



**00909/10/FR
WP 171**

Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne

Adopté le 22 juin 2010

Le groupe de travail a été établi en vertu de l'article 29 de la directive 95/46/CE. Il s'agit d'un organe consultatif européen indépendant sur la protection des données et de la vie privée. Ses missions sont définies à l'article 30 de la directive 95/46/CE et à l'article 15 de la directive 2002/58/CE.

Le secrétariat est assuré par la Direction D (Droits fondamentaux et citoyenneté) de la direction générale «Justice, liberté et sécurité» de la Commission européenne, B-1049 Bruxelles, Belgique, bureau LX-46 01/190.

Site: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_fr.htm

Table des matières

Résumé.....	3
1. Introduction.....	5
2. La publicité comportementale en ligne.....	5
2.1. Modes de diffusion de la publicité comportementale	6
2.2. Techniques de traçage.....	7
2.3. Constitution de profils, types d'identifiants.....	8
3. Cadre juridique.....	9
3.1. Introduction.....	9
3.2. Champ d'application de l'article 5, paragraphe 3, et de la directive 95/46/CE	10
3.2.1. <i>Champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 3</i>	10
3.2.2. <i>Champ d'application matériel de la directive 95/46/CE: traitement des données à caractère personnel</i>	11
3.2.3. <i>Interaction entre les deux directives</i>	11
3.2.4. <i>Champ d'application territorial de l'article 5, paragraphe 3, et de la directive 95/46/CE</i>	12
3.3. Rôles et responsabilités des différents acteurs.....	12
4. Obligation d'obtenir un consentement informé	15
4.1. Obligation d'obtenir le consentement préalable des personnes concernées pour diffuser des publicités comportementales	15
4.1.1. <i>Consentement passant par la configuration des paramètres du navigateur</i>	16
4.1.2. <i>Consentement et exercice des options d'«opt-out»</i>	18
4.1.3. <i>Les mécanismes de consentement par «opt-in» préalable se prêtent mieux à la manifestation d'un consentement informé</i>	19
4.1.4. <i>Consentement informé: les enfants</i>	20
4.2. Obligation de fournir des informations dans le cadre de la publicité comportementale.....	21
4.2.1. <i>Quelles sont les informations à fournir et par qui?</i>	21
5. Autres obligations et principes découlant de la directive 95/46/CE	23
5.1. Obligations relatives à des catégories particulières de données	23
5.2. Respect des principes relatifs à la qualité des données.....	24
5.3. Droits des personnes concernées	25
5.4. Autres obligations	25
6. Conclusions et recommandations	25
6.1. Législation applicable	26
6.2. Compétence territoriale – établissement.....	26
6.3. Rôles et responsabilités.....	27
6.4. Obligations et droits.....	27

Résumé

La publicité comportementale consiste à suivre les utilisateurs lorsqu'ils surfent sur l'internet et à constituer des profils à travers le temps, qui serviront ultérieurement à leur proposer des publicités correspondant à leurs centres d'intérêt. Bien que le groupe de travail ne remette pas en cause les avantages économiques que les parties prenantes peuvent tirer de la publicité comportementale, il est fermement convaincu que cette pratique ne saurait exister aux dépens du droit des personnes à la protection de leurs données et de leur vie privée. Le cadre réglementaire de l'UE en matière de protection des données, qui établit des garanties spécifiques, doit être respecté. Afin d'en favoriser et d'en promouvoir le respect, le présent avis précise le cadre juridique applicable aux acteurs de la publicité comportementale.

Le groupe de travail souligne en particulier que les fournisseurs de réseaux publicitaires sont soumis à l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques», selon lequel le placement de cookies ou de dispositifs similaires dans l'équipement terminal d'un utilisateur ou l'accès à des informations par l'intermédiaire de ces dispositifs n'est autorisé qu'avec le consentement informé de l'utilisateur. Or le groupe constate que le paramétrage des navigateurs actuellement disponibles et les mécanismes d'«opt-out» n'assurent la manifestation d'un consentement que dans des cas très restreints. Il demande donc aux fournisseurs de réseaux publicitaires de mettre en place des mécanismes d'«opt-in» préalable qui nécessitent une action positive des personnes concernées indiquant leur acceptation que des cookies ou des dispositifs similaires soient placés sur leur équipement et que leur comportement sur l'internet soit suivi aux fins de l'envoi de publicités personnalisées. Le groupe de travail considère qu'une acceptation unique par les utilisateurs de recevoir un cookie peut également emporter leur acceptation de lectures ultérieures du cookie et, partant, du suivi de leur navigation sur l'internet. Par conséquent, pour répondre aux exigences énoncées à l'article 5, paragraphe 3, il ne serait pas nécessaire de demander un consentement pour chaque lecture du cookie. Or, pour que les personnes concernées n'oublient pas qu'elles font l'objet de ce suivi, les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient: i) limiter la portée du consentement dans le temps; ii) offrir la possibilité de révoquer aisément le consentement et iii) créer des outils visibles qui s'affichent lorsque le suivi a lieu. On éviterait ainsi d'importuner les utilisateurs avec des avis multiples tout en veillant à ce que l'envoi des cookies et le suivi ultérieur du comportement de navigation sur l'internet à des fins de publicités personnalisées ne puissent avoir lieu qu'avec le consentement informé des personnes concernées.

Comme la publicité comportementale repose sur l'utilisation d'identifiants permettant la création de profils d'utilisateurs extrêmement détaillés qui, la plupart du temps, seront considérés comme des données à caractère personnel, la directive 95/46/CE s'applique également. Le groupe de travail explique comment les fournisseurs de réseaux de publicité en ligne doivent se conformer aux obligations qu'impose cette directive, notamment en matière de droits d'accès, de rectification, d'effacement, de conservation, etc. Les diffuseurs étant susceptibles d'assumer une certaine responsabilité dans le traitement des données effectué à des fins de publicité comportementale, le groupe de travail appelle les diffuseurs à partager avec les fournisseurs de réseaux de publicité en ligne la responsabilité d'informer les particuliers et il encourage la créativité et l'innovation dans ce domaine. En raison de la nature de la publicité comportementale, des exigences de transparence sont une condition essentielle pour que les particuliers soient en mesure de donner leur consentement à la collecte et au traitement de leurs données à caractère personnel et d'exercer un véritable choix. L'avis décrit les obligations d'information imposées aux diffuseurs/fournisseurs de réseaux publicitaires à l'égard des personnes concernées, en faisant plus particulièrement référence à la directive «vie privée et communications électroniques», qui exige que les utilisateurs reçoivent des «informations précises et complètes».

L'avis analyse et précise les obligations prévues par le cadre juridique applicable. Il ne prescrit toutefois pas la manière dont, sur le plan technologique, ces obligations doivent être satisfaites. En revanche, en différents domaines, le groupe de travail invite les professionnels concernés à engager un dialogue avec lui afin de proposer des solutions techniques et d'autres moyens de se conformer dans les meilleurs délais au cadre décrit dans l'avis. À cet effet, le groupe de travail contactera les parties prenantes afin de leur demander leur contribution. Les entités qui ne seront pas expressément consultées sont invitées à envoyer leurs contributions au secrétariat du groupe de travail «Article 29».

LE GROUPE DE TRAVAIL SUR LA PROTECTION DES PERSONNES À L'ÉGARD DU TRAITEMENT DES DONNÉES À CARACTÈRE PERSONNEL

établi par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995¹,
vu l'article 29, l'article 30, paragraphe 1, point a), et l'article 30, paragraphe 3, de ladite directive, et l'article 15, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002,
vu l'article 255 du traité CE et le règlement (CE) n° 1049/2001 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2001 relatif à l'accès du public aux documents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission,
vu son règlement intérieur,

A ADOPTÉ LE PRÉSENT AVIS:

1. Introduction

La publicité en ligne est une source essentielle de revenus pour un large éventail de services en ligne et elle est un facteur clé de la croissance et de l'expansion de l'économie numérique. Cependant, la pratique même de la publicité comportementale suscite de sérieuses inquiétudes en termes de protection des données et de la vie privée. La technologie de base de l'internet permet en effet aux fournisseurs de réseaux publicitaires de tracer des personnes concernées sur différents sites et à travers le temps. Les informations réunies sur le comportement de navigation de ces personnes sont ensuite analysées afin de constituer des profils détaillés sur leurs centres d'intérêt. Ces profils peuvent alors servir à leur envoyer des publicités personnalisées.

Étant donné l'essor que connaît la publicité comportementale fondée sur l'utilisation de cookies traceurs et de dispositifs similaires, et son intrusion considérable dans la vie privée des internautes, le groupe de travail a décidé de consacrer le présent avis à la publicité comportementale en ligne pratiquée sur plusieurs sites web, sans préjudice d'avis futurs qui pourraient se pencher sur d'autres techniques publicitaires.

Par cet avis, le groupe de travail entend préciser le cadre juridique applicable aux acteurs de la publicité comportementale. Il invite également les professionnels concernés à proposer des mesures techniques et d'autre nature pour se conformer à ce cadre dans les meilleurs délais et à engager avec lui un dialogue sur ces mesures. Enfin, le groupe de travail évaluera la situation et prendra les mesures appropriées qui s'imposent pour assurer le respect du cadre juridique décrit dans le présent avis.

2. La publicité comportementale en ligne

La publicité par média interactif recouvre diverses méthodes destinées à créer des publicités plus ciblées. Ces méthodes peuvent être classées en plusieurs catégories, dont la publicité contextuelle, la publicité segmentée et la publicité comportementale.

La **publicité comportementale** est une forme de publicité qui repose sur l'observation du comportement des individus au fil du temps. Elle vise à étudier les caractéristiques de ce comportement à travers leurs actions (visites successives de sites, interactions, mots clés, production de contenu en ligne, etc.) pour établir un profil spécifique et proposer aux personnes concernées des publicités adaptées à leurs centres d'intérêt ainsi déduits.

¹ Journal officiel L 281 du 23.11.1995, p. 31.

Alors que la publicité contextuelle² et la publicité segmentée³ recourent à des «instantanés» de ce que les personnes concernées regardent ou font sur un site web particulier, ou aux caractéristiques connues des utilisateurs, la publicité comportementale est susceptible de fournir aux annonceurs une image très détaillée de la vie en ligne d'une personne concernée, en indiquant un grand nombre des sites web et des pages spécifiques consultés, combien de temps certains articles ou éléments ont été regardés, dans quel ordre, etc.

2.1. Modes de diffusion de la publicité comportementale

La publicité comportementale s'appuie sur les acteurs suivants: (a) *les fournisseurs de réseaux publicitaires*, qui sont les principaux diffuseurs de publicité comportementale puisqu'ils mettent en relation les diffuseurs et les annonceurs; (b) *les annonceurs* qui veulent promouvoir un produit ou un service auprès d'un public spécifique et (c) *les diffuseurs*, qui sont les propriétaires des sites web et cherchent à tirer des revenus de la vente d'espaces publicitaires sur leur(s) site(s)⁴.

L'affichage de publicités par les fournisseurs de réseaux publicitaires fonctionne comme suit: le diffuseur réserve un espace visuel sur son site pour afficher une annonce et abandonne la suite du processus à un ou plusieurs fournisseurs de réseaux publicitaires. Ces derniers sont chargés de distribuer les annonces aux diffuseurs en obtenant l'effet optimal. Les fournisseurs de réseaux publicitaires contrôlent la technologie de ciblage et les bases de données correspondantes. Plus le fournisseur de réseau publicitaire est important, plus il possède de ressources pour suivre les utilisateurs et «tracer» leur comportement⁵. Généralement, l'annonceur négocie avec un ou plusieurs fournisseurs de réseaux publicitaires et il n'aura pas nécessairement connaissance de l'identité de tous les diffuseurs (le cas échéant) qui vont distribuer sa publicité. Parallèlement, un diffuseur peut avoir conclu plusieurs contrats avec différents fournisseurs de réseaux publicitaires, par exemple en réservant plusieurs emplacements sur son site web pour différents fournisseurs de réseaux publicitaires.

La tendance actuelle est à la collaboration entre les fournisseurs de réseaux publicitaires par un mécanisme de mise aux enchères⁶.

² La publicité contextuelle est une publicité choisie en fonction du contenu que la personne concernée est en train de consulter. Dans le cas d'un moteur de recherche, le contenu peut être déduit des mots clés saisis pour la recherche, de la recherche précédente ou de l'adresse IP de l'utilisateur, si elle indique sa localisation géographique probable.

³ Publicité choisie en fonction des caractéristiques connues de la personne concernée (âge, sexe, localisation, etc.) qu'elle a elle-même indiquées en s'inscrivant sur un site.

⁴ Outre le canal des fournisseurs de réseaux publicitaires, la publicité comportementale peut également passer par une annonce sur un site. Par cette méthode, l'annonceur indique au diffuseur le public ciblé, par des critères qui peuvent dépasser les informations démographiques telles que le triplet classique «tranche d'âge, sexe, pays» pour adopter des critères bien plus précis (mots clés ou centres d'intérêt). Le diffuseur se charge alors d'afficher le contenu publicitaire auprès de la cible choisie, d'appliquer la technique de ciblage et de contrôler le placement et la diffusion de l'annonce. Cette méthode est utilisée sur certaines plateformes de réseaux sociaux qui permettent de cibler les internautes en fonction de leurs centres d'intérêt.

⁵ New York Times, «*To Aim Ads, Web is Keeping Closer Eye on You*», 10 mars 2008. L'article cite des statistiques sur la fréquence à laquelle les grands fournisseurs de réseaux publicitaires tracent les visites de sites web particuliers. Dans le cas du fournisseur de réseau publicitaire de Yahoo!, un utilisateur (américain) moyen était censé être tracé 2,520 fois par mois à la fin 2007.
http://www.nytimes.com/2008/03/10/technology/10privacy.html?_r=1&scp=3&sq=%22They%20know%20more%20than%20you%20think%22&st=cse

⁶ La plupart des grands fournisseurs de réseaux publicitaires ont mis en place une structure de collaboration avec de nombreux réseaux secondaires. Par exemple: liste des partenaires de Google AdSense: <http://www.google.com/support/adsense/bin/answer.py?answer=94149>, liste des partenaires de Yahoo!: <http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/thirdparties/>. Ce système fonctionne comme suit: le réseau primaire met un espace publicitaire aux enchères entre plusieurs réseaux de publicité et choisit la meilleure offre.

2.2. Techniques de traçage

La plupart des techniques de traçage et de publicité utilisées pour diffuser les publicités comportementales recourent à une certaine forme de traitement du côté du client. Elles exploitent en effet des informations provenant du navigateur et de l'équipement terminal de l'utilisateur. La principale technique de traçage servant à suivre les utilisateurs sur l'internet repose sur les «cookies traceurs». Les cookies offrent la possibilité de tracer la navigation d'un utilisateur sur une longue période et, théoriquement, sur plusieurs sites web différents⁷.

Cette technique fonctionne habituellement comme suit: le fournisseur de réseau publicitaire dépose généralement un cookie traceur sur l'équipement terminal de la personne concernée⁸ la première fois qu'elle visite un site contenant une annonce du même réseau. Le cookie est une courte combinaison alphanumérique stockée (et ensuite récupérée) sur l'équipement terminal de la personne concernée par un fournisseur de réseau⁹. Dans le cadre de la publicité comportementale, le cookie permet à ce dernier de reconnaître un visiteur antérieur qui revient sur ce site web ou consulte un autre site partenaire du fournisseur de réseau publicitaire. Ces visites répétées permettront au fournisseur de réseau d'élaborer un profil du visiteur, qui sera utilisé pour lui transmettre des publicités personnalisées. Comme ces cookies traceurs sont placés par un tiers différent du serveur qui affiche le contenu principal de la page (c'est-à-dire le diffuseur), ils sont souvent appelés «cookies tiers».

Les cookies sont liés à un domaine: un cookie ne peut être lu ou modifié que par un site web issu d'un domaine similaire¹⁰ (par exemple, un cookie placé par un fournisseur de réseau publicitaire a.monsite.com peut être lu par b.monsite.com, mais pas par un fournisseur de réseau publicitaire c.autre.com). Les cookies ont des durées de vie variables. Cette durée peut ou non être prolongée par de nouvelles visites sur le même site (cela dépend d'une décision de conception du programmeur). Soit les «cookies persistants» ont une date d'expiration précise éloignée dans le futur, soit ils restent actifs jusqu'à leur suppression manuelle.

La plupart des navigateurs internet offrent la possibilité de bloquer les cookies tiers. Certains navigateurs gèrent des sessions de navigation «privée», qui détruisent automatiquement tous les cookies créés lorsque la fenêtre de navigation se ferme¹¹.

Certains fournisseurs de réseaux publicitaires remplacent ou complètent les cookies traceurs traditionnels par de nouvelles techniques de traçage de pointe telles que les «flash cookies»

⁷ D'autres techniques de traçage reposent, par exemple, sur l'utilisation des adresses IP et des signatures des navigateurs. L'*Electronic Frontier Foundation* a étudié le caractère identifiable de la signature individuelle du navigateur (agent d'utilisateur), notamment le logiciel utilisé, la version, la langue et les modules d'extension installés: <http://panopticklick.eff.org/>. En ce qui concerne les adresses IP, une entreprise américaine nouvellement créée vient d'annoncer qu'elle possédait une base de données de 65 millions d'adresses IP, avec les noms et les adresses: http://www.mediapost.com/publications/?fa=Articles.showArticle&art_aid=123280.

⁸ Si une personne concernée utilise différents navigateurs, les cookies seront différents pour chaque navigateur.

⁹ Cette combinaison alphanumérique peut être utilisée pour des finalités très variées, comme mémoriser les préférences, stocker les informations des sessions de navigation ou identifier une personne concernée par un identifiant unique.

¹⁰ Il existe toutefois des solutions simples pour les parties qui coopèrent et souhaitent contourner ces restrictions et partager des cookies entre elles. Un propriétaire de domaine peut configurer son DNS pour autoriser un tiers à utiliser l'un de ses sous-domaines. Le tiers pourra alors partager certains cookies avec le propriétaire de domaine. D'autres techniques font appel à JavaScript pour adresser des requêtes supplémentaires à d'autres serveurs, en autorisant encore plus de parties à relier ou à synchroniser leurs données de traçage (<http://blog.kruxdigital.com/2010/02/24/cookie-synching/>).

¹¹ Les versions les plus récentes de nombreux navigateurs populaires (internet Explorer 8, Google Chrome, Firefox, Safari, etc.) gèrent des sessions de navigation qui effacent automatiquement tous les cookies installés au cours de la session.

(«local shared objects»)¹². Les «flash cookies» ne peuvent pas être supprimés par les paramètres traditionnels de protection de la confidentialité d'un navigateur. Il semblerait qu'ils soient expressément utilisés pour rétablir des «cookies traditionnels» qui ont été refusés ou effacés par la personne concernée¹³.

Cette pratique est connue sous le nom de *respawning* ("résurrection"). Dans le présent avis, le terme «cookies» sera employé pour toutes les techniques fondées sur le principe du stockage et de l'accès à des informations sur l'équipement terminal de l'utilisateur, sauf mention contraire.

Comme indiqué plus haut, un fournisseur de réseau publicitaire isolé ne peut généralement suivre qu'une partie du comportement de navigation de la personne concernée, parce que ses capacités de traçages sont limitées au groupe de diffuseurs qui lui sont liés. Une autre méthode a toutefois été testée récemment, consistant à conclure un partenariat entre le fournisseur de réseau publicitaire et un fournisseur de services internet (FSI) afin de suivre le contenu de la navigation de l'utilisateur et de placer des cookies traceurs dans tous les échanges internet non cryptés¹⁴. Le groupe de travail n'a été informé d'aucune application de cette technique dans l'Union européenne pour l'instant, mais il considère que son utilisation soulève de grandes questions juridiques dépassant le cadre du traitement des données à caractère personnel, indépendamment de la finalité de l'utilisation des données. L'analyse de cette technique publicitaire ne relève cependant pas du présent avis.

2.3. Constitution de profils, types d'identifiants

Il existe deux grandes méthodes de constitution de profils d'utilisateurs: i) **les profils prédictifs** sont établis par déduction en observant le comportement individuel et collectif des utilisateurs dans le temps, notamment en suivant les pages visitées et les publicités qu'ils ont vues ou sur lesquelles ils ont cliqué; ii) **les profils explicites** sont établis à partir des données à caractère personnel que les personnes concernées fournissent elles-mêmes à un service web, notamment par leur inscription. Ces deux méthodes peuvent être combinées. En outre, les profils prédictifs peuvent devenir explicites plus tard, lorsqu'une personne concernée s'identifie pour entrer sur un site web¹⁵.

Les sociétés de publicité en ligne constituent des profils prédictifs en combinant des techniques de traçage, des techniques basées sur les cookies et des logiciels d'exploration de données. Le sexe et la tranche d'âge peuvent être déduits de l'analyse des pages que la personne concernée consulte et des annonces qui l'attirent. Le profil fondé sur une analyse des cookies stockés sur son équipement terminal peut être complété par des données agrégées tirées du comportement des personnes présentant des schémas comportementaux similaires dans d'autres contextes. Les systèmes de publicité en ligne classent généralement les personnes concernées dans des segments, soit en fonction de leurs centres d'intérêt, soit par leurs catégories marketing («jardinage», «soins du corps», «électronique», etc.).

¹² Le World Wide Web Consortium ou W3C met au point une norme «DOM Storage» (stockage de «Document Object Model») qui permettra de stocker localement de grandes quantités de données en plaçant des scripts sur l'ordinateur de l'utilisateur.

¹³ Les «Flash cookies» sont capables de stocker des informations sur les paramètres et de contourner les préférences de l'utilisateur. Voir Soltani, Ashkan, Canty, Shannon, Mayo, Quentin, Thomas, Lauren et Hoofnagle, Chris Jay, «Flash Cookies and Privacy» (10 août 2009), disponible sur SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1446862>

¹⁴ Par exemple, la société Phorm, grâce à sa technique baptisée Webwise, a proposé un service de ciblage comportemental qui procède à une analyse approfondie par paquets des pages consultées par les internautes. Pour fournir ce service, Phorm a conclu des accords de partenariat avec différents FSI.

¹⁵ Certains fournisseurs de réseaux publicitaires autorisent des utilisateurs enregistrés à visualiser et à éditer les profils prédictifs qui leur sont associés, au moins dans une certaine mesure.

La localisation de la personne concernée est également une source primordiale pour le profilage ciblé. Elle peut être déduite de l'adresse IP des terminaux et des points d'accès WiFi, par exemple¹⁶.

3. Cadre juridique

3.1. Introduction

L'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/58/CE¹⁷ protège la confidentialité des communications en général. Dans le cas concret de l'utilisation de cookies et de dispositifs similaires, la protection de la confidentialité des communications est essentiellement prévue à l'article 5, paragraphe 3. Le présent avis renvoie à la directive 2002/58/CE modifiée (ci-après la «directive "vie privée et communications électroniques"» ou la «directive modifiée "vie privée et communications électroniques"»). Cette dernière ne devra être transposée en droit national par les États membres qu'en mai 2011, mais le groupe de travail y fait déjà référence parce qu'il tient à ce que le présent avis reste valable après la mise en œuvre de cette directive et, surtout, parce qu'il veut alerter les parties prenantes de la nécessité de se conformer pleinement à l'article 5, paragraphe 3, modifié. Le considérant 66, adopté lors de la modification de la directive "vie privée et communications électroniques" en 2009 ainsi que les considérants 24 et 25 de ladite directive sont également pertinents dans ce contexte.

Compte tenu de l'importance de l'article 5, paragraphe 3, il est utile de reproduire le texte modifié, en indiquant les changements par rapport au texte initial:

*Les États membres garantissent que ~~l'utilisation des réseaux de communication électroniques en vue de stocker le stockage d'informations ou d'accéder à~~ ou l'obtention de l'accès à des informations **déjà** stockées, dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur n'est permis qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur **ait donné son accord, après avoir reçu,** dans le respect de la directive 95/46/CE, une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, ~~et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données.~~ Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès techniques visant exclusivement à effectuer ~~ou à faciliter~~ la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires ~~à la fourniture d'un~~ **au fournisseur pour la fourniture d'un service** de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur.»*

Outre la directive «vie privée et communications électroniques», la directive 95/46/CE relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (ci-après la «directive 95/46/CE») s'applique aux aspects qui ne sont pas expressément couverts par la directive «vie privée et communications électroniques» lorsque des données à caractère personnel sont traitées¹⁸.

¹⁶ Des informations supplémentaires sur la localisation peuvent être obtenues auprès d'autres sources et utilisées à des fins de profilage.

¹⁷ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, 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 électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs.

¹⁸ Voir l'article premier, paragraphe 2, de la directive «vie privée et communications électroniques», qui énonce que «[l]es dispositions de la présente directive précisent et complètent la directive 95/46/CE aux fins énoncées au paragraphe 1».

3.2. Champ d'application de l'article 5, paragraphe 3, et de la directive 95/46/CE

Il est utile que les acteurs de la publicité comportementale sachent ce qui déclenche l'obligation de se conformer à l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» et à la directive 95/46/CE, respectivement. Pour ce faire, il convient d'examiner le champ d'application de ces deux instruments. Le présent avis examinera tout d'abord le champ d'application matériel des deux directives (points 3.2.1 et 3.2.2) et leur interaction (point 3.2.3). Il se penchera ensuite sur leur champ d'application territorial (point 3.2.4).

3.2.1. Champ d'application matériel de l'article 5, paragraphe 3

L'article 5, paragraphe 3, exige l'obtention d'un consentement donné en toute connaissance de cause pour stocker ou avoir accès à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur¹⁹. Étant donné que (i) les cookies traceurs sont des «informations» stockées dans l'équipement terminal de la personne concernée et (ii) que les fournisseurs de réseaux publicitaires y ont accès lorsque les personnes concernées consultent un site web partenaire, l'article 5, paragraphe 3, s'applique pleinement. Par conséquent, tout stockage de cookies ou de dispositifs similaires (de quelque type que ce soit)²⁰ et toute utilisation ultérieure de cookies précédemment stockés pour obtenir l'accès aux informations des personnes concernées doivent être conformes à l'article 5, paragraphe 3.

L'article 5, paragraphe 3, s'applique aux «informations» (stockées et/ou consultées). Il ne qualifie pas ces informations. Le fait que ces dernières soient des données à caractère personnel au sens de la directive 95/46/CE n'est pas une condition préalable à l'application de cette disposition. Le considérant 24 justifie cette approche en précisant que *«l'équipement terminal de l'utilisateur ... ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales»*. C'est la protection d'un domaine réputé relever de la vie privée de la personne concernée qui est l'élément déclencheur des obligations visées à l'article 5, paragraphe 3, et non le fait que les informations soient ou non des données à caractère personnel.

Le groupe de travail avait déjà souligné dans l'avis 1/2008²¹ que l'article 5, paragraphe 3, est une disposition générale, applicable non seulement aux services de communications électroniques, mais aussi à tout autre service lorsque ces techniques sont utilisées. Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 3, s'applique, que l'entité qui place le cookie soit un responsable du traitement ou un sous-traitant.

¹⁹ La directive «vie privée et communications électroniques» fait mention d'abonnés et d'utilisateurs. Les abonnés recouvrent à la fois les personnes physiques ou les personnes concernées (au sens de la directive 95/46/CE) et les personnes morales. Le terme «utilisateur» désigne les personnes concernées qui utilisent un service de communications électroniques, sans s'y être nécessairement abonnés. Par souci de cohérence, le présent avis utilise, dans toute la mesure du possible, le terme «personne concernée».

²⁰ L'article 5, paragraphe 3, est neutre en termes de technologie et, dès lors, applicable non seulement aux cookies, mais également à toute autre technique utilisée pour stocker ou accéder à des informations stockées sur l'équipement terminal des personnes physiques (logiciels espions ou malveillants, etc.).

²¹ Avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, adopté le 4 avril 2008.

3.2.2. Champ d'application matériel de la directive 95/46/CE: traitement des données à caractère personnel

Lorsqu'en raison du placement d'un cookie ou d'un dispositif similaire, et de la récupération d'informations par son intermédiaire, les informations collectées peuvent être considérées comme des données à caractère personnel, la directive 95/46/CE s'applique également, en plus de l'article 5, paragraphe 3.

Le groupe de travail observe que les techniques de publicité comportementale décrites dans le présent avis impliquent souvent le traitement de données à caractère personnel, telles qu'elles sont définies à l'article 2 de la directive 95/46/CE et interprétées par ce groupe de travail²². Il existe à cela plusieurs raisons: i) normalement, la publicité comportementale implique la collecte d'adresses IP et le traitement d'identifiants uniques (par le cookie). L'utilisation des dispositifs comportant un identifiant d'utilisateur unique permet de pister les utilisateurs d'un ordinateur donné, même en cas d'utilisation d'adresses IP dynamiques. En d'autres termes, ces dispositifs permettent d'identifier les personnes concernées, même si leurs noms ne sont pas connus. ii) En outre, les informations collectées dans le cadre de la publicité comportementale *ont trait* (c'est-à-dire sont relatives) aux caractéristiques ou au comportement d'une personne et servent à l'influencer²³. La possibilité de relier à tout moment les profils à des informations directement identifiables fournies par la personne concernée, telles que des informations liées à l'enregistrement sur un site web, conforte encore ce point de vue. D'autres scénarios peuvent aboutir à une identification: fusions, pertes de données, et disponibilité croissante sur l'internet de données à caractère personnel combinées à des adresses IP.

3.2.3. Interaction entre les deux directives

Dès lors que les deux directives s'appliquent, il convient de déterminer les dispositions applicables de chacune d'entre elles. À cet égard, le considérant 10 de la directive «vie privée et communications électroniques» déclare que la directive 95/46/CE est applicable notamment *«à tous les aspects de la protection des droits et libertés fondamentaux qui n'entrent pas expressément dans le cadre de la présente directive, y compris les obligations auxquelles est soumis le responsable du traitement des données à caractère personnel et les droits individuels»*.

Il s'agit d'une application de la doctrine selon laquelle un acte régissant une question spécifique (*lex specialis*) prime sur un acte ne régissant qu'une question générale (*lex generalis*).

Conformément à ce qui précède, l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques», qui porte sur le consentement en toute connaissance de cause, sera directement applicable. La directive 95/46/CE sera pleinement applicable, hormis en ce qui concerne les dispositions qui sont spécifiquement couvertes par la directive «vie privée et communications électroniques», lesquelles correspondent essentiellement à

²² Voir l'interprétation de la notion de données à caractère personnel dans l'avis 4/2007 sur le concept des données à caractère personnel, adopté par le groupe de travail le 20 juin 2007.

²³ Dans son avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, adopté le 4 avril 2008, le groupe de travail a confirmé que, dans la plupart des cas, les cookies et les adresses IP doivent être considérés comme des données à caractère personnel. On peut, en effet, lire dans cet avis: *«Lorsqu'un "cookie" contient un identifiant d'utilisateur unique, celui-ci est clairement une donnée à caractère personnel. L'utilisation de "cookies" persistants ou de dispositifs similaires comportant un identifiant d'utilisateur unique permet de pister les utilisateurs d'un ordinateur donné, même en cas d'utilisation d'adresses IP dynamiques. Les données relatives au comportement qui sont générées par le recours à ces dispositifs permettent d'affiner encore les caractéristiques personnelles de la personne concernée»*.

l'article 7 de la directive 95/46/CE sur la légitimation des traitements de données²⁴. Les autres dispositions de la directive 95/46/CE, y compris les principes relatifs à la qualité des données, aux droits de la personne concernée (accès, effacement, opposition), à la confidentialité et à la sécurité du traitement et aux transferts de données vers des pays tiers, seront pleinement applicables.

3.2.4. Champ d'application territorial de l'article 5, paragraphe 3, et de la directive 95/46/CE

Le champ d'application territorial du cadre juridique susvisé est déterminé par une combinaison de l'article 3, paragraphe 1, de la directive «vie privée et communications électroniques»²⁵ et de l'article 4, paragraphe 1, points a) et c), de la directive 95/46/CE²⁶.

Dans des avis précédents, le groupe de travail a donné des orientations sur le concept d'établissement et le recours à des moyens, visés à l'article 4, paragraphe 1, points a) et c), respectivement, qui déterminent l'application de la directive 95/46/CE²⁷. Ces orientations sont pleinement applicables aux fournisseurs de réseaux de publicité en ligne.

3.3. Rôles et responsabilités des différents acteurs

Comme indiqué plus haut, la publicité comportementale nécessite plusieurs acteurs, à savoir les fournisseurs de réseaux publicitaires, les diffuseurs et les annonceurs. Il importe d'évaluer leurs rôles respectifs pour déterminer leurs obligations au titre de la législation actuelle sur la protection des données. À cet égard, le groupe de travail note ce qui suit:

Les fournisseurs de réseaux publicitaires:

D'une part, les obligations énoncées à l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» s'appliquent à ceux qui placent des cookies et/ou récupèrent des informations à partir des cookies déjà stockés dans l'équipement terminal de la personne concernée. Au regard de l'article 5, paragraphe 3, il importe peu que l'entité qui place ou lit le cookie soit un responsable du traitement ou un sous-traitant. Dans le cadre de la publicité comportementale, cette interprétation fait peser l'obligation d'obtenir un consentement informé sur les fournisseurs de réseaux publicitaires.

D'autre part, dans le même temps, lorsque la publicité comportementale implique le traitement de données à caractère personnel, les fournisseurs de réseaux publicitaires peuvent également être responsables du traitement. Cet élément est capital dès lors que des obligations supplémentaires découlant de l'application de la directive 95/46/CE sont applicables. Les

²⁴ Le principe du traitement loyal et licite, consacré par l'article 6, paragraphe 1, point a), peut être compris comme étant inclus dans l'article 5, paragraphe 3, dans la mesure où la loyauté renvoie à la transparence, qui en est une condition.

²⁵ Le champ d'application de la directive «vie privée et communications électroniques» est défini à son article 3, paragraphe 1, en vertu duquel l'article 5, paragraphe 3, s'applique au stockage ou à l'obtention d'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal des personnes concernées qui utilisent des services de communications publiques dans l'UE.

²⁶ Les deux critères d'application de la directive (ou plutôt du droit national qui la transpose) sont les suivants: i) lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement, en application de l'article 4, paragraphe 1, point a), et ii) lorsque le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'UE et a recours, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire de l'UE, en application de l'article 4, paragraphe 1, point c).

²⁷ Voir le document WP 56 du 30 mai 2002 sur l'application internationale du droit de l'UE en matière de protection des données au traitement des données à caractère personnel sur internet par des sites web établis en dehors de l'UE et, plus récemment, l'avis 1/2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, adopté le 4 avril 2008.

fournisseurs de réseaux publicitaires contrôlent en effet entièrement les finalités et les moyens du traitement.

Ils «louent» des espaces sur les sites web des diffuseurs pour y placer leurs annonces; ils définissent et lisent les informations des cookies et, le plus souvent, ils collectent l'adresse IP et d'autres données éventuelles révélées par le navigateur. En outre, les fournisseurs de réseaux publicitaires utilisent les informations collectées sur le comportement de navigation des internautes afin de constituer des profils et de choisir et diffuser des publicités qui seront affichées en fonction de ce profil. Dans ce scénario, les fournisseurs de réseaux publicitaires agissent donc clairement comme des responsables du traitement.

Les diffuseurs:

Les diffuseurs, quant à eux, louent des espaces sur leurs sites web aux réseaux publicitaires afin qu'ils affichent des publicités. Ils élaborent leurs sites web de manière à ce que les navigateurs des visiteurs soient automatiquement redirigés vers la page web du fournisseur de réseau publicitaire (qui enverra alors un cookie et diffusera une publicité personnalisée). Cette méthode pose la question de la responsabilité des diffuseurs dans le traitement des données.

Comme l'a récemment indiqué le groupe de travail ²⁸, la question de savoir si un diffuseur peut être considéré comme coresponsable du traitement avec le fournisseur de réseau publicitaire dépendra des conditions qui régissent la collaboration entre le diffuseur et ledit fournisseur. À cet égard, le groupe de travail observe que, généralement, lorsque les fournisseurs de réseaux publicitaires envoient des publicités personnalisées, les diffuseurs y contribuent en configurant leurs sites web de manière à ce que lorsqu'un utilisateur visite un site web du diffuseur, son navigateur soit automatiquement redirigé vers la page web du fournisseur de réseau publicitaire. Ce faisant, le navigateur de l'utilisateur transmettra son adresse IP au fournisseur de réseau publicitaire, qui enverra le cookie et la publicité ciblée. Dans ce cas de figure, il importe de relever que les diffuseurs ne transmettent pas l'adresse IP du visiteur au fournisseur de réseau publicitaire. En effet, c'est le navigateur du visiteur qui communique automatiquement cette information au fournisseur de réseau publicitaire. Cependant, cette communication n'est possible que parce que le diffuseur a configuré son site web de manière à ce que le visiteur de son site soit automatiquement redirigé vers le site web du fournisseur de réseau publicitaire. En d'autres termes, le diffuseur *déclenche* le transfert de l'adresse IP, qui constitue la première étape nécessaire pour permettre le traitement ultérieur effectué par le fournisseur de réseau publicitaire afin d'envoyer des publicités ciblées. Par conséquent, même si, sur le plan technique, le transfert des données de l'adresse IP est effectué par le navigateur de la personne qui consulte le site web du diffuseur, ce n'est pas cette personne qui déclenche le transfert. La personne voulait uniquement visiter le site web du diffuseur. Elle n'avait pas l'intention de visiter le site web du fournisseur de réseau publicitaire. À l'heure actuellement, ce cas de figure est courant.

Par conséquent, le groupe de travail considère que les diffuseurs assument une certaine responsabilité dans le traitement des données, qui découle de la transposition en droit national de la directive 95/46/CE et/ou d'autres actes législatifs nationaux²⁹. Cette responsabilité ne

²⁸ Avis 1/2010 sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant», adopté le 16 février 2010.

²⁹ Le groupe de travail relève que l'obligation d'information et d'autres obligations éventuelles peuvent découler de principes généraux du droit (droit des contrats et en matière de responsabilité civile délictuelle) ainsi que de la législation sur la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, telle que la directive 2005/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mai 2005 relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur et modifiant la directive 84/450/CEE du Conseil et les directives 97/7/CE, 98/27/CE et 2002/65/CE du Parlement européen et du Conseil et le règlement (CE) n° 2006/2004 du Parlement et du Conseil («directive sur les pratiques commerciales déloyales»).

couvre certes pas l'ensemble des opérations de traitement nécessaires à l'envoi de publicités comportementales, par exemple, le traitement réalisé par le fournisseur de réseau publicitaire consistant à dresser des profils qui serviront ensuite à diffuser des publicités ciblées, mais elle couvre la première étape, c'est-à-dire la partie initiale du traitement des données que constitue le transfert de l'adresse IP, lequel intervient lorsque des personnes physiques consultent leurs sites web. En effet, les diffuseurs facilitent ce transfert et codéterminent les finalités pour lesquelles il a lieu, à savoir envoyer aux visiteurs des publicités ciblées. Pour ces raisons, ils assument une part de la responsabilité en qualité de responsables du traitement. Cette responsabilité ne nécessite toutefois pas qu'ils se conforment à l'ensemble des obligations imposées par les directives.

À cet égard, il convient d'interpréter le cadre juridique avec une certaine souplesse, en n'appliquant que ses dispositions pertinentes. Les diffuseurs ne détiennent pas d'informations à caractère personnel; il ne serait dès lors pas logique de leur appliquer certaines des obligations prévues par la directive, comme le droit d'accès. En revanche, comme on le verra plus loin, l'obligation d'informer les particuliers du traitement des données leur est pleinement applicable.

Outre ce qui précède, ainsi que l'indiquait l'avis susvisé du groupe de travail, les diffuseurs sont coresponsables dès lors qu'ils collectent et transfèrent des données à caractère personnel concernant les visiteurs de leurs sites (nom, adresse, âge, localisation, etc.) au fournisseur de réseau publicitaire. Dans la mesure où les diffuseurs agissent comme des responsables du traitement, ils sont liés par les obligations imposées par la directive 95/46/CE concernant la partie du traitement des données qu'ils contrôlent. Dans ce contexte, à l'instar des fournisseurs de réseaux publicitaires, les diffuseurs *«veillent à ce que la complexité et les technicités du mécanisme de publicité comportementale ne les empêchent pas de trouver les moyens appropriés de se conformer aux obligations qui incombent aux responsables du traitement, et garantir le respect des droits des personnes concernées»*³⁰.

En résumé, les diffuseurs doivent être conscients du fait qu'en concluant des contrats avec des réseaux publicitaires, en vertu desquels des données à caractère personnel des visiteurs de leurs sites sont mises à la disposition de fournisseurs de réseaux publicitaires, ils assument une part de responsabilité à l'égard de ces visiteurs. La portée de leur responsabilité, notamment la mesure dans laquelle ils deviennent des responsables du traitement, doit être analysée au cas par cas en tenant compte des conditions particulières de leur collaboration avec les fournisseurs de réseaux publicitaires, telles qu'elles sont stipulées dans les contrats de service. Dès lors, ces contrats conclus entre diffuseurs et fournisseurs de réseaux publicitaires devraient définir les rôles et responsabilités des deux parties dans le cadre de leur collaboration décrite dans le contrat.

Les annonceurs:

Lorsqu'une personne concernée clique sur une annonce et visite le site web de l'annonceur, ce dernier peut tracer quelle campagne a entraîné le clic publicitaire. Si l'annonceur saisit l'information de ciblage (par exemple, certaines données démographiques telles que «jeunes mamans» ou un groupe d'intérêt comme «amateur de sports extrêmes») et la combine avec le comportement de navigation ou les données d'inscription de la personne concernée, il est alors un responsable autonome du traitement des données pour cette partie du traitement.

³⁰ Avis 1/2010 sur les notions de «responsable du traitement» et de «sous-traitant».
http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf

Le présent avis se concentre sur les traitements de données effectués par le fournisseur de réseau publicitaire et par le diffuseur, consistant à envoyer des publicités ciblées. Il ne se prononce pas sur les éventuels traitements de données supplémentaires que pourraient effectuer les annonceurs évoqués plus haut.

4. Obligation d'obtenir un consentement informé

La règle générale énoncée dans la première phrase de l'article 5, paragraphe 3, fait obligation aux États membres de garantir *«que le stockage d'informations, ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées, dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur n'est permis qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur ait donné son accord, après avoir reçu, dans le respect de la directive 95/46/CE, une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement»*. Le libellé de cet article a changé lors de la modification de la directive «vie privée et communications électroniques» en 2009. Les changements apportés dans la version modifiée clarifient et renforcent la nécessité d'obtenir un consentement informé préalable des utilisateurs³¹. Le groupe de travail considère que l'analyse juridique développée ci-dessous est pertinente et valable en ce qui concerne tant la version actuelle que la version modifiée de l'article 5, paragraphe 3.

La section suivante examine diverses manières de satisfaire les exigences mentionnées à l'article 5, paragraphe 3. Après la discussion sur le consentement, le groupe de travail donne des orientations sur l'obligation d'information.

4.1. Obligation d'obtenir le consentement préalable des personnes concernées pour diffuser des publicités comportementales

Conformément à l'article 5, paragraphe 3, un fournisseur de réseau publicitaire qui souhaite stocker ou obtenir l'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un utilisateur peut le faire: *i)* s'il a fourni à l'utilisateur une information claire et complète dans le respect de la directive 95/46/CE, entre autres, sur les finalités du traitement et *ii)* s'il a obtenu l'accord de l'utilisateur pour stocker ou obtenir l'accès à des informations stockées sur son équipement terminal, après avoir fourni l'information visée sous *i)*.

Il ressort des termes mêmes de l'article 5, paragraphe 3, que *i)* l'accord doit être obtenu *avant* que le cookie soit placé et/ou que les informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur soient collectées, ce qui est généralement appelé «consentement préalable», et *ii)* un consentement informé ne peut être obtenu que si l'information préalable sur l'envoi et les finalités du cookie *a été donnée à l'utilisateur*. Dans ce contexte, il importe de souligner que, pour que le consentement soit valable, quelles que soient les circonstances dans lesquelles il a été donné, il doit être donné librement, être exprès et constituer une manifestation éclairée des souhaits de la personne concernée. Ce consentement doit être obtenu avant que les données à caractère personnel ne soient collectées, sans quoi les personnes concernées ne comprendraient pas pleinement qu'elles donnent leur consentement et à quoi elles consentent. Le consentement doit en outre être révocable.

Les sections suivantes examinent si un consentement sous la forme d'un paramétrage du navigateur ou d'une option d'*opt-out* offerte par les fournisseurs de réseaux publicitaires satisfait aux exigences de l'article 5, paragraphe 3.

³¹ La modification s'est faite de deux manières: premièrement, en remplaçant l'expression «droit de refuser» par la nécessité d'obtenir un «accord», conformément à la directive 95/46/CE, et deuxièmement, en conjuguant le verbe au passé ««après avoir reçu»».

4.1.1. Consentement passant par la configuration des paramètres du navigateur

Les diffuseurs et les fournisseurs de réseaux publicitaires qui pratiquent la publicité comportementale placent des cookies traceurs dans l'équipement terminal d'une personne concernée lorsque celle-ci consulte un site web faisant partie du réseau publicitaire. Cette installation est systématique, à moins que le navigateur de l'utilisateur ne soit configuré pour rejeter les cookies. Concrètement, dès que le cookie est placé et que la personne concernée navigue sur la page web où l'annonce a été affichée, la personne est en mesure de prendre connaissance des cookies et de la manière dont il faut configurer le navigateur pour les contrôler. Ces informations sont fournies par les diffuseurs et les fournisseurs de réseaux publicitaires. Ces responsables du traitement incluent généralement dans leurs conditions générales et/ou dans leur politique de confidentialité des informations sur les cookies tiers utilisés à des fins de publicité comportementale, en précisant éventuellement les utilisations/finalités de base de ces cookies et le moyen de les éviter en configurant le navigateur. Cependant, cette pratique ne satisfait pas aux exigences de l'article 5, paragraphe 3, en particulier dans sa version modifiée, qui met l'accent sur la fourniture préalable des informations et sur l'obtention d'un consentement préalable (avant le début du traitement).

Le considérant 66 de la directive «vie privée et communications électroniques» modifiée mentionne que le consentement de l'utilisateur peut être exprimé par l'utilisation des paramètres appropriés d'un navigateur ou d'une autre application *«lorsque cela est techniquement possible et effectif, conformément aux dispositions pertinentes de la directive 95/46/CE»*. Ce n'est pas là une dérogation à l'article 5, paragraphe 3, mais plutôt un rappel que, dans cet environnement technologique, un consentement peut être exprimé de différentes façons – lorsque cela est techniquement possible et effectif et conforme aux autres exigences pertinentes pour qu'un consentement soit valablement donné. Dans ce contexte, il convient de se demander comment déterminer les conditions dans lesquelles les paramètres du navigateur répondront aux exigences de la directive 95/46/CE et constitueront un consentement valable *«dans le respect de la directive 95/46/CE»*. Le groupe de travail considère que cela ne surviendra que dans un nombre très limité de cas, pour les raisons exposées ci-dessous.

Tout d'abord, compte tenu de la définition et des conditions du consentement valable prévues à l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE, en règle générale, les personnes concernées ne sauraient être réputées avoir donné leur consentement simplement parce qu'elles ont acheté/utilisé un navigateur ou une autre application qui permet, par défaut, la collecte et le traitement de leurs informations. Les personnes concernées moyennes ne sont pas au courant du traçage de leur comportement de navigation, des finalités de celui-ci, etc. Elles ne savent pas toujours comment paramétrer le navigateur pour refuser les cookies, même si une explication figure dans les politiques de confidentialité. Il est donc fallacieux de considérer que, de manière générale, l'absence d'action de la personne concernée (elle n'a pas configuré les paramètres du navigateur pour qu'il refuse les cookies) est une manifestation claire et sans équivoque de sa volonté. Comme le groupe de travail l'a indiqué dans son avis 1/2008 précité, *«[l]a responsabilité de leur traitement [des cookies] ne peut être réduite à la responsabilité qui incombe à l'utilisateur de prendre, ou de ne pas prendre, certaines précautions dans les paramètres de son navigateur»*. À l'heure actuelle, sur les quatre principaux navigateurs, un seul bloque les cookies tiers par défaut dès l'installation du navigateur. Les trois autres grands navigateurs sont configurés par défaut pour autoriser tous les cookies. Ainsi, les cookies sont envoyés et les informations sont collectées avant

l'obtention du consentement, ce qui est donc contraire à l'obligation d'obtenir le consentement préalable de l'utilisateur³².

Ensuite, pour que le paramétrage des navigateurs puisse être la manifestation d'un consentement informé, il ne devrait pas être possible de «contourner» le choix fait par l'utilisateur en configurant le navigateur. Or, dans la pratique, les cookies effacés peuvent aisément être «ressuscités» par des «flash cookies», permettant ainsi au fournisseur de réseau publicitaire de continuer à suivre l'utilisateur. Dès lors que cette possibilité technique existe et que son utilisation se répand, on peut douter que le paramétrage du navigateur soit la manifestation d'un consentement informé, valable et effectif.

Enfin, le consentement qui passe par la configuration des paramètres du navigateur pour recevoir des cookies en vrac implique que les utilisateurs accepteront tout traitement futur, éventuellement sans être informés des finalités ou des utilisations du cookie. Un consentement général à tout traitement ultérieur, sans en connaître les circonstances, ne saurait constituer un consentement valable³³.

Par conséquent, pour qu'un navigateur ou toute autre application puisse «exprimer» un consentement valable, il doit d'abord résoudre les problèmes décrits ci-dessus. Dans les faits, cela signifie que:

- (a) les navigateurs, ou toute autre application, qui refusent par défaut les cookies tiers et demandent à la personne concernée d'effectuer une action positive pour accepter à la fois le paramétrage et la transmission continue des informations contenues dans les cookies par des sites web spécifiques peuvent exprimer un consentement valable et effectif. En revanche, si les paramètres du navigateur sont préconfigurés pour accepter tous les cookies, le consentement ne serait pas conforme à l'article 5, paragraphe 3, dans la mesure où, en règle générale, un tel consentement ne saurait constituer une véritable manifestation de la volonté de la personne concernée. Ce consentement ne serait ni exprès ni préalable (au traitement). S'il est vrai qu'une personne concernée pourrait effectivement avoir décidé de conserver un paramétrage acceptant tous les cookies tiers, il ne serait pas réaliste que les fournisseurs de réseaux publicitaires supposent que la grande majorité des personnes concernées dont les navigateurs sont «configurés» pour accepter des cookies, a effectivement exercé ce choix;
- (b) les navigateurs, ensemble ou avec d'autres outils d'information, y compris la coopération des fournisseurs de réseaux publicitaires et des diffuseurs, devraient donner des informations claires, complètes et parfaitement visibles afin de garantir que le consentement est donné en toute connaissance de cause. Pour répondre aux exigences de

³² Une complication supplémentaire réside dans le fait que les trois navigateurs susvisés transmettent encore les informations des cookies existants, même lorsque les paramètres du navigateur sont configurés pour refuser les (nouveaux) cookies tiers. En d'autres termes, les informations sur les cookies qui ont été placés avant que le navigateur soit configuré pour les refuser continueront à être envoyées au fournisseur de réseau publicitaire. À l'heure actuelle, un seul grand logiciel de navigation permet aux utilisateurs de bloquer la configuration et la transmission des données provenant des cookies tiers (c'est-à-dire également les cookies placés avant que le navigateur ne soit configuré pour refuser les cookies). Il en résulte que les cookies qui ont été placés lors de la visite d'un seul site web (par exemple, un moteur de recherche ou un site de réseau social) peuvent toujours être lus par ce site lorsque l'utilisateur consulte un site partenaire de ce premier site web.

³³ Comme l'a déclaré le groupe de travail dans son document de travail relatif à une interprétation commune des dispositions de l'article 26, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, adopté le 25 novembre 2005, à propos des futurs transferts de données: «L'importance du fait que le consentement soit un acte positif exclut de facto tout système par lequel la personne concernée n'aurait le droit de s'opposer au transfert qu'après qu'il a eu lieu: le consentement spécifique à un transfert doit être authentiquement exigé pour que celui-ci puisse avoir lieu».

la directive 95/46/CE, les navigateurs devraient transmettre, au nom du fournisseur de réseau publicitaire, les informations pertinentes concernant les finalités des cookies et le traitement ultérieur des données. Par conséquent, les avertissements généraux sans référence explicite au réseau publicitaire qui place le cookie sont insuffisants.

Le groupe de travail est d'avis que, si les conditions susvisées ne sont pas remplies, ce n'est pas en fournissant des informations ni, dans une certaine mesure, en augmentant la capacité de l'utilisateur de refuser les cookies (en expliquant la procédure à suivre) que, d'une manière générale, on obtiendra un consentement informé au sens de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» et de l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE.

Étant donné l'importance que revêt le paramétrage du navigateur pour garantir que la personne concernée donne effectivement son consentement au stockage de cookies et au traitement des informations la concernant, il paraît essentiel que les navigateurs soient munis de paramètres de protection de la confidentialité par défaut. En d'autres termes, il faut qu'ils incluent le paramètre «non-acceptation et non-transmission de cookies tiers». Pour compléter cette disposition et la rendre plus efficace, les navigateurs devraient imposer aux utilisateurs de recourir à un "assistant de protection de la confidentialité" lorsqu'ils installent leur navigateur pour la première fois ou le mettent à jour, et prévoir une procédure simple leur permettant de choisir en cours d'utilisation. Le groupe de travail invite instamment les concepteurs de navigateur à prendre des mesures urgentes en ce sens et à coordonner leur action avec les fournisseurs de réseaux publicitaires.

4.1.2. Consentement et exercice des options d'«opt-out»

Les fournisseurs de réseaux publicitaires proposent de plus en plus souvent des mécanismes d'«opt-out» permettant aux utilisateurs de refuser de recevoir des publicités ciblées³⁴. Pour activer ce mécanisme, la personne concernée doit se rendre sur le site web du fournisseur de réseau publicitaire et préciser qu'il ne veut pas être tracé aux fins de la diffusion de publicités ciblées. Ces mécanismes se veulent un complément et, dans une certaine mesure, une solution aux problèmes, décrits plus haut, que pose le consentement passant par la configuration des paramètres du navigateur.

Ces mécanismes d'«opt-out» fondés sur des cookies sont les bienvenus et doivent être encouragés puisqu'ils simplifient la possibilité technique actuellement offerte aux personnes concernées de refuser les publicités. Cependant, en principe, ces mécanismes n'expriment pas un consentement des personnes concernées. Ce n'est que dans des cas individuels très spécifiques que l'on pourrait parler de consentement implicite, par exemple lorsqu'un utilisateur expérimenté, qui est informé de la pratique de la publicité comportementale, sait qu'il peut la refuser mais choisit de poser l'acte volontaire de ne pas le faire (en particulier, s'il le fait avant qu'un cookie ne lui ait été envoyé). En revanche, ce mécanisme ne convient pas pour obtenir un consentement informé de l'utilisateur moyen, pour des raisons analogues à celles mentionnées dans le cas du paramétrage du navigateur, à savoir:

d'une part, en règle générale, les utilisateurs ne sont pas au courant de la collecte de données, de ses utilisations, du fonctionnement de la technologie et, surtout, de la façon dont ils doivent procéder pour exercer un «opt-out». En conséquence, dans la pratique, très peu de gens exercent l'option «d'opt-out», non parce qu'ils ont décidé, en toute connaissance de cause, d'accepter les publicités comportementales, mais parce qu'ils ne se rendent pas compte qu'en ne procédant pas à un «opt-out», ils acceptent en fait ces publicités;

³⁴ Voir, par exemple, l'option d'«opt-out» prévue par la *Network Advertising Initiative*, qui offre la possibilité de sortir de différents réseaux: http://www.networkadvertising.org/managing/opt_out.asp.

d'autre part, le consentement implique une participation active de la personne concernée avant la collecte et le traitement des données. Or le mécanisme d'«opt-out» se réfère souvent à une «non»-réaction de la personne concernée après le début du traitement. En outre, dans le cadre de ce mécanisme, il n'y a pas de participation active: la volonté de la personne concernée est simplement supposée ou implicite. Cela ne remplit pas les conditions à satisfaire pour qu'un consentement soit juridiquement valable.

Eu égard à ce qui précède, le groupe de travail considère que les mécanismes d'«opt-out» fondés sur des cookies ne donnent pas aux utilisateurs moyens la faculté véritable de consentir ou non à recevoir des publicités comportementales. Dès lors, ces mécanismes ne remplissent pas la condition posée par l'article 5, paragraphe 3.

4.1.3. Les mécanismes de consentement par «opt-in» préalable se prêtent mieux à la manifestation d'un consentement informé

Le groupe de travail est d'avis que les mécanismes d'«opt-in» préalable, qui requièrent une action positive de la personne concernée pour manifester son consentement avant l'envoi du cookie à cette personne, sont davantage conformes à l'article 5, paragraphe 3. Évoquant le consentement comme base juridique du traitement, le groupe de travail a récemment confirmé ce point de vue: *«Les évolutions technologiques invitent également à un examen attentif du consentement. En pratique, l'article 7 de la directive 95/46/CE n'est pas toujours correctement appliqué, en particulier dans le contexte de l'internet, où un consentement implicite ne conduit pas toujours à un consentement non équivoque [comme le prévoit l'article 7, point a), de la directive]. Pour permettre aux personnes concernées de s'exprimer davantage en amont du traitement de leurs données à caractère personnel, il faut que le consentement soit donné explicitement (il faut par conséquent un accord préalable) pour l'ensemble du traitement basé sur le consentement»*³⁵.

Dans un précédent avis traitant de cette question, le groupe de travail³⁶ recommandait la mention de messages spécifiques: *«Dans le cas des cookies, l'utilisateur devrait être averti avant leur réception, leur stockage ou leur transmission ... Le message devrait préciser, dans un langage généralement compréhensible, quelles informations vont être stockées dans le cookie et à quelles fins, ainsi que la période de validité de celui-ci»*. Après avoir reçu ces informations, la personne concernée devrait avoir la possibilité d'indiquer si elle souhaite être profilée à des fins de publicité comportementale.

Le groupe de travail est conscient des problèmes pratiques actuels que pose l'obtention d'un consentement, en particulier lorsque celui-ci est nécessaire chaque fois qu'un cookie est lu afin d'envoyer une publicité ciblée. Pour éviter ce problème, en application du considérant 25 de la directive «vie privée et communications électroniques» (*«[...]le droit de refuser ces dispositifs [cookies] peu[ven]t être offert[s] en une seule fois ... durant des connexions subséquentes»*), l'acceptation d'un cookie par l'utilisateur pourrait être interprétée comme valable non seulement pour l'envoi du cookie, mais aussi pour la collecte ultérieure de données provenant de ce cookie. En d'autres termes, le consentement obtenu pour le placement du cookie et pour l'utilisation des informations aux fins d'envoyer des publicités ciblées couvrirait les «lectures» postérieures du cookie ayant lieu à chaque fois que l'utilisateur visite un site web partenaire du fournisseur de réseau publicitaire qui a placé le cookie.

³⁵ Le groupe de travail reconnaît le travail accompli par certaines associations, comme «L'avenir de la protection de la vie privée» en vue de promouvoir l'utilisation d'icônes à des fins d'information.

³⁶ Recommandation 1/99 sur le traitement invisible et automatique des données à caractère personnel sur l'internet: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/1999/wp17fr.pdf.

Or, sachant que *i)* cette pratique signifierait que les personnes physiques acceptent «une fois pour toutes» d'être suivies et que *ii)* ces personnes pourraient simplement «oublier» qu'elles ont accepté, par exemple un an plus tôt, d'être suivies, le groupe de travail considère que certaines garanties devraient être mises en place. Il propose, notamment, trois types de mesure:

premièrement, limiter la portée du consentement dans le temps. Le consentement à être suivi ne devrait pas être valable «une fois pour toutes» mais pour une durée limitée, par exemple un an. À l'expiration de ce délai, les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient obtenir un nouveau consentement. Cela serait réalisable si les cookies avaient une durée de vie limitée après leur placement dans l'équipement terminal de l'utilisateur (et leur durée de vie ne devrait pas être prolongée);

deuxièmement, les risques évoqués plus haut seraient encore atténués par des mesures d'information supplémentaires, qui sont abordées à la section 4.2.1 ci-dessous;

troisièmement, un consentement donné librement est toujours révocable. Les personnes concernées devraient avoir la possibilité de révoquer aisément leur consentement à être suivies à des fins de publicité comportementale. À cet effet, il est essentiel de fournir des informations claires sur cette possibilité et sur la manière de l'exercer (voir la section 4.2 ci-dessous).

Le groupe de travail encourage les professionnels de la publicité à mettre en œuvre les mesures décrites ci-dessus ou des solutions alternatives impliquant une action positive préalable des utilisateurs concernant l'acceptation *i)* du placement du cookie et *ii)* de l'utilisation du cookie pour les pister sur les sites web qu'ils consultent afin de leur envoyer des publicités comportementales. Cela peut aussi inclure la conception des navigateurs et les technologies de navigation.

4.1.4 Consentement informé: les enfants

Dans son avis 2/2009, le groupe de travail avait étudié la question de la protection des données à caractère personnel des enfants³⁷. Les problèmes liés à l'obtention d'un consentement informé sont en effet encore plus aigus dans le cas des enfants. Outre les exigences décrites plus haut (et ci-dessous) pour qu'un consentement soit valable, dans certains cas, le consentement des enfants doit être donné par leurs parents ou d'autres représentants légaux. En l'espèce, cela signifie que les fournisseurs de réseaux publicitaires devront informer les parents de la collecte et de l'utilisation d'informations concernant leurs enfants et obtenir leur consentement avant de collecter et d'exploiter ces informations à des fins de ciblage comportemental des enfants³⁸.

Eu égard à ce qui précède, et compte tenu de la vulnérabilité des enfants, le groupe de travail est d'avis que les fournisseurs de réseaux publicitaires ne devraient pas proposer de catégories de centres d'intérêt destinées à diffuser des publicités comportementales ou à influencer des enfants.

³⁷ Avis sur la protection des données à caractère personnel de l'enfant (Principes généraux et cas particulier des écoles): http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2009/wp160_fr.pdf.

³⁸ Cela s'ajoute à la législation et aux normes applicables en matière de publicité.

4.2. Obligation de fournir des informations dans le cadre de la publicité comportementale

La transparence est une condition essentielle pour qu'une personne physique puisse donner son consentement à la collecte et au traitement ultérieur de données la concernant. Ainsi qu'il est expliqué plus haut, dans le cadre de la publicité comportementale, il se peut que les utilisateurs ne connaissent pas ou ne comprennent pas la technologie sur laquelle repose la publicité comportementale, ni même qu'ils sont ciblés par ce type de publicité. Il est donc capital de veiller à ce que des informations suffisantes et effectives soient fournies d'une manière qui atteindra les internautes. Les personnes concernées ne seront véritablement en mesure d'exercer un choix que si elles sont informées.

4.2.1 Quelles sont les informations à fournir et par qui?

L'article 5, paragraphe 3, prévoit que l'utilisateur doit recevoir une information «*dans le respect de la directive 95/46/CE, entre autres sur les finalités du traitement*». L'article 10 de la directive 95/46/CE traite de la fourniture de cette information³⁹.

En ce qui concerne la publicité comportementale, les personnes concernées devraient être informées, entre autres choses, de l'identité du fournisseur de réseau publicitaire et des finalités du traitement. La personne concernée doit être clairement informée que le cookie permettra au fournisseur de réseau publicitaire de collecter des informations sur la consultation d'autres sites web, les publicités qui ont été affichées, celles sur lesquelles elle a cliqué, le moment, etc.

Il devrait être expliqué en termes simples que le cookie servira à constituer des profils destinés à la diffusion de publicités ciblées. Le considérant 25 de la directive «vie privée et communications électroniques» impose que les informations fournies soient «*claires et précises*». Des mentions telles que «*les annonceurs et d'autres tiers peuvent également utiliser leurs propres cookies ou balises*» sont clairement insuffisantes.

S'agissant de la manière dont ces informations devraient être communiquées, le considérant 25 exige qu'elle soit «*la plus conviviale possible*». Le groupe de travail considère que la fourniture d'un minimum d'informations directement sur l'écran, de manière interactive, aisément visibles et compréhensibles, serait le meilleur moyen de se conformer à ce principe⁴⁰. Il importe que les informations soient aisément accessibles et extrêmement visibles. Ces informations essentielles ne peuvent donc pas être cachées dans des conditions générales et/ou dans des déclarations sur la politique de confidentialité.

Le groupe de travail reconnaît que, sur le plan technique, il peut exister différentes manières de fournir l'information, et il fait appel à la créativité des acteurs dans ce domaine. Il a appris que certains fournisseurs de réseaux publicitaires ont commencé à élaborer de nouvelles manières de communiquer les informations et il se réjouit de cette évolution. Les icônes placées autour des publicités sur le site web du diffuseur et menant vers des informations supplémentaires sont des exemples d'une telle évolution, que le groupe de travail juge tout à la fois positive et nécessaire.

³⁹ Il impose notamment de préciser l'identité du responsable du traitement, les finalités du traitement, ainsi que les destinataires des données et l'existence d'un droit d'accès, dans la mesure où ces informations supplémentaires sont nécessaires pour assurer un traitement loyal des données.

⁴⁰ Ceci est conforme à une recommandation antérieure du groupe de travail, à savoir la recommandation 2/2001 concernant certaines exigences minimales pour la collecte en ligne de données à caractère personnel dans l'Union européenne (WP 43), adoptée le 17 mai 2001: http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/docs/wpdocs/2001/wp43fr.pdf.

Compte tenu de la possibilité, évoquée à la section 4.1.3, que l'acceptation d'être suivies, donnée une fois par les personnes physiques, couvre toutes les lectures ultérieures du cookie, le groupe de travail juge essentiel que les fournisseurs de réseaux publicitaires trouvent des moyens d'informer régulièrement les utilisateurs que le suivi est en cours. À moins que des rappels clairs et non équivoques, recourant à des moyens simples, ne soient adressés aux personnes concernées, il est très probable qu'après un certain temps, ces dernières auront oublié que le suivi se poursuit et qu'elles y ont consenti. À cet égard, le groupe de travail serait tout à fait favorable à la création d'un symbole et de messages associés qui avertiraient les consommateurs qu'un fournisseur de réseau publicitaire suit leur comportement de navigation afin de diffuser des publicités ciblées. Ce symbole serait très utile non seulement pour rappeler le suivi aux personnes concernées, mais également pour vérifier si elles souhaitent maintenir ou révoquer leur consentement.

Une autre question pertinente est celle de savoir *qui doit fournir les informations*: le diffuseur, le fournisseur de réseau publicitaire, ou les deux? Au final, les personnes concernées devraient recevoir des informations aisément accessibles et extrêmement visibles. Comme il est expliqué plus loin, la coopération entre les diffuseurs et les fournisseurs de réseaux publicitaires paraît essentielle.

Le groupe de travail observe que, par application de l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques», l'obligation de fournir les informations nécessaires et d'obtenir le consentement des personnes concernées incombe en dernier ressort à la partie qui envoie et lit le cookie. Dans la plupart des cas, il s'agit du fournisseur de réseau publicitaire. Lorsque des diffuseurs sont coresponsables du traitement, par exemple lorsqu'ils transfèrent directement des informations identifiables aux fournisseurs de réseaux publicitaires, ils sont également liés par l'obligation d'informer la personne concernée du traitement ultérieur des données la concernant.

En outre, comme le relève la section 3.3 ci-dessus, les diffuseurs partagent avec les fournisseurs de réseaux publicitaires la responsabilité du traitement des données effectué dans le cadre de la diffusion de publicités comportementales. Plus particulièrement, cette responsabilité couvre la première étape du traitement, à savoir le transfert de l'adresse IP aux fournisseurs de réseaux publicitaires qui intervient lorsqu'une personne consulte leur site web et est redirigée vers le site web du fournisseur de réseau publicitaire.

Du fait de cette responsabilité, les diffuseurs ont certaines obligations envers les personnes concernées, qui découlent directement de la directive 95/46/CE⁴¹. Le groupe de travail est notamment d'avis que les diffuseurs sont liés par l'obligation de fournir aux personnes concernées des informations sur le traitement des données qui a lieu lorsque leur navigateur est redirigé, et sur les finalités pour lesquelles les données seront utilisées ultérieurement par les fournisseurs de réseaux publicitaires. Les informations devraient porter non seulement sur le transfert de l'adresse IP destiné à l'affichage de publicités, mais aussi sur le traitement ultérieur des données effectué par les fournisseurs de réseaux publicitaires, y compris le placement de cookies.

Le groupe de travail n'entend bien évidemment pas que les informations soient fournies deux fois (la première par le fournisseur de réseau publicitaire, la seconde par le diffuseur). Il considère que, dans ce domaine, une coopération s'impose entre les fournisseurs de réseaux

⁴¹ En outre, le groupe de travail note que, en vertu des principes généraux du droit (droit des contrats et en matière de responsabilité civile délictuelle) ainsi que de la législation sur la protection des consommateurs en matière de pratiques commerciales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, les diffuseurs peuvent être tenus d'informer les personnes concernées dès lors qu'un traitement de données et une surveillance ont lieu parce qu'ils ont redirigé ces personnes vers le fournisseur de réseau publicitaire.

publicitaires et les diffuseurs afin qu'ils décident qui fournira l'information et comment. Il invite donc instamment ces deux parties à ne ménager aucun effort pour produire les mentions les plus efficaces et informer au mieux les internautes sur la manière dont fonctionne la publicité comportementale dans chaque cas particulier. Une telle coopération est d'autant plus nécessaire que les fournisseurs de réseaux publicitaires sont, en principe, invisibles pour les personnes concernées. En effet, l'utilisateur interagit avec le site visité, c'est-à-dire avec le site web du diffuseur. C'est pourquoi, du point de vue de l'utilisateur, il est plus normal qu'il reçoive l'information de ce site. Cela peut se faire de différentes façons; le diffuseur peut, par exemple, prévoir un espace sur son site web où les fournisseurs de réseaux publicitaires peuvent afficher les informations requises.

Dans l'exercice de leurs fonctions, les autorités chargées de la protection des données examineront si des mesures appropriées ont été adoptées pour faire mieux connaître ces pratiques et les droits des personnes concernées correspondantes.

5. Autres obligations et principes découlant de la directive 95/46/CE

Outre l'article 5, paragraphe 3, les responsables du traitement doivent veiller au respect de toutes les obligations imposées par la directive 95/46/CE qui n'empiètent pas sur les dispositions dudit article. Ils doivent notamment se conformer aux obligations examinées ci-dessous.

5.1. Obligations relatives à des catégories particulières de données

Les données qui révèlent l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques, l'appartenance syndicale ainsi que les données relatives à la santé et à la vie sexuelle sont considérées comme sensibles en vertu de l'article 8 de la directive 95/46/CE. Or le groupe de travail considère qu'il existe un grave risque de porter atteinte aux données à caractère personnel si ce type d'informations est utilisé à des fins de diffusion de publicités comportementales. Tout ciblage des personnes concernées sur la base d'informations sensibles ouvrirait la voie à des abus. En outre, étant donné la nature sensible de ces informations et les situations potentiellement gênantes qui pourraient survenir si des personnes recevaient des publicités qui révèlent, par exemple, leurs préférences sexuelles ou leur activité politique, l'offre ou l'utilisation de catégories de centres d'intérêt révélant des données sensibles doit être découragée.

Si, malgré tout, des fournisseurs de réseaux publicitaires offrent et utilisent des catégories de centres d'intérêt révélant des informations sensibles, ils doivent se conformer aux dispositions de l'article 8 de la directive 95/46/CE. Ainsi, si un fournisseur de réseau publicitaire traitait le comportement d'une personne physique afin de «la placer» dans une catégorie de centres d'intérêt indiquant une préférence sexuelle particulière, il effectuerait un traitement de données sensibles au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE. Or cet article interdit un tel traitement, hormis dans des circonstances spécifiques. De ce fait, la seule base juridique susceptible de légitimer le traitement de ces données serait le consentement préalable explicite et distinct, prévu à l'article 8, paragraphe 2, point a). L'exigence d'obtenir une manifestation positive, préalable et distincte du consentement de la personne concernée signifie qu'en aucun cas un mécanisme de consentement par «opt-out» ne satisferait cette exigence légale. Cela implique également que ce consentement ne saurait être obtenu en procédant à un paramétrage du navigateur. Pour collecter et traiter licitement ce type d'information, les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient mettre en place des mécanismes leur permettant d'obtenir un consentement préalable exprès, distinct du consentement recueilli pour le traitement des données en général.

5.2. Respect des principes relatifs à la qualité des données

L'article 6 de la directive 95/46/CE énonce différents principes que doit respecter le responsable du traitement. À cet égard, les aspects suivants sont particulièrement pertinents.

Le groupe de travail n'ignore pas que les profils collectés et utilisés à des fins de publicité comportementale pourraient potentiellement être utilisés pour d'autres finalités. Ils pourraient ainsi servir à développer de nouveaux services dont la nature n'a pas encore été décidée.

Or, une telle éventualité est subordonnée au respect de l'article 6, paragraphe 1, point b), qui pose le **principe de limitation des finalités**. Ce principe interdit tout traitement de données à caractère personnel incompatible avec les finalités légitimant la collecte initiale. En d'autres termes, les utilisations secondaires incompatibles d'informations collectées et stockées à des fins de publicité comportementale seraient contraires à l'article 6, point b), de la directive 95/46/CE. Ainsi, lorsque des réseaux publicitaires font partie d'un groupe d'entreprises offrant des services multiples, en principe, le réseau publicitaire ne peut pas utiliser les données collectées à des fins de publicité comportementale pour ces autres services (à moins qu'il puisse être démontré que les finalités sont compatibles). Pour les mêmes raisons, les réseaux publicitaires ne peuvent pas compléter les informations collectées à des fins de publicité comportementale par d'autres données.

Si des réseaux publicitaires souhaitent utiliser des informations, rassemblées à des fins de publicité comportementale, pour des finalités secondaires incompatibles, par exemple d'autres services, il leur faudra appliquer et respecter une autre disposition juridique, à savoir l'article 7 de la directive 95/46/CE. Ils devront donc informer les personnes concernées et, dans la plupart des cas, obtenir leur consentement, conformément à l'article 7, point a).

L'article 6, paragraphe 1, point e), impose l'effacement des données lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la réalisation de la finalité pour laquelle elles ont été collectées (**principe de rétention**). Le respect de ce principe impose de limiter le stockage des données. En conséquence, les entreprises doivent préciser et respecter des délais spécifiques de conservation des données.

Conformément à ce qui précède, les informations relatives au comportement des utilisateurs doivent être supprimées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la constitution d'un profil. Les durées de conservation illimitées ou excessivement longues sont contraires à l'article 6, paragraphe 1, point e), de la directive. Le groupe de travail a constaté que les périodes de conservation varient chez les grands fournisseurs de réseaux publicitaires, certains ayant des durées illimitées tandis que d'autres limitent la durée de conservation à trois mois.

Dès lors, le groupe de travail invite instamment les fournisseurs de réseaux publicitaires à adopter des dispositions destinées à garantir que les informations collectées à chaque lecture d'un cookie sont immédiatement effacées ou anonymisées dès que la nécessité de les conserver a disparu. Chaque responsable de traitement doit être en mesure de justifier la nécessité d'un délai de conservation donné. Le groupe de travail insiste pour que les fournisseurs de réseaux publicitaires apportent la justification de la durée de conservation qu'ils jugent nécessaire au vu des finalités que poursuit le traitement des données.

Lorsqu'un particulier demande l'effacement de son profil et/ou exerce son droit de révoquer son consentement, ces actions obligent le fournisseur de réseau publicitaire à effacer ou à supprimer rapidement les données de la personne concernée dans la mesure où la base juridique nécessaire (c'est-à-dire le consentement) autorisant le traitement cesse d'exister.

5.3. Droits des personnes concernées

Les responsables de traitement doivent permettre aux personnes concernées par le traitement d'exercer leurs droits d'accès, de rectification, d'effacement et d'opposition, tels qu'ils sont énoncés aux articles 12 et 14 de la directive sur la protection des données.

Le groupe de travail est au courant des initiatives des fournisseurs de réseaux publicitaires, consistant à donner accès aux catégories de centres d'intérêt auxquelles les personnes concernées ont été associées sur la base du cookie «numéro ID»⁴². Ces nouveaux outils permettent aux utilisateurs d'accéder aux catégories de centres d'intérêt auxquelles ils sont associés, mais aussi de les modifier et de les supprimer.

Le groupe de travail est favorable à ces initiatives qui contribuent à rendre effectif le droit des personnes d'avoir facilement accès à leurs données à caractère personnel et de les corriger. Il insiste auprès des fournisseurs de réseaux publicitaires afin qu'ils mettent en place des procédures visant à informer les particuliers sur ces outils et à les rendre aussi visibles que possible pour les personnes concernées, de sorte que l'utilisateur moyen soit effectivement en mesure de les utiliser.

5.4. Autres obligations

L'article 17 de la directive impose aux responsables du traitement et aux sous-traitants de mettre en œuvre les *mesures techniques et d'organisation* appropriées pour protéger les données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, la diffusion et d'autres formes de traitement illicite. Le respect des obligations de sécurité contraindra les fournisseurs de réseaux publicitaires à mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles de pointe pour garantir la sécurité et la confidentialité des données.

En application de l'article 18 de la directive 95/46/CE, le responsable du traitement peut être tenu de **notifier le traitement** de données à caractère personnel aux autorités chargées de la protection des données, à moins qu'il n'en soit dispensé. Par conséquent, si le droit national l'impose, le fournisseur de réseau publicitaire doit notifier le traitement des données. En outre, si les données font l'objet d'un transfert à l'extérieur de l'UE, par exemple vers des serveurs situés dans des pays tiers, le fournisseur de réseau publicitaire doit s'assurer que les dispositions relatives aux transferts de données à caractère personnel vers des pays tiers sont respectées (articles 25 et 26 de la directive 95/46/CE).

6. Conclusions et recommandations

Les techniques de publicité comportementale permettent aux annonceurs, essentiellement des fournisseurs de réseaux publicitaires, de suivre les particuliers lorsqu'ils surfent sur l'internet, afin de constituer des profils et de s'en servir pour diffuser des publicités ciblées. Dans la plupart des cas, les particuliers ignorent tout simplement qu'ils font l'objet de cette pratique.

Le groupe de travail s'inquiète fortement des conséquences que cette pratique de plus en plus répandue pourrait avoir sur la protection des données et de la vie privée. Bien que la législation en la matière impose, entre autres, d'obtenir un consentement informé des particuliers pour recourir à cette pratique, dans la réalité, il est extrêmement douteux que

⁴² Voir le «Ad Interest Manager» de Yahoo à l'adresse:

http://info.yahoo.com/privacy/us/yahoo/opt_out/targeting/.

Voir également la page «Gestionnaire de préférences pour les annonces» de Google à l'adresse:

<http://www.google.com/ads/preferences/html/about.html>.

l'utilisateur moyen sache qu'on suit son comportement afin de lui envoyer des annonces personnalisées, et encore plus douteux qu'il soit consentant.

Jusqu'à présent, les procédures par lesquelles les professionnels fournissent des informations et permettent aux particuliers de décider s'ils veulent être suivis ont échoué. Les mentions contenues dans les conditions générales et/ou dans les politiques de confidentialité, souvent rédigées en termes obscurs, sont loin de satisfaire aux exigences de la législation sur la protection des données. Dans certains États membres, les professionnels ont toutefois consenti quelques efforts pour combler les lacunes du droit existant par des mesures d'autorégulation. Ces efforts sont les bienvenus dans la mesure où ils précisent les principes généraux énoncés dans le cadre réglementaire. Cependant, de l'avis du groupe de travail, il reste encore beaucoup à faire. Les professionnels du secteur doivent accroître leurs efforts pour se conformer à la législation désormais renforcée.

Par le présent avis, le groupe de travail souhaite guider les parties prenantes, en particulier les fournisseurs de réseaux publicitaires et les diffuseurs, afin qu'ils se conforment au cadre législatif en vigueur tel qu'il est interprété ici. À cet effet, le présent avis expose le point de vue du groupe de travail sur la manière d'interpréter la législation sur la protection des données régissant la pratique de la publicité comportementale. Il appelle en outre les professionnels à présenter des mesures techniques et d'autre nature en vue de se conformer au cadre décrit dans le présent avis, et à échanger de vues avec le groupe de travail sur ces mesures. À l'issue d'une certaine période de «discussion», le groupe de travail évaluera la situation et prendra les mesures appropriées nécessaires. En attendant, il invite instamment les parties concernées à mettre en œuvre les recommandations décrites ci-dessous.

6.1. Législation applicable

- Le cadre juridique de l'UE régissant l'utilisation des cookies est essentiellement constitué par l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques»⁴³.
- L'article 5, paragraphe 3, s'applique chaque fois que des «informations», comme un cookie, sont stockées dans l'équipement terminal d'un internaute ou récupérées à partir de celui-ci. Le caractère personnel de ces informations n'est pas une condition préalable.
- En outre, la directive 95/46/CE s'applique aux aspects qui ne sont pas spécifiquement couverts par la directive «vie privée et communications électroniques» chaque fois que des données à caractère personnel sont traitées. La publicité comportementale repose sur l'utilisation d'identifiants qui permettent de dresser des profils très détaillés de l'utilisateur, lesquels seront, dans la plupart des cas, considérés comme des données à caractère personnel.

6.2. Compétence territoriale – établissement

- La directive 95/46/CE s'applique au traitement de données effectué lorsque des diffuseurs et des fournisseurs de réseaux publicitaires font de la publicité comportementale, en vertu de l'article 4, paragraphe 1, points a) et c), de la directive 95/46/CE et de l'article 3 de la directive «vie privée et télécommunications électroniques». Les avis et recommandations existants du groupe de travail en la matière sont pleinement applicables.

⁴³ La version modifiée de la directive «vie privée et communications électroniques» doit entrer en vigueur en mai 2011.

6.3. Rôles et responsabilités

- **Les fournisseurs de réseaux publicitaires** sont soumis aux obligations imposées par l'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques» dans la mesure où ils placent des cookies et/ou récupèrent des informations à partir de cookies déjà installés dans l'équipement terminal des personnes concernées. Ce sont également des responsables du traitement dans la mesure où ils déterminent les finalités et les moyens essentiels du traitement des données.
- **Les diffuseurs** assument une part de la responsabilité incombant au responsable du traitement en ce qui concerne la première phase du traitement, c'est-à-dire lorsque, par la manière dont ils configurent leurs sites web, ils déclenchent le transfert de l'adresse IP de l'utilisateur vers les fournisseurs de réseaux publicitaires (ce qui permet le traitement ultérieur). Cette responsabilité entraîne quelques obligations limitées en termes de protection des données (voir plus loin). En outre, lorsque les diffuseurs transfèrent directement des données à caractère personnel identifiables aux fournisseurs de réseaux publicitaires, ils sont réputés coresponsables du traitement.

6.4 Obligations et droits

Fournisseurs de réseaux publicitaires:

- L'article 5, paragraphe 3, de la directive «vie privée et communications électroniques», qui établit l'obligation d'obtenir un consentement informé préalable, s'applique aux fournisseurs de réseaux publicitaires.
- Le paramétrage du navigateur ne peut être la manifestation d'un consentement que dans des cas très limités. Notamment, si les navigateurs sont configurés par défaut pour rejeter tous les cookies (le navigateur étant configuré pour cette option) et si l'utilisateur a modifié les paramètres pour accepter positivement les cookies, s'il a été pleinement informé du nom du responsable du traitement, du traitement lui-même, de ses finalités et des données qui sont collectées. Par conséquent, le navigateur doit, seul ou en combinaison avec d'autres moyens, transmettre effectivement des informations claires, complètes et parfaitement visibles au sujet du traitement.
- Les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient encourager les fabricants/concepteurs de navigateurs et collaborer avec eux afin de concevoir des navigateurs qui protègent la vie privée.
- En règle générale, les mécanismes d'«opt-out» fondés sur des cookies ne sont pas une solution adéquate pour obtenir le consentement informé de l'utilisateur. En effet, dans la plupart des cas, le consentement de l'utilisateur est considéré comme implicite s'il ne procède pas à un «opt-out». Or, dans la pratique, très peu de personnes exercent cette option d'«opt-out», non parce qu'elles ont décidé en toute connaissance de cause d'accepter les publicités comportementales, mais parce qu'elles ne savent pas qu'un traitement a lieu, et encore moins comment procéder à un «opt-out».
- Les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient abandonner au plus tôt les mécanismes d'«opt-out» et adopter des mécanismes d'«opt-in» préalable. Les dispositifs destinés à obtenir un consentement informé et valable devraient nécessiter une action positive de la personne concernée, par laquelle elle déclare accepter l'envoi de cookies et le suivi ultérieur de son comportement de navigation aux fins de lui adresser des annonces personnalisées.

- Conformément au considérant 25 de la directive «vie privée et communications électroniques», le fait qu'un utilisateur accepte de recevoir un cookie pourrait également emporter son acceptation des lectures ultérieures du cookie et, partant, du suivi de sa navigation sur l'internet. Il ne serait pas nécessaire de demander le consentement de la personne concernée à chaque lecture du cookie. Cependant, afin que la personne concernée demeure informée du suivi dans le temps, les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient: *i)* limiter la portée du consentement dans le temps; *ii)* offrir la possibilité de révoquer aisément le consentement de la personne concernée à être suivie à des fins de diffusion de publicités comportementales et *iii)* créer un symbole ou un autre outil qui devrait être visible sur tous les sites web où le suivi a lieu (les sites web partenaires du fournisseur de réseau publicitaire). Ce symbole servirait non seulement à rappeler aux utilisateurs le suivi dont ils font l'objet, mais également à vérifier s'ils souhaitent encore être suivis ou s'ils veulent révoquer leur consentement.
- Les fournisseurs de réseaux devraient se conformer aux obligations qu'impose la directive 95/46/CE et qui n'empiètent pas directement sur l'article 5, paragraphe 3, à savoir le principe de limitation des finalités et les obligations liées à la sécurité.
- De surcroît, les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient permettre aux particuliers d'exercer leurs droits d'accès, de rectification et d'effacement. Le groupe de travail est favorable à la pratique adoptée par certains fournisseurs de réseaux publicitaires, qui consiste à offrir aux personnes concernées la possibilité de consulter les catégories de centres d'intérêt qui leur ont été associées, et de les modifier.
- Les fournisseurs de réseaux publicitaires devraient appliquer des politiques de conservation des données qui garantissent que les informations collectées à chaque lecture d'un cookie sont automatiquement supprimées après un délai justifié (nécessaire au traitement). Cela s'applique également aux autres techniques de traçage utilisées pour la publicité comportementale, comme les applets JavaScript installées dans le navigateur web de l'utilisateur.

Fournisseurs de réseaux publicitaires et diffuseurs:

- Pour qu'un consentement soit valable, l'utilisateur doit recevoir des informations parfaitement visibles. En aucun cas la mention de la publicité comportementale dans les conditions générales et/ou dans la politique de confidentialité ne peut suffire. À cet égard, la pratique de la publicité comportementale étant peu connue dans la moyenne, des efforts devraient être déployés pour modifier cette situation.
- Les fournisseurs de réseaux publicitaires et les diffuseurs sont tenus de fournir des informations aux utilisateurs en vertu de l'article 10 de la directive 95/46/CE. Concrètement, ils devraient veiller à ce que les particuliers soient, à tout le moins, informés de l'identité du responsable (entité) du placement du cookie et de la collecte des informations connexes. En outre, les utilisateurs devraient être informés, en termes simples: (a) que le cookie servira à créer des profils; (b) du type d'informations qui seront collectées pour constituer ces profils; (c) que les profils serviront à diffuser des annonces ciblées et (d) que le cookie permettra l'identification de l'utilisateur dans de multiples sites web.
- Les fournisseurs de réseaux publicitaires et les diffuseurs devraient afficher les informations directement sur l'écran, de manière interactive et, si nécessaire, par des messages en couches. En tout état de cause, l'information doit être aisément accessible et extrêmement visible.

- Les icônes placées sur le site web du diffuseur, autour de l'annonce, avec des liens vers des informations supplémentaires, sont de bons exemples. Le groupe de travail invite instamment les fournisseurs de réseaux publicitaires et les diffuseurs à faire preuve de créativité dans ce domaine.

Fait à Bruxelles, le 22 juin 2010

*Pour le groupe de travail
Le président
Jacob KOHNSTAMM*