



HAL
open science

“ Refuser tous les cookies ”. Espoirs et mirages d’une régulation par les boutons

Emmanuel Netter

► **To cite this version:**

Emmanuel Netter. “ Refuser tous les cookies ”. Espoirs et mirages d’une régulation par les boutons. Dalloz IP/IT : droit de la propriété intellectuelle et du numérique, 2022, 07, pp.392. halshs-03729740

HAL Id: halshs-03729740

<https://shs.hal.science/halshs-03729740>

Submitted on 15 Feb 2023

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.

**« Refuser tous les cookies ». Espoirs et mirages d'une régulation par les boutons.
CNIL, délibération SAN-2021-023 du 31 décembre 2021**

Dalloz IP / IT, 2022, p. 392

Emmanuel Netter
professeur de droit privé à l'université d'Avignon

Le 7 décembre 2020, la CNIL prononçait deux décisions de sanction : l'une dirigée contre Amazon Europe, l'autre visant conjointement Google Irlande et Google LLC. Ces délibérations constitueront un jalon dans l'histoire des droits français et européen des données personnelles, et ce pour deux raisons.

La première raison tient à la personnalité des acteurs sanctionnés. Alors que quatre ans nous séparent désormais de l'entrée en application du RGPD, les grandes sociétés américaines du numérique ont semblé miraculeusement épargnées par les sanctions, en dépit d'efforts de mise en conformité que nous qualifierons de « variables » selon les entités et les domaines considérés. L'explication est à rechercher dans le mécanisme du « guichet unique », qui donne un pouvoir excessif aux autorités luxembourgeoise (pour Amazon) et irlandaise (pour Microsoft, Google, Apple et Facebook notamment) de protection des données. Lorsqu'un dossier transfrontalier concerne une des sociétés citées, ces autorités agissent en effet comme « chefs de file ». Censées coordonner l'action des différentes CNILs concernées, elles sont en mesure d'imprimer le tempo de leur choix à l'instruction du dossier, jusqu'à en provoquer l'enlisement des années durant sans qu'existe aucun moyen de les contraindre à accélérer. Certes, la CNIL avait réussi à infliger une sanction de 150 millions d'euros dans une décision remarquée de janvier 2019, profitant de ce que le chat Google s'était imparfaitement perché sur l'arbre irlandais. Mais ce coup d'éclat devait rester isolé. Dublin s'étant engagée dans une course de lenteur dans tous les grands dossiers, en particulier ceux engagés par Max Schrems et son association None of Your Business contre Facebook, la crédibilité de l'Union en matière de protection des données était remise en cause. Le silence se fit. Puis il fut à nouveau brisé par le son du canon : les sanctions de décembre 2020, à hauteur de 35 millions pour Amazon et de 60 millions pour Google. En matière de lecture ou d'écriture d'informations sur le terminal des utilisateurs (processus qui prend souvent la forme de « cookies »), un texte de droit spécial s'applique en surcouche du RGPD, la directive 2002/58/CE sur les communications électroniques. Or, dans cette matière, la CNIL estimait que le guichet unique n'est pas applicable. Voilà qui était susceptible de réarmer toutes les autorités de protection nationales, dans un domaine certes restreint, mais crucial.

La deuxième raison pour laquelle les sanctions de fin 2020 constitueront longtemps un point de repère dépasse largement l'univers des « GAFAM ». En matière de cookies, après avoir adopté des lignes directrices (délibération 2019-093), produit des communiqués de presse, discuté avec les professionnels, sensibilisé, expliqué, la CNIL concluait son long roulement de tambour et se mettait en marche. Or, de très nombreuses entreprises procèdent à des opérations de lecture et d'écriture dans les terminaux de leurs utilisateurs, à l'occasion d'une navigation sur un site internet ou de l'utilisation d'une application pour smartphone. En vertu de l'article 82 de la loi informatique et libertés, qui transpose la directive sur les communications électroniques, l'utilisateur doit alors être informé des finalités de ces opérations, puis il doit consentir à ce qu'elles soient menées. Il est fait exception à ce principe pour les seuls cookies essentiels à la fourniture du service ou à la communication électronique.

Les sanctions de décembre 2020 se concentraient sur deux questions. D'abord : l'internaute est-il correctement informé des raisons pour lesquelles des cookies sont déposés sur sa machine ? Ensuite : peut-il efficacement refuser le dépôt ? Les deux réponses étaient négatives. Tant Google

qu'Amazon fournissaient une information incomplète et insuffisamment claire sur les finalités du traitement. L'une et l'autre des sociétés déposaient de nombreux cookies sur la machine avant même que l'utilisateur ait répondu à la question qui lui était posée. Dans le cas de Google, il a même été constaté qu'après un refus de l'internaute, un cookie non-essentiel était tout de même déposé.

La CNIL ne s'était pas contentée d'infliger d'importantes amendes : elle avait assorti ses sanctions d'injonctions à agir sous astreinte de 100.000 euros par jour de retard. Les sociétés concernées ont obéi. S'agissant de Google, une délibération du 30 avril 2021 avait constaté que les critiques qui lui avaient été adressées avaient fait l'objet de réactions suffisantes.

Une autre difficulté restait toutefois à résoudre. Donner à l'internaute le *pouvoir* de refuser les cookies pourrait ne pas suffire. Encore faut-il étudier les *modalités* selon lesquelles son choix est recueilli. La question, cruciale en pratique, est celle de la conformité d'un « bandeau cookies » qui rend le rejet des traceurs plus difficile que leur acceptation. Il s'agit là de la partie la plus importante de la décision sur un plan qualitatif (II). Mais elle est précédée de longs prolégomènes relatifs à des questions de procédure (I).

I – Les prolégomènes : un florilège de questions de procédures

Google avait demandé à la CNIL de surseoir à statuer dans l'attente de la décision du Conseil d'État, qui devait connaître du recours contre la sanction de 2020. L'autorité de protection refuse, ainsi qu'elle était en droit de le faire, au motif notamment que « la décision du Conseil d'État pourrait ne pas intervenir avant plusieurs mois » (§33). Dès lors, la société de Mountain View est forcée de déployer une nouvelle fois des arguments déjà développés l'année précédente, et visant notamment à contester la compétence de la CNIL (A). Elle y ajoute cependant quelques points de procédure inédits (B).

A – Les arguments connus : le guichet unique définitivement évincé

Nous passerons rapidement sur ces questions, que nous avons déjà analysées dans notre commentaire de la sanction de 2020. Google et Facebook affirmaient qu'on ne pouvait les priver du mécanisme de guichet unique – dit autrement, de la protection de fait que confère l'attitude velléitaire du Data Protection Commissioner irlandais. La discussion se résume à une difficulté d'interprétation lorsqu'il s'agit d'articuler un texte général – le RGPD, qui prévoit le one-stop-shop – et un texte spécial – la directive sur les communications électroniques, qui n'envisage rien de tel. L'argument des géants du numérique consiste à dire que le texte spécial et antérieur étant silencieux, le texte général et postérieur a rempli l'espace laissé vide. Mais la réponse de la CNIL était et demeure imparable : quand bien même on voudrait appliquer le guichet unique à la question des cookies, on ne le pourrait pas. En effet, en matière de communications électroniques, chaque État membre était libre de désigner une autorité de référence qui pouvait être l'équivalent local de la CNIL mais aussi de l'ARCEP. Certains pays ont effectivement favorisé leur autorité spécialisée en droit des communications. Dès lors, en la matière, il n'est pas possible de réunir le Comité Européen de la Protection des Données (CEPD), puisqu'il regroupe les 27 CNILs. Or, le CEPD est une brique indispensable au fonctionnement du mécanisme de guichet unique : CQFD.

Moins d'un mois après la délibération rapportée, le 28 janvier 2022, Conseil d'État se prononçait sur le recours formé par Google contre la sanction de 2020 et approuvait pleinement cette éviction du guichet unique. Surseoir à statuer quelques semaines aurait donc bien permis qu'on fasse l'économie de longs passages de la décision rapportée. La suite ne fait qu'accroître cette impression.

Ayant écarté le one-stop-shop, l'autorité doit encore fonder sa propre compétence territoriale. Là encore, elle se contente de reconduire une argumentation présentée en 2020 et que le Conseil d'État approuvera un mois plus tard : elle démontre que Google dispose d'un établissement situé sur le sol français, et étudiera les opérations de lecture ou d'écriture réalisées dans les terminaux d'utilisateurs résidant en France.

Était également connu l'argument selon lequel la CNIL ne devrait pas pouvoir prononcer de sanction sans avoir mis au préalable le responsable de traitement en demeure de se conformer à la réglementation. Mais il n'y a là aucune obligation pour l'Autorité. Le Conseil d'État l'avait déjà dit par le passé (CE, 4 nov. 2020 n° 433311) et il a réaffirmé cette solution le 28 janvier 2022. Ni Google ni Facebook ne pouvaient sérieusement prétendre qu'ils ignoraient que la CNIL s'apprêtait à les poursuivre. Ses lignes directrices, ses communiqués de presse étaient sans ambiguïté à cet égard. S'agissant de Google, un courrier du secrétaire général en date de février 2021 s'était même montré particulièrement explicite. Juridiquement, l'argumentation de la CNIL est donc sans faiblesse. Politiquement, Google n'a pas tout à fait tort d'estimer que d'autres sont mieux traités : l'autorité de protection des données a annoncé publiquement avoir mis en demeure « une soixantaine » de sociétés pour des politiques illégales en matière de cookies. Une partie de ces acteurs était potentiellement coupable de manquements aussi graves et aussi délibérés que Facebook et Google. Mais de telles différences de traitement font partie de la marge d'appréciation en opportunité dont disposent les autorités administratives indépendantes lorsqu'elles sont amenées à réguler un secteur. La simple différence de taille entre les responsables de traitement peut, à elle seule, le justifier : les acteurs systémiques sont traités avec une particulière rigueur.

B – Les arguments nouveaux

Au titre des discussions procédurales nouvelles par rapport à 2020, on relèvera d'abord la demande faite à la CNIL de poser une question préjudicielle à la CJUE. Il aurait fallu demander en substance si le droit de l'Union exige bien qu'un bouton situé dès le premier niveau d'un bandeau cookies permette le refus en bloc de tous les traceurs. L'autorité répond cependant qu'au sens du droit de l'Union (art. 267 TFUE), seule une « juridiction » est admise à poser une telle question. Elle peut alors s'appuyer sur des précédents tant européen (CJUE, 16 sept. 2020, C-462/19) que français (Cass. 2^{ème} civ., 30 sept. 2021, n° 20-78.302) dans lesquels une autorité indépendante, certes chargée de la concurrence, mais présentant une physionomie générale similaire à celle de la CNIL, s'est vu refuser cette qualification de « juridiction ». La réponse est juridiquement fondée. On peut néanmoins s'interroger sur l'opportunité d'une telle solution. En effet, une AAI confrontée à un problème sérieux d'interprétation du droit européen est donc supposée le trancher elle-même, à charge pour la personne sanctionnée de former un recours devant une véritable juridiction qui, seule, pourra poser la question. Bien du temps aura été perdu, dans des domaines où il serait pourtant précieux d'obtenir des éclairages plus rapides de la CJUE.

Mentionnons enfin une dernière question procédurale, celle portant sur l'application du principe « non bis in idem ». Google prétendait avoir été sanctionné, en 2020, pour l'ensemble de son œuvre en matière de cookies, ce qui aurait interdit de le punir une seconde fois pour les mêmes faits. L'argument était peu convaincant : nous avons rappelé en introduction de ce commentaire que la précédente amende portait clairement sur l'information des internautes, et sur la capacité même à refuser le dépôt de cookies sur un terminal. La question des modalités concrètes du choix restait à examiner.

II – L'essentiel : forme des « bandeaux cookies » et liberté du consentement

A Facebook comme à Google, il était reproché d'avoir conçu des « bandeaux cookies » qui, certes, permettaient de refuser les traceurs, mais rendaient ce rejet pénible. Alors qu'il était possible de donner son accord au tracking publicitaire d'un seul clic, le refus était relégué au « second niveau »

du bandeau, c'est-à-dire qu'il était nécessaire d'ouvrir d'abord un espace de paramètres. Il pouvait être encore nécessaire, parfois, de faire basculer plusieurs interrupteurs, mais quand bien même on n'aurait pas allongé à ce point la procédure de choix, le mal aurait déjà été fait : ce qu'exige la CNIL, c'est un pur et simple parallélisme des formes. Accepter et refuser doit présenter strictement la même difficulté.

Certes, ni le RGPD ni la directive sur les communications électroniques ne posent expressément cette solution. Les argumentations des géants américains vont s'arc-bouter sur cette absence avec l'énergie du désespoir. Il faut aller jusqu'aux lignes directrices de la CNIL – qui n'ont valeur que de simple doctrine administrative – pour y trouver l'exigence ainsi formulée. Mais l'autorité s'appuie de manière convaincante sur l'article 4 du RGPD, qui définit le consentement comme une « manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair (...) ». Surtout, le Conseil d'État, saisi d'un recours contre la délibération adoptant les lignes directrices, avait estimé que « la CNIL qui, en indiquant qu'il devait "être aussi facile de refuser ou de retirer son consentement que de le donner", s'est bornée à caractériser les conditions du refus de l'utilisateur, sans définir de modalités techniques particulières d'expression d'un tel refus, n'a entaché sa délibération d'aucune méconnaissance des règles applicables en la matière » (CE, 19 juin 2020, n° 434684, T., pt 15).

Du reste, si les géants du numérique résistent avec autant d'ardeur à une exigence aussi banale que celle d'un bouton « tout refuser », c'est sans doute la meilleure preuve que l'implémenter modifierait les usages... et par conséquent que ne pas le proposer produit un biais des consentements. La CNIL s'appuie d'ailleurs sur des études universitaires conduites en ce sens. Sa propre structure de prospective, le LINK, avait étudié en profondeur « la forme des choix » (Cahier IP 6 du 20 mars 2019), et le Comité européen pour la protection des données a publié récemment des « Guidelines 3/2022 on Dark patterns in social media platform interfaces: How to recognise and avoid them » (21 mars 2022).

Ce même raisonnement relatif à l'altération de la liberté de choix, la CNIL le développe au moment de décider du montant de la sanction. Puisque des utilisateurs ont été artificiellement conduits à accepter des traceurs dont, au fond, ils ne voulaient pas, la pratique illégale a procuré « un avantage financier considérable » aux sociétés, ce qui justifie que soit prononcée une amende de 60 millions d'euros pour Facebook, et de 150 millions d'euros pour Google (90 millions pour la société américaine, 60 pour l'européenne).

La CNIL a fait son travail, et elle l'a bien fait. Mais où tout cela nous mène-t-il ? En dernière analyse, un internaute correctement informé et ayant parfaitement compris en quoi consiste un cookie publicitaire n'a pas de raison de l'accepter. Pourquoi révéler la liste de ses centres d'intérêt à un responsable de traitement, au risque qu'elle soit mal utilisée, revendue ou qu'elle devienne accessible aux tiers à la suite d'une faille de sécurité ? S'il est permis d'accéder au service sans s'exposer ainsi, autant dire « non » ! Mais alors, c'est le modèle de financement par la publicité ciblée qui est remis en cause¹. Forçant un peu le trait, on pourrait dire qu'actuellement, les services « gratuits » sont financés par les internautes qui n'ont pas compris qu'ils pouvaient entrer sans contrepartie en données personnelles. Le jour où les interfaces seront si claires que tout le monde fera le choix qui s'impose, on sera forcés de se poser la bonne question : quel est le bon encadrement pour la publicité ciblée² ? En attendant on renverra à de prétendus arbitrages individuels une question de réglementation collective, et on continuera de pervertir le consentement comme

1 Il reste permis au responsable de traitement de proposer de la publicité non personnalisée, mais son rendement n'est pas le même.

2 Nos observations sur ce thème : « Service en ligne "gratuit" contre publicité ciblée : le modèle d'affaires aux pieds d'argile », Mélanges Storck, Dalloz, 2021 ; « À quoi sert le principe de transparence en droit des données personnelles ? », Dalloz IP/IT, 2020, p.611.

fondement de licéité des traitements. Les CNILs compensent les manques du législateur. Ouvrez-bien les yeux face à vos bandeaux cookies, le jeu de dupes se poursuit.