

Observations du Portugal

Affaire C-673/17 *

Pièce déposée par :

République portugaise

Nom usuel de l'affaire :

PLANET 49

Date de dépôt :

22 mars 2018

[Or. 2] [omissis]**I. Les faits et la procédure**

- 1 Au vu des éléments du dossier, il apparaît que la présente demande de décision préjudicielle a pour objet l'interprétation de la 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 (directive vie privée et communications électroniques) (ci-après la « directive 2002/58 » ou la « directive ») et du 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 (règlement général sur la protection des données) (ci-après le « règlement 2016/679 » ou le « règlement »). Il s'agit de savoir si **[Or. 3]** le consentement est valablement donné pour le stockage d'informations ou pour l'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur lorsque pour refuser de donner son consentement l'utilisateur doit décocher une case cochée par défaut.
- 2 Dans le litige au principal, l'entreprise Planet49 GmbH (ci-après la « défenderesse »), qui offre des jeux promotionnels sur Internet, a organisé un jeu promotionnel à l'adresse Internet www.dein-macbook.de où l'utilisateur devait indiquer son code postal, ses nom et adresse. En dessous, se trouvaient deux mentions à cocher dont une était cochée par défaut.

* Langue de procédure : l'allemand.

- 3 Selon la défenderesse, il n'était possible de participer au jeu promotionnel qu'après avoir coché à tout le moins la première mention. Par cette mention, l'utilisateur acceptait que des données personnelles soient transmises à certains sponsors et partenaires qui l'informeront de promotions dans leur domaine d'activité respectif.
- 4 La requérante est la fédération allemande des organisations et associations de consommateurs. Elle a assigné la défenderesse, au motif que celle-ci avait violé le droit national allemand applicable et que les déclarations d'accord sollicitées par la défenderesse ne remplissaient pas les conditions requises par les dispositions combinées du code civil allemand, de la loi contre la concurrence déloyale et de la loi sur les médias électroniques.
- 5 Elle a ensuite introduit une action visant à faire condamner la défenderesse à cesser d'inclure, dans les contrats conclus avec les consommateurs, des dispositions dont l'acceptation est obligatoire pour participer au jeu promotionnel. La juridiction saisie a accueilli partiellement la demande et cette interprétation a été confirmée en appel. **[Or. 4]**
- 6 Dans la procédure en Revision dont est saisie la juridiction de renvoi, les parties maintiennent leurs conclusions respectives. La juridiction de renvoi estime que la solution du litige dépend de l'interprétation des dispositions combinées de l'article 5, paragraphe 3 et de l'article 2, sous f), de la directive 2002/58, de l'article 2, sous h), de la directive 95/46 et de l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement 2016/679 et qu'il convient donc de solliciter la Cour à cet égard.
- 7 Il est donc nécessaire d'interpréter la notion de consentement pour le traitement de données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques, en ce qui concerne le stockage d'informations ou l'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un utilisateur lorsque, pour refuser de donner son consentement, l'utilisateur doit décocher une case cochée par défaut.

II. Les questions posées par la juridiction de renvoi

- 8 Aux fins de statuer sur le pourvoi qui est pendant devant elle, la juridiction de renvoi considère qu'il est pertinent que la Cour de justice de l'Union européenne se prononce, à titre préjudiciel, sur les questions suivantes :

1) La Cour de justice de l'Union européenne est saisie des questions préjudicielles suivantes en interprétation de l'article 5, paragraphe 3, et de l'article 2, sous f), de la 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 (directive vie privée et communications électroniques) (JO 2002, L 201, p. 37) dans la version modifiée par les dispositions de l'article 2, point 5, de la 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 (JO 2009, L 337, p. 11), lus en combinaison avec l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes [Or. 5] physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO 1995, L 281, p. 31) ainsi que de l'article 6, paragraphe 1, sous a), du 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 (règlement général sur la protection des données) (JO 2016, L 119, p. 1) :

- a) *Le consentement visé à l'article 5, paragraphe 3, et de l'article 2, sous f), de la directive 2002/58/CE lus conjointement avec l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE est-il valablement donné lorsque le stockage d'informations ou l'accès à des informations stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur est autorisé par une case cochée par défaut que l'utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement ?*
 - b) *L'article 5, paragraphe 3, et l'article 2, sous f), de la directive 2002/58/CE lus conjointement avec l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE reçoivent-ils une application différente selon que les informations stockées ou consultées sont des données à caractère personnel ?*
 - c) *Dans les circonstances évoquées dans la question préjudicielle 1, sous a), le consentement visé à l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement (UE) n° 2016/679 est-il valablement donné ?*
- 2) *Quelles sont les informations que le fournisseur de service doit donner à l'utilisateur au titre de l'information claire et complète voulue par l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE ? La durée de fonctionnement des cookies et l'accès ou non de tiers aux cookies en font-ils partie ?*

III. Le cadre juridique pertinent

La législation pertinente de l'Union

- 9 L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58, prévoit dans sa version actuellement en vigueur :

« 3. Les États membres garantissent que l'utilisation des réseaux de communications électroniques en vue de stocker des informations ou d'accéder à des informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un

utilisateur ne soit permise qu'à condition que l'abonné ou l'utilisateur, soit muni, dans le respect de la directive 95/46/CE, d'une information [Or. 6] claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement, et que l'abonné ou l'utilisateur ait le droit de refuser un tel traitement par le responsable du traitement des données. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès techniques visant exclusivement à effectuer ou à faciliter la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires à la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur ».

- 10 La définition du consentement prévue à l'article 2, sous f), de la directive 2002/58 est la suivante :

« Article 2

Définitions

[...]

f) le “consentement” d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au “consentement de la personne concernée” figurant dans la directive 95/46/CE ;

[...] »

- 11 La rédaction actuelle de la directive 2002/58 résulte de la 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.

- 12 L'article 2, sous h), 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 dispose :

« Article 2

Définitions [Or. 7]

Aux fins de la présente directive, on entend par :

[...]

h) “consentement de la personne concernée” : 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 ».

13 Enfin, l’article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement 2016/679 dispose :

« Article 6

1. Le traitement n’est licite que si, et dans la mesure où, au moins une des conditions suivantes est remplie :

a) la personne concernée a consenti au traitement de ses données à caractère personnel pour une ou plusieurs finalités spécifiques ;

[...] »

IV. L’analyse juridique

Première question

Point sous a) de la première question

- 14 Par sa première question, la juridiction de renvoi souhaite savoir si est valablement donné le consentement visé à l’article 5, paragraphe 3, et à l’article 2, sous f), de la directive 2002/58/CE lus conjointement avec l’article 2, sous h), de la directive 95/46/CE lorsque le stockage d’informations ou l’accès à des informations stockées dans l’équipement terminal de l’utilisateur est **[Or. 8]** autorisé par une case cochée par défaut que l’utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement.
- 15 À cet égard, il est souligné que dans la rédaction de la directive 2002/58 résultant de la directive 2009/136, la définition de consentement donnée à l’article 2, sous f), renvoie à la définition du consentement de la personne concernée prévue à l’article 2, sous h), de la directive relative à la protection des données selon lequel le « *consentement de la personne concernée* » est constitué par « *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* ».
- 16 Avant d’analyser les conditions prévues à l’article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 et les caractéristiques concrètes du consentement, il convient au préalable d’observer que le renvoi à la directive relative à la protection des données suppose la compréhension du fait que les informations stockées dans l’équipement terminal de l’utilisateur, soit par l’intermédiaire de cookies, soit par d’autres

technologies similaires comme la capture d’empreintes numériques ¹, peuvent constituer des données personnelles au sens de l’article 2, sous a), de la directive relative à la protection des données ².

- 17 Même lorsqu’elle n’est pas identifiée dès le début, la personne concernée (l’utilisateur) est identifiable ou elle est au moins individualisée, raison pour laquelle une publicité personnalisée lui est spécialement destinée, fondée sur l’analyse de ses intérêts, préférences et choix sur Internet dans ce qui est appelé **[Or. 9]** marketing comportemental, en particulier lorsque les cookies sont persistants en permettant de contrôler les personnes au fil du temps ³.
- 18 Ce raisonnement est encore plus évident en ce qui concerne le contenu des informations devant être données à l’utilisateur qui renvoie de nouveau à la directive relative à la protection des données.
- 19 En effet, l’article 1 de la directive 2002/58 relatif au champ d’application et aux objectifs de la directive prévoit que *« la présente directive harmonise les dispositions des États membres nécessaires pour assurer un niveau équivalent de protection des droits et libertés fondamentaux, et en particulier du droit à la vie privée, en ce qui concerne le traitement des données à caractère personnel dans le secteur des communications électroniques [...] Les dispositions de la présente directive précisent et complètent la directive 95/46/CE »*. Cette formulation présente la directive 2002/58 comme une loi spéciale par rapport à la directive 95/46.
- 20 L’article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58, dans sa version actuellement en vigueur, dispose :

« Les États membres garantissent que le stockage d’informations, ou l’obtention de l’accès à des informations déjà stockées, dans l’équipement terminal d’un abonné ou d’un utilisateur n’est permis qu’à condition que l’abonné ou l’utilisateur ait donné son accord, après avoir reçu, dans le respect de la directive

¹ Possibilité technologique d’identifier sans équivoque un équipement par un ensemble de caractéristiques qui le rendent unique, comme s’il s’agissait d’une empreinte numérique. Voir l’avis 9/2014 du Groupe de travail Article 29, consultable sur le lien suivant :

http://collections.internetmemory.org/haeu/20171122154227/http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2014/wp224_en.pdf

² Avis 4/2007 du groupe de travail Article 29 sur la notion de données personnelles, consultable sur le lien suivant :

http://collections.internetmemory.org/haeu/20171122154227/http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2007/wp136_en.pdf

³ Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne du 22 juin 2010 du groupe de travail Article 29, consultable sur le lien suivant :

http://collections.internetmemory.org/haeu/20171122154227/http://ec.europa.eu/justice/dataprotection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2010/wp171_en.pdf

95/46/CE, une information claire et complète, entre autres sur les finalités du traitement. Cette disposition ne fait pas obstacle à un stockage ou à un accès techniques visant exclusivement à effectuer la transmission d'une communication par la voie d'un réseau de communications électroniques, ou strictement nécessaires au fournisseur pour la fourniture d'un service de la société de l'information expressément demandé par l'abonné ou l'utilisateur ». [Or. 10]

- 21 Or, indépendamment de la forme de la transposition réalisée par les États membres, l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 (ou même en l'absence de transposition des modifications introduites par la directive en 2009, comme cela semble avoir été le cas en Allemagne), il est incontestable que la règle est devenue un consentement préalable (opt-in) à la place de la possibilité de refuser, c'est-à-dire de s'opposer au traitement des données (opt-out) comme c'était le cas dans le texte original.
- 22 Cela est sans préjudice de la deuxième partie de la disposition qui prévoit deux conditions cumulatives pour l'exemption de l'obligation de recueillir le consentement⁴ de l'utilisateur pour le stockage de cookies sur son équipement terminal et qui n'est pas applicable à la présente espèce.
- 23 La nouvelle rédaction de l'article 5, paragraphe 3, démontre l'intention du législateur de l'Union de renforcer la protection des utilisateurs de réseaux et services de communications électroniques.
- 24 Dans ce contexte, il convient de souligner que le consentement concerne le traitement de données personnelles, étant donné que le stockage ou l'accès à l'information stockée dans l'équipement terminal de l'utilisateur – en l'espèce concernant les cookies – sont des opérations de traitement de données personnelles au sens de la définition prévue à l'article 2, sous b), de la directive relative à la protection des données.
- 25 L'analyse des conditions du consentement montre qu'en l'espèce le consentement a été valablement donné par la personne concernée, au regard de l'article 2, sous h), de la directive relative à la protection des données, pour que ses données personnelles fassent l'objet d'un traitement. Il convient aussi de souligner qu'il est nécessaire de [Or. 11] considérer que tous les éléments constitutifs du consentement sont réunis pour conclure à la validité de celui-ci.
- 26 Le premier élément concerne une *manifestation de volonté*, ce qui devra se traduire par une action positive de la part de l'utilisateur par laquelle celui-ci autorise le traitement de ses données. Par conséquent, une case cochée par défaut

⁴ À cet égard, sur les situations pratiques d'applicabilité de l'exemption à la lumière des modifications introduites par la directive 2002/58, voir l'avis 4/2012 du groupe de travail article 29, consultable sur le lien suivant :

acceptant un traitement des données n'exige pas un acte exprès de l'individu donnant son consentement. Ce consentement apparent est déjà donné au départ, par un choix de la défenderesse et non de l'utilisateur. Ce dernier ne peut que retirer son consentement. C'est pourquoi nous estimons qu'en l'espèce la condition légale tenant à la nécessité que la personne intéressée manifeste son consentement de façon active n'est pas remplie.

- 27 Le deuxième élément concerne la liberté que la personne concernée doit avoir pour donner son consentement, ce qui implique qu'il n'existe aucune contrainte sur sa personne et qu'il existe des alternatives qui garantissent une option véritable, ne causant pas de préjudice additionnel à la personne concernée en conséquence du fait qu'elle n'a pas donné son consentement. Ce point est particulièrement important, dans la perspective de la protection des données personnelles, lorsque l'on souhaite conditionner la participation à un jeu promotionnel – dans le cadre duquel sont demandées les données personnelles relatives au nom et à l'adresse du participant – à l'obtention du consentement pour procéder au traitement de plus de données que ce qui est nécessaire à cette fin (par l'installation de cookies pour évaluer les habitudes de navigation) ou pour communiquer les données personnelles à des tiers.
- 28 Comme indiqué au point 4 de la demande de décision préjudicielle, il n'était possible de participer au jeu promotionnel organisé par la défenderesse qu'après avoir coché à tout le moins la première mention, étant précisé que la deuxième mention était cochée par défaut. Ainsi, la personne concernée ne pouvait pas participer au jeu promotionnel si elle n'acceptait pas la communication de ses données à [Or. 12] des « *sponsors et partenaires* » et de recevoir des publicités d'au moins 30 entreprises.
- 29 Même si la communication des données à des sponsors et partenaires était hypothétiquement nécessaire pour le déroulement et l'exécution du jeu promotionnel – ce qui n'est pas le cas en l'espèce puisque la possibilité de refuser de donner son consentement existe – il est naturel que le fait d'imposer au titulaire des données de « consentir » à la réception de publicités ou d'accepter l'analyse des pages qu'il a visitées, des produits qu'il a visualisés ou des transactions qu'il a réalisées afin de pouvoir participer au jeu ne constitue pas un consentement librement donné.
- 30 Le troisième élément du consentement concerne la spécificité et est intrinsèquement lié au quatrième élément qui est l'information donnée, comme nous l'analyserons ci-dessous dans le cadre de la réponse à la dernière question préjudicielle.
- 31 Enfin, il convient également de préciser que dans le cadre de la liste des « *sponsors et partenaires* » à laquelle on accède par un hyperlien figurant dans la première mention, le choix des entreprises est également coché par défaut et exige donc que l'utilisateur décoche (retirant la souscription par défaut) les entreprises pour lesquelles il n'entend pas recevoir de publicité, avec cependant la limitation

qu'il ne peut s'opposer qu'à 27 entreprises sur 57. Si aucune action n'est prise, la défenderesse fera le choix pour l'utilisateur. Une fois encore, on voit qu'aucune manifestation de la volonté de l'utilisateur n'existe, contrairement à ce que la loi prévoit.

- 32 En résumé, nous estimons que les options cochées par défaut ne constituent pas une forme d'obtention du consentement conforme à la loi. Par conséquent, nous considérons que le consentement n'est pas valablement donné dans un tel cas.

Point sous b) de la première question [Or. 13]

- 33 Par la question posée sous b) la juridiction de renvoi souhaite savoir si l'article 5, paragraphe 3, et l'article 2, sous f), de la directive 2002/58/CE lus conjointement avec l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE reçoivent une application différente selon que les informations stockées ou consultées sont des données à caractère personnel.
- 34 Conformément à ce que nous avons exposé ci-dessus aux points 15 à 18, l'intégralité du raisonnement sous-jacent à la disposition est le fait qu'il s'agit d'informations qui constituent des données personnelles, étant donné qu'il existe un renvoi direct à la définition de consentement et au contenu des informations, effectué par la directive relative à la protection des données, dont l'objet est la protection des données personnelles.
- 35 Par conséquent, même si par postulat, il n'était pas possible de relier les informations traitées par les cookies avec une personne identifiée ou identifiable, il n'y aurait pas de différence dans l'application de la disposition. En tout état de cause, la puissance de calcul croissante pour le traitement d'un grand volume de données issues de diverses sources (le big data) rend plus facile et plus probable la possibilité d'identification.
- 36 En effet, les exigences de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 s'appliquent de façon identique comme s'il s'agissait toujours d'un traitement de données personnelles. En réalité, excepté l'information des cookies qui ne nécessite pas l'obtention du consentement et la prestation d'informations, l'information constitue justement un traitement de données personnelles dans les autres situations où cela est demandé, dans la mesure où, si ce n'était pas le cas, il ne serait pas possible de suivre l'activité en ligne d'un individu ni d'élaborer son profil comportemental et de lui adresser de la publicité personnalisée sur cette base.
- 37 Dans le litige au principal, il est incontestable qu'il existe un traitement des données personnelles associées aux cookies, étant donné que ces derniers contiennent un certain numéro d'identification qui, bien qu'étant généré de façon aléatoire, est attribué simultanément aux données d'enregistrement de l'utilisateur, **[Or. 14]** d'après le point 6 de la décision de renvoi, permettant ainsi de relier

directement l'utilisateur, par son nom et son adresse, à sa navigation sur les pages des partenaires publicitaires.

Point sous c) de la première question

- 38 Dans cette question qui renvoie aux circonstances évoquées dans la question préjudicielle 1, sous a), la juridiction de renvoi demande si le consentement visé à l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement 2016/679 est valablement donné.
- 39 Le règlement 2016/679 qui est le règlement général sur la protection des données suit de près la directive relative à la protection des données et développe la définition du terme consentement en la complétant puisqu'il établit des conditions spécifiques qui lui sont applicables.
- 40 Étant donné la fonction importante qu'il joue dans la consolidation de l'exercice d'autodétermination informationnelle de l'individu, le consentement de la personne concernée constitue, d'une part, la base du régime de protection des données personnelles et, d'autre part, peut constituer un élément de vulnérabilité s'il n'est pas donné dans des conditions d'équité et de liberté effective.
- 41 S'appuyant sur une application de la directive relative à la protection des données de plus de 20 années, et 35 ans après le premier instrument juridique international de protection des données personnelles qu'est la convention 108 du Conseil de l'Europe, le règlement vient à présent donner de la substance et de la clarté, par l'article 4, point 11, à la notion de consentement qui est : « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle elle accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* » (c'est nous qui soulignons). **[Or. 15]**
- 42 Par conséquent, le règlement prévoit expressément que le consentement doit être univoque, précisant qu'il est nécessaire qu'il existe un acte positif de la personne concernée et que celui-ci doit être clair. On ne peut donc admettre une acceptation implicite à un traitement de données personnelles par une case cochée par défaut, comme c'est le cas dans le litige au principal.
- 43 Le considérant 32 indique :
- « Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration ou d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité ».*
- 44 L'article 7, paragraphe 4, du règlement relatif aux conditions applicables au consentement et au point de savoir si le consentement est donné librement est également pertinent pour le présent litige :

« il y a lieu de tenir le plus grand compte de la question de savoir, entre autres, si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement de données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat ».

- 45 Au regard des dispositions de la directive 2002/58 et de la directive relative à la protection des données, le consentement dans la situation décrite au point a) de la première question ne peut être considéré comme valablement donné pour les raisons exposées plus haut. De même, également au regard des dispositions du règlement, le consentement donné dans ces conditions n'est pas valable. Ainsi, il n'est pas légitime de procéder au traitement de données personnelles sur la base de l'article 6, paragraphe 1, sous a), du règlement.

Deuxième question

- 46 Par la deuxième question, la juridiction de renvoi souhaite savoir quelles sont les informations que le fournisseur de service doit donner à **[Or. 16]** l'utilisateur au titre de l'information claire et complète exigée par l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58. Elle souhaite également savoir si la durée de fonctionnement des cookies et l'accès ou non de tiers aux cookies en font partie.
- 47 Il convient tout d'abord de souligner que les informations mentionnées dans l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 sont celles prévues à l'article 10 de la directive relative à la protection des données, car il y a une collecte directe de données personnelles.
- 48 Ces informations doivent être données par le responsable du traitement, c'est-à-dire en l'espèce la défenderesse, et elles doivent comprendre au minimum l'identité du responsable du traitement des données, la finalité du traitement [laquelle doit être déterminée, explicite et légitime, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous b), de la directive relative à la protection des données], les destinataires des données, ainsi que le caractère obligatoire ou facultatif de la réponse et l'existence du droit d'accès aux données et du droit de les rectifier.
- 49 L'information à la personne concernée doit prendre en compte les circonstances spécifiques de collecte des données, ainsi que les particularités du traitement spécifique de données afin de garantir un traitement loyal des données, dans le respect du principe de loyauté et de légalité. Le considérant 38 de la directive relative à la protection des données précise que *« le traitement loyal des données suppose que les personnes concernées puissent connaître l'existence des traitements et bénéficiaire, lorsque des données sont collectées auprès d'elles, d'une information effective et complète au regard des circonstances de cette collecte ».*
- 50 La fourniture d'informations concernant les traitements de données, prévue à l'article 10 de la directive relative à la protection des données, s'applique en général au moment de la collecte des données, indépendamment du fondement légitimant le traitement de données en cause. Elle constitue une mesure de

[Or. 17] transparence pour les personnes concernées et leur permet en outre de connaître leurs droits.

- 51 Cependant, l'importance d'avoir une information rigoureuse et complète est d'autant plus grande qu'elle peut venir au soutien de l'obtention du consentement lorsque celui-ci est une condition de légitimité du traitement des données, puisqu'une des conditions du consentement valable est que celui-ci soit constitué par une « *manifestation de volonté [...] informée* ».
- 52 Ainsi, l'information fournie à l'utilisateur doit être celle nécessaire pour que celui-ci fasse un choix éclairé et donc conscient. L'article 10 de la directive relative à la protection des données n'épuise pas le type d'informations qui peut être donnée à la personne concernée, mais constitue un socle minimal.
- 53 L'information relative à la durée de conservation des données, en l'espèce les cookies, n'est en effet pas exigée par la directive relative à la protection des données, mais elle l'est par le nouveau règlement. Toutefois, le respect du principe de conservation des données qui exige que les données soient éliminées lorsqu'elles ne sont plus nécessaires pour atteindre leur objectif, conformément à l'article 6, paragraphe 1, sous e), de la directive relative à la protection des données, implique la limitation temporelle du stockage des informations. Par conséquent, les entreprises doivent préciser les délais de conservation qu'elles adoptent⁵.
- 54 En outre, la durée de conservation des cookies est très révélatrice de l'extension du profil réalisé. Un délai très long ou illimité indique une collecte massive des habitudes de navigation et la réalisation d'un profil plus détaillé puisque prolongé dans le temps. Au contraire, une durée plus courte de conservation restreint le traitement des données sur le **[Or. 18]** comportement en ligne d'un utilisateur. Ainsi, la fourniture d'informations sur la durée maximale de conservation des cookies est pertinente pour que l'utilisateur décide s'il doit ou non accepter ce traitement des données.
- 55 En ce qui concerne la question de savoir s'il faut (ou pas) informer les personnes concernées de l'accès de tiers, ou de la communication par un autre moyen, de données relatives aux cookies, nous estimons que cette exigence résulte expressément de l'article 10, sous c), de la directive relative à la protection des données qui vise les destinataires ou les catégories de destinataires des données. Or, les tiers sont inclus dans la notion de destinataires aux termes de l'article 2, sous g), de la directive relative à la protection des données. Par conséquent, cette information doit être donnée.
- 56 Également dans le cadre de la fourniture d'informations par le responsable du traitement, c'est-à-dire la défenderesse, à la personne concernée, figurant à la deuxième mention pour laquelle la case pour le consentement est cochée par

⁵ Avis 2/2010 du groupe de travail article 29, mentionné plus haut.

défaut, nous estimons que l'information fournie dans un premier temps manque d'objectivité et d'exactitude, ce qui pourra induire en erreur l'utilisateur. Lorsqu'il est affirmé : « *Je peux supprimer les cookies à tout moment* », l'utilisateur peut avoir la fausse impression que supprimer les cookies pourra signifier un retrait de son consentement alors que ce n'est pas le cas, puisque d'autres cookies pourront être stockés et continuer à collecter des informations personnelles. Ce n'est qu'après avoir cliqué sur l'hyperlien où il y a plus d'informations qu'une information supplémentaire est donnée sur la possibilité de retirer son consentement à tout moment par un courrier postal ou un courriel électronique.

- 57 En réalité, étant donné que la case pour cette deuxième mention est cochée par défaut, exigeant donc une action positive de l'utilisateur, la probabilité que ce dernier cherche l'information, qui n'est disponible que si celui-ci a pris l'initiative, **[Or. 19]** est relativement basse. Il en résulte une insuffisance de l'information fournie qui peut éventuellement influencer la décision de l'utilisateur.

V. Conclusion

- 58 En raison de ce qui précède et des motifs exposés, le gouvernement portugais propose à la Cour de justice de répondre de la manière suivante aux questions préjudicielles posées par le Bundesgerichtshof (Cour fédérale de justice, Allemagne).

1) La 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 (directive vie privée et communications électroniques), d'une part, en combinaison avec le 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 (règlement général sur la protection des données), d'autre part, doit être interprétée en ce sens que, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, l'autorisation donnée pour le stockage de cookies dans l'équipement terminal par une case cochée par défaut que l'utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement ne constitue pas un consentement valablement donné au sens de l'article 4, point 11, du règlement 2016/679.

*2) L'article 5, paragraphe 3, et l'article 2, sous f), de la directive 2002/58/CE lus conjointement avec l'article 2, sous h), de la directive 95/46/CE ne reçoivent pas une application différente, étant donné que, dans des situations où est exigible **[Or. 20]** tant le consentement préalable de l'utilisateur que la fourniture des informations sont sous-jacentes à celui-ci en se référant aux dispositions de la directive 95/46 (directive relative à la protection des données), il y a lieu de supposer que des données à caractère personnel sont en cause.*

3) Le fournisseur de service doit, au minimum, donner à l'utilisateur les informations prévues à l'article 10 de la directive 95/46 qui incluent notamment une information sur les tiers qui ont accès aux données collectées par les cookies ou sur toute autre personne à qui ces données sont communiquées. L'information sur la durée de conservation des cookies est pertinente, même si elle n'est pas prévue légalement, pour la formation de la volonté de l'utilisateur dans l'expression de son consentement.

Les agents de la République portugaise

Luís Inez Fernandes

Miguel Figueiredo

Luísa Medeiros

Clara Guerra

(Signature électronique)