

COOKIE ET SDK : MÊME RECETTE ?

PAR MORGANE BASQUE ET DOMITILLE PHILIPPE*

Quel bilan faut-il tirer neuf mois après l'entrée en application du Règlement général sur la protection des données à caractère personnel¹ le 25 mai 2018 ? La majorité des français se dit plus sensible à la protection de leurs données personnelles mais ne sait pas exactement comment exercer ses droits².

L'action régulatrice de la Commission Nationale de l'Informatique (« CNIL »), largement rendue publique, participe au renforcement des droits des personnes mais également à l'information des acteurs du secteur sur les bonnes pratiques à respecter. À ce titre, la CNIL mène près de 300 contrôles par an³, effectués dans le cadre de sa stratégie annuelle ou à l'issue de plaintes.

Les récentes décisions ont principalement été rendues sous l'empire de la loi Informatique et Libertés⁴ telle que résultant de la transposition

de la directive 95/46⁵, en raison de contrôles effectués avant le 25 mai 2018. Toutefois, certaines permettent d'ores et déjà de dresser les premières esquisses des suites du RGPD.

On notera en particulier la vague de contrôles effectués à l'été 2018 auprès des éditeurs de SDK⁶ qui a donné lieu à quatre mises en demeure publiques⁷.

Par le passé, la CNIL avait déjà adopté cette stratégie de multiplication des mises en demeure publiques, en matière de cookies notamment, afin d'exposer à l'écosystème numérique les règles à respecter.

Les cookies et SDK se ressemblent en ce qu'il s'agit d'outils de traçage permettant d'associer des informations, pour la plupart indirectement identifiantes, à un terminal utilisé par une personne physique. Les données collectées servent notamment à la constitution de profils sociodémographiques ou pour inférer les centres d'intérêts et les intentions d'achat de la personne physique utilisatrice du terminal. Ces données sont ensuite utilisées ou commerciali-

* Morgane Basque et Domitille Philippe sont avocats au cabinet Harlay Avocats.

1 - Règlement (UE) 2016/679 du Parlement Européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (« RGPD »).

2 - *Les Français et la protection des données personnelles*, Sondage IFOP pour la CNIL, Novembre 2018.

3- *Quelles thématiques prioritaires et quelle stratégie de contrôle pour 2018 ?*, 2 juillet 2018, <https://www.cnil.fr/fr/quelles-thematiques-prioritaires-et-quelle-strategie-de-controle-pour-2018>.

4 - Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (« loi Informatique et Libertés »).

5 - 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 (« directive 95/46 »).

6 - Acronyme anglais de *Software development kit*, ou kit de développement logiciel.

7 - CNIL, Décisions n° MED-2018-022 et n° MED-2018-023 du 25 juin 2018; CNIL, Décision n° MED-2018-043 du 8 octobre 2018; CNIL, Décision n° MED-2018-042 du 30 octobre 2018. Depuis lors, à l'issue de la mise en conformité de l'ensemble de ces acteurs, la CNIL a prononcé la clôture de leurs mises en demeure (décisions de clôture du 3 octobre, du 29 novembre 2018 et du 25 février 2019).

sées par ceux qui les collectent à des fins publicitaires pour afficher des publicités ciblées.

Ces traceurs sont incorporés dans des pages de sites internet ou des applications mobiles pour servir au financement des services d'information gratuits. L'éditeur du site internet ou de l'application mobile tire ainsi des recettes commerciales de l'affichage de publicités personnalisées sur les espaces publicitaires qu'il met à disposition.

Techniquement, cookies et SDK se distinguent. Le premier consiste en une suite d'informations transmises au navigateur de l'internaute par un site web sur lequel l'internaute se connecte. Le navigateur web de l'internaute le conserve pendant une certaine durée et le renvoie au serveur web chaque fois que l'internaute s'y reconnecte. Les cookies peuvent servir à de multiples usages et notamment pour mémoriser un identifiant client auprès d'un site marchand, le contenu d'un panier d'achat, un identifiant permettant de tracer la navigation pour des finalités statistiques ou publicitaires.⁸ Les données ainsi collectées sont enregistrées soit sur les serveurs de l'éditeur du site internet sur lequel navigue l'utilisateur (on parle de cookie interne ou cookie *first party*), soit sur les serveurs d'un tiers prestataire technique ou d'un éditeur tiers du cookie (on parle de cookie tiers ou de cookie *third party*).

Le SDK se compose d'un outil logiciel intégré dans le code des applications mobiles des éditeurs d'applications mobiles⁹. Il permet en particulier de collecter des données du téléphone mobile (données de géolocalisation et identifiants du mobile de type IDFA ou UDID). Lorsque la fonction de géolocalisation du mobile est activée, le SDK collecte la localisation du mobinaute par rapport à des POIs (des points d'intérêts qui correspondent à des points de vente physiques). Le croisement des POIs à l'identifiant publicitaire permet à l'éditeur de SDK d'établir un profil, en fonction des habitudes de déplacement du mobinaute, qui sert à l'affichage de publicités ciblées d'annonceurs. L'éditeur de SDK peut également utiliser les données pour réaliser des études statistiques de mesure des visites des mobinautes dans les

points de vente physiques ou les performances des campagnes publicitaires¹⁰.

L'analyse comparative des décisions rendues en matière de SDK et de cookies fait apparaître des différences de régime en ce qui concerne la qualification du rôle des acteurs (I) ainsi que les modalités de mise en œuvre de leurs obligations (II). Néanmoins, l'intervalle de temps qui sépare les décisions rendues en matière de cookies et de SDK laisse supposer qu'à terme ces différences s'estomperont.

I - La qualification des rôles et des responsabilités des acteurs

A - La responsabilité du traitement pèse sur celui qui collecte des données pour son propre compte

En matière de protection des données personnelles, est responsable, en qualité de responsable de traitement, celui qui collecte des données pour son propre compte dès lors qu'il détermine les moyens (quelles données) et les finalités (pour quel but) du traitement¹¹.

Appliqué au cas des cookies, l'implantation d'un cookie *first party*, ne soulève pas de difficulté de qualification et de responsabilité. Le cookie *first party* permet à son éditeur de déterminer les données de navigation qu'il souhaite collecter. Il est seul destinataire de ces données et les utilise pour les finalités qu'il a établies. L'éditeur du cookie *first party* est seul qualifié de responsable de traitement, il supporte donc l'ensemble des obligations qui s'imposent par les textes applicables, ce qui inclut les obligations d'information et de recueil du consentement au cookie lorsque celui-ci ne bénéficie pas d'une exemption du consentement¹².

S'agissant des éditeurs de SDK, leur qualification en tant que responsable de traitement ne fait pas l'objet de débat, ni par les acteurs du secteur ni par la CNIL¹³. Ils déterminent les finalités des traitements réalisés via le SDK (la

8 - www.cnil.fr/fr/definition/cookie.

9 - www.definitions-marketing.com/definition/sdk/.

10 - La CNIL a réalisé une infographie synthétisant les traitements qui peuvent être effectués grâce au SDK : www.cnil.fr/fr/infographie-il-etait-une-fois-antoine-et-son-smartphone.

11 - Article 2(d) de la directive 95/46 et article 4(7) du RGPD.

12 - Article 32-II de la loi Informatique et Libertés.

13 - CNIL, Décisions n° MED préc. note 6.

publicité ciblée) et les moyens de traitements mis en œuvre (le logiciel SDK). Les éditeurs de SDK traitent pour leur propre compte les données qu'ils mutualisent dans une même base de données afin de vendre des services de profilage ou d'analyse auprès de clients annonceurs.

Leur qualification est parfois expressément prévue dans les conditions générales d'utilisation de l'éditeur de SDK. À défaut, c'est sur la base d'une analyse *in concreto* des modalités de traitement que leur statut s'infère.

Ainsi, pour la CNIL la nature même des opérations réalisées par les éditeurs de SDK (analyse et interprétation des données pour en déduire des audiences qualifiées¹⁴) induit la qualification de responsable de traitement¹⁵. Le volume important des données traitées¹⁶ et leur sensibilité (notamment lorsqu'il s'agit de données de géolocalisation) sont également des critères pris en compte.

Lorsqu'un tiers intervient dans les activités de traitement, le rôle et la qualification de chacun est parfois plus délicate.

B - L'intervention d'un tiers dans la chaîne de traitement : une délicate qualification des responsabilités de chacun

Lorsqu'un éditeur de site internet choisi d'implanter sur son site un cookie tiers, la qualification des parties au traitement peut soulever des difficultés.

En 2017, à l'issue de sa vague de contrôles effectués en 2016, la CNIL a entendu préciser les règles applicables. Elle a alors distingué deux cas de figure¹⁷.

Le premier concerne la situation où l'éditeur d'un site internet autorise le dépôt de cookies tiers afin de traiter des données pour son propre compte. Dès lors que les données sont traitées directement par l'éditeur du site internet ou par le tiers pour le compte de l'éditeur du site inter-

net, alors ce dernier est qualifié de responsable de traitement. L'émetteur du cookie tiers, pour autant qu'il se limite à fournir les moyens techniques du traitement, ne saurait être qualifié de responsable conjoint du traitement mais seulement de sous-traitant agissant pour le compte de l'éditeur du site internet. En pratique, cette situation s'applique à l'égard (i) des cookies insérés sur les sites d'e-commerce dans le but de procéder à du reciblage publicitaire lors de la poursuite de la navigation de l'internaute sur d'autres sites (l'espace publicitaire d'un site ultérieurement consulté sera utilisé pour l'affichage d'un produit visualisé par l'internaute sur le site e-commerce qu'il a précédemment visité) ; (ii) des outils de mesure d'audience ; ou encore (iii) des éditeurs de sites qui incorporent un cookie de mesure de la performance des campagnes publicitaires.

Le second cas concerne la situation où l'éditeur d'un site internet accepte d'implanter un cookie tiers sur lequel il n'a aucune maîtrise, principalement afin de rentabiliser son site grâce aux revenus publicitaires issus de l'affichage de la publicité ciblée. C'est-à-dire que l'émetteur de cookie tiers décide seul des moyens et des finalités du traitement réalisé grâce au cookie et ne partage pas les données qu'il collecte avec l'éditeur du site. Il s'agit, par exemple, des cookies des régies publicitaires qui suivent les internautes afin de dresser des profils ou des segments d'audience qui sont ensuite commercialisés pour affiner le ciblage publicitaire. De même, les *Ad Exchanges*, ces places de marché publicitaires où se rencontrent l'offre et la demande d'espaces publicitaires, ainsi que les intermédiaires à l'achat (DSP¹⁸) ou à la vente (SSP¹⁹), par le biais d'enchères programmiques, sont considérés comme seuls responsables de traitement des cookies qu'ils émettent pour valoriser ou qualifier un espace publicitaire.

Ces tiers, qui exploitent les données collectées pour leur compte à des fins commerciales, sont considérés comme responsables de traite-

14 - CNIL, Décision n° MED-2018-022, *préc.*

15 - *La CNIL rappelle à la loi les éditeurs d'outils de ciblage publicitaire intégrés dans les applications mobiles*, par Nathalie Metallinos in *Communication Commerce électronique* n°12, Décembre 2018, comm. 91.

16 - À titre d'illustration, la CNIL a constaté lors de ses contrôles que le nombre total d'identifiants publicitaires contenus dans les bases de données des éditeurs de SDK oscillait entre 5 et 14 millions d'identifiants uniques ; décisions. MED *préc.*

17 - *Publicité en ligne : la CNIL précise les règles à respecter à l'issue de ses contrôles*, 23 mai 2017, www.cnil.fr.

18 - *Demand Side Platform*, dans le domaine de l'achat programmatique, il s'agit d'une plateforme qui fournit une interface centralisée afin de permettre à un trading desk, un annonceur ou son agence d'acheter en temps réel et aux enchères les supports publicitaires proposés par différentes plateformes d'inventaires d'espaces publicitaires.

19 - *Supply Side Platform*, dans le domaine de l'achat programmatique, il s'agit d'une plateforme qui regroupe l'inventaire d'espaces publicitaires de plusieurs supports ou régies afin d'optimiser la commercialisation par le biais de la mise en concurrence d'acheteurs.

ment alors que l'éditeur du site internet qui autorise leur placement agit en qualité de sous-traitant de ces derniers. Selon la CNIL, cette relation de sous-traitance doit être encadrée et doit permettre de préciser sur qui pèse la responsabilité de l'information préalable et du recueil du consentement aux cookies. En pratique, l'autorité de contrôle française considère que ces obligations incombent à l'éditeur du site internet puisque c'est la visite sur son site internet qui déclenche le traitement associé aux cookies tiers. Ainsi, quelle que soit sa qualité, de responsable de traitement ou de sous-traitant, l'éditeur est tenu des obligations d'information et de recueil d'un consentement valable.

Dans les faits, les décisions prises par la CNIL à l'issue de ses contrôles ne clarifient pas la situation et les responsabilités des parties prenantes. En effet, la CNIL a procédé à plusieurs mises en demeure et, parfois, à des mesures de sanctions à l'égard d'éditeurs de site internet qui, selon la doctrine de la CNIL, revêtent la qualité de sous-traitants²⁰. Or, en application des articles 17 et 45 de la loi Informatique et Libertés, telle qu'elle résultait des transpositions de la directive 95/46 et de la directive *e-Privacy*²¹, seuls les responsables de traitement peuvent se voir infliger des mesures de sanctions ou d'injonction par l'autorité administrative.

La responsabilité délictuelle des responsables de traitement ne pouvant être encadrée par contrat ni encore moins transférée au sous-traitant, on comprend mal comment la CNIL a pu sanctionner les sous-traitants pour des manquements contractuels ou, à tout le moins, pour des faits générateurs de responsabilité civile pour laquelle la CNIL n'a pas compétence.

L'arrêt rendu par le Conseil d'État le 6 juin 2018²² n'est pas non plus venu simplifier l'interprétation des qualifications et rôles de chacun. Dans sa décision, la haute juridiction a confirmé la sanction prononcée par la CNIL à l'encontre de l'éditeur d'un site de presse pour, s'agissant des cookies tiers, non-respect des obligations d'information (en particulier les conséquences d'un refus du consentement) et durée excessive de conservation (au-delà des 13 mois). Le Conseil d'État n'a pas contredit l'action régulatrice menée par la CNIL visant à sanctionner l'éditeur du site internet au titre de ses obligations de moyens²³ consistant à vérifier concrètement auprès des émetteurs tiers qu'ils respectent la réglementation²⁴.

On notera qu'en matière de cookies, la directive *e-Privacy* ne distingue pas sur qui pèse l'obligation d'information et de recueil du consentement²⁵. Toutefois, le législateur français a choisi de faire reposer cette obligation sur « le responsable de traitement ou son représentant »²⁶. La loi française ne faisait, à cette date, en aucun cas peser une responsabilité sur le sous-traitant. Il est également intéressant de noter que le Conseil d'État a motivé sa décision en mentionnant que l'éditeur est « responsable » sans toutefois qualifier cette responsabilité : s'agit-il d'une responsabilité en qualité de responsable de traitement conjoint ou de responsabilité de son fait personnel ?

Ces questions relatives aux rôles et responsabilités en matière de cookies s'inscrivent dans un contexte européen plus général.

Le G29²⁷ avait déjà reconnu que la qualification des rôles et responsabilités en matière de cookies est souvent un exercice délicat. Et que,

20 - CNIL, Décision n° 2015-049 du 24 juin 2015 mettant en demeure une société éditrice de sites de réseaux sociaux d'informer et de recueillir le consentement à des cookies tiers publicitaires ; CNIL, Décision n° 2016-083 du 26 septembre 2016 mettant en demeure une société d'e-commerce pour notamment manquement aux obligations d'information et d'opposition aux cookies (y compris tiers) et manquement aux obligations de définir une finalité déterminée, explicite et légitime à l'égard de cookies tiers ; CNIL, Délibération n° 2016-204 du 7 juillet 2016 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre d'une société d'e-commerce pour manquement à l'obligation d'information et de recueil du consentement aux cookies. Dans sa décision de sanction, la CNIL a néanmoins renoncé à sanctionner le défaut de recueil du consentement s'agissant de cookies tiers publicitaires aux motifs qu'elle n'était pas suffisamment éclairée « sur la répartition exacte des responsabilités entre l'éditeur du site, les annonceurs et les régies ».

21 - Directive 2009/136/CE venue modifier l'article 5(3) de la directive 2002/58/CE (« directive *e-Privacy* »).

22 - CE, 9^e et 10^e ch. réunies, 6 juin 2018, n° 412589, Soc. Editions Croque Futur.

23 - Conclusions du rapporteur public, Mme Aurélie Bretonneau, dans l'affaire n° 412589 précitée, p. 8.

24 - Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 portant adoption d'une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs visés par l'article 32-II de la loi du 6 janvier 1978.

25 - Article 5(3).

26 - Article 32-II de la loi Informatique et Libertés.

27 - Le Groupe de travail de l'article 29 sur la protection des données (« G29 »), institué par l'article 29 de la directive 95/46, était un comité consultatif qui rassemblait les représentants de chaque autorité nationale indépendante de protection des données européennes en Europe. Il a été remplacé par le Comité Européen de la Protection des Données Personnelles (CEPD) en vertu de l'article 63 du RGPD.

dans certaines circonstances, l'éditeur d'un site internet qui offre la possibilité de placer des cookies tiers participe au traitement et assume, de ce fait, une part de responsabilité dans le traitement en ce qu'il configure son site de façon à permettre de déclencher le transfert de données des internautes vers l'éditeur de cookie tiers. À ce titre, il doit être qualifié de responsable conjoint de traitement²⁸.

La Cour de Justice de l'Union Européenne (« CJUE ») a également récemment tranché dans le sens de la reconnaissance d'une coresponsabilité à l'encontre d'un administrateur de page Facebook²⁹. Il a été reconnu que l'administrateur participait, de par la création de sa page, à la définition d'un moyen de traitement (l'implantation de cookies de Facebook et le *tracking* des internautes par Facebook qui visitent la page fan) et des finalités du traitement (par le paramétrage des données anonymisées qu'il entendait recevoir).

De même, les conclusions de l'avocat général rendues en matière de boutons de réseaux sociaux, lesquels suivent le même régime que les cookies, abondent dans le même sens. L'éditeur du site internet qui autorise le placement du bouton de réseau social participe au traitement déclenché à partir de son site et en assure une part de responsabilité en qualité de responsable de traitement conjoint³⁰.

Enfin, on relèvera l'existence d'une décision préjudicielle pendante devant la CJUE qui devrait également permettre de cerner davantage les contours de la responsabilité en matière de cookies³¹.

En matière de SDK, la même question de qualification pourrait se poser à l'égard de l'éditeur de l'application mobile qui consent à intégrer le logiciel SDK et permet, de ce fait, de transférer à l'éditeur de SDK les données concernant les utilisateurs de son application mobile.

28 - Avis 2/2010 (wp171) du G29 sur la publicité comportementale en ligne, p.13 et 14 et avis 1/2010 (wp169) du G29 sur les notions de responsable de traitement et sous-traitant, exemple n°14, p. 25.

29 - CJUE, C-210/16, 15 juin 2018. En l'espèce, l'administrateur de la page était destinataire de données anonymisées, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de la législation en matière de protection des données.

30 - Conclusions de l'avocat général, M. Michal Bobek, du 19 décembre 2018, affaire C-40/17.

31 - CJUE, C-673/17.

Ont-ils la qualification de sous-traitant ou de responsable conjoint ? À l'instar de la jurisprudence esquissée en matière de cookies, on pourrait considérer qu'ils soient qualifiés de responsables conjoints de traitements avec les éditeurs de SDK. C'est d'ailleurs, la qualification recommandée par le G29³².

De façon générale, la qualification et les rôles de l'ensemble des acteurs intervenant dans la diffusion de publicités ciblées est délicate. Qu'en est-il des *Ad Exchanges*, SSP et DSP qui font transiter les données collectées ou reçues par les acteurs impliqués dans la commercialisation des espaces publicitaires ?

À ce jour, la CNIL ne s'est pas prononcée sur la qualification des éditeurs d'applications mobiles ni sur celle des *Ad Exchanges* ou autres intermédiaires.

En pratique, l'intérêt de se positionner comme sous-traitant ou responsable de traitement est désormais moindre puisque chacun d'eux engage sa responsabilité en vertu de la nouvelle réglementation applicable³³.

II - La mise en œuvre des obligations d'information et de recueil du consentement

A - L'information par strates

En matière de cookies, la CNIL admet de longue date que l'information puisse être délivrée à l'internaute par strates, à condition que cette information intervienne préalablement à tout dépôt ou lecture de cookies.

Le premier niveau d'information doit contenir les informations essentielles relatives à l'existence de cookies (*first party* et/ou *third party*), aux catégories de finalités, aux moyens permettant d'exercer son choix d'accepter ou de refuser les cookies.

Le second niveau d'information doit notamment permettre à l'utilisateur de paramétrer ses choix, d'être informé des types de données col-

32 - Avis 2/2010 (wp171) du G29 sur la publicité comportementale en ligne où il est précisé que « lorsque les diffuseurs (éditeurs d'application mobile) transfèrent directement des données à caractère personnel identifiables aux fournisseurs de réseaux public (SDK), ils sont réputés coresponsables du traitement », p.14.

33 - Article 82 du RGPD et articles 45 et s. de la loi Informatique et Libertés dans sa version en vigueur à l'issue de la réforme du 20 juin 2018.

lectées, de la durée de conservation, des destinataires des données, des droits dont la personne concernée dispose et des modalités d'exercice de ces droits.

Au cours des contrôles menés en 2018, la CNIL a constaté que les mobinautes ne bénéficiaient pas du même niveau d'information que celui applicable aux cookies lorsque le SDK était implanté sur leur terminal.

En particulier, le mobinaute n'est pas informé qu'un SDK est installé sur son téléphone mobile lors du téléchargement d'une application mobile. Aucune fenêtre « pop-up » n'apparaît lors de l'installation du SDK ni ne mentionne la collecte de données de géolocalisation et d'identifiants publicitaires mobiles à des fins de publicité ciblée à destination des éditeurs de SDK. Le mobinaute n'est donc informé ni de la finalité du ciblage publicitaire du traitement mis en œuvre, ni de l'identité du responsable de traitement. Au regard du caractère intrusif des traitements et du volume de données traitées, le manque de transparence a été jugé particulièrement préjudiciable pour le mobinaute.

De même, lors des contrôles de la CNIL, il est apparu que le fonctionnement du téléchargement d'une application mobile ne permet pas au mobinaute d'obtenir l'application sans le SDK, car ce dernier est indissociable techniquement de l'application mobile. Cette absence de liberté de choix a pour conséquence de rendre le mobinaute captif de l'application mobile, ce qui est condamné par la CNIL à l'instar du G29³⁴.

Ces contrôles ont été l'occasion pour la CNIL de faire le point sur les modalités d'information en matière de SDK, et plus particulièrement sur le premier niveau d'information. En effet, le second niveau d'information ne fera ici l'objet d'aucun développement particulier, les mentions d'information³⁵ étant les mêmes en matière de SDK et de cookies.

D'abord, l'information doit être donnée au moment de la collecte des données et non pos-

térieurement. Dans les faits, l'information était délivrée aux mobinautes postérieurement à l'installation du SDK et à la collecte des données car elle ne figurait que dans les conditions générales d'utilisation des éditeurs d'applications mobiles ou sur des affiches en magasins.

Ensuite, l'information doit *a minima* préciser les finalités de la collecte des données de géolocalisation (en l'occurrence la publicité ciblée), la base légale du traitement (le consentement³⁶) ainsi que les modalités d'exercice des droits du mobinaute dont, notamment, la faculté de retirer son consentement à tout moment. Et quelle que soit la loi applicable, loi Informatique et Libertés ou RGPD, les mentions d'information doivent respecter l'avis du G29³⁷ pris pour l'interprétation du RGPD.

La CNIL a également sanctionné à plusieurs reprises le caractère général de l'information délivrée aux mobinautes. À titre d'exemples, certains éditeurs de SDK informaient les mobinautes en des termes jugés par la CNIL peu clairs et peu compréhensibles par le plus grand nombre³⁸.

Le défaut d'information des mobinautes sur les destinataires des données, tels que les partenaires tiers des éditeurs de SDK, constitue par ailleurs un manquement à l'obligation de transparence. Selon la CNIL, ces partenaires doivent être nommément désignés dans une liste aisément accessible, via un lien hypertexte figurant au premier niveau d'information, lors de l'installation du SDK. Il semblerait qu'il s'agisse

36 - Pour rappel, la base légale du traitement des données collectées via le SDK est le consentement des utilisateurs aux fins de publicité ciblée et profilage.

37 - Lignes directrices (wp259) du G29 du 10 avril 2018 sur le consentement au sens du règlement 2016/279. Le G29 précise que la personne concernée doit *a minima* avoir été informée des éléments suivants : « (i) l'identité du responsable de traitement, (ii) la finalité de chacune des opérations de traitement pour lesquelles le consentement est sollicité, (iii) les (types) de données collectées et utilisées, (iv) l'existence du droit de retirer son consentement, (v) des informations concernant l'utilisation des données pour la prise de décision automatisée [...] et (vi) des informations sur les risques éventuels liés à la transmission des données en raison de l'absence de décision d'adéquation et de garanties appropriés [...] ».

38 - « Autoriser [...] à accéder à votre position ? Information pour toujours : pour profiter pleinement de l'application et vous proposer des contenus au plus proche de votre attente » (CNIL, Décision n° MED-2018-023 préc.) ou « adresser ultérieurement des publicités et/ou du contenu personnalisé dans d'autres contextes », « pour faire des déductions concernant les [intérêts] du [mobinaute], ce qui sera utile dans le cadre de sélections ultérieures de publicité ou de contenu » (CNIL, Décision n° MED-2018-043 préc.)

34 - Dans son avis n°15/2011 (wp187) du 13 juillet 2011 sur la définition du consentement, le G29 considère que « le consentement ne peut être valable que si la personne concernée est véritablement en mesure d'exercer un choix et s'il n'y a pas de risque de tromperie [...] ». De plus, les lignes directrices (wp259) du G29 adoptées définitivement le 10 avril 2018 retiennent que le consentement ne constitue une base juridique appropriée que si la personne dispose d'un contrôle et d'un choix réel concernant l'acceptation ou le refus des conditions proposées.

35 - Article 13 du RGPD.

d'une particularité propre au SDK puisqu'en matière de cookies la CNIL n'a, pour l'instant, pas considéré que cette liste des partenaires devait obligatoirement être accessible au premier niveau d'information.

Enfin, il appartient aux éditeurs de SDK de vérifier auprès de leurs partenaires (éditeurs d'applications mobiles, plateformes d'achats d'espaces publicitaires, etc.) que les mentions d'information concernant les finalités et les destinataires des données (éditeurs de SDK) apparaissent effectivement lors de l'installation du SDK. En effet, les éditeurs de SDK entendaient se prévaloir des stipulations contractuelles imposant aux partenaires, éditeurs d'applications mobiles, d'informer et de collecter le consentement préalable du mobinaute avant l'installation du SDK. Cette seule mention contractuelle est jugée insuffisante. La CNIL rappelle, à l'instar des cookies, qu'une obligation de diligence, qui exige une vérification concrète, pèse sur les éditeurs de SDK.

B - Les modalités du recueil du consentement

La directive *e-Privacy* impose le recueil du consentement pour les cookies. Le consentement est requis dans les formes prévues par la directive 95/46 et aujourd'hui le RGPD. Il s'agit d'une volonté libre, spécifique, informée et dénuée d'équivoque.

La CNIL admet un consentement général pour l'ensemble des cookies à condition que l'internaute se voit offrir la possibilité de paramétrer au préalable son consentement, c'est-à-dire que lui soit accordé la faculté de donner son consentement selon une certaine granularité. L'internaute doit ainsi pouvoir consentir ou refuser le traitement effectué grâce aux données collectées par les cookies en fonction des finalités.

En pratique, le niveau d'exigence fixé par la doctrine de la CNIL est moindre, puisqu'elle considère comme valable un consentement mutualisé et équivoque par le biais (i) d'une fonctionnalité de type case à cliquer « Ok » permettant à l'utilisateur de consentir à l'ensemble des cookies ou encore (ii) par la simple poursuite de la navigation sur le site. Ce « *soft opt-in* » est reconnu comme valable dès lors que l'internaute est expressément informé que sa poursuite de la navigation vaut consen-

tement³⁹ et pour autant qu'il navigue effectivement sur les pages du site internet (*scroll*, clique sur un article ou une image). En revanche, une inactivité sur le site ne vaut pas consentement, de même que la visite des pages relatives aux mentions légales, à la politique de confidentialité ou aux paramétrages des cookies ne vaut pas recueil du consentement⁴⁰.

S'agissant des modalités d'opposition au traçage des cookies, le renvoi aux paramètres du navigateur n'est pas satisfaisant, à moins que l'éditeur du site n'incorpore que des cookies tiers. La raison tient au fait que les outils de paramétrage du navigateur conduisent à la suppression de l'ensemble des cookies, y compris les cookies exemptés de consentement strictement nécessaires au bon fonctionnement du site. Or, le refus de tels cookies est considéré comme emportant des conséquences négatives importantes car il empêcherait l'utilisateur d'accéder au contenu du site. Il incombe alors à l'éditeur du site de renvoyer vers des outils d'opposition effectifs au traçage (type lien *opt-out*) permettant aux internautes de s'opposer aux traitements des données collectées *via* les cookies.

Dans les faits, on constate que la nécessité de mise en conformité des sites internet a conduit la majorité des éditeurs à recourir à un gestionnaire de consentement⁴¹ (ou *consent management platform*, CMP) avec un paramétrage permettant le *soft opt-in*.

Néanmoins, les récentes délibérations de la CNIL rendues à l'encontre des éditeurs de SDK laissent supposer qu'un *soft opt-in* n'est plus valable et que la CNIL va probablement évoluer sur les modalités du consentement en matière de cookies dès lors qu'un consensus européen sera dégagé⁴². La doctrine de la CNIL serait-elle en cours d'évolution⁴³ ? Alors que la proposition

39 - Article 2 de la Délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013 *préc.* note 23.

40 - *Cookies : comment mettre mon site web en conformité* www.cnil.fr/fr/cookies-comment-mettre-mon-site-web-en-conformite.

41 - État des lieux de l'adoption des Consent Management Platforms, Baromètre de l'IAB France, octobre 2018, www.iabfrance.com.

42 - CJUE, C-673/17.

43 - Pour l'évolution des modalités du consentement en matière de cookies à la lumière de la proposition de règlement européen *ePrivacy*, voir : Armand Heslot (CNIL) : *De nombreuses CMP ne permettent pas d'obtenir un consentement de l'utilisateur*, entretien de Mind Média avec Arman Heslot, 16 novembre 2018, www.mindnews.fr ; et pour la

de règlement *e-Privacy*⁴⁴ peine à faire consensus, gageons que la demande pendante de décision préjudicielle⁴⁵ fasse avancer le débat et accorde plus de sécurité juridique aux acteurs de l'économie numérique.

Contrairement à certaines incertitudes qui demeurent s'agissant du recueil du consentement des cookies, les récentes délibérations de la CNIL ont permis de préciser de manière claire les modalités de recueil du consentement du SDK :

(i) *un consentement informé* : une fenêtre « pop-up » doit s'afficher automatiquement au moment du téléchargement de l'application mobile expliquant de manière lisible et compréhensible aux mobinautes les enjeux des traitements de leurs données et doit comprendre *a minima* les mentions d'information précédemment évoquées (cf. *supra*).

(ii) *un consentement libre* : les mobinautes doivent avoir la possibilité d'exercer un vrai choix en refusant la collecte des données via le SDK, et se faire expliquer dans la mention d'information les conséquences ou plus précisément l'absence de conséquences d'un tel refus. En d'autres termes, les mobinautes doivent pouvoir poursuivre l'installation de l'application mobile, avec ou sans SDK, sans que ce choix puisse nuire à leur utilisation de l'application.

(iii) *un consentement spécifique* : un consentement mutualisé, c'est-à-dire l'acceptation en bloc de la collecte des données de géolocalisation pour l'ensemble des finalités (p. ex. analyses statistiques, affichage publicitaire, personnalisation des publicités, etc.), de manière binaire (sous forme « accepter » ou « refuser ») n'est pas acceptable pour la CNIL⁴⁶. En effet, ce mode de collecte du consentement ne permet pas d'obtenir un consentement spéci-

position du directeur de la protection des droits et des sanctions de la CNIL selon laquelle le SDK et les cookies suivent des régimes différents, voir : *La CNIL n'a pas à être prescriptrice sur le sujet du RGPD mais à s'assurer du respect de la loi*, entretien du Journal du net avec Mathias Moulin, 10 décembre 2018, <www.journaldunet.com>.

44 - Proposition de Règlement (UE) 2017/0003 du Parlement Européen et du Conseil du 10 janvier 2017 concernant le respect de la vie privée et de la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (« règlement *e-Privacy* »).

45 - CJUE, C-673/17.

46 - CNIL, Décision n° MED-2018-023, préc. La même interprétation a conduit la CNIL à sanctionner Google à hauteur de 50 millions d'euros ; CNIL, Délibération n° SAN-2019-001 du 21 janvier 2019.

fique selon les différentes finalités concernées et ne remplit pas les critères de granularité du consentement exigés par le G29⁴⁷. À ce titre, la reprise des finalités visées dans le *Transparency and Consent framework (Framework)*⁴⁸ de l'IAB dans le second niveau d'information (accessible en cliquant sur le bouton « *j'affine mes préférences* ») n'a pas été considérée par la CNIL comme permettant de délivrer une information suffisamment spécifique sur les finalités du traitement. En réponse, des éditeurs de SDK ont alors ajouté une finalité spécifique à cette activité de localisation marketing : la géolocalisation publicitaire.

(iv) *un consentement univoque*, à savoir un consentement exprimé par une action positive du mobinaute. *Scroller* en glissant son doigt sur l'écran tactile de son téléphone mobile ne permet pas de remplir cette exigence, et ce, contrairement à ce qui est actuellement admis en matière de cookies. De même, le fait que l'ensemble des finalités de collecte soit pré-acceptées par défaut ne permet pas de recueillir valablement le consentement du mobinaute.

Actuellement, de nombreuses CMP sont proposées par les acteurs du secteur selon le référentiel du *Framework* de l'IAB. Toutefois, la légitimité de ce *Framework* est à l'étude puisqu'il fait l'objet de plaintes instruites notamment par les autorités de contrôle anglaises⁴⁹, irlandaises⁵⁰ et polonaises⁵¹.

47 - Lignes directrices (wp259) du G29 du 10 avril 2018 sur le consentement au sens du règlement 2016/679. Le G29 rappelle que le consentement doit être distinct pour les différentes opérations de traitements et finalités envisagées.

48 - Le *Transparency and Consent Framework (Framework)* propose des règles communes à adopter lors du traitement de données à caractère personnel ou de l'accès et/ou du stockage d'informations sur le terminal d'un utilisateur, tels que les cookies, les identifiants publicitaires, les identifiants de périphérique et autres technologies de tracking. Le Framework permet aux éditeurs et autres fournisseurs de services en ligne, qui travaillent avec des « tiers » pour des services basés sur les données de se fonder sur l'une des bases juridiques du RGPD. Le Framework permet de « signaler » le choix de l'utilisateur à travers la *supply chain* publicitaire. www.iabfrance.com/article/transparency-consent-framework.

49 - <https://brave.com/ICO-Complaint-.pdf>.

50 - <https://brave.com/DPC-Complaint-Grounds-12-Sept-2018-RAN2018091217315865.pdf>.

51 - *Update on GDPR complaint (RTB ad auctions)*, 28 janvier 2019, par Johny Ryan in Brase insights, <https://brave.com/update-rtb-ad-auction-gdpr>.