



Le 1er octobre, la Cnil a publié :

- une 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
- une 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 »

Exit la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 pour partie censurée par le Conseil d'Etat le 19 juin 2020.

Le présent flash info a été élaboré par l'équipe IP IT & Data de Racine pour vous permettre de comprendre le nouveau cadre posé par la Cnil.

Ce cadre est susceptible de faire l'objet de recours.

Il s'agit de notre interprétation des délibérations de la Cnil et leur mise en pratique.

Ceci étant dit, nous estimons que certaines recommandations sont très critiquables.

Articulation des textes

La Cnil précise que les lignes directrices fixent les règles du jeu. Elles sont complétées par des recommandations, non prescriptives et non exhaustives, présentant notamment des exemples et bonnes pratiques de modalités concrètes du recueil du consentement et de mise en œuvre des traceurs non soumis à ce dernier.



Point d'attention : Il convient d'être attentif aux deux recommandations qui sont interdépendantes

Dead line

La recommandation ou les lignes directrices sur les cookies et autres traceurs ne font pas expressément mention d'une date d'entrée en vigueur. Pour autant, la Cnil publie sur son site une FAQ dédiée aux cookies mise à jour des nouveaux textes et annonce que les nouvelles dispositions feront l'objet d'une mise en conformité au cours de l'année 2021. De fait, la Cnil indique qu'elle ne contrôlera l'application de ces textes qu'à l'issue d'une période d'adaptation, à savoir 6 mois après leur publication au Journal Officiel. La recommandation et les lignes directrices étant parues le 02 octobre 2020 au Journal Officiel, le contrôle de la Cnil sur l'adaptation des nouvelles mesures ne débutera qu'à compter du 02 mars 2020.

Mais ne vous réjouissez pas trop vite ! La Cnil prévoit que son plan d'action comportera deux phases : la phase de contrôle débutant à compter du 02 mars 2020, mais également une phase actuelle pendant laquelle les actions de la Commission se concentreront sur le respect des principes issus de la recommandation de 2013. Des mesures correctrices et des sanctions pourront être appliquées pour non-respect des règles édictées depuis 2013 et maintenues dans les nouvelles lignes directrices.

Sur quoi porte le texte ?

Les « traceurs » et autres cookies – La Cnil donne la liste non exhaustive suivante :

- cookies http ;
- les « local shared objects » (objets locaux partagés) appelés parfois les « cookies Flash » ;
- le « local storage » (stockage local) mis en œuvre au sein du HTML 5 ;
- les identifications par calcul d'empreinte du terminal (ou fingerprinting) ;
- les identifiants générés par les systèmes d'exploitation (qu'ils soient publicitaires ou non : IDFA, IDFV, Android ID, etc.) ;
- les identifiants matériels (adresse MAC, numéro de série ou tout autre identifiant d'un appareil) ;
- etc..

Les « équipements terminaux de communication électronique » sur lesquels sont installés les cookies, pour lesquels là aussi la Cnil a une vision large :

- tablette ;
- mobile multifonction (« smartphone ») ;
- ordinateur fixe ou mobile ;
- console de jeux vidéo ;
- télévision connectée ;
- véhicule connecté ;
- assistant vocal, ainsi que tout autre objet connecté à un réseau de télécommunication ouvert au public.



Point d'attention : la recommandation ne vise que les environnements web et mobile. Pour le reste la Cnil invite à travailler par analogie technologique



Point d'attention : Application aux sites web, plateforme mais aussi aux espaces clients, espaces partagés, extranet ou autre qui utilisent des cookies

Qui est visé par le texte ?

La Cnil rappelle qu'il existe différents cas : responsable de traitement à sous-traitant ; responsable de traitement à responsabilité de traitement et responsabilité conjointe.

Mais la Cnil ne donne pas véritablement d'exemples. Or dans le monde des cookies, les prestataires proposent des contrats et des qualifications juridiques totalement erratiques : pour les mêmes prestations certains retiennent l'une, l'autre ou la troisième des solutions.



Point d'attention – C'est sans doute sur ce point que les lignes directrices et les recommandations manquent le plus de clarté



La qualification est une situation qui doit être appréciée au cas d'espèce et la mise en œuvre des contrats adaptés suivra cette qualification

Point 1 – Un régime « normal » versus un régime « d'exception »

Le régime dit « normal » est celui de l'obtention du consentement préalable. La Cnil abandonne les 3 régimes précédents entre cookies techniques, mesure d'audience et cookies dits intrusifs ou publicitaires.

Relèvent du régime d'exception les cookies permettant ou facilitant la communication par voie électronique ou encore strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur.

La Cnil dresse une liste là aussi non exhaustive :

- les traceurs conservant le choix exprimé par les utilisateurs sur le dépôt de traceurs ;
- les traceurs destinés à l'authentification auprès d'un service, y compris ceux visant à assurer la sécurité du mécanisme d'authentification, par exemple en limitant les tentatives d'accès robotisées ou inattendues ;
- les traceurs destinés à garder en mémoire le contenu d'un panier d'achat sur un site marchand ou à facturer à l'utilisateur le ou les produits et/ou services achetés ;
- les traceurs de personnalisation de l'interface utilisateur (par exemple, pour le choix de la langue ou de la présentation d'un service), lorsqu'une telle personnalisation constitue un élément intrinsèque et attendu du service ;
- les traceurs permettant l'équilibrage de la charge des équipements concourant à un service de communication ;
- les traceurs permettant aux sites payants de limiter l'accès gratuit à un échantillon de contenu demandé par les utilisateurs (quantité prédéfinie et/ou sur une période limitée);

A cette liste la Cnil ajoute : certains traceurs de mesure d'audience, sous les réserves mentionnées ci-après.

La Cnil vise ici les finalités telles que :

- la mesure des performances,
- la détection de problèmes de navigation,
- l'optimisation des performances techniques ou de l'ergonomie,
- l'estimation de la puissance des serveurs nécessaires,
- l'analyse des contenus consultés,
- etc.. (sic)

Attention pour que les cookies de mesure d'audience relèvent du régime d'exception, il faut qu'ils répondent à 4 critères :

- les cookies doivent avoir une finalité strictement limitée à la seule mesure de l'audience sur le site ou l'application pour le compte exclusif de l'éditeur ;
- les cookies ne doivent pas permettre le suivi global de la navigation de la personne utilisant différentes applications ou naviguant sur différents sites web ;
- les cookies doivent uniquement servir à produire des données statistiques anonymes ;
- les données à caractère personnel collectées ne peuvent être recoupées avec d'autres traitements ni transmises à des tiers.

Point 2 – Pour les cookies qui relèvent du régime d'exception

Bien que l'article 82 exclue purement et simplement les cookies dit « techniques » de son champ d'application, la Cnil impose un certain nombre de règles.

Dans ses recommandations, la Cnil relève bien que l'article 82 de la loi « Informatique et Libertés » n'impose pas d'informer les utilisateurs sur l'existence d'opérations de lecture et écriture non soumises au consentement préalable.

Elle précise que « toutefois afin d'assurer une transparence pleine et entière sur ces opérations », il est recommandé que les utilisateurs soient également informés de l'existence de ces traceurs et de leur finalités en intégrant, par exemple, une mention les concernant dans la politique de confidentialité.

S'agissant, plus spécifiquement, des traceurs de mesure d'audience exemptés du recueil du consentement, la Cnil recommande également que :

- les utilisateurs soient informés de la mise en œuvre de ces traceurs, par exemple via la politique de confidentialité du site ou de l'application mobile ;
- la durée de vie des traceurs soit limitée à une durée permettant une comparaison pertinente des audiences dans le temps, comme c'est le cas d'une durée de treize mois, et qu'elle ne soit pas prorogée automatiquement lors des nouvelles visites ;
- les informations collectées par l'intermédiaire de ces traceurs soient conservées pour une durée maximale de vingt-cinq mois ;
- les durées de vie et de conservation ainsi établies fassent l'objet d'un examen périodique.



Il existe un régime spécifique des cookies techniques en termes d'information (politique de confidentialité) et de durée de conservation.

Point 3 – Pour les cookies soumis au régime de consentement préalable

Attention - Il faut distinguer les obligations liées à l'information et au consentement...

Les règles relatives à l'information des personnes

Règle 1 – il existe deux niveaux d'information : l'information de « premier niveau » et l'information de « second niveau ». La délivrance d'une information est dite primaire, sans besoin d'accéder à une page dédiée avec plus de détails. L'information secondaire est plus détaillée, généralement via une page dédiée et une solution de CMP.

Règle 2 – L'information de premier niveau peut être courte. La Cnil propose les formules suivantes :

Si le ou les traceurs sont utilisés afin d'afficher de la publicité personnalisée	« Publicité personnalisée : [nom du site / de l'application] [et des sociétés tierces / nos partenaires] utilise / utilisent des traceurs afin d'afficher de la publicité personnalisée en fonction de votre navigation et de votre profil »
Si le ou les traceurs ne sont utilisés que pour mesurer l'audience de la publicité affichée, sans la sélectionner sur la base de données à caractère personne	« Publicité non personnalisée : [nom du site / de l'application] [et des sociétés tierces / nos partenaires] utilise / utilisent des traceurs dans le but de mesurer l'audience de la publicité [sur le site ou l'application], sans vous profiler »
Si la publicité est adaptée en fonction de la géolocalisation précise	« Publicité géolocalisée : [nom du site / de l'application] [et des sociétés tierces/ nos partenaires] utilise / utilisent des traceurs pour vous adresser de la publicité en fonction de votre localisation »
Si les traceurs sont utilisés pour personnaliser le contenu éditorial ou les produits et services fournis affichés par l'éditeur	« Personnalisation de contenu : Notre site / application [et des sociétés tierces] utilise / utilisons des traceurs pour personnaliser le contenu éditorial [de notre site / application] en fonction de votre utilisation » Ou

	« Notre site / application [et des sociétés tierces] utilise / utilisons des traceurs pour personnaliser l’affichage de nos produits et services en fonction de ceux que vous avez précédemment consultés [sur notre site / application] »)
Si les traceurs sont utilisés afin de partager des données sur les réseaux sociaux	« Partage sur les réseaux sociaux : Notre site / application utilise des traceurs pour vous permettre de partager du contenu sur les réseaux sociaux ou plateformes présents [sur notre site / application] »
Si l’éditeur a choisi de mettre en place un mécanisme permettant de ne déclencher ces traceurs que lorsque les utilisateurs souhaitent effectivement partager des données avec les réseaux sociaux concernés (et qu’ils interagissent avec la fonctionnalité ou le bouton permettant cette interaction)	L’information et le recueil du consentement pourraient apparaître lorsque les utilisateurs décident de déclencher ladite fonctionnalité de partage

Règle 3 – Délivrance d’une information dite secondaire – L’internaute doit disposer d’une page plus détaillée cookies par cookies.

Ici la Cnil préconise que les informations suivantes soient diffusées :

- préciser que l’affichage de la publicité englobe différentes opérations techniques concourant à la même finalité ;
- préciser que les cookies incluent également le plafonnement de l’affichage (parfois appelé « capping publicitaire ») ;
- cookies consistant à ne pas présenter à un utilisateur une même publicité de manière trop répétitive ;
- fonction de lutte contre la « fraude au clic » (détection d’éditeurs prétendant réaliser une audience publicitaire supérieure à la réalité) ;
- la mesure des cibles ayant plus d’appétences à la publicité pour mieux comprendre l’audience ;
- la facturation de la prestation d’affichage.

Règle 4– La liste des responsables de traitement doit être mise à jour exhaustive et mise à jour

Les règles relatives au consentement

Règle 1 – Aucun cookie ne doit être déposé avant le consentement

Règle 2 – Le consentement n'est pas acquis par le seul fait que l'internaute poursuive sa navigation même si un bandeau d'information lui est présenté

Règle 3 – Le consentement ne peut pas être acquis par la validation de CGU

Règle 4 – (très critiquable selon nous) – Le responsable de traitement doit proposer au moins deux boutons ou interrupteur « slider » du type [tout accepter] et [tout refuser]

Règle 5 – Le responsable de traitement peut prévoir un troisième bouton [paramétrer mes cookies] ou toute forme équivalente



Règle 6 – Les « boutons » ou « slider » doivent être identiques (pas un plus visible que l'autre ou placer autrement) et le langage doit être compris de l'internaute lambda

Règle 7 – La mémoire du consentement - La Cnil recommande que le choix exprimé par les utilisateurs, qu'il s'agisse d'un consentement ou d'un refus, soit enregistré de manière à ne pas les solliciter à nouveau pendant un certain laps de temps.

Règle 8 – La preuve de la validité du consentement nécessite la mise en œuvre des modalités suivantes, non exclusives :

- les différentes versions du code informatique utilisé par l'organisme recueillant le consentement peuvent être mises sous séquestre auprès d'un tiers, ou, plus simplement, un condensat (ou « hash ») de ce code peut être publié de façon horodatée sur une plateforme publique, pour pouvoir prouver son authenticité a posteriori ;
- une capture d'écran du rendu visuel affiché sur un terminal mobile ou fixe peut être conservée, de façon horodatée, pour chaque version du site ou de l'application ;
- des audits réguliers des mécanismes de recueil du consentement mis en œuvre par les sites ou applications depuis lesquels il est recueilli peuvent être mis en œuvre par des tiers mandatés à cette fin ;

- les informations relatives aux outils mis en œuvre et à leurs configurations successives (tels que les solutions de recueil du consentement, également connues sous l'appellation CMP, pour « Consent Management Platform ») peuvent être conservées, de façon horodatée, par les tiers éditant ces solutions.

Règle 9 – La gestion de la durée du consentement. La durée de validité du consentement est choisie par le responsable du traitement et doit tenir compte du contexte, de la portée du consentement initial et des attentes des utilisateurs. La durée de conservation de ces choix sera appréciée au cas par cas, au regard de la nature du site ou de l'application concernée et des spécificités de son audience mais par principe la Cnil préconise une durée de 6 mois.

Règle 10 – La demande de renouvellement - Dans la mesure où le consentement peut être oublié par les personnes qui l'ont manifesté à un instant donné, la Cnil recommande de renouveler son recueil à des intervalles « appropriés ».

Règle 11 - Le principe du (re)consentement ou du consentement en cascade - La Cnil estime que lorsque un cookies soumis au consentement, déposés par d'autres entités que l'éditeur du site ou l'application mobile, permettent un suivi de la navigation de l'utilisateur au-delà du site ou de l'application mobile où ceux-ci sont initialement déposés, il faut que (la Cnil recommande « fortement ») que le consentement soit recueilli sur chacun des sites ou applications concernés par ce suivi de navigation, afin de garantir que l'utilisateur soit pleinement conscient de la portée de son consentement.

Règle 12 – Faciliter le retrait du consentement. Pour faciliter le retrait du consentement la Cnil préconise d'afficher de manière visible et sur toutes les pages du site un bouton permettant d'accéder à la page de paramétrage des cookies.



Point 4 – Le cas particulier des cookies tiers

Les cookies sont sous le contrôle d'un tiers. On nomme cette pratique les « cookies tiers » qui sont supposés relever de la responsabilité de celui qui les appose. Ici la Cnil rappelle la position du Conseil d'Etat du 6 juin 2018 qui précise que ce dernier a cependant opté pour une position complexe. Le Conseil d'Etat retient que l'éditeur qui accepte des cookies de tiers doit s'assurer que les tiers respectent la loi.

La Cnil pour sa part considère que le site d'accueil est le mieux à même d'informer les personnes concernées.

Point 5 – Quelques mesures additionnelles pour selon la Cnil « accroître la transparence des traceurs »

La Cnil recommande :

- que les traceurs précédemment listés comme étant exemptés du recueil du consentement ne soient utilisés que pour une seule et même finalité, afin que l'absence de consentement des utilisateurs soit sans effet sur l'usage de traceurs nécessaires à leur navigation ;
- à ne pas avoir recours à des techniques de masquage de l'identité de l'entité utilisant des traceurs, telles que la délégation de sous-domaine ;
- que les noms des traceurs utilisés soient explicites et, dans la mesure du possible, uniformisés quel que soit l'acteur à l'origine de leur émission ;
- aux professionnels à nommer le traceur permettant de stocker le choix des utilisateurs « eu-consent », en attachant à chaque finalité une valeur booléenne « vrai » ou « faux » mémorisant les choix effectués.

Check list Juridique – Droit des cookies*

Action 1	Identifier vos cookies
Action 2	Qualifier vos cookies
Action 3	Identifier les cookies tiers et gérer la conformité desdits tiers (questionnaire de conformité au minimum)
Action 4	Identifier les prestataires tiers (qui ne sont nécessairement des cookies tiers)
Action 5	Disposer des contrats correspondant aux différentes situations
Action 6	Choisir (si besoin) une CMP
Action 8	Adopter une politique interne de gestion des cookies (options retenues notamment pour l’affichage primaire, type de bouton, UX, durée, renouvellement, ...)
Action 7	Adoption une politique cookies à destination des utilisateurs
Action 8	Déployer les « boutons » et/ou « slider » nécessaires + bouton de gestion permanent
Action 9	Mettre en œuvre les mesures de conservation du consentement
Action 10	S’assurer de ne pas mettre en œuvre des mesures prohibées

*Liste non exhaustive

Auteur



Eric Barbry

Avocat associé

Equipe IP IT & Data

ebarbry@racine.eu

06 13 28 91 28