



COMMISSION EUROPÉENNE

Bruxelles, le 20 mars 2018
sj.a(2018)1535759

Documents de procédure juridictionnelle

ORIG.: DE

**À MONSIEUR LE PRÉSIDENT ET AUX MEMBRES
DE LA COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE**

OBSERVATIONS ÉCRITES

déposées, conformément à l'article 23, deuxième alinéa, du protocole sur le statut de la Cour de justice de l'Union européenne,

dans l'affaire C-673/17

par la Commission européenne, représentée par M^{me} Piedade Costa de Oliveira et M. Gerald Braun, conseillers juridiques, et M. Herke Kranenborg, membre de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès du service juridique, Greffe contentieux, BERL 1/169, 1049 Bruxelles, et consentant à la signification de tout acte de procédure via e-Curia,

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle

présentée, conformément à l'article 267 TFUE, par le Bundesgerichtshof, dans le litige opposant

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

- Demanderesse originaire, demanderesse en «Revision» et défenderesse en «Revision» -
contre

Planet49 GmbH

- Défenderesse originaire, défenderesse en «Revision» et demanderesse en «Revision» -

portant sur l'interprétation de l'article 5, paragraphe 3, et de l'article 2, point 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 L 201 du 31.7.2002, p. 37) et de l'article 10 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 (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31).

TABLE DES MATIERES

A. CADRE JURIDIQUE DE L'UNION	3
Directive 95/46/CE	3
Directive 2002/58/CE	4
Règlement (UE) 2016/679	5
B. FAITS AU PRINCIPAL	7
C. APPRECIATION JURIDIQUE	10
1. Sur la question 1.a	10
2. Sur la question 1.b	13
2. Sur la question 1.c	15
3. Sur la deuxième question préjudicielle	16
D. CONCLUSION	18

La Commission a l'honneur de présenter les observations écrites suivantes concernant la présente procédure préjudicielle:

A. CADRE JURIDIQUE DE L'UNION

Directive 95/46/CE (protection des données)¹

1. L'article 2, point h), définit le consentement comme suit.

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.

2. L'article 10 introduit la section IV relative à l'information de la personne concernée. Il énumère les conditions minimales de cette obligation d'information et dispose, sous l'intitulé «*Informations en cas de collecte de données auprès de la personne concernée*» ce qui suit:

Les États membres prévoient que le responsable du traitement ou son représentant doit fournir à la personne auprès de laquelle il collecte des données la concernant au moins les informations énumérées ci-dessous, sauf si la personne en est déjà informée:

- a) l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant;*
 - b) les finalités du traitement auquel les données sont destinées;*
 - c) toute information supplémentaire telle que:*
 - les destinataires ou les catégories de destinataires des données,*
 - le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,*
 - l'existence d'un droit d'accès aux données la concernant et de rectification de ces données,*
- dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, ces informations supplémentaires sont nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données.*

¹ 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 (JO L 281 du 23.11.1995, p. 31).

3. Les considérants 24 et 25 sont libellés comme suit:

(24) 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, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les logiciels espions, les pixels invisibles (web bugs), les identificateurs cachés et les autres dispositifs analogues peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. L'utilisation de tels dispositifs ne devrait être autorisée qu'à des fins légitimes, et en étant portée à la connaissance de l'utilisateur concerné.

(25) Cependant, les dispositifs de ce type, par exemple des témoins de connexion (cookies), peuvent constituer un outil légitime et utile, par exemple pour évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site, ainsi que pour contrôler l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne. Lorsque des dispositifs du type précité, tels que des témoins de connexion, sont destinés à des fins légitimes, par exemple faciliter la fourniture de services de la société de l'information, leur utilisation devrait être autorisée à condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises, conformément à la directive 95/46/CE, sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues de manière à être au courant des informations placées sur l'équipement terminal qu'ils utilisent. Les utilisateurs devraient avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement terminal. Ce point est particulièrement important pour les cas où des utilisateurs autres que l'utilisateur original ont accès à l'équipement terminal et donc aux données sensibles à caractère privé qui y sont stockées. L'information relative à l'utilisation de plusieurs dispositifs à installer sur l'équipement terminal de l'utilisateur ainsi que le droit de refuser ces dispositifs peuvent être offerts en une seule fois pendant une même connexion, et couvrir aussi l'utilisation future qui pourrait être faite de ces dispositifs durant des connexions subséquentes. Les méthodes retenues pour communiquer des informations, offrir un droit de refus ou solliciter le consentement devraient être les plus conviviales possibles. L'accès au contenu d'un site spécifique peut être, toutefois, subordonné au fait d'accepter, en pleine connaissance de cause, l'installation d'un témoin de connexion ou d'un dispositif analogue, si celui-ci est utilisé à des fins légitimes.

4. L'article 5, paragraphe 3, a été modifié par la directive 2009/136/CE³ et dispose, dans sa nouvelle version:

² 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 L 201 du 31.7.2002, p. 37).

3. 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 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.

5. La deuxième phrase de l'article 2, point f), définit l'«autorisation» comme suit:

Les définitions suivantes sont aussi applicables: [...] le «consentement» d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au «consentement de la personne concernée» figurant dans la directive 95/46/CE; [...].

Règlement (UE) 2016/679 (règlement général sur la protection des données)⁴

6. Le considérant 32 est formulé en ces termes:

Le consentement devrait être donné par un acte positif clair par lequel la personne concernée manifeste de façon libre, spécifique, éclairée et univoque son accord au traitement des données à caractère personnel la concernant, par exemple au moyen d'une déclaration écrite, y compris par voie électronique, ou d'une déclaration orale. 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. Le consentement donné devrait valoir pour toutes les activités de traitement ayant la ou les mêmes finalités. Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles. Si le consentement de la personne concernée est donné à la suite d'une demande introduite par voie électronique, cette demande doit être claire et concise

³ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25/11/2009 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 L 337 du 18.12.2009, p. 11).

⁴ 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) (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE) (JO L 119 du 4.5.2016, p. 1).

et ne doit pas inutilement perturber l'utilisation du service pour lequel il est accordé.

7. La définition énoncée à l'article 4, point 11), est libellée comme suit:

Aux fins du présent règlement, on entend par: [...] «consentement» de la personne concernée, toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement; [...].

8. L'article 5 dispose, sous l'intitulé «Principes relatifs au traitement des données à caractère personnel»:

1. Les données à caractère personnel doivent être:

a) traitées de manière licite, loyale et transparente au regard de la personne concernée (licéité, loyauté, transparence);

b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne sont pas traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités; le traitement ultérieur à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques n'est pas considéré, conformément à l'article 89, paragraphe 1, comme incompatible avec les finalités initiales (limitation des finalités);

c) adéquates, pertinentes et limitées à ce qui est nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées (minimisation des données);

d) exactes et, si nécessaire, tenues à jour; toutes les mesures raisonnables doivent être prises pour que les données à caractère personnel qui sont inexactes, eu égard aux finalités pour lesquelles elles sont traitées, soient effacées ou rectifiées sans tarder (exactitude);

e) conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées pendant une durée n'excédant pas celle nécessaire au regard des finalités pour lesquelles elles sont traitées; les données à caractère personnel peuvent être conservées pour des durées plus longues dans la mesure où elles seront traitées exclusivement à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques conformément à l'article 89, paragraphe 1, pour autant que soient mises en œuvre les mesures techniques et organisationnelles appropriées requises par le présent règlement afin de garantir les droits et libertés de la personne concernée (limitation de la conservation);

f) traitées de façon à garantir une sécurité appropriée des données à caractère personnel, y compris la protection contre le traitement non autorisé ou illicite et contre la perte, la destruction ou les dégâts d'origine accidentelle, à l'aide de mesures techniques ou organisationnelles appropriées (intégrité et confidentialité);

2. Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité).

9. L'article 6 dispose, sous l'intitulé «Licéité du traitement»:

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;

b) le traitement est 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;

c) le traitement est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis;

d) le traitement est nécessaire à la sauvegarde des intérêts vitaux de la personne concernée ou d'une autre personne physique;

e) le traitement est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement;

f) le traitement est nécessaire aux fins des intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers, à moins que ne prévalent les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée qui exigent une protection des données à caractère personnel, notamment lorsque la personne concernée est un enfant.

Le point f) du premier alinéa ne s'applique pas au traitement effectué par les autorités publiques dans l'exécution de leurs missions.

10. L'article 7, paragraphe 1, dispose, sous l'intitulé «Conditions applicables au consentement»:

1. Dans les cas où le traitement repose sur le consentement, le responsable du traitement est en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant.

B. FAITS AU PRINCIPAL

11. D'après son exposé, la juridiction a quo doit statuer sur les demandes en «Revision» de la demanderesse et de la défenderesse contre un arrêt de l'OLG Frankfurt am Main.

12. La défenderesse a organisé, le 24 septembre 2013, un jeu promotionnel par Internet. Après avoir donné son code postal, l'utilisateur aboutissait sur une page

dans laquelle il devait inscrire ses nom et adresse. Sous les cases à remplir pour l'adresse se trouvaient deux mentions à cocher.

13. La première mention, qui n'était pas cochée par défaut, se lisait comme suit: *«J'accepte que des sponsors et partenaires m'informent par voie postale, par téléphone, par courrier électronique ou par message SMS de promotions dans leur domaine d'activité respectif. Je peux les déterminer ici moi-même faute de quoi l'organisateur les sélectionnera. Je peux revenir à tout moment sur mon acceptation. Pour plus d'informations à ce sujet, cliquer ici.»* (soulignement dans l'original).
14. La deuxième mention, dont la case était cochée par défaut, se lisait comme suit: *«J'accepte que le service d'analyse du web Remintrex soit mis en œuvre chez moi. En conséquence, l'organisateur du jeu promotionnel, la société Planet49 GmbH, installera des cookies après l'inscription au jeu promotionnel, ce qui lui permettra d'exploiter par Remintrex mes navigations sur le web et mes visites sur les sites web des partenaires publicitaires et d'adresser de la publicité centrée sur mes intérêts. Je peux supprimer les cookies à tout moment. Lire les détails ici.»* (soulignement dans l'original).
15. Il n'était possible de participer au jeu promotionnel qu'après avoir coché à tout le moins la première mention.
16. Le lien électronique figurant dans la première mention sous les mots «*sponsors et partenaires*» et «*ici*» conduisait à une liste de 57 entreprises reprenant leur adresse, le domaine d'activité à promouvoir et le mode de communication utilisé pour la publicité (courrier électronique, poste ou téléphone) et le terme souligné «*biffer*» figurait après chaque entreprise. La liste était précédée de l'indication suivante: *«En cliquant sur le lien “biffer”, je décide qu'aucun accord pour la publicité ne peut être donné au partenaire/sponsor visé. Si je n'ai biffé aucun partenaire/sponsor ou pas suffisamment, Planet49 sélectionne pour moi à sa guise des partenaires/sponsors (dans la limite de: 30 partenaires/sponsors)».*
17. En activant le lien électronique figurant dans la deuxième mention sous le mot «*ici*», les informations suivantes étaient données: *Les cookies dénommés ceng_cahce, ceng_etag, ceng_png et gcr sont des petits fichiers qui sont stockés sur votre disque dur par le navigateur que vous employez et font transiter un*

certain nombre d'informations qui permettent à la publicité d'être plus efficace et mieux adaptée à l'utilisateur. Les cookies comportent un numéro déterminé créé aléatoirement (ID) qui est associé en même temps à vos données d'enregistrement. Si vous visitez ensuite le site d'un partenaire publicitaire enregistré pour Remintrex (en consultant la déclaration relative à la protection des données du partenaire publicitaire, vous verrez s'il est enregistré), on repère automatiquement à l'aide d'un IFrame de Remintrex qui y est lié la visite que vous (c'est-à-dire l'utilisateur dont l'ID a été stocké) avez faite sur la page, le produit auquel vous vous êtes intéressé et la conclusion éventuelle d'un contrat. L'accord donné pour la publicité lors de l'inscription au jeu promotionnel permet alors à la société Planet49 GmbH de vous faire ensuite parvenir des courriels publicitaires en fonction des intérêts que vous avez manifestés sur le site du partenaire publicitaire. En cas de retrait de l'accord donné pour la publicité, vous ne recevez bien entendu plus de publicité par courrier électronique. Les informations transmises par les cookies sont exclusivement utilisées pour de la publicité présentant des produits du partenaire publicitaire. Les informations sont collectées, stockées et utilisées séparément pour chaque partenaire publicitaire. Des profils d'utilisateur ne sont en aucun cas établis pour plusieurs partenaires publicitaires. Les différents partenaires publicitaires ne reçoivent aucune donnée à caractère personnel. Si l'utilisation de cookies ne vous intéresse plus, vous pouvez les supprimer à tout moment par votre navigateur. Vous trouverez des instructions dans la fonction aide de votre navigateur. Les cookies ne permettent pas d'exporter des programmes ni de transférer des virus. Vous avez bien entendu la possibilité de revenir à tout moment sur cet accord. Vous pouvez adresser votre retrait par écrit à la société Planet49 GmbH [adresse]. Un simple courrier électronique à notre service clientèle suffit cependant [adresse électronique].

18. La demanderesse a soutenu que les déclarations d'accord sollicitées par la défenderesse ne remplissaient pas les conditions requises par les dispositions combinées de l'article 307 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch; code civil allemand), de l'article 7, paragraphe 2, point 2, de l'UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb; loi contre la concurrence déloyale) et des articles 12 et suivants de la TMG (Telemediengesetz: loi sur les médias électroniques). Une mise en demeure précontentieuse est restée sans suite.

19. La demanderesse souhaitait essentiellement que la défenderesse soit condamnée à cesser d'inclure, dans des conventions de jeu promotionnel passées avec des consommateurs, des dispositions telles que les deux mentions précitées assorties de cases à cocher, dont l'acceptation est obligatoire pour participer à un jeu promotionnel. Les juridictions inférieures ont partiellement fait droit aux demandes. Les deux parties ont formé un recours en «Revision» devant la juridiction de renvoi.

20. Dans ces circonstances, la juridiction de renvoi pose les questions suivantes:

«1. a) 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 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) 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?»

C. APPRECIATION JURIDIQUE

1. Sur la question 1.a

21. En posant cette question, la juridiction nationale souhaite savoir essentiellement si le consentement visé à l'article 5, paragraphe 3, et à l'article 2, point f), de la directive 2002/58/CE est valablement donné lorsqu'une déclaration par défaut suppose que l'utilisateur consent au stockage d'informations le concernant, et qu'une action de sa part n'est requise que pour manifester son désaccord.

22. Les *définitions* indiquent déjà que la question appelle une réponse négative. Selon l'article 2, point f), de la directive 2002/58, le consentement d'un utilisateur ou d'un

abonné correspond au «*consentement de la personne concernée figurant dans la directive 95/46/CE*».

23. L'article 2, point h), de la directive 95/46 définit le «*consentement de la personne concernée*» comme étant «*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*».
24. Le renvoi de l'article 2, point f), de la directive 2002/58 à la définition de la directive «vie privée» élargit son champ d'application aux fins de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 au-delà du traitement des données à caractère personnel.
25. Il convient d'emblée d'indiquer que la question de la juridiction nationale exclut la question au moins tout aussi importante et générale qui est celle de savoir dans quelle mesure les personnes concernées agissent volontairement et en connaissance de cause (de manière «*libre*» et «*informée*») et, par conséquent, remplissent les autres conditions de la définition d'un consentement valable lorsque ce consentement est donné. C'est ce que présuppose la question qui nous occupe.
26. L'expression «*manifestation de volonté*» contenue dans la définition de l'article 2, point h), de la directive 95/46 indique que cette volonté ne peut être postulée a priori mais qu'elle doit être «manifestée», en ce sens que le consentement doit donc être exprimé activement. L'inaction n'élimine pas l'ambivalence du silence, qui ne permet pas de distinguer clairement l'accord ou le refus, et elle n'exclut pas non plus que les conséquences de la passivité ne sont pas voulues ou n'ont pas été comprises dès le départ, ou encore que les informations à cet égard n'ont pas été dûment notées. Le législateur réduit le risque lié à l'ambivalence du silence en instaurant l'obligation, pour l'utilisateur, de rendre sa volonté visible en manifestant clairement son consentement par un acte.
27. Dans la mesure où des données à caractère personnel sont concernées, l'article 7, point a), de la directive 95/46 aborde la question de l'ambivalence du silence et dispose ce qui suit: «*Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si: a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement; [...]*» À la différence de ce qui se produit lors d'échanges non virtuels, l'inaction dans la communication numérique

est dépourvue de tout signe supplémentaire et pouvant être interprété, comme l'expression du visage ou un mouvement de tête qui tient parfois lieu d'acquiescement. Le législateur a déterminé en la matière que le consentement, en tant que condition préalable au traitement de données à caractère personnel, doit être donné «*indubitablement*». Les doutes sur les intentions réelles d'un utilisateur peuvent en tout cas être dissipés plus rapidement lorsque ce dernier exprime sa volonté, de prime abord tout intérieure, et manifeste ainsi activement son consentement, les personnes qui dépendent de ce consentement n'ayant alors pas à se contenter de suppositions et de fictions juridiques.

28. La genèse législative de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE qu'il convient d'interpréter en l'espèce conforte ce point de vue. Avant sa modification par la directive 2009/136⁵, l'article 5, paragraphe 3, prévoyait «*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 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*» (soulignement ajouté par la Commission).
29. Après sa modification, l'obligation de fournir une information claire et complète a bien été maintenue, mais la simple référence à la possibilité de refus a été remplacée par la condition que, sur la base de ces informations, l'utilisateur ait «*donné son consentement*». Le consentement ne peut plus être présumé et être juridiquement considéré comme présent jusqu'à sa révocation, mais il doit être manifesté activement par l'utilisateur.
30. Le législateur a voulu de toute évidence, par cette modification, renforcer les droits des utilisateurs en prévoyant désormais un consentement explicite. Il est ainsi écrit à ce sujet au considérant 66: «*Lorsque cela est techniquement possible et effectif, conformément aux dispositions pertinentes de la directive 95/46/CE, l'accord de l'utilisateur en ce qui concerne le traitement peut être exprimé par l'utilisation des paramètres appropriés d'un navigateur ou d'une autre application.*»

⁵ Voir la note de bas de page n° 3.

31. Ce point de vue, selon lequel un consentement au sens de l'article 5, paragraphe 3, et de l'article 2, point f), de la directive 2002/58/CE n'est pas valablement donné lorsqu'une déclaration par défaut suppose que l'utilisateur consent au stockage d'informations le concernant, est de surcroît étayé par le groupe de travail «Article 29». Le *Groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel* a été institué conformément à l'article 29 de la directive 95/46/CE en tant qu'organe consultatif et indépendant de la Commission européenne. Dans le résumé de son avis⁶ sur la définition du consentement, le groupe de travail souligne l'importance dudit consentement en tant qu'instrument permettant à la personne concernée de contrôler le traitement de ses données (page 2). Sous le point III.A.1, il interprète également l'article 2, point h), et constate dans le même esprit à la page 12, entre autres, que l'expression «manifestation de volonté» implique la nécessité d'une action.
32. La Commission estime donc qu'il convient de répondre à la question 1.a par la négative, parce qu'une case cochée par défaut qui n'est pas décochée par l'utilisateur ne remplit pas les conditions d'un consentement au sens de la directive 95/46/CE.

2. Sur la question 1.b

33. Par cette question, la juridiction de renvoi demande si la question du consentement doit être considérée différemment dans le présent contexte selon que les informations stockées ou consultées sont ou non des données à caractère personnel.
34. La Commission est d'avis qu'il faut apporter une réponse négative à cette question. C'est ce qui ressort en effet du libellé de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 ainsi que des considérants 24 et 25 de cette directive.
35. L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 régit l'utilisation des réseaux de communications électroniques «*en vue de stocker des informations*» ou d'«*accéder à des informations*» qui sont déjà stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur, et vise à la protection de l'utilisateur contre les

⁶ Groupe de travail «Article 29» sur la protection des données , Avis 15/2011 sur la définition du consentement (01197/11/FR WP 187), adopté le 13 juillet 2011.

interventions portant atteinte à sa vie privée, indépendamment du fait que des données à caractère personnel ou d'autres données relevant de la vie privée de l'utilisateur soient concernées.

36. Les considérants 24 et 25 de la directive précisent notamment:

(24) 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, qui doit être protégée au titre de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Or, les logiciels espions, les pixels invisibles (web bugs), les identifiants cachés et les autres dispositifs analogues peuvent pénétrer dans le terminal de l'utilisateur à son insu afin de pouvoir accéder à des informations, stocker des informations cachées ou suivre les activités de l'utilisateur, et peuvent porter gravement atteinte à la vie privée de ce dernier. [...]

(25) [...] Les utilisateurs devraient avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement terminal. Ce point est particulièrement important pour les cas où des utilisateurs autres que l'utilisateur original ont accès à l'équipement terminal et donc aux données sensibles à caractère privé qui y sont stockées. [...]»

37. Ce point de vue est à nouveau étayé par les avis WP 171 et WP 202 du groupe de travail «Article 29»⁷.

38. La Commission estime qu'il faut donc apporter une réponse négative à cette question. Il est indifférent, pour l'application de l'article 5, paragraphe 3, et de l'article 2, point f), de la directive 2002/58/CE, lus conjointement avec l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE, que les informations stockées ou consultées soient des données à caractère personnel.

⁷ Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne (0909/10/FR WP 171), adopté le 23 juin 2010, page 9, et Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, Avis 2/2013 sur les applications destinées aux dispositifs intelligents (00461/13/FR WP 202), adopté le 27 février 2010, page 7.

3. Sur la question 1.c

39. Par cette question, la juridiction nationale souhaite savoir si dans les circonstances évoquées en l'espèce, examinées dans le cadre du règlement général sur la protection des données (UE) 2016/679 (RGPD), le consentement visé à l'article 6, paragraphe 1, point a), dudit règlement est valablement donné.
40. Le règlement général sur la protection des données est certes entré en vigueur le 25 mai 2016, mais il ne sera applicable qu'à partir du 25 mai 2018. Ainsi qu'il ressort de l'exposé des faits de la juridiction a quo, il n'est donc pas applicable à la présente affaire. La question 1.c est donc, de l'avis de la Commission, irrecevable et n'appelle aucune réponse.
41. Il convient toutefois de rappeler que la Cour a déjà explicitement complété son interprétation de la directive 95/46/CE en interprétant dans le même sens les dispositions du règlement général qui la remplacent⁸. En ce sens, et au regard de la circonstance que, à la date de l'arrêt à rendre dans la procédure au principal, la juridiction nationale devra déjà statuer sur des faits qui relèveront uniquement du règlement général, la Commission constate ce qui suit:
42. Selon les définitions contenues à l'article 4, point 11, du RGPD, le «consentement de la personne concernée» correspond à *«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»*.
43. Au considérant 32, il est précisé que le consentement *«devrait être donné par un acte positif clair»* et qu'*«il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité»*.
44. Le paragraphe 1 de l'article 5 du RGPD énumère les principes relatifs au traitement des données à caractère personnel. Aux termes du paragraphe 2: *«Le responsable du traitement est responsable du respect du paragraphe 1 et est en mesure de démontrer que celui-ci est respecté (responsabilité)»*. Dans le même sens,

⁸ Arrêt de la Cour du 20 décembre 2017, Peter Nowak, C-434/16, ECLI:EU:C:2017:994, points 59 et 61.

l'article 24, paragraphe 1, du règlement régit la «*responsabilité du responsable du traitement*». Le responsable du traitement doit, par conséquent, mettre en œuvre des mesures techniques et organisationnelles appropriées «*pour s'assurer et être en mesure de démontrer que le traitement est effectué conformément au présent règlement*».

45. Comme le souligne l'article 7, paragraphe 1, du règlement, dans les cas où le traitement repose sur un consentement, «*le responsable du traitement est en mesure de démontrer*» que la personne concernée a donné son consentement au traitement de données à caractère personnel la concernant. En utilisant une case cochée par défaut, le responsable ne pourrait pas apporter cette preuve ni, par conséquent, respecter cette disposition.
46. Le point de vue juridique que la Commission a présenté sur la question 1.a pour le régime de la directive 95/46 s'applique donc aussi aux dispositions pertinentes du règlement général sur la protection des données 2016/679 qui la remplace.

2. Sur la deuxième question

47. Avec sa deuxième question, la juridiction nationale souhaite savoir quelles informations doivent être données à l'utilisateur afin que les conditions de l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE soient remplies, et si, plus particulièrement, des informations sur la durée de fonctionnement des cookies et sur l'accès ou non de tiers à ces cookies en font partie.
48. L'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58 indique à cet effet que l'utilisateur doit avoir donné son consentement sur la base «*d'une information claire et complète*».
49. Le considérant 25 explique à ce sujet notamment que l'utilisation de cookies devrait être autorisée à condition «*que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises, conformément à la directive 95/46/CE, sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues de manière à être au courant des informations placées sur l'équipement terminal qu'ils utilisent. [...] Les*

méthodes retenues pour communiquer des informations [...] devraient être les plus conviviales possibles.»

50. L'article 10 de la directive 95/46 prévoit que la personne auprès de laquelle des données sont collectées se voit donner au moins les informations suivantes:

a) l'identité du responsable du traitement et, le cas échéant, de son représentant;

b) les finalités du traitement auquel les données sont destinées;

c) toute information supplémentaire telle que:

– les destinataires ou les catégories de destinataires des données,

– le fait de savoir si la réponse aux questions est obligatoire ou facultative ainsi que les conséquences éventuelles d'un défaut de réponse,

– l'existence d'un droit d'accès aux données la concernant et de rectification de ces données,

dans la mesure où, compte tenu des circonstances particulières dans lesquelles les données sont collectées, ces informations supplémentaires sont nécessaires pour assurer à l'égard de la personne concernée un traitement loyal des données.

51. Compte tenu du fait que de nombreuses offres en ligne ne sont accessibles aux utilisateurs que par l'échange de données à caractère personnel et que la contrepartie de services électroniques prétendument gratuits réside dans la mise à disposition de données, la Commission estime qu'il n'est pas négligeable, dans le cadre d'une information utile de la personne concernée, de connaître la durée pendant laquelle cette contrepartie doit être fournie, et d'intégrer ainsi cet élément dans l'obligation d'information. Cela irait également dans le sens d'un «*traitement loyal*» des données à l'égard de la personne concernée, qui devrait savoir si le programme installé sur son équipement terminal collecte et traite des données sur son comportement en ligne pendant un mois, un an ou une durée indéterminée, dans la mesure où elle ne fait rien pour s'y opposer.

52. Dans le même temps, on pourra noter que dans la présente affaire, le texte soumis à examen semble indiquer clairement qu'il s'agit de cookies persistants dont la durée de fonctionnement n'est pas limitée, dès lors que l'utilisateur ne les supprime pas lui-même. Le fait que les cookies peuvent être effacés «*à tout moment*» par l'utilisateur signifie qu'ils restent jusqu'à cet instant – donc également à tout moment – installés sur l'équipement. En ce sens, la condition à propos de laquelle la juridiction de renvoi s'interroge, à savoir celle qui concerne le fait d'être informé sur la durée de fonctionnement des cookies, semble avoir été ici remplie.

53. La Commission est également d'avis que l'obligation d'information visée à l'article 5, paragraphe 3, de la directive 2002/58/CE englobe l'information relative à l'accès ou non de tiers à ces cookies. Cela découle de la circonstance que ces tiers sont soit les responsables de la collecte de données au moyen de leurs propres cookies, soit les destinataires d'autres données collectées qui, conformément à l'article 10, paragraphe 1, point c), de la directive 95/46 – qui prévoit que parmi les informations pertinentes figurent celles concernant «*les destinataires ou les catégories de destinataires des données*» –, font partie des informations que doit obtenir la personne auprès de laquelle les données sont collectées.
54. Le point de vue selon lequel l'obligation d'information doit aussi englober des informations relatives à la durée de fonctionnement des cookies, ainsi que des informations sur l'accès ou non de tiers aux cookies, est lui aussi confirmé par le groupe de travail «Article 29»⁹.
55. La Commission ne voit aucune raison de s'opposer à ce point de vue et propose, par conséquent, de répondre à la deuxième question en ce sens que les obligations d'information découlent de l'article 10 de la directive 95/46 et, que, au regard du sens et de la finalité des informations, elles englobent les informations indiquant si les cookies restent sur l'équipement seulement une semaine ou un mois, ou pendant une durée indéterminée, dès lors qu'ils ne sont pas supprimés activement par l'utilisateur, ainsi que les informations sur l'accès ou non de tiers à ces cookies.

D. CONCLUSION

56. La Commission estime que la question 1.c est irrecevable et propose de répondre aux autres questions posées par la juridiction de renvoi comme suit.

«1) a) Le consentement visé à l'article 5, paragraphe 3, et à l'article 2, point f), de la directive 2002/58/CE, lus conjointement avec l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE, n'est pas 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.

⁹ Groupe de travail Article 29 sur la protection des données, Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne (0909/10/FR WP 171), adopté le 23 juin 2010, page 12, et Groupe de travail Article 29 sur la protection des données Document de travail n° 02/2013 énonçant des lignes directrices sur le recueil du consentement pour le dépôt de cookies (1676/13/FR WP 208), adopté le 2 octobre 2013, page 3.

b) L'article 5, paragraphe 3, et l'article 2, point f), de la directive 2002/58/CE, lus conjointement avec l'article 2, point h), de la directive 95/46/CE ne sont pas appliqués de manière différente selon que les informations stockées ou consultées sont ou non des données à caractère personnel.

2. La durée de fonctionnement des cookies et l'accès ou non de tiers aux cookies font partie des 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, et par l'article 10 de la directive 95/46.»

Piedade Costa da Oliveira

Gerald Braun

Herke Kranenborg

Agents de la Commission