



Obsolète

Recommandation n° 01/2015 du 4 février 2015

Objet : recommandation d'initiative concernant l'utilisation des cookies (CO-AR-2012-004)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après la « Commission ») ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après la « LVP »), en particulier l'article 30 ;

Vu le rapport de Monsieur Eric Gheur ;

Émet, le 4 février 2015, la recommandation suivante :

A. Objet et contexte de la recommandation

1. Lorsqu'un internaute se connecte sur Internet, il échange des messages électroniques avec un serveur connecté sur la « toile ». Ces messages comportent des entêtes nécessaires au bon déroulement du dialogue. Ces entêtes comportent notamment des « mini-fichiers » qui peuvent être stockés et traités tant sur le poste de travail de l'internaute (le visiteur) que sur le serveur du site visité. Ces fichiers sont en principe anonymes mais peuvent contenir des données personnelles ou être associés à des identifiants comme l'adresse IP (adresse réseau du poste de travail utilisée dans la communication Internet) et deviennent alors des données à caractère personnel dont les traitements sont soumis à la LVP.
2. Suite aux évolutions technologiques, de nouvelles possibilités sont exploitées par les concepteurs de sites : l'usage de ces cookies a été étendu à de nouvelles fins, comme le stockage des paniers d'achat. D'autre part, les fonctionnalités propres aux cookies peuvent aussi être réalisées par d'autres fonctions techniques qui en étendent les possibilités initiales.
3. Ces extensions de fonctions techniques présentent des risques certains au regard de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel et suscitent des inquiétudes de la part des internautes. Ces inquiétudes ont justifié du Groupe de l'article 29¹ plusieurs avis².
4. Suite aux nombreuses demandes, la Commission publie les présentes considérations en les particularisant aux différents acteurs intervenant dans les processus Internet.
5. La recommandation s'adresse à un large public : visiteurs de sites, juristes, informaticiens, chefs d'entreprise, personnes jeunes et plus âgées,... Pour faciliter la compréhension générale, la Commission a délibérément choisi de s'exprimer de manière plus commune, plus intuitive, avec le risque de se voir reprocher un manque de rigueur ou la présence de redondances. Pour les personnes plus spécialisées, la Commission a joint 3 rapports détaillés qui devraient donner les réponses aux questions qui leur seraient spécifiques :
 - I. Les définitions, le contexte et des considérations générales
 - II. Le cadre juridique avec une série de recommandations

¹ Groupe de travail consultatif sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel réunissant les autorités de contrôle européennes et institué par l'article 29 de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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, version consolidée officielle disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:FR:PDF>.

² Cf. Avis 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf ; Avis 16/2011 du 8 décembre 2011 sur le code de bonnes pratiques de l'AEPP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp188_fr.pdf. V. également le Working Document 02/2013 du 2 octobre 2013 providing guidance on obtaining consent for cookies : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf.

III. Les considérations pratiques et techniques

B. Les définitions

B.1 Les cookies et leur usage actuel

6. A l'origine et pour faciliter l'établissement de liens entre des messages successifs échangés entre un visiteur et le serveur du site, des mini-fichiers appelés cookies étaient associés à l'entête du message et stockés provisoirement sur le poste de travail du visiteur. Les cookies font l'objet d'une description normalisée (RFC 6265).
7. Depuis, ces cookies ont aussi été utilisés à d'autres fins et leurs fonctions peuvent être prises en charge par d'autres techniques ou par d'autres types de fichiers que par ceux visés par la norme RFC 6265.
8. La distinction entre les cookies et les autres mini-fichiers devient donc difficile, mais tous ces mini-fichiers sont soumis aux mêmes règles découlant de la LVP.
9. La présente recommandation adresse donc tous les mini-fichiers qui sont stockés provisoirement dans le poste de travail du visiteur ou sur le serveur du site et qui contiennent des extraits des informations véhiculées ou générées lors des échanges de messages et constituent en quelque sorte des traces du dialogue établi. Dans le cadre de cette recommandation, ces différents cookies et autres mini-fichiers seront dénommés globalement par le nom « métafichiers ».

B.2 Les acteurs

10. La mise en œuvre d'un site Internet met en présence plusieurs acteurs qui ont des rôles et des responsabilités différents.

Le propriétaire du site

11. Le propriétaire du site est la personne physique ou morale qui définit les finalités du site et assure elle-même ou en sous-traitance le développement du site, son hébergement et son administration.

Le visiteur du site

12. Le visiteur est l'internaute qui au départ de son poste de travail, sa tablette ou son smartphone consulte un site et dialogue avec le serveur du site pour échanger des informations aux fins les plus diverses.

L'éditeur du site

13. L'éditeur est la personne ou le groupe de personnes qui créent le logiciel nécessaire pour les fonctions du site et le mettent à disposition du propriétaire du site. Ce sont des personnes qui sont des membres du personnel du propriétaire du site ou qui agissent en sous-traitance.

Le gestionnaire du site

14. Le gestionnaire du site assure la gestion quotidienne du site, en extrait éventuellement des informations pour le propriétaire du site et en assure une surveillance générale. Ce sont des personnes qui sont des membres du personnel du propriétaire du site ou qui agissent en sous-traitance³.

L'hébergeur du site

15. L'hébergeur est la personne physique ou morale qui gère l'infrastructure nécessaire, y compris la connexion à la toile Internet. Il peut proposer un service mutualisé en mettant des serveurs à disposition et en assurant lui-même la gestion technique. Il peut proposer aussi un service dédié : le serveur est mis à disposition du gestionnaire qui en assure toute la gestion et la maintenance des logiciels. L'hébergeur peut être le propriétaire du site lui-même, un sous-traitant ou un opérateur public (fournisseur d'accès à Internet – FAI).

L'annonceur

16. L'annonceur est une personne physique ou morale qui loue un espace publicitaire sur des pages du site d'un tiers. L'annonceur peut aussi être un agent publicitaire regroupant plusieurs clients et plaçant des publicités de manière aléatoire ou selon une logique quelconque.
17. La publicité peut être un encart simplement affiché, un bouton activant une fonction, une bannière animée ou non ou tout autre forme de message.

³ Pour la présente recommandation, le concept de gestionnaire de site recouvre des fonctions plus spécialisées comme l'administration des serveurs, l'administration des bases de données ou l'administration des réseaux concernés.

C. Les principes juridiques élémentaires de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel

C.1 Les données à caractère personnel et leur traitement

18. Une donnée à caractère personnel est une information qui peut être mise en relation, directe ou indirecte, avec une personne physique (article 1, § 1^{er} de la LVP) : un nom, la photo d'un groupe de personnes, le numéro d'immatriculation d'un véhicule. Les cookies sont en principe anonymes. Mais ces cookies et autres mini-fichiers (tout métafichier intervenant dans une communication) peuvent contenir des données à caractère personnel ou être facilement associés à une adresse IP⁴ (pour rappel, il s'agit de l'adresse réseau du poste de travail utilisée dans la communication Internet). Ce sont alors des données à caractère personnel. Plus généralement, toute information stockée sur le poste de travail du visiteur est susceptible d'être considérée comme une donnée à caractère personnel si elle est rendue accessible au code (logiciel) de la page visitée⁵.
19. Ces données personnelles ne peuvent être traitées que dans les conditions limitatives de la LVP. Au sens de cette loi, un traitement est tout ensemble d'opérations sur les données comme le fait de les créer, les stocker en un endroit, les consulter, les transférer dans un réseau, les communiquer à des tiers, les utiliser dans des calculs, les effacer, etc.

C.2 Légitimité d'un traitement de données à caractère personnel

20. Tout traitement de données à caractère personnel, quel que soit le mode de réalisation technique (par des cookies ou par d'autres techniques) n'est légitime et donc autorisé par la loi que s'il rentre dans l'un des cas prévus par la loi (article 5 de la LVP). En l'espèce le traitement des métafichiers doit répondre à l'une des trois conditions suivantes⁶ :
- être couvert par un consentement indubitable de la personne concernée ;
 - être nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ;

⁴ Les besoins grandissants du nombre de connexions nécessitent le passage du système d'adressage IP au système IPV6. Chaque connexion se voit alors attribuer une adresse unique, avec un risque accru des possibilités d'identification des visiteurs.

⁵ La CNIL propose de faire l'expérience de ce qu'un site peut connaître de vous en le visitant : <http://www.cnil.fr/vos-droits/vos-traces/experience/>.

⁶ La LVP autorise encore les traitements dans d'autres cas mais qui ne sont rencontrés que de manière exceptionnelle dans le cadre de l'objet de la présente recommandation.

- être nécessaire à la réalisation d'un intérêt légitime pondéré du responsable du traitement, comme le traçage des communications visant à analyser de manière anonyme les incidents de communication⁷.

21. L'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après la « LCE ») impose par ailleurs le consentement préalable obligatoire du visiteur du site dès que des métafichiers sont stockés ou lus sur son poste de travail.

22. Le traitement de données sensibles comme des données de santé ou à caractère idéologique est en principe interdit⁸ et ne devrait en aucun cas avoir lieu dans le cadre des cookies et autres mini-fichiers visés par la présente recommandation.

C.3 Le consentement indubitable

23. Le consentement au sens de la LCE correspond au consentement au sens de la LVP. L'article 1^{er}, §8 et 5, a) de la LVP précise que ce consentement doit notamment être :

- indubitable : le consentement doit être une marque de volonté de la personne, explicite ou implicite (par un comportement actif comme un clic sur un bouton ou un lien par exemple) ; il ne peut être tacite. Le responsable de traitement doit pouvoir prouver qu'il ne traite les données qu'après avoir obtenu ce consentement.
- spécifique : la finalité (le pourquoi) du traitement doit être précisé. On ne peut collecter des données à caractère personnel pour n'importe quoi ou « au cas où » elles seraient utiles.

24. Le consentement n'est valide que si la personne est suffisamment informée de manière préalable : les données utilisées, les personnes à qui elles sont communiquées, les traitements effectués, la manière de contacter le responsable du traitement, les possibilités de corriger les données personnelles erronées, etc. Si le comportement du visiteur du site est utilisé comme consentement, celui-ci doit en être clairement informé (avant le dépôt ou la lecture des cookies).

25. Le consentement n'est jamais d'une durée illimitée : la personne doit pouvoir retirer son consentement à tout moment. Tout nouveau traitement sur ces données devient alors illicite. Le responsable du traitement doit alors effacer les données correspondantes sur le poste de travail ou donner au visiteur le moyen d'effacer ces données de son poste de travail ; les données

⁷ Cette finalité légitime est explicitée dans le rapport juridique et illustrée par d'autres exemples, notamment dans le rapport technique.

⁸ Articles 6 à 8 de la LVP.

stockées par le site visité ou encore mémorisées par le responsable du traitement doivent aussi être effacées⁹.

26. Le consentement défini par la LVP ne concerne que le traitement de données à caractère personnel et donc, le cas échéant, les cookies et autres métafichiers. La LCE étend l'exigence du consentement pour le stockage sur le poste de travail du visiteur de certains cookies, même si ce ne sont pas des données à caractère personnel.

C.4 L'information préalable

27. L'article 129, alinéa 1^{er}, 1^o de la LCE rappelle l'obligation prévue à l'article 9 de la LVP de tout responsable du traitement de fournir un certain nombre d'informations relatives au traitement à la personne concernée. Elle l'étend au stockage de certains cookies sur le poste de travail du visiteur de site même si des données à caractère personnel ne sont pas traitées.
28. Ces informations doivent être fournies de manière claire et précise et de la façon la plus conviviale possible.

C.5 Le caractère international des sites Internet

29. Tous les pays de l'Union européenne disposent d'une législation transposée de la directive européenne sur la protection des données personnelles¹⁰ (ci-après la « directive sur la protection des données personnelles »). En Belgique, il s'agit de la LVP. Tout responsable de traitement établi en Europe est donc rigoureusement soumis aux mêmes règles, indépendamment du lieu d'hébergement du site.
30. Les organismes qui ne sont pas établis de manière permanente sur le territoire de l'Union européenne sont soumis à la LVP dès lors qu'ils utilisent des moyens situés sur le territoire belge, à savoir les cookies stockés et accédés sur le poste de travail des internautes belges.

C.6 Le cadre légal des communications électroniques

⁹ Ceci n'empêche pas que les traitements couverts par le consentement et encore en cours restent autorisés. Un traitement statistique, par exemple, peut être différé et concerner licitement des données acquises avant le retrait du consentement. Les données acquises avant le retrait peuvent être conservées le temps nécessaire pour le traitement couvert par le consentement et donc licite. En fin du traitement licite, ces données doivent être effacées.

¹⁰ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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, version consolidée officielle disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:FR:PDF>.

31. La LCE s'adresse plus spécifiquement aux opérateurs publics. Toutefois, son article 129 concrétise les principes de la LVP pour toute communication électronique effectuant un stockage d'informations sur le poste de travail du visiteur. Il impose notamment un consentement préalable pour certains cookies, également si ce ne sont pas des données à caractère personnel.

D. Les responsabilités et les recommandations

D.1 Le propriétaire du site

32. Le propriétaire du site est le responsable final de toute utilisation des métafichiers créés et traités par son site. Il est aussi responsable des informations transmises et stockées sur le poste de travail du visiteur et qui pourraient être accédées par des tiers (d'autres sites) et traitées frauduleusement.

Recommandations :

33. Le propriétaire doit encadrer l'utilisation des métafichiers et autres traces des dialogues et les traitements ultérieurs par des instructions appropriées adressées aux éditeurs et aux gestionnaires des sites. Ceci peut se faire par une politique de sécurité spécifique qui lie ces derniers ou plus généralement par un règlement de travail, par des engagements individuels, par des conventions ou des contrats notamment de sous-traitance conformes aux dispositions de l'article 16 de la LVP.
34. Avant toute utilisation ou stockage de métafichiers ou de traces sur le poste de travail du visiteur, le propriétaire doit obtenir le consentement indubitable du visiteur lorsque les types de métafichiers utilisés l'exigent. Ce consentement sera de préférence nuancé par type de métafichier et doit pouvoir être retiré. C'est notamment le cas pour :
- les métafichiers à finalité de pistage ou traçage ;
 - les métafichiers à finalité de partage de contenu.
35. Le propriétaire doit informer le visiteur sur tous les types de métafichiers qu'il stocke sur le poste de travail de celui-ci, par une « politique des cookies » facilement accessible depuis la page d'accueil. Il doit aussi informer le visiteur sur les moyens d'effacer les traces et de ne plus y être confronté à l'avenir (action correspondant au retrait du consentement).
36. Le propriétaire ne mettra à disposition des espaces publicitaires, gratuitement ou contre paiement, qu'après avoir conclu une convention soumettant la réutilisation des données

véhiculées par les métafichiers aux dispositions de la LVP et de la présente recommandation. Conformément à l'article 15bis, le propriétaire est responsable des éventuelles infractions commises par l'annonceur ou le réseau publicitaire, sauf s'il peut prouver que le fait ne lui est pas imputable. Le caractère limitatif des clauses du contrat au regard de la portée du consentement des visiteurs sera donc déterminant pour établir sa responsabilité.

37. Le propriétaire informera dûment le visiteur et obtiendra de lui le consentement spécifique pour les cookies et autres métafichiers dont il peut ne pas maîtriser la réutilisation. Cela peut être le cas notamment pour certains annonceurs hors Europe ou les réseaux sociaux. Les cookies, métafichiers, boutons de contrôle ou autres dispositifs actifs ne pourront être activés avant ce consentement spécifique.

D.2 Le visiteur du site¹¹

Recommandations :

38. Le visiteur agira avec la circonspection nécessaire, par exemple en ne donnant un consentement automatique aux cookies qu'en connaissance des conséquences potentielles, par exemple après avoir pris connaissance de la « Politique relative aux cookies » publiée sur le site.
39. Le visiteur sera particulièrement prudent pour les sites situés hors Europe et gérés par des organismes étrangers et pour lesquels les données à caractère personnel pourraient ne pas être protégées adéquatement.
40. Le visiteur s'abstiendra de communiquer toute donnée à caractère personnel qui serait excessive ou non pertinente au regard des finalités de la visite sur le site.

D.3 L'éditeur du site

41. L'éditeur du site est responsable de la manière dont il conçoit l'utilisation et le traitement des métafichiers et il doit en informer le responsable du traitement. Ces traitements doivent être conformes à la loi et aux instructions du propriétaire du site.

¹¹ Dans des cas plus rares et non examinés dans le cadre de cette recommandation, les visiteurs peuvent être des systèmes programmés pour la consultation de sites tiers en traitant les données recueillies et en mettant ces résultats à la disposition des utilisateurs au sein de l'entreprise.

Recommandations :

42. L'éditeur doit prévoir un accès facile à la politique relative aux cookies, dès la page d'accueil, par exemple par un lien en bas de page (« Politique relative aux cookies », « politique en matière de vie privée », « Informations légales », ...). Les traitements par le site doivent être conformes à cette politique.
43. Le choix des cookies, leurs traitements et la politique de cookies feront l'objet d'une concertation avec le responsable du traitement qui en assume la responsabilité finale.
44. Les dialogues seront conçus pour n'utiliser des cookies nécessitant le consentement qu'après en avoir dûment informé le visiteur et avoir obtenu de celui-ci son consentement indubitable. Ceci impose en particulier que les boutons des réseaux sociaux ou autres bannières publicitaires n'apparaissent pas directement sur la page d'accueil. De manière plus générale, l'éditeur n'utilisera des fonctions qui impliquent l'accès automatique à des sites tiers qu'avec les précautions nécessaires, notamment l'obtention du consentement spécifique avant que ces fonctions ne soient actives.
45. Les cookies et autres traces des dialogues qui constituent des données à caractère personnel ne seront conservés que le temps nécessaire et effacés dès que possible¹². Les traitements ultérieurs sur ces données, comme les statistiques, ne se feront que sur des données anonymisées ou dans les conditions précisées par l'article 4 de la LVP et le chapitre II de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP.
46. Les logiciels et la gestion du site seront conçus pour que les données à caractère personnel ne soient accessibles que par les personnes autorisées, en conformité avec l'article 16 de la LVP.
47. Pour obtenir le consentement, l'éditeur du site choisira l'une des solutions suivantes, le contexte spécifique déterminant la solution la plus conviviale pour le visiteur :
- un menu spécifique permettant de cocher les finalités pour lesquelles les cookies sont acceptés.
 - un bouton de consentement (lorsque qu'un seul type de cookies nécessite ce consentement). Par exemple, le bouton « envoi » lors de l'identification comme membre pour accéder à des parties réservées du site constitue le consentement pour le traitement des données liées à cet enregistrement et nécessaires à la poursuite du dialogue.

¹² L'effacement d'un cookie se fait par la réécriture du cookie avec une durée avant péremption de 0 : le cookie est alors effacé en fin de session par le navigateur, sauf exceptions. Si la session se clôture anormalement, le serveur du site n'est plus en mesure d'effacer les cookies du poste de travail.

48. Il veillera à ce que les bannières et boutons des réseaux sociaux ne soient à tout le moins activés qu'en cas de poursuite de la navigation (« further browsing »). Sous certaines conditions, la Commission accepte que la poursuite de la navigation puisse être considérée comme un comportement actif par lequel l'utilisateur signifie son consentement (v. le dossier II, chapitre 10.2)

D.4 Le gestionnaire du site

49. Le gestionnaire du site n'agira que sur instructions du propriétaire du site, sa responsabilité personnelle sera engagée pour toute initiative non prévue dans les instructions, qu'elles résultent d'un règlement de travail ou d'un contrat de sous-traitance.

Recommandations :

50. Le gestionnaire ne traitera les données à caractère personnel que selon les instructions du propriétaire du site et en conformité avec les conditions fixées par la LVP. Il ne communiquera des données à caractère personnel qu'aux personnes autorisées par le propriétaire du site. Ceci concerne tant les cookies et mini-fichiers que les différentes traces et logs générés par les logiciels et systèmes et les informations fournies ou créées par le dialogue.
51. Le gestionnaire du site vérifiera régulièrement que les données à caractère personnel sont anonymisées et effacées en temps utile, y compris pour ce qui concerne les cookies et autres mini-fichiers qui seraient stockés sur le serveur.
52. Le gestionnaire n'exploitera les traces mises à sa disposition par l'hébergeur que dans les conditions de la LVP, en principe de manière anonymisée ou sur instructions du propriétaire du site.

D.5 L'hébergeur – opérateur public

53. L'hébergeur qui est un opérateur public au sens de la LCE est soumis aux conditions de cette loi en sus des règles générales définies par la LVP. L'hébergeur devient normalement le responsable du traitement de données à caractère personnel supplémentaires nécessaires au fonctionnement du service.

Recommandations :

54. Comme opérateur public, il doit, notamment, avertir les utilisateurs des risques et incidents liés à ses services.
55. Pour l'hébergement du site, il agit comme sous-traitant au sens de l'article 16 de la LVP. Ceci implique en particulier qu'il ne puisse accéder aux données à caractère personnel (contenu des fichiers). Ceci ne l'empêche pas de scanner tout fichier à des fins de sécurité ni de gérer les copies de sauvegarde ou autres manipulations de fichiers justifiées par la gestion de l'hébergement.
56. L'hébergeur peut mettre à disposition du gestionnaire du site des traces de l'activité du site (statistiques, logs, ...); ces traces peuvent être des données à caractère personnel. La Commission recommande que l'accès à ces données, généralement des données à caractère personnel, soit soumis à l'avertissement préalable que ces données ne peuvent être traitées que conformément à la LVP. Cet avertissement devrait se faire dans une forme plus concrète et plus explicite que la seule référence à la législation.
57. Les contrats standards proposés par les opérateurs publics doivent préciser les responsabilités respectives, par exemple en précisant la qualité de sous-traitant de l'hébergeur pour ce qui concerne le contenu du site et la mise à disposition des traces (logs).

D.6 L'hébergeur – non opérateur public

58. L'hébergeur qui n'est pas reconnu comme opérateur public par la LCE, agit comme sous-traitant du propriétaire du site, au sens de l'article 16 de la LVP. L'hébergeur devient normalement le responsable du traitement de données à caractère personnel supplémentaires, nécessaires au fonctionnement du service.

Recommandation :

59. Si l'hébergeur n'est pas le propriétaire du site lui-même, il doit conclure une convention ou un contrat écrit de sous-traitance conforme aux exigences de l'article 16 de la LVP.

D.7 Le publicitaire

60. Le publicitaire (annonceur ou réseau publicitaire) est le responsable du traitement des données à caractère personnel qui lui seraient communiquées par le site visité.

Recommandation :

61. Il exigera un contrat écrit fixant les finalités et les conditions de réutilisation des données à caractère personnel afin de permettre à l'éditeur du site de prévoir dans la conception du site la possibilité d'obtenir les consentements nécessaires.

Remarque :

En Belgique, les annonceurs et publicitaires sont pour la plupart affiliés à des associations professionnelles qui leur imposent des codes de conduite¹³ et une surveillance sur le bon respect de la législation en matière de direct marketing (pour plus de précisions, voir notamment la recommandation n° 02/2013 du 30 janvier 2013 relative au marketing direct¹⁴). Ces annonceurs sont donc, en principe, de confiance. Il existe des mécanismes de surveillance analogue au niveau européen et dans la plupart des pays de l'Union européenne.

PAR CES MOTIFS,

La Commission recommande que chaque acteur respecte les principes de protection de la vie privée qui le concernent et, le cas échéant, les appliquent selon les règles de l'art, par exemple par une politique de cookies par laquelle il se conforme à la norme du bon père de famille

Pour l'Administrateur f.f., abs.

Le Président,

(sé) An Machtens
Chef de section OMR f.f.

(sé) Willem Debeuckelaere

¹³ Voir par exemple les textes de la BDMA : <http://www.bdma.be/fckeditor/userfiles/file/code%20version%202012%2009%2006.pdf>, ou de la FEDMA : http://www.fedma.org/fileadmin/documents/SelfReg_Codex/FEDMACodeEN.pdf.

¹⁴ http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_02_2013.pdf.

ANNEXES

Dossier I – DEFINITIONS, CONTEXTE ET CONSIDERATIONS GENERALES

I. DEFINITIONS, CONTEXTE ET CONSIDERATIONS GENERALES

1 Les cookies et les traces

1.1 Origine historique

62. Lorsqu'un internaute se connecte sur Internet, il échange des messages électroniques avec un serveur connecté sur la « toile » : il initie la connexion par l'envoi d'une requête (après identification de l'adresse URL du serveur) et le serveur lui répond en envoyant la page d'accueil ou la page spécifique demandée. La conversation se poursuit en renvoyant des informations vers le serveur, en utilisant ou non les informations de la page reçue du serveur ou en complétant les informations par des informations tapées au clavier ou recherchées sur l'ordinateur de l'internaute. Les messages doivent être échangés dans une forme électronique compréhensible par les partenaires. Les différentes formes possibles de messages sont standardisées et portent le nom de protocoles de communication dont l'identifiant constitue en principe le premier entête de tout message : HTTP, HTTPS, MMS, etc.
63. Pour être utilisable, le message doit aussi comporter de multiples autres informations : des précisions relatives au protocole de sécurisation (SSL), les adresses de l'expéditeur et du destinataire du message, le type de contenu, les indicateurs sur le mode de chiffrement éventuel, etc. Certaines de ces informations techniques nécessaires à la communication ont été regroupées en un mini-fichier appelé cookie¹⁵, géré d'un côté par le logiciel des serveurs et de l'autre par les logiciels de communication et de navigation de l'utilisateur (utilisateur naviguant sur Internet). Le rôle initial consistait à assurer une continuité dans les échanges (ensemble appelé « transaction » dont le cookie est le « témoin »), par exemple lorsque la communication nécessite d'être authentifiée, ou pour l'accès à des pages du site Internet réservées aux membres enregistrés sur le site. Pour la bonne communication, ces cookies sont stockés provisoirement dans les ordinateurs des partenaires de la communication et gérés par les logiciels de navigation.
64. Les cookies de base sont limités en quantité d'informations, rarement plus d'une centaine de caractères. Ils sont identifiés en principe avec le nom du domaine visité (ou son URL), en vue d'éviter l'accès aux cookies d'autres sites visités ; cette limitation d'accès peut néanmoins être contournée. Les informations stockées et communiquées sont liées aux partenaires de la communication et permettent de gérer implicitement des données à caractère personnel : l'adresse Internet (adresse IP) de l'utilisateur ou des informations extraites de son ordinateur qui

¹⁵ Pour une définition technique complète, voir le RFC 6265 du groupe de travail Internet Engineering Task Force (IETF) : <http://tools.ietf.org/html/rfc6265>. Le RFC est un « request for comment » considéré comme une norme technique.

peuvent être mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable. La LVP est donc d'application.

65. Les cookies déposés lors de l'envoi vers l'internaute peuvent aussi être lus, modifiés et récupérés par le site Internet. Stockés sur l'ordinateur de l'internaute, ils peuvent aussi être accessibles ultérieurement à d'autres sites, lors de conversations avec ces différents sites. Ces cookies sont gérés par les navigateurs courants des ordinateurs. Les appareils mobiles (smartphones, tablettes, ...) utilisent en standard les mêmes navigateurs pour lesquels la présente recommandation reste d'application. Toutefois, les sites visités peuvent utiliser d'autres fonctions propres à ces appareils¹⁶, comme l'association avec des données de géolocalisation ; ces autres fonctions ne seront pas détaillées dans le cadre de cette recommandation.
66. Pour permettre certaines fonctions plus spécifiques, les éditeurs de sites peuvent utiliser les cookies pour stocker des paramètres et des informations gérés par les applications intervenant pour la communication, selon des besoins propres au responsable du traitement. C'est cette possibilité qui a été largement exploitée et qui ouvre la porte à des utilisations de données qui peuvent être illégales. Le rôle dévolu ainsi aux cookies devient alors indépendant de leur destination première ou de leur localisation physique.

1.2 Le développement de la dynamique

67. Au début de l'Internet, les cookies étaient le seul moyen d'interagir avec l'ordinateur de l'internaute, en stockant certaines informations dans une structure fixée et pour des finalités techniques bien définies ; ces cookies ne peuvent d'ailleurs pas être désactivés sans porter préjudice au dialogue lui-même. Mais de nouvelles possibilités sont offertes par le développement des fonctions dynamiques du langage utilisé, notamment avec des agents actifs qui interagissent directement avec le système de l'internaute. Si certaines fonctions de base sont toujours réalisées par les cookies, on découvre que des fonctions pouvant être réalisées par les cookies sont aujourd'hui progressivement réalisées par d'autres moyens techniques tirant mieux profit des possibilités des ordinateurs en termes de capacités de traitement et de mémorisation.

¹⁶ Voir à cet égard le Working Paper on Web Tracking and Privacy : Respect for context, transparency and control remains essential (15-16 April 2013, Prague (Czech Republic)) de l'International Working Group on Data Protection in Telecommunications (connu sous le nom de « Groupe de Berlin ») : <http://www.datenschutz-berlin.de/attachments/949/675.46.13.pdf>.

68. Si les possibilités techniques ont changé, cela ne modifie en rien la problématique de la gestion d'informations à caractère personnel stockées sur l'ordinateur de l'internaute, souvent à son insu et ensuite traitées par le site visité ou par des sites tiers.
69. Cette dynamique s'est aussi développée sur les serveurs, capables de garder le miroir des informations stockées chez l'internaute ou des événements qui s'y sont passés : cookies, historiques de navigation, contenus des pages échangées, etc.
70. Le cloud et les comptes mobiles des fournisseurs permettent aussi de stocker à distance les fichiers et paramètres personnels, comme les favoris, les fichiers des cookies, les fichiers de l'historique de navigation ou d'autres informations extraites de l'ordinateur de l'internaute.

1.3 Evolutions plus récentes de l'utilisation des cookies

71. Avec l'évolution des besoins dans l'usage de l'Internet, le cookie, l'indispensable partie de la communication, a vu ses usages étendus : en plus d'un simple rôle technique, il est de plus en plus utilisé comme support d'informations utiles à la transaction elle-même. On est passé d'un rôle « syntaxique » à un rôle « sémantique » : le cookie est un mini-fichier stockant par exemple la date du dernier achat, le montant total d'un panier d'achat ou la liste des derniers fichiers téléchargés.
72. De par cette extension, il y a de nouveaux dangers au regard de la protection de la vie privée : les informations du cookie peuvent être complétées par des informations issues des applications créant la communication et ensuite être réutilisables par elles, tant du côté du serveur que du côté de l'utilisateur. Ces besoins d'informations nécessitent aussi plus de caractères à transmettre, parfois des centaines de milliers. Comme les cookies ont des limites, d'autres techniques sont de plus en plus mises en œuvre, pour des usages très diversifiés. Ainsi, certains rôles des cookies sont pris en charge par d'autres groupes d'informations généralement stockés avec le contenu du message lui-même et gérés par des compléments logiciels spécifiques (modules, add-ons, plug-ins, ...). Ces modules complémentaires sont intégrés au navigateur ou à des logiciels accédant à Internet, souvent à l'insu de l'utilisateur, par exemple lors d'une mise à jour ou dynamiquement lors de l'accès à certains médias (vidéos « Flash », ...).
73. Citons l'exemple des accès aux différents médias (vidéos, musiques, ...) nécessitant l'acquisition d'un module permettant le décodage du format du média, module qui effectue aussi un certain traitement des cookies et l'enregistrement d'informations dans des fichiers divers (par exemple le stockage en albums de la liste des médias consultés ou téléchargés).

74. Cet exemple montre que l'objet « cookie » peut être utilisé à de multiples fins bien différentes de la finalité technique initiale et que le mode de traitement du cookie se diversifie en sortant du cadre strict des normes des protocoles de communication.
75. La diversité et la complexité des usages incitent à généraliser l'approche du principe des cookies afin de recréer une cohérence et de simplifier le débat sur le plan juridique. Ce sera aussi une approche permettant aux personnes concernées non techniciennes de mieux contrôler leurs données personnelles.

1.4 Le métafichier : généralisation du concept des cookies

76. La présente recommandation vise tous les groupes d'informations utilisées dans une communication et qui ne font pas exclusivement partie du contenu de la communication mais qui donne des informations sur le contexte ou sur le contenu de la communication. A défaut d'une terminologie spécifique, nous les appellerons « métafichier » ; il devient ainsi possible d'unifier le concept sans devoir se perdre dans des considérations techniques détaillées, toujours en évolution.
77. Pour le développement ci-après, nous appellerons « cookie » le cookie initial mais aussi toute forme dérivée par ses finalités, par son contenu ou par les procédés de traitement et de stockage, comme les « mini-fichiers » ou les « métafichiers ».
78. L'existence du métafichier, quelle que soit sa concrétisation technique, ne pose pas de problèmes juridiques mais c'est la façon de le constituer, de l'utiliser ou de le stocker qui soulève les questions de protection des données personnelles et donc de la vie privée des internautes.

1.5 Les risques pour les personnes concernées

Identification des risques

79. Les cookies sont des fichiers d'information passive et ne présentent, en eux-mêmes, pas de risques. Toutefois, leur utilisation peut porter atteinte à la vie privée de différentes façons :
- en stockant des informations sur le poste de travail de l'internaute qui sont ensuite réutilisées à d'autres fins ;
 - en traçant les habitudes de navigation pour en déduire un profil de l'internaute qui va influencer les dialogues ultérieurs ;
 - en recherchant les cookies stockés par des tiers pour réutiliser les informations stockées ;

- en récupérant ou altérant les informations stockées à des fins d'atteinte à la sécurité ;
- en stockant des codes ou des paramètres utilisés ultérieurement par des agents actifs malveillants.

Cas des informations à caractère strictement technique

80. Les informations nécessaires à la communication (sous toutes formes, cookies ou autres, à caractère personnel ou non), depuis l'émetteur jusqu'au destinataire et ensuite effacées sans avoir été à proprement parler traitées pour d'autres fins ne posent aucun problème. Comme elles sont nécessaires aux seules fins de la communication, elles ne nécessitent aucun consentement de la personne concernée ni d'autres modalités particulières.

Cas des informations utilisées à d'autres fins

81. Toutes les autres informations à caractère personnel utilisées à d'autres fins (suivi de la transaction après authentification, paniers d'achat, ...) présentent des risques d'atteinte à la vie privée et sont soumises aux modalités de la LVP.

Risques collatéraux

82. Toute information à caractère personnel peut être collectée de manière frauduleuse : par « écoute » sur le réseau, par piratage des systèmes. Ces risques sont à traiter de manière plus globale et ne seront pas évoqués ici, dans le cadre limité des cookies.

1.6 Catégories de cookies

83. Les cookies sont qualifiés de différentes façons selon leurs usages et la terminologie n'est pas stabilisée¹⁷ ; un même cookie peut servir pour plusieurs finalités distinctes. Afin de faciliter le rapprochement des concepts juridiques avec les implémentations techniques, nous distinguerons ci-dessous certaines catégories de cookies, selon leurs caractéristiques, leurs finalités ou les technologies utilisées.

Catégorisation par caractéristiques

Cookies essentiels

¹⁷ La consultation des politiques relatives aux cookies affichées sur les sites montrent que la terminologie utilisée n'est pas uniforme. Cette dernière n'a de portée que pour le présent projet de recommandation. Chaque gestionnaire de sites dispose de la liberté de redéfinir dans sa politique les catégories de cookies utilisés.

84. Ce sont les cookies qui sont nécessaires à la bonne communication et facilitent la navigation : permettre le retour à la page précédente, etc.

85. Les cookies de connexion définis ci-dessous sont des cookies essentiels.

Cookies provisoires (éphémères) et cookies persistants

86. Les cookies peuvent n'exister que la durée de l'échange ou de la conversation avec le site (maximum quelques heures) et sont effacés lorsque l'internaute quitte le navigateur ; ils sont appelés cookies éphémères.

87. Les autres cookies peuvent avoir une durée de vie fixée plus longue ou être assortis d'une date de péremption ; ce sont des cookies persistants. Ils ne sont alors effacés que par un nouveau cookie venant du serveur créateur, le cas échéant avec de nouveaux attributs de péremption. Ils peuvent aussi être effacés par une action explicite de l'utilisateur, en effaçant l'historique de navigation ou par un logiciel surveillant les cookies. Ces actions du côté de l'utilisateur n'effacent pas nécessairement tous les cookies et métafichiers stockés sur le poste de travail.

Cookies propres au site et cookies tiers

88. Les cookies mémorisés lors du dialogue peuvent être gérés par le site consulté, ce sont les cookies propres du site consulté.

89. Un cookie peut aussi être défini par un site web différent du site visité. Par exemple, le bouton Facebook « I like », sur une page d'un site visité génère un cookie identifié par Facebook ; il peut être lu ultérieurement et modifié par Facebook. Ces cookies sont appelés cookies tiers ; ils peuvent contenir des informations sur l'échange en cours, comme l'adresse IP de l'internaute, l'adresse de la page visitée ou toute autre information.

90. Certains sites utilisent des cookies tiers pour la fonctionnalité même des échanges, par exemple les messageries en ligne Hotmail, MSN et Windows Live Mail. La désactivation des cookies tiers en les refusant dans les paramètres du navigateur peut causer des problèmes de communication avec ces sites.

91. Les cookies tiers permettent donc le transfert à des tiers de données à caractère personnel, soit directement (ex. : par un agent actif associé à une bannière ou à un pixel espion), soit indirectement en plaçant des cookies rendus accessibles à d'autres sites que celui du

publicitaire annonceur. Ces transferts de données sont implicites durant le chargement de la page et se font donc à l'insu de l'internaute.

Catégorisation par finalités

Cookies de connexion

92. Ce sont les cookies et métafichiers qui supportent la communication sur le réseau (routage des messages, informations de chiffrement en SSL, ...). Diverses catégories de cookies peuvent être assimilées aux cookies de connexion, notamment les cookies HTTPS-ONLY qui sont utilisés dans certaines connexions sécurisées.

Cookies de performance du site

93. Ces cookies véhiculent des informations techniques de l'échange, utiles par exemple pour le bon routage des pages dans le réseau ou pour mémoriser les incidents ou erreurs dans la communication (notamment pour le comptage d'erreurs d'authentification).
94. Sont aussi dans cette catégorie, les cookies d'équilibrage de charge qui permettent de répartir les requêtes en fonction de l'utilisation du site web (pages visitées, ...).
95. Les données collectées ainsi par le site sont en principe agrégées et analysées anonymement, mais peuvent aussi être utilisées à d'autres fins.

Cookies de fonctionnalité de navigation ou de convivialité

96. Certains cookies permettent de mémoriser la langue du dialogue, de personnaliser la page en tenant compte des consultations ou des dialogues précédents. Ces cookies ont pour première finalité de contribuer à la convivialité des dialogues.
97. Ils peuvent aussi contenir des informations utiles, comme les achats en cours (paniers d'achat), la liste des documents mémorisés dans un espace personnel, etc. Ces cookies sont effacés en fin de navigation ou au contraire ils sont préservés pour être complétés ou rafraîchis lors de visites ultérieures.

Cookies de « convivialité de clavier »

98. Les textes rédigés au clavier pour remplir des formulaires sont conservés dans des cookies ou dans d'autres métafichiers conservés sur l'ordinateur : ils permettent les suggestions automatiques de textes (identifiant, adresse, mots de passe, ...). Ces informations restent disponibles à l'égard du site visité pour les visites ultérieures. Si le stockage est réalisé par d'autres moyens, ces informations peuvent devenir disponibles pour d'autres sites. Il existe diverses options dans les navigateurs pour maîtriser le stockage de ces informations, la plus sûre étant d'utiliser un clavier virtuel.

Cookies statistiques ou analytiques

99. Ces cookies collectent des informations sur des données techniques de l'échange ou sur l'utilisation du site web (pages visitées, durées moyennes des consultations, ...) afin de pouvoir améliorer son fonctionnement.
100. Les données collectées ainsi par le site sont en principe agrégées et traitées anonymement, mais peuvent aussi être utilisées à d'autres fins.

Cookies d'origine de visite

101. Par les informations renvoyées par l'utilisateur (dans l'entête du message), un site sait si le visiteur vient d'un autre site ou s'il poursuit sa visite sur le même site, ce qui lui permet donc de compter le nombre de pages lues par visite. Ceci permet aussi au gestionnaire de site de connaître les origines de la visite, par exemple les visites générées par une recherche sur un moteur de recherche. C'est donc aussi une manière de mesurer l'efficacité des référencement par les moteurs de recherche. Ces cookies sont aussi journalisés par la plupart des hébergeurs pour fournir des statistiques à leurs clients.

Cookies de visite ou de suivi

102. Les cookies de visite sont des cookies propres qui permettent de suivre l'itinéraire de navigation au sein du site. Ils sont utiles pour la conception du site, pour compter les clics ou pour d'autres fonctions activées par le visiteur.

Cookies d'audience

103. Les cookies échangés avec un site contiennent un identifiant spécifique qui peut être associé à d'autres informations comme l'adresse IP de l'utilisateur et donc une information de localisation géographique. L'identifiant permet le traçage du visiteur même si l'adresse IP a changé entre

deux visites. La consolidation des informations permet ainsi de catégoriser les visiteurs et d'analyser l'audience de son site. C'est aussi un moyen de réaliser des profilages des visiteurs, par catégories ou par adresses IP. Ces profilages ne sont autorisés que dans les limites de la LVP. Les cookies d'origine de visite peuvent aussi servir à affiner les statistiques d'audience.

Cookies de pistage ou de traçage (tracking)

104. Les cookies tiers de pistage sont utilisés pour le suivi de la navigation par les annonceurs et autres parties tierces. Ils peuvent s'accumuler sur le poste de travail de l'internaute et être ensuite collationnés par un site. C'est un pistage de la navigation de l'internaute. Ce sont des informations qui sont utilisées par des annonceurs pour cibler leurs publicités sur la base des habitudes de l'internaute. Ces informations sont évidemment recherchées par les spammeurs pour optimiser les envois de messages non sollicités. L'option « Ne pas me pister » (« Do not track ») de certains navigateurs ou sites indique une volonté de refus de pistage de l'internaute, mais ne l'empêche pas : les sites visités peuvent la respecter ou non. La Commission invite néanmoins les responsables du traitement et les éditeurs de sites à en tenir compte.

Cookies publicitaires

105. Beaucoup de sites commerciaux comportent des annonces publicitaires, généralement sous la forme de « bannières » qui stockent des cookies sur le poste de travail de l'internaute. Ces cookies peuvent être générés par la page elle-même, lors de l'affichage de la bannière, par le survol d'une zone de l'écran ou par un clic plus explicite.
106. Ces cookies renferment des informations sur les habitudes de navigation des utilisateurs dans le but de leur fournir une publicité ciblée selon leurs centres d'intérêt.

Cookies de référence

107. Les sites commerciaux peuvent aussi collaborer avec des tierces parties pour fournir des services complémentaires. Ces tierces parties fournissent leurs propres cookies à gérer comme des cookies tiers par les sites partenaires. Les annonceurs tiers et les autres organisations utilisent ainsi le site visité pour créer leurs propres cookies pour recueillir des informations au sujet des activités sur le site visité : par les publicités affichées, par les boutons sélectionnés par un clic ou par toutes autres informations disponibles sur la page visitée.
108. Ces informations sont ensuite utilisées par l'annonceur tiers pour diffuser des publicités, toujours sur le site visité ou sur d'autres sites avec lesquels ce tiers a conclu des accords :

d'autres partenaires qu'il juge susceptible de correspondre à l'internaute, en fonction du contenu qu'il a consulté. Les annonceurs tiers peuvent également utiliser ces informations pour mesurer l'efficacité de leurs publicités et étendre leur champ de surveillance par des accords en cascade.

109. A titre d'exemple, un site d'achats en ligne présentant sur sa page les boutons des réseaux sociaux peut rendre accessible à ces réseaux la liste des achats de l'internaute par l'utilisation des cookies de référence.

Cookies du support multimédia

110. La reproduction multimédia compréhensible pour l'utilisateur nécessite la connaissance de paramètres sur le multimédia : type de fichier à télécharger, mode de compression utilisé, durée de reproduction, dimensions de la fenêtre d'affichage, mode de protection de la propriété intellectuelle, etc. Selon le contenu ou les informations de contexte, ces informations peuvent être des données à caractère personnel. Ces informations sont stockées provisoirement sur le poste de l'utilisateur, avec ou sans données à caractère personnel.

Cookies d'utilisation multimédia

111. La plupart des agents permettant la reproduction multimédia disposent de fonctionnalités pour la convivialité de l'utilisateur : mémorisation des médias récemment visionnés ou écoutés, classement en albums selon les auteurs, etc. Ces informations peuvent être mémorisées sous forme de cookies, dans des métafichiers ou récupérées et gérées de manière plus intelligente au sein de bases de données créées sur le poste de l'utilisateur. Ces informations ne sont pas en soi des données à caractère personnel, mais peuvent être réutilisées à d'autres fins, par exemple pour le profilage de l'utilisateur (notamment définir ses goûts et son type de comportement sur la base des médias auxquels il a accédé).

Cookies de partage de contenu

112. Les réseaux sociaux sont nombreux et variés, par exemple : Facebook, Google+, Twitter, Tumblr, Myspace, LinkedIn, Viadeo, Xing, etc. Ils mettent généralement à disposition des boutons de partage de contenu (de type « J'aime », « g+1 », « Tweeter », « YouTube », ...) et utilisent les cookies pour réaliser leurs services. Ces cookies sont gérés par des modules logiciels, notamment des plug-ins, qu'ils mettent eux-mêmes à disposition ou qui sont proposés gratuitement ou non par des développeurs. Ces modules sont proposés en version propriétaire ou open source et n'offrent pas nécessairement les garanties élémentaires de conformité légale.

113. Le simple affichage de ces boutons génère implicitement plusieurs requêtes sur les sites des réseaux sociaux et un échange d'informations, souvent à l'insu de l'utilisateur. Ce dialogue muet pour l'utilisateur génère évidemment des cookies standards de la communication, propres au site du réseau social mais tiers au site affiché, celui visité par l'internaute.
114. De plus, le clic sur le bouton entraîne une suite de communications avec le réseau social et l'utilisation des cookies associés. Or, si ce clic explicite exprime un consentement pour la fonction connue du bouton, ce n'est pas nécessairement le cas pour tous les traitements sous-jacents.
115. Le rôle de ces boutons et cookies est donc particulier et une appréciation juridique nécessite une analyse plus globale du fonctionnement des réseaux sociaux. Ceci sort du cadre du présent projet de recommandation ; ils ne seront donc pas examinés dans le présent document.
116. Les cookies générés par les boutons sociaux (Like, Twitter, +1) permettent un traçage très fin des utilisateurs, même si ceux-ci n'ont pas de compte sur ces plateformes. Ces plateformes peuvent traiter ces cookies comme elles le souhaitent, seuls les sites visités sont limités dans leurs possibilités. Les traitements générés implicitement par ces boutons nécessitent par conséquent un consentement spécifique. Il est donc vivement recommandé de ne pas mettre ces boutons sur la page d'accueil ou de les désactiver jusqu'à l'obtention du consentement.
117. La Commission fait aussi remarquer que le bouton est souvent assorti d'un compteur (clics, votes, nombre de lectures, ...). Cette information ne pose en soi pas de problème. Toutefois, l'augmentation artificielle du compteur (par le gestionnaire du site ou par des robots) peut influencer la perception ou le jugement de la page lue et relèverait alors de la tromperie.

Catégorisation par technologie utilisée

Cookies « Flash » ou « LSO »

118. De nombreux sites utilisent l'extension « Adobe Flash Player » pour l'affichage d'animations ou de contenus vidéo. Cette extension génère des cookies particuliers (Local Shared Objects). Ce sont des cookies de support multimédia mais qui proposent aussi certaines fonctions des cookies d'utilisation multimédia.

119. Ces cookies ne sont pas gérés par les options des navigateurs¹⁸.

Pixel espion

120. Le pixel espion porte divers noms : balise web, pixel invisible, pixel tag, pixel de suivi. C'est une petite image de 1 pixel, transparente et donc invisible sur la page. Il couvre du code logiciel cumulant les fonctions de cookie tiers, cookie de partage de contenu et de cookie de référence¹⁹.

Cookies zombie

121. Certains sites créent des cookies avec une copie dans un autre répertoire. Ces cookies sont recréés automatiquement après un effacement, par exemple au moment du rechargement du système ce qui rend leur détection et leur effacement plus difficile. Ces cookies ne sont pas tous dangereux, mais leur conservation contre la volonté du visiteur constitue une infraction à la loi. Ces pratiques peuvent être assimilées à l'insertion de code malveillant dans le poste de travail de l'internaute.

2 Les acteurs

122. En considérant les différentes responsabilités, il faut distinguer 5 rôles distincts repris ci-dessous.

2.1 L'internaute, visiteur de sites Internet

123. L'internaute, par son logiciel de navigation, échange des informations avec les serveurs de sites Internet. Les pages affichées contiennent des agents actifs qui peuvent interagir avec le système de son poste de travail, notamment en stockant des informations localement. Ces agents peuvent aussi lire ou modifier des informations locales. Mais l'usager d'Internet n'est pas que passif : il active des fonctions en cliquant sur des boutons, sur des zones cliquables ou sur des hyperliens ; certaines de ces fonctions peuvent lui être cachées. Ces échanges d'information portent aussi sur des données à caractère personnel concernant le visiteur. Ainsi, l'usager d'Internet prend aussi sa part de responsabilité dans les conséquences éventuelles de

¹⁸ Adobe fournit une page d'explication : <http://helpx.adobe.com/flash-player/kb/disable-local-shared-objects-flash.html>. La gestion de ces cookies nécessite l'accès au panneau de configuration « Global Storage Settings panel » qui n'est accessible que sur le site même d'Adobe : http://www.macromedia.com/support/documentation/en/flashplayer/help/settings_manager03.html.

¹⁹ V. par exemple les explications de Facebook : <https://fr-fr.facebook.com/help/cookies/>.

la navigation : par ses actions, par les ajustements corrects ou non des paramètres du navigateur, par les informations données dans des formulaires ou encore par la manière de gérer les informations stockées sur son poste de travail.

2.2 Le propriétaire du site

124. Le propriétaire du site est le responsable du traitement, celui qui va définir les finalités de l'utilisation de son site Internet. Il doit répondre de tout traitement de données à caractère personnel, y compris au moyen des cookies, métafichiers ou traces généralement quelconques. Cette responsabilité est donc globale sans exclure la responsabilité potentielle des autres acteurs.

125. En règle générale, le propriétaire du site devra obtenir le consentement du visiteur pour l'utilisation d'un métafichier : le consentement libre, informé, spécifique et indubitable.

126. Le propriétaire du site peut gérer lui-même le site en interne ou confier cette gestion à un tiers qui agit alors comme sous-traitant au sens de l'article 16 de la LVP.

127. Le propriétaire du site peut mettre en location sur son site des espaces pour la publicité proposée par des annonceurs. Il joue à cette occasion le rôle de diffuseur.

128. En pratique, selon un contrat unique avec l'intermédiaire, le diffuseur affiche une ou plusieurs bannières choisies dans la liste des annonceurs convenus. La sélection pour l'affichage s'opère aléatoirement ou selon un algorithme défini, par exemple en tenant compte du profil connu du visiteur du site : par ses clics antérieurs ou par tout autre critère accessible (langue, localisation géographique, ...).

2.3 Le gestionnaire du site

129. La gestion du site est confiée à un gestionnaire du site pour assurer la création et le fonctionnement du site : un ou plusieurs techniciens de l'organisme, un fournisseur de logiciels, une entreprise tierce de gestion de sites, etc.

130. C'est ce gestionnaire qui va décider des modalités techniques et donc de l'utilisation des métafichiers. Lorsque la manipulation de ces métafichiers implique un traitement de données à caractère personnel, il doit en avertir le propriétaire du site et n'agir que sur ses ordres. L'utilisation des cookies ou d'autres métafichiers peut, en effet, nécessiter d'adapter l'application, par exemple pour obtenir le consentement indubitable des personnes concernées.

Le gestionnaire se voit généralement confier des tâches de gestion plus spécifiques : gestion des boîtes de messagerie, gestion des usagers enregistrés, etc. Ces différentes fonctions peuvent nécessiter de gérer des métafichiers ou des journaux particuliers.

131. Dans la majorité des cas, le gestionnaire va aussi prévoir la journalisation des communications pour des fins de gestion : performances du site, taux d'accès, etc. La plupart des traces des communications comportent des données à caractère personnel et ne peuvent être analysées ou traitées sans tenir compte de la LVP.

132. Dans tous les cas, c'est le propriétaire du site qui devra en répondre au regard de la LVP, sauf s'il peut prouver que le gestionnaire a agi contre ses ordres. Ainsi, le gestionnaire qui mettrait en œuvre des métafichiers sans en informer suffisamment le propriétaire du site engagerait sa propre responsabilité.

2.4 L'éditeur du site

133. Le propriétaire du site confie le développement du site (logiciels et bases de données) à une équipe technique qui peut être des membres de son personnel ou ceux d'un sous-traitant. Le contenu mis à disposition de cet éditeur peut contenir des données à caractère personnel : coordonnées des personnes de contact, annuaires téléphoniques, du texte, des images, etc. Ce contenu, affiché dans des pages, mémorisé dans une banque de données ou utilisé dans les échanges de messages reste la propriété du propriétaire du site qui en assume la responsabilité. Ce contenu est confié à l'éditeur pour des finalités définies par le propriétaire du site et donc dans le cadre d'un règlement de travail ou d'une sous-traitance répondant aux articles 1^{er}, § 5 et § 16 de la LVP.

134. Certains contrats entre le propriétaire du site et l'éditeur tiers considèrent l'éditeur comme propriétaire du site. La Commission ne peut suivre complètement un tel raisonnement. L'éditeur peut être le propriétaire de la « création artistique du site » : mise en page, graphismes, etc. Toutefois, le contenu confié à l'éditeur répond à des finalités définies par le propriétaire du site. L'éditeur ne peut donc accéder légitimement aux données à caractère personnel que dans les conditions d'un contrat de sous-traitance, écrit et conforme aux dispositions de l'article 16 de la LVP.

135. Par le logiciel développé, l'éditeur du site met en œuvre consciemment ou non des cookies ou des métafichiers de différentes catégories. Il devra être attentif au fait que ces métafichiers peuvent être des données à caractère personnel. L'éditeur devra donc s'assurer de l'éventuelle

exigence du consentement à donner par le visiteur et, le cas échéant, en avertira dûment le propriétaire du site.

2.5 L'hébergeur du site

136. Il faut distinguer 2 cas :

- L'hébergeur de services : le responsable du traitement lui-même ou un organisme sous-traitant qui dispose d'une adresse IP et qui donne à tout le réseau Internet l'accès au site hébergé sur des serveurs sous sa responsabilité. Dans la majorité des cas, l'hébergeur doit prévoir une journalisation des communications pour des fins de gestion du matériel : performances du serveur, taux d'accès etc. Certains traitements sont spécifiques à la communication technique (gestion des certificats SSL, ...) et peuvent justifier des précautions spécifiques.
- L'hébergeur, opérateur public (FAI) : cet hébergeur met à disposition une configuration matérielle et logicielle permettant la création du site, mais en se réservant toute la gestion technique de la communication. Il est soumis à la LCE. Il devra en particulier mémoriser les traces des communications qu'il mettra en tout ou en partie à disposition du propriétaire du site. Ses droits, devoirs et responsabilités sont réglés par la loi et ne seront pas examinés dans ce cadre. On retiendra toutefois que l'opérateur gère certains cookies que l'internaute peut retrouver stockés dans son poste de travail, notamment les cookies de protocole SSL.

137. La distinction technique et contractuelle entre les services mutualisés, les serveurs dédiés ou en cloud apportent quelques nuances dans les responsabilités respectives, assez évidentes si on tient compte des remarques reprises infra.

2.6 Le publicitaire

138. Il existe deux rôles à distinguer :

- L'annonceur : la personne morale ou physique qui recherche un espace pour publier des publicités sur ses produits.
- Le réseau (ou la régie) : ce sont des associations, des agences, des personnes qui servent d'intermédiaires entre les annonceurs et les diffuseurs.

3 La localisation des cookies et métafichiers

3.1 Le stockage éphémère

139. Les métafichiers et les traces des communications, selon leur nature, peuvent être mémorisés pour des périodes courtes ou plus longues.

140. Certaines informations éphémères ne subsistent que durant la communication elle-même : génération d'un côté, transit de la communication, réception et mémorisation très provisoire dans une mémoire-cache.

3.2 Le stockage standard des cookies

141. Les cookies standards sont stockés dans des répertoires ad hoc du poste de travail de l'internaute, gérés de manière spécifique par les différents navigateurs. Si le principe de stockage avec une date de péremption reste le même pour tous les navigateurs, on constate dans la gestion des cookies de multiples variantes selon les navigateurs (Chrome, Internet Explorer, Opera, Firefox, ...) mais aussi selon la version du navigateur et le système d'exploitation (Windows, MAC OS X, iOS, Android, ...).

142. Les navigateurs courants disposent de fonctions permettant d'accepter ou de refuser les cookies standards. Néanmoins, il faut constater qu'ils laissent la place à des exceptions : certains navigateurs continuent à accepter certains cookies malgré le refus de l'internaute ou n'effacent pas tous les cookies à la demande (par exemple en préservant les cookies non périmés). De plus, les options pour les cookies – refus, sur demande ou consentement général – n'offrent que très peu de possibilités de nuances selon les types de cookies. Pour certains navigateurs, il est possible de refuser le stockage de certains cookies, les cookies tiers par exemple, alors que les autres navigateurs ne font pas cette distinction : accepter les cookies pour des fonctions d'authentification, c'est automatiquement accepter le stockage des autres cookies, pour toutes les autres finalités.

3.3 Le stockage par le gestionnaire

143. Tous les logiciels commerciaux ou ouverts laissant la possibilité d'enregistrement des usagers offrent une fonction relative aux « cookies » pour la gestion de la transaction : ils sont échangés pour permettre la reconnaissance mutuelle. Ces cookies peuvent être stockés dans un répertoire du serveur, dans une base de données ou sur l'ordinateur de l'utilisateur. Les fonctions cookies permettent ainsi d'être utilisées aussi à d'autres fins sur décision du gestionnaire. Si

l'information utile comme les données d'authentification est conservée par le serveur, les cookies échangés peuvent se limiter à un identifiant de l'utilisateur.

144. L'exploitation de cookies et d'autres métafichiers mémorisés par le gestionnaire peut être légitime ou non, selon les finalités poursuivies. En règle générale, une telle utilisation doit faire l'objet d'un consentement par l'usager, y compris si les informations sont stockées par le responsable du traitement.
145. Les logiciels comportent souvent des fonctions de journalisation des transactions (contenus des transactions, méta-informations, cookies, ...). Il est évident que de tels journaux sont soumis à la LVP et que tout n'est pas permis.

3.4 Le stockage par l'hébergeur public

146. Certains cookies et métafichiers sont créés ou extraits du message, gérés et exploités par les hébergeurs et journalisés dans les fichiers de traces (logs). Le traitement de ces fichiers est régi par la LCE. Si les traces des communications sont rendues disponibles au gestionnaire du site, celui-ci ne pourra les exploiter qu'en stricte conformité avec la LVP.

4 L'accès, la lecture et le traitement des cookies

4.1 Les cookies stockés sur le poste de travail du visiteur

Accès par l'utilisateur

147. Les cookies mémorisés localement sont difficiles d'accès : dans des répertoires divers, généralement cachés, réservés au système et donc accessibles par le seul « super-administrateur » du système. De plus les cookies sont de structures non documentées avec un contenu codé ou même chiffré. Et enfin, le propriétaire du site ou le gestionnaire n'est pas nécessairement en mesure de fournir les informations nécessaires sur les cookies générés par son site, en particulier par l'utilisation de logiciels de gestion de contenu propriétaires ou open source. Les fournisseurs de logiciels ne livrent pas ou que peu d'informations sur les cookies utilisés.
148. Les concepteurs de sites devraient donc s'assurer auprès de leurs fournisseurs que les logiciels qu'ils utilisent ne génèrent pas de cookies nécessitant un consentement et qu'ils ne présentent pas d'opportunités de malveillance ou de traitements illicites.

Accès par le responsable du traitement

149. Si le responsable du traitement prévoit la lecture et le traitement des cookies qui contiendraient des données à caractère personnel, il doit respecter les limites et balises fixées dans la présente recommandation.

4.2 Les cookies stockés sur le serveur du site

150. Certains cookies échangés dans la communication doivent avoir leur correspondant du côté du serveur, par exemple pour reconnaître un visiteur enregistré ou pour le choix de la langue d'affichage. Mais le serveur peut aussi journaliser toutes les informations échangées, qu'elles soient associées à des cookies ou non.

Accès par le responsable du traitement

151. Si le responsable du traitement prévoit la lecture ou tout traitement des cookies qui contiendraient des données à caractère personnel, il doit respecter les limites et balises fixées dans la présente recommandation.

4.3 Les cookies stockés par les systèmes de l'hébergeur

152. Tous les messages échangés transitent par les systèmes de l'hébergeur (routeurs, serveurs de sites et serveurs de bases de données).

Accès par l'hébergeur

153. Si l'hébergeur prévoit la lecture ou tout autre traitement des cookies qui contiendraient des données à caractère personnel, il doit respecter les limites et balises fixées dans la présente recommandation.

Dossier II – CONSIDERATIONS JURIDIQUES

II. CONSIDERATIONS JURIDIQUES

1 Le contexte juridique

1.1 La loi relative aux communications électroniques

154. La loi du 10 juillet 2012 portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques²⁰ transpose en droit belge les modifications apportées le 24 novembre 2011 au « Paquet Télécom » européen²¹. L'article 90 de cette loi amende l'article 129 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après la « LCE ») qui vise le stockage d'informations ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur. Il est communément admis que ces termes recouvrent de manière générique la notion de cookies et partant, partiellement le concept de métafichier évoqué supra. Dans cette optique, la LCE concrétise les principes généraux de la LVP dans le cas du stockage ou de la lecture ultérieure d'informations sur le poste de travail de l'utilisateur, tout en étendant l'exigence du consentement à des données qui ne sont pas des données à caractère personnel.

155. L'article 90 de la loi précitée modifie le régime juridique applicable aux cookies en intégrant les changements apportés à l'article 5, § 3 de la directive vie privée et communications électroniques²² du « Paquet Télécom » par la directive « Droit des citoyens »²³.

156. Le nouveau cadre légal encadrant le stockage d'informations sur le poste de travail de l'utilisateur remplace en effet le mécanisme d'« opt-out » par un mécanisme d'« opt-in » en exigeant dans la plupart des cas le consentement préalable et informé des utilisateurs. La Commission entend guider les responsables du traitement face à cette nouvelle obligation.

²⁰ M.B., 25 juillet 2012 ; v. l'Avis de la Commission n° 10/2012 du 21 mars 2012 relatif à ce projet de loi : http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/avis_10_2012_0.pdf.

²¹ Le « Paquet télécom » désigne le cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques. Il est constitué de cinq directives et un règlement.

²² Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:201:0037:0047:FR:PDF>.

²³ 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 : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:337:0011:0036:fr:PDF>. Une version consolidée officielle peut être trouvée à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2002L0058:20091219:FR:PDF>.

157. L'article 5, § 3 de la directive « vie privée et communications électroniques » et l'article 129 de la LCE ciblent le stockage d'informations dans les équipements terminaux des utilisateurs et l'accès à ces informations. Le spectre du régime juridique établi dépasse l'utilisation des seuls cookies gérés par les navigateurs ou explorateurs Internet et recouvre d'autres informations telles que celles stockées et accédées par le biais des applications des smartphones qui n'utilisent pas nécessairement la technologie des cookies.
158. Afin d'offrir le plus de clarté à la problématique spécifique des cookies, c'est à dessein que les considérations juridiques se limitent à cette technique et à la notion plus globale de métafichier.
159. Les cookies collectent et stockent pour un accès ultérieur des informations relatives à la navigation des internautes et peuvent revêtir un caractère intrusif à divers degrés. L'utilisateur n'est souvent pas conscient des informations cachées échangées entre son terminal et les serveurs web. Afin de protéger les utilisateurs, la possibilité de refuser le traitement offert aux utilisateurs a été remplacé par un mécanisme de consentement. Cette règle juridique doit donc être transposée techniquement par les responsables du traitement.
160. La Commission approuve cette évolution qui renforce la protection des données à caractère personnel des internautes. Cela étant, elle suscite de nombreuses interrogations quant à sa mise en œuvre effective. Le secrétariat de la Commission est notamment confronté à de nombreuses demandes d'information.

1.2 La loi vie privée

161. La LVP s'applique aux aspects non expressément réglés par l'article 129 de la LCE dès lors que des données à caractère personnel sont traitées. Il s'agit d'une application de la doctrine selon laquelle une loi régissant une question spécifique (lex specialis) prime sur une loi ne régissant qu'une question générale (lex generalis).
162. Concrètement, l'article 129 de la LCE fixe les conditions de légitimité du traitement tandis que les principes dits généraux de la LVP relatifs à la qualité des données, aux droits de la personne concernée (accès, effacement, opposition), à la confidentialité et à la sécurité du traitement, à la déclaration préalable et la publicité du traitement, et aux transferts de données vers des pays tiers sont pleinement applicables²⁴.

²⁴ Cf. Avis du Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf, p. 11-12.

163. Au sens de la l'article 1, § 1^{er} de la LVP, la personne concernée est la personne qui peut être identifiée directement ou indirectement par les données considérées. Dans le cas des cookies et autres métafichiers, la personne concernée peut être le visiteur du site (identifiable par son adresse IP) ou toute autre personne, par exemple le titulaire du compte bancaire identifiable par un numéro de carte de crédit.
164. Dans la plupart des cas, les cookies doivent être considérés comme des données à caractère personnel dès lors qu'ils contiennent généralement un identifiant d'utilisateur unique. Dans son Avis 1/2008 du 4 avril 2008 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche, le Groupe de travail sur la protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel institué par l'article 29 (ci-après le « Groupe de l'article 29 ») de la directive européenne sur la protection des données personnelles²⁵ (ci-après la « directive sur la protection des données personnelles »), qui regroupe les autorités de protection des données européennes a indiqué :
- « 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 dynamiques²⁶. 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 »²⁷.*
165. Dans le cadre de la publicité comportementale, les informations collectées ont trait au comportement de butinage d'un utilisateur et peuvent être éventuellement reliées à des informations liées à l'enregistrement volontaire de celui-ci sur le site visité.
166. Dans le cas de communications de données à caractère personnel faisant intervenir un opérateur (notamment l'hébergeur, opérateur public ou non), les responsabilités respectives sont fixées sous l'éclairage du considérant 47 de la directive sur la protection des données personnelles : *« considérant que, lorsqu'un message contenant des données à caractère personnel est transmis via un service de télécommunications ou de courrier électronique dont le seul objet est de transmettre des messages de ce type, c'est la personne dont émane le message, et non celle qui offre le service de transmission, qui sera normalement considérée*

²⁵ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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, version consolidée officielle disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:FR:PDF>

²⁶ Note explicative donnée par la Commission : une adresse dynamique est une adresse IP de connexion, déterminée soit au moment de la connexion, soit périodiquement (ex. : toutes les heures). Lorsqu'un opérateur fournit des adresses dynamiques pour les connexions, il journalise (log) les correspondances entre l'adresse dynamique et le compte du demandeur de connexion. Ce fichier log peut servir ultérieurement pour des investigations judiciaires.

²⁷ http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_fr.pdf, p. 9.

comme responsable du traitement de données à caractère personnel contenues dans le message ; que, toutefois, les personnes qui offrent ces services seront normalement considérées comme responsables du traitement des données à caractère personnel supplémentaires nécessaires au fonctionnement du service ».

2 Champ d'application de la réglementation belge relative aux cookies

2.1 Matériel

167. Tous les cookies sont soumis à la nouvelle réglementation, qu'ils soient identifiants ou non, directement ou indirectement. Le considérant 24 de la directive « vie privée et communications électroniques » fournit l'explication à cette approche en énonçant que « l'équipement terminal de l'utilisateur d'un réseau de communications électroniques ainsi que toute information stockée sur cet équipement relèvent de la vie privée de l'utilisateur ». La protection s'attache à un domaine réputé relever de la vie privée de la personne concernée.

168. Dès lors que le champ d'application de la LCE dépasse le champ des données à caractère personnel, il est fait référence dans le présent dossier à la notion d'utilisateur utilisée dans le cadre de la réglementation relative aux cookies par les législateurs belge et européen plutôt qu'à celle de personne concernée utilisée dans les textes relatifs à la protection des données à caractère personnel, même si les métafichiers analysés dans la présente recommandation peuvent sortir du cadre de la notion de cookies telle que définie dans la loi communication électroniques. Elle renvoie également aux notions d'internaute ou visiteur (de sites) également utilisées dans la présente recommandation.

169. Par ailleurs, les métafichiers ne tombant pas sous le champ d'application de la LCE sont soumis à la LVP dès lors que des données à caractère personnel sont traitées. Il peut notamment s'agir de métafichiers stockés directement sur le serveur du responsable du traitement et contenant des données identifiantes.

2.2 Territorial

170. La LCE ne précise pas son champ d'application territorial.

171. Cela étant, le champ d'application territorial de la directive européenne « vie privée et communications électroniques » qu'elle transpose est défini à son article 3, § 1. Suivant cette disposition, l'article 5, § 3 relatif aux cookies s'applique au stockage ou à l'obtention

d'informations stockées dans l'équipement terminal des personnes concernées qui utilisent des services de communications publiques dans l'Union européenne.

Comme le souligne le Groupe de l'article 29, il faut combiner ce champ d'application avec celui relatif à l'applicabilité territoriale de la directive sur la protection des données personnelles ou du droit national qui la transpose²⁸.

En l'espèce, les deux critères d'applicabilité territoriale de la LVP sont les suivants²⁹ :

- lorsque le traitement est effectué dans le cadre des activités réelles et effectives d'un établissement fixe du responsable du traitement sur le territoire belge ou en un lieu où la loi belge s'applique en vertu du droit international public ;
- lorsque le responsable du traitement n'est pas établi de manière permanente sur le territoire de l'Union européenne et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens automatisés ou non, situés sur le territoire belge, autres que ceux qui sont exclusivement utilisés à des fins de transit sur le territoire belge.

172. Trois scénarios doivent dès lors être distingués :

- Le responsable du traitement a un établissement en Belgique ;
- le responsable du traitement n'a pas d'établissement en Belgique mais est établi dans un autre Etat membre ;
- le responsable du traitement est uniquement établi en dehors de l'Union européenne.

173. S'agissant de responsables du traitement situés en dehors de l'Union européenne, le Groupe de l'article 29 a considéré que le droit national de l'Etat membre où est localisé l'ordinateur personnel s'applique à la collecte de données à caractère personnel de l'utilisateur par le placement de cookies sur son disque dur³⁰.

174. La législation belge encadrant l'utilisation des métafichiers s'applique dès lors que :

- l'utilisation des métafichiers intervient dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire belge ;
- le stockage/la lecture des cookies sur le poste de travail qui se situe sur le territoire belge est effectué par un responsable du traitement qui n'a pas d'établissement fixe sur le territoire de l'Union européenne.

²⁸ Avis 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf, p. 12.

²⁹ Article 3bis de la LVP.

³⁰ 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 : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2002/wp56_fr.pdf, p. 11 et 12 ; voir également l'Avis 1/2008 du 4 avril 2008 du Groupe de l'article 29 sur les aspects de la protection des données liés aux moteurs de recherche : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2008/wp148_fr.pdf, p. 11 et 12.

3 Contrôle de la réglementation belge relative aux cookies

175. Suivant l'article 14, § 1^{er}, 3^o de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, en abrégé IBPT, est chargé du contrôle du respect de la LCE.

176. Cette compétence spécifique dont est investie l'IBPT ne porte pas préjudice aux compétences propres de la Commission dès lors que des traitements de données à caractère personnel interviennent et, en particulier, la capacité de la Commission d'émettre des avis et recommandations, de connaître de plaintes et d'effectuer des contrôles³¹.

4 Responsabilité du traitement

177. Les obligations énoncées à l'article 129 de la LCE pèsent sur ceux qui placent des cookies et/ou accèdent aux informations des cookies déjà stockées dans les équipements terminaux des utilisateurs³². Ainsi qu'il a été précisé (v. supra point 2.1), il importe peu que ces cookies contiennent ou soient associés ou non à des données personnelles. Les obligations de la LVP pèsent sur les responsables du traitement dès lors que des données à caractère personnel sont traitées au moyen de métafichiers stockés ou non sur le poste de travail de l'utilisateur.

4.1 Le propriétaire du site

178. Dans le cadre de l'utilisation de métafichiers, le propriétaire du site est le responsable du traitement au sens de la LVP³³. C'est lui qui décide des finalités et des moyens des traitements opérés sur son site. Sa responsabilité est engagée pour toute utilisation des cookies même si elle n'exclut pas celle des services tiers auquel il recourt sur son site. Lorsqu'il confie la réalisation de son site à un organisme tiers, il devra s'assurer de l'utilisation conforme des cookies. Il en va de même s'il recourt à des services de tiers dans le cadre de la publicité ou du réseautage social. S'il confie la gestion de son site à un organisme tiers, il devra établir une convention écrite de sous-traitance, conforme à l'article 16 de la LVP.

179. La Commission considère que le propriétaire du site est l'acteur en première ligne afin de fournir l'information et de recueillir le consentement préalable des utilisateurs.

³¹ Missions définies par les articles 29, § 1^{er}, 30, § 1^{er}, 31, § 1^{er} et 32, § 1^{er} de la LVP.

³² V. Avis du Groupe de l'article 29 1/2010 du 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant »: http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf.

³³ Voir LVP, articles 1, § 4, 15 *bis*, 16 § 1^{er} et § 4.

4.2 Le gestionnaire du site

180. Le gestionnaire du site peut être à l'origine du placement, de la consultation ou du traitement ultérieur de métafichiers. Il collecte des données notamment à caractère personnel auprès de l'utilisateur (profil utilisateur, adresse IP, emplacement de mémoire, langue du système d'exploitation, ...) pour le compte du propriétaire du site. Il agit soit comme sous-traitant du propriétaire du site, en étant couvert par une convention de sous-traitance³⁴, soit comme employé du responsable du traitement, soumis à un règlement de travail et à une description de fonction.

181. La responsabilité du gestionnaire est engagée lorsqu'il traite des cookies avec des données à caractère personnel en dehors du cadre défini par le responsable du traitement : il devient alors responsable du traitement pour des finalités qui lui sont propres³⁵.

4.3 L'éditeur du site

182. L'éditeur du site développe et conçoit le site pour le compte du propriétaire du site.

183. Il doit notamment informer le propriétaire du site des métafichiers mis en œuvre.

4.4 L'hébergeur du site

184. L'utilisation de métafichiers par l'hébergeur du site répond en général à des besoins statistiques ou de sécurité.

185. La Commission estime que ce dernier doit avertir l'hébergé de la mise en place de tels procédés notamment afin que ce dernier puisse informer, si nécessaire, les visiteurs de leurs droits.

4.5 Le réseau publicitaire

186. Le propriétaire du site (le diffuseur) loue des espaces sur son site web aux réseaux publicitaires afin qu'ils affichent des publicités, généralement sous forme de bannières ou de boutons (ex.: les boutons des réseaux sociaux du type « I like »)³⁶, associés à des cookies tiers.

³⁴ Voir LVP, articles 1, § 5, 16, § 1^{er} et § 4.

³⁵ Voir LVP, article 16 et l'Avis du Groupe de l'article 29 1/2010 du 16 février 2010 sur les notions de « responsable du traitement » et de « sous-traitant » : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp169_fr.pdf.

³⁶ Dans ce contexte, les propriétaires de sites web qui vendent des espaces publicitaires sont également appelés diffuseurs.

187. Le fournisseur de réseau publicitaire peut être considéré comme responsable du traitement dès lors qu'il détermine les finalités ou les moyens essentiels du traitement de données dans le cadre de l'utilisation des cookies à des fins publicitaires. Dès lors que le dépôt ou l'accès de cookies à des fins publicitaires intervient dans le cadre de la consultation du site du propriétaire du site, la Commission considère ces acteurs comme coresponsables du traitement pour l'ensemble des opérations de traitement conduisant à la publicité.
188. La Commission recommande que les contrats de service conclus entre les propriétaires de sites et les réseaux publicitaires définissent les responsabilités de chacun notamment au niveau de la collecte du consentement et de l'information préalable.
189. Toutefois, il n'est pas toujours possible de conclure des contrats avec les fournisseurs de bannières ou de « boutons », ces fournisseurs imposant leurs propres conditions d'utilisation. Le propriétaire du site (éventuellement par l'intermédiaire du gestionnaire de site) devra donc s'assurer du respect des obligations découlant de la LVP et de l'article 129 de la loi communication électroniques par ces fournisseurs. Le propriétaire du site reste responsable, indépendamment de l'attitude du fournisseur de réseau publicitaire. Au besoin, il appartient au propriétaire du site de faire appel à un autre fournisseur de réseau publicitaire qui respecte les obligations découlant de la LVP et de la LCE.

4.6 L'annonceur

190. Dès lors que l'annonceur ne fait pas appel à un réseau publicitaire, il est susceptible d'intégrer des cookies dans ses contenus publicitaires diffusés sur les sites des propriétaires de site.
191. A nouveau, la Commission recommande que les contrats de service conclus entre les propriétaires de sites (éventuellement par l'intermédiaire de leurs gestionnaires) et les annonceurs définissent les responsabilités de chacun notamment au niveau de la collecte du consentement et de l'information préalable. Le propriétaire du site (éventuellement par l'intermédiaire du gestionnaire de site) devra donc s'assurer du respect des obligations découlant de la LVP et de l'article 129 de la loi communication électroniques par ces annonceurs.
192. La Commission estime qu'il faut rappeler que tout site peut offrir librement des espaces publicitaires à des annonceurs si ces annonces n'entraînent aucun stockage d'informations sur le poste de travail du visiteur ni communications d'informations à caractère personnel vers le site ou vers l'annonceur. Le droit à la publicité ou au marketing au sens général n'est restreint

que s'il empiète sur les droits fondamentaux des personnes, notamment sur les droits à garder le contrôle sur les données les concernant.

5 Principes de légitimité du traitement lors de l'utilisation de cookies

5.1 Principes généraux

193. L'article 5 de la LVP énumère limitativement les cas dans lesquels un traitement de données à caractère personnel peut intervenir.

194. Dans le cadre du traitement au moyen de cookies, seuls certains de ces cas trouvent à s'appliquer. Il s'agit principalement du consentement préalable de l'utilisateur, de la relation (pré)contractuelle directe ou de l'intérêt légitime du responsable du traitement à condition que ne prévale pas l'intérêt de la personne concernée (intérêt légitime pondéré).

195. L'article 129 de la LCE impose le critère de légitimité du consentement indubitable de l'utilisateur dès lors que les métafichiers sont stockés et lus sur le poste de travail de celui-ci.

196. Un traitement au moyen de métafichiers ne tombant pas sous le champ d'application de l'article 129 de la loi communication électroniques peut théoriquement être légitime dès lors qu'il est strictement « nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ». La Commission rappelle que ce fondement ne peut notamment servir de base pour le développement d'une relation avec les clients ou clients potentiels³⁷.

197. Le traitement « nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le tiers auquel les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée » pourrait également légitimer un traitement à l'aide de métafichiers non soumis à l'article 129 de la LCE. La Commission rappelle qu'il est beaucoup plus difficile de démontrer un équilibre des intérêts lorsqu'il n'y a aucune relation entre la personne concernée et le responsable du traitement ou lorsque cette relation est très sommaire³⁸.

5.2 Information préalable

³⁷ Cf. la Recommandation n° 02/2013 du 30 janvier 2013 relative au marketing direct : http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_02_2013.pdf, point 36.

³⁸ Cf. la Recommandation n° 02/2013 du 30 janvier 2013 relative au marketing direct : http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_02_2013.pdf, point 49.

198. Le point 1 de l'alinéa 1^{er} de l'article 129 de la LCE stipule que le stockage de cookies ou l'accès à des cookies déjà stockés dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur est autorisé uniquement à condition que ces derniers reçoivent conformément aux conditions fixées dans la LVP des informations claires et précises concernant les objectifs du traitement et leurs droits sur la base de la LVP.
199. Le contenu du devoir d'information visé par cet article est énuméré à l'article 9, § 1 de la LVP dès lors que les données sont in casu obtenues auprès de la personne concernée, directement ou indirectement par le contexte de la connexion. La Commission rappelle qu'il convient de préciser notamment l'identité du responsable du traitement, les finalités du traitement, les destinataires des données et l'existence d'un droit d'accès dans le chef de la personne concernée.
200. S'agissant de la manière dont les informations doivent être communiquées, il est expressément énoncé à l'article 129, alinéa 1^{er}, 1^o de la LCE que celles-ci doivent être fournies de manière claire et précise. Le considérant 25 de la directive « vie privée et communications électroniques » ajoute que les méthodes pour communiquer les informations devraient être les plus conviviales possible. La Commission insiste pour que ce mode de présentation des informations soit reflété au niveau des sites Internet.

5.3 Consentement préalable au traitement

201. Le stockage de cookies ou l'accès à des cookies déjà stockés dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur est autorisé uniquement à condition que ces derniers aient donné leur consentement après avoir été informés ainsi qu'il a été dit ci-dessus.
202. La directive « Droit des citoyens »³⁹ dans sa version en langue française parle assez maladroitement d'« accord » alors que cette notion n'est pas reprise dans les définitions de la directive vie privée et communications électroniques qu'elle vient amender⁴⁰. Les versions en langues néerlandaise et anglaise utilisent explicitement le vocable de « consentement ». Le législateur belge a heureusement et à juste titre utilisé ce dernier terme.
203. Quant au considérant 66 de la directive « Droit des citoyens », il évoque un droit de refus dans le chef des utilisateurs sans référence au consentement. La Commission estime regrettable

³⁹ V. point 2 et note de bas de page 4.

⁴⁰ V. les définitions mentionnées à l'article 2. La CNIL assimile cet accord à un consentement à l'article 2 de sa Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux Cookies et autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978 : <http://www.cnil.fr/documentation/deliberations/deliberation/delib/300> et dans sa fiche pratique « Ce que le Paquet Télécom change pour les cookies » : <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/ce-que-le-paquet-telecom-change-pour-les-cookies>, III, 2.

l'utilisation de cette expression qui porte à confusion s'agissant de la portée du consentement. Le droit de refus correspond en effet à l'ancien régime d'« opt-out ».

204. Or, l'article 2, f) de la directive vie privée et communications électroniques énonce explicitement : « le « consentement » d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au « consentement de la personne concernée » figurant dans la directive 95/46 sur la protection des données personnelles⁴¹.

205. L'article 2, h) de cette directive sur la protection des données personnelles⁴² définit la notion comme suit : « toute manifestation de volonté, libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ». Cette définition figure de manière assez littérale à l'article 1^{er}, § 8 de la LVP⁴³.

206. La Commission rappelle que le consentement doit également être indubitable pour constituer la base juridique d'un traitement de données à caractère personnel, conformément à l'article 5, h) de la LVP.

207. La Commission considère dès lors que la notion de consentement telle qu'elle figure à l'article 129 de la LCE s'entend de la notion de consentement telle qu'elle figure aux articles 1^{er}, § 8 et 5, h) de la LVP.

208. A l'instar du Groupe de l'article 29, la Commission est d'avis que le consentement doit être obtenu avant le début du traitement des données⁴⁴. Même si l'article 129 de la LCE n'utilise pas le vocable « préalable » à côté de la notion de « consentement », le libellé de la disposition ne fait pas de doute sur cette interprétation⁴⁵. Un traitement de données à caractère personnel préalable au consentement serait en tout état de cause illégitime, suivant l'article 5 de la LVP.

5.4 Validité du consentement

⁴¹ V. également le considérant 17 de cette directive.

⁴² Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 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, version consolidée officielle disponible à l'adresse suivante : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1995L0046:20031120:FR:PDF>.

⁴³ « Toute manifestation de volonté libre, spécifique et informée par laquelle la personne concernée ou son représentant légal accepte que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement ».

⁴⁴ Avis du Groupe de l'article 29 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, p. 35 : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf.

⁴⁵ « Le stockage d'informations ou l'obtention de l'accès à des informations déjà stockées (...) est autorisée uniquement à condition que : 2° l'abonné ou l'utilisateur final ait donné son consentement après avoir été informé conformément aux dispositions visées au point 1° ».

209. La Commission constate que les mises en œuvre pour recueillir le consentement varient grandement dans les pratiques observées.
210. La Commission souhaite expliciter les éléments constitutifs du consentement requis, tels qu'ils ont été énoncés ci-dessus⁴⁶.
211. Pour rappel, un consentement valable doit être libre, spécifique et informé. Dès lors que des données à caractère personnel sont concernées, il doit également être indubitable.
212. Pour exprimer un consentement libre, l'utilisateur doit être en mesure d'exercer un choix et ne pas être exposé à des conséquences négatives importantes s'il ne donne pas son consentement.
213. La nécessité d'un consentement spécifique signifie qu'un consentement général donné sans une information précise de la finalité exacte du traitement n'est pas valide.
214. Un consentement informé implique que l'information doit toujours précéder le consentement.
215. Pour que le consentement soit considéré comme indubitable, la procédure pour recueillir le consentement ne doit laisser aucun doute sur l'intention de l'utilisateur de donner son consentement.

5.5 Forme du consentement

216. La Commission considère qu'il n'y a en principe pas de limitation quant à la forme spécifique que peut revêtir le consentement⁴⁷. Les responsables du traitement peuvent mettre en place des procédures pour recueillir un consentement exprès ou recourir à des mécanismes qui aboutissent à un consentement implicite et clair. Il est ainsi possible de déduire le consentement de certaines actions.
217. La Commission rappelle néanmoins que la nécessité d'obtenir un consentement indubitable dans le cas de traitements de données à caractère personnel, ainsi que mentionné ci-dessus, limite les possibilités d'interpréter l'inaction de l'utilisateur comme un consentement valable.

⁴⁶ V. à cet égard l'Avis du Groupe de l'article 29 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf, p. 12.

⁴⁷ Le responsable du traitement doit pouvoir établir qu'il a obtenu un consentement valable et indubitable. V. notamment l'Avis du Groupe de l'article 29 15/2011 du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp187_fr.pdf.

5.6 Durée de validité du consentement

218. Une fois qu'un utilisateur a marqué explicitement son accord, la Commission estime qu'il n'est plus nécessaire de lui demander à nouveau s'il consent à l'installation d'un cookie ayant la même finalité et provenant du même fournisseur⁴⁸. La Commission invite néanmoins les responsables du traitement à limiter la portée du consentement dans le temps, particulièrement si le consentement a été recueilli de manière implicite ou si le consentement concerne des métafichiers de traçage.

5.7 Exceptions au consentement préalable

219. L'alinéa 2 de l'article 129 de la LCE introduit deux exceptions au consentement préalable de la personne concernée. Il s'agit de l'enregistrement technique des informations ou l'accès aux informations stockées dans les équipements terminaux d'un abonné ou d'un utilisateur final ayant pour seul but :

- 1^{er} critère : de réaliser l'envoi d'une communication via un réseau de communications électroniques (ex : quand la connexion nécessite que l'utilisateur soit enregistré auprès du responsable du traitement) ou
- 2^{ème} critère : de fournir un service demandé expressément par l'abonné ou l'utilisateur final lorsque c'est strictement nécessaire à cet effet (ex : achat en ligne).

220. Cela étant, le droit d'être informé prévu à l'article 9 de la LVP trouve toujours à s'appliquer dès lors que des données à caractère personnel sont traitées. Le législateur le confirme expressément en stipulant que le consentement n'exempte pas le responsable du traitement des obligations de la LVP⁴⁹.

221. Puisque la technique des métafichiers implique que les données sont collectées directement auprès de l'utilisateur, la Commission conclut que les informations doivent être fournies à ce dernier au plus tard au moment où les données à caractère personnel sont obtenues.

Cas concrets d'exemption⁵⁰

⁴⁸ V. à cet égard l'Avis 16/2011 du 8 décembre 2011 du Groupe de l'article 29 sur le code de bonnes pratiques de l'AEPP et de l'IAB en matière de publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2011/wp188_fr.pdf, p. 12.

⁴⁹ Alinéa 3 de l'article 129 de la LCE.

⁵⁰ Cf. Avis 04/2012 du 7 juin 2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_fr.pdf.

222. Certains cookies (les cookies essentiels définis supra, Dossier I, point 1.6) peuvent être exemptés du consentement préalable aux conditions énumérées ci-dessus et s'ils ne sont pas utilisés à des fins additionnelles.

223. La Commission énumère ci-dessous des exemples de cookies qui peuvent être exemptés du consentement suivant le premier ou le deuxième critère de l'alinéa 2 de l'article 129 de la LCE. Sauf précision, il est question de cookies de session. Des exemples de cookies non-exemptés sont également cités.

Cookies exemptés suivant le premier critère

224. Il est question des cookies suivants :

- Les cookies propres de visite, de suivi de visite et d'origine de visite, à condition de ne les analyser que de manière anonyme⁵¹.
- Les cookies de performance ou d'équilibrage de charge, à condition de ne les analyser que de manière anonyme.

225. Ces cookies peuvent être regroupés ou rapprochés à des fins statistiques et d'amélioration technique du site.

Cookies exemptés suivant le deuxième critère

226. Les cookies suivants sont concernés :

- Les cookies alimentés par l'utilisateur par des informations, pour garder la trace, le temps nécessaire, des saisies de l'utilisateur, par exemple dans un formulaire de plusieurs pages (web) ou dans un panier d'achat.
- Les cookies nécessaires à l'authentification durant la durée de la session.
- Les cookies de sécurité centrés sur l'utilisateur, par exemple les données nécessaires à un chiffrement ou pour la sécurité du service demandé spécifiquement par l'utilisateur
Ces cookies peuvent revêtir une période de vie plus longue que la seule session.
- Les cookies du support multimédia à finalité technique.
- Les cookies de personnalisation de l'interface utilisateur
Ces cookies renferment les préférences explicitement mentionnées par les utilisateurs d'un service, le choix de la langue utilisée par exemple. Une information additionnelle en regard

⁵¹ Les données anonymes sont définies par l'article 1^{er}, 5^o de l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP comme étant les données qui ne peuvent être mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable et qui ne sont donc pas des données à caractère personnel.

du choix opéré peut permettre de conserver la préférence au-delà de la session pour une durée prolongée.

Cas concrets de non-exemption

227. Il s'agit notamment des cookies suivants :

- Les cookies de pistage des plug-ins de réseaux sociaux
Les plug-ins de réseaux sociaux précités peuvent aussi être utilisés pour tracer les utilisateurs, qu'ils soient membres ou non du réseau, à l'aide de cookies tiers pour des finalités additionnelles telles que la publicité comportementale en ligne. A ces fins, ils nécessitent le consentement spécifique de l'utilisateur.
- Les cookies publicitaires
Ces cookies permettent de tracer la navigation d'un utilisateur potentiellement sur plusieurs sites différents pour déterminer quelles publicités devraient lui être montrées.

Cas particulier des cookies d'analyse d'origine de visite

228. Il s'agit de cookies qui vont permettre aux gestionnaires de sites web de mesurer l'audience de leur site.

229. Le Groupe de l'article 29 est d'avis 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* »⁵². Il ajoute qu'« 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 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 ».

230. L'autorité française de protection des données à caractère personnel, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), a décidé de considérer que ces cookies pouvaient être mis en œuvre sans avoir reçu le consentement préalable des personnes concernées sous certaines conditions, compte tenu, d'une part, de la finalité spécifique de ces cookies et, d'autre

⁵² Avis 04/2012 du 7 juin 2012 sur l'exemption de l'obligation de consentement pour certains cookies : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp194_fr.pdf, p. 11 et 12.

part, du risque très limité sur la protection de la vie privée que pose ce type de traitement⁵³. Elle a émis pour ce faire certaines conditions particulières, à savoir le respect des droits des personnes concernées, une précision dans la géolocalisation de l'internaute limitée à l'échelle de la ville et une conservation anonymisée et limitée des informations. Cette exemption ne vise toutefois pas le rapprochement ou le croisement de données à caractère personnel qui, sans le consentement spécifique, est interdit par certaines législations nationales (notamment belge et française)⁵⁴.

231. Malgré ces prises de position, la Commission est d'avis qu'il revient au législateur⁵⁵ d'apporter une clarification à la problématique posée par la non-exemption du consentement des utilisateurs en relation avec les cookies d'analyse d'origine.

232. Pour les sites relevant de la législation belge, l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP offre la possibilité de traiter les données à des fins statistiques après un codage⁵⁶ (par exemple par un « hachage » permettant les rapprochements longitudinaux). Ces traitements sont soumis aux conditions définies dans les articles 7 à 17 et 23 dudit arrêté royal.

6 Droits de la personne concernée

6.1 En droit

233. A côté de son droit d'information, la Commission considère que l'utilisateur doit bénéficier, en vertu de la loi, d'un droit d'accès, de rectification et de suppression des données à caractère personnel collectées au moyen des cookies.

234. Les droits d'accès et de rectification sont prévus respectivement aux articles 10 et 12, § 1^{er}, alinéa 1 de la LVP.

⁵³ V. l'article 6 de la Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux Cookies et autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978 : <http://www.cnil.fr/documentation/deliberations/deliberation/delib/300> et la fiche pratique du 26 avril 2012 « Ce que le Paquet Télécom change pour les cookies » : <http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fiches-pratiques/fiche/article/ce-que-le-paquet-telecom-change-pour-les-cookies>, II, 5.

⁵⁴ En application de cette interdiction de rapprochement de données et à titre d'exemple, l'utilisation de Google Analytics nécessite un consentement en France et en Belgique, mais pas nécessairement en Allemagne.

⁵⁵ Une proposition de loi a été déposée en ce sens aux Pays-Bas: <http://www.zdnet.be/nieuws/149467/nederlandse-cookiewet-wordt-milder-voor-analytics>.

⁵⁶ Les données codées sont définies par l'arrêté royal du 13 février 2001 portant exécution de la LVP, à l'article 1^{er}, 3^o : "données à caractère personnel codées" : les données à caractère personnel qui ne peuvent être mises en relation avec une personne identifiée ou identifiable que par l'intermédiaire d'un code".

235. La LCE a expressément prévu que le responsable du traitement donne gratuitement la possibilité aux abonnés ou utilisateurs finals de retirer le consentement de manière simple⁵⁷.
236. Par cette disposition, le législateur est allé plus loin que la LVP qui stipule en son article 12 § 1^{er}, alinéa 2, s'agissant d'un traitement de données à caractère personnel auquel il a été indubitablement consenti, que toute personne a le droit de s'opposer à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, « pour des raisons sérieuses et légitimes tenant à une situation particulière », c'est-à-dire constituant un risque particulier pour la personne concernée, à apprécier au cas par cas.
237. Cette disposition spécifique de la LCE permet également le retrait du consentement pour les cas où des cookies ne portant pas sur des données à caractère personnel sont utilisés.

6.2 En pratique

238. La commission constate que l'exercice du droit d'accès présente des difficultés pratiques et techniques qui rendent ce droit très théorique en ce qui concerne les données stockées sur le poste de travail de l'utilisateur.
239. A défaut de permettre la consultation des informations stockées, le responsable du traitement (le propriétaire du site) devra non seulement donner toute l'information nécessaire sur les finalités et contenu réel des cookies utilisés, mais aussi décrire les modalités à suivre pour l'effacement des cookies. Un tel effacement implique aussi une opposition à tout nouveau dépôt de cookies sans nouveau consentement.
240. Cela étant, le responsable du traitement devra également permettre à la personne concernée d'exercer ses droits quant aux données à caractère personnel collectées au moyen de cookies ou de métafichiers qu'elle traite sur elle.

7 Principes relatifs à la qualité des données

7.1 Finalité du traitement

241. L'article 129, alinéa 1^{er}, 1^o de la LCE impose de fournir à l'utilisateur des informations claires et précises sur les objectifs du traitement, qu'il porte ou non sur des données à caractère personnel.

⁵⁷ Alinéa 4 de l'article 129 de la LCE.

242. Il correspond aux obligations de l'article 4, § 1^{er}, 2^o de la LVP qui stipule que les données à caractère personnel sont collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes.

243. L'article 4, § 1^{er}, 2^o de la LVP interdit les utilisations (secondaires) incompatibles avec les finalités initiales du stockage ou de l'accès à des données à caractère personnel. Il ne peut dès lors en principe être question d'utiliser ces données dans le cadre d'autres services ou pour d'autres finalités.

7.2 Proportionnalité et conservation des données

244. Les données à caractère personnel stockées ou recueillies doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues⁵⁸.

245. Si les cookies de session sont détruits à la fin de la connexion au site visité, les cookies persistants ne peuvent être conservés indéfiniment.

246. Les informations collectées et stockées dans un cookie doivent être supprimées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires à la finalité poursuivie.

247. La Commission recommande de surcroît que les informations collectées à la création et à chaque lecture d'un cookie soient immédiatement effacées dès que la nécessité de les conserver a disparu.

8 Traitements ultérieurs

248. Les cookies et les métafichiers divers sont créés, échangés et traités selon une des finalités premières telles que mentionnées au point 7.1 et en respectant la LVP, notamment en ce qui concerne ses exigences relatives à l'information et au consentement préalable. Mais ces cookies, métafichiers, logs, journaux et autres traces peuvent aussi être traités ultérieurement pour d'autres finalités.

249. Suivant l'article 4, § 1^{er}, 2^o de la LVP, « les données à caractère personnel ne peuvent pas être traitées ultérieurement de manière incompatibles avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables ».

⁵⁸ Article 4, § 1^{er}, 3^o de la LVP.

9 Autres obligations du responsable du traitement

9.1 Sécurité du traitement

250. Afin de garantir la sécurité des données à caractère personnel, le responsable du traitement doit prendre les mesures techniques et organisationnelles requises pour les protéger contre la destruction accidentelle ou non autorisée, contre la perte accidentelle ainsi que contre la modification, l'accès et tout autre traitement non autorisé⁵⁹.

9.2 Déclaration du traitement

251. Dès lors que le stockage ou la lecture d'informations porte sur des données à caractère personnel dans le cadre de l'utilisation des cookies, on est en présence d'un traitement soumis à déclaration conformément à l'article 17 de la LVP.

252. La Commission invite dès lors les responsables de ce type de traitement à introduire une déclaration ou à compléter une précédente déclaration qu'ils auraient soumise à la Commission, sauf si le cookie répond à une finalité déjà déclarée.

9.3 Transferts en dehors de l'UE

253. Si les informations collectées à la création ou à chaque lecture d'un cookie par un responsable du traitement établi sur le territoire belge sont transférées vers des machines situées en dehors de l'Union Européenne, le responsable du traitement doit respecter les dispositions des articles 21 et 22 de la LVP.

10 Recommandations

254. Afin de garantir une meilleure protection des utilisateurs, le nouveau cadre réglementaire relatif aux cookies a mis en place un régime de consentement préalable informé qui repose sur les principes de la LVP.

255. La Commission émet ci-dessous une série de recommandations destinées à aider les responsables du traitement à mettre en place des mécanismes permettant de satisfaire à leurs

⁵⁹ Article 16, § 4 de la LVP.

obligations d'information préalable et d'obtention du consentement préalable des utilisateurs dans le cadre du traitement des métafichiers.

10.1 Devoir d'information

256. Les responsables du traitement doivent assurer l'accessibilité et la complétude de l'information des utilisateurs relatives aux métafichiers, conformément aux principes énoncés au point 5.2.

Avertissement préalable

257. Le mécanisme de recueil de consentement, analysé ci-dessous, doit fournir un avertissement clair, compréhensible et visible concernant l'utilisation des cookies. Cet avertissement renverra vers l'information complète relative à la politique d'utilisation des cookies.

Accessibilité

258. Le propriétaire du site doit faire figurer l'information complète relative à la politique d'utilisation des cookies dans une rubrique dédiée de son site, accessible depuis chaque page et référencée de manière visible.

259. Les annonceurs ou les régies publicitaires qui émettent des cookies doivent inclure un lien à proximité des espaces publicitaires renvoyant vers une rubrique dédiée de leur site ou une plate-forme de choix centralisé où l'information exhaustive relative à la politique d'utilisation des cookies sera proposée⁶⁰.

Contenu

260. L'information relative aux cookies sera de préférence fournie par type de cookies ou finalités de ces cookies.

261. Elle porte au moins sur les points suivants :

- les finalités des inscriptions et/ou des accès pour chaque type de cookie ou catégorie de finalités de ces cookies ;
- les catégories d'informations stockées ;
- les durées de conservation des informations ;
- les modalités pour l'effacement des informations ;

⁶⁰ A l'instar de ce que propose le site <http://www.youronlinechoices.com>, géré par l'Interactive Advertising Bureau (IAB), si ce n'est que ce mécanisme doit s'inscrire dans un système d'opt-in.

- les moyens de s'opposer au traitement ;
- les éventuelles communications à des tiers et les informations qui leur sont communiquées.

10.2 Recueil du consentement de l'utilisateur

262. L'utilisateur devrait avoir l'opportunité de choisir librement entre l'option d'accepter certains ou tous les cookies ou de refuser tous ou certains cookies et de conserver la possibilité de changer les paramètres relatifs aux cookies ultérieurement⁶¹.

263. Il est donc recommandé de s'abstenir d'utiliser des mécanismes qui fournissent seulement une option de consentement inconditionnel sans proposer un choix relatif aux différents cookies ou à tout le moins certains d'entre eux⁶². Les utilisateurs devraient dans tous les cas se voir proposer un vrai choix concernant les cookies publicitaires et de pistage ou de traçage.

264. Ce choix sera effectué soit par une action positive de l'utilisateur (ex. : cliquer, cocher une case) soit par tout autre comportement actif dont un responsable du traitement peut conclure de manière indubitable qu'elle signifie le consentement. Le consentement doit être spécifique pour les finalités dont l'utilisateur est explicitement informé.

265. La Commission estime que la poursuite de la navigation sur le site (« further browsing ») pourra être considérée comme un comportement actif par lequel l'utilisateur signifie son consentement. La poursuite de la navigation ne peut être considérée comme un consentement valable que si :

- la notification relative aux cookies est affichée de façon suffisamment visible et claire sur la page d'accueil, de telle façon qu'elle ne peut pas être manquée ;
- la notification relative aux cookies doit indiquer explicitement et de manière bien visible que la poursuite de la navigation sur le site peut être considérée comme un consentement ;
- la notification reste visible tant que l'utilisateur n'a pas poursuivi sa navigation.

266. L'absence de comportement actif de l'utilisateur ne peut être considérée comme un consentement valable.

⁶¹ V. le Working Document du Groupe de l'article 29 02/2013 du 2 octobre 2013 providing guidance on obtaining consent for cookies : http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2013/wp208_en.pdf, p. 5.

⁶² Le Groupe de l'article 29 fournit une explication basée sur le considérant 25 de la directive vie privée et communications électroniques, ibidem, p.5.

267. La Commission invite les responsables du traitement à ne pas assortir le refus des cookies par l'utilisateur de conséquences négatives tels que l'impossibilité totale d'accéder au site. Elle conçoit néanmoins que certains services soient techniquement inaccessibles suite à un tel choix.
268. La Commission ajoute que le mode de paramétrage actuel des navigateurs ne permet pas de déduire que l'utilisateur a effectué un choix sur la politique d'acceptation des cookies qu'il souhaite adopter⁶³ sauf lorsque ce dernier a décidé d'exclure tout cookie⁶⁴. Ces paramètres ne permettent en effet pas de nuancer les choix de l'utilisateur selon les finalités.
269. Si un site web utilise plusieurs types de cookies ou des cookies qui couvrent plusieurs finalités, la Commission estime qu'il n'est pas nécessaire de recueillir le consentement pour chaque type de cookie si l'information fournie est suffisamment explicite pour chacune des finalités. De même, lorsqu'un responsable du traitement a obtenu le consentement d'un utilisateur, il n'est pas nécessaire d'obtenir à nouveau ce consentement lors de chaque visite.
270. En ce qui concerne la forme, les fenêtres « pop-up » classiques sont à déconseiller dès lors qu'elles s'affichent de façon envahissante et que la plupart des navigateurs récents les bloquent.
271. La Commission fournit ci-dessous des exemples non-limitatifs de techniques afin de recueillir le consentement des utilisateurs.

Zone de notification

272. Cet espace invite l'utilisateur à faire son choix.
273. La Commission est d'avis qu'il sera idéalement placé de manière bien visible en encart en haut ou en bas de la page d'accueil afin d'attirer l'attention des utilisateurs.
274. Il restera présent tant que l'utilisateur n'a pas effectué son choix ou opéré une action positive équivalente telle que la fermeture de la zone.

Ecran de démarrage

⁶³ V. à cet égard l'Avis du Groupe de l'article 29 2/2010 du 22 juin 2010 sur la publicité comportementale en ligne : http://ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_fr.pdf, pp. 16-18.

⁶⁴ La Commission pense notamment aux modes de navigation privée développés par les principaux navigateurs.

275. Le consentement de l'utilisateur peut également être recueilli à l'occasion d'un écran de démarrage s'affichant à l'ouverture du site, dans la page même ou sous forme de bandeau en surimpression.
276. Une telle technique peut être utilisée lorsque que la consultation du site impose à l'utilisateur de faire un choix (par exemple d'accéder à un site présentant un contenu susceptible d'offenser) ou de fournir certaines informations (par exemple en vue de contrôler qu'il a l'âge requis pour accéder au site).
277. Pour répondre à la condition d'information préalable à tout consentement, la page doit donner la possibilité de prendre connaissance des informations utiles : finalités, catégories de cookies concernés, etc.

Cases à cocher à l'inscription ou boutons de contrôle

278. A l'occasion de son inscription à un service ou lors de son enregistrement sur le site, le responsable du traitement peut inviter l'utilisateur à préciser ses préférences.
279. La Commission est d'opinion que cette option pourrait être notamment utilisée par les réseaux sociaux dans le cadre de l'utilisation des plugins pour les réseaux sociaux sur les différents sites partenaires.

10.3 Retrait du consentement

280. L'utilisateur doit pouvoir à tout moment et de manière aisée retirer le consentement qu'il a précédemment donné. Cette possibilité lui sera donnée dans le cadre de l'information relative à la politique d'utilisation des cookies.
281. Dès que le consentement est retiré, la Commission insiste pour que les responsables du traitement procèdent à la suppression des cookies concernés des dispositifs des utilisateurs et des informations collectées à l'aide de ces cookies. Ceci concerne les métafichiers mémorisés par le serveur et, si le site visité en a la possibilité les cookies stockés sur le poste de travail de l'utilisateur. Lorsque le serveur du site ne dispose pas de la possibilité d'effacer les informations sur le poste de travail de l'utilisateur, le responsable du traitement doit préciser dans la « Politique relative aux cookies » la procédure à suivre par l'utilisateur pour effacer les informations stockées sur son poste.

10.4 La politique d'utilisation des cookies

282. La politique communiquée par le responsable du traitement est un engagement envers les internautes. Le responsable du traitement qui ne respecterait pas sa politique publiée sur son site pourrait se voir sanctionner sur base de diverses qualifications juridiques (en vertu des articles 37 et suivants de la LVP : traitement déloyal (articles 4, § 1^{er}, 1^o), manquement à l'obligation d'information (article 9) ; ou en vertu d'autres normes légales : infraction dans le cadre de la protection des consommateurs, ...).

10.5 La communication de données à des tiers

283. Lorsque des données sont communiquées à des tiers pour l'utilisation des cookies, le visiteur du site doit en être averti avant tout consentement. Les catégories de tiers auxquels les données sont communiquées doivent avoir été indiquées dans la déclaration.

284. Lorsqu'il y a traitement ou communication de données à des sous-traitants répondant à la définition de l'article 1^{er}, § 5 de la LVP (gestionnaires de sites, hébergeurs privés, ...), ceux-ci ne sont pas considérés comme un tiers ; néanmoins les relations avec ces sous-traitants doivent être couvertes par une convention de sous-traitance conforme aux exigences de l'article 16 de la LVP.

Dossier III – ASPECTS PRATIQUES ET TECHNIQUES

III. ASPECTS PRATIQUES ET TECHNIQUES

1 Finalités légitimes pour le responsable du traitement

285. En pratique, on retiendra que l'utilisation des cookies par un site web n'est pas un problème en soi. C'est leur utilisation pour diverses finalités qui peut porter préjudice aux droits à la vie privée et à la protection des données à caractère personnel. C'est bien en fonction des finalités de traitement qu'il faut se poser les questions :

- de légitimité des finalités en vertu des droits des personnes concernées (les visiteurs du site en l'occurrence) ;
- de contenu et de durée de conservation.

286. De plus, l'utilisation excessive ou la conservation trop longue des cookies crée des opportunités de récupérations frauduleuses par des tiers et d'utilisations pouvant porter atteinte aux droits des personnes.

287. Quand il est question dans les sous-points suivants d'exemption du consentement, celle-ci ne vaut que dans la mesure où l'utilisation des cookies mentionnés est limitée à la finalité spécifique qui est décrite.

1.1 Gestion de la navigation

288. La gestion de la navigation repose sur des cookies essentiels et leur utilisation pour cette finalité ne nécessite pas de consentement.

1.2 Connexion et authentification comme membre enregistré

289. Lorsque le visiteur s'enregistre et se rend sur certaines pages dans une session ouverte par la connexion (login), les cookies nécessaires sont transférés et/ou rendus accessibles sur le poste de travail de celui-ci par la connexion. Les cookies de connexion sont nécessaires techniquement lorsque l'accès à certaines pages du site exige une identification préalable, avec ou sans authentification (mot de passe, ...). Cette identification est mémorisée sur le poste de travail de l'utilisateur et sur le serveur pour le suivi continu de la transaction. L'utilisateur doit être averti qu'en interdisant les cookies, certaines fonctions du site peuvent ne pas être accessibles.

290. Les cookies de connexion, par principe provisoires, ne devraient pas être conservés au-delà de ce qui est nécessaire à la transaction. En cas de déconnexion (log-out), les cookies doivent être supprimés.

291. Toutefois, pour faciliter les connexions ultérieures de l'utilisateur, le serveur peut proposer une option à cocher « Se souvenir de moi ». Le cookie est alors préservé sur le poste de travail de l'utilisateur et sur le serveur ; il est réactivé au moment d'une connexion ultérieure, par exemple pour proposer l'identifiant nécessaire pour une nouvelle connexion nécessitant l'enregistrement.

292. Cette conservation des cookies n'est légitime que si l'utilisateur en est clairement averti et qu'il dispose de facultés tant pour refuser l'option que pour effacer les cookies mémorisés (par le navigateur, par exemple).

293. Il est à remarquer que les connexions Internet étant asynchrones, l'internaute peut interrompre le dialogue sans que le site serveur en soit averti. Les cookies peuvent alors rester « persistants » pour une durée qui doit être limitée. Cette durée légitime peut varier de quelques minutes à quelques heures, à fixer par le gestionnaire du site en fonction du type de transactions. A défaut d'autres options explicites, les cookies de connexion devraient être désactivés par le navigateur au moment où il se clôture.

294. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies essentiels de connexion ou d'enregistrement
 - La persistance ou non des cookies (durées de conservation et, le cas échéant, les modalités pour leur effacement)
- Exemption du consentement

1.3 Stockage de préférences

295. Certains cookies sont aussi utilisés pour stocker des préférences : la langue de dialogue avec le site, la localisation régionale pour les recherches par des moteurs spécialisés, etc. Ils peuvent aussi stocker des préférences pour la personnalisation de l'interface utilisateur (couleurs, ...). Ces cookies sont alors à gérer comme les cookies de connexion décrits ci-dessus.

296. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies essentiels de connexion ou de mémorisation de préférences
 - La persistance ou non des cookies (durées de conservation et, le cas échéant, les modalités pour leur effacement)
- Exemption du consentement

297. Il peut aussi être utile pour le propriétaire du site d'en exploiter les informations statistiques. Ces cookies devront alors être assimilés aux cookies de statistiques décrits ci-après.

298. Pour les utilisateurs enregistrés, il est préférable de mémoriser ces préférences de l'utilisateur avec les autres paramètres du compte.

1.4 Stockages de données de l'utilisateur

299. Il s'agit de cookies utilisés pour garder la trace des saisies de l'utilisateur, par exemple dans un formulaire de plusieurs pages (web) ou dans un panier d'achat.

300. Si le stockage est limité à la durée de la session, un tel usage ne demande pas le consentement ni d'information spécifique autre que l'avertissement général dans la « Politique relative aux cookies ».

301. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies essentiels de connexion ou d'enregistrement
 - La persistance ou non des cookies (durées de conservation)
 - Les actions à prendre pour effacer les informations stockées
- Exemption du consentement

1.5 Informations de sécurité centrées sur l'utilisateur

302. Les cookies de sécurité sont les cookies placés pour accroître la sécurité du service spécifiquement demandé par l'utilisateur. Cela peut être des informations sur le protocole (certificats utilisés dans le cadre SSL, par exemple) ou des paramètres de chiffrement.

303. Si le stockage est limité à la durée de la session, un tel usage ne demande pas de consentement ni d'information spécifique autre que l'avertissement général dans la « Politique relative aux cookies ».

304. Lorsque la durée de conservation dépasse la durée de la connexion, l'utilisateur doit en être informé (le cas échéant, pour ne pas les effacer malencontreusement).

305. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies essentiels de connexion ou d'enregistrement

- La persistance ou non des cookies (durées de conservation et, le cas échéant, les modalités pour leur effacement)
- Exemption du consentement

1.6 Statistiques d'optimisation du site

306. Tous les cookies gérés légitimement peuvent être utilisés pour des analyses statistiques visant à optimiser la forme, la structure et le contenu du site, à condition que les analyses portent sur des données anonymes. Le responsable du traitement garantira cet anonymat par la politique de sécurité.

1.7 Statistiques d'audience ou d'origine de visite du site

307. Les cookies d'analyse de navigation et de type d'audience (analyse des origines des internautes) accédant au site Internet permettent d'obtenir des statistiques utiles pour le concepteur du site, stockés chez l'utilisateur mais « récupérés » par le site et exploités à des fins de statistiques.

308. Conformément à différentes prises de position, on peut considérer que ce traitement répond à un intérêt légitime du responsable du traitement à condition que les cookies soient propres au site visité et que les statistiques soient strictement anonymes.

309. Pour des telles statistiques, on ne peut exiger d'anonymiser le fichier avant le traitement : il faut en effet pouvoir rapprocher les requêtes successives, de manière longitudinale, par exemple pour compter le nombre de requête par visite et le nombre de visites des usagers sur une période : il peut être important pour la conception du site de savoir que 50 visiteurs ont fait 1 visite ou que ce sont 2 visiteurs qui en ont fait chacun 25.

310. Un traitement loyal de ces données, au sens de l'article 4 de la LVP exige au moins que l'utilisateur soit clairement informé de ces traitements, par exemple sur une page du site, accessible dès la page d'accueil et clairement identifiée (par exemple par le titre « Politique en matière de cookies » ; cette politique semble être le meilleur moyen de répondre à l'obligation d'information sur les traitements, en application de l'article 9 de la LVP).

311. La loi sur les communications électroniques n'exempte pas de l'obligation du consentement. Toutefois, la Commission est d'avis qu'il revient au législateur d'apporter une clarification à la problématique posée par la non-exemption du consentement des utilisateurs en relation avec

les cookies d'analyse d'origine : de telles statistiques anonymes ne présentent pas en soi de risques particuliers pour les personnes concernées.

312. En pratique :

- Cookies propres au site visité et anonymisation avant toute exploitation, sinon,
- Exploitation non anonyme :
 - Information préalable du visiteur :
 - Les finalités du traitement des données
 - Les durées de conservation des données
 - Les catégories des personnes auxquelles les données sont communiquées
 - Consentement préalable obligatoire

1.8 Equilibrage de charge

313. Lorsque des sites sont fortement sollicités, il est nécessaire de répartir les charges des requêtes sur plusieurs réseaux et serveurs distincts. Cette gestion nécessite le stockage d'informations sur le poste de l'internaute, généralement à l'aide d'un cookie.

314. Si le stockage est limité à la durée de la session, un tel usage ne demande pas le consentement ni d'information spécifique autre que l'avertissement général dans la « Politique en matière de cookies ».

315. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies techniques
 - La persistance ou non des cookies (durées de conservation)
- Exemption du consentement

1.9 Paramètres de lecteur multimédia

316. Ces cookies sont utilisés pour stocker les données techniques de lecture du contenu vidéo ou audio du site web visité (identifiant de format et de type de compression, dimensions de la zone à afficher sur l'écran, ...).

Cet usage rentre dans l'attente prévisible du visiteur et ne demande ni consentement ni information spécifique.

317. En pratique :

- Information préalable du visiteur facultative

- Exemption du consentement

1.10 Utilisation d'Adobe Flash Player

318. Lorsqu'une page présente un contenu faisant appel au module « Adobe Flash Player », ce module gère des cookies particuliers dont l'effacement n'est pas sous le contrôle du navigateur. Adobe fournit les informations complémentaires sur son site⁶⁵.

319. Il serait souhaitable que les pages affichant des contenus faisant appel à « Adobe Flash Player » en informent les internautes.

320. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - L'utilisation de cookies « Adobe Flash Player »
 - Les modalités pour l'effacement des cookies (par exemple avec l'adresse URL du panneau de configuration présenté sur le site d'Adobe)
- Consentement préalable obligatoire

1.11 Informations sur le multimédia

321. Certaines options des lecteurs multimédias stockent des informations sur le contenu téléchargé pour le présenter, par exemple, sous forme d'albums. Le stockage et le traitement de ces informations, mémorisées sous forme de cookies ou non, nécessitent :

- que le traitement soit conforme aux conditions de la LVP ;
- le consentement de l'utilisateur ;
- une information explicite sur les finalités, durées de conservation et modalités pour l'effacement des informations.

322. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - Les finalités des informations stockées
 - Les catégories d'informations stockées
 - Les durées de conservation des informations
 - Les modalités pour l'effacement des informations
- Consentement préalable obligatoire (peut être obtenu par la nécessité d'une action du visiteur : donner le nom du répertoire de mémorisation, ...)

⁶⁵ <http://helpx.adobe.com/flash-player/kb/disable-local-shared-objects-flash.html>,
http://www.macromedia.com/support/documentation/fr/flashplayer/help/settings_manager02.html#118539.

1.12 Partage de contenu

323. L'ajout sur une page de boutons de réseaux sociaux informe ces derniers de la visite de l'internaute ; l'information est utilisée à des fins diverses, non nécessairement explicites. De tels boutons ne devraient donc être actifs ou n'apparaître sur la page qu'avec le consentement de l'internaute.

324. Il existe des outils qui permettent au gestionnaire du site d'utiliser ces boutons de manière conforme. Ils permettent d'afficher les boutons de réseaux sociaux et de ne les activer qu'une fois que l'utilisateur a fourni son consentement⁶⁶. De cette manière, aucun cookie n'est envoyé sans le consentement préalable de l'utilisateur.

325. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite)
- Consentement préalable obligatoire
- Recommandation : utiliser les outils qui permettent d'afficher les boutons de partage sans les rendre actifs avant le consentement de l'utilisateur

1.13 Pistage ou traçage

326. Certains compléments logiciels inclus dans une page consultée permettent la gestion de métafichiers de pistage : tracer la navigation sur plusieurs sites différents pour recueillir des comportements ou des informations sur les sites visités. Cette technique est utilisée, par exemple pour de la publicité ciblée. Ces métafichiers sont gérés par des cookies ou par d'autres techniques. Ces fonctions sont implicitement activées par exemple par les boutons de signalement à certains réseaux sociaux ou par des bannières publicitaires.

327. De telles fonctions exigent obligatoirement le consentement de l'utilisateur et l'exploitation qui en est faite doit répondre à toutes les contraintes de la LVP.

328. En pratique :

- Prendre des dispositions appropriées avec le fournisseur de réseau publicitaire ou l'annonceur
- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - Type de boutons de partage ou de cookies

⁶⁶ V. notamment le site web de la CNIL qui préconise ce type de solution : <http://www.cnil.fr/vos-obligations/sites-web-cookies-et-autres-traceurs/outils-et-codes-sources/les-boutons-sociaux/>.

- L'utilisation et les catégories de données communiquées
- Les catégories de tiers auxquels des données à caractère personnel sont communiquées et les possibilités de traçage sur plusieurs sites
- La possibilité de retirer son consentement
- Consentement préalable nécessaire pour toutes les applications prévues par les tiers, en ce compris le traçage à des fins publicitaires
- Recommandation : utiliser les outils qui permettent d'afficher les boutons de partage sans rendre actifs les cookies de pistage avant le consentement de l'utilisateur

1.14 Autres utilisations légitimes de cookies, métafichiers et traces de contenu de transaction

329. Deux cas sont à distinguer.

330. Le premier cas concerne les données générées par la transaction et nécessaires à la poursuite d'une opération. C'est le cas, par exemple, d'une boutique en ligne : le responsable du traitement doit procéder à l'exécution de la commande. Il est évident que la prise de commande en ligne n'est qu'une opération élémentaire du traitement d'une commande. C'est ce traitement global (transaction de commande) qui légitime alors la collecte et le traitement des données, que ce soit sur un serveur Internet ou sur le matériel du responsable du traitement. Ces données ne demandent un consentement particulier que si leur conservation sur le poste de l'internaute dépasse la durée nécessaire à la transaction.

331. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - Les finalités des informations stockées
 - Les catégories d'informations stockées
 - Les durées de conservation des informations
 - Les modalités pour l'effacement des informations (sauf si elles sont effacées en fin de transaction)
- Exemption du consentement préalable sauf si les informations sont conservées au-delà de la durée de la transaction

332. Le deuxième cas concerne toutes les informations relatives à la navigation : cookies et fichiers divers, journaux (logs), etc. De telles informations sont souvent stockées par l'hébergeur ou par les logiciels de service et applications exécutées sur le serveur. Ces situations nécessitent une analyse au cas par cas en regard des finalités légitimes et des conditions de traitement.

333. En pratique :

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - Les finalités des informations stockées
 - Les catégories d'informations stockées
 - Les durées de conservation
 - Les modalités pour l'effacement des informations (sauf si elles sont effacées en fin de transaction)
- Consentement préalable obligatoire

334. Un cas particulier mérite d'être souligné : l'exploitation des cookies, métafichiers et traces conservés par l'hébergeur et mis à disposition du gestionnaire ou du responsable du traitement. En effet, certains hébergeurs mettent à disposition du propriétaire du site des traces d'activités, parfois très détaillées ainsi que les outils d'analyse statistique. On trouve par exemple, les adresses IP des visiteurs, leurs origines géographiques, le nombre de visites, la trace de fichiers téléchargés, les tentatives avortées d'authentification, etc.

335. L'exploitation inconsidérée de ces informations peut conduire à des infractions⁶⁷ au regard de la LVP ou de la loi relative aux communications électroniques. Une analyse d'origine non anonyme, par exemple, ne pourra se faire sans le consentement de la personne concernée, consentement impossible à obtenir a posteriori.

336. En pratique :

Si le traitement ne porte que sur des données anonymes : exemption d'information du visiteur et de consentement préalable, sinon,

- Information préalable du visiteur (par une politique explicite) :
 - Les finalités des informations stockées
 - Les catégories d'informations stockées
 - Les durées de conservation
 - Modalités pour l'effacement des informations (sauf si effacées en fin de transaction)
- Consentement préalable obligatoire

1.15 Autres finalités générant des cookies ou des métafichiers

337. Tout autre stockage ou traitement de cookies, métafichiers ou fichiers de journalisation doit répondre aux 3 conditions :

- un traitement conforme aux conditions de la LVP (finalités, qualité des données, ...) ;

⁶⁷ En cas d'infraction, le responsable du traitement sera responsable civilement (LVP, article 15bis) et pénalement (LVP, articles 38 à 43) et sanctionné de manière appropriée, sauf s'il peut prouver que le fait ne lui est pas imputable.

- le consentement de l'utilisateur ;
- une information explicite sur les finalités, durées de conservation et modalités pour l'effacement des informations (exercice des droits de la personne concernée).

1.16 Communication de données à des tiers

338. Il est possible de créer des cookies qui sont rendus accessibles par d'autres sites et ainsi de se partager des informations consolidées. C'est utile, par exemple, pour des profils publicitaires. De telles utilisations ne peuvent être envisagées qu'avec le consentement de l'internaute obtenu après sa due information.

339. Il s'agit bien d'une communication de données personnelles à un tiers, toutes les dispositions de la LVP sont d'application car celle-ci ne fait pas de distinction quant au support utilisé pour la communication.

2 Information à fournir à l'utilisateur d'Internet

340. Tout site web doit au moins comporter, conformément à l'article 9 de la LVP :

- l'identité du responsable du traitement et la personne désignée par celui-ci, au même titre que toute publication papier doit comporter son éditeur responsable ;
- la politique en matière de confidentialité et de cookies avec, le cas échéant, l'usage qui est fait des cookies ne demandant pas le consentement préalable ;
- le point de contact⁶⁸ pour l'exercice des droits d'accès, de rectification, de suppression ou d'opposition ;
- un formulaire d'acceptation ou de refus de consentement si le site fait appel à des cookies pour lesquels le consentement préalable est obligatoire ;
- le cas échéant, les modalités à suivre pour retirer son consentement et les conséquences qu'un tel retrait peut entraîner ;
- le cas échéant, les modalités à suivre pour l'effacement des cookies stockés sur le poste de travail du visiteur.

341. Ces informations peuvent être regroupées en une page du site, facilement accessible et intitulée par exemple « Informations légales » ou « Politique relative aux cookies ». La lecture

⁶⁸ Remarque de la Commission : le responsable du traitement doit garantir qu'il apportera une réponse appropriée à toute requête adressée à ce point de contact.

de cette page doit être conviviale : le style ou la longueur ne peuvent être des facteurs de dissuasion⁶⁹.

3 Forme du consentement

342. Il est conseillé de prévoir un formulaire explicite permettant de cocher les différentes options possibles. Toutefois, avant tout choix, le visiteur du site doit toujours avoir la possibilité de consulter les informations utiles : l'identité du responsable du traitement, la politique relative aux cookies et l'éventuelle politique spécifique en matière de confidentialité. La zone de choix doit rester visible tant que l'utilisateur n'a pas opéré son choix ou fermé cette zone.

343. Le consentement doit être spécifique pour chaque finalité ou pour un groupe de finalités. Il ne peut être global pour toutes les catégories de cookies sans précision de finalités.

4 Retrait du consentement

344. L'utilisateur doit pouvoir à tout moment et de manière aisée retirer le consentement qu'il a précédemment donné. Cette possibilité lui sera donnée dans le cadre de l'information relative la politique d'utilisation des cookies.

345. Ce retrait peut être exprimé par un formulaire explicite ou, selon les circonstances et les données enregistrées, être automatique par l'un des moyens suivants :

- La déconnexion de l'utilisateur enregistré, avec l'effacement des cookies consentis ou enregistrés dans le cadre de la connexion
- En fin de transaction (le panier d'achat, par exemple)
- A la fermeture de la fenêtre du navigateur, en fin de session de dialogue
- A la clôture du compte pour un utilisateur enregistré

5 Conseils pour l'internaute

346. Fermer régulièrement la fenêtre du navigateur pour en ouvrir une nouvelle : cela force le navigateur à effacer les cookies temporaires.

347. Utiliser la navigation « in private » ou « navigation privée ».

⁶⁹ En vertu de la loi, le consentement doit être informé et spécifique. Une information dissuadant la lecture pourrait être invoquée pour invalider le consentement ou pour considérer le traitement comme contraire au principe de loyauté repris à l'article 4, § 1^{er}, 1° et 2°.

Il existe des versions de systèmes d'exploitation, de navigateurs (Internet Explorer, Firefox, Chrome, ...) qui permettent la navigation privée.

Cette option, à choisir en standard, force le navigateur à effacer toutes les traces (cookies, historiques, ...) à la fermeture de la fenêtre ; la fermeture d'un onglet ne suffit pas.

L'effacement ne concerne que les historiques gérés par le navigateur lui-même : les cookies « Adobe Flash Player » et autres métafichiers ou modifications de paramètres et de fichiers ne sont pas concernés par l'effacement à la fermeture.

348. Utiliser les options ou logiciels en « coffre-fort » ou en « sandbox » (« bac à sable »).

Certains anti-virus, logiciels utilitaires et suites Internet offrent des protections plus strictes par le principe des espaces virtuels ou des machines virtuelles. C'est l'ensemble du processus qui s'exécute dans un espace virtuel. Tout fichier à ajouter ou à modifier est d'abord ajouté ou copié dans l'espace virtuel. A la fermeture du logiciel, l'espace virtuel est effacé, cela supprime toutes les traces des modifications ou d'historiques.

Ce mode de navigation virtuelle est le plus sûr lorsqu'il est disponible : il évite de devoir effacer les cookies et autres métafichiers en fin de navigation, mais il protège aussi l'ordinateur de nombreux risques de virus et autres codes malveillants. Il offre aussi le maximum de garantie contre toute modification de fichiers de l'ordinateur qui ne serait pas souhaitée ni souhaitable. La navigation virtuelle, en autorisant tous les cookies, ne limite pas la navigation mais peut nécessiter des protections complémentaires par exemple contre le transfert d'informations à des sites tiers.

349. Utiliser des logiciels tiers pour l'effacement ou le suivi des cookies.

Il existe des logiciels qui permettent de connaître l'activité des sites visités, le dépôt de cookies et les requêtes vers des sites tiers⁷⁰ ; d'autres permettent d'effacer de manière plus complète mais pas absolue les cookies et historiques qui ne sont jamais tous effacés par les navigateurs.

Il existe de nombreux logiciels téléchargeables, gratuits ou non. Toutefois il faut retenir les remarques suivantes :

- Un logiciel n'est jamais parfait et en fonction des versions successives, un logiciel peut devenir plus efficace qu'un autre.
- L'utilisation, légitime ou frauduleuse des cookies, des métafichiers et des traces évolue constamment : les nouvelles versions des logiciels de protection ne peuvent les suivre qu'avec un certain retard.
- Internet présente de nombreux logiciels très efficaces mais cachant aussi des fonctions malveillantes ou intrusives. Un téléchargement ne peut être envisagé qu'après avoir pris

⁷⁰ V. notamment « Cookieviz » : logiciel gratuit développé par la CNIL, pour visualiser en temps réel le dépôt et la lecture des cookies lors d'une navigation ; il analyse les interactions entre l'ordinateur, le navigateur et les sites et serveurs distants.

les précautions suffisantes, notamment par une vérification par les meilleurs anti-virus possibles.

- Certains sites malveillants proposent au téléchargement des logiciels réputés sûrs mais dans une version infectée. Le choix du site de téléchargement est donc au moins aussi important.

Pour en savoir plus sur les cookies :

Différents sites présentent des explications détaillées sur les cookies et sur la manière de les gérer, par exemple :

- <http://www.cnil.fr/vos-droits/vos-traces/les-cookies>

Autres exemples et conseils

- <http://helpx.adobe.com/flash-player/kb/disable-local-shared-objects-flash.html#main> Where can I change the settings for disabling or deleting local shared objects
- [http://www.macromedia.com/support/documentation/fr/flashplayer/help/settings_manager.htm](http://www.macromedia.com/support/documentation/fr/flashplayer/help/settings_manager.html)
!
- <http://www.youronlinechoices.com/be-fr>
- <http://www.iab-belgium.be>

Sommaire

A.	Objet et contexte de la recommandation	2
B.	Les définitions	3
B.1	Les cookies et leur usage actuel.....	3
B.2	Les acteurs.....	3
C.	Les principes juridiques élémentaires de la protection de la vie privée et des données à caractère personnel	5
C.1	Les données à caractère personnel et leur traitement.....	5
C.2	Légitimité d'un traitement de données à caractère personnel.....	5
C.3	Le consentement indubitable	6
C.4	L'information préalable.....	7
C.5	Le caractère international des sites Internet	7
C.6	Le cadre légal des communications électroniques.....	7
D.	Les responsabilités et les recommandations.....	8
D.1	Le propriétaire du site	8
D.2	Le visiteur du site	9
D.3	L'éditeur du site.....	9
D.4	Le gestionnaire du site	11
D.5	L'hébergeur – opérateur public	11
D.6	L'hébergeur – non opérateur public.....	12
D.7	Le publicitaire	12
	ANNEXES	14
	Dossier I – DEFINITIONS, CONTEXTE ET CONSIDERATIONS GENERALES	14
I.	DEFINITIONS, CONTEXTE ET CONSIDERATIONS GENERALES.....	15
1	Les cookies et les traces.....	15
1.1	Origine historique	15
1.2	Le développement de la dynamique	16
1.3	Evolutions plus récentes de l'utilisation des cookies.....	17
1.4	Le métafichier : généralisation du concept des cookies.....	18
1.5	Les risques pour les personnes concernées.....	18

1.6	Catégories de cookies	19
2	Les acteurs.....	26
2.1	L'internaute, visiteur de sites Internet	26
2.2	Le propriétaire du site	27
2.3	Le gestionnaire du site	27
2.4	L'éditeur du site	28
2.5	L'hébergeur du site	29
2.6	Le publicitaire	29
3	La localisation des cookies et métafichiers	30
3.1	Le stockage éphémère	30
3.2	Le stockage standard des cookies	30
3.3	Le stockage par le gestionnaire.....	30
3.4	Le stockage par l'hébergeur public	31
4	L'accès, la lecture et le traitement des cookies.....	31
4.1	Les cookies stockés sur le poste de travail du visiteur.....	31
4.2	Les cookies stockés sur le serveur du site.....	32
4.3	Les cookies stockés par les systèmes de l'hébergeur	32
	Dossier II – CONSIDERATIONS JURIDIQUES	33
	II. CONSIDERATIONS JURIDIQUES.....	34
1	Le contexte juridique	34
1.1	La loi relative aux communications électroniques	34
1.2	La loi vie privée	35
2	Champ d'application de la réglementation belge relative aux cookies	37
2.1	Matériel.....	37
2.2	Territorial	37
3	Contrôle de la réglementation belge relative aux cookies.....	39
4	Responsabilité du traitement	39
4.1	Le propriétaire du site	39
4.2	Le gestionnaire du site	40
4.3	L'éditeur du site	40

4.4	L'hébergeur du site	40
4.5	Le réseau publicitaire	40
4.6	L'annonceur	41
5	Principes de légitimité du traitement lors de l'utilisation de cookies	42
5.1	Principes généraux.....	42
5.2	Information préalable.....	42
5.3	Consentement préalable au traitement.....	43
5.4	Validité du consentement	44
5.5	Forme du consentement.....	45
5.6	Durée de validité du consentement	46
5.7	Exceptions au consentement préalable	46
6	Droits de la personne concernée.....	49
6.1	En droit.....	49
6.2	En pratique.....	50
7	Principes relatifs à la qualité des données.....	50
7.1	Finalité du traitement.....	50
7.2	Proportionnalité et conservation des données	51
8	Traitements ultérieurs	51
9	Autres obligations du responsable du traitement.....	52
9.1	Sécurité du traitement.....	52
9.2	Déclaration du traitement.....	52
9.3	Transferts en dehors de l'UE.....	52
10	Recommandations	52
10.1	Devoir d'information.....	53
10.2	Recueil du consentement de l'utilisateur	54
10.3	Retrait du consentement	56
10.4	La politique d'utilisation des cookies	57
10.5	La communication de données à des tiers	57
	Dossier III – ASPECTS PRATIQUES ET TECHNIQUES	58
	III. ASPECTS PRATIQUES ET TECHNIQUES	59

1	Finalités légitimes pour le responsable du traitement	59
1.1	Gestion de la navigation	59
1.2	Connexion et authentification comme membre enregistré.....	59
1.3	Stockage de préférences	60
1.4	Stockages de données de l'utilisateur	61
1.5	Informations de sécurité centrées sur l'utilisateur.....	61
1.6	Statistiques d'optimisation du site	62
1.7	Statistiques d'audience ou d'origine de visite du site	62
1.8	Equilibrage de charge.....	63
1.9	Paramètres de lecteur multimédia	63
1.10	Utilisation d'Adobe Flash Player.....	64
1.11	Informations sur le multimédia	64
1.12	Partage de contenu.....	65
1.13	Pistage ou traçage	65
1.14	Autres utilisations légitimes de cookies, métafichiers et traces de contenu de transaction	66
1.15	Autres finalités générant des cookies ou des métafichiers.....	67
1.16	Communication de données à des tiers	68
2	Information à fournir à l'usager d'Internet.....	68
3	Forme du consentement.....	69
4	Retrait du consentement	69
5	Conseils pour l'internaute	69