



**00879/12/FR
WP 194**

**Avis 04/2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains
cookies**

Adopté le 7 juin 2012

Le groupe de travail a été institué 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 C (Droits fondamentaux et citoyenneté de l'Union) de la direction générale «Justice» de la Commission européenne, B-1049 Bruxelles, Belgique, bureau MO-59 06/036.

Site internet (en anglais uniquement): http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm

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

institué par la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995,

vu l'article 29 et l'article 30, paragraphe 1, point a), et paragraphe 3, de ladite directive,

vu son règlement intérieur,

A ADOPTÉ L'AVIS SUIVANT

1 Introduction

L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE telle que modifiée par la directive 2009/136/CE a renforcé la protection des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques en exigeant que le stockage d'informations ou l'obtention de l'accès à des informations dans l'équipement terminal d'un utilisateur (ou abonné) ne soit permis qu'à condition que ce dernier ait donné son consentement informé. Cette exigence s'applique à tous les types d'informations stockées ou accessibles dans l'équipement terminal de l'utilisateur, même si la discussion a essentiellement porté sur l'utilisation de témoins de connexion («cookies») entendus au sens de la définition donnée par la norme RFC6265¹. Par conséquent, le présent avis traite de l'incidence du nouvel article 5, paragraphe 3, sur l'utilisation des cookies, mais ce terme ne doit pas être considéré comme excluant les technologies similaires.

L'article 5, paragraphe 3, permet d'exempter certains cookies de l'obligation de consentement informé s'ils satisfont à l'un des critères suivants:

CRITÈRE A: le cookie *«[vise] exclusivement à effectuer la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques»*.

CRITÈRE B: le cookie est *«strictement [nécessaire] au fournisseur pour la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur»*.

Dans la mesure où le groupe de travail a déjà examiné les exigences relatives au consentement informé de manière détaillée dans deux avis², le présent document vise à analyser les exemptions à ce principe dans le contexte des cookies et des technologies apparentées.

La présente analyse ne préjuge pas du droit d'information et du droit d'opposition consacrés par la directive 95/46/CE, qui s'appliquent au traitement de données à caractère personnel indépendamment de l'utilisation de cookies.

¹ <http://tools.ietf.org/html/rfc6265>

² Avis 2/2010 sur «la publicité comportementale en ligne» et avis 16/2011 sur «le code de bonnes pratiques de l'AEEP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne».

2 Analyse

2.1 Critère A

Par les termes «*visé exclusivement*», le CRITÈRE A limite expressément les types de traitement qui peuvent être effectués au moyen de cookies et ne prête pas à diverses interprétations. Il ne suffit pas qu'un cookie soit utilisé pour faciliter, accélérer ou réguler la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques: son utilisation doit être indispensable à la transmission de la communication. On notera que, dans la version originale de la directive 2002/58/CE, l'article 5, paragraphe 3, prévoyait déjà cette exemption pour les cookies «*visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques*». Le même libellé a été utilisé dans la directive révisée, mais les termes «*ou à faciliter*» en ont été retirés, ce qui pourrait être interprété comme une indication supplémentaire du fait que le législateur européen avait l'intention de restreindre le champ d'application de l'exemption prévue par l'article 5, paragraphe 3, au titre du CRITÈRE A.

Au moins trois éléments peuvent être considérés comme strictement nécessaires à la transmission de communications entre deux parties par la voie d'un réseau:

- 1) la capacité d'acheminer l'information sur le réseau, notamment en identifiant les extrémités de la chaîne de communication;
- 2) la capacité d'échanger les données dans leur ordre prévu, notamment en numérotant les ensembles de données;
- 3) la capacité de détecter les erreurs de transmission ou les pertes de données.

Les termes «*la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques*» figurant dans le CRITÈRE A – et en particulier l'expression «*par la voie*» – doivent s'entendre comme faisant référence à tout type d'échange de données ayant lieu au moyen d'un réseau de communications électroniques (tel que défini par la directive 2002/21/CE), et comprenant potentiellement des données de «niveau d'application», qui présente au moins une des propriétés susmentionnées, sans être limité aux échanges de données techniques nécessaires à l'établissement du réseau de communications électroniques à proprement parler.

Le CRITÈRE A couvre dès lors les cookies qui possèdent au moins une des propriétés définies ci-dessus pour les communications sur l'internet.

2.2 Critère B

De même, le libellé du CRITÈRE B indique que le législateur européen a voulu garantir que les conditions à remplir pour bénéficier de cette exemption restent strictes. Il ressort d'une lecture directe de la directive que, pour être conforme au CRITÈRE B, un cookie doit satisfaire cumulativement aux deux conditions suivantes:

- 1) Le service de la société de l'information a été expressément demandé par l'utilisateur: l'utilisateur (ou l'abonné) a accompli une action positive pour demander un service inscrit dans un cadre clairement défini.

- 2) Le cookie est strictement nécessaire au service de la société de l'information: si les cookies sont désactivés, le service ne fonctionne pas.

Par ailleurs, le considérant 66 de la directive 2009/136/CE souligne que «*[l]es dérogations à l'obligation de fournir des informations et de donner le droit de refus devraient être limitées aux situations dans lesquelles le stockage technique ou l'accès est strictement nécessaire afin d'autoriser légitimement l'utilisation d'un service spécifique explicitement demandé par l'abonné ou l'utilisateur*». En d'autres termes, pour que l'exemption s'applique, un lien doit être clairement établi entre la stricte nécessité du cookie et la fourniture du service explicitement demandé par l'utilisateur.

Or, même selon cette lecture, il reste à définir la portée d'un «*service de la société de l'information explicitement demandé par l'abonné ou l'utilisateur*». Un service de la société de l'information peut se composer de nombreux éléments, dont certains ne sont pas utilisés par l'ensemble des utilisateurs ou sont fournis pour leur commodité. Par exemple, un journal en ligne peut être librement accessible à tous, mais ne fournir des fonctionnalités supplémentaires, comme la possibilité de commenter des articles, qu'aux utilisateurs «connectés». Ces fonctionnalités supplémentaires peuvent à leur tour fonctionner avec leurs propres cookies. Dans ce contexte particulier, le groupe de travail estime qu'un service de la société de l'information doit être considéré comme la somme de plusieurs fonctionnalités et que la portée précise d'un tel service peut donc varier selon les fonctionnalités demandées par l'utilisateur (ou l'abonné).

Par conséquent, le CRITÈRE B peut être redéfini à partir des «fonctionnalités» fournies par un service de la société de l'information. D'après cette définition, un cookie conforme au CRITÈRE B devrait satisfaire aux conditions suivantes:

- 1) un cookie est nécessaire pour fournir une fonctionnalité spécifique à l'utilisateur (ou à l'abonné): si les cookies sont désactivés, la fonctionnalité ne sera pas disponible;
- 2) cette fonctionnalité a été expressément demandée par l'utilisateur (ou l'abonné), en tant que partie intégrante du service de la société de l'information.

2.3 Caractéristiques d'un cookie

On distingue souvent les cookies selon qu'ils présentent les caractéristiques suivantes:

- 1) il s'agit de «cookies de session» ou de «cookies persistants»;
- 2) il s'agit de «cookies tiers» ou non.

Un «cookie de session» est effacé automatiquement lorsque l'utilisateur ferme son navigateur, tandis qu'un «cookie persistant» reste stocké dans son équipement terminal jusqu'à une date d'expiration prédéfinie (qui peut être exprimée en minutes, en jours ou en plusieurs années).

L'expression «cookie tiers» peut être trompeuse:

- Dans le contexte de la protection des données dans l'Union européenne, la directive 95/46/CE définit un tiers comme «*la personne physique ou morale, l'autorité publique, le service ou tout autre organisme autre que la personne concernée, le*

responsable du traitement, le sous-traitant et les personnes qui, placées sous l'autorité directe du responsable du traitement ou du sous-traitant, sont habilitées à traiter les données». Un «cookie tiers» ferait donc référence à un cookie mis en place par un responsable du traitement différent de celui qui exploite le site web consulté par l'utilisateur (tel que défini par l'URL apparaissant dans la barre d'adresse du navigateur).

- En revanche, du point de vue des navigateurs, la notion de «tiers» est seulement définie par la structure de l'URL apparaissant dans la barre d'adresse du navigateur. Dans ce cas, les «cookies tiers» sont les cookies mis en place par des sites web appartenant à un domaine distinct du domaine dont relève le site web consulté par l'utilisateur tel qu'il apparaît dans la barre d'adresse du navigateur, indépendamment du fait que cette entité soit un responsable du traitement distinct ou non.

Bien que ces deux conceptions se recoupent souvent, elles ne sont pas toujours équivalentes. Pour les besoins du présent avis, nous adopterons la première et nous utiliserons l'expression «cookie tiers» pour désigner les cookies mis en place par les responsables du traitement qui n'exploitent pas le site web consulté par l'utilisateur. Inversement, le terme «cookie d'origine» désignera le cookie mis en place par le responsable du traitement (ou par l'un de ses sous-traitants) exploitant le site web visité par l'utilisateur, tel que défini par l'adresse URL affichée habituellement dans la barre d'adresse du navigateur.

Certaines caractéristiques seront prises en considération pour évaluer si un cookie est «*strictement nécessaire*» à un service «*expressément demandé par l'utilisateur*» ou s'il «*visé exclusivement*» une seule finalité, pour reprendre les termes des CRITÈRES A et B.

Un cookie exempté de l'obligation de consentement doit avoir une durée de vie en relation directe avec la finalité pour laquelle il est utilisé et être paramétré de manière à expirer dès qu'il n'est plus nécessaire, compte tenu des attentes raisonnables de l'utilisateur ou de l'abonné moyen. Les cookies conformes aux CRITÈRES A et B seront donc probablement réglés de manière à expirer lorsque la session de navigation prend fin, voire avant. Or, ce n'est pas toujours le cas. Par exemple, dans le scénario du panier d'achats présenté dans la section suivante, un commerçant pourrait régler le cookie de manière à ce qu'il subsiste après la fin de la session de navigation ou pendant quelques heures, pour tenir compte du fait que l'utilisateur pourrait fermer accidentellement son navigateur et s'attendre raisonnablement à retrouver le contenu de son panier d'achats en revenant sur le site web du commerçant quelques minutes plus tard. Dans d'autres cas, l'utilisateur peut demander expressément au service de mémoriser certaines informations d'une session à l'autre, ce qui nécessite l'utilisation de cookies persistants.

En outre, d'après les définitions susmentionnées, les cookies «de tiers» ne sont d'habitude pas «*strictement nécessaires*» à l'utilisateur qui visite un site web, puisqu'ils se rapportent généralement à un service différent de celui qui a été «*expressément demandé*» par ce dernier.

Les cookies de session «d'origine» ont dès lors beaucoup plus de chances que les cookies persistants «de tiers»³ d'être exemptés de l'obligation de consentement. Toutefois, si ces

³ Certaines technologies récentes, souvent appelées «evercookies» ou «cookies zombies», permettent aux cookies de rester de manière permanente sur l'équipement terminal de l'utilisateur malgré le déploiement

caractéristiques peuvent servir de première indication pour déterminer le degré de priorité des mesures de conformité, elles ne suffisent pas en soi à établir si un cookie est conforme au CRITÈRE A ou B. On peut imaginer qu'un cookie soit utilisé pour identifier les utilisateurs qui se connectent à un site web. Ce cookie sert à garantir que l'utilisateur ne puisse avoir accès qu'au contenu qu'il est autorisé à consulter. Un cookie semblable peut être utilisé pour identifier et pister les utilisateurs sur l'ensemble d'un domaine et pour leur transmettre un contenu personnalisé ou des publicités sur la base du profil détenu par l'opérateur du site web. Ces deux cookies peuvent être de type similaire (c'est-à-dire, de session ou persistants), avoir une date d'expiration semblable ou être gérés par des tiers. Le risque pour la protection des données est inhérent à la ou aux finalité(s) du traitement plutôt qu'aux informations contenues dans le cookie.

En fin de compte, c'est donc la finalité et la mise en œuvre spécifique ou le traitement effectué qui doivent servir de base pour déterminer si un cookie est exempté ou non de l'obligation de consentement au titre du CRITÈRE A ou B.

2.4 Cookies polyvalents

S'il est possible d'utiliser un cookie pour plusieurs finalités, celui-ci ne peut être exempté de l'obligation de consentement que si l'ensemble des différentes finalités pour lesquelles il est utilisé sont individuellement exemptées de cette obligation.

Par exemple, il est possible de créer un cookie qui a un nom ou une valeur unique et peut être utilisé tant pour la mémorisation des préférences de l'utilisateur que pour le pistage. Si la mémorisation des préférences de l'utilisateur peut être considérée, dans certaines circonstances, comme relevant d'une exception (comme le montre l'exemple à la section 3.6), il est très peu probable que le pistage soit conforme au CRITÈRE A ou B. Le site web devra dès lors à nouveau demander le consentement de l'utilisateur pour la finalité du pistage. Dans la pratique, cela devrait inciter les propriétaires d'un site web à utiliser des cookies différents pour chaque finalité distincte.

Comme le groupe de travail l'a déjà souligné dans son avis 16/2012, si un site web utilise plusieurs cookies ou des cookies poursuivant plusieurs finalités, cela n'implique pas qu'il doive présenter une «bannière» distincte ou une demande de consentement distincte pour chaque cookie ou chaque finalité. Un point unique pour l'information et le consentement, présenté de manière claire et exhaustive, suffit dans la plupart des cas.

3 Étude de cas concernant l'utilisation des cookies

La présente section applique les critères relatifs à l'exemption de l'obligation de consentement, que nous venons d'analyser, à des scénarios courants d'utilisation des cookies.

3.1 Cookies alimentés par l'utilisateur

L'expression «cookies alimentés par l'utilisateur» peut être utilisée comme terme générique pour désigner les cookies de session utilisés pour garder la trace des informations saisies par l'utilisateur dans une série d'échanges de messages avec un fournisseur de services de manière cohérente. Il s'agit normalement de cookies d'origine, qui reposent généralement sur

d'efforts raisonnables pour les retirer. Il est très peu probable que ces cookies soient exemptés de l'obligation de consentement dans quelque cas de figure que ce soit.

un identifiant de session (un numéro unique temporaire et aléatoire) et qui expirent au plus tard à la fin de la session.

Les cookies de session d'origine alimentés par l'utilisateur sont en règle générale utilisés pour conserver la trace des informations saisies par l'utilisateur lorsqu'il complète des formulaires en ligne sur plusieurs pages, ou en tant que panier d'achat, pour mémoriser les articles que l'utilisateur a sélectionnés en cliquant sur un bouton (par exemple, «ajouter à mon panier d'achat»).

Ces cookies sont manifestement nécessaires pour fournir un service de la société de l'information expressément demandé par l'utilisateur. En outre, ils sont liés à une action de l'utilisateur (comme le fait de cliquer sur un bouton ou de remplir un formulaire). En tant que tels, ces cookies sont exemptés au titre du CRITÈRE B.

3.2 Cookies d'authentification

Les cookies d'authentification sont utilisés pour identifier l'utilisateur dès qu'il s'est connecté (par exemple, sur un site offrant des services bancaires en ligne). Ces cookies sont nécessaires pour permettre aux utilisateurs de s'identifier lors de leurs visites successives sur le site web et d'accéder au contenu qui leur est autorisé, comme consulter le solde de leur compte, leurs opérations, etc. Les cookies d'authentification sont habituellement des cookies de session. L'utilisation de cookies persistants est également possible, mais ceux-ci ne doivent pas être considérés comme identiques, comme expliqué ci-dessous.

Lorsqu'un utilisateur se connecte, il demande expressément l'accès au contenu ou à la fonctionnalité qui lui est autorisé. Sans l'utilisation d'un jeton d'authentification stocké dans un cookie, l'utilisateur devrait fournir son identifiant et son mot de passe lors de chaque demande d'accès à une page. Par conséquent, cette fonctionnalité d'authentification est un élément essentiel du service de la société d'information qu'il demande expressément. En tant que tels, ces cookies sont exemptés au titre du CRITÈRE B.

Il importe toutefois de noter que l'utilisateur a uniquement demandé l'accès au site et à la fonctionnalité spécifique pour exécuter la tâche qu'il souhaite. L'acte d'authentification ne peut être envisagé comme une occasion d'utiliser le cookie à d'autres finalités secondaires, comme l'observation du comportement ou la publicité non sollicitée.

Les cookies de connexion persistants qui stockent un jeton d'authentification d'une session de navigation à l'autre ne sont pas exemptés au titre du CRITÈRE B. Cette distinction est importante parce que l'utilisateur peut ne pas être pleinement conscient du fait que la fermeture du navigateur n'effacera pas ses paramètres d'authentification. Il peut revenir sur le site web en pensant être anonyme alors qu'en fait, il est toujours connecté au service. La méthode courante consistant à placer près du formulaire une case à cocher et une simple note d'information telle que «se souvenir de moi (utilisation de cookies)» constituerait un moyen approprié d'obtenir le consentement de l'utilisateur, ce qui supprimerait la nécessité d'appliquer une exception dans ce cas de figure.

3.3 Cookies de sécurité centrés sur l'utilisateur

L'exemption applicable aux cookies d'authentification au titre du CRITÈRE B (décrite ci-dessus) peut s'étendre à d'autres cookies mis en place dans le but spécifique de renforcer la sécurité du service expressément demandé par l'utilisateur. C'est le cas, par exemple, des

cookies utilisés pour détecter plusieurs tentatives infructueuses de connexion à un site web ou d'autres dispositifs visant à protéger le système de connexion contre les utilisations abusives (bien que cette protection puisse s'avérer faible dans la pratique). Cette exemption ne couvrirait toutefois pas l'utilisation de cookies se rapportant à la sécurité des sites web ou aux services de tiers qui n'ont pas été expressément demandés par l'utilisateur.

Si les cookies de connexion sont généralement paramétrés de manière à expirer à la fin d'une session, les cookies garantissant la sécurité de l'utilisateur sont en revanche censés avoir une durée de vie plus longue pour remplir leur objectif de sécurité.

3.4 Cookies de session créés par un lecteur multimédia

Les cookies de session créés par un lecteur multimédia sont utilisés pour stocker les données techniques nécessaires pour reproduire du contenu visuel ou auditif, telles que la qualité de l'image, la vitesse de liaison réseau et les paramètres de mise en mémoire tampon. Ces cookies de session multimédias sont communément appelés des «cookies flash», la technologie vidéo la plus utilisée sur l'internet actuellement étant Adobe Flash. Comme ces informations ne sont pas nécessaires à long terme, ces cookies devraient expirer dès que la session prend fin.

Lorsque l'utilisateur visite un site web présentant des contenus vidéo et textuels apparentés, ces deux formes de contenu font partie intégrante d'un service expressément demandé par l'utilisateur. La fonction d'affichage vidéo est donc conforme au CRITÈRE B.

Comme souligné à la section 3.2, pour bénéficier de l'exemption, les opérateurs de site web doivent éviter d'inclure, dans les cookies «flash» ou autres, des informations supplémentaires qui ne sont pas strictement nécessaires à la lecture du contenu multimédia.

3.5 Cookies de session d'équilibrage de charge

L'équilibrage de la charge est une technique permettant de répartir le traitement des demandes adressées à un serveur web sur un groupe de machines plutôt que sur une seule. L'une des techniques utilisées pour équilibrer la charge repose sur un «équilibreur de charge»: les demandes web des utilisateurs sont dirigées vers une passerelle d'équilibrage de charge qui les transfère vers un des serveurs internes disponibles au sein du groupe. Dans certains cas, cette réorientation doit subsister pendant une session: toutes les demandes émanant d'un utilisateur donné doivent toujours être transférées au même serveur du groupe afin d'assurer la cohérence du traitement. Parmi les différentes techniques figurent l'utilisation de cookies pour identifier le serveur dans le groupe afin de permettre à l'équilibreur de charge de réorienter les demandes de manière appropriée. Il s'agit là de cookies de session.

Les informations contenues dans le cookie visent exclusivement à identifier une des extrémités de la chaîne de communication (à savoir, un des serveurs du groupe) et sont donc nécessaires pour effectuer la communication par la voie du réseau. En tant que tels, ces cookies sont exemptés au titre du CRITÈRE A.

3.6 Cookies de personnalisation de l'interface utilisateur (IU)

Les cookies de personnalisation de l'interface utilisateur sont utilisés pour stocker les préférences d'un utilisateur concernant un service fourni sur plusieurs pages web et sans lien avec d'autres identifiants permanents tels que le nom d'utilisateur. Ils ne sont mis en place

que si l'utilisateur a expressément demandé au service de mémoriser certaines informations, par exemple en cliquant sur un bouton ou en cochant une case. Ils peuvent être limités à une session ou durer plusieurs semaines ou plusieurs mois, selon leur finalité.

Les exemples typiques de cookies de personnalisation sont:

- les cookies relatifs à la préférence linguistique, utilisés pour mémoriser la langue choisie par l'utilisateur sur un site web multilingue (par exemple, en cliquant sur un «drapeau»);
- les cookies relatifs à la préférence d'affichage des résultats, utilisés pour mémoriser la préférence de l'utilisateur concernant les recherches d'informations en ligne (par exemple, en sélectionnant le nombre de résultats par page).

Ces fonctionnalités de personnalisation sont donc expressément autorisées par l'utilisateur d'un service de la société de l'information (par exemple, en cliquant sur un bouton ou en cochant une case), bien qu'en l'absence d'informations supplémentaires, l'intention de celui-ci ne puisse pas être interprétée comme une préférence pour la mémorisation de ce choix pendant une durée plus longue qu'une session de navigation (ou n'excédant pas quelques heures de plus). Par conséquent, seuls les cookies de session (ou de courte durée) enregistrant ce genre d'informations sont exemptés au titre du CRITÈRE B. L'ajout d'informations supplémentaires à un endroit bien visible (par exemple, la mention «utilise des cookies» à côté du drapeau) suffirait à valider le consentement de l'utilisateur pour que sa préférence soit mémorisée pendant plus longtemps, ce qui supprimerait la nécessité d'appliquer une exception dans ce cas.

3.7 Cookies de modules sociaux de partage de contenu

De nombreux réseaux sociaux proposent des «modules sociaux» que les opérateurs de site web peuvent intégrer à leur plate-forme, notamment pour permettre aux utilisateurs des réseaux sociaux de partager le contenu qu'ils aiment avec leurs «amis» (et proposer d'autres fonctionnalités, comme la publication de commentaires). Ces modules d'extension stockent et consultent des cookies dans l'équipement terminal de l'utilisateur pour permettre au réseau social d'identifier ses membres lorsqu'ils interagissent au moyen de ces modules.

Lorsque l'on aborde ce type d'utilisation, il importe de distinguer les utilisateurs qui sont «connectés», par l'intermédiaire de leur navigateur, à un compte d'un réseau social particulier, des utilisateurs «non connectés», qui soit ne sont pas membres de ce réseau social, soit se sont «déconnectés» de leur compte.

Comme les modules sociaux sont par définition destinés aux membres d'un réseau social particulier, ils ne sont d'aucun usage pour les non-membres et ne sont donc pas conformes au CRITÈRE B pour ces derniers. Il en va de même pour les membres d'un réseau social qui se sont expressément «déconnectés» de la plate-forme et qui, par conséquent, s'attendent à ne plus y être connectés. Le consentement des non-membres et des membres «déconnectés» est donc nécessaire avant que des cookies tiers puissent être utilisés par les modules sociaux.

Par ailleurs, de nombreux utilisateurs «connectés» s'attendent à pouvoir utiliser et consulter les modules sociaux sur des sites web de tiers. Dans ce cas particulier, le cookie est strictement nécessaire à une fonctionnalité expressément demandée par l'utilisateur et le

CRITÈRE B s'applique. Ces cookies sont des cookies de session⁴: pour remplir leur fonction particulière, ils doivent durer jusqu'à ce que l'utilisateur «se déconnecte» de la plate-forme de son réseau social ou qu'il ferme son navigateur. Les réseaux sociaux qui souhaitent utiliser des cookies à des fins supplémentaires (ou pour une plus longue durée) allant au-delà du CRITÈRE B ont tout le loisir d'informer leurs membres et de recueillir leur consentement sur leur plate-forme.

4 Cookies non exemptés

La présente section rappelle ou clarifie les cas d'utilisation de cookies qui ne relèvent pas de l'exemption accordée en vertu du CRITÈRE A ou B.

4.1 Cookies de modules sociaux de pistage

Comme exposé précédemment, de nombreux réseaux sociaux proposent des «modules sociaux» que les propriétaires de site web peuvent intégrer à leur plate-forme afin d'offrir des services pouvant être considérés comme étant «expressément demandés» par leurs membres. Toutefois, ces modules peuvent également être utilisés pour pister les individus, qu'ils soient membres ou non, au moyen de cookies tiers, à d'autres fins telles que la publicité comportementale, l'analytique ou l'étude de marché, par exemple.

Étant donné qu'ils poursuivent ces finalités, ces cookies ne peuvent être considérés comme «*strictement nécessaires*» à la fourniture d'une fonctionnalité expressément demandée par l'utilisateur. Par conséquent, ces cookies de pistage ne peuvent être exemptés au titre du CRITÈRE B. En l'absence de consentement, il semble peu probable qu'il existe une quelconque base juridique permettant aux réseaux sociaux de collecter, au moyen de modules sociaux, des données sur des non-membres. Par défaut, les modules sociaux ne devraient donc pas mettre en place de cookies tiers dans les pages accessibles aux non-membres. D'autre part, ainsi qu'il a été observé précédemment, les réseaux sociaux ont tout le loisir de recueillir directement le consentement de leurs membres sur leur plate-forme s'ils souhaitent mener ce genre d'activités de pistage, après avoir fourni à leurs membres des informations claires et exhaustives sur ces activités.

4.2 Publicités de tiers

Les cookies tiers utilisés pour les publicités comportementales ne sont pas exemptés de l'obligation de consentement, comme le groupe de travail l'a déjà montré de manière détaillée dans ses avis 2/2010 et 16/2011. Cette exigence s'étend naturellement à tous les cookies opérationnels de tiers utilisés dans les publicités, y compris les cookies utilisés pour la limitation de fréquence, l'historique financier, l'affiliation publicitaire, la détection de la fraude au clic, la recherche et l'analyse de marché, l'amélioration des produits et le débogage, étant donné qu'aucune de ces finalités ne peut être considérée comme étant liée à un service ou à une fonctionnalité d'un service de la société de l'information *expressément demandé par l'utilisateur*, comme l'impose le CRITÈRE B.

À cet égard, le groupe de travail participe activement, depuis le 22 décembre 2011, aux travaux du World Wide Web Consortium (W3C) pour normaliser la technologie et le sens de l'entête «Do Not Track» (Pas de pistage). Étant donné que les cookies contiennent souvent des identifiants uniques qui permettent de suivre le comportement d'un utilisateur dans le

⁴ Il a été démontré à la section 3.2 que les cookies persistants d'authentification ne sont pas exemptés.

temps et d'un site web à l'autre et que ces identifiants peuvent être combinés avec d'autres données d'identification ou identifiables, le groupe de travail s'inquiète de l'exclusion éventuelle de l'entête «Do Not Track» de certains cookies présentés comme nécessaires à certaines fins opérationnelles, à savoir, la limitation de fréquence, l'historique financier, l'audit de tiers, la sécurité, le contenu contextuel, la recherche et l'analyse de marché, l'amélioration des produits et le débogage⁵. Pour que la norme «Do Not Track» contribue à ce que les entreprises proposant des cookies à des citoyens européens respectent la réglementation, Do Not Track doit effectivement vouloir dire «*Do Not Collect*» («Pas de collecte») sans exception. Par conséquent, si un utilisateur a exprimé sa préférence de ne pas être pisté (DNT=1), aucun identifiant ne peut être mis en place ou traité à des fins de pistage. Des solutions techniques sont disponibles, et beaucoup d'autres sont en voie d'élaboration, pour appliquer effectivement le principe du respect de la vie privée dès la conception, au niveau tant du navigateur que du serveur, afin d'atteindre les finalités opérationnelles décrites plus haut.

4.3 Analytique d'origine

L'analytique consiste en une série d'outils statistiques qui mesurent la fréquentation des sites web et reposent souvent sur des cookies. Ces outils sont notamment utilisés par les propriétaires de site web pour estimer le nombre de visiteurs uniques, détecter les mots clés les plus utilisés dans les moteurs de recherche qui mènent à une page web ou repérer les problèmes de navigation sur le site web. Les outils d'analytique disponibles actuellement utilisent plusieurs modèles différents de collecte et d'analyse des données, chacun présentant des risques différents au regard de la protection des données. Un système d'analytique d'origine basé sur des cookies «d'origine» présente manifestement d'autres risques qu'un système d'analytique de tiers basé sur des cookies «tiers». Il existe également des instruments qui utilisent des cookies «d'origine» alors que l'analyse est effectuée par une autre partie. Celle-ci est alors considérée comme coresponsable du traitement ou comme sous-traitant selon qu'elle utilise les données à ses propres fins ou que des dispositions techniques ou contractuelles l'en empêchent.

Si ces outils sont souvent considérés comme «strictement nécessaires» aux opérateurs de site web, ils ne sont pas pour autant strictement nécessaires à la fourniture d'une fonctionnalité expressément demandée par l'utilisateur (ou l'abonné). En fait, l'utilisateur peut accéder à toutes les fonctionnalités fournies par le site web lorsque ces cookies sont désactivés. Ces cookies ne sont donc pas concernés par l'exemption définie dans le CRITÈRE A ou B.

Le groupe de travail considère cependant qu'il est peu probable que les cookies d'analyse d'origine présentent un risque pour la vie privée lorsqu'ils sont strictement limités à l'établissement de statistiques agrégées concernant l'origine et lorsqu'ils sont utilisés par des sites web qui fournissent déjà des informations claires sur ces cookies dans leurs dispositions relatives à la protection de la vie privée, ainsi que des garanties adéquates en la matière. Ces garanties devraient comprendre un dispositif facile à utiliser permettant de ne pas participer aux mécanismes de collecte de données et d'anonymisation intégrale qui sont appliqués à d'autres informations identifiables collectées telles que les adresses IP.

À cet égard, si l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE devait être révisé à l'avenir, le législateur européen pourrait ajouter, d'une manière appropriée, un troisième

⁵ <http://www.w3.org/TR/tracking-compliance/>

critère d'exemption de l'obligation de consentement pour les cookies strictement limités à l'établissement de statistiques anonymisées et agrégées concernant le domaine d'origine. L'analytique d'origine doit être clairement distinguée de l'analytique de tiers, qui utilise un cookie tiers ordinaire pour collecter des informations de navigation liées à des utilisateurs sur des sites web distincts, et qui présente un risque nettement plus élevé pour le respect de la vie privée.

5 Résumé et lignes directrices

La présente analyse a démontré que les cookies suivants peuvent être exemptés de l'obligation de consentement informé à certaines conditions s'ils ne sont pas utilisés à d'autres fins:

- 1) les cookies alimentés par l'utilisateur (identifiant de session), pour la durée d'une session, ou les cookies persistants limités à quelques heures dans certains cas;
- 2) les cookies d'authentification, utilisés pour des services authentifiés, pour la durée d'une session;
- 3) les cookies de sécurité centrés sur l'utilisateur, utilisés pour détecter les authentications abusives, pour une durée limitée répétée;
- 4) les cookies de session créés par un lecteur multimédia, tels que les cookies de lecteur flash, pour la durée d'une session;
- 5) les cookies de session d'équilibrage de charge, pour la durée d'une session;
- 6) les cookies persistants de personnalisation de l'IU, pour la durée d'une session (ou une durée légèrement supérieure);
- 7) les cookies de modules sociaux de tiers pour le partage de contenu, pour les membres connectés à un réseau social.

Pour ce qui est des réseaux sociaux, le groupe de travail note cependant que l'utilisation de cookies de modules sociaux de tiers à d'autres fins que la fourniture d'une fonctionnalité expressément demandée par leurs propres membres requiert un consentement, notamment si ces finalités impliquent de pister les utilisateurs d'un site web à l'autre.

Le groupe de travail rappelle que les cookies publicitaires de tiers ne peuvent être exemptés de l'obligation de consentement et précise en outre que le consentement est également nécessaire pour des finalités opérationnelles liées aux publicités de tiers, telles que la limitation de fréquence, l'historique financier, l'affiliation publicitaire, la détection de la fraude au clic, la recherche et l'analyse de marché, l'amélioration des produits et le débogage. Si certaines finalités opérationnelles peuvent certainement distinguer un utilisateur d'un autre, en principe, ces finalités ne justifient pas l'utilisation d'identifiants uniques. Ce point revêt une importance particulière dans le contexte des discussions actuelles concernant la mise en œuvre de la norme «Do Not Track» en Europe.

Cette analyse montre également que les cookies d'analyse d'origine ne sont pas exemptés de l'obligation de consentement, mais qu'ils présentent des risques limités pour le respect de la vie privée, pour autant que des protections suffisantes soient mises en place, notamment en

proposant une information adéquate, la possibilité de se retirer facilement et des dispositifs d'anonymisation intégrale.

Quelques lignes directrices essentielles se dégagent de l'analyse et des cas d'utilisation des cookies exposés dans le présent avis:

- 1) Lorsque l'on applique le CRITÈRE B, il importe d'examiner ce qui est strictement nécessaire du point de vue de l'utilisateur, et non du fournisseur de service.
- 2) Si un cookie est utilisé pour plusieurs finalités, il ne peut être exempté de l'obligation de consentement informé que si chaque finalité distincte bénéficie individuellement de cette exemption.
- 3) Les cookies de session d'origine sont beaucoup plus susceptibles d'être exemptés de l'obligation de consentement que les cookies persistants de tiers. Toutefois, c'est toujours la finalité du cookie, et non l'une de ses caractéristiques techniques, qui doit servir de base pour évaluer si l'exemption peut être appliquée.

Enfin, pour décider si un cookie est exempté du principe du consentement informé, il importe de vérifier avec soin s'il remplit l'un des deux critères d'exemption définis à l'article 5, paragraphe 3, tel que modifié par la directive 2009/136/CE. Si, à l'issue de cette évaluation minutieuse, des doutes subsistent quant à l'applicabilité d'un critère d'exemption, les opérateurs de site web doivent examiner attentivement s'il n'est pas possible, dans la pratique, de recueillir le consentement des utilisateurs d'une manière simple et discrète, en évitant ainsi toute insécurité juridique.

Fait à Bruxelles, le 7 juin 2012

Par le groupe de travail
Le président
Jacob KOHNSTAMM