

À l'attention de M. David Stevens, président de l'Autorité de Protection des Données

Cher M. Stevens,

Nous avons l'honneur de vous écrire en tant que représentants du vaste secteur des entreprises digitales belges, en particulier les sociétés de commerce électronique, les sociétés de marketing en ligne, les annonceurs et les concepteurs de sites web. Nous tenons à exprimer notre profonde préoccupation quant à la position de l'Autorité belge de Protection des Données sur les règles à suivre lors de l'utilisation de cookies et de technologies similaires à des fins statistiques et analytiques.

La manière dont ces règles sont actuellement propagées et appliquées par l'Autorité belge de Protection des Données a un impact pratique, financier et technique très lourd sur les entreprises qui opèrent en ligne, et ce dans une mesure qui n'est en aucun cas proportionnée aux dangers potentiels pour les droits des personnes concernées dont les données sont collectées et traitées au moyen de ces cookies statistiques ou analytiques.

En notre qualité de fédérations professionnelles, nous prions donc l'Autorité belge de Protection des Données de bien vouloir nous accorder une consultation au nom de l'industrie concernée, et ce sur la base de la note en annexe, qui détaille notre cas.

Nous soulignons d'emblée que nos préoccupations portent uniquement sur l'utilisation de cookies statistiques ou analytiques. Toute utilisation de cookies marketing, de cookies de suivi ou de cookies au moyen desquels des données sont partagées avec des tiers nécessite très certainement une transparence absolue et un consentement explicite, préalable, libre et éclairé.

En espérant une réponse rapide et favorable de votre part, nous vous présentons nos sincères salutations.



POSITION PAPER CONCERNANT L'UTILISATION DE COOKIES STATISTIQUES OU ANALYTIQUES À DES FINS DE MARKETING NUMÉRIQUE

Résumé

- L'usage de cookies statistiques ou analytiques sur les sites web et certainement sur les boutiques en ligne est absolument nécessaire d'un point de vue économique, pratique et technique.
- Jusqu'à fin 2019, le gouvernement belge a toujours accepté - tacitement ou non - qu'un soft opt-in ou une autorisation implicite était suffisant pour le placement de cookies statistiques ou analytiques.
- Depuis plusieurs mois, l'Autorité de Protection des Données a communiqué à plusieurs reprises qu'un consentement actif, préalable, libre et éclairé était toujours requis avant le placement de cookies statistiques ou analytiques.
- En conséquence, le secteur du commerce électronique et du marketing en ligne risque de subir de très graves dommages économiques et donc un désavantage concurrentiel considérable par rapport aux sites web et aux boutiques en ligne des pays voisins.
- Les développements technologiques récents impliquent également que les entreprises menacent d'opter pour des alternatives aux cookies analytiques ou statistiques traditionnels qui sont beaucoup moins transparentes et respectent beaucoup moins les droits des personnes concernées.
- Pour cette raison, une interprétation plus souple à court terme et un ajustement de la réglementation au niveau européen ou, si nécessaire, belge à moyen terme, s'imposent.

Le présent document a été préparé par Sirius Legal Business Law Firm et son Managing Partner Bart Van den Brande. Il n'a explicitement pas l'ambition d'inclure une analyse juridique exhaustive de la réglementation sur les cookies, mais vise précisément et spécifiquement à examiner les problèmes entourant l'utilisation de cookies statistiques ou analytiques d'un point de vue économique, pratique et juridique, et à regrouper les résultats de cet exercice afin de donner forme aux préoccupations qui vivent aujourd'hui dans le monde belge du marketing en ligne et du commerce en ligne.

Pratique existante : pas d'« opt-in actif » obligatoire depuis 2012

Au cours des huit dernières années, le gouvernement belge, à travers d'abord l'ancien CPVP, puis l'Autorité de Protection des Données, a adopté une attitude plutôt attentiste à l'égard des cookies et certainement en matière de cookies statistiques ou analytiques. Jusqu'à très récemment, il n'y avait pas de contrôles ni d'amendes sur l'utilisation des cookies, ni sur l'utilisation des données à caractère personnel susceptibles d'être collectées par le biais des cookies.

Le seul point de référence clair au cours de cette période était la recommandation volontaire sur l'utilisation des cookies (CO-AR-2012-004) du 4 février 2015 de l'ancienne APD néerlandaise.¹ Dans cette recommandation, il a été expressément pris pour position qu'il n'y avait pas de moyen préférentiel d'obtenir le consentement préalable et il est explicitement indiqué que le consentement peut également être obtenu implicitement sur la base de la visite ultérieure du visiteur du site web sur le site web ou la boutique en ligne. Nous avons également constaté la même attitude prudente dans la plupart des autres États membres de l'UE.

Dans les conseils précités, la CPVP était très claire à l'époque :

- « Ces cookies collectent des informations sur les données techniques de l'échange ou sur l'utilisation du site (pages visitées, durée moyenne de la visite...) afin d'améliorer son fonctionnement. **Les données ainsi collectées par le site web sont en principe agrégées et traitées de manière anonyme.** »
- Selon le groupe 29 : « Cependant, **les cookies analytiques de la première partie sont peu susceptibles de présenter un risque pour la vie privée** s'ils sont strictement limités à des statistiques agrégées au nom de l'exploitant du site web et sont utilisés par des sites web qui fournissent déjà des informations claires sur ces cookies dans leur politique de confidentialité et offrent des garanties de confidentialité appropriées. »
- « L'autorité française de protection des données à caractère personnel, la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL), a décidé que **les cookies peuvent être utilisés sous certaines conditions sans le consentement préalable de la personne concernée**, d'une part en tenant compte des finalités spécifiques de ces cookies et d'autre part du risque très limité pour la protection de la vie privée que ce type de traitement comporte. »
- « La Commission est d'avis que **continuer à surfer (« Continued browsing ») peut être considéré comme une action positive par laquelle l'utilisateur donne son consentement.** »

Sur base de la recommandation ci-dessus, les propriétaires de sites web belges ont acquis au fil des ans la confiance légitime que pour le placement de cookies, et en particulier pour le placement de cookies statistiques ou analytiques, une acceptation implicite basée sur ce que l'on appelle « la navigation continue » était suffisante.

¹ Recommandation n° 01/2015 du 4 février 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>

Sur la base de ce point de vue, la grande majorité des sites web et des boutiques en ligne belges et européens ont opté et optent pour toutes sortes de méthodes opt-in ou opt-out pour installer des cookies. Cela s'applique d'emblée à l'utilisation de cookies analytiques ou statistiques.

La recherche statistique européenne montre à cet égard que ce n'est pas uniquement en Belgique que les boutiques en ligne et les sites web ne demandent pas d'accord actif. Diverses enquêtes et cookiesweeps montrent qu'un pourcentage très élevé de tous les sites web (dans de nombreuses enquêtes entre 80 et 90 %) n'appliquent pas strictement ou ne mettent pas pleinement en œuvre l'opt-in préalable. La conclusion des cookiesweeps, comme le contrôle à grande échelle que l'Autorité néerlandaise de protection des données a publié sur son site le 19 décembre 2019² ou la récente recherche sur la conformité des cookies dans le cadre du TCF de l'IAB Europe par l'Université Côte d'Azur³, est qu'au moins la moitié et probablement même la grande majorité des sites web de l'UE ne demandent pas d'acceptation préalable pour le placement de cookies.

L'inquiétude dans le monde du marketing en ligne et du commerce électronique

Depuis l'entrée en vigueur du règlement général sur la protection des données en mai 2018, plusieurs autorités européennes de protection des données ont manifesté une attention accrue pour l'utilisation des cookies. Ceci est le cas en France, en Allemagne, en Espagne et en Grande-Bretagne, entre autres, ainsi qu'en Belgique où votre Autorité de Protection des Données a pris position sous la forme de sa récente Recommandation n° 01/2020 du 17 janvier 2020 relative au traitement des données à caractère personnel à des fins de marketing direct.⁴

Cette évolution a sans aucun doute été renforcée par la jurisprudence récente de la Cour européenne de Justice sur Planet49⁵, dans laquelle la Cour confirme qu'un opt-in préalable, libre et informé, est toujours nécessaire. Les mêmes règles s'appliquent à tous les types de

² <https://autoriteitpersoonsgegevens.nl/nl/nieuws/ap-veel-websites-vragen-op-onjuiste-wijze-toestemming-voor-plaatsen-tracking-cookies>

³ MATTE, C., BIELOVA, N., SANTOS, C., Do cookie banners respect my choice?, Measuring legal compliance of banners from IAB Europe's Transparency and Consent Framework, Cornell University, 2019, <https://arxiv.org/abs/1911.09964>

⁴ SK Orientierungshilfe der Aufsichtsbehörden für Anbieter von Telemedien, maart 2019, https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/20190405_oh_tmg.pdf; CNIL, Délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) (rectificatif), <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000038783337>; ICO, Guidance on the use of cookies and similar technologies, <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/guidance-on-the-use-of-cookies-and-similar-technologies/>; AEPD Guía sobre el uso de las cookies, https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/guia-cookies_1.pdf; APD, Recommandation n° 01/2020 du 17 janvier 2020 relative aux traitements de données à caractère personnel à des fins de marketing direct, <https://www.autoriteprotectiondonnees.be/publications/recommandation-n-01-2020.pdf>.

⁵ HvJ 1 oktober 2019, nr. C-673/17, ECLI:EU:C:2019:801, Planet49

cookies, que des données à caractère personnel soient ou non collectées via ces cookies. Le Comité européen de la protection des données (« EDPB ») a exprimé une position similaire dans son avis 5/2019 du 12 mars 2019 « *sur l'interaction entre la directive ePrivacy et le RGPD, en particulier en ce qui concerne la compétence, les tâches et les pouvoirs des autorités de protection des données* ». ⁶

Dans le monde du commerce électronique et du marketing en ligne, une grande inquiétude grandit actuellement, fondée sur le constat que, dans le passé, l'ancienne CPVP ainsi que l'actuelle Autorité de Protection des Données ont toujours joué un rôle attentiste en ce qui concerne l'obligation de toujours obtenir le consentement préalable, libre et explicite pour le placement de cookies, et en particulier pour le placement de cookies analytiques. Il a même été explicitement indiqué que la « poursuite de la navigation » pouvait constituer une forme de consentement suffisamment claire. Le changement vers une attitude très active, qui soudainement adoptée ces derniers mois et qui emporte avec lui souvent une interprétation stricte des règles inquiète le secteur.

Au cours des derniers mois, le secteur a noté, entre autres, qu'une amende importante avait été infligée à l'éditeur Knops Publishing pour - avec un certain nombre d'autres infractions - le placement de 3 cookies Google Analytics sans avoir obtenu l'autorisation préalable du visiteur du site. ⁷

Le secteur a également noté que dans sa recommandation n° 01/2020 du 17 janvier 2020 sur le traitement des données à caractère personnel à des fins de marketing direct, l'Autorité de Protection des Données adoptait ⁸ une position nettement plus stricte en ce qui concerne les cookies et, en particulier en page 65 en ce qui concerne les cookies analytiques.

Le secteur a également noté qu'une page d'information sur l'utilisation des cookies avait été récemment publiée sur le site Internet de l'Autorité de Protection des Données, qui indique, entre autres, à propos des cookies analytiques :

« Si vous souhaitez installer et/ou lire des cookies de mesure d'audience (également appelés cookies statistiques ou analytiques), devez-vous obtenir le consentement de l'utilisateur de votre site web ou de votre application ?

Oui. En vertu de la législation actuelle, il n'y a pas d'exemption de l'obligation d'obtenir le consentement des personnes concernées pour les cookies de mesure d'audience, même pour les cookies « de première partie ». Le traitement des données à caractère personnel dans le cadre de l'installation et de la lecture de cookies statistiques ne peut être fondé sur l'intérêt légitime du propriétaire du site ou de l'application. »

⁶ EDPB, Opinion 5/2019 du 12 mars 2019 « *on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities* », https://edpb.europa.eu/our-work-tools/our-documents/stanovisko-vyboru-cl-64/opinion-52019-interplay-between-eprivacy_nl.

⁷

https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/BETG_12-2019_NL.pdf

⁸ APD, Recommandation n° 01/2020 du 17 janvier 2020 relative aux traitements de données à caractère personnel à des fins de marketing direct, p. 59 et suiv., https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf.

Enfin, le secteur a noté que lors d'un certain nombre d'événements publics au printemps dernier, la direction de l'Autorité de Protection des Données, en particulier lors de l'événement organisé par l'IFAPME Namur & Brabant Wallon et LaFeweb à Gembloux le 6 février, a signalé très clairement que l'utilisation de cookies analytiques nécessitait le consentement préalable, libre, actif et explicite du visiteur du site.

Tout cela suscite de grandes inquiétudes dans le monde du commerce électronique et du marketing en ligne. Après tout, il convient de noter dans tout cela que pour le secteur du marketing numérique et le secteur du commerce électronique, la nécessité d'obtenir un consentement préalable pour le placement de cookies analytiques au moyen d'un opt-in actif n'est rien de moins qu'un désastre commercial.

Il règne un réel sentiment au sein du secteur que ce soudain changement de comportement vis-à-vis de la ligne de conduite suivie depuis des années par le CPVP d'abord, puis par l'APD, et sur la base duquel l'impression a été créée que l'obtention d'un consentement préalable libre et éclairé n'était pas toujours nécessaire pour le placement de cookies, va à l'encontre de la confiance légitime que le vaste monde en ligne a développée ces 8 dernières années, selon laquelle l'obtention d'un opt-in actif n'était pas toujours nécessaire pour le placement de cookies et que la « navigation continue » pouvait être suffisante dans certaines circonstances.

Importance stratégique : l'importance particulière des cookies statistiques ou analytiques pour le monde du commerce électronique et du marketing en ligne

La grande préoccupation du secteur est motivée par le constat que les cookies analytiques ou statistiques en tant que tels, ainsi que les informations collectées et traitées via ces cookies sont vitaux pour des secteurs tels que le commerce électronique et le marketing en ligne.

Après tout, aucun commerce électronique n'est possible sans de bonnes et fiables analyses statistiques. Ceux qui ne connaissent pas et ne comprennent pas leurs clients ne peuvent pas vendre leurs produits de la manière la plus optimale possible. Après tout, même la meilleure boutique en ligne ne vend aucun produit sans visiteurs sur son site. Les boutiques en ligne doivent donc pouvoir être trouvées par leurs clients et doivent s'assurer d'être configurées de manière à convertir de manière optimale les visiteurs en clients effectifs. Il est donc crucial de pouvoir mesurer le plus précisément possible les flux de visiteurs vers une boutique en ligne et le comportement des visiteurs sur les pages web de cette boutique en ligne. Dans ce contexte - et plus généralement dans le commerce électronique - l'utilisation de cookies statistiques ou analytiques relève économiquement, commercialement et techniquement une nécessité absolue.

C'est précisément grâce à l'analyse statistique qu'une boutique en ligne peut collecter ces informations vitales. L'analyse statistique permet au commerçant en ligne de voir exactement comment les visiteurs arrivent sur son site web : via la recherche Google, via

une campagne publicitaire payante (publicités Facebook, Google Adwords), via des liens sur d'autres sites ou via des liens dans des newsletters, par exemple. De plus, un compte analytique permet de suivre les réactions et le comportement des visiteurs d'un site web et d'apporter des ajustements en fonction : le référencement est-il bon ? Une boutique en ligne ne dépense-t-elle pas trop en campagnes publicitaires payantes qui ne rapportent rien en réalité ? Quel est l'effet d'un ajustement de prix sur le succès espéré, de la nouvelle mise en page d'une page particulière... ?

Sans un compte analytique correctement configuré, une boutique en ligne ou un site web navigue à l'aveugle. Le commerçant ne saura pas d'où proviennent les visiteurs sur son site, quelles pages et quels produits ils visitent, combien de temps ils vont s'attarder sur le site. Il ne saura pas quelles publicités fonctionnent bien ou mal, il ne saura pas quels produits sont bien ou mal présentés ou tarifés... En d'autres termes, sans une bonne analyse, le commerce électronique ne peut être que basé sur des hypothèses.

C'est précisément pour ces raisons que les outils d'analyse, tels que Google Analytics, Chartbeat, Woopra, Matomo et bien d'autres, sont d'une importance vitale pour les boutiques en ligne et les sites web.

L'obligation de demander préalablement une autorisation explicite pour le placement de cookies analytiques, même si les données qu'ils permettent de collecter sont traitées de manière anonyme, **entraîne une baisse significative, voire dramatique, de la quantité de données dont dispose une boutique en ligne**, ce qui signifie que la publicité ainsi que la politique de vente sur les boutiques en ligne sont sérieusement entravées et que les entreprises subissent des dommages financiers.

En l'absence d'un opt-in clairement coché, le site n'aura aucune base légale pour installer des cookies, ce qui pose un gros problème dans le contexte du commerce électronique. Après tout, l'absence de cookies analytiques implique l'absence de données sur la base desquelles une boutique en ligne peut organiser ses ventes et son marketing, l'absence d'informations sur l'origine des visiteurs, l'absence d'informations sur le succès du référencement, la mise en page ou la stratégie de tarification, l'absence de données multicanales cohérentes... Les boutiques en ligne risquent également de se voir confrontées avec des campagnes publicitaires sans but clair. L'absence de cookies entraîne une réduction drastique des audiences pour les campagnes de remarketing, pour l'augmentation des enchères dans la recherche Google, pour les campagnes multi-appareils, etc. En conséquence, les campagnes de performance sont également incontrôlables à hauteur de 30 à 60 %, et ne peuvent donc plus être optimisées. Ce n'est pas seulement une catastrophe pour le secteur du commerce en ligne, mais pour chaque annonceur et son agence média ou marketing. Le vrai retour des investissements en ligne n'est plus mesurable et les extrapolations risquent d'être complètement erronées, car la perte de données est bien trop importante.

La réponse évidente pourrait être qu'il suffit aux boutiques en ligne de demander une autorisation préalable pour pouvoir installer des cookies analytiques afin de collecter les données nécessaires. Cependant, diverses études indiquent que, selon les circonstances précises, jusqu'à 95 % des visiteurs du site web ne s'inscrivent pas activement lorsqu'on le

leur demande. En d'autres termes, une boutique en ligne perd jusqu'à 95 % de ses données en se conformant scrupuleusement à la loi...

Une étude allemande publiée en 2019⁹ montre que **0,16 % à 5,59 %** des visiteurs d'un site seulement acceptent les cookies si la case opt-in n'est pas pré-cochée. Si ces options sont pré-cochées ou si seul un opt-in implicite est requis, le taux d'acceptation passe à entre **83,55 % et 98,84 %**. Dans cette étude, seuls **0,7 %** des visiteurs du site web ont spontanément opté pour les cookies analytiques. Si l'opt-in était déjà pré-coché, **6,6 %** ont choisi de « décocher » volontairement les options.

Une autre étude récente, publiée en janvier 2020¹⁰, qui examinait des « dark patterns » dans les bannières de consentement, rapporte des chiffres similaires : de tous les participants, seuls **1,3 %** ont donné leur consentement pour un choix spécifique (par exemple pour les cookies analytiques). Cette constatation rejoint les conclusions de l'étude ci-dessus.

Une étude menée par une agence suisse de marketing numérique en 2018 et basée sur les données de plus de 100 000 visiteurs sur une série de sites web internationaux montre que 76 % des visiteurs desdits sites web ont simplement ignoré la bannière de cookies, tandis que 12 % l'ont fermée sans exprimer leur choix. **Seuls 11 % ont accepté tous les cookies sans se poser de question** et à peine 1 % a opté pour des paramètres spécifiques par catégorie. Cela signifie qu'au moins **88 % des visiteurs n'acceptent pas** l'utilisation de cookies.

L'application de la loi selon l'interprétation récente de l'APD risque donc de causer des dommages financiers très importants à tout un secteur et cela ne peut bien entendu pas en être l'intention. De plus, les gouvernements de nos pays voisins semblent traiter ce problème de manière beaucoup plus nuancée. En France, aux Pays-Bas ou en Allemagne, cela est possible sans opt-in sous un certain nombre de conditions. Cette position double donc les dommages au commerce électronique belge puisque les sites web belges souffrent d'un désavantage concurrentiel considérable par rapport aux boutiques en ligne des pays voisins, qui ont accès à des données détaillées sur les visiteurs sans avoir à enfreindre la loi.

Analyse anonyme

Le secteur souligne qu'il est tout à fait possible de faire fonctionner les outils d'analyse de manière anonyme ou presque anonyme et qu'aucune identification ni aucun traitement de données à caractère personnel à grande ou même petite échelle n'est nécessaire. Les données analytiques sont, dans de nombreux cas, liées à l'adresse IP du visiteur, mais ce n'est pas toujours le cas ; il est même devenu au fil du temps une bonne pratique dans le secteur de créer des comptes analytiques de manière totalement anonyme. En particulier, Google Analytics et Matomo permettent de désactiver (dans les paramètres du compte de

⁹ C. UTZ, M. DEGELING, S. FAHL, F. SCHAUB et T. HOLZ, (Un)informed Consent: Studying GDPR Consent Notices in the Field, <https://arxiv.org/pdf/1909.02638.pdf>

¹⁰ M. NOUWENS, I. LICCARDI, M. VEALE, D. KARGER, L. KAGAL, Dark Patterns after the GDPR: Scraping Consent Pop-ups and Demonstrating their Influence, <https://arxiv.org/pdf/2001.02479.pdf>

l'utilisateur) la collecte d'adresses IP et d'autres données qui pourraient constituer des données à caractère personnel et d'assurer ainsi une collecte de données analytiques indispensables de manière anonyme, ce qui permet l'optimisation des opérations commerciales.

Effets pervers : l'utilisation des cookies analytiques est beaucoup plus transparente que les technologies récentes, comme le Server Side Tagging

Le secteur note que l'interprétation stricte de la législation sur les cookies est également susceptible de conduire de nombreuses entreprises à se tourner vers de nouvelles technologies beaucoup moins transparentes pour collecter et traiter les données des visiteurs sur leur site web.

Par exemple, le géant de l'Internet Google met à disposition une version bêta de sa technologie appelée Server Side Tagging pour l'analyse depuis août 2020.

Il s'agit d'une technologie par laquelle les données concernant les visiteurs d'un site web ne sont plus collectées dans un cookie placé sur l'appareil du visiteur, mais qui crée un profil sur le serveur du site web concerné (« *server side* ») dans lequel les données d'identification et le comportement de navigation du visiteur en question sont stockés. Ces informations sont demandées à l'appareil du visiteur sur la base de soi-disant « requêtes html » à l'insu du visiteur ou sans qu'un cookie ou autre tracker ne soit placé de quelque manière que ce soit sur son appareil. De cette manière, par exemple, le type d'appareil, le système d'exploitation, la version du navigateur, l'emplacement, l'historique de navigation, les paramètres de langue et de clavier et même l'adresse IP d'un appareil peuvent être demandés. Ces informations sont regroupées pour créer un identifiant unique du visiteur, qui peut être reconnu au fil des sessions de navigation (et qui peut être lié à des informations plus personnelles sur la personne concernée une fois qu'elle aura partagé son nom, son e-mail ou d'autres détails en ligne).

Évidemment, une telle technologie est soumise aux mêmes règles que celles qui régissent l'utilisation des cookies, mais comme l'utilisation des techniques SST est pratiquement indétectable, la tentation est grande de ne pas viser la transparence et de ne pas demander le consentement, ni activement ni tacitement.

Le système Server Side Tagging permet également aux sites web de contourner les bloqueurs de publicités et le blocage des cookies tiers déjà mis en œuvre ou annoncé par le navigateur principal.

La popularité croissante de cette technologie est en partie due aux avantages techniques qui lui sont associés (rapidité, flexibilité, contournement du blocage des cookies tiers et des adblockers, contournement des protocoles ITP 2.1 et ATP), mais également à la très réelle frustration provoquée par la perte de parfois jusqu'à 80 % des données statistiques indispensables provenant des cookies analytiques ou statistiques classiques si un

consentement préalable, libre, actif et éclairé est demandé pour leur placement dans le strict respect des règles.

En d'autres termes, l'attitude très stricte à l'égard des cookies analytiques ou statistiques pousse les entreprises vers des alternatives moins transparentes et moins respectueuses de la vie privée, dans lesquelles le respect pour la personne impliquée risque finalement de disparaître.

L'industrie souligne qu'elle est d'avis que les technologies alternatives telles que le Server Side Tagging devraient bien sûr être soumises aux règles du CDE et du RGPD, et que la transparence et le respect des droits de la personne concernée méritent la plus haute priorité en toutes circonstances.

Notre compétitivité en jeu : nos pays voisins adoptent une approche beaucoup plus pragmatique

L'ancien CPVP affirmait à juste titre à l'époque : « *Tous les pays de l'Union européenne ont transposé la directive européenne sur la protection des données à caractère personnel dans leur législation nationale. Pour la Belgique, c'est le LPD. Tout responsable de traitement établi en Europe est donc strictement soumis aux mêmes règles, quel que soit l'endroit où se trouve le site.* »¹¹

Ceci reste cependant loin de la vérité. Là où le gouvernement belge a récemment préconisé une interprétation particulièrement stricte de la législation sur les cookies et un opt-in actif, préalable et libre pour les cookies statistiques ou analytiques, les autorités des pays voisins adoptent une position considérablement plus nuancée. Sur la base d'avis et de conseils récents à cet égard, il semble parfaitement possible aux Pays-Bas, en Allemagne ou encore en France, d'installer des cookies statistiques ou analytiques sans un opt-in préalable explicite.

Nous nous sommes permis de comparer les positions de nos pays voisins dans les tableaux ci-dessous :

- En France, le consentement n'est pas toujours requis. Des exceptions sont possibles, à condition qu'un certain nombre de conditions soient remplies comme décrit dans le tableau ci-dessous.
- Aux Pays-Bas, le consentement n'est pas toujours requis.
- En Allemagne, le consentement n'est pas toujours requis pour les cookies analytiques de première partie, mais il l'est pour les cookies analytiques tiers.
- En Grande-Bretagne : le consentement est en principe requis, mais l'ICO ne considère pas cela comme une priorité.
- En Espagne, le consentement peut découler d'une navigation continue sans opt-in explicite.

¹¹ Recommandation n° 01/2015 du 4 février 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>, n° 29, p.7

Tableau récapitulatif complet avec sources (NL/traduction libre)

Autorité de Protection des Données (APD)	Position accord préalable cookies analytiques + exception
<p>Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL - FR)</p>	<p>Une autorisation préalable n'est pas requise pour les cookies analytiques lorsqu'ils respectent huit conditions :</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Obligation d'information ; 2. Mécanisme d'opt-out facilement accessible ; 3. Ne pas mélanger les données collectées avec d'autres données ; 4. Données utilisées uniquement pour des statistiques anonymes ; 5. Ne pas utiliser les données pour suivre l'utilisateur sur d'autres sites web ; 6. Géolocalisation limitée au niveau de la ville dans laquelle se trouve l'utilisateur (concrètement, cela signifie que les deux derniers octets doivent être supprimés) ; 7. Limitation dans le temps à 13 mois depuis la première visite pour les cookies permettant la traçabilité de l'utilisateur ou de l'adresse IP ; 8. Délai de 13 mois supplémentaires pour les données brutes permettant l'identification. <p>La CNIL fournit également quelques exemples d'outils permettant de profiter de l'exception combinée, ainsi qu'un guide complet.</p> <p>(Lien direct vers la position de la CNIL)</p>
<p>Autorité néerlandaise de protection des données (AP - NL)</p>	<p>L'autorisation préalable n'est pas requise si les cookies analytiques servent uniquement au comptage de visiteurs OU si les résultats ne mènent pas à un traitement différencié de certaines catégories de personnes.</p> <p>L'obligation d'information reste toujours intacte. Dans le guide sur la façon d'utiliser Google Analytics sans demander la permission de l'utilisateur, l'option opt-out reste obligatoire.</p> <p>(Lien direct vers la position de l'AP + ACM + informations sur Google services analyse et similaires (NL))</p>
<p>Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI - DE) *</p> <p>* regroupe les APD des Länder</p>	<p>Le Datenschutzkonferenz (DSK) publie des directives sur la protection des données, qui sont suivies par les différents APD au niveau des entités fédérées (Länder). Dans cette directive (lien direct vers la bonne page (DUI)), un certain nombre d'intérêts légitimes sont répertoriés dans lesquels aucune autorisation préalable n'est requise et parmi lesquels figurent également Reichweitenmessung und statistische Analysen (mesure d'audience et analyses statistiques).</p> <p>Il va sans dire qu'une mise en balance entre l'utilisation de cookies et les droits fondamentaux de la personne concernée reste requise.</p> <p>L'article suivant (« Les cookies analytiques nécessitent-ils un</p>

	<p>consentement ? » (ENG)) confirme : pour les cookies analytiques, le consentement préalable n'est requis que lorsque les données sont transmises à des tiers.</p> <p>Suivant la même ligne directrice, la DSK cite également l'obligation d'un opt-out pour le <i>Reichweitenmessung</i> (mesure d'audience) comme exemple de la manière dont cela devrait être fait (lien direct vers la page correcte). Tout au long du texte, les termes <i>Reichweitenmessung</i> (mesure d'audience) et <i>statistische Analysen</i> (analyses statistiques) sont utilisés de manière interchangeable.</p> <p>Les FAQ de l'APD du Bade-Wurtemberg sont également très clairs. La première question est : puis-je utiliser des outils pour <i>Reichweitenmessung</i> (mesure d'audience) sans le consentement de la personne concernée ? La réponse est très claire : oui, tant que vous n'utilisez pas de services de tiers pour cela. Ils se réfèrent directement à Google Analytics à titre d'exemple. Comme exemple de la façon dont cela devrait être fait, ils citent la Logfile Analyse ou « lokal installierte Analyzewerkzeuge » (des outils d'analyse installés localement).</p>
<p>Information Commissioner's Office (ICO - UK)</p>	<p>Un consentement préalable est requis, car les cookies statistiques ou analytiques ne sont pas des cookies strictement nécessaires. Néanmoins, l'ICO ne prendra pas systématiquement de mesures contre les violations, dans la mesure où les cookies analytiques utilisés sont tous des cookies analytiques de première partie. L'ICO estime que le risque potentiel pour la vie privée et les dommages potentiels sont trop faibles.</p> <p>(Lien direct vers la position de l'ICO (EN))</p>
<p>AEPD (ES) °</p>	<p>Le consentement pour les cookies peut être attesté par la « navigation continue » et donc sans champ opt-in explicitement coché, sous certaines conditions :</p> <ul style="list-style-type: none"> - bannière d'information sur les cookies clairement visible - possibilité de désactivation active - action claire qui peut être considérée comme une « navigation continue » (càd continuer de naviguer vers une autre page du site, par exemple) <p>(lien direct vers les lignes directrices Espagne (ES))</p>

En imposant des conditions beaucoup plus strictes en Belgique, les entreprises belges sont exposées à un énorme désavantage concurrentiel par rapport aux entreprises de nos pays voisins. En effet, les sites d'e-commerce des pays voisins ont la possibilité d'obtenir une image correcte et fiable des visites et d'optimiser le site ou son offre, tandis que les sites et boutiques en ligne belges ne disposent pas de cette option faute de chiffres fiables.

Pour cette seule raison, un alignement de l'interprétation belge sur l'utilisation des cookies analytiques ou statistiques avec celle de nos pays voisins est absolument et urgemment nécessaire.

Demande de révision de position : la situation ci-dessus nécessite de toute urgence une politique réaliste en matière de cookies analytiques

Il ressort clairement des explications ci-dessus que le secteur en ligne en Belgique a besoin de toute urgence d'une position réaliste et plus nuancée de la part du gouvernement belge à travers l'Autorité de Protection des Données en ce qui concerne l'utilisation de cookies analytiques ou statistiques pour assurer la rentabilité et la position concurrentielle de la Belgique et protéger les entreprises du secteur.

L'industrie est consciente de l'importance de la protection des données et du respect de la vie privée. Au cours des dernières années, nous avons travaillé dur pour susciter une prise de conscience nécessaire parmi nos membres.

En même temps, le secteur est particulièrement conscient des conditions économiques difficiles dans lesquelles ses membres doivent opérer aujourd'hui et peut-être dans les années à venir, et de la concurrence particulièrement rude avec les entreprises étrangères sur le marché en ligne.

Pour cette raison, l'industrie insiste particulièrement sur la nécessité d'une position claire de l'APD, qui soit alignée avec la position de la CNIL française déjà mentionnée, à savoir :

Le consentement préalable n'est pas requis pour les cookies analytiques lorsqu'ils satisfont aux **huit conditions suivantes** :

1. information ;
2. mécanisme de retrait facilement accessible ;
3. ne pas traiter les données collectées avec d'autres données ;
4. utilisés uniquement pour les statistiques anonymes ;
5. l'analyse ne peut pas être utilisée pour suivre l'utilisateur vers d'autres sites web ;
6. l'adresse IP doit uniquement permettre de déterminer dans quelle ville se trouve l'utilisateur (cela signifie concrètement que les deux derniers octets doivent être supprimés) ;
7. limitation dans le temps de 13 mois depuis la première visite pour les cookies qui permettent la traçabilité de l'utilisateur ou de l'adresse IP ;
8. délai de 13 mois supplémentaires pour les données brutes permettant l'identification.

Le cadre réglementaire existant ne s'oppose pas à la position ci-dessus

Le secteur du commerce électronique et du marketing en ligne considère qu'il existe de nombreux arguments valables qui permettent à l'APD de s'abstenir de l'interprétation très stricte qu'elle a donné par rapport aux exigences pour obtenir un consentement valide pour

le placement de cookies, et en particulier en ce qui concerne le placement de cookies statistiques ou analytiques.

1. Les règles de bonne gouvernance imposent la position ci-dessus

En ce qui concerne l'État belge et l'APD, les principes généraux de bonne gouvernance s'appliquent. Ces principes de bonne gouvernance doivent permettre au citoyen d'avoir une confiance légitime dans le gouvernement et que cette confiance légitime ne soit pas violée par le même gouvernement.

L'application des règles de bonne gouvernance lie le gouvernement belge par l'intermédiaire de l'APD à sa position tenue depuis de nombreuses années, sur la base de laquelle l'utilisation de cookies analytiques ou statistiques ne nécessite pas de consentement explicite préalable, conformément à l'aperçu ci-dessous.

Par la loi du 10 juillet 2012, qui transpose la directive 2009/136/CE en droit belge, l'article 129 a été inséré dans la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. À l'époque, ce nouveau cadre juridique pour les cookies a modifié l'article 129 alors existant de la loi du 13 juin 2005 sur les communications électroniques et a remplacé le mécanisme d'opt-out existant par un mécanisme d'opt-in, nécessitant dans la plupart un consentement informé préalable de l'utilisateur. L'article 129 de la LCE¹² stipule essentiellement que le consentement préalable est requis avant de placer des cookies et que le consentement doit être donné. L'article 129 de la LCE ne précise pas explicitement comment cette autorisation doit être obtenue, ni qu'un opt-in actif au moyen d'une case à cocher serait nécessaire.

À l'époque, ce n'était pas non plus le cas dans la directive ePrivacy, qui formait la base de l'article 129 de la LCE. Les considérations relatives à la directive ePrivacy étaient claires à cet égard à l'époque :

¹² « *Le stockage d'informations ou l'obtention d'un accès à des informations déjà stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur n'est autorisé qu'à la condition que :*

1 ° l'abonné ou l'utilisateur concerné, conformément aux conditions prévues par la loi du 8 décembre 1992 pour la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données personnelles, reçoit des informations claires et précises sur les finalités du traitement et ses droits sur la base de la loi du 8 décembre 1992 ;

2 ° l'abonné ou l'utilisateur final a donné son consentement après en avoir été informé conformément aux dispositions du 1 °.

Le premier paragraphe ne s'applique pas au stockage technique d'informations ou à l'accès aux informations stockées dans l'équipement terminal d'un abonné ou d'un utilisateur final dans le seul but d'effectuer la transmission d'une communication via un réseau de communications électroniques ou expressément fourni pour fournir le service demandé à l'abonné ou à l'utilisateur final lorsque cela est strictement nécessaire.

Le consentement au sens du premier alinéa ou l'application du second alinéa ne dispense pas le responsable du traitement des obligations de la loi du 8 décembre 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel qui ne sont pas imposées dans cet article.

Le responsable du traitement offre aux abonnés ou aux utilisateurs finaux la possibilité de retirer facilement et gratuitement le consentement donné. »

« (25) [...] Cependant, les **cookies [peuvent] être un outil légitime et utile pour, par exemple, examiner l'efficacité de la conception de sites web et de la publicité,** et pour déterminer l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne. Lorsque les cookies [...] sont destinés à des fins légitimes [...], leur utilisation doit être autorisée [...]. Les utilisateurs **doivent avoir la possibilité de refuser** qu'un cookie ou un dispositif similaire soit stocké sur leur équipement terminal. »

À l'époque, l'article 5.3 de la directive ePrivacy ne prévoyait qu'un droit de refus et n'imposait pas d'opt-in explicite en déclarant que l'utilisation de cookies ou d'autres technologies n'était possible que si la personne concernée « se voyait offrir le **droit** par la personne concernée pour le traitement **de refuser un tel traitement** ».

Tout cela a été traduit à l'époque dans la Recommandation de sa propre initiative sur l'utilisation des cookies (CO-AR-2012-004) du 4 février 2015 de l'ancienne CPVP.¹³ Dans cette recommandation, il a été expressément pris pour position qu'il n'y avait pas de moyen préférentiel d'obtenir le consentement préalable et il est explicitement indiqué que le consentement peut également être obtenu implicitement sur la base de la visite continuée du visiteur sur le site web ou la boutique en ligne. La même attitude a également été constatée dans la plupart des autres États membres de l'UE.

Dans les conseils précités, la CPVP d'alors était très claire :

- « Ces cookies collectent des informations sur les données techniques de l'échange ou sur l'utilisation du site (pages visitées, durée moyenne de la visite ...) afin d'améliorer son fonctionnement. **Les données collectées de cette manière par le site web sont en principe agrégées et traitées de manière anonyme.** »
- « Selon le Groupe 29 », cependant, il est **peu probable que les cookies analytiques de la première partie présentent un risque pour la vie privée** s'ils sont strictement limités à des statistiques au profit de l'exploitant du site web et sont utilisés par les sites web qui fournissent déjà des informations claires sur ces cookies dans leur politique de confidentialité et offrent des garanties de confidentialité appropriées. »
- « La Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) a décidé que ces **cookies peuvent être utilisés sous certaines conditions sans le consentement préalable de la personne concernée,** d'une part en tenant compte des finalités spécifiques de ces cookies et d'autre part du risque très limité pour la protection de la vie privée que ce type de traitement comporte. »
- « La Commission croit que le fait qu'il **continue de surfer (« Poursuivre la navigation ») peut être considéré comme une action positive par laquelle l'utilisateur donne son consentement.** »

¹³ Recommandation n° 01/2015 du 4 février 2015, <https://www.gegevensbeschermingsautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/AAN01-2015-001DEF.pdf.pdf>

Sur la base de ce qui précède, depuis plus de huit ans, l'utilisation de cookies analytiques ou statistiques ne nécessitait, au moins implicitement, pas de consentement préalable explicite, tant que la transparence était assurée.

Les principes généraux de bonne gouvernance sont des principes généraux de droit qui donnent des indications sur la manière dont les décisions de gestion doivent être prises et notifiées. Ils sont décrits comme les principes non écrits de nature normative formulés par la jurisprudence, que l'autorité administrative doit observer. En d'autres termes, ce sont des normes juridiques formulées par le juge et que l'administration doit observer comme s'il s'agissait de règles juridiques écrites.¹⁴

Pour l'APD, particulièrement dans ce contexte, le principe de la diligence s'impose. Sur cette base, tout service public devrait se comporter comme un service public normalement prudent et diligent, placé dans les mêmes circonstances. L'obligation matérielle de diligence concerne plus particulièrement la question de savoir si les intérêts en jeu ne sont pas lésés inutilement et de manière disproportionnée dans l'exécution des tâches.¹⁵

En outre, dans le contexte du position paper actuel, il convient également de prêter attention au principe de sécurité juridique, ce qui signifie que la loi doit être prévisible et accessible. Le justiciable doit être en mesure de prévoir raisonnablement les conséquences des actes qu'il a commis au moment où l'acte est accompli. De plus, il doit pouvoir compter sur une certaine constance. Le gouvernement ne peut s'en écarter sans justification objective et raisonnable.¹⁶

Dans un jugement du 6 novembre 2000, la Cour de Cassation a précisé que le citoyen devait pouvoir se fonder sur ce qu'il ne peut comprendre comme autre chose qu'une règle de conduite et de politique établie selon laquelle les services publics doivent être à la hauteur des attentes légitimes qu'ils ont suscitées.¹⁷

Le principe de confiance crée l'obligation pour le gouvernement d'honorer/de se conformer aux attentes soulevées par les sujets juridiques. Les citoyens doivent pouvoir s'appuyer sur une politique fixe du gouvernement et sur les engagements et/ou promesses du gouvernement. Elle constitue un contrepoids à la moindre prévisibilité de l'action administrative en raison de la liberté politique dont jouira le gouvernement à l'avenir.¹⁸

¹⁴ J. DE STAERCKE, "Beginselen van Behoorlijk bestuur en hiërarchie van de normen", NJW 2004, 1406-1407 ; I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 3-4; F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 488-493.

¹⁵ F. SCHRAM, *Burger en bestuur. Een introductie tot een complexe verhouding*, Brussel, Politeia, 2014, 490.

¹⁶ A. VAN MENDEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur. Een schets*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 77; Conseil d'État du 22 mars 2013, n° 222 953 ; I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (éd.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 119-121 en 349-351; RvS 22 mars 2004, n° 129.541.

¹⁷ Cass. 6 novembre 2000, n° 19990614-4.

¹⁸ A. VAN MENDEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur. Een schets*, Antwerpen, Kluwer, 1990, 76; I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 119-121 en 349-351; RvS 22 mars 2004, n° 129.541

Afin de pouvoir invoquer le principe de confiance, le sujet juridique doit pouvoir se référer à un comportement administratif ayant donné lieu à la création ou à l'existence de certaines attentes : « comportement administratif inspirant la confiance ». Ce comportement inspirant la confiance du conseil peut résulter de décisions ou d'actions bien définies et spécifiques, mais peut également provenir d'un ensemble de comportements du conseil.¹⁹

Dans le cas présent, l'État belge, par le biais d'abord de la CPVP puis de l'APD, a maintenu une position claire pendant 8 ans sur la base de laquelle le consentement à placer des cookies pouvait être déduit de la visite continuée du site web. L'État belge a de sorte créé une confiance légitime dans le chef de l'e-commerce et du marketing en ligne belge. Le changement soudain de position, sans être accompagné d'aucune modification de la législation sous-jacente et sans consultation du secteur, porte atteinte à cette confiance légitime et cause une très grande insécurité juridique et des dommages économiques aux entreprises du secteur.

2. Arrêt Planet49 : pas de conflit avec le RGPD en cas de « navigation continue »

L'industrie souligne que, même à la lumière du récent arrêt Planet49, l'exigence de disposer d'une base juridique appropriée au titre du RGPD ne doit en aucun cas entrer en conflit avec l'obtention du consentement en vertu de la législation sur les cookies basée sur la « navigation continue », même si le RGPD nécessite une action active pour obtenir un consentement. À première vue, cela semble nécessiter un opt-in actif au moyen d'une case à cocher non pré-cochée, comme décrit dans l'arrêt Planet49. Cependant, une lecture alternative de l'arrêt montre clairement qu'en aucun cas, par définition, une case à cocher n'est requise comme seul moyen d'obtenir le consentement pour le placement de cookies et plus particulièrement de cookies statistiques et analytiques.

D'une part, il est parfaitement possible de fonder tout traitement de données personnelles dans le cadre du RGPD sur une base légale autre que le consentement explicite. Il a déjà été expliqué ci-dessus que les logiciels statistiques et analytiques, et les cookies pouvaient fonctionner de manière parfaitement anonyme, aucune donnée à caractère personnel n'étant collectée (ou du moins lorsque ces données à caractère personnel sont anonymisées de telle sorte que l'identification individuelle des personnes concernées n'est plus possible).

Cependant, dans la mesure où des données personnelles seraient néanmoins collectées et traitées, il est parfaitement concevable que cela se fasse, du point de vue du RGPD, sur la base de l'intérêt légitime du site web ou de la boutique en ligne en question, dans la mesure où il va de soi que les conditions constitutives de l'intérêt légitime doivent être remplies.

De manière générale, le secteur est d'avis que la simple mesure statistique ou analytique des flux de visiteurs vers et sur un site web ou une boutique en ligne peut remplir ces conditions :

¹⁹ I. OPDEBEEK et M. VAN DAMME (eds.), *Beginnselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, Die Keure, 2006, 315-362.

1. Après tout, la boutique en ligne ou le site web a, comme déjà indiqué, un intérêt économique particulièrement important, voire crucial, à mesurer correctement ces flux de visiteurs.
2. Dans l'état actuel de la technologie, l'utilisation d'outils logiciels d'analyse et de cookies d'analyse est absolument nécessaire pour la bonne mesure de ces flux de visiteurs.
3. L'impact sur la vie privée de la personne concernée est particulièrement limité, du moins dans la mesure où les données collectées sont utilisées exclusivement à des fins statistiques ou analytiques.

De plus, tout cela peut être complètement cadré dans les attentes légitimes du visiteur d'un site web ou d'une boutique en ligne. Toute personne qui utilise Internet ou qui visite un site web ou une boutique en ligne suppose que la boutique en ligne utilise un logiciel et une technologie qui doivent lui permettre d'optimiser le fonctionnement et le contenu du site.

Si et dans la mesure où des données personnelles sont collectées et traitées en plaçant des cookies, la législation nationale et européenne sur la protection des données s'applique également. Jusqu'au 28 mai 2018, il s'agissait de la loi sur le traitement des données à caractère personnel et depuis lors, il s'agit du règlement général sur la protection des données EU/2016/679.

Le règlement général sur la protection des données exige, en plus de toute une série d'autres obligations, d'une part la transparence et la divulgation des informations à la personne concernée et, d'autre part, une base juridique valable pour tout traitement de données à caractère personnel.

Le RGPD a six fondements juridiques, tout comme l'ancienne LPD. Ces fondements juridiques, tels que repris à l'article 6 du RGPD, sont équivalents et en principe l'un ne prévaut pas sur l'autre. En d'autres termes, il n'y a pas de base juridique « automatique »²⁰ et le responsable du traitement doit prendre en compte le contexte du traitement qu'il souhaite effectuer afin de déterminer la base juridique appropriée. Dans le cadre de la collecte et du traitement des données personnelles, il est donc concevable que la base légale au titre du RGPD soit le consentement, mais également l'intérêt légitime de la boutique en ligne ou du site web, ou encore la nécessité dans le cadre de la mise en œuvre et de l'exécution d'un contrat entre le site web ou boutique en ligne et le visiteur du site web.

Le traitement éventuel des données personnelles obtenues via les cookies sur la base de l'intérêt légitime doit bien entendu répondre aux conditions fixées dans le RGPD et en particulier au test classique en trois étapes, en particulier la balance entre l'existence d'un intérêt légitime de la part du responsable du traitement, l'existence d'une nécessité pour le responsable du traitement d'effectuer le traitement prévu afin d'atteindre la finalité prévue et la pondération de l'intérêt du responsable du traitement par rapport à l'impact sur la vie privée de la personne concernée, en tenant compte des « attentes raisonnables de la

²⁰ RECOMMANDATION N° 01/2020 du 17 janvier 2020 relative au traitement des données personnelles à des fins de marketing direct, n° 133, p. 55, https://www.gegevensrechtenautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf

personne concernée sur la base de sa relation avec le responsable du traitement » prévu à l'article 47 du RGPD.

L'APD précise, dans une récente recommandation de marketing direct, que pour déterminer ces attentes raisonnables « doit être pris en compte *le groupe cible dont les données sont traitées* ». ²¹

La Cour de justice européenne avait précédemment indiqué, dans son arrêt C-708/18 du 11 décembre 2019 « TK contre Asociația de Proprietari bloc M5A-ScaraA », que lors de la mise en balance de l'intérêt légitime, le responsable du traitement devait tenir compte de l'impact de l'atteinte aux droits et libertés de la personne concernée, de la nature des données personnelles concernées (notamment avec le caractère potentiellement sensible de ces données), de la nature et des modalités concrètes du traitement des données concernées, ainsi que des attentes raisonnables déjà évoquées de la personne concernée. ²²

3. Le futur règlement ePrivacy n'exige pas un opt-in explicite pour les cookies analytiques

La mise en place d'un futur règlement ePrivacy, qui devrait remplacer la directive ePrivacy existante, n'a pas connu l'avancement que beaucoup espéraient au niveau européen. Néanmoins, il ressort des différentes propositions de texte qui ont été rendues publiques qu'il y a également une prise de conscience croissante au niveau européen que la réglementation actuelle sur les cookies - et en particulier en ce qui concerne les cookies analytiques - est intenable d'un point de vue économique et pratique.

Par exemple, la proposition de la Commission 2017/0003 du 10 janvier 2017²³ proposait de remplacer le consentement individuel au placement de cookies via un pop-up lors de la

²¹ Recommandation n° 01/2020 du 17 janvier 2020 relative au traitement des données à caractère personnel à des fins de marketing direct, marginal no. 149, p. 51, https://www.gegevensrechtenautoriteit.be/sites/privacycommission/files/documents/Aanbeveling_01_2020_direct_marketing.pdf : « Les attentes raisonnables de la personne concernée que ses données personnelles ne seront pas traitées si, compte tenu des circonstances de l'espèce, la personne concernée ne peut raisonnablement pas s'attendre à un traitement ultérieur des données. » et « Afin de faire ce compromis, l'article 47 du RGPD fournit un paramètre important, à savoir qu'il prévoit qu'il faut tenir compte des attentes raisonnables de la personne concernée sur la base de sa relation avec le responsable du traitement. Ces "attentes raisonnables" sont les attentes que la personne concernée peut avoir en ce qui concerne le traitement de ses données qui peut ou sera réalisé, au regard du (des) motif(s) ou de la (des) finalités) pour laquelle (lesquelles) les données seront ou pourront être traitées et par qui. »

²² CJCE, 11 décembre 2019, TK contre Asociația de Proprietari block M5A-Scara, C-708/18, A <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=221465&pageIndex=0&doclang= FR & mode = lst & dir = & occ = first & part = 1 & cid = 7256287> : « Le critère de la gravité de la violation des droits et libertés de la personne concernée est un élément essentiel de la pondération exigée par l'article 7, sous f), de la directive 95/46 ou examen au cas par cas. » (paragraphe 56 de l'arrêt) « À ce titre, il convient de tenir particulièrement compte de la nature des données à caractère personnel concernées, en particulier du caractère potentiellement sensible de ces données, ainsi que de la nature et des modalités concrètes du traitement des données concernées, en particulier du nombre de personnes qui ont accès à ces données et des modalités de cet accès. » (article 57 de l'arrêt)

²³ Proposition 2017/0003 de règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications

première visite sur un site web **par un consentement global ou un refus dans les paramètres du navigateur.**

La considération était qu'« *en centralisant le consentement dans des logiciels tels que les navigateurs Internet, en incitant les utilisateurs à choisir leurs paramètres de confidentialité et en élargissant les exceptions à la règle de consentement aux cookies, une proportion importante d'entreprises pourraient se débarrasser des bannières de cookies et messages, ouvrant la voie à **des économies de coûts significatives et à une simplification** ».*

Considérations :

« (21) Les exceptions à l'obligation d'obtenir l'autorisation d'utiliser la capacité de traitement et de stockage des équipements terminaux ou d'accéder aux informations stockées dans les équipements terminaux devraient être limitées aux **situations dans lesquelles il n'y a pas ou très peu d'ingérence dans la vie privée.** Par exemple, il n'est pas nécessaire de rechercher un consentement pour autoriser le stockage technique ou l'accès lorsque cela est strictement nécessaire et proportionné à l'objectif légitime de permettre l'utilisation d'un service spécifique qu'un utilisateur final a explicitement demandé. Cela peut impliquer le stockage de cookies pendant la durée d'une session de visite sur un site web sur lequel les données de l'utilisateur final sont conservées tout en remplissant un formulaire en ligne composé de plusieurs pages. **Les cookies peuvent également être un outil légitime et utile, par exemple pour mesurer le trafic des visiteurs sur un site web.** »

La récente révision de la proposition initiale du règlement, sous la présidence finlandaise à l'automne dernier, prévoit même explicitement une exception à l'obligation d'obtenir le consentement préalable pour le placement de cookies statistiques ou analytiques, et offre la possibilité de le faire sur la base d'un intérêt légitime. La proposition de texte pour l'article 8 disposait ainsi :

« *L'utilisation des capacités de traitement et de stockage des équipements terminaux et la collecte d'informations auprès des équipements terminaux des utilisateurs finaux, y compris sur ses logiciels et matériel, autrement que par l'utilisateur final concerné sont interdites, sauf pour les motifs suivants : a) elle est nécessaire à la seule fin de procéder à la transmission d'une communication électronique sur un réseau de communications électroniques ; ou b) l'utilisateur final a donné son consentement ; ou c) elle est nécessaire pour fournir un service de la société de l'information demandée par l'utilisateur final ; ou **d) si cela est nécessaire pour mesurer l'audience du web,** à condition que cette mesure soit effectuée par le fournisseur du service de la société de l'information demandée par l'utilisateur final ou par un tiers pour le compte du fournisseur du service de la société de l'information, pourvu que les conditions fixées à l'article 28 du règlement (UE) 2016/679 sont remplies. »²⁴*

électroniques, et abrogeant la directive 2002/58/CE (Directive sur la vie privée et les communications électroniques)

²⁴ Dossier interinstitutionnel : 2017/0003 (COD), 4 octobre 2019, marginal no. 21a, p. 29, <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12633-2019-INIT/en/pdf>

Bien que l'on ne sache pas quand les négociations entre les institutions européennes sur le texte final du règlement ePrivacy aboutiront, il semble par anticipation que la nécessité de demander le consentement préalable avant la publication de données statistiques ou analytiques fera disparaître, ou en tout cas affaiblira, les cookies.

4. Pas de problème avec les transferts de données en dehors de l'EEE

Le secteur a bien entendu pris acte du récent arrêt de la Cour européenne de justice dans l'affaire Schrems II.²⁵

La conclusion évidente qui s'ensuit est que les entreprises belges et européennes devront rechercher une base juridique appropriée pour les (éventuels) transferts de données à caractère personnel en dehors de l'EEE pour l'utilisation des outils analytiques et statistiques proposés par les entreprises américaines, autres que le Privacy Shield UE-États-Unis déclaré invalide et qu'il ne suffira pas de signer des clauses contractuelles types, mais qu'il faudra également vérifier au cas par cas si le destinataire concerné peut fournir des garanties suffisantes pour la sécurité des données personnelles transférées.

La considération dans le contexte des données analytiques ou statistiques est que la plupart des logiciels analytiques ou statistiques permettent d'assurer l'anonymat complet de toutes les données collectées et traitées, de sorte que les données collectées dans le cadre, par exemple, de Google Analytics ne soient (plus) des données personnelles, qu'elles peuvent être envisagées dans le cadre du RGPD voire même qu'elles seraient rendues anonymes à un point tel que la vie privée de la personne concernée est garantie dans presque tous les cas imaginables, même en cas d'accès à ces données par un gouvernement étranger.

²⁵ CJCE, 16 juillet 2020, C-311/18, Commissaire à la protection des données contre Facebook Ireland et Maximilian Schrems.

Conclusion

En conclusion, le secteur souligne que les nécessités pratiques et financières obligent les sociétés actives dans le secteur à utiliser des cookies analytiques ou statistiques, pour lesquels, dans les faits, un consentement préalable ne peut pas toujours être demandé.

Dans nos pays voisins, le consentement préalable explicite n'est pas toujours requis pour l'utilisation de tels cookies, ce qui signifie que la Belgique est désavantagée par rapport à ses concurrents étrangers.

Une interprétation conforme à celle de la CNIL française n'est, à notre avis, pas contraire au droit en vigueur.

Pour ces raisons, le secteur demande une position claire de l'Autorité belge de Protection des Données, en ligne avec la position déjà évoquée de la CNIL française, à savoir :

Le consentement préalable n'est pas requis pour les cookies analytiques lorsque huit conditions sont remplies :

1. information ;
2. mécanisme de retrait facilement accessible ;
3. ne pas traiter les données collectées avec d'autres données ;
4. utilisés uniquement pour les statistiques anonymes ;
5. l'analyse ne peut pas être utilisée pour suivre l'utilisateur vers d'autres sites web ;
6. l'adresse IP doit uniquement permettre de déterminer dans quelle ville se trouve l'utilisateur (cela signifie concrètement que les deux derniers octets doivent être supprimés) ;
7. limitation dans le temps de 13 mois depuis la première visite pour les cookies qui permettent la traçabilité de l'utilisateur ou de l'adresse IP ;
8. délai de 13 mois supplémentaires pour les données brutes permettant l'identification.