

CONCLUSIONS

Mme Aurélie BRETONNEAU, rapporteur public

Si nous voulions vous mettre en appétit pour cette affaire, nous vous dirions qu'elle pose d'alléchantes questions relatives aux *cookies* – non pas bien sûr les petits gâteaux, car en dépit du nom de la société Croque Futur, c'est à votre appétit contentieux que nous nous adressons, mais les témoins de connexion consistant en des fichiers textes créés par le serveur du site internet consulté par un internaute et déposés, via son navigateur internet, sur son disque dur. Ces témoins de connexion surnommés cookies permettent au site internet de conserver la mémoire de données propres à l'utilisateur, parfois pour les besoins du fonctionnement du site (certains cookies sont nécessaires à l'affichage de vidéos par exemple), souvent pour faciliter la navigation de l'internaute (afin de permettre la reconnaissance de l'internaute lors d'une future identification, ou la conservation de son panier d'achat en ligne), souvent encore pour satisfaire des besoins de l'éditeur du site (cookies de mesure d'audience, cookies traceurs de réseaux sociaux et surtout, cookies liés aux opérations de publicité ciblée, parce qu'ils rendent possible la communication aux annonceurs du « profil » de l'internaute concerné). Bien que n'étant ni des logiciels espions, ni des virus, ces fichiers textes, parce qu'ils rendent possibles un certain traçage de l'internaute et la communication ou le stockage de données potentiellement identifiantes, posent de redoutables questions en matière de protection des données personnelles. Ces questions redoutables ont justifié l'insertion, en 2009, d'obligations spécifiques aux *cookies* dans la directive 2002/58/CE dite « vie privée et communications électroniques du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002, et leur transposition au II de l'article 32 de la loi « informatique et libertés » n° 78-17 du 6 janvier 1978. Elles ont également justifié l'adoption de recommandations par le groupe des autorités de protection des données européennes dit G29 et d'une délibération de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978, dont la position assez maximaliste n'est pas sans soulever par elle-même des interrogations. Toutefois, si le dossier vous force à tangenter d'importantes questions de principe dont la résolution mériterait selon nous un renvoi en formation supérieure, nous pensons également qu'il ne vous oblige pas à les aborder de front.

L'affaire concerne l'édition par la société requérante du site www.challenges.fr. Le 27 novembre 2014, la CNIL a diligenté une mission de contrôle et procédé à des constatations en ligne les 28 novembre et 2 juin suivants. Plusieurs manquements à la loi informatique et libertés – notamment aux dispositions du II de l'article 32 applicable aux témoins de connexion – ayant été constatés, la présidente de la CNIL a, par une délibération du

3 juin 2016 notifiée le 10, mis la société en demeure d'y mettre un terme dans un délai de trois mois. La société, qui avait fait valoir que la mise en conformité prendrait un peu de temps compte tenu de ce qu'elle dépendait des moyens techniques du Nouvel observateur, a annoncé par écrit qu'une réponse faisant état de l'avancement de la correction serait adressée avant l'expiration du délai de trois mois imparti. Ne voyant rien venir à l'échéance, fixée au 10 septembre 2016, la CNIL a adressé un courrier de relance le 18 octobre suivant. Mais la société n'a pas saisi ce délai de grâce et la CNIL a fini par engager une procédure de sanction. Un rapporteur a été désigné le 2 décembre 2016 et un rapport a été adressé à la société le 31 janvier suivant. Par la délibération attaquée du 18 mai 2017, la formation restreinte de la CNIL a infligé à la société une sanction pécuniaire d'un montant de 25 000 euros, sans sanction complémentaire de publication de la sanction principale. Vous connaissez du recours de la société contre cette décision de sanction en qualité de juge de plein contentieux.

Le premier moyen, de légalité externe de la délibération litigieuse, pose une intéressante question de procédure. Il est tiré de l'irrégularité qu'aurait commise la CNIL en ne prenant pas le soin, postérieurement à l'expiration du délai de trois mois imparti par la mise en demeure, et avant d'édicter une mesure de sanction, de diligenter un nouveau contrôle pour s'assurer que les manquements n'avaient pas été corrigés dans l'intervalle.

Il est vrai que votre jurisprudence récente s'est engagée dans une forme de prise en compte de l'éventuelle cessation des manquements avant l'édiction de la mesure de sanction. Par une décision CE, 19 juin 2017, *Société Optical Center*, n° 396050, à mentionner aux tables, vous avez rappelé que la CNIL ne peut faire usage des pouvoirs de sanction qui lui sont dévolus qu'après avoir mis en demeure le responsable du traitement de respecter les obligations qui lui sont imposées par les textes législatifs et réglementaires, et faute pour l'intéressé de s'être conformé à cette mise en demeure dans le délai imparti à cet effet. Vous en avez déduit, d'une part, que l'autorité investie du pouvoir de sanction doit apprécier si, à la date à laquelle ce délai a expiré, la personne à l'encontre de laquelle la mise en demeure a été prononcée s'y est, en tout ou partie, conformée ; d'autre part, que la circonstance qu'il a été remédié au manquement fautif postérieurement à la date d'expiration de la mise en demeure peut être prise en compte pour la détermination de la sanction infligée. En réalité, cette décision entendait retenir une position d'équilibre entre la sévérité nécessaire à l'efficacité des pouvoirs de sanction et la souplesse inhérente à l'objectif de régulation qui surplombe l'octroi à la CNIL d'un pouvoir répressif. Le premier temps du raisonnement incarnait la sévérité, en jugeant en creux qu'une correction des manquements postérieure à l'expiration du délai de mise en demeure ne privait pas la commission restreinte de tout titre à sanctionner, faute de quoi les opérateurs seraient placés en situation de commettre des manquements en toute impunité après l'expiration du délai jusqu'à la fin de la procédure parfois longue de sanction, à tout le moins d'attendre systématiquement de connaître le niveau de la sanction envisagée par le rapporteur pour déterminer s'ils ont rationnellement intérêt ou non à s'y conformer. Le second temps du raisonnement incarnait la souplesse, en permettant de faire en sorte qu'une mise en conformité même tardive puisse, selon les circonstances de l'espèce, valoir circonstance atténuante de nature abaisser le *quantum* de la sanction.

Mais s'il appartient à la formation restreinte, pour déterminer si elle a un titre à sanctionner, d'apprécier si les manquements étaient toujours en cours à la date couperet d'expiration du délai, nous pensons qu'elle doit le faire au vu des éléments apportés sur ce point par la personne visée par la procédure, sans imposer à la formation d'instruction de la CNIL, qui conserve tout le loisir de le faire, d'engager systématiquement un nouveau contrôle pour s'assurer elle-même auprès de la société que les manquements ont perduré. Il nous

semble en effet qu'obliger la CNIL à la réalisation d'un tel contrôle reviendrait d'une part à faire peser sur les services d'instruction une charge importante, non prévue par les textes et de nature à renchérir considérablement le coût administratif de l'engagement d'une procédure de sanction. D'autre part, cela transformerait dans les faits le délai courant entre la date couperet impartie par la mise en demeure et la date de réalisation du contrôle de conformité en nouveau délai de grâce pour les contrevenants : car autant la société en charge de démontrer qu'elle a mis fin aux manquements à la date impartie dispose des moyens de prouver cette chronologie, autant les contrôleurs de la CNIL ne pourront le plus souvent que constater la correction des manquements à la date du contrôle, sans savoir ce qu'il en était dans l'intervalle séparant ce contrôle de l'expiration du délai. Bref, il nous semble que le savant équilibre voulu par votre décision *Optical Center* serait, si l'on faisait peser sur la CNIL la charge de s'assurer par la voie d'un contrôle que les manquements n'ont pas pris fin à l'expiration de la mise en demeure, déplacé dans un sens trop favorable aux personnes visées par la procédure et trop défavorable au caractère dissuasif de la mise en demeure sous menace de sanction.

Disant cela, nous estimons toutefois qu'il serait peu conforme aux principes de la répression administrative de figer démesurément les choses au stade de l'engagement de la procédure de sanction. Nous pensons donc que si la carence de la personne visée par la mise en demeure à faire connaître qu'elle a mis fin au manquement à l'expiration du délai ouvre la possibilité pour la CNIL de saisir la formation restreinte, il n'en reste pas moins possible à la personne concernée de réparer utilement cette carence dans le cadre de la procédure contradictoire devant cette formation, à laquelle s'adresse votre décision *Optical Center* lorsqu'elle prescrit d'apprécier si les manquements se sont poursuivis. Autrement dit, la personne qui n'a rien fait savoir à la CNIL à l'issue de la mise en demeure peut tout de même se rattraper devant la formation restreinte en apportant soit au stade de ses observations écrites sur le rapport du rapporteur, soit dans le cadre de ses observations orales en séance, les éléments permettant d'établir qu'un manquement avait cessé en temps utile et qu'elle ne peut dès lors faire l'objet d'une sanction au titre d'un tel manquement.

Ce dernier élément n'est pas sans inconvénient pour le régulateur qui, confronté à un opérateur peu coopératif s'abstenant de fournir à l'issue de la mise en demeure le point d'étape attendu et de répondre aux courriers de relance qu'en pratique, la CNIL prend toujours le soin d'adresser dans un tel cas de figure, se retrouve en situation d'engager une procédure de sanction pour découvrir *in extremis*, dans le cadre de la procédure contradictoire engagée devant la formation restreinte, qu'il n'y avait en réalité pas matière à poursuites. Il ne serait pas souhaitable qu'un tel élément de souplesse dissuade les opérateurs de fournir au régulateur les éléments qu'il attend d'eux en temps utiles au motif qu'ils pourront toujours se rattraper plus tard, une fois acculés par la procédure de sanction.

Mais nous pensons que le point d'équilibre se trouve à l'article 21 de la « loi informatique et libertés », qui dispose que les responsables de traitement « ne peuvent s'opposer à l'action de la commission ou de ses membres et doivent au contraire prendre toutes mesures utiles afin de faciliter sa tâche », étant tout particulièrement tenus « de fournir les renseignements demandés par celle-ci pour l'exercice de ses missions ». Nous pensons en effet que, pour peu que la personne visée ait été informée par la mise en demeure de ce que la CNIL attendait d'elle des éléments d'information à l'expiration du délai imparti, la carence à transmettre ces éléments, surtout malgré des courriers de relance de la CNIL, constitue en tant que telle un manquement. C'est d'ailleurs ce qu'a estimé, en l'espèce, la formation restreinte, en sanctionnant en propre une méconnaissance de l'article 21, notamment au motif que, prévenue par la mise en demeure que la CNIL attendait d'elle des éléments d'information à

l'expiration du délai, la société a méconnu cette exigence et manqué ainsi au devoir de coopération avec le régulateur. S'agissant d'un tel manquement à l'obligation de coopération avec le régulateur à l'issue de la mise en demeure, l'information dans la mise en demeure selon laquelle la CNIL attend des éléments d'information vaut en effet à nos yeux notification de ce grief ouvrant la possibilité à la formation restreinte de s'en saisir ensuite dans le cadre de la procédure de sanction.

Pour nous résumer, nous proposons donc de retenir l'équilibre suivant : premièrement, c'est à la personne visée par la mise en demeure de faire connaître à la CNIL les éléments permettant d'apprécier si les manquements perdurent, sans que la CNIL soit jamais tenue de réaliser un contrôle pour s'assurer de la poursuite des manquements à la date couverte avant d'engager légalement une telle procédure ; deuxièmement, la personne poursuivie qui n'a rien fait valoir devant la CNIL peut toujours, dans le cadre de l'instruction contradictoire, démontrer utilement que les manquements avaient cessé à l'expiration de la mise en demeure, auquel cas la formation restreinte ne pourra pas la sanctionner au titre de tels manquements ; troisièmement, cette dernière circonstance ne fait toutefois pas obstacle au prononcé par la formation restreinte d'une sanction pour méconnaissance de l'article 21, lorsque l'opérateur informé de ce que la CNIL attendait de lui des éléments de réponse à l'expiration de la mise en demeure n'a pas pris le soin de les lui faire connaître.

En l'espèce, cet équilibre doit vous conduire à écarter le moyen d'irrégularité qu'aurait commise la CNIL en saisissant la commission restreinte sans réalisation d'un contrôle préalable, mais également le moyen tiré de l'illégalité qu'aurait commise la formation restreinte à avoir sanctionné un manquement à l'article 21.

Venons-en aux autres manquements retenus pour justifier la sanction pécuniaire.

Le premier manquement concerne le I de l'article 32, qui impose pour l'ensemble des traitements de données personnelles que la personne auprès de laquelle ces données sont recueillies soit informée de l'identité du responsable du traitement, de la finalité poursuivie par ce dernier, des destinataires des données et des droits qu'elle tient de la section 2 du chapitre V de la loi, c'est-à-dire en particulier des droits d'accès à ses données personnelles, de rectification de ces dernières et d'opposition à leur traitement. Contrairement à ce que laisse penser la requête, la mise en demeure indiquait clairement que le manquement reproché sur ce terrain ne concernait pas les *cookies*. Étaient en cause les formulaires présents sur le site et que les internautes étaient invités à renseigner pour pouvoir créer un compte personnel. Naturellement, identification oblige, de tels formulaires emportaient recueil de données personnelles, et donc soumission au I de l'article 32 de la loi.

La société soutient que la formation restreinte s'est fondée sur des éléments matériellement inexacts en estimant que le manquement à cette obligation d'information n'avait pas cessé à l'expiration de la mise en demeure. Elle en veut pour preuve des copies d'écran du site www.challenges.fr datées du 15 juin 2016 montrant qu'à cette date, les internautes étaient informés de leurs droits d'accès, rectification et d'opposition, et une attestation du 11 juillet 2017 sur le fait que ces modifications ont été décidées le 7 juin. Mais s'il résulte incontestablement de ces pièces une mise en conformité partielle s'agissant de la mention des droits d'accès d'opposition et de rectification exigée par le 6° du I de l'article 32, rien n'est apporté quant à une mise en ligne des informations exigées, en particulier, par les items 1° et 2°. Dans ces conditions, nous ne pouvons que vous proposer d'écarter le moyen.

Le deuxième manquement concerne le II de l'article 32, qui instaure une obligation spécifique d'information permettant consentement ou opposition en cas de dépôt sur le terminal de l'internaute de témoins de connexion. L'examen des moyens relatifs à ce manquement impose d'en dire un peu plus sur la législation relative aux *cookies*.

L'essentiel de la législation applicable en matière de *cookies* découle de la directive du 12 juillet 2002, telle que modifiée par une directive 2009/136/CE du 25 novembre 2009. De cette seconde directive découle la rédaction en vigueur de l'article 5, paragraphe 3 de la directive de 2002. Celui-ci impose aux Etats membres de garantir « que l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur, soit muni, dans le respect de la directive 95/46/CE, d'une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès techniques visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur. » Ces dispositions ont été transposées en droit français, par l'ordonnance n° 2011-1012 du 24 août 2011, au II de l'article 32 de la loi informatique et libertés. Celui-ci prévoit désormais que « Tout abonné ou utilisateur d'un service de communications électroniques doit être informé de manière claire et complète, sauf s'il l'a été au préalable, par le responsable du traitement ou son représentant : - de la finalité de toute action tendant à accéder, par voie de transmission électronique, à des informations déjà stockées dans son équipement terminal de communications électroniques, ou à inscrire des informations dans cet équipement ; - des moyens dont il dispose pour s'y opposer. Ces accès ou inscriptions ne peuvent avoir lieu qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son accord qui peut résulter de paramètres appropriés de son dispositif de connexion ou de tout autre dispositif placé sous son contrôle ». L'article précise n'être pas applicable si l'accès aux informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur ou l'inscription d'informations dans l'équipement terminal de l'utilisateur : - soit a pour finalité exclusive de permettre ou faciliter la communication par voie électronique ; - soit est strictement nécessaire à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur ». Dans la version antérieure du texte et de la directive, un système similaire était déjà prescrit, mais il était moins contraignant et n'apparaissait pas clairement l'idée d'une information et d'un consentement préalable au dépôt des *cookies*.

De ces textes nous résultent des éléments de certitude et des sujets d'interrogation.

Au nombre des certitudes figure une distinction cardinale entre les *cookies* dits techniques, pour lesquels aucune obligation ne pèse sur le responsable de traitement, et les autres *cookies*. Les *cookies* techniques sont ceux sans lesquels le site ne peut pas fonctionner correctement : pour eux, l'exigence de toute formalité d'information de l'internaute préalable à leur dépôt serait impossible, faute pour celui-ci de pouvoir accéder même à la page d'information ; l'exemption vise aussi les *cookies* strictement nécessaires à la fourniture d'un service de communication en ligne à la demande expresse de l'utilisateur : pour eux, on estime que la volonté caractérisée de l'internaute à accéder au service (par exemple de paiement en ligne) vaut consentement au dépôt de *cookies* dont la seule finalité est de faire fonctionner correctement le terminal de paiement. Il nous semble évident, compte tenu du

régime dérogatoire dont bénéficient ces *cookies* techniques, qu'il convient d'interpréter cette notion strictement : cela nous conduit d'emblée à écarter l'argumentation de la société selon laquelle, dès lors qu'un *cookie* est utile à la survie du site, par exemple parce qu'il permet d'afficher des publicités personnalisées apportant les recettes sur lesquelles reposent son modèle économique, alors il doit être regardé comme « strictement nécessaires à la fourniture » du service de communication en ligne et dispensés à ce titre de toute formalité. En l'espèce, la formation restreinte a fait une application scrupuleuse de cette distinction et vous pourrez donc écarter l'argument selon lequel elle aurait fait grief à la société de ne pas avoir donné d'information sur les *cookies* techniques.

Toujours au nombre des certitudes, figurent trois caractéristiques des obligations mises à la charge du responsable de traitement. La première caractéristique tient au moment de l'information sur le dépôt des *cookies* non techniques, qui doit être préalable à ce dépôt : ce caractère préalable est la raison même de la nouvelle rédaction introduite par la directive de 2009, et la condition *sine qua non* du consentement au dépôt. Elle est toutefois suffisamment contraignante pour que la formation restreinte ait en l'espèce renoncé à sanctionner la société sur ce terrain, ce qui vous permettra d'écarter rapidement les arguments déroulés sur ce point. La deuxième caractéristique tient à la teneur de cette information qui doit porter, de façon claire et complète, sur la finalité des *cookies* déposés et les moyens permettant de s'opposer au dépôt. Cette formulation nous semble requérir une certaine « granularité » - c'est la formule que retient le G29 – de l'information fournie : car si la finalité doit être connue, alors il est logique que l'information soit dispensée catégorie de *cookies* par catégorie de *cookies*, en fonction de leur finalité. Dans sa délibération cadre de 2013, la CNIL estime ainsi que l'information doit être délivrée par catégories de finalités, en distinguant les *cookies* à vocation publicitaire des *cookies* servant à l'activation des boutons des réseaux sociaux ou encore de ceux utiles à la mesure d'audience. La troisième caractéristique tient à la finalité de l'information exigée, qui a pour horizon le consentement, ou l'opposition, au dépôt de *cookie*. Cet objectif nous convainc de ce que, pour être regardée comme claire et complète, l'information doit nécessairement porter sur les conséquences qui s'attachent à un refus ou une acceptation de dépôt des *cookies*, faute de quoi un consentement éclairé de l'internaute est impossible.

Au rang des zones d'ombre figure essentiellement la nature des conséquences que l'éditeur du site peut décider d'attacher au refus par l'internaute du dépôt de certaines catégories de *cookies*. Par exemple, nous estimons redoutable à trancher la question de savoir si, lorsqu'un internaute s'oppose au dépôt de *cookies* publicitaires, l'éditeur privé des recettes commerciales attachées à la diffusion de publicités personnalisées en fonction de l'internaute peut purement et simplement lui refuser l'accès au site.

Cette question est redoutable parce l'aborder de front conduit nécessairement à écorner le mythe fondateur de la gratuité et de la neutralité de l'internet. S'il est incontestable qu'internet a permis la démocratisation massive d'une quantité extraordinaire de services et d'informations librement diffusées, il n'en reste pas moins que dans bien des cas, cette gratuité a un coût caché en termes de réutilisation des données personnelles qui, en retour, joue sur le ciblage des informations présentées selon le profil de l'utilisateur. L'équilibre à trouver n'est pas simple à définir et les positions des différents régulateurs ne nous semblent pas, sur cette question, totalement harmonisées.

A lire la directive comme la loi française qui la transpose, il semble que conditionner l'accès au site à l'acceptation des *cookies* non technique n'est pas interdite par principe. On

sort conforté dans cette lecture d'un premier regard posé sur le considérant 25 de la directive de 2002, aux termes duquel « L'accès au contenu d'un site spécifique peut être (...) subordonné au fait d'accepter, en pleine connaissance de cause, l'installation d'un témoin de connexion ou d'un dispositif analogue, si celui-ci est utilisé à des fins légitimes. » On l'est encore plus de la lecture des travaux préparatoires à la loi n° 2004-801 du 6 août 2004, qui a introduit la version initiale de l'article 32 II relative aux cookies : alors que l'assemblée nationale avait adopté une disposition interdisant de subordonner l'accès à un site à l'acceptation des *cookies*, le Sénat l'a supprimée en se fondant sur le considérant 25 de la directive.

Mais force est de constater que les régulateurs sont loin d'être unanimes à endosser cette lecture. Dans ses lignes directrices sur le consentement en matière de *cookies*¹, le G29 indique ainsi que de façon générale, les éditeurs ne devraient pas conditionner l'accès général au site à l'acceptation de tous les *cookies*, mais peuvent seulement limiter l'accès à certaines prestations, sans conséquence démesurément préjudiciable pour l'internaute. Curieusement, il fonde son raisonnement sur le considérant 25 de la directive en relevant que dans sa version anglaise, il permet de conditionner l'accès à un *specific website content*, ce qui exclurait un blocage du site dans son ensemble... Le G29 se prévaut également de la référence faite par le considérant 10 à la directive 95/46/CE, qui prévoit que l'utilisation des données personnelles doit être légitime, pour en déduire qu'il pourrait être illégitime et disproportionné d'interdire l'accès général au site à l'internaute qui, par exemple, refuse les *cookies* publicitaires. Le G29 relève toutefois que certains Etats membres permettent un tel blocage – il cite notamment le droit suédois.

La CNIL, elle, a très nettement retenu une position plus protectrice encore que celle du G29. Dans sa recommandation de 2013 relative aux *cookies*, elle considère ainsi « que le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est en mesure d'exercer valablement son choix et n'est pas exposée à des conséquences négatives importantes si elle refuse de donner son consentement. (...) Elle estime donc justifié que la personne qui refuse un cookie nécessitant un consentement puisse continuer à bénéficier du service (accès à un site internet, par exemple) ». On trouve, pour être parfaitement honnête, des traces de cette position dans le mémoire en défense de la CNIL, pour laquelle l'horizon du droit d'opposition n'est pas le renoncement, même en partie, à la navigation, mais bien la navigation libre sans *cookies*. Sans aller jusqu'à traiter de front la question, le règlement général sur la protection des données personnelles et le projet de loi qui le transpose par anticipation, à ce jour contesté devant le Conseil constitutionnel, vont plutôt dans ce sens, en resserrant la définition du libre consentement.

Nous l'avons dit, nous serions réticente à infirmer ou confirmer une position aussi maximaliste hors d'une formation supérieure de jugement, compte tenu de l'ambiguïté des textes, de l'absence de réel consensus européen et des conséquences potentiellement drastique sur la survie économique de nombreux sites gratuits. Par chance, il nous semble que la délibération litigieuse permet de passer de justesse sous les radars de ces redoutables questions.

Ce qui est reproché à la société requérante, c'est de n'avoir fait apparaître sur le site *www.challenges.fr* – dont le simple chargement emportait dépôt de 170 *cookies*, qu'une

¹ *Working Document 02/2013 providing guidance on obtaining consent for cookies*, disponible en anglais uniquement.

information trop globale sur ces derniers. A l'origine le lien hypertexte auquel renvoyait le bandeau d'information mentionnait simplement l'existence de *cookies* (sans indication sur leur finalité) et la possibilité de s'y opposer de manière globale (c'est-à-dire incluant notamment les *cookies techniques*) en paramétrant son ordinateur. Au mois de juin, la société a considérablement amélioré les choses, en informant l'internaute du « dépôt de *cookies* tiers destinés à vous proposer des vidéos, des boutons de partage, de remontées de contenus de plateformes sociales et des publicités » et permettant d'exprimer consentement ou opposition par catégorie de *cookies*. Mais ce que sanctionne la délibération litigieuse, c'est la persistance de deux manquements : d'une part, le bandeau n'informe que du dépôt de *cookies* tiers, c'est-à-dire de *cookies* externes à destination des annonceurs et des réseaux sociaux, alors qu'il résultait des contrôles de la CNIL que le site déposait également des *cookies* non-techniques internes, dits *first-party*, dont la finalité n'était précisée ni à l'internaute, ni d'ailleurs à la CNIL ; d'autre part, les internautes ne disposaient pas d'information quant aux conséquences attachées au refus de tout ou partie des *cookies* non techniques, alors que nous vous avons dit que cette information était nécessaire à la formulation d'un consentement éclairé. Dans ces conditions et sans qu'il soit besoin de trancher des questions plus telluriques, il semble que vous devriez écarter le moyen.

Vient ensuite le manquement relatif à la durée de conservation des données. La CNIL avait constaté que les données personnelles collectées par certains *cookies* étaient conservées pendant plus de 85 ans. On est loin de la durée de 13 mois que préconise la délibération de 2013... Le manquement consiste à ne pas avoir corrigé cette durée excessive de conservation. La société ne conteste ni le caractère excessif de la durée, ni d'ailleurs la soumission des *cookies*, lorsqu'ils portent sur des données personnelles, à l'article 6 de la loi informatique et liberté imposant une durée de conservation proportionnée aux finalités. Elle se bat sur le terrain de la responsabilité personnelle, en relevant que le problème vient notamment de *cookies* tiers pour lesquelles elle n'a pas la maîtrise de la durée de conservation. La doctrine de la CNIL en la matière est fixée par des lignes directrices de la CNIL du 23 mai 2017 : elle estime que dans le cas où l'éditeur du site a la maîtrise des paramètres des *cookies* tiers, alors c'est sur la que pèse l'obligation de résultat en matière de conformité à la loi ; lorsque le paramétrage des *cookies* tiers dépend de leur émetteur, alors c'est sur ce dernier que pèse toute la substance des obligations. Toutefois, et c'est le point crucial, pèse sur le site au contact duquel sont déposés les *cookies* une obligation de moyens consistant à s'assurer auprès des émetteurs tiers qu'ils respectent sur ce point la réglementation, et d'effectuer toute démarche utile pour qu'ils mettent fin à ces manquements.

Cette construction est prétorienne, mais nous semble de bon aloi en cela qu'elle permet, sans mettre à leur charge d'obligations démesurées, de ne pas déresponsabiliser les éditeurs de site qui ont tout de même la responsabilité du support de navigation déclenchant le dépôt des *cookies*. Votre jurisprudence s'est déjà engagée dans des considérations voisines en matière de répression administrative, par exemple dans votre décision CE Section, 6 juin 2008, *Société Tradition Securities and Futures*, n° 299203, p., en admettant que la responsabilité des sociétés prestataires de services d'investissement soit engagée au titre de l'action de leurs préposés à condition qu'elles puissent faire valoir, pour s'en exonérer, qu'elles ont mis en place les modes de fonctionnement et d'organisation de nature à prévenir et détecter les manquements, remplissant ainsi leur obligation de moyens, quand bien même le résultat ne serait pas au rendez-vous. En l'espèce, c'est bien l'absence de démarches effectuées auprès des partenaires qu'a sanctionnées la CNIL au sujet des *cookies* tiers. Le moyen de méconnaissance du principe de responsabilité personnelle doit donc être écarté.

Si vous nous suivez, vous confirmerez donc l'ensemble des manquements retenus par la délibération, qui est suffisamment motivée. Dans ce cas, vous n'aurez pas de difficulté à estimer que le *quantum* de la sanction pécuniaire – 25 000 euros, le plafond étant de 3 millions d'euros – est proportionné au nombre et à la gravité des manquements retenus.

PCMNC – Rejet.