

N° 433069

Association La Quadrature du Net et association Caliopen

10^{ème} et 9^{ème} chambres réunies

Séance du 30 septembre 2019

Lecture du 16 octobre 2019

CONCLUSIONS

M. Alexandre Lallet, rapporteur public

« *En poursuivant votre navigation sur le site, vous acceptez l'utilisation de cookies...* ». C'est l'une des mentions qui s'affichent le plus fréquemment sur votre navigateur web. C'est peut-être aussi celle que vous lisez le moins, trop pressés que vous êtes de vous débarrasser d'un bandeau d'information gênant pour contempler la dernière réalisation de Neymar ou, mieux, pour profiter pleinement du site Internet du Conseil d'Etat.

Les enjeux qui entourent cette mention ne sont pourtant pas anecdotiques. Pour votre vie privée, d'abord. Les cookies sont, vous le savez, des « traceurs de connexion » ou « témoins de connexion » prenant la forme de petits fichiers déposés sur votre ordinateur par l'éditeur du site Internet que vous parcourez ou par des tiers avec son accord, et qui permettent, en substance, de savoir ce que vous avez consulté. Ils sont utilisés à de multiples fins : mesure d'audience, modélisation des comportements prospects et clients, fluidification du parcours utilisateur, par exemple par l'enregistrement du panier de commande que vous aviez laissé en déshérence la veille sur votre site de e-commerce préféré, affichage de publicités ciblées en fonction de vos habitudes de navigation, pour ne citer que quelques exemples courants. Et précisément parce que les cookies sont partout, l'enjeu est aussi socio-économique. La pérennité même du secteur de la publicité en ligne et du marketing digital continue de reposer très largement sur cette pratique ou des méthodes de traçage ayant le même objet. Au-delà, c'est l'expérience utilisateur des internautes qui en dépend puisque ces traceurs sont utilisés à très grande échelle, en-dehors même de la sphère marchande et y compris dans les administrations, pour améliorer le confort de navigation ou la pertinence des contenus et services proposés.

L'encadrement juridique de cette pratique résulte d'une double série de textes :

- d'une part, un corpus spécifique, issu de la directive dite e-Privacy (directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002) modifiée en 2009 et transposée au II de l'article 32 de la loi du 6 janvier 1978, devenu l'article 82. Il en ressort que l'internaute doit être informé de manière claire et complète de la finalité de toute action tendant à inscrire des informations dans son appareil et à accéder électroniquement à des informations qui y sont stockées et des moyens dont il dispose pour s'y opposer, et son « accord »

doit être recueilli. Ces dispositions, précisons-le, ne sont pas applicables aux cookies dits « techniques », c'est-à-dire ceux qui sont essentiels au fonctionnement technique du site ou nécessaires à la fourniture d'un service en ligne que l'internaute a expressément demandé¹ ;

- d'autre part, dès l'instant que le dépôt et la lecture des cookies constituent des traitements de données à caractère personnel, les responsables de traitement doivent veiller au respect des règles de droit commun qui les encadrent, notamment la règle du consentement préalable au traitement.

La CNIL avait adopté en 2013 une délibération dans laquelle elle avait admis que la simple poursuite de la navigation sur un site Internet puisse valoir consentement au dépôt et à la lecture de cookies, pour les finalités portées à la connaissance de l'internaute.

Cette doctrine est devenue caduque avec le règlement général sur la protection des données personnelles, dit RGPD, qui s'est substitué à la directive de 1995 dans tous les textes en vigueur, notamment dans la directive e-privacy qui y renvoie². Son article 4 redéfinit le consentement en imposant, notamment, qu'il soit une manifestation de volonté « *univoque* » procédant d'un « *acte positif clair* ». Or le simple fait de continuer à naviguer sur un site Internet ne remplit pas cette exigence. Telle est la position prise en avril 2018 par le groupe des CNIL européennes, l'ancien G29, devenu comité européen de la protection des données.

Dans la pureté des principes, l'ensemble des sites Internet aurait donc dû cesser, le 25 mai 2018, date à partir de laquelle le RGPD est devenu applicable, de présumer que l'internaute qui parcourt une page ou navigue de page en page consent au dépôt de cookie ou à l'utilisation de dispositifs ayant une finalité analogue. Les choses ne se sont pas passées ainsi. Sans doute accaparée par d'autres volets de cet immense chantier de la conformité RGPD, la CNIL a tardé à réagir et a laissé subsister sa délibération de 2013 derrière laquelle la plupart des opérateurs se sont abrités pour maintenir leur pratique. C'est seulement en avril 2019 qu'elle a présenté aux principales organisations professionnelles concernées un plan d'action destiné à les accompagner dans la mise en conformité de leurs traitements au regard des nouvelles exigences. Ce plan comporte deux étapes :

- le 1^{er} consiste à abroger la recommandation de 2013 et à édicter une nouvelle doctrine de principe sur le dépôt et la lecture des cookies. C'est ce que la CNIL a fait par une délibération du 4 juillet 2019 qui reprend largement le contenu de la recommandation précédente mais excluent désormais que la poursuite de la navigation vaille consentement ;

¹ V. sur ce point l'avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies du 7 juin 2012 du G29 et pour la soumission des cookies publicitaires à la règle du consentement préalable : CE, 6 juin 2018, Sté Editions Croque Futur, n° 412589, au Rec.

² Le §3 de l'article 5 de la directive e-privacy qui traite des cookies n'évoque pas le « consentement » mais « l'accord » de l'utilisateur. Cela étant, la version anglaise utilise le terme unique de « consent » et le considérant 25 mentionne le « consentement ». L'applicabilité des dispositions du RGPD sur le consentement ne fait donc aucun doute.

- la 2nde étape consiste en une vaste concertation avec les professionnels destinée à déboucher, comme le précise d'ailleurs la délibération de juillet, sur une nouvelle délibération définissant les modalités pratiques et techniques de recueil du consentement que devront respecter les opérateurs.

Par deux communiqués de presse des 28 juin et 18 juillet 2019 publiés sur son site Internet, la CNIL a rendu public ce plan d'action et précisé à cette occasion qu'elle entendait ménager aux opérateurs une période de transition pour leur permettre de s'adapter aux nouvelles règles. Le 1^{er} communiqué évoque une période transitoire de 12 mois au cours de laquelle la poursuite de la navigation comme expression du consentement sera considérée par la CNIL comme « acceptable ». Le 2nd communiqué précise que la « période d'adaptation » doit s'achever 6 mois après l'adoption de la nouvelle délibération, fixée au 1^{er} trimestre 2020.

L'association La Quadrature du Net, qu'on ne présente plus, et l'association Caliopen, qui a un objet comparable, n'apprécient pas ce laxisme. Leur référé-suspension a été rejeté au bénéfice d'un examen de leur demande d'annulation à l'audience de ce jour.

En dépit des approximations sémantiques des communiqués de presse, que les mémoires en défense s'emploient à gommer, l'objet de la décision qu'elles attaquent ne fait aucun doute. La CNIL n'a évidemment pas entendu modifier les règles issues du RGPD, qu'elle a au contraire entérinées dans sa délibération contemporaine, mais, comme l'a relevé le juge des référés, elle a annoncé qu'elle s'abstiendrait provisoirement de faire usage de ses pouvoirs coercitifs lorsqu'un site déduit le consentement aux cookies et autres traceurs de la seule navigation. Cette lecture ressort *a contrario* des passages des communiqués dans lesquelles l'autorité précise qu'elle continuera en revanche à instruire les plaintes, contrôler et sanctionner les responsables de traitement qui méconnaissent les règles que la délibération de 2019 s'est bornée à réitérer³. Cette interprétation de l'objet de la décision est aussi celle de la requête, même si, on va le voir, celle-ci soutient qu'elle a pour effet de réécrire la loi.

Juridiquement, cette décision ne constitue pas une décision réglementaire, qu'aucun texte n'autorise la CNIL à prendre⁴, mais une ligne directrice par laquelle elle a fixé sa doctrine répressive sur un point donné, doctrine qui lui est opposable sous réserve de motifs d'intérêt général ou de circonstances particulières justifiant qu'elle s'en écarte. Si le terrain d'élection des lignes directrices est celui des avantages prévus par des textes ne fixant pas l'ensemble des conditions de leur octroi⁵, il est certain que ces actes de droit souple peuvent aussi guider l'édiction de mesures défavorables⁶, notamment de sanctions. La Cour de cassation a conféré

³ Concrètement, cela signifie qu'en principe, le grief litigieux ne sera pas examiné dans le cadre de l'instruction des plaintes adressées à la CNIL ; la présidente de la CNIL n'adressera pas d'avertissement aux responsables de traitement à ce titre, pas plus que de mise en demeure, même si l'on pourrait concevoir qu'elle rappelle aux intéressés, dans l'année qui précède la fin de la période de transition, qu'ils doivent se mettre en conformité au plus tard à l'expiration de celle-ci – rappelons en effet que le délai maximal que peut impartir une mise en demeure est de six mois, renouvelable une fois lorsque la complexité de l'affaire le justifie, soit un an ; enfin, la présidente de la CNIL ne saisira pas la formation restreinte en vue du prononcé d'une sanction.

⁴ Le II de l'article 8 confie à la CNIL un pouvoir réglementaire « dans les cas prévus par la présente loi ».

⁵ V. notamment : CE, Section, Ministre de l'intérieur c/ C... O..., n° 383267-383268, au Rec.

⁶ V. par exemple les lignes directrices adoptées par l'ARAFER relatives à l'instruction des demandes d'interdiction ou de limitation des services routiers sur les liaisons régulières interurbaines par autocar inférieures ou égales à 100 km (CE, 20 mars 2017, Région Aquitaine-Limousin-Poitou-Charentes, n° 401751, au

cette portée à la communication « sanctions » de l'Autorité de la concurrence⁷ (Cass. Com., 18 octobre 2016, n° 15-10384, au Bull.⁸). Vous l'avez admis *a contrario* en jugeant que la rubrique « sanctions » publiée sur le site internet de l'Autorité de contrôle des nuisances sonores aéroportuaires, comportant des informations d'ordre général destinées à un large public et mentionnant succinctement divers exemples pouvant entraîner l'exonération de sanctions mais dont l'objet n'est ni de fixer une échelle de sanctions, ni de définir à l'intention des membres ou services de l'Autorité une position destinée à la guider lorsqu'elle doit prononcer de telles sanctions, ne pouvait être en l'espèce assimilée à une directive (CE, 7 mai 2008, Société Air France, n° 305826, aux T.)⁹.

Dès l'instant que l'invocabilité de telles lignes directrices est admise et, en miroir, leur opposabilité à l'autorité qui les a édictées, on leur reconnaît aussi des effets juridiques notables, pour ne pas dire un caractère impératif à l'égard des services sur lesquels l'auteur du document exerce son autorité, même si votre jurisprudence n'est manifestement pas stabilisée en présence de documents qui ne sont pas formellement adressés aux agents mais à des tiers¹⁰. Dans le prolongement de l'étude adoptée par l'Assemblée générale sur le droit souple, nous sommes convaincu que vous ne pouvez maintenir la solution d'injusticiabilité de principe qui prévaut jusqu'à présent en présence de directives¹¹.

En tout état de cause, vous y avez déjà pratiqué une encoche en appliquant aux lignes directrices la jurisprudence d'Assemblée Fairvesta¹² selon laquelle les actes de droit souple des autorités de régulation peuvent faire l'objet d'un recours pour excès notamment lorsqu'elles sont de nature à produire des effets notables, en particulier de nature économique, ou encore lorsqu'elles ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles elles s'adressent (CE, 13 décembre 2017, Société Bouygues Télécom et autres, n° 401799-401830-401912, au Rec.).

Rec., concl. X Domino).

⁷ A ce stade, le Conseil d'Etat ne s'est pas prononcé sur ce communiqué, mais seulement sur les lignes directrices de l'Autorité de la concurrence en matière de contrôle des concentrations (CE, 25 mai 2018, Sté Océa, n° 404382, aux T.).

⁸ V. aussi sur cette question : CJUE, Gde chambre, 28 juin 2005, Dansk Rorindustri c/ Commission, C-189/02 et a.

⁹ V. aussi à propos des sanctions prévues par la convention des médecins : CE, 22 octobre 2014, Syndicat des médecins d'Aix et région et autres, n° 364384 et a., aux T.

¹⁰ CE, 10 janvier 2007, Syndicat national CGT du ministère des affaires étrangères, n° 270084, aux T. et CE, 7 février 2018, B..., n° 402034, pour des courriers et courriels ; CE, Section, 16 décembre 2005, Société Friadent France, n° 272618, au Rec. pour des réponses ministérielles à des questions parlementaires ; CE, 17 mai 2017, L..., n° 404270, au Rec., pour une FAQ renvoyant à des circulaires, sans s'y substituer ; CE, 12 juillet 2017, B..., n° 401997, aux T., pour une fiche informative figurant sur un site internet administratif. Pour autant, la jurisprudence admet parfaitement la justiciabilité d'un document qui présente un caractère impératif à l'égard des tiers (et non pour les agents de l'administration), en ce qu'il leur prescrit de respecter l'interprétation qu'il donne de la loi : CE, Ass., 8 avril 2009, H... et M..., n° 311136, au Rec. ; CE, 26 février 2014, Fédération des entreprises du commerce et de la distribution, n° 354603. Il faut bien avouer que la ligne de partage est poreuse.

¹¹ CE, 18 octobre 1991, Union nationale de la propriété immobilière, au Rec. ; CE, 3 mai 2004, Comité anti-amiante Jussieu et Association nationale de défense des victimes de l'amiante, n° 254961-255376-258342, au Rec.

¹² CE, Ass., 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres, n° 368082, au Rec.

Si les deux communiqués de presse ont, pour l'essentiel, un contenu informatif, qu'il s'agisse de la présentation du plan d'action et de la délibération du 4 juillet 2019, de l'annonce de la délibération à venir ou du rappel des risques auxquels s'exposent les responsables de traitement en cas de méconnaissance des règles maintenues en vigueur, l'annonce d'un « *standstill* répressif » transitoire produit assurément des effets notables : pour les personnes physiques concernées, qui trouveront porte close à la CNIL sur le sujet, mais aussi pour les responsables de traitement, qui bénéficient certes d'un répit dans l'immédiat, mais qui doivent se mettre en situation de respecter l'échéance et s'exposeront, en cas de manquement à l'issue de la période de transition, à des sanctions potentiellement plus lourdes. Et lorsqu'on replace la décision attaquée dans le contexte du plan d'action élaboré par le régulateur, il est évident que l'intention de ce dernier est bien d'orienter leur comportement de manière à assurer le respect des exigences du RGPD dans des conditions satisfaisantes et des délais qui se veulent raisonnables.

Les associations requérantes justifient en outre à l'évidence d'un intérêt pour agir contre un acte ayant un impact sur la vie privée de millions d'internautes, alors qu'une abondante jurisprudence admet que des tiers lésés puissent attaquer le refus d'une autorité de régulation de prononcer des sanctions à l'égard d'un contrevenant en particulier¹³. Les fins de non-recevoir de la CNIL sont donc vaines.

La requête met d'abord en cause la compétence de la CNIL. Mais sur le strict terrain de la compétence, la CNIL tire de l'article 8 de la loi du 6 janvier 1978 le pouvoir d'édicter des lignes directrices et recommandations dans le cadre de ses attributions, ce qui inclut sans difficulté la définition de la doctrine d'emploi de ses pouvoirs de contrôle et de sanction. Et comme on l'a dit, la décision attaquée ne consiste ni à modifier, ni à déroger à la loi, mais à s'abstenir d'en sanctionner la méconnaissance.

Quant au reproche fait à cette autorité de renoncer à l'exercice de ses attributions, c'est-à-dire de commettre une sorte d'« incompétence négative », il s'analyse comme un moyen d'erreur de droit (CE, Section, 28 septembre 1983, *Ministre du travail c/ S...*, n° 41008, au Rec.).

Cette critique est nettement plus délicate, même si nous sommes fermement d'avis qu'une initiative de la nature de celle de la CNIL ne se heurte à aucun obstacle de principe.

La question de savoir « *dans quelle mesure l'administration est [...] tenue d'user de ses pouvoirs pour faire appliquer la loi* » est, selon les mots de Michel Bernard dans ses conclusions sur la décision Dame F... du 2 décembre 1960 (note Auby, D. 1962, p. 10), « *l'un des problèmes les plus classiques et les plus importants du droit public* ».

On est spontanément porté à penser que, dans un Etat de droit comme le nôtre, l'autorité administrative, chargée de veiller au respect de la loi dans son domaine de compétences, doit prendre les mesures qui sont en son pouvoir pour faire cesser les illégalités, et qu'elle engage sa responsabilité lorsqu'elle s'abstient de le faire. La très riche jurisprudence rendue en matière de police administrative fait écho à cette intuition¹⁴.

¹³ CE, 23 avril 1997, *Société des auteurs et compositeurs dramatiques*, n° 131688, aux T. ; CE, 28 juillet 2000, *Sté Copper Communication*, n° 199773, aux T.

L'état du droit est plus subtil. Le Président Gentot considérait en 1971¹⁵ que « *l'administration n'est pas tenue d'utiliser les moyens dont elle dispose pour mettre, à tout prix, un terme aux infractions dont se rendent coupables les citoyens* ». Le Président Kahn avait déjà expliqué avant lui que « *L'administration n'est jamais absolument liée. Elle ne saurait être tenue, d'une manière générale, d'exécuter immédiatement et intégralement les lois et règlements qui l'obligent. Elle a toujours, dans une certaine mesure, le choix du moment et le choix des moyens* »¹⁶. Le fondement de cette liberté conditionnelle de l'administration tient en effet en partie à la diversité des prérogatives qui peuvent lui être confiés et, tout particulièrement, à une autorité de régulation à qui est classiquement dévolue une palette d'outils pédagogiques, incitatifs et coercitifs pour assurer l'effectivité de la règle de droit dont elle est la gardienne. Cette variété instrumentale a régulièrement justifié, dans votre jurisprudence, que vous vous refusiez à la contraindre à faire usage d'un pouvoir en particulier. Mais comme le relevait M. Rougevin-Baville dans ses conclusions sur la décision d'Assemblée Ministre de l'aménagement du territoire, de l'équipement, du logement et du tourisme c/ Sieur N... du 20 mars 1974 (n° 90547, au Rec.), vous reconnaissez la même latitude à l'administration qui n'a à sa disposition qu'un seul moyen de coercition.

C'est simplement parce que le respect effectif de la règle de droit n'est jamais que l'un des intérêts généraux dont l'administration a la charge. Un intérêt tout à fait éminent, certes, mais qui n'a rien d'absolu. Un intérêt qui n'implique pas nécessairement l'obligation d'agir et qui peut dans certains cas trouver sa satisfaction dans l'indemnisation de ceux qui ont gravement et spécialement pâti de l'abstention administrative. Au nom de l'ordre public ou d'impératifs d'intérêt général, l'administration peut voire doit refuser le concours de la force publique ou prendre d'autres mesures pour assurer l'exécution d'un jugement exécutoire, moyennant l'engagement de sa responsabilité sans faute¹⁷. Au nom de la sécurité juridique, elle doit tirer les conséquences des actes individuels créateurs de droits illégaux, ce depuis bien plus longtemps que la loi lui en fait expressément obligation. La même considération a d'ailleurs conduit le législateur à consacrer l'opposabilité de la doctrine administrative illégale dans certaines conditions¹⁸. Et vous intégrez vous-mêmes cette balance entre la légalité et les autres intérêts en présence dans votre office, du contentieux des contrats à celui des ouvrages publics, en passant par la jurisprudence AC ! et les injonctions d'abrogation différée, qui conduisent à laisser perdurer des illégalités au nom de l'intérêt général.

Une illustration éclatante de cette « relativité générale de la légalité » est la règle dite de « l'opportunité des poursuites », dégagée prétoriennement par la Cour de cassation dans le champ pénal en 1826, et qui s'applique à la répression administrative dans le silence des textes, sans être un principe général du droit¹⁹. Elle vous a longtemps conduit à juger qu'en

¹⁴ V. par exemple la jurisprudence Doublet (CE, Section, 14 décembre 1962, Sieur D..., p. 680), renforcée par la décision Commune de Moissy-Cramayel (28 novembre 2003, n° 238349, au Rec.) abandonnant l'exigence de la faute lourde en matière d'édiction des mesures de police nécessaires.

¹⁵ Conclusions sur la décision d'Assemblée Ministre c/ S... du 7 mai 1971 (n° 74669-74977, au Rec.).

¹⁶ Conclusions sur la décision de Section Sieur V... du 27 janvier 1961.

¹⁷ V. la jurisprudence Couitéas pour le refus de concours de la force publique ; V. également CE, Section, 18 novembre 2005, Société fermière de Campoloro et autre, n° 271898, au Rec.

¹⁸ 2^{ème} alinéa de l'article L. 312-3 du code des relations entre le public et l'administration.

¹⁹ CE, Ass., 6 juin 2014, Fédération des conseils de parents d'élèves des écoles publiques et Union nationale

l'absence d'un texte spécial en faisant obligation, l'administration n'était jamais tenue d'engager des poursuites²⁰.

Vous avez certes mis fin à cette immunité contentieuse, mais au profit seulement d'un contrôle restreint sur le choix de l'administration de ne pas mettre en mouvement l'action répressive. Vous reconnaissez ainsi aux autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction une large marge d'appréciation pour décider de la suite à donner à une plainte ou un agissement qu'elle constate d'office, et admettez qu'elles puissent décider, sous le contrôle restreint du juge, de ne pas mettre en mouvement l'action répressive compte tenu de la gravité des manquements allégués au regard des règles qu'elle est chargée de faire appliquer, du sérieux des indices relatifs à ces faits, de la date à laquelle ils ont été commis, du contexte dans lequel ils l'ont été et, plus généralement, de l'ensemble des intérêts généraux dont elle a la charge (CE, Section, 30 novembre 2007, T... et autres, n° 293952, au Rec.²¹). Vous n'y faites exception, au profit d'un contrôle entier, que lorsqu'est en jeu un droit individuel expressément reconnu par la loi, comme le droit au déréfèrencement ou le droit de rectification des données personnelles²². Pour le reste, les poursuites administratives, comme le signalement au Parquet²³ ou même en amont le choix du programme des contrôles, relèvent du pouvoir dit discrétionnaire de l'administration²⁴.

Il n'est pas sans intérêt d'observer au passage que, même dans des matières où l'opportunité des poursuites est écartée au profit d'une logique de légalité des poursuites, vous admettez encore que l'administration puisse s'en dispenser. Des motifs d'intérêt général suffisants, qui ne sauraient toutefois se réduire à de simples convenances administratives, justifient que l'autorité chargée de la police et de la conservation du domaine public déroge à l'obligation qui lui est normalement faite de veiller à l'utilisation normale du domaine et d'exercer à cet effet les pouvoirs qu'elle tient de la législation en vigueur, y compris celui de saisir le juge compétent pour statuer sur la répression des atteintes portées à ce domaine²⁵. Vous avez par exemple admis que l'administration s'abstienne de déclencher des poursuites contre la société

lycéenne, n° 351582, au Rec.

²⁰ V. dans cette ligne et classiquement cité : la note signée P.L. commentant au Sirey (1935.III – 41) les arrêts de section Colombino et Angelliers, des 11 janvier et 1^{er} mars 1935 ; CE, Ass., 7 mai 1971, *Ministre des finances et ville de Bordeaux c/ Sastre*, p. 335, concl. Gentot : « L'administration n'est pas tenue d'utiliser les moyens dont elle dispose pour mettre, à tout prix, un terme aux infractions dont se rendent coupables les citoyens. La règle traditionnelle en matière pénale suivant laquelle le ministère public est maître d'apprécier l'opportunité de poursuivre un délinquant s'étend à l'action administrative » ; ou encore : CE, Ass., 20 mars 1974, *Ministre de l'aménagement du territoire c/ N...*, p. 200, en matière d'urbanisme.

²¹ CE, 18 mars 2019, *UFC-Que choisir*, n° 410628, au Rec., à propos du Comité de règlement des différends et des sanctions de la Commission de régulation de l'énergie ; CE, 4 juillet 2012, *Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications*, n° 334062-347163, aux T., à propos de l'ARCEP.

²² V. respectivement : CE, Ass., 24 février 2017, C... et autres, n° 391000, au Rec. ; CE, 3 octobre 2018, de L..., n° 405939, aux T.

²³ CE, Section, 27 octobre 1999, S..., n° 196306, au Rec.

²⁴ D'une certaine manière, l'exigence de principe de la faute lourde pour l'engagement de la responsabilité administrative à raison des fautes commises par une autorité de régulation dans l'exercice de sa mission de contrôle reflète cette atténuation de l'obligation de faire respecter la légalité en toutes circonstances, la responsabilité du contrôleur n'ayant pas vocation à se substituer à celle du contrôlé (CE, Ass., 30 novembre 2001, *Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie c/ M. ou Mme K... et autres*, n° 219562, au Rec.).

²⁵ CE, Section, 23 février 1979, *Association « Les amis des chemins de ronde »*, p. 75 ; CE, 21 novembre 2011, *Cne de Ploneour-Lanvern*, n° 311941, au Rec.

Total au titre des contraventions de grande voirie en raison de l'intérêt général s'attachant à la nécessité de préserver la coopération avec cette société pour assurer le traitement des conséquences du naufrage de l'Erika, sans d'ailleurs qu'il y ait lieu de comparer l'efficacité respective des voies amiable et répressive (CE, 30 septembre 2005, C..., n° 263442, au Rec.).

Ces trop longs développements ne suffisent pas tout à fait à régler la question de principe qui vous est posée. Comme le pointe pertinemment la requête, c'est une chose que de s'abstenir au cas par cas de poursuivre ou de sanctionner un manquement allégué voire avéré, au vu des circonstances de l'espèce ; c'en est une autre que d'affirmer de manière générale que les auteurs de tel ou tel catégorie de manquements ne feront en principe l'objet d'aucune poursuite – ce que Fanny Grabias appelle une « tolérance administrative expresse » dans sa thèse consacrée à la tolérance administrative²⁶. Assurément, les conséquences pratiques ne sont pas les mêmes : la casuistique, le non-dit ou le subliminal laissent toujours planer un risque de sanction qui permet de maintenir les acteurs sous tension, là où le blanc-seing général comporte le risque de démobiliser et de déresponsabiliser.

A la réflexion, cette différence de portée concrète ne nous paraît pas justifier qu'on réserve un sort juridique différent à ces deux pratiques. Pour prévenir l'arbitraire, vous considérez que la succession des décisions prises par l'administration dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dessine les contours d'une « directive implicite », ou désormais d'une ligne directrice implicite, à laquelle l'administration doit se conformer, sauf à justifier d'un motif d'intérêt général ou de circonstances particulières (CE, Section, 30 décembre 2010, Ministre du logement et de la ville, n° 308067, au Rec., éclairée par les conclusions de Gaëlle Dumortier). Des décisions de « classement sans suite » répétées reposant sur le caractère véniel d'un manquement d'un type déterminé, indépendamment de son ampleur en l'espèce et de la personnalité de son auteur, ou sur l'inopportunité de le poursuivre en raison de considérations d'intérêt général valables indépendamment des cas d'espèce, produisent des effets juridiques équivalents à ceux d'une prise de position publique annonçant que ce manquement ne sera en principe pas sanctionné. Cette assimilation satisfait la morale en évitant de donner une prime aux hypocrites et de pénaliser les transparents. Elle permet aussi de neutraliser la diversité des formes que peut prendre une telle position, de la pratique décisionnelle quotidienne au communiqué de presse, en passant par ce que la jurisprudence judiciaire appelle les « apaisements verbaux », le compte rendu plus ou moins formalisé d'une réunion avec les organisations professionnelles intéressées ou la circulaire de politique pénale plus ou moins confidentielle.

La jurisprudence ne nous paraît pas condamner ces tolérances expresses par principe, quoiqu'elle est peu abondante et assez ancienne.

²⁶ F. Grabias, *La tolérance administrative*, thèse Université de Lorraine, avril 2018, Dalloz. V. aussi pour l'article de référence dont elle s'est inspirée et qu'elle discute : L. Tallineau, *Les tolérances administratives*, AJDA 1978, p. 3. Le Conseil d'Etat utilise peu le terme de « tolérance », en particulier pour désigner des prises de position générales de l'administration (V. toutefois, concluant à l'irrecevabilité avant la jurisprudence Duvignères : CE, 8 février 1985, Association des centres distributeurs Edouard Leclerc, n° 40531, au Rec. : le ministre n'a pas entendu instituer des dérogations nouvelles à la loi mais s'est borné à faire état, à l'intention notamment des détaillants, de l'existence d'une tolérance administrative, de caractère transitoire).

Dans la décision de Section du 24 juillet 1936, Syndicat de défense des grands vins de la Côte d'Or (n° 43758, p. 861), vous avez jugé qu'un ministre pouvait légalement ménager une transition entre deux régimes juridiques en invitant les agents du service des fraudes à surseoir pendant un délai raisonnable à toute action répressive, tout en sanctionnant un délai de près de 4 ans. Vous avez aussi pudiquement admis que l'administration prenne toutes les « dispositions nécessaires » pour assurer « de façon progressive » l'application d'actes réglementaires, mais refusé qu'elle sursoit pendant cinq ans à leur mise en œuvre, aboutissant ainsi à leur ôter toute portée (CE, 8 juillet 1966, Union de la production et du commerce des vins et eaux de vie d'Alsace, n° 63732-65548, au Rec. p. 455). De même, vous avez admis que l'administration adresse des instructions demandant de ne pas poursuivre les agissements fautifs d'une catégorie de professionnels en l'absence de texte le prévoyant, c'est-à-dire par le même raisonnement que celui que vous meniez au niveau individuel, avant de loger un contrôle d'erreur manifeste (CE, Section, 30 septembre 1955, Union nationale des syndicats d'opticiens de France, n° 5622, p. 453, D. 1956, p. 7).

Vous vous êtes, il est vrai, montré impitoyable à l'égard d'instructions générales par lesquelles il était demandé aux agents verbalisateurs de fermer les yeux sur la poursuite de la chasse au-delà de la date de clôture fixée par voie réglementaire (V. en dernier lieu : CE, 29 janvier 2018, Ligue pour la protection des oiseaux, n° 407350, aux T.)²⁷. Mais en pareil cas, l'instruction revient à priver définitivement d'objet une règle spécifique dont la fixation est réputée avoir épuisé les considérations d'intérêt général à prendre en compte, et les conclusions ne relèvent aucune circonstance particulière qui auraient pu justifier une telle mansuétude.

Nous pensons donc que, par analogie avec le contrôle que vous effectuez sur le choix ou non de poursuivre tel ou tel contrevenant, il convient d'apprécier au cas par cas si la décision d'une autorité de régulation de renoncer en principe à l'usage de ses pouvoirs de sanction pour réprimer un type d'agissement déterminé, lorsque les textes ne l'interdisent pas radicalement, n'emporte pas des conséquences manifestement disproportionnées pour le principe de légalité et les intérêts que la règle de droit vise à protéger, au regard des considérations d'intérêt général qui la justifie. Sur le premier plateau de la balance, il y a lieu de tenir compte principalement de la nature et des conséquences des manquements en cause, de la portée de la tolérance – s'agit-il de ne pas sanctionner, de sanctionner moins... ? –, de sa durée et de l'existence d'autres voies de droit permettant d'assurer le respect de la loi. Rappelons sur ce dernier point que la doctrine de la CNIL ne lie évidemment pas le juge civil²⁸, et encore moins le juge pénal qui considère de façon constante qu'une tolérance administrative à l'égard d'infractions pénales ne les fait pas disparaître et ne constitue pas une cause d'irresponsabilité (Cass. Crim., 24 novembre 1955, Vuillier, Bull. crim. n° 522 ; Cass. Crim., 16 octobre 2018, n° 17-86802, au Bull.). La garantie des droits est donc toujours

²⁷ CE, 8 juin 2016, Association France nature environnement et autres, n° 388429 ; CE, 7 avril 1999, Syndicat indépendant de la garderie nationale de l'environnement et Rassemblement des opposants à la chasse et Ligue pour la protection des oiseaux, n° 185060-185281-185446, aux T.

²⁸ La décision Ministre c/ N... du 20 mars 1974 (n° 90547) illustre l'autonomie de la répression administrative et de la responsabilité civile, puisque qu'elle subordonne le paiement de l'indemnité due par l'Etat au titre de la responsabilité sans faute à la subrogation de ce dernier aux droits qui résulteraient des condamnations éventuellement prononcées par les tribunaux judiciaires en raison de l'irrégularité des constructions que l'administration a renoncé à poursuivre.

assurée. Sur l'autre plateau, il convient de placer les inconvénients qui s'attacheraient à la sanction immédiate du comportement en cause. La nécessité d'une période de transition entre deux régimes, notamment en cas d'évolution de la doctrine interprétative de l'administration, des difficultés particulières de mise en œuvre se traduisant par une méconnaissance généralisée de la loi, des incertitudes entourant la portée de la règle de droit ou l'imminence d'une modification de la règle, notamment d'une nouvelle législation plus douce qui s'appliquera immédiatement, sont quelques exemples de justifications envisageables.

Le contrôle restreint que nous vous proposons d'exercer se justifie par la marge d'appréciation qu'il convient de reconnaître aux autorités de régulation dans la définition et la mise en œuvre de leur doctrine répressive, dans la ligne de la jurisprudence relative à l'opportunité des poursuites : en vue de concilier les intérêts en présence, elles peuvent vouloir privilégier la pédagogie sur la sanction, ne pas sanctionner aujourd'hui pour frapper plus fort demain ou, au contraire, faire d'emblée des exemples, ou concentrer leurs ressources limitées sur certaines pratiques au détriment de manquements plus véniels à la loi. Il y a, derrière ces arbitrages, des choix stratégiques, de société, de politique économique et de positionnement institutionnel, bref, des équilibres dont la subtilité a précisément justifié qu'on leur dédie une autorité de régulation et non un *Robocop*. Son indépendance est d'ailleurs un garde-fou important contre la tentation de la complaisance qui peut occasionnellement saisir le pouvoir politique.

Il est temps à présent d'appliquer ce raisonnement au cas d'espèce. C'est, de notre point de vue, l'exercice le plus délicat auquel convie la requête.

Précisons liminairement que ni la loi du 6 janvier 1978, ni le décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 pris pour son application ne font obligation à la CNIL d'user de ses pouvoirs de sanction. Le 2° de l'article 8 lui fait certes obligation de veiller à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément à la réglementation, mais il lui confère à cette fin douze prérogatives, au nombre desquels figurent notamment la publication de lignes directrices destinées à faciliter la mise en conformité des traitements ainsi que le traitement des plaintes. Curieusement, les pouvoirs de sanction n'y sont pas mentionnés. Ils figurent à l'article 20 de la loi qui se borne à prévoir une simple possibilité, et jamais une obligation²⁹.

La tolérance en litige est radicale puisque la CNIL s'est en principe interdit de faire usage de ses pouvoirs coercitifs, là où elle aurait pu, plus subtilement, annoncer qu'elle n'en ferait pas une priorité de ses programmes de contrôle, qu'elle ne prononcerait que des avertissements, ou qu'elle s'abstiendrait d'infliger des sanctions pécuniaires. On ne peut toutefois exclure qu'elle décide de s'en écarter dans des circonstances particulières, par exemple dans le cas extrême d'un opérateur qui lui ferait part de son refus de toute démarche de mise en conformité ou qui n'aurait entrepris aucune démarche de conformité peu avant la fin de la période de transition.

²⁹ V. par exemple : Cass. Crim., 3 février 1998 (Dalloz 1998, p. 443) : « *La CNIL, autorité administrative chargée de veiller au respect des dispositions de la loi du 6 janvier 1978 (...) dispose du pouvoir d'apprécier la suite à donner aux plaintes qui lui sont adressées, quelle que soit la décision prise ensuite par les autorités judiciaires (...)* ».

Le manquement couvert par cette tolérance est par ailleurs étroitement circonscrit puisqu'il ne porte pas sur le principe du consentement préalable mais sur une modalité de recueil du consentement. La méconnaissance des autres exigences découlant du RGPD continue d'exposer le responsable de traitement à une sanction. Aucun cookie ne peut être déposé dès l'arrivée sur le site. L'utilisateur doit bénéficier d'une information complète lui permettant de refuser le dépôt et de retirer son consentement à tout moment. Ses données ne sauraient être utilisées à d'autres fins que celles dont il a été informé et la durée de vie des cookies est limitée. Nous avons collectivement vécu pendant de longues années dans un univers où la navigation sur le site permettait de présumer l'accord. Sans nullement la sous-estimer, il ne nous semble pas que l'atteinte à la vie privée en résultant présenterait un caractère de gravité tel qu'elle disqualifierait par principe l'initiative de la CNIL³⁰. Ajoutons que les plus précautionneux peuvent paramétrer les navigateurs usuels afin de s'opposer par avance au dépôt de cookies, même s'il est vrai qu'ils peuvent en être dissuadés par l'impossibilité technique, en l'état des navigateurs, d'autoriser les cookies pour certaines finalités seulement, et que vous avez jugé que ce paramétrage n'était pas une méthode suffisante pour satisfaire le droit d'opposition (V. votre décision Croque Futur déjà citée).

Qu'en est-il de l'autre plateau de la balance ?

Il est impossible de suivre la CNIL lorsqu'elle fonde sa décision sur l'exigence de prévisibilité de la loi, dans ses communiqués. Le RGPD a été publié le 4 mai 2016, est entré en vigueur 20 jours plus tard et est devenu applicable à compter du 25 mai 2018, quelques jours après que le groupe des CNIL européennes a indiqué dans ses lignes directrices sur le consentement que « *la simple poursuite de l'utilisation ordinaire d'un site Internet n'est (...) pas un comportement qui permet de supposer une manifestation de volonté de la part de la personne concernée visant à donner son accord à une opération de traitement envisagé* ». Il s'est ensuite passé plus d'un an avant que la CNIL modifie sa doctrine. Et la combinaison de la directive e-privacy et du RGPD n'est pas d'une obscurité telle sur le point qui nous occupe que les acteurs pouvaient légitimement ignorer, pendant tout ce laps de temps, que le règlement avait condamné l'assimilation de la poursuite de la navigation à un consentement valable.

La circonstance que le RGPD est massivement méconnu sur ce point est quant à elle une considération pertinente mais non suffisante, et nous n'irons pas jusqu'à dire, comme le fait la CNIL, que l'impossibilité pratique dans laquelle elle se trouve de sanctionner tous les contrevenants justifie sa mesure. Car alors, vous accepteriez aussi que l'Etat arrête de verbaliser les excès de vitesse.

Il reste que l'incertitude qui entoure les modalités pratiques idoines de recueil du consentement, qui explique ce retard généralisé de mise en conformité des acteurs, crée une

³⁰ A la lecture du code pénal, nous ne sommes d'ailleurs pas bien sûr qu'un tel manquement est pénalement sanctionné, car le défaut de consentement ne l'est spécifiquement que pour les traitements de données sensibles (art. 226-19). On pourrait considérer que le dépôt et l'utilisation de cookies sans consentement constitue une collecte de données à caractère personnel « par un moyen frauduleux, déloyal ou illicite » (art. 226-18 du code pénal). Mais on comprend mal alors pourquoi l'article 226-19 punit de la même peine la collecte de données sensibles sans le consentement exprès de l'intéressé...

situation qui prédispose peu à l'usage des pouvoirs de sanction. Pour le dire trivialement, tout le monde sait ce qu'il ne faut pas faire – assimiler poursuite de la navigation et consentement aux cookies – mais personne ne sait exactement et concrètement ce qu'il faut faire. Il est vrai que certains opérateurs, y compris la CNIL elle-même sur son site internet, ont pris l'initiative de mettre en place des modalités de recueil *a priori* plus respectueuses du RGPD. Cet argument nous a ébranlé un temps, d'autant que la position de la CNIL aboutit à pénaliser les vertueux. Mais au fond, rien ne garantit que les formules retenues soient les plus pertinentes. Surtout, nous pensons que, sur des sujets précis, notamment lorsqu'elle constate des difficultés de mise en œuvre de la loi, la CNIL peut choisir d'engager une démarche de normalisation en co-construisant avec les acteurs concernés des standards consensuels dans le cadre d'un plan d'action tendant à la mise en conformité des traitements, plutôt que de construire sa doctrine au gré de ses décisions de sanction. La délibération à venir, dont la préparation associe la société civile et fera l'objet d'une consultation publique, devra par exemple préciser le degré adéquat de granularité du recueil du consentement selon les finalités et le phasage du recueil entre la page d'accueil du site et une page dédiée à laquelle la première renverrait.

A partir du moment où on approuve cette démarche sinon négociée, au moins concertée, il ne serait pas logique qu'on exige en parallèle de la CNIL qu'elle sanctionne les opérateurs. On ne discute pas avec le pistolet sur la tempe. Par ailleurs, l'infliction de sanctions pourrait conduire les acteurs à engager des ressources en pure perte, notamment des développements informatiques dont la requête ne conteste pas qu'ils peuvent être complexes, qui pourront s'avérer inadaptés et appeler des projets correctifs en fonction des desiderata de l'autorité de régulation. Tout ceci est coûteux, pour les petites entreprises, en raison de leurs moyens limités, comme pour les grandes, en raison de leur complexité interne. La mise en conformité « dans le brouillard » peut également inciter les opérateurs à mettre en œuvre des solutions contre-productives. Comme l'a relevé en substance le comité européen de la protection des données dans ses lignes directrices sur le consentement, des modalités de recueil du consentement inappropriées, parce qu'excessivement pénalisantes pour l'ergonomie de la navigation, ou trop disparates d'un site à l'autre, peuvent aboutir à l'effet inverse à celui qui est recherché, en incitant l'internaute lassé à accepter par principe les cookies.

Nous ajouterons que, comme le relève la délibération de la CNIL de juillet dernier, les navigateurs web pourraient évoluer à une échéance rapprochée pour permettre un paramétrage de l'acceptation des cookies conforme aux exigences du RGPD, ce qui rendrait largement sans objet l'adaptation des sites eux-mêmes. C'est précisément ce à quoi invite le projet de règlement qui a vocation à remplacer la directive e-privacy, dont la refonte semble enlisée dans les rouages de la fabrique normative bruxelloise. Cette hypothèque renforce le choix de la CNIL de ne pas entrer immédiatement en voie de sanction.

Un dernier point, et non des moindres : vous pourriez vous aviser qu'en attendant le standard promis par la CNIL, une solution alternative pourrait consister tout simplement à surseoir à l'utilisation des cookies non techniques. Mais cette issue n'est pas réaliste. L'équilibre économique du secteur de la publicité en ligne et de ceux qui, comme la presse en ligne, se financent à l'aide des ressources publicitaires, dépend très largement des traceurs de connexion. Au-delà, il existe une variété de cookies non publicitaires qui requièrent le consentement, notamment pour la mesure d'audience et l'analytique, l'authentification de

l'utilisateur d'une session à l'autre, la personnalisation de l'interface utilisateur ou le partage via les réseaux sociaux, et dont la suppression serait bien souvent préjudiciable aux internautes eux-mêmes.

Dans ces conditions, et sans cacher quelques hésitations au cas d'espèce ou, peut-être, justement en raison de ces hésitations, nous sommes d'avis que la CNIL n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en annonçant s'abstenir, en principe, de faire usage de ses pouvoirs coercitifs en présence du manquement en cause. Elle n'a pas davantage commis une telle erreur en fixant l'échéance de la période de transition à 6 mois à compter de l'adoption d'une délibération prévue au 1^{er} trimestre 2020, soit une période totale comprise entre 12 et 18 mois. C'est long, plus long que le délai accordé en juillet 2019 par l'ICO, la CNIL britannique, jusqu'à la fin de l'année, encore que celle-ci a plutôt fixé une clause de revoyure qu'une date d'ouverture de la chasse aux contrevenants. Mais eu égard à la nature du chantier ouvert, cette durée n'est pas aberrante. La borne flottante retenue par la CNIL n'est guère gênante dès l'instant que l'abrogation de la ligne directrice pourra être sollicitée à tout moment et, en particulier, si la délibération envisagée tarde à sortir.

Vous pourrez enfin écarter les moyens tirés de la violation des articles 7 et 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et de l'article 8 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui appellent le même raisonnement, sans que le contrôle normal que vous affichez ne justifie une autre solution. Vous êtes en effet dans un domaine dans lequel il convient en tout état de cause de reconnaître une large marge d'appréciation à l'autorité de régulation, y compris au regard des normes conventionnelles.

L'invocation de l'article 7 de la convention européenne, intitulé « Pas de peine sans loi », est quant à elle radicalement inopérante puisque vous êtes dans un cas où il n'y a justement pas de peine, même avec une loi...

PCMNC au rejet de la requête.