

Réf : ED / OP
Date : 08/10/2020

Le 14 janvier 2020, la Commission Nationale Informatique et Libertés (ci-après la « **CNIL** » ou la « **Commission** ») publiait un projet de recommandation relative aux « Cookies et autres traceurs » dans le cadre de son plan d'action sur le ciblage publicitaire, soumis à consultation publique. Relançant le débat autour des pratiques en matière de publicité et d'e-commerce, ce projet de recommandation a mené à un contentieux devant le Conseil d'Etat et à l'annulation partielle des lignes directrices adoptées le 4 juillet 2019 par la CNIL (*CE, 19 juin 2020, n°434684, T.*).

Tirant les conséquences de cette décision et des contributions à la consultation publique, la CNIL a adopté ce 1^{er} octobre 2020 des lignes directrices modificatives¹ lesquelles sont accompagnées d'une recommandation pratique². Ce nouveau cadre juridique nécessite une vigilance accrue des entreprises du secteur. En effet, s'il confirme en partie les dispositions antérieures, il remet en cause certaines pratiques.

Ainsi, la CNIL guide les professionnels et les éditeurs de site internet par la production d'un cadre clair marquant les obligations (I.), les interdictions (II.) mais également les bonnes pratiques à suivre (III.).

I. Do's

Outre les principes classiques, déjà en vigueur, deux règles majeures gouvernent ce nouveau cadre réglementaire :

En premier lieu, l'information doit être complète et délivrée avant que l'internaute accepte les cookies. Ainsi, afin de pouvoir effectuer un choix éclairé, il doit **être informé** des finalités des traceurs : publicité personnalisée, publicité géolocalisée, personnalisation de contenu ou encore partage d'information avec des réseaux sociaux.

En second lieu, l'internaute doit **pouvoir refuser** les cookies aussi facilement qu'il lui est proposé de les accepter.

II. Don'ts

Dans ses lignes directrices ajustées, la CNIL est revenue sur l'interdiction générale de la pratique des cookies walls, énoncée lors des Lignes directrices adoptées le 4 juillet 2019 et désormais abrogées.

¹ [Délibération n° 2020-091 du 17 septembre 2020 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 \(notamment aux « cookies et autres traceurs »\) et abrogeant la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019](#)

² [Délibération n° 2020-092 du 17 septembre 2020 portant adoption d'une recommandation proposant des modalités pratiques de mise en conformité en cas de recours aux « cookies et autres traceurs »](#)

La pratique des cookie walls est « celle par laquelle les éditeurs de sites internet bloquent l'accès à leurs sites si l'internaute ne consent pas au suivi de sa navigation par le biais de dépôt de cookies et de traceurs de connexion »³.

Le Conseil d'Etat avait censuré l'interdiction générale de la pratique des cookies wall énoncée dans la précédente version des lignes directrices publiées par la CNIL, au motif que cette dernière avait outrepassé ses compétences. En effet, une interdiction générale ne pouvait être introduite au sein d'un instrument dit de « droit souple », tel que les lignes directrices.

Dès lors, par un communiqué en date du 19 juin 2020, la Commission avait affirmé que les lignes directrices seraient ajustées « **dans la stricte mesure de ce qui est nécessaire pour tirer les conséquences de la décision du Conseil d'Etat** ».

En ce sens, si les lignes directrices ajustées ne prononcent pas une interdiction générale de cette pratique, il convient de souligner que la Commission reste sceptique sur la conformité de cette pratique avec l'exigence d'un consentement « libre », énoncé par le RGPD. La CNIL précise qu'en cas de mise en place de « cookie walls », et sous réserve de la licéité de cette pratique, qui doit être appréciée au cas par cas, l'information fournie à l'utilisateur devrait clairement indiquer les conséquences de ses choix et notamment l'impossibilité d'accéder au contenu ou au service en l'absence de consentement.

La CNIL semble ainsi s'en remettre au responsable de traitement souhaitant mettre en place une telle pratique, à charge pour celui-ci de : démontrer dans quelle mesure cette pratique pourrait être conforme avec le cadre juridique en vigueur, procéder à une information préalable sur les conséquences du refus des traceurs par l'utilisateur et, ainsi, remplir son obligation au titre de l'*accountability* (ou principe de responsabilité).

III. Bonnes pratiques

Les bonnes pratiques recensées par la CNIL sont réunies au sein de la recommandation adoptée le 17 septembre 2020. A ce titre, la Commission rappelle que ces recommandations restent « *non prescriptives et non exhaustives* ».

Particulièrement, la CNIL insiste sur la nécessité d'utiliser un design approprié et l'utilisation d'un vocabulaire standardisé afin d'informer au mieux les personnes concernées et de favoriser un choix éclairé.

Tout d'abord, la CNIL énonce de bonnes pratiques à mettre en œuvre concernant l'information des personnes concernées et le recueil de leur consentement :

- Mettre en exergue chaque finalité dans un intitulé court et mis en évidence, accompagné d'un bref descriptif ;
- Rendre aisément accessible une description plus détaillée de ces finalités ;
- Associer les catégories de données collectées aux finalités correspondantes ;

³ Conseil d'Etat, 19 juin 2020, Lignes directrices de la CNIL relatives aux cookies et autres traceurs de connexion

- Recueillir le consentement sur chacun des sites et/ou applications pour lesquels un suivi de navigation est activé ;
- Rendre accessible dès le premier niveau d'information le nombre et la liste exacte et mise à jour des responsables de traitement impliqués, et maintenir cette liste accessible à tout moment depuis le site web et/ou l'application ;
- Proposer un mécanisme de recueil du consentement dans lequel il est aussi facile d'accepter que de refuser le dépôt de traceurs, et s'il est proposé de « tout accepter » s'assurer qu'il est également possible de « tout refuser » sur le même écran ;
- Ne pas utiliser de pratiques de design potentiellement trompeuses ;
- Faire disparaître le bandeau ou l'écran d'information lorsque l'utilisateur manifeste son refus afin de ne pas gêner la navigation ;
- Enregistrer le choix de l'utilisateur, acceptation comme refus, pendant une durée de 6 mois afin de ne pas le solliciter à nouveau.

Concernant le retrait et la gestion du consentement, la CNIL recommande de :

- Rendre aisément accessible à tout moment la solution permettant aux utilisateurs de retirer leur consentement ;
- Placer une telle solution dans une zone qui attire l'attention de l'utilisateur ou dans une zone dans laquelle il peut s'attendre à la trouver ;
- Mettre en place une solution spécifique pour garantir l'absence de lecture ou d'écriture des traceurs précédemment utilisés.

Concernant la preuve du consentement, la CNIL conseille de :

- Compléter les clauses contractuelles lorsqu'un organisme ne collecte pas lui-même le consentement, notamment en précisant que l'organisme chargé du recueil du consentement met à disposition des autres organismes la preuve de ce recueil ;
- Conserver la preuve du consentement, notamment par mise sous séquestre du code informatique chez un tiers, par conservation d'une capture d'écran horodatée du rendu visuel, par la mise en œuvre d'audits réguliers des mécanismes de recueil par des tiers mandatés ou encore par la conservation des informations par les tiers éditant ces solutions de recueil du consentement.

La Commission précise également les bonnes pratiques relatives aux cookies de mesure d'audience, exemptés du recueil du consentement :

- Informer les utilisateurs ;
- Limiter la durée de vie des ces traceurs à 13 mois ;
- Conserver les informations collectées par ces traceurs pendant une durée n'excédant pas 25 mois ;
- Faire un examen périodique des durées de vie et de conservation mentionnées.

Enfin, la CNIL recommande diverses mesures techniques afin d'accroître la transparence des cookies et autres traceurs :

- Utiliser des cookies différents pour chaque finalité ;
- Utiliser un cookie exempté du consentement pour une seule et unique finalité ;
- Ne pas recourir à des techniques de masquage de l'entité utilisant le traceur ;
- Utiliser des noms de traceurs explicites et uniformisés ;
- Nommer le traceur permettant de stocker le choix « eu-consent », en attachant à chaque finalité une valeur booléenne « vrai » ou « faux » pour mémoriser le choix de l'utilisateur.

L'ensemble de la recommandation constitue ainsi une liste de bonnes pratiques à mettre en œuvre pour les éditeurs de sites web et/ou application, afin de simplifier le parcours utilisateur d'une part et faciliter la démonstration du respect du cadre réglementaire par l'éditeur d'autre part.

Il convient de noter que la publication de ce nouveau cadre réglementaire marque le point de départ de la période de « transition » laissée aux acteurs jusqu'à fin mars 2021. Si les règles antérieures pourront toujours faire l'objet d'un contrôle, les règles issues de ces nouvelles lignes directrices ne devraient pas être sanctionnées avant cette date, sauf atteinte particulièrement grave au droit au respect de la vie privée.

Emmanuel DAOUD, Avocat au barreau de Paris, associé du Cabinet Vigo, membre du réseau international d'avocats GESICA

Océane PECRIAUX, élève-avocate à l'IXAD, Cabinet Vigo