

Oui aux murs de cookies, mais pas à n'importe quel prix !

Régulièrement interrogée sur le sujet et saisie de nombreuses plaintes, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) a publié le 16 mai 2022 ce qu'elle désigne comme étant des « premiers critères d'évaluation » pour évaluer la légalité de la pratique dite du « cookie wall », dans l'attente d'une législation ou décision de justice au niveau européen qui vienne définitivement trancher la question.



Si vous n'avez que 30 secondes

La pratique dite du « cookie wall », consistant à conditionner l'accès à un service sur Internet (site Internet ou application mobile) à l'installation de cookies ou traceurs sur l'équipement terminal de l'utilisateur, n'est pas par principe illégale.

Toutefois, une telle pratique ne doit pas porter atteinte à la liberté de consentement de l'internaute, qui est une exigence européenne prévue par le RGPD.

Pour que l'internaute consente librement au dépôt de cookies non essentiels avant d'accéder à un service sur Internet, il doit disposer de la possibilité de refuser ces cookies librement, sans subir d'inconvénient majeur.

Cette possibilité de refus implique que l'internaute soit malgré tout en mesure d'accéder au service, moyennant une alternative autre que l'acceptation des cookies. Cette alternative doit, selon la CNIL, être « réelle et équitable » pour que le consentement reste libre. C'est le premier critère de légalité de la pratique.

À défaut, si l'éditeur refuse l'accès à son service en cas de refus par l'internaute des cookies, il doit être en mesure de démontrer, notamment à la CNIL, qu'un autre éditeur propose une telle alternative sans cookie wall. C'est le deuxième critère qui nécessite que l'éditeur prouve qu'il n'existe pas de déséquilibre entre lui et l'internaute de nature à priver ce dernier d'un véritable choix (par exemple : exclusivité de l'éditeur sur les contenus ou services proposés, services essentiels, ou lorsque l'internaute n'a que peu ou pas d'alternatives aux services).

Les alternatives « réelles et équitables » peuvent être payantes (paywall).

Pour approfondir : quelles sont les alternatives « réelles et équitables » proposées par la CNIL ?

[Voir les premiers critères d'évaluation publiés par la CNIL.](#)

Les alternatives « réelles et équitables » seront souvent payantes, pour permettre aux éditeurs de compenser la perte de revenus liés à l'absence de traceurs (notamment publicitaires) par un autre mode de rémunération.

Selon la CNIL, en fonction du mode de consommation du service proposé, ces alternatives peuvent se présenter sous forme d'abonnements, ou encore de porte-monnaie électronique permettant de réaliser des micropaiements pour accéder de façon ponctuelle à un contenu ou un service.

Toutefois, le tarif devra être « raisonnable ». La CNIL ne se prononce pas sur ce qui constitue ou non un tarif raisonnable et ne fixe pas de limites ou plafonds. Il appartient donc à chaque éditeur de site Internet ou d'application mobile de justifier son tarif raisonnable, ce qui laisse évidemment une place importante à l'insécurité juridique.

L'on pourrait toutefois considérer par exemple qu'un abonnement pour quelques euros par mois, sans engagement et avec faculté de résiliation à tout moment serait considéré comme une alternative raisonnable. Pour plus de transparence, l'éditeur est invité à publier son analyse du caractère raisonnable de la contrepartie monétaire proposée.

Il est également possible d'imposer la création d'un compte aux utilisateurs, si une telle obligation est justifiée par des objectifs déterminés et transparents pour l'internaute (par exemple, pour permettre à l'internaute qui a souscrit à un abonnement de pouvoir en bénéficier sur d'autres terminaux).

À noter qu'en cas de refus de l'internaute au dépôt des cookies, l'éditeur devra démontrer que le cookie wall est limité aux finalités qui permettent une juste rémunération du service proposé. Par exemple, le refus des cookies publicitaires ne devrait pas empêcher l'accès gratuit et sans contrepartie aux contenus et services autres que ceux financés par l'utilisation des cookies publicitaires. De la même manière, le refus de consentir aux cookies de personnalisation du contenu, dont la finalité est différente, ne devrait pas empêcher l'accès au contenu du site.

À noter également que, même si l'internaute a refusé le dépôt de cookies et choisi l'alternative proposée par l'éditeur, ce dernier peut demander, au cas par cas, le consentement de l'internaute au dépôt de traceurs imposés pour accéder à un contenu hébergé sur un site tiers (ex : pour visionner du contenu multimédia externe hébergé sur un site tiers, ou accéder aux boutons de partage sur des réseaux sociaux).

Dans ce cas, le consentement de l'utilisateur pourra être recueilli par exemple via une fenêtre dédiée lorsque l'internaute souhaite activer le contenu en question. Une information claire devra alors être fournie à l'internaute, dans cette fenêtre dédiée, incluant en particulier : le fait que l'accès au contenu nécessite le dépôt de cookies ; la ou les finalité(s) des cookies ; un lien vers la politique de confidentialité du fournisseur externe, en français ; la possibilité de retirer aisément et à tout moment son consentement ; les conséquences du refus ou retrait du consentement, y compris l'impossibilité d'accéder au contenu externe.

Les précautions à prendre sont donc les suivantes : ne pas totalement bloquer l'accès au site Internet ou à l'application mobile, s'assurer que des alternatives payantes raisonnables soient proposées pour accéder aux services et contenus financés par l'utilisation des cookies, et informer les internautes des conséquences de leur refus.

Rappel historique du contexte

La CNIL avait initialement rappelé, [dans ses lignes directrices du 4 juillet 2019](#) qui visaient à synthétiser le droit désormais applicable, la position du CEPD (Comité européen de la protection des données) selon laquelle « *la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi (« cookie walls ») n'est pas conforme au RGPD* », et ce pour défaut de consentement libre, « *les utilisateurs [n'étant pas] en mesure de refuser le recours à des traceurs sans subir des conséquences négatives (en l'occurrence l'impossibilité d'accéder au site consulté)* ».

Le Conseil d'État, [dans un arrêt du 19 juin 2020](#) a partiellement annulé la délibération portant adoption de ces lignes directrices. Le Conseil d'État en effet considéré que la CNIL, en affirmant « *que la validité du consentement est soumise à la condition que la personne concernée ne subisse pas d'inconvénient majeur en cas d'absence ou de retrait de son consentement, un tel inconvénient majeur pouvant consister, selon elle, dans l'impossibilité d'accéder à un site Internet, en raison de la pratique des « cookies walls »* », avait déduit une interdiction générale et absolue de la seule exigence d'un consentement libre posée par le RGPD, et excédé ainsi ce qu'elle pouvait faire dans le cadre d'un instrument de droit souple. Le Conseil d'État en a conclu que la délibération adoptant lesdites lignes directrices était, dans cette mesure, entachée d'illégalité.

Le Conseil d'État a donc considéré que l'exigence d'un consentement libre ne pouvait justifier une interdiction générale de la pratique des murs de cookies, la liberté du consentement devant être appréciée au cas par cas en tenant compte notamment de l'existence d'alternatives réelles et satisfaisantes en cas de refus de cookies.

À la suite de cet arrêt, la CNIL a ajusté ses lignes directrices [le 17 septembre 2020](#) pour tirer les conséquences de l'arrêt du Conseil d'État. Elle a ainsi estimé que « *le fait de subordonner la fourniture d'un service ou l'accès à un site web à l'acceptation d'opérations d'écriture ou de lecture sur le terminal de l'utilisateur (pratique dite de « cookie wall ») est susceptible de porter atteinte, dans certains cas, à la liberté du consentement* », précisant que la licéité de cette pratique devait être appréciée au cas par cas.

Les premiers critères d'évaluation sont publiés par la CNIL le 16 mai 2022 dans le prolongement de ces lignes directrices.

La CNIL a appelé à plusieurs reprises le législateur européen à fixer des règles plus précises en la matière dans le futur règlement ePrivacy, en cours d'élaboration.

L'ÉQUIPE DROIT IT/IP/DATA DE LEXCASE



Iliana BOUBEKEUR

Avocate associée

iboubekeur@lexcase.com



Guillaume BUSSEUIL

Collaborateur

gbusseuil@lexcase.com



Manon FAUCHER

Collaborateur

mfaucher@lexcase.com