

# **RGPD - Cookies**

**Dorothee Ciolino**  
**Avocat aux Barreaux de Paris et Luxembourg**  
24/04/2023



# Définition du « cookie » (1/2)

De manière générale, un cookie désigne un petit fichier texte au format alphanumérique qui est déposé sur le terminal de l'internaute par le serveur du service en ligne utilisé ou par un serveur tiers. La notion de cookie recouvre également les autres technologies similaires qui se sont développées

## Équipement terminal

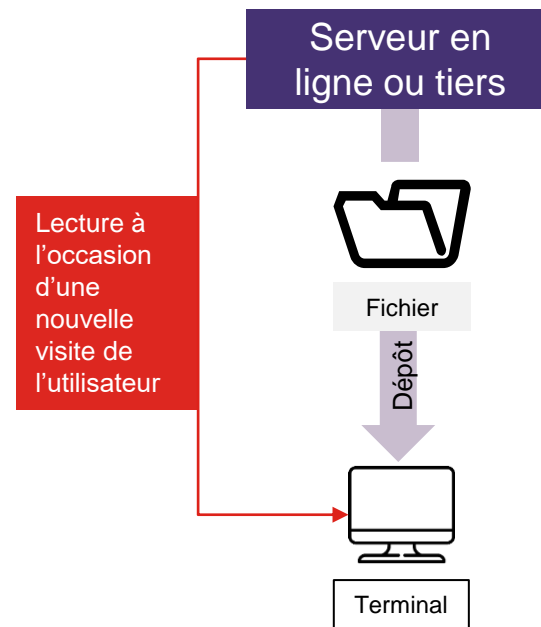
La qualification de terminal requiert trois conditions cumulatives :

- Un équipement connecté
- Directement ou indirectement à l'interface du réseau public de télécommunications
- Pour transmettre, traiter ou recevoir des informations

La connexion peut être par fil, fibre ou voie électromagnétique.

Le champ est large puisqu'il inclut ordinateur, tablette, console de jeux, téléphone, télévision connectée, assistant vocal, etc.

# Définition du « cookie » (2/2)



# Différentes typologies de « cookies » (1/2)

Classification technique		
Origine	<p><b>Cookies de première partie</b></p> <p>Le cookie est placé directement par le domaine inscrit dans l'URL, c'est-à-dire par le propriétaire du site web visité <u>Exemples</u>: Le choix de la région, la page visitée</p>	<p><b>Cookies tiers</b></p> <p>Le cookie est mis en place par un domaine différent de celui visité. <u>Exemple</u>: Le site contient des annonces publicitaires d'agences de voyages hébergées par un serveur externe</p>
Durée	<p><b>Cookies de session</b></p> <p>Le cookie de session est effacé automatiquement à la fermeture du navigateur est fermé. <u>Exemple</u>: Sur les sites de commerce, le paiement et la confirmation de la commande</p>	<p><b>Cookies persistants</b></p> <p>Le cookie persistant reste stocké dans l'appareil jusqu'à une date d'expiration prédéfinie pouvant être exprimée en minutes, jours ou années. <u>Exemple</u>: Décompte des visiteurs récurrents</p>

# Différentes typologies de « cookies » (2/2)

## Classification utilisation

### Essentiel

Vise exclusivement à effectuer la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communication électronique

Ou

Est strictement nécessaire au fournisseur pour la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur

### Non essentiel

Les cookies non essentiels visent les autres cas.

Par exemple:

- Cookies utilisés à des fins de traçage
- Cookies servant à la géolocalisation
- Cookies utilisés à des fins de ciblage publicitaire
- Cookies utilisés à des fins de profilage

## Exemples

### Essentiels (sans consentement)



Sauvegarde du panier d'achat



Enregistrement du choix de l'utilisateur concernant les cookies



Enregistrer les réponses à un formulaire de contact



Authentification de l'utilisateur



Sécurité



Streaming de contenu



Personnalisation du service



Statistiques: selon les cas

### Non Essentiels (avec consentement)



Géolocalisation de l'utilisateur



Utilisation à des fins de traçage



Utilisation à des fins de profilage



Plugins sociaux



Utilisation à des fins de ciblage publicitaire

# Cadre juridique

## Union Européenne

- Règlement 2016/679 dit RGPD
- Directive 2002/21 du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques
- Directive 2002/58 dite « ePrivacy » (modifiée)
- CJUE 1er octobre 2019 Planet49 GmbH
- Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme du 4 novembre 1950 (modifiée)
- A venir: nouveau règlement « ePrivacy »

## Luxembourg

- Loi du 1er août 2018 portant organisation de la Commission nationale pour la protection des données et du régime général sur la protection des données
- Loi du 30 mai 2005 relative aux dispositions spécifiques de protection de la personne à l'égard du traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques et portant modification des articles 88-2 et 88-4 du Code d'instruction criminelle

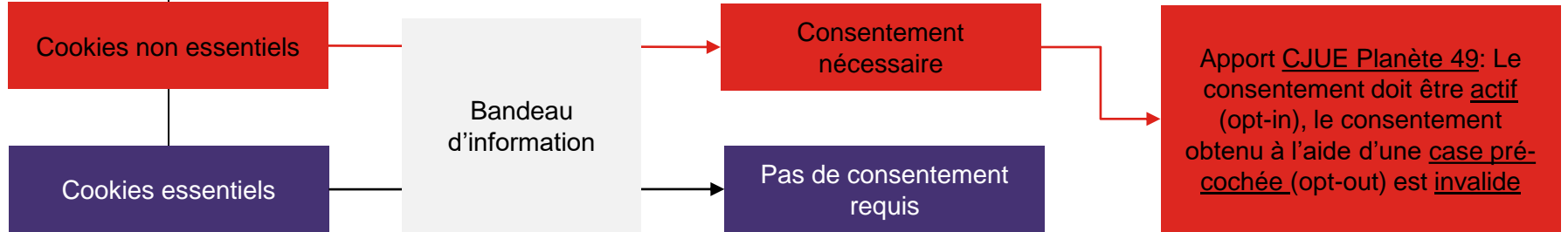
# Le droit fondamental au respect de la vie privée

Article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme: « Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance. »

Considérant 24 Directive 2002/58/CE: L'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur

Article 5 paragraphe 3 de la Directive 2002/58/CE dite « Eprivacy »

Cette protection s'applique à toute information stockée sur l'équipement terminal, indépendamment du fait qu'il s'agisse ou non de données à caractère personnel



# Dispositions du RGPD

L'identité des responsables de traitement doit être communiquée à l'utilisateur

Article 4.7 du RGPD: Le responsable de traitement est celui qui seul ou conjointement avec d'autres, détermine les finalités du traitement. Il est donc la personne responsable des choix qui président à la définition et à la mise en œuvre des traitements

Article 26 du RGPD: Lorsque deux responsables du traitement ou plus déterminent conjointement les finalités et les moyens du traitement, ils sont les responsables conjoints du traitement

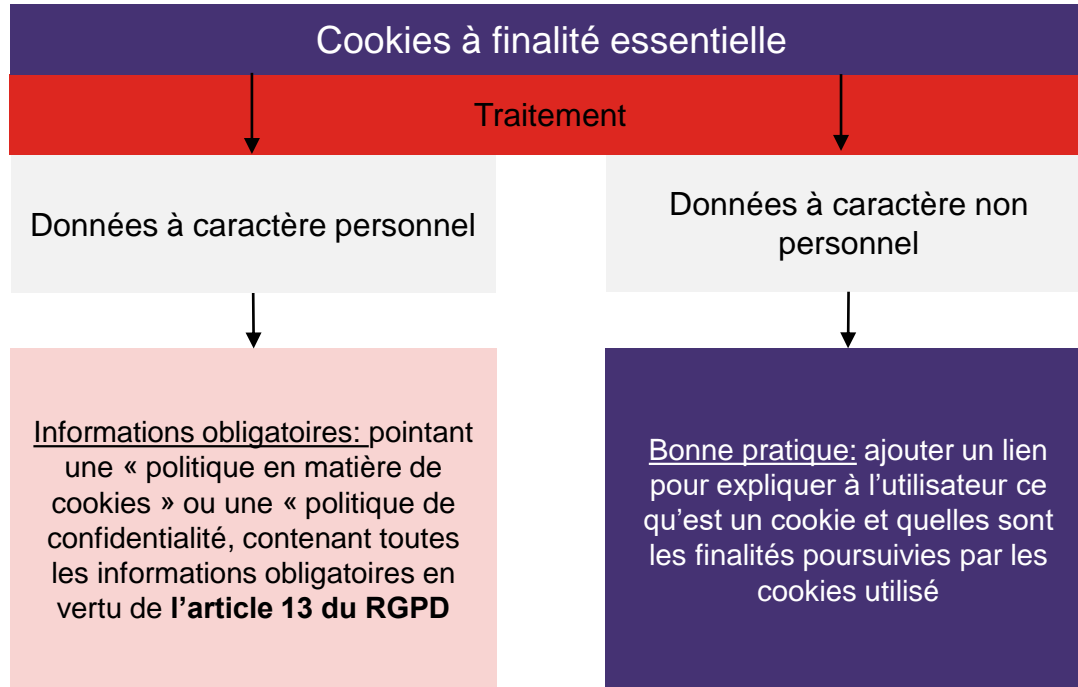
« Il y a lieu de considérer que l'administrateur d'une page hébergée sur Facebook [...] participe, par son action de paramétrage [...] à la détermination des finalités et des moyens du traitement des données personnelles des visiteurs de sa page fan » CJUE 5 juin 2018 210/16

Doit être également considéré comme un responsable de traitement l'exploitant d'un moteur de recherche CJUE 13 mai 2014 Google Spain

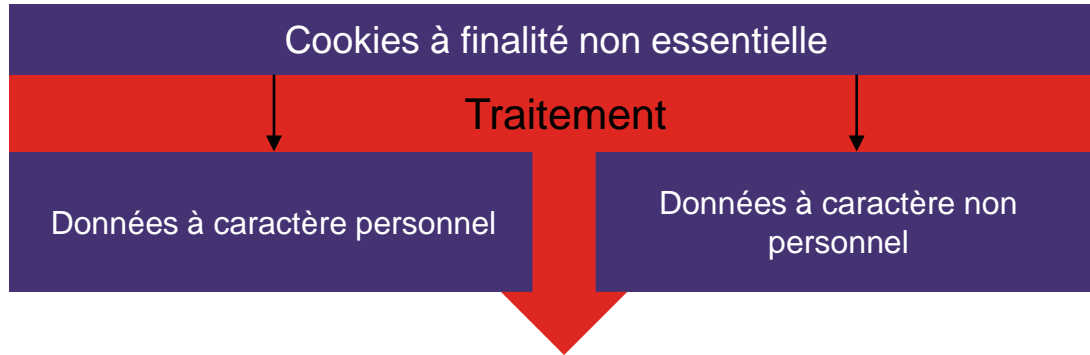
Le considérant 30 du RGPD dispose que: « Les personnes physiques peuvent se voir associer, par les appareils, applications, outils et protocoles qu'elles utilisent, des identifiants en ligne tels que (...) des témoins de connexion («cookies»). Ces identifiants peuvent laisser des traces qui, notamment lorsqu'elles sont combinées aux identifiants uniques et à d'autres informations reçues par les serveurs, peuvent servir à créer des profils de personnes physiques et à identifier ces personnes »



# Régime juridique du cookie (1/2)



# Régime juridique du cookie (2/2)



- Pour être licite le traitement doit être consenti ou reposé sur d'autres cas de licéité du traitement en application de l'article 6 paragraphe 1 de (b) à (f) du RGPD
- L'article 4. 11) du RGPD définit le consentement comme « **toute manifestation de volonté, libre éclairée et univoque** par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair que des données à caractère personnel la concernant fasse l'objet d'un traitement



# Le consentement

Eclairé	Univoque	Libre	Spécifique et préalable
<ul style="list-style-type: none"><li>• Des informations complètes, claires et compréhensibles, sur l'utilisation des cookies doivent être fournies préalablement au consentement</li><li>• Articles 12 et 13 du RGPD → Le CNPD recommande deux niveaux d'informations</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Une action positive (planet49) claire de la personne qui a été informée des conséquences de son choix</li><li>• La manifestation peut s'exprimer par le fait de cocher une case ou glisser un bouton</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Les utilisateurs sont en mesure d'exercer librement leur choix sans contrainte d'accepter les cookies</li><li>• Les utilisateurs ne doivent pas être influencés par le design de la bannière d'obtention du consentement</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• Le dépôt de cookies</li><li>• Chaque finalité de cookie non essentiel doit être acceptée spécifiquement</li></ul>

# Un consentement éclairé

Le CNPD recommande que les informations soient fournies en deux niveaux

## Bannière de premier niveau

Usage des cookies par le site internet ou application, finalités des cookies, identité des responsables de traitement, explication sur la façon d'accepter ou non les cookies, possibilité de retirer les cookies à tout moment, notification et lien pour exercer son retrait de consentement et la politique en matière de cookies

Accepter tout

Refuser tout

Personnalisation des choix

## Bannière de second niveau

Liste précise et exhaustive des responsables de traitement, les catégories de données collectées, les destinataires ayant accès aux cookies, la durée de fonctionnement des cookies utilisés, les éventuels transferts dans des pays tiers et l'existence d'une éventuelle prise de décision automatisée

# Un consentement univoque

Une action positive est nécessaire à la validité du consentement

## Univoque

Une action positive claire

Exemples:

- Cocher volontairement une case
- Activer un bouton par glissement

## Non univoque

Une action non positive et/ou non claire

Exemples:

- Le fait de continuer la navigation ou utiliser une application
- Le fait de considérer la configuration du terminal acceptant les cookies comme marque de consentement
- Le fait de ne pas décocher une case pré-cochée (planet49)
- Le fait de ne pas exercer de choix lors de la demande de consentement

# Un consentement libre

Le consentement ne peut être valide que si les utilisateurs sont en mesure d'exercer réellement et librement leur choix

## Prohibition des « Dark patterns »

Formes	Polices	Couleurs	Tailles	Contrastes
J'accepte	J'accepte	J'accepte	J'accepte	J'accepte
<a href="#">Je refuse</a>	Je refuse	Je refuse	Je refuse	Je refuse

# Pratique des “cookie walls”

La pratique des "cookies walls" consiste à subordonner l'accès à un site internet à l'acceptation des cookies par l'utilisateur. En l'absence de consentement, le contenu du site internet reste inaccessible

## Une pratique contestée

Au niveau européen: le Comité européen de la protection des données (CEPD) énonce clairement et expressément que la pratique des « cookie walls » empêche qu'un consentement puisse être donné librement et, par conséquent, qu'il soit valide

Au niveau national: dans ses lignes directrices le CNPD précise que le consentement obtenu suite à un « cookie wall » est invalide lorsqu'il vise le dépôt ou la lecture de cookies non essentiels

Pour la CNIL en revanche, il convient d'analyser chaque situation au cas par cas

Le futur règlement « ePrivacy » devrait purement interdire cette pratique

# Pratique des “pay walls”

Le paywall est une méthode qui donne à l'utilisateur une seconde option pour accéder au contenu (par exemple, payer ou s'abonner au lieu de consentir à l'utilisation des cookies)

La licéité de cette pratique est encore floue. Plusieurs autorités de protection des données telle que la CNIL l'admettent par principe à condition que le prix de l'abonnement au site soit modique et juste, de sorte à ne pas contraindre le libre choix de l'utilisateur





# Refus et retrait du consentement

Au regard du RGPD, le consentement doit pouvoir être retiré aussi facilement qu'il est accordé

## Refus

- La bannière « cookies » doit permettre de tout refuser ou de personnaliser les acceptations ou refus pour les « cookies » non essentiels
- Le même nombre de clics doit être nécessaire à l'acceptation ou au refus afin de ne pas biaiser l'utilisateur
- Toute inaction de l'utilisateur ou toute action réalisée pour sortir du mécanisme est à considérer comme un refus

## Retrait

- Un lien, onglet ou icône doit permettre le retrait du consentement à tout moment
- Le consentement doit pouvoir être retiré aussi facilement qu'il est donné

# Validité et preuve

## Durée de validité

- Aucune durée de validité n'est prévue par les textes
- Le CNDP recommande tout de même une durée maximale de 1 an
- Le consentement peut être renouvelé si l'utilisateur a changé de terminal ou a effacé les cookies servant à l'enregistrement du recueil du consentement

## Preuve du consentement

- Article 7.1 du RGPD: le responsable de traitement doit être en mesure de rapporter la preuve que le consentement de l'utilisateur a été valablement recueilli

La preuve peut être fournie par différents moyens:

- La conservation d'une preuve du rendu de l'interface de recueil du consentement affiché sur le terminal de l'utilisateur
- La conservation des différentes versions du code informatique utilisé pour le recueil du consentement
- La réalisation d'audits des mécanismes de recueil du consentement par des tiers mandatés à cette fin

# Les sanctions

- La CNPD infligea une amende de **746M€ à Amazon**, l'entreprise a utilisé son droit de recours ainsi la décision de la CNPD n'est pas encore publiée. Le ciblage publicitaire effectué sans base légale était mis en cause. Il est probable que la société n'ait pas respecté les règles en matière de cookies.
- La CNIL a infligé respectivement des amendes de **100 et 35 millions** d'euros à Google et Amazon pour leur pratique consistant à déposer des traceurs publicitaires sur l'ordinateur de l'internaute « sans qu'il ait préalablement donné son accord ».
- La CNIL a condamné la société Microsoft Ireland Operations, domiciliée en Irlande et qualifiée de responsable de traitement du moteur de recherche « bing.com » à une amende de **60 millions** d'euros.

La CNPD, l'autorité de protection des données du Luxembourg, pourra infliger des amendes pouvant atteindre un montant maximal de 20 millions d'euros ou correspondant à 4% du chiffre d'affaire annuel mondial total du responsable du traitement en cas de traitement en violation avec les dispositions du règlement.

# Le futur règlement Eprivacy



## Une harmonisation européenne

- Toutes les personnes et toutes les entreprises de l'UE bénéficieront du même niveau de protection de leurs communications électroniques grâce à ce règlement directement applicable. Les entreprises bénéficieront également d'un ensemble unique de règles dans l'ensemble de l'UE



## Une simplification

- La proposition précise également qu'aucun consentement n'est nécessaire pour les cookies non confidentiels qui améliorent l'expérience sur Internet, tels que les cookies pour mémoriser l'historique des achats-carts ou pour compter le nombre de visiteurs du site Web
- Le texte devrait apporter une réponse claire s'agissant des cookies walls et mettre fin à l'incertitude actuelle



## Un scope large

- Le règlement devrait s'appliquer aux fournisseurs de services de communications électroniques incluant les services de messagerie over-the-top (OTP). Des acteurs tels que Whatsapp, Facebook ou Skype entreraient dans le champ d'application



## Une obligation pour l'exploitant de moteurs de recherche

- Le consentement relatif aux cookies devra être directement paramétrable dans le moteur de recherche. Ce paramétrage ne saurait se limiter à seulement deux options à savoir tout accepter ou tout refuser. Ils devront proposer un éventail de paramétrage en fonction des différents types de cookies et des multiples finalités

- Le 21 février 2021 le Conseil des ministres a approuvé un projet de nouvelle version de réglementation ePrivacy, le texte est en négociation
- Dans son préambule le projet de texte réaffirme le droit à la vie privée découlant de l'article 7 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne



# Questions



*Law around the world*

[nortonrosefulbright.com](http://nortonrosefulbright.com)

Norton Rose Fulbright US LLP, Norton Rose Fulbright LLP, Norton Rose Fulbright Australia, Norton Rose Fulbright Canada LLP and Norton Rose Fulbright South Africa Inc are separate legal entities and all of them are members of Norton Rose Fulbright Verein, a Swiss verein. Norton Rose Fulbright Verein helps coordinate the activities of the members but does not itself provide legal services to clients.

References to 'Norton Rose Fulbright', 'the law firm' and 'legal practice' are to one or more of the Norton Rose Fulbright members or to one of their respective affiliates (together 'Norton Rose Fulbright entity/entities'). No individual who is a member, partner, shareholder, director, employee or consultant of, in or to any Norton Rose Fulbright entity (whether or not such individual is described as a 'partner') accepts or assumes responsibility, or has any liability, to any person in respect of this communication. Any reference to a partner or director is to a member, employee or consultant with equivalent standing and qualifications of the relevant Norton Rose Fulbright entity.

The purpose of this communication is to provide general information of a legal nature. It does not contain a full analysis of the law nor does it constitute an opinion of any Norton Rose Fulbright entity on the points of law discussed. You must take specific legal advice on any particular matter which concerns you. If you require any advice or further information, please speak to your usual contact at Norton Rose Fulbright.