



HAL
open science

Confirmation de la sanction Android : pressions sur les politiques de confidentialité, menaces sur la publicité ciblée

Emmanuel Netter

► To cite this version:

Emmanuel Netter. Confirmation de la sanction Android : pressions sur les politiques de confidentialité, menaces sur la publicité ciblée. Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2020, 12, pp.693. halshs-03064821

HAL Id: halshs-03064821

<https://shs.hal.science/halshs-03064821v1>

Submitted on 15 Jan 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

**Confirmation de la sanction Android :
pressions sur les politiques de confidentialité, menaces sur la publicité ciblée**

Conseil d'État, 12 juin 2020, n° 430810

*Emmanuel Netter, professeur de droit privé à l'université d'Avignon
LBNC (EA3788)*

Le 21 janvier 2019, la CNIL rendait une délibération condamnant la société Google à 50 millions d'euros d'amende (délibération SAN-2019-001 du 21 janvier 2019 : CCE, 2019, n 5, p. 31 (1ère partie) et n° 6, p. 28, note N. Metallinos ; JCP G, 2019, n° 13, p. 608, obs. A. Bellotti ; Dalloz IP:IT, 2019, n° 3, p. 165, nos observations). Deux éléments avaient convaincu la presse généraliste d'assurer à cette décision un large écho. La personnalité du responsable de traitement d'abord : une société avec laquelle les Français entretiennent une relation ambivalente, plébiscitant ses produits tout en craignant sa puissance. Le montant de la sanction ensuite : supérieur de plusieurs ordres de grandeur aux amendes que pouvait prononcer la CNIL avant l'entrée en application du RGPD, quand elle n'était armée que d'un pistolet à eau. Et pourtant, pour qui avait examiné cette décision avec attention, aucun de ces deux aspects ne méritait de retenir longtemps l'attention.

Pourquoi l'identité de Google est-elle de peu d'intérêt ? En droit européen des données personnelles, on joue à chat perché : celui qui pose assez fermement son pied à Dublin échappe à la compétence de la CNIL, par la grâce du « guichet unique » qui donne alors la priorité au poussif *Data Protection Commissioner* irlandais. Google a manqué de réactivité en la matière. D'autres géants de la tech, mieux préparés ou plus cyniques, se sont perchés sans attendre, et ont ce faisant gagné plusieurs années de répit. Pour autant, leur mérite en matière de conformité au RGPD n'est pas nécessairement supérieur. Pour le surplus, restent en France des milliers de responsables de traitement bel et bien soumis à la compétence de la CNIL, mais qu'une taille plus modeste place plus loin sur l'agenda des contrôles et plus bas dans la pile des plaintes à instruire. Ceux-ci ont-ils compris que de nombreux aspects de la décision de sanction leur sont parfaitement transposables ? Il s'agit en particulier des exigences relatives à la clarté des politiques de confidentialité.

Pourquoi le montant de la sanction est-il, lui aussi, sans importance ? 50 millions d'euros, pour la société condamnée, c'est une piqûre de guêpe. La sanction ne vaut que pour les utilisateurs français, les amendes pourraient théoriquement pleuvoir dans toute l'Union, et les oedèmes se multiplier. Mais la véritable menace est ailleurs : si certains manquements reprochés par la CNIL sont en vérité irrémédiables, comme nous le croyons, la menace est celle d'une récurrence perpétuelle, qui justifierait finalement la sanction la plus redoutable : l'interdiction du traitement. Cette menace pèse sur tout prestataire qui offre des services pseudo-gratuits en échange d'une exposition de ses utilisateurs à des annonces personnalisées. C'est donc un secteur économique entier, d'un poids considérable, qui est menacé d'extinction par certains aspects de la décision.

Voilà les véritables raisons qui nous poussaient à qualifier la décision de la CNIL « d'historique ». Or, un arrêt du Conseil d'État en date du 12 juin 2020 la confirme absolument en tous points : s'agissant de la compétence territoriale de la CNIL, des exigences de clarté relatives aux politiques de transparence et enfin des conditions pour consentir à un traitement, en particulier dans le contexte de la publicité personnalisée. Il ne s'agira donc ici que de compléter le commentaire de la décision initiale par quelques observations synthétiques.

La compétence territoriale de la CNIL : une question qui ne se posera pas

En vertu de l'article 56 du RGPD, lorsqu'un traitement de données à caractère personnel a une ampleur transfrontalière, les différentes autorités de protection nationales concernées doivent agir conjointement, sous l'autorité d'un chef de file. La CNIL avait cependant évincé ce mécanisme, évitant ainsi de se retrouver sous une pesante subordination irlandaise, libre d'agir seule, au terme d'une interprétation des textes pour le moins audacieuse. Techniquement, il s'agissait du passage le plus fragile de la délibération. Il passe cependant sans encombre le contrôle du Conseil d'État.

À supposer qu'un chef de file doive être désigné, il doit s'agir selon le règlement (art. 56) de « l'autorité de contrôle de **l'établissement principal** ou de l'établissement unique du responsable du traitement » (les caractères gras sont toujours de notre fait). Or, l'article 4 du même texte définit l'établissement principal, « en ce qui concerne un responsable du traitement établi dans plusieurs États membres, [comme] **le lieu de son administration centrale** dans l'Union, **à moins que** les décisions quant aux finalités et aux moyens du traitement de données à caractère personnel soient prises dans un autre établissement du responsable du traitement dans l'Union et que ce dernier établissement a le pouvoir de faire appliquer ces décisions, auquel cas l'établissement ayant pris de telles décisions est considéré comme l'établissement principal ». Dit autrement, si, **au sein de l'Union**, il existe une administration centrale dans un État A, mais une centre décisionnaire en matière de finalités et moyens du traitement dans un État B, c'est le B qui prévaut et qui est retenu comme chef de file. En l'espèce, il pouvait sembler à l'observateur que Google disposait d'une administration centrale en Europe, basée à Dublin, mais que la société prenait les décisions relatives au traitement aux USA. Faute d'État membre B, il aurait fallu s'en tenir à l'État membre A. Cependant, la CNIL avait habilement brandi le considérant 36 du RGPD afin de parasiter ce raisonnement : « « L'établissement principal (...) devrait supposer l'exercice effectif et réel **d'activités de gestion déterminant les décisions principales** quant aux finalités et aux moyens du traitement dans le cadre d'un dispositif stable ». Sur la base de ce texte particulièrement obscur, la CNIL avait affirmé qu'une administration centrale en Europe qui n'aurait aucune influence sur les finalités et moyens du traitement ne permet pas d'ancrer véritablement un établissement principal au sens du RGPD. Dès lors, Google n'avait aucun établissement principal en Europe et le mécanisme du chef de file devenait totalement inapplicable.

Le raisonnement est astucieux, mais l'interprétation proposée est quasiment divinatoire. La réalité est que le RGPD n'a pas réglé explicitement réglé la situation d'un responsable prenant toutes les décisions relatives aux finalités et moyens du traitement hors du seul européen, ce qui constitue assurément une lacune surprenante. Mais il convenait d'en déduire que la demande de question préjudicielle à la CJUE formée par la société américaine était fondée. Le juge européen aurait définitivement aplani la difficulté, au bénéfice des futurs contentieux partout dans l'Union. Las, le Conseil d'État fait semblant de ne pas apercevoir la difficulté. Contre cela, on ne peut rien, de même qu'on est démuné quand la Cour de cassation estime qu'une QPC dirigée contre sa jurisprudence ne présente, à l'évidence, aucun caractère sérieux : la vocation d'un filtre est de filtrer.

La transparence : les mots pour le dire

L'article 12 du RGPD exige du responsable de traitement qu'il fournisse aux personnes concernées des informations nombreuses et substantielles, formulées cependant « [...] d'une façon concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples ». Le niveau d'exigence ainsi posé est sans équivalent en droit des contrats ou en droit de la consommation. L'objectif est certainement louable, même si l'on peut craindre que les politiques de confidentialité ne soient pas davantage lues par leurs destinataires que les conditions générales des contrats d'assurance habitation ou des cartes de paiement.

Google avait tenté d'allier exhaustivité et accessibilité en concevant une politique de confidentialité truffée de tiroirs, d'accordéons, de vidéos et de liens hypertextes. La multiplicité et la complexité

des traitements opérés imposent de longs développements. S'ils ne sont pas scindés, il faudra écraser le lecteur avec un document de plusieurs dizaines de pages. Mais la stratégie de l'éclatement n'est pas non plus sans risque : la CNIL avait reproché à Google un premier niveau d'information trop léger, puis avait tout simplement « compté les clics » nécessaires pour obtenir certains renseignements précis. Six « actions » pour comprendre comment est exploitée la géolocalisation, par exemple, ce serait trop. Le Conseil d'État s'approprie la démonstration, et approuve la CNIL de n'avoir pas indiqué à Google comment faire mieux : elle n'est pas tenue juridiquement de le faire.

La société s'essaiera donc à d'autres présentations et à d'autres équilibres à l'avenir, sans même savoir s'il existe véritablement une solution acceptable. Dans notre précédent commentaire, nous avons en effet soulevé l'hypothèse qu'un certain niveau de complexité dans les traitements rend peut-être impossible, *de fait*, de parvenir à l'idéal de pédagogie recherché par la CNIL. Derrière une démarche d'apparence quelque peu tatillonne sur la forme se dissimule sans doute ce débat de fond, qui ne pourra pas être abordé frontalement, alors qu'il est de loin le plus intéressant.

Si les critiques adressées à l'architecture générale de cette politique de confidentialité peuvent à certains égards laisser perplexe, il est tout à fait justifié, en revanche, de retenir contre la société californienne certaines formules beaucoup trop floues, comme celles qui visent la conservation de certaines données « pendant de longues périodes pour des raisons précises ».

À supposer qu'il existe une présentation acceptable de sa politique de confidentialité, Google finira certainement par la trouver, et dispose en tous les cas des ressources nécessaires. Mais beaucoup d'autres responsables de traitement tremblent actuellement à l'idée qu'on applique à leurs propres documents le même niveau d'exigence. Ceux qui ne tremblent pas sont simplement mal informés.

Le consentement : un fondement de licéité perdu pour la publicité ciblée

C'est une chose de devoir retravailler ses documents contractuels, c'en est une autre de voir son modèle d'affaires s'écrouler sous ses yeux. Or, la dernière partie de l'arrêt du Conseil d'État peut s'interpréter comme une potentielle mise à mort de la publicité ciblée en ligne.

Tel qu'il est actuellement conçu par Google, le traitement des données des utilisateurs nécessaire aux publicités personnalisées repose sur leur consentement. Un corollaire, qui était déjà respecté, c'est que ce consentement peut être retiré à tout moment – s'affichent alors des publicités simplement « contextuelles », bien moins lucratives. Mais peu d'utilisateurs partent à la recherche du réglage ad hoc. Un autre corollaire, jusqu'ici ignoré, c'est que le consentement *initial* doit faire l'objet d'un « acte positif clair » (cons. 32 RGPD). Or Google pré-cochait la case idoine lors de la création du compte utilisateur. Un message d'avertissement était certes affiché, sans être évidemment lu par personne : tout le monde acceptait donc, de fait. La CNIL exige la démarche inverse et le Conseil d'État l'approuve : par défaut, la case doit être vide. Cela est tout à fait conforme au règlement. Mais comme nous l'exposons dans notre précédent commentaire, cette solution d'apparence technique peut mettre à bas l'ensemble du secteur de la publicité personnalisée. En substance, chaque nouvel utilisateur sera présumé refuser le *tracking*. Il pourrait choisir de le demander, mais qui ferait une chose pareille s'il n'y est pas contraint ? Et s'il y est contraint, le consentement ne sera pas valable.

La solution n'est pas surprenante, pour qui veut bien admettre que le fondement de licéité « consentement » n'a jamais été conçu pour de tels usages. Il est à réserver aux situations dans lesquelles le responsable de traitement est préparé à entendre, avec une égale sérénité, la réponse « oui » ou la réponse « non » (ainsi, par exemple, de ce club de sport qui demande à ses adhérents s'ils acceptent de figurer sur des photographies placées sur le site internet de l'association.). Lorsqu'une des réponses menace sa survie même et qu'il fait tout ce qui est en son pouvoir pour

l'empêcher – un comportement qu'on rencontre également en matière de bandeau cookies – c'est en réalité une perversion du fondement « consentement ».

Il reste une dernière chance aux responsables de traitement du secteur : faire admettre au juge européen que leur modèle d'affaires, qu'aucun texte actuel ne déclare illicite dans son principe même, suppose que le traitement de la publicité ciblée est « nécessaire à l'exécution du contrat » passé avec l'internaute. En matière de droit de la consommation, en effet, il a déjà été jugé que les contrats passés avec Facebook ou Google ne le sont pas à titre gratuit, l'utilisateur « payant » avec des données plutôt qu'en euros. Il était loisible au législateur européen de refuser que perdure ce contrat très particulier, mais il ne l'a pas fait. La question sera donc résolue, et c'est regrettable, sous un angle indirect et technique. Le prochain round se déroulera sur ce terrain. Il devrait opposer Facebook à l'autorité irlandaise, qui ne pourra pas tergiverser éternellement. L'enjeu, à s'en tenir à l'économie française, est de plusieurs milliards d'euros (nous poursuivons ces réflexions dans « Service en ligne « gratuit » contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile », *in Mélanges Jean-Patrice et Michel Storck*, Dalloz, à paraître).

contact@enetter.fr