

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La jurisprudence de l'APD en matière de cookies

Gobert, Alix

Published in:

5 années de jurisprudence de la Chambre contentieuse de l'APD

Publication date:

2024

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Gobert, A 2024, La jurisprudence de l'APD en matière de cookies. dans *5 années de jurisprudence de la Chambre contentieuse de l'APD*. Collection du CRIDS, vol. 55, Larcier-Intersentia, Bruxelles, pp. 139-162.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

CHAPITRE 5

La jurisprudence de l'APD en matière de cookies

Alix GOBERT¹

Introduction

1. Depuis l'adoption du RGPD, la thématique des cookies a pris une place importante dans la jurisprudence des autorités de protection des données. Ceci s'explique sûrement, en partie, par le fait que les internautes sont confrontés quotidiennement à devoir poser des choix quant à ces petits traceurs, mais également en raison de l'impact important qu'ils peuvent avoir sur la vie privée des individus. Ceux-ci sont en effet susceptibles de contenir des informations très personnelles sur les individus, telles que leurs habitudes de navigation et de consommation.

2. L'attention de l'autorité de protection des données belge (ci-après « APD ») pour cette thématique n'a cessé de croître depuis l'entrée en vigueur du RGPD. Alors qu'en 2019 une seule décision concernait la thématique des cookies, on en recense plus de treize pour l'année 2022².

3. La présente contribution est l'occasion de dresser un état des lieux de la position de l'APD en matière de cookies. La démarche choisie a été de procéder par thématiques, et non par décisions. En outre, seules les

¹ Chercheuse au CRIDS/NaDI (UNamur).

² Notons que cette augmentation notable de décisions concernant la problématique des cookies s'explique notamment par l'enquête d'envergure que l'APD belge a menée sur l'utilisation de cookies par les sites de presse belges. La plupart de ces enquêtes ont été résolues par transaction, à l'exception des enquêtes menées à l'encontre des Groupes Rossel et Roularta qui ont abouti à des décisions sur le fond fouillées par l'APD (décision n° 85/2022 et n° décision 103/2022). Pour une analyse détaillée de ces deux décisions, voy. : A. DELFORGE, « Le placement de cookies sur un site web : enfin la fin de la récréation ou le début de la fin », *R.D.T.I.*, 87/2022, pp. 122 à 138.

thématiques de fond principales en matière de cookies ont été abordées, à l'exclusion des points spécifiques de procédure³. Dans une première section, nous analyserons la position de l'APD quant à la notion de consentement, pierre angulaire du RGPD et de la directive *ePrivacy* en matière de cookies. Ensuite nous analyserons les exigences particulières qui reposent sur le responsable du traitement en matière d'obligation d'information. Enfin, nous terminerons par une analyse de la position de l'APD quant à la question de la responsabilité des éditeurs de sites web lorsqu'ils recourent à des cookies tiers.

SECTION 1. Le consentement

§ 1. – L'obligation de recueillir un consentement préalable

a) Rappel des principes de base

4. Le dépôt de cookies sur un terminal implique de stocker des informations ou d'accéder à des informations enregistrées sur ce terminal. De ce fait, cette opération est soumise à la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques⁴ (ci-après : « directive *ePrivacy* »). Cette directive prévoit, en son article 5, § 3, que « les États membres garantissent 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 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

³ Nous pensons notamment à la question de la compétence de l'APD.

⁴ Directive (CE) 2002/58 du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), *J.O.C.E.*, L.201 du 31 juillet 2002, telle que modifiée par la directive (CE) 2009/136 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive (CE) 2002/58 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, *J.O.C.E.*, L.337/11 du 18 décembre 2009.

données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès technique 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 ». Cette disposition de la directive *ePrivacy* amène à distinguer deux types de cookies : les cookies essentiels et les cookies non essentiels. Alors que les premiers sont strictement nécessaires pour la fourniture d'un service de communication en ligne expressément demandé par l'utilisateur ou pour permettre la transmission d'une communication par voie électronique, les seconds ne le sont pas. L'intérêt de cette distinction légale réside dans le fait que seuls les premiers sont exonérés de l'obligation d'obtenir le consentement préalable des utilisateurs. *A contrario*, les cookies non strictement nécessaires, qui sont installés par le site web pour servir des finalités non essentielles au fonctionnement du site, sont soumis à l'obligation de l'obtention du consentement préalable des utilisateurs.

5. L'APD, dans plusieurs décisions, a eu l'occasion de donner des exemples concrets de cookies relevant de chacune de ces catégories. Ainsi, appartiennent à la catégorie des cookies essentiels, notamment, « les cookies conservant le choix exprimé par les utilisateurs sur le dépôt de traceurs, ceux destinés à l'authentification auprès d'un service, ceux permettant de conserver le contenu d'un panier d'achat, ou encore ceux personnalisant l'interface utilisateur (par exemple, pour le choix de la langue ou de la présentation d'un service), lorsqu'une telle personnalisation constitue un élément intrinsèque et attendu du service »⁵. À l'inverse, ont été cités par l'APD comme exemples de cookies non essentiels : « ceux liés à l'affichage de la publicité personnalisée ou non personnalisée (dès lors que des traceurs sont utilisés pour mesurer l'audience de la publicité affichée dans ce dernier cas) ou encore à des fonctionnalités de partage sur les réseaux sociaux »⁶.

b) Les cookies d'analyse et de statistiques

6. Parmi les différents cookies généralement installés par les éditeurs de sites web sur les terminaux des internautes, il en est pour lesquels la qualification en tant que cookies strictement nécessaires ou non essentiels n'est pas toujours aisée. Ainsi, les cookies d'analyse et de statistiques ont

⁵ Voy. not. APD, décision n° 11/2022, 21 janvier 2022, pp. 12 à 13, pts 49 et 50.

⁶ *Ibid.*

souvent défrayé la chronique. Ils sont définis par l'APD comme étant des cookies qui « collectent des informations sur des données techniques de l'échange ou sur l'utilisation du site web (pages visitées, durées moyennes des consultations, ...) afin de pouvoir améliorer son fonctionnement. Les données ainsi collectées par le site sont en principe agrégées et traitées de manière anonyme, mais peuvent également être traitées à d'autres fins »⁷.

7. Pour faire rentrer ces cookies dans la catégorie des cookies strictement nécessaires et, dès lors, être exemptés de l'obligation du consentement préalable, certains se sont notamment appuyés sur l'Avis du Groupe de travail sur la protection des données indiquant, qu'« il est peu probable que *les cookies d'analyse d'origine présentent un risque pour la vie privée lorsqu'ils sont strictement limités à l'établissement de statistiques agrégées* concernant l'origine et lorsqu'ils sont utilisés par des sites web qui fournissent déjà des informations claires sur ces cookies dans leurs dispositions relatives à la protection de la vie privée, ainsi que des garanties adéquates en la matière »⁸.

8. La Chambre Contentieuse de l'APD a sur cette question une position constante et refuse de qualifier les cookies d'analyse et de statistiques comme étant strictement nécessaires. Pour justifier sa position, elle s'appuie sur une lecture stricte de l'article 5, § 3 de la directive *ePrivacy*, en indiquant que cet article ne prévoit pas d'exception au consentement pour les cookies d'analyse de première partie⁹. À travers les défenses apportées dans le cadre du dépôt de cookies d'analyse et de statistiques sans le consentement préalable des utilisateurs, la Chambre Contentieuse a eu l'occasion d'affiner et de préciser son interprétation de la notion de « cookies strictement nécessaires ».

9. Elle a notamment eu l'occasion de rappeler que l'interprétation du caractère « nécessaire » doit se faire conformément aux objectifs de la protection du droit européen relatif à la protection des données, et que

⁷ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 31 ; APD, n° décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 31.

⁸ Groupe de travail sur la protection des données, Avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies, WP209, p. 10 ; APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 32. Nous soulignons.

⁹ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, pp. 32 et 33. Les cookies de première partie sont placés directement par le site internet qui est consulté par le visiteur, par opposition aux cookies de tierce partie qui sont placés par un domaine différent de celui visité par l'utilisateur (APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 31).

par conséquent, cette exception ne peut être invoquée que dans l'intérêt des personnes concernées – soit les utilisateurs d'un site internet – et non pas dans l'intérêt des responsables du traitement – en l'espèce, les éditeurs de sites web¹⁰. La décision en cause concernait un site spécialisé dans les actualités juridiques, sur lesquelles des auteurs étaient invités à publier des articles. Le défendeur faisait valoir que le dépôt des cookies statistiques était *indispensable*¹¹ au fonctionnement du site internet puisqu'ils permettaient de fournir aux *auteurs*¹² des statistiques essentielles sur le nombre de visiteurs, les auteurs n'étant intéressés de publier sur ledit site que s'ils étaient certains d'atteindre un certain nombre de lecteurs¹³. La Chambre Contentieuse en a dès lors conclu que ces cookies analytiques n'étaient pas strictement nécessaires pour fournir le service d'informations aux personnes concernées – soit les abonnés du site d'actualités juridiques – mais bien pour fournir des informations agrégées à des tiers – soit les auteurs d'articles publiés sur le site internet¹⁴.

10. Dans une affaire impliquant le groupe de presse *Roularta*¹⁵, le service d'inspection avait constaté qu'au moment de l'enquête, des cookies statistiques étaient toujours paramétrés comme actifs et ne pouvaient pas être désactivés¹⁶. Au vu de l'absence de recueil du consentement pour ces cookies, le service d'inspection en avait conclu qu'ils étaient considérés par Roularta comme étant des cookies strictement nécessaires dont le dépôt était indispensable pour le fonctionnement du site internet. Dans sa défense, l'entreprise de presse faisait valoir que les cookies statistiques « étaient utilisés pour avoir un aperçu *totalelement anonyme*¹⁷ de la façon dont le site web est utilisé et des pages visitées avec fréquence »¹⁸. Sur base de cet argument, la Chambre Contentieuse rappelle que lorsque des données statistiques sont collectées par des cookies, il sera toujours possible de réidentifier la personne concernée, soit au moyen de son adresse IP, soit au moyen d'un numéro d'identification unique qui constitue une forme de pseudonymisation d'une donnée à caractère personnel. La Chambre Contentieuse en conclut que les cookies statistiques traitent *de facto* des données à caractère personnel et que par conséquent, le consentement

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Nous soulignons.

¹² Nous soulignons.

¹³ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 30.

¹⁴ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 33.

¹⁵ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022.

¹⁶ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 30 à 31, pt 87.

¹⁷ Nous soulignons.

¹⁸ APD, décision n° 85/2022, p. 32, pt 92.

préalable est requis sur base de l'article 6, alinéa 1, point a), du RGPD, joint à l'ancien article 129 de la Loi sur les communications électroniques qui transposait, en droit belge, l'article 5, § 3, de la directive *ePrivacy*. Notons que si cet argumentaire a le mérite d'affiner l'interprétation et la position de la Chambre Contentieuse en matière de cookies strictement nécessaires, il nous semble néanmoins que la question de savoir s'il s'agit effectivement de données à caractère personnel se situe à un autre niveau : celui de la question de savoir si les cookies déposés traitent des données à caractère personnel et impliquent, dès lors, d'avoir une base légale permettant de justifier le traitement de ces données à caractère personnel¹⁹. La directive *ePrivacy* ne fait en effet pas de distinction particulière au niveau du dépôt des cookies selon qu'ils traitent des données à caractère personnel ou non.

11. L'autorité de protection des données française – la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après, « la CNIL ») – a quant à elle une position plus souple. Elle considère en effet que les cookies statistiques sont souvent indispensables à la fourniture du service par un site web. Elle en conclut qu'ils sont donc exemptés de consentement, pour autant que ceux-ci respectent une double condition. Premièrement, ces cookies doivent avoir une finalité strictement limitée à la seule mesure de l'audience du site ou de l'application pour le compte exclusif de l'éditeur ; et deuxièmement, ces cookies ne peuvent servir qu'à produire des données statistiques anonymes, afin d'empêcher le suivi global de la navigation d'une personne²⁰.

12. Ces différences d'interprétation entre autorités de protection des données nationales s'expliquent par l'absence de lignes directrices adoptées par le Comité européen de la protection des données (ci-après : « EDPB »²¹). Cette situation pourrait toutefois changer avec l'adoption du nouveau règlement *ePrivacy* – à ce jour toujours au stade des négociations – et qui est destiné à abroger et à remplacer l'actuelle directive

¹⁹ RGPD, art. 6.1.

²⁰ CNIL, « Cookies : solutions pour les outils de mesure d'audience », disponible sur <https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs/regles/cookies-solutions-pour-les-outils-de-mesure-daudience>, 15 septembre 2023.

²¹ Le Comité européen de la protection des données est une entité légale instituée au niveau européen et qui veille à ce que la législation de l'UE dans ce domaine – en particulier le règlement général sur la protection des données et la directive sur la protection des données dans le domaine répressif – soit appliquée de manière cohérente dans tous les pays couverts par cette législation. Dans le texte, nous utiliserons l'acronyme de l'appellation anglophone de ce comité : « *European Data Protection Board* ("EDPB") ».

*ePrivacy*²². L'article 8 de la proposition de règlement *ePrivacy* semble en effet suivre l'interprétation réalisée par la CNIL en ajoutant, parmi les finalités exemptées d'obtenir le consentement préalable des utilisateurs, la finalité de mesure d'audience.

§ 2. – L'obligation de recueillir un consentement valable

a) Rappel des principes de base

13. Lorsqu'un consentement préalable au dépôt de cookies est requis, encore faut-il que celui-ci soit recueilli valablement par les acteurs du net. La directive *ePrivacy* prévoit, en son article 2, f), que « le consentement d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au « consentement de la personne concernée » figurant dans la directive 95/46/CE »²³. Pour être valable, le consentement au dépôt de cookies non essentiels doit donc répondre aux conditions établies par l'article 4.11. du RGPD. Cet article prévoit quant à lui que le consentement doit correspondre à « une manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque, par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou *un acte positif clair*, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement »²⁴.

14. À travers les pratiques de différents acteurs du net, l'APD a eu l'occasion d'interpréter la notion de consentement dans le contexte particulier du dépôt de cookies.

b) Un consentement libre

15. Le considérant 42 du RGPD prévoit que « [...] [l]e consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la

²² Proposition de Règlement *ePrivacy*, article 8, dernière version du 10 février 2021, n° 6087/21. L'article 8 de cette proposition prévoit que : « L'utilisation des capacités de traitement et de stockage des équipements terminaux et la collecte d'informations sur les équipements terminaux des utilisateurs finaux, y compris sur leurs logiciels et leur matériel, autrement que par l'utilisateur final concerné, sont interdites, sauf pour les motifs suivants : (...) (d) si c'est nécessaire à la seule fin de mesurer l'audience, à condition que cette mesure soit effectuée par le fournisseur de service à la demande de l'utilisateur final, ou par un tiers, ou par des tiers conjointement.

²³ Voy. égal. cons. 17 de la directive *ePrivacy*.

²⁴ Nous soulignons.

personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice ». Ceci implique que le consentement au dépôt de cookies doit être donné sans aucune forme de pression ou d'influence²⁵.

– La pratique des « cookies walls »

16. Afin d'obtenir plus facilement le consentement des utilisateurs, certains sites web avaient recours à des « cookies walls ». Cette pratique consiste à conditionner l'accès à un service ou au site web à l'octroi préalable du consentement au dépôt de cookies. À l'inverse, l'utilisateur qui refuse le dépôt de cookies se voit refuser l'accès au site internet consulté ou ne peut pas profiter des services offerts.

17. L'APD a eu l'occasion de connaître de cette pratique dans une décision du 21 janvier 2022²⁶. Dans cette affaire, la plaignante faisait valoir que son consentement aux cookies n'était pas libre, dans la mesure où elle était obligée d'accepter certains cookies pour pouvoir, par la suite, sélectionner ses préférences de publicité. Les cookies en question étaient des cookies de préférence permettant au site web de se souvenir des sélections des utilisateurs, notamment en matière de publicité. Il était donc question, en l'espèce, de cookies essentiels au fonctionnement du site internet. La Chambre Contentieuse de l'APD a précisé que la pratique des *cookies walls* n'est effectivement proscrite que dans la mesure où les cookies en question sont des cookies non essentiels au fonctionnement du site internet. En revanche, cette interdiction ne peut s'appliquer aux cookies strictement nécessaires, dont le traitement subséquent de données est basé sur l'intérêt légitime et non pas sur le consentement. En l'espèce, après analyse des conditions générales et de la politique vie privée du site en question, il est apparu que ces cookies de préférences étaient strictement nécessaires au bon fonctionnement du site internet dans la mesure où ils lui permettaient de connaître et d'enregistrer les sélections des utilisateurs, notamment en termes de publicité²⁷. La Chambre Contentieuse a donc conclu, en l'espèce, à l'absence de violation de l'article 6.1.a. du RGPD. Dans son argumentaire, elle n'a par ailleurs pas manqué d'invoquer

²⁵ H. BECKERS, « Le consentement au traitement de données à caractère personnel à l'ère du numérique et des innovations technologiques : le crépuscule d'un mythe ? », *Rev. Dr. ULg*, 2021/1, p. 77 ; Y. POULLET, « Consentement et RGPD : des zones d'ombre ! », *D.C.C.R.*, 2019/1-2, n° 122 à 123, p. 6.

²⁶ APD, décision n° 11/2022, 21 janvier 2022.

²⁷ APD, décision n° 11/2022, 21 janvier 2022, pp. 30 à 32, pts 130 et s.

la position de l'EDPB qui a également eu l'occasion de condamner le recours à des *cookies walls* pour des cookies non essentiels en indiquant qu'« [...] afin que le consentement soit donné librement, l'accès aux services et aux fonctionnalités ne doit pas être conditionné au consentement d'un utilisateur au stockage d'informations, ou à l'accès aux informations déjà stockées, sur l'équipement terminal d'un utilisateur. Le responsable du traitement doit démontrer qu'il est possible de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice (considérant 42 [du RGPD]). Par exemple, le responsable du traitement doit prouver que le retrait du consentement *n'engendre pas de frais pour la personne concernée et qu'il n'y a donc pas de désavantage évident pour ceux qui retirent leur consentement* »²⁸.

18. Notons qu'à travers cette dernière remarque, l'EDPB ouvre une brèche concernant la problématique des « *paywalls* ». Cette pratique hybride se distingue des *cookies walls* en ce qu'elle offre aux utilisateurs d'un site internet une alternative afin de compenser la perte générée par le refus du dépôt de cookies non essentiels. En pratique, les sites internet qui recourent à des *paywalls* permettent aux utilisateurs qui refuseraient le dépôt de cookies non essentiels de tout de même accéder au contenu du site web, moyennant le paiement d'une somme financière ou la souscription d'un abonnement payant. Alors que l'APD n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la légalité des *paywalls*, la CNIL a quant à elle reconnu la légalité de cette pratique, pour autant que la ou les alternative(s) proposée(s) aux utilisateurs soi(en)t équitable(s) et proportionnée(s). Dans cette optique, la CNIL a publié des critères d'évaluation permettant d'analyser, au cas par cas, si les alternatives proposées par les acteurs du web recourant à cette pratique peuvent être considérées comme équitables²⁹.

– Le design des bannières de cookies

19. Afin d'obtenir plus facilement le consentement des utilisateurs, certains sites web ont recours à des bannières de cookies configurées de telle sorte qu'elles favorisent l'octroi du consentement au détriment du refus, en rendant l'opération d'acceptation plus aisée³⁰. Cette pratique a

²⁸ EDPB, Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679, Version 1.1, adoptées le 4 mai 2020, p. 13. Nous soulignons.

²⁹ « Cookie walls : la CNIL publie des premiers critères d'évaluation », 16 mai 2022, disponible sur : <https://www.cnil.fr/fr/cookie-walls-la-cnil-publie-des-premiers-criteres-devaluation>.

³⁰ La pratique la plus fréquente est de mettre en place une bannière de cookies contenant un bouton « accepter tous les cookies » permettant d'accepter directement le dépôt des cookies, et un autre bouton « plus d'options » ou « gérer les paramètres » permettant de refuser les cookies au terme de plusieurs actions.

fait l'objet d'une jurisprudence importante auprès de la CNIL, qui considère que cette pratique porte atteinte au caractère libre du consentement puisque les internautes sont incités à accepter le dépôt des cookies, cette opération étant plus simple et mise en avant par les éditeurs de sites web. De nombreux sites ont ainsi été condamnés pour ne pas avoir configuré leurs bannières de cookies avec un bouton permettant de refuser les cookies au même niveau que le bouton permettant de les accepter³¹.

20. Dans sa décision n° 15/2023³², l'APD a eu à connaître du design d'une bannière de cookies d'un site web. Le service d'inspection avait constaté que la bannière destinée à recueillir le consentement des utilisateurs pour le dépôt de cookies contenait deux boutons : un premier portant la mention « continuer », qui permettait d'accepter les cookies, et un second, portant la mention « plus d'informations », qui renvoyait l'utilisateur sur une autre page³³. Le service d'inspection en avait donc conclu qu'il n'était pas possible, pour l'utilisateur du site web, de refuser le dépôt de cookies en un seul clic et au stade de la première strate d'information³⁴. Devant la Chambre Contentieuse, le défendeur faisait valoir que dans l'intervalle, la bannière de cookies avait été modifiée. Dans sa décision au fond, la Chambre Contentieuse a pris le parti d'analyser la bannière de cookies telle qu'elle existait au moment de la décision, et non pas telle qu'elle existait au moment de l'enquête menée par le service d'inspection. À cette occasion, il a été constaté que la bannière modifiée contenait à nouveau deux boutons : l'un permettant d'accepter le dépôt des cookies non essentiels, et l'autre permettant de « gérer ses préférences », lequel renvoyait vers une page où les différents cookies étaient repris par catégories avec une possibilité, pour l'utilisateur, d'accepter ou de refuser le dépôt des cookies par catégorie³⁵. Dans sa décision, la Chambre Contentieuse

³¹ Concernant les décisions de la CNIL, voy. not. : Délibération de la formation restreinte n° SAN-2022-027 du 29 décembre 2022 concernant les sociétés TIKTOK INFORMATION TECHNOLOGIES UK et TIKTOK TECHNOLOGY LIMITED ; Délibération de la formation restreinte n° SAN-2021-023 du 31 décembre 2021 concernant les sociétés GOOGLE LLC et GOOGLE IRELAND LIMITED ; Délibération de la formation restreinte n° SAN-2022-023 du 19 décembre 2022 concernant les sociétés MICROSOFT IRELAND OPERATIONS LIMITED. Concernant la problématique des bannières de cookies, voy. : A. GOBERT, « Les modalités de recueil du consentement en matière de cookies non essentiels : la chasse aux pratiques non conformes menées par la CNIL se poursuit : observations sous Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL), décision du 29 décembre 2022 », *R.D.T.I.*, n°s 88 à 89, pp. 135 à 158.

³² APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023.

³³ APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023, p. 18, pt 64.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023, p. 21, pt 76.

s'est contentée de constater que cette bannière de cookies, bien qu'elle ait été modifiée dans un sens favorable, ne contenait toujours pas de bouton permettant de refuser les cookies au même niveau que le bouton global d'*opt-in* permettant d'accepter en un seul clic le dépôt des cookies non essentiels³⁶. La Chambre Contentieuse s'est néanmoins contentée de se référer au rapport de l'EDPB concernant les bannières de cookies³⁷ en indiquant que les modifications apportées par le défendeur à sa bannière de cookies constituaient un pas dans la bonne direction, cette bannière de cookies étant plus conforme que celle qui avait préalablement été constatée par le service d'inspection³⁸. La Chambre Contentieuse, se basant sur la position de l'EDPB, rappelle que les bannières de cookies doivent contenir un bouton permettant de refuser les cookies au même niveau que le bouton permettant d'accepter le dépôt de ces mêmes cookies³⁹. S'il peut paraître étonnant que la Chambre Contentieuse n'ait fait que constater l'amélioration apportée à la bannière de cookies sans sanctionner pour autant le fait qu'elle ne soit pas conforme aux lignes directrices européennes adoptées par l'EDPB, elle s'en justifie en indiquant que le rapport du groupe de travail de l'EDPB a été publié après la conclusion des débats⁴⁰. On peut donc en conclure que la Chambre Contentieuse a estimé qu'il ne pouvait pas être reproché au défendeur de ne pas en avoir tenu compte dans sa mise en conformité, et qu'elle ne formule donc ses remarques qu'à titre de recommandations.

21. Concernant les bannières de cookies, l'APD n'a donc pas encore eu l'occasion de condamner formellement, dans une décision sur le fond, une pratique non conforme. Elle a néanmoins indiqué qu'elle entendait suivre les lignes directrices adoptées par l'EDPB, et elle s'est positionnée dans ce sens dans sa « *check-list cookies* », où elle condamne explicitement le fait de ne pas prévoir l'acceptation et le refus des cookies sur le même niveau⁴¹.

³⁶ APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023, p. 21, pt 76.

³⁷ EDPB, « *Draft Report of the work undertaken by the Cookie Banner Taskforce EDPB* », 18 janvier 2023, disponible sur : <https://edpb.europa.eu>.

³⁸ APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023, p. 21, pt 76.

³⁹ *Ibid.*, p. 21, pt 77.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ APD, « *Chek-list cookies* », 20 octobre 2023, disponible sur : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/actualites/2023/10/20/lapd-publie-une-checklist-pour-une-utilisation-correcte-des-cookies>.

c) Un consentement univoque

22. L'article 4.11. du RGPD prévoit que la manifestation de volonté par laquelle une personne manifeste son consentement doit être univoque. Le consentement de l'utilisateur au dépôt des cookies doit être clair et certain, et il ne doit subsister aucun doute quant au fait qu'à travers son consentement, c'est bien au dépôt de cookies que l'utilisateur souhaitait consentir.

– Un acte positif clair

23. Le caractère univoque du consentement implique, notamment, que celui-ci prenne la forme d'un « acte positif clair »⁴². La Cour de justice de l'Union européenne a eu l'occasion d'interpréter cette notion dans son arrêt *Planet 49*⁴³. Cette affaire concernait un site internet de jeux promotionnels. Ce site internet sollicitait l'accord des internautes pour le dépôt de cookies promotionnels sur leurs terminaux au moyen d'une case qui était cochée par défaut. Saisie d'une question préjudicielle par la Cour fédérale de justice allemande à ce propos, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que « le consentement que l'utilisateur d'un site web doit donner pour le placement et la consultation de cookies sur son équipement n'est pas valablement donné au moyen d'une case cochée par défaut que cet utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement »⁴⁴. Il résulte de cette jurisprudence que l'« *opt-out* », soit la pratique consistant à recourir à des cases pré cochées par défaut et à exiger une démarche active de l'internaute pour renoncer au dépôt des cookies, est illégale. Le consentement au dépôt des cookies doit dès lors prendre la forme d'un « *opt-in* », soit une démarche active dans le chef de l'internaute.

24. L'APD a eu l'occasion de connaître de la problématique des cases pré-cochées dans les affaires Roularta⁴⁵ et Rossel⁴⁶. Ces sites de presse avaient tous les deux recours à des plateformes de gestion des consentements des utilisateurs. Les enquêtes menées par le service d'inspection de l'APD ont démontré que ces plateformes étaient paramétrées de manière à activer par

⁴² RGPD, art. 4.11.

⁴³ C.J.U.E., 1^{er} octobre 2019, arrêt *Planet 49*, aff. C-673/17.

⁴⁴ C.J.U.E., 1^{er} octobre 2019, arrêt *Planet 49*, C-673/17, pt 65 ; C.J.U.E., 1^{er} octobre 2019, « Le placement de cookies requiert le consentement actif des internautes », Communiqué de presse n° 125/19, Luxembourg.

⁴⁵ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022.

⁴⁶ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022.

défaut les transferts de données vers les partenaires de ces sites de presse. Les utilisateurs étaient donc présumés consentir par défaut, et ils devaient exprimer activement leur refus en décochant les cases déjà pré-cochées s'ils ne voulaient pas partager leurs données avec ces tiers. Roularta et Rossel faisaient valoir que ces outils n'étaient en réalité pas destinés à obtenir le consentement des utilisateurs au transfert de leurs données, mais simplement à les en informer. Le consentement était, selon Roularta et Rossel, obtenu en amont et de manière distincte par la plateforme de gestion du consentement mise en place par *IAB Europe*⁴⁷. La Chambre Contentieuse n'a pas suivi cet argument et a conclu à la violation des articles 4.11, 6.1.a et 7.1 du RGPD au motif que cette manière de procéder impliquait un « grand risque » pour les droits et libertés des utilisateurs du site web⁴⁸.

– La pratique du « *further browsing* »

25. La pratique du « *further browsing* » implique de recourir à une bannière de cookie volatile, qui disparaît dès que l'utilisateur pose un acte positif sur le site internet, que ce soit en continuant à naviguer sur le site web, ou bien en cliquant sur un lien hypertexte renvoyant vers une autre page du site web. Dans ce cas, l'absence d'action explicite de l'utilisateur concernant l'acceptation ou le refus du dépôt des cookies est interprétée comme un consentement implicite au dépôt de ces cookies. L'APD a eu à connaître de cette pratique dans plusieurs décisions.

26. Dans l'affaire *Telenet SA*, le service d'inspection a constaté que le consentement au dépôt des cookies était sollicité au moyen d'une bannière de cookies indiquant la mention suivante : « En poursuivant l'utilisation de ce site Internet, vous consentez au placement de cookies »⁴⁹. L'APD a considéré que cette manière de procéder ne permettait pas d'obtenir un consentement valable, car celui-ci n'était pas spécifique. En effet, l'utilisateur est amené à donner son consentement à la fois pour l'utilisation d'informations ou de services proposés sur le site Internet, mais également pour que ses données soient traitées via des cookies⁵⁰.

⁴⁷ *IAB Europe* est une association européenne pour l'écosystème du marketing et de la publicité numérique. *IAB Europe* a mis en place un système de plateformes de gestion du consentement (*Consent Management Platforms*), qui prennent la forme de logiciels ou de solutions qui développent des notifications (p. ex., des bannières de cookies ou des interfaces de gestion des consentements) pour informer les utilisateurs et recueillir leurs préférences en matière de cookies.

⁴⁸ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 63, pt 177.

⁴⁹ APD, décision n° 19/2021, 12 février 2021, p. 33, pt 103.

⁵⁰ APD, décision n° 19/2021, 12 février 2021, p. 34, pt 108.

27. De la même manière, dans l'arrêt *Rossel*, le service d'inspection avait également constaté que le site de presse utilisait une bannière de cookies volatile qui disparaissait lorsque l'utilisateur poursuivait la navigation sur le site web sans opérer d'action⁵¹. Dans cette décision, l'APD condamne à nouveau le recours à cette pratique, en indiquant que cette manière de procéder implique que la poursuite de la navigation engendre dans la pratique plusieurs conséquences : d'une part, l'expression de la volonté de l'utilisateur du site web de bénéficier des services offerts par le site web, et d'autre part, pour les cas où l'utilisateur n'aurait pas marqué d'action particulière quant au dépôt des cookies, l'acceptation de leur dépôt⁵². L'APD en conclut qu'un tel consentement n'est donc pas spécifique, puisqu'à partir d'une seule action de l'utilisateur – en l'espèce, la poursuite de la navigation – deux consentements en sont déduits par le défendeur⁵³.

28. Concernant la pratique du « *further browsing* », remarquons que la position de l'APD, dans ces deux décisions, se distingue dans une certaine mesure de celle de l'EDPB et de la CNIL en ce qu'elle condamne la pratique sur base du caractère spécifique du consentement, là où l'EDPB et la CNIL la sanctionnent sur base du caractère univoque du consentement et de sa nécessité à être exprimé au moyen d'un acte positif clair. Dans ses lignes directrices relatives au consentement, l'EDPB indique en effet que « des actions telles que faire défiler une page web ou naviguer sur une page web ou une activité similaire de l'utilisateur ne satisferont dans aucune circonstance à l'exigence d'un acte positif clair »⁵⁴. De la même manière, la CNIL indique que le fait de continuer à naviguer sur un site web ne constitue pas une action positive claire assimilable à un consentement valable. Si *in fine* le résultat est identique, à savoir la condamnation du recours à cette pratique pour obtenir le consentement des utilisateurs au dépôt de cookies, le raisonnement suivi ainsi que la justification apportée à cette interdiction diffèrent. Selon nous, la voie la plus adéquate pour condamner la pratique du *further browsing* semble être celle adoptée par l'EDPB et la CNIL, à savoir la violation du caractère univoque du consentement. En effet, en justifiant la condamnation de la pratique du *further browsing* en faisant valoir que cette manière de procéder ne permet pas d'être certain que l'utilisateur du site web a effectivement voulu consentir au dépôt des cookies et non

⁵¹ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 4, pt 5.

⁵² APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 55, pt 142.

⁵³ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 55, pt 144.

⁵⁴ EDPB, « Lignes directrices 5/2020 sur le consentement au sens du règlement (UE) 2016/679 », 4 mai 2020, p. 22, point 86.

pas à une autre opération – telle que, par exemple, l'accès aux services du site web – c'est l'absence d'univocité du consentement qui est mis en lumière par l'APD⁵⁵.

d) Un consentement spécifique

29. L'article 4.11. du RGPD prévoit que pour être valable, le consentement doit en outre être spécifique. En conséquence, lorsque les cookies pour lesquels un consentement est requis poursuivent des finalités différentes les uns des autres, un consentement distinct doit être obtenu pour chacune de ces finalités⁵⁶. Il faut donc une certaine granularité dans l'octroi du consentement, et l'utilisateur d'un site web ou d'une application doit être en mesure de choisir les cookies qu'il accepte et ceux qu'il refuse en fonction de la finalité poursuivie.

30. L'APD a eu l'occasion de préciser le niveau de granularité attendu dans sa décision 12/2019⁵⁷. Dans cette affaire, le site internet utilisait quarante-sept cookies au total. L'APD a considéré que l'objectif du RGPD, à travers l'exigence d'un consentement spécifique, n'était pas d'obtenir un consentement spécifique pour chacun des quarante-sept cookies installés par le site web⁵⁸. Dans un souci de cohérence avec le devoir d'information pesant sur le titulaire du site web lorsqu'il dépose des cookies sur les terminaux des utilisateurs⁵⁹, l'APD estime que le consentement doit être obtenu en premier lieu non pas pour chaque cookie pris isolément, mais par type ou catégorie de cookies⁶⁰. Constitue de la sorte un consentement suffisamment spécifique, celui qui distingue le consentement aux cookies marketing du consentement aux cookies statistiques. L'APD précise néanmoins que ce consentement par catégorie de cookies au premier stade n'exclut pas qu'un choix puisse tout de même être effectué cookie par cookie dans un second temps, là où une information plus précise et détaillée relative à chaque cookie peut être également fournie aux utilisateurs du site web⁶¹.

⁵⁵ C'est la raison pour laquelle nous avons fait le choix de traiter la problématique du « *further browsing* » dans la section relative au caractère univoque du consentement.

⁵⁶ H. BECKERS, « Le consentement au traitement de données à caractère personnel à l'ère du numérique et des innovations technologiques : le crépuscule d'un mythe ? », *Rev. Dr. ULg.*, 2021/1, p. 78 ; Groupe de travail sur la protection des données, Lignes directrices sur le consentement au sens du Règlement 2016/679, WP 259, p. 4.

⁵⁷ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019.

⁵⁸ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 38.

⁵⁹ Voy. *infra* : « Section 2 : l'obligation d'information et de transparence ».

⁶⁰ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 39.

⁶¹ *Ibid.*

§ 3. – Le retrait du consentement

31. L'article 7.3. du RGPD prévoit que la personne concernée a le droit de retirer son consentement au traitement de ses données à caractère personnel à tout moment. Le responsable du traitement est tenu de lui fournir une information en ce sens.

32. Concernant ce devoir d'information, l'APD a considéré que le fait de ne pas indiquer précisément les coordonnées auxquelles la demande de retrait doit être adressée ne constitue pas une information suffisante, cette information ne permettant pas un exercice effectif de ce droit. En l'espèce, le site internet concerné informait uniquement les personnes concernées que leur demande de retrait devait être adressée « à nous », par voie écrite ou électronique avec preuve de l'identité, mais sans indiquer les coordonnées complètes auxquelles la demande devait effectivement être transmise⁶².

33. En outre, l'article 7.3. du RGPD prévoit également qu'il doit être aussi facile de donner son consentement que de le retirer. Dans l'affaire précédemment citée, la Chambre Contentieuse a considéré que le retrait du consentement était plus compliqué que son octroi, dans la mesure où pour retirer son consentement, une demande écrite ou électronique devait être adressée par la personne concernée au titulaire du site internet, alors qu'il suffisait de cliquer sur un bouton « OK » pour donner son consentement⁶³.

SECTION 2. L'obligation d'information et de transparence

34. Lorsqu'un site web utilise des cookies, il est soumis à une obligation d'information à destination des utilisateurs du site web. Cette obligation est prévue à la fois par la directive *ePrivacy*⁶⁴ et par le RGPD⁶⁵, dont les articles 13 et 14 contiennent une liste des informations à fournir.

⁶² APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, pp. 36 à 37.

⁶³ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, pp. 36 à 37.

⁶⁴ Art. 5, § 3 et cons. 25 directive *ePrivacy*.

⁶⁵ RGPD, art. 12.1.

L'information doit être fournie aux utilisateurs du site web avant l'obtention du consentement. En pratique, elle est fournie aux utilisateurs des sites web de deux manières : tout d'abord, une première strate d'information est fournie sur la bannière de cookies si celle-ci existe, et dans un second temps, une information plus détaillée est fournie dans une politique de confidentialité qui est accessible sur le site web. Ainsi, lorsqu'elle examine le respect du devoir d'information, l'APD analyse le plus souvent ces deux instruments afin de déterminer si cette obligation est dûment respectée par le défendeur. L'APD a eu l'occasion d'analyser le respect de ce devoir dans plusieurs décisions depuis l'entrée en vigueur du RGPD. Dans un souci de synthèse et de clarté, nous avons repris les points les plus saillants des décisions de l'APD concernant ce devoir d'information afin d'en tirer des recommandations générales et pratiques destinées à éclairer les responsables du traitement sur le niveau d'information attendu par l'APD.

§ 1. – La langue utilisée

35. Les politiques et les informations relatives aux cookies doivent être fournies dans la langue nationale du pays et/ou de la région du public cible, c'est-à-dire la langue du pays et/ou de la région où le site internet est rendu accessible par le responsable du traitement.

36. Dans la décision 12/2019, la Chambre Contentieuse avait eu l'occasion de rappeler ce principe dans la mesure où le responsable du traitement fournissait l'information relative aux cookies uniquement en néerlandais, alors que le site web était également accessible dans la partie francophone du pays⁶⁶. Dans une autre affaire, la Chambre Contentieuse a considéré que la partie défenderesse avait violé son devoir d'information en fournissant en anglais l'information relative aux cookies, alors qu'il s'agissait d'un site de presse francophone⁶⁷.

37. Dans la décision 11/2022 concernant une plainte transfrontalière en matière de cookies, la défenderesse faisait valoir en l'espèce son impossibilité de fournir une information dans la langue de l'utilisateur avant le chargement du cookie puisque c'est précisément sur la page visitée que l'utilisateur était amené à choisir sa langue et son pays⁶⁸. La Chambre

⁶⁶ APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 23.

⁶⁷ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, pp. 65 et 68, pts 178 et 186.

⁶⁸ APD, décision n° 11/2022, 21 janvier 2022, p. 16, pt 60.

Contentieuse a considéré que lorsque la langue des utilisateurs n'est pas encore connue par le responsable du traitement, le responsable du traitement doit alors fournir l'information concernant les cookies en anglais, « langue répandue et communément utilisée par d'autres sites web avant la sélection de la langue de l'utilisateur »⁶⁹.

§ 2. – L'exactitude des informations fournies aux utilisateurs

38. Les politiques relatives aux cookies doivent refléter la réalité et ne peuvent pas contenir d'informations fausses ou inexactes quant au consentement et aux traitements de données à caractère personnel réalisés. Le fait de fournir des informations exactes relève par ailleurs plus largement du principe de responsabilité qui repose sur les responsables du traitement⁷⁰.

39. Dans la décision 12/2019, le responsable du traitement a été sanctionné pour avoir fourni des informations erronées aux utilisateurs du site web. Ainsi, le site internet du défendeur comportait une mention erronée selon laquelle les traitements de données avaient lieu de manière anonyme, alors que dans la pratique, un numéro d'identification aléatoire était attribué à chaque visiteur lors de la visite du site web, ce qui correspondait donc à un traitement pseudonymisé⁷¹, et non pas anonymisé⁷².

40. Dans une autre décision, le défendeur a été sanctionné pour avoir parlé dans sa politique en matière de vie privée, d'un « consentement implicite » en matière de cookies, en contradiction totale avec l'exigence d'un consentement explicite prévue par le RGPD⁷³. Dans le même ordre d'idées, l'APD a eu l'occasion de souligner l'importance d'une cohérence

⁶⁹ APD, décision n° 11/2022, 21 janvier 2022, p. 16, pt 60.

⁷⁰ RGPD, art. 5.2. et 24. En ce sens, voy. APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 47, pt 142.

⁷¹ L'article 4.5. du RGPD définit la pseudonymisation comme étant « le traitement de données à caractère personnel de telle façon que celles-ci ne puissent plus être attribuées à une personne concernée précise sans avoir recours à des informations supplémentaires, pour autant que ces informations supplémentaires soient conservées séparément et soumises à des mesures techniques et organisationnelles afin de garantir que les données à caractère personnel ne sont pas attribuées à une personne physique identifiée ou identifiable.

⁷² APD, décision n° 12/2019, 17 décembre 2019, p. 25.

⁷³ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 41 à 44, pts 127 et 129.

entre, d'une part, la politique en matière de cookies et, d'autre part, l'outil de gestion des cookies, afin d'éviter les ambiguïtés dans le chef des utilisateurs⁷⁴. Les responsables du traitement doivent donc veiller à utiliser les mêmes termes et les mêmes dénominations de cookies dans tous les instruments et outils utilisés. De la même manière, l'APD a rappelé qu'il ne peut y avoir de décalage entre les cookies énumérés dans la politique de cookies et ceux effectivement installés sur le terminal de l'utilisateur⁷⁵. Ceci vaut également pour le nombre de partenaires amenés à déposer des cookies tiers sur le terminal de l'utilisateur. Dans l'affaire Rossel, il a été constaté que la politique de cookies listait seulement treize partenaires, alors que l'outil de gestion des consentements en révélait la présence de plus de cinq cents⁷⁶. En fournissant un nombre inexact de partenaires, l'information est dès lors incorrecte avec la conséquence directe de tromper les utilisateurs du site web.

§ 3. – La durée de conservation des cookies

41. Les politiques relatives aux cookies doivent fournir une information claire et transparente sur leurs durées de conservation concrètes.

42. Dans sa décision n° 85/2022, l'APD avait constaté que deux types d'informations sur la durée de conservation étaient fournies dans la politique relative aux cookies : (i) le fait que la durée de conservation varie d'un cookie à l'autre ; (ii) le fait que l'utilisateur peut désactiver les cookies, ce qui entraîne une durée de conservation inexistante⁷⁷. L'APD a considéré que bien qu'une information soit présente quant à la durée de conservation des cookies, celle-ci était insuffisante dans la mesure où elle ne fournissait aucune information aux utilisateurs sur la période concrète de conservation des cookies⁷⁸.

⁷⁴ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 44, pt 132.

⁷⁵ APD, décision n° 82/2020, 23 décembre 2020, pt 138.

⁷⁶ APD, décision n° 103/2020, 16 juin 2022, p. 60, pt 161.

⁷⁷ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 44 à 45, pt 133.

⁷⁸ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 45, pt 134.

§ 4. – Une information par catégorie de cookies

43. Il existe des situations dans lesquelles un nombre important de cookies sont utilisés par un site web. Dans cette hypothèse, se pose la question de savoir si chaque cookie pris individuellement doit faire l'objet d'une information spécifique.

44. Dans l'affaire *Roularta*⁷⁹, la Chambre Contentieuse a considéré que, pour qu'un cookie soit suffisamment documenté, il faut que chaque catégorie de cookie contienne *a minima* les informations suivantes : (i) les données à caractère personnelles traitées par les cookies de la catégorie, (ii) les finalités du traitement de ces cookies et (iii) leur durée de conservation⁸⁰. Il semble donc qu'une information groupée pour chaque catégorie de cookie soit suffisante pour remplir l'obligation d'information. Dans une décision récente, la Chambre Contentieuse a été encore plus loin⁸¹. Il s'agissait en l'espèce d'une politique relative aux cookies au sein de laquelle un classement en trois catégories était effectué : (i) les cookies nécessaires, (ii) les cookies analytiques, et (iii) les cookies de préférence. La Chambre Contentieuse a considéré qu'au sein de cette dernière catégorie, il serait judicieux de prévoir une seconde classification en fonction des objectifs poursuivis par chaque cookie respectif afin de permettre aux utilisateurs de faire un choix plus nuancé⁸².

§ 5. – Une information pour les cookies nécessaires et non essentiels

45. Alors que l'obligation de recueillir un consentement valable s'applique uniquement aux cookies non essentiels, l'obligation d'information s'applique quant à elle indépendamment de la qualification du cookie, qu'il soit strictement nécessaire ou non⁸³.

⁷⁹ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022.

⁸⁰ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 47, pt 141.

⁸¹ APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023.

⁸² APD, décision n° 15/2023, 21 février 2023, p. 22, pt 79.

⁸³ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 46, pt 139.

SECTION 3. La responsabilité en matière de cookies

46. Au-delà de la distinction établie par la directive *ePrivacy* entre les cookies strictement nécessaires et les cookies non strictement nécessaires, il convient également de distinguer les cookies de première partie des cookies tiers. Alors que les cookies de première partie sont directement placés par le propriétaire du site internet, les cookies tiers sont incorporés au site web par un autre domaine que celui du site web visité⁸⁴. À titre d'exemple, l'APD cite les *plugins* de médias sociaux, tels que le bouton « j'aime » de Facebook qui peut être incorporé sur d'autres sites internet, ou encore les publicités apparaissant sur la page web visitée⁸⁵. Ces cookies tiers permettent à ceux qui les installent de suivre le comportement des utilisateurs à travers de nombreux sites internet⁸⁶.

47. En cas d'utilisation de cookies tiers, s'est posée la question de savoir sur qui reposait la responsabilité d'obtenir un consentement valable de la part des internautes. L'APD a eu l'occasion de connaître de cette question dans les décisions Rossel⁸⁷ et Roularta⁸⁸.

48. Dans sa politique en matière de cookies, Roularta avait ajouté une clause par laquelle il s'exonérait de responsabilité pour les cookies placés et gérés par des tiers, en invoquant son absence de contrôle sur ceux-ci⁸⁹. Dans sa défense, Roularta indiquait que son objectif n'était pas de déplacer la responsabilité sur l'annonceur, mais bien d'informer les utilisateurs sur le fait qu'il n'était techniquement pas en mesure de bloquer les cookies tiers déposés par des tiers⁹⁰. Pour compléter sa défense, Roularta se fondait également sur l'enquête qui était menée à cette période par l'APD sur le système de recueil de consentement mis en place par *IAB Europe*, de laquelle il ressortait que *IAB Europe* devait être considéré comme responsable du traitement dans le cadre de la mise en œuvre de la plateforme

⁸⁴ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 30, pt 47.

⁸⁵ *Ibid.*

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, pp. 63 à 64, pts 174 et s.

⁸⁸ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 38 à 41, pts 111 à 124. Dans ces deux affaires, les défendeurs recouraient à une plateforme de gestion des consentements (la plateforme « *IAB TCF* ») pour l'obtention du consentement des utilisateurs quant au placement de cookies tiers sur leur terminal lors de leur visite sur leur site web.

⁸⁹ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 38, pt 112.

⁹⁰ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 39 à 40, pt 118.

de gestion de consentement (« TCF ») par les éditeurs de site web⁹¹. En se basant sur la jurisprudence contenue dans l'arrêt « *Wirtschaftsakademie* » de la Cour de justice de l'Union européenne⁹², la Chambre Contentieuse a rappelé que le propriétaire d'un site web est responsable du traitement des cookies qui sont installés sur son site web⁹³. Pour justifier sa position, l'APD a invoqué deux arguments. Premièrement, elle relève qu'il n'existe aucune obligation, pour Roularta, d'utiliser l'offre IAB pour faciliter la publicité sur ses sites web. Il en résulte que la défenderesse – titulaire des sites web – était libre dans son choix de recourir à une plateforme de gestion des consentements, et qu'elle doit donc en porter la responsabilité⁹⁴. Deuxièmement, même en recourant à la plateforme de gestion des consentements mise en place par IAB, la défenderesse était en mesure de déterminer quels annonceurs pouvaient proposer de la publicité sur son site web et quels cookies pouvaient être utilisés à cette fin⁹⁵. Sur base de ces constatations, l'APD conclut que Roularta agissait bel et bien en qualité de responsable du traitement quant au placement de cookies par des tiers sur ses sites web, et qu'elle était dès lors tenue de pouvoir démontrer le respect des obligations qui lui incombent en matière de protection des données à caractère personnel⁹⁶.

49. Dans l'affaire Rossel, l'APD a été plus prudente et s'est contentée d'ouvrir une possibilité quant à l'existence d'une responsabilité de traitement dans le chef de l'éditeur du site web. Elle se contente en effet d'indiquer qu'il est « *vraisemblable*⁹⁷ que la défenderesse (le Groupe Rossel) doive être considérée comme un responsable de traitement dans le cadre du TCF »⁹⁸ et continue en indiquant que « *la défenderesse est susceptible de porter une responsabilité*⁹⁹ quant à l'utilisation du système TCF en vue de recueillir

⁹¹ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 39, pt 116. La décision n° 85/2022 cite l'extrait suivant tirée de l'enquête menée à l'encontre d'IAB Europe : « *Belgium's Data Protection Authority found IAB Europe's Transparency and Consent Framework does not meet several standards under the EU General Data Protection Regulation, TechCrunch reports. The DPA determined the framework fails to comply with the GDPR's principles of transparency, fairness and accountability. IAB Europe said in response it respectfully disagree(s) with the Belgian DPA's apparent interpretation of the law, pursuant to which IAB Europe is a data controller in the context of publishers' implementation of the TCF* » (nous soulignons).

⁹² C.J.U.E., 5 juin 2018, arrêt *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c. Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein GmbH*, aff. C-210/16, § 39.

⁹³ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 38, pt 113.

⁹⁴ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 40, pt 122.

⁹⁵ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, p. 40, pt 121.

⁹⁶ APD, décision n° 85/2022, 25 mai 2022, pp. 40 à 41, pts 123 et 124.

⁹⁷ Nous soulignons.

⁹⁸ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, pp. 63 à 64, pt 174.

⁹⁹ Nous soulignons.

le consentement nécessaire aux traitements de données personnelles »¹⁰⁰. Cette prise de précaution dans le chef de l'APD est curieuse puisque cette décision intervient postérieurement à l'affaire Roularta, où la Chambre Contentieuse ne s'était pas contentée *in casu* d'ouvrir une potentialité, mais bien de trancher en faveur de l'existence d'une responsabilité dans le chef du groupe Roularta quant au placement de cookies tiers à travers le TCF.

50. Une clarification bienvenue de ces questions devrait toutefois être apportée prochainement par la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour des marchés, dans le cadre de l'appel introduit contre la décision n° 21/2022 de l'APD à l'encontre d'*IAB Europe*¹⁰¹, a en effet posé une question préjudicielle concernant le statut de responsable du traitement d'*IAB Europe* dans le cadre de sa plateforme de gestion des consentements et quant à l'existence d'une responsabilité conjointe¹⁰². La reconnaissance d'une responsabilité conjointe entre les deux acteurs aurait des implications pratiques importantes puisqu'ils devraient se conformer à l'article 26 du RGPD et prévoir la conclusion d'un contrat « cadre » afin de définir leurs obligations respectives et assurer le respect du RGPD.

Conclusion

51. L'attention grandissante portée par l'APD à la problématique des cookies lui a permis de connaître et de se positionner sur de nombreuses pratiques bien connues en la matière, notamment la pratique du « *further browsing* », des « *cookies wall* », le devoir d'information, et la question de responsabilité des éditeurs de sites web.

52. En complément à sa jurisprudence déjà bien fournie, l'APD avait indiqué faire de la problématique des cookies l'une de ses priorités pour l'année 2023, en explicitant davantage son point de vue sur cette thématique¹⁰³. Dans cette optique, l'APD a publié, à la fin de l'année 2023, une

¹⁰⁰ APD, décision n° 103/2022, 16 juin 2022, p. 64, pt 176.

¹⁰¹ APD, décision n° 21/2022, 2 février 2022.

¹⁰² « Affaire *IAB Europe* : la Cour des marchés pose des questions préjudicielles à la Cour de justice de l'UE », 7 septembre 2022, disponible sur : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/affaire-iab-europe-la-cour-des-marches-pose-des-questions-prejudicielles-a-la-cour-de-justice-de-lue> ; Cour des marchés, 7 septembre 2022, R.G. n° 2022/AR/292, p. 39.

¹⁰³ « L'APD définit ses priorités pour l'année 2023 », 15 novembre 2022, disponible sur : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/citoyen/lapd-definit-ses-priorites-pour-lannee-2023> ; APD, Rapport annuel 2022, p. 5.

« *checklist* » pour une utilisation correcte des cookies¹⁰⁴. Comme indiqué dans son introduction, ce document n'a pas l'ambition d'être exhaustif, mais simplement d'être un outil par lequel l'APD entend encourager les éditeurs de sites web à faire une utilisation correcte des cookies¹⁰⁵. À l'analyse, il apparaît que cette *checklist* reprend, sous une forme synthétique et concise, les différents enseignements de la jurisprudence de l'APD tels qu'ils ont été présentés dans la présente contribution. Elle présente en outre l'intérêt de reprendre certains points qu'elle n'a pas encore eu l'occasion de trancher *in concreto* dans des décisions rendues sur le fond. Ainsi, l'APD prévoit l'interdiction de faire usage de « *deceptive design patterns* »¹⁰⁶ et, dans la même optique, la nécessité de mettre sur pied d'égalité les boutons « tout accepter » et « tout refuser » sur les bannières de cookies.

Néanmoins, certains points restent encore inabordés par l'APD, tant dans sa jurisprudence que dans ce que l'on peut appeler sa « *soft law* ». Nous pensons, notamment, à la problématique des *paywalls*, ou encore à l'utilisation des cookies de *Google Analytics* et les transferts de données qu'ils impliquent en dehors de l'Espace économique européen. Toutes ces problématiques nécessitent des règles et des critères explicites et transparents afin que les éditeurs de site web puissent agir en pleine connaissance de cause.

¹⁰⁴ « L'APD publie une checklist pour une utilisation correcte des cookies », 20 octobre 2023, disponible sur : <https://www.autoriteprotectiondonnees.be>.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ Les « *deceptive design patterns* » recouvrent des pratiques conçues afin d'influencer le comportement des personnes concernées. Il peut s'agir d'interfaces, de trajets utilisateurs ou d'éléments visuels ou de langage mis en place pour tenter de pousser l'utilisateur à prendre des décisions involontaires, inconscientes ou éventuellement préjudiciables en matière de protection des données (APD, « "*Deceptive design patterns*" : comment les reconnaître et les éviter sur les réseaux sociaux », 24 février 2023).