévalait jusqu'alors puisque préconisée dans la recommandation de la Cnil de 2013 – est l'une des annonces phares de la Cnil. En effet le consentement tel que défini dans le règlement général européen sur la protection des données (RGPD) doit être spécifique, éclairé, univoque et libre (6). Pour satisfaire à ces quatre critères, la Cnil détaille dans ses deux textes ses attentes vis-à-vis des professionnels pour recueillir un consentement valide pour le dépôt et la lecture de cookies. Elle prend néanmoins le soin de préciser, dans son projet de recommandation, que les exemples de modalités pratiques y figurant ne sont ni prescriptifs ni exhaustifs. Les professionnels peuvent donc choisir d'autres modalités, dès lors qu'elles sont conformes aux exigences de qualité du consentement posées par le RGPD. Il est alors surprenant de constater que malgré cette annonce et le délai de grâce de six mois laissé aux sociétés pour se mettre en conformité, la Cnil précise sur son site Internet : que des contrôles seront mis en place six mois après l'adoption de sa recommandation définitive pour en vérifier le respect pratique, et que le respect des règles en matière de cookies est l'un des trois axes prioritaires du plan de contrôle pour 2020 de la Cnil (7). Ce projet de

recommandation a également été l'occasion pour la Cnil d'insérer, dans chacune des sections, des « *bonnes pratiques* » qui sont en réalité – et de son propre aveu – des pratiques « *permettant d'aller au-delà des exigences légales* » (8). Concernant le premier critère, à savoir le caractère éclairé du consentement, celui-ci s'entend comme la fourniture – au moyen de termes simples et compréhensibles par tous – d'une information sur les différentes finalités pour lesquelles les cookies seront utilisés, les acteurs qui les utiliseront et la portée du consentement. Pour satisfaire ce point, *exit* les terminologies juridiques ou techniques complexes ou le simple renvoi vers les conditions générales d'utilisation (CGU) : la Cnil attend la fourniture d'une information complète, lisible et mise en évidence au moment du recueil du consentement. En pratique, cela signifierait une information en deux niveaux.

- Dans le premier niveau d'information, il s'agit de mettre à disposition de façon succincte l'identité du ou des responsables du traitement (avec un lien ou un bouton renvoyant à la liste complète des sociétés utilisant les cookies), les finalités des cookies mises en avant dans un intitulé court, accompagné d'un bref descriptif (ainsi que la possibilité d'accéder à une description plus détaillée sur le second niveau *via* un bouton ou un lien hypertexte), et le droit de retirer son consentement.
- Dans le second niveau d'information, accessible *via* un lien hypertexte ou un bouton depuis le premier niveau d'information, sont attendues deux listes exhaustives : celles sur les responsables de traitement utilisant des cookies et celles des sites web et applications tiers où la navigation des utilisateurs est suivie. Et c'est bien là toute la nouveauté et la complexité des attentes de la Cnil en la matière.

Fini les seuls boutons « *Accepter* »

De l'avis général, l'écosystème de la publicité ciblée est un système relativement complexe impliquant un nombre considérable d'acteurs. Attendre de l'éditeur d'un site web, la tenue et la mise à jour de ces deux listes et l'obtention d'un nouveau consentement de l'utilisateur en cas d'ajouts de responsables du traitement qualitativement ou quantitativement substantiel semble peu réaliste et laisse par ailleurs à l'appréciation de chacun le caractère substantiel des changements opérés. Toute cette information doit naturellement être fournie aux utilisateurs sans avoir recours à la pratique des *cookies walls*, reconnue non valide par la Cnil et le Comité

Notes

- (1) - Le premier projet de règlement « ePrivacy » a été publié en janvier 2017 et la dernière version du 06-03-20 issue d'une réunion au sein du Conseil de l'UE : <https://lc.cx/ProjePrivacy>
- (2) - Commission nationale de l'informatique et des libertés (Cnil).
- (3) - <https://lc.cx/Cnil04-0719>
- (4) - <https://lc.cx/ProjetRecoCookiesCnil2020>
- (5) - 4.743 votes et 462 contributions.
- (6) - Le RGPD : <https://lc.cx/DP-16>

23 mars 2020

européen de la protection des données (CEPD), puisque non compatible avec le caractère libre du consentement. C'est par ailleurs ce qui pousse la Cnil à préciser que l'utilisateur doit avoir la possibilité d'accepter ou de ne pas accepter le dépôt de cookies pour que l'on puisse valablement considérer que son consentement est « libre ». Pour ce faire, les mêmes modalités techniques et de présentation doivent s'appliquer à la capacité de consentir ou de refuser (9). Fini donc les boutons « Accepter » mis en évidence et les petits liens « En savoir plus », dont l'identification incertaine était laissée au soin des utilisateurs, lesquels devaient en déduire qu'ils étaient là pour paramétrer ou refuser le dépôt de cookies. Désormais, l'utilisateur devra se voir proposer des boutons identiques pour refuser ou accepter le dépôt de cookies.

Des délibérations et exigences critiquées

Par ailleurs, le consentement et le refus de consentement devront être enregistrés pour une durée identique – de 6 mois d'après la Cnil – de manière à ne pas solliciter à nouveau, pendant un certain laps de temps, le consentement de l'utilisateur, afin de ne pas le pousser par cette pression répétée à accepter par lassitude. Pour répondre au caractère spécifique du consentement, la Cnil exige également qu'il soit possible pour l'utilisateur de consentir de manière granulaire pour chaque finalité distincte. Différentes modalités semblent acceptées par l'autorité de contrôle : soit sur le premier niveau d'information, soit sur le second. Le consentement global – et donc le bouton « *Tout accepter* » – est toutefois possible à condition : d'avoir présenté toutes les finalités au préalable, de permettre de consentir par finalité, et de proposer également la possibilité de refuser de façon globale. En pratique donc, devraient fleurir des boutons « *Tout accepter* », « *Tout refuser* » et « *Paramétrer/Personnaliser* », de même taille, de même police et mis en évidence de manière identique pour être conforme aux exigences de la Cnil.

Enfin, pour respecter le caractère univoque comme le caractère libre, la Cnil interdit la pratique des cases pré-cochées, des interrupteurs sur la position activée par défaut et l'acceptation des cookies par les CGU, l'objectif étant que l'utilisateur effectue un acte positif pour mieux prendre conscience du choix qu'il réalise. Les attentes de la Cnil sont donc extrêmement exigeantes envers les éditeurs de sites web et d'applications mobiles, d'autant plus que ces deux délibérations – lignes directrices du 4 juillet 2019 et projet de recommandation – sont à l'heure actuelle assez éloignées des pratiques existantes sur le marché. Il n'est dès lors pas étonnant qu'elles aient fait l'objet de vives contestations par les acteurs de l'écosystème : recours devant le Conseil d'Etat (10) déposé le 18 septembre 2019 par neuf grandes associations professionnelles contre les lignes directrices de la Cnil ; tribunes, lettres ouvertes et prises de position (11) du Collectif pour les acteurs du marketing digital (CPA), de l'Udecam (12) et du Geste (13), reprochant à la Cnil de ne pas avoir pris en compte les propositions des

représentants exprimées lors de la concertation engagée par la Cnil entre la publication des lignes directrices et l'adoption du projet de recommandation. Outre la contestation des différents acteurs dont le modèle économique s'est construit autour de la publicité ciblée, se pose également la question de la compatibilité de la multiplicité des lignes directrices publiées ces derniers mois par les différentes autorités de contrôles en Europe. Dans un monde globalisé où Internet est par essence transfrontalier, la publication de lignes directrices aux exigences divergentes par les autorités de contrôle européennes pousse les acteurs désireux de se mettre en conformité à des arbitrages, parfois hasardeux, qui ne sont pas souhaitables. Comme pour justifier le contenu de son projet de recommandation, la Cnil a publié en même temps que ce dernier, les chiffres d'un sondage Ifop (14) dont les résultats sont saisissant de paradoxes. En effet, alors que 70 % des personnes interrogées pensent qu'il est indispensable d'obtenir à chaque fois leur accord au risque d'alourdir leur navigation, 65 % pensent que les demandes d'autorisation de dépôt des cookies ne sont pas efficaces pour protéger leur vie privée. Pire encore : 90 % considèrent qu'en plus de consentir, elles devraient connaître l'identité des entreprises susceptibles de suivre leur navigation sur le Web *via* des cookies, alors que différents sondages précisent que 89 % d'entre elles ne prennent pas le temps de lire ce à quoi elles consentent en ligne.

Face aux difficultés de mise en œuvre pratique du projet de recommandation de la Cnil, aux impacts significatifs que ses exigences pourraient avoir, le modèle des cookies se retrouve plus largement questionné. Google a annoncé – le même jour de la publication du projet de recommandation de la Cnil – son intention de faire disparaître les cookies tiers de son navigateur Chrome d'ici deux ans en optant pour une « Privacy Sandbox », tout comme l'avaient auparavant annoncé Apple avec Safari et Mozilla avec Firefox. Même Criteo – sous le coup d'une enquête de la Cnil suite à une plainte de Privacy International (15) – tente de rassurer en annonçant avoir des solutions qui fonctionneraient sans cookies (16).

Paramètres des navigateurs et des OS

Dans ce contexte, on peut légitimement s'interroger sur la nécessité d'utiliser de nouveaux outils qui pourraient permettre, à la fois, de répondre aux enjeux du modèle économique de la publicité ciblée et de protéger plus efficacement la vie privée des utilisateurs. Une publicité « mieux » ciblée, alignée sur les préférences choisies et affichées des utilisateurs en amont, *via* un *medium* à déterminer, ne serait-elle pas une piste à explorer ? De son côté, dans ses deux textes, la Cnil semble en appeler à la modification des paramètres des navigateurs et des systèmes d'exploitation (OS), afin que ceux-ci permettent aux utilisateurs d'exprimer leurs préférences. Cette solution est fortement critiquée par certains acteurs du fait du « *monopole* » qu'obtiendrait certains GAFAM avec une telle approche. Le débat est ouvert. @

Notes

- (7) - <https://lc.cx/Cnil2020>
- (8) - Projet de recommandation : <https://lc.cx/Texte4-01-20>
- (9) - Pas de design trompeur, pas de grammaire visuelle laissant penser qu'il est obligatoire de consentir, pas de mise en avant d'« Accepter » plutôt que « Refuser ».
- (10) - Lire *EM@220*, p. 4.
- (11) - Lettre ouverte : <https://lc.cx/CPA03-02-20>
- (12) - Entretien du JDN avec Gautier Picquet : <https://lc.cx/Udecam-JDN28-01-20>
- (13) - <https://lc.cx/Geste27-01-20>
- (14) - <https://lc.cx/lfop-Cnil2019>
- (15) - <https://lc.cx/PI-Cnil-Criteo>
- (16) - Lire *EM@228*, p. 5.