

## Le consentement sur Internet : une chimère utile ?

Valentin Roby, Doctorant en droit public CERAPS (UMR 8026), Université de Lille

Communauté d'appartenance : juristes

« *En utilisant nos services, vous acceptez notre Utilisation des cookies. Nos partenaires et nous-mêmes opérons mondialement et utilisons des cookies, notamment à des fins de statistiques, de personnalisation et publicitaires* ». « *En poursuivant votre navigation, vous acceptez l'utilisation de cookies et technologies similaires qui permettront l'utilisation de vos données par les sociétés du Groupe et des tiers comme les régies publicitaires partenaires, afin de réaliser des stats d'audiences, vous offrir des services, contenus éditoriaux, fonctionnalités des réseaux sociaux et publicités liés à vos centres d'intérêts. Pour en savoir plus, consultez notre charte cookies* ». « *Nous accordons de l'importance à la confidentialité. En cliquant sur "J'accepte", vous acceptez notre charte cookies et leur dépôt, nos CGU, la détection des bloqueurs de publicité et l'analyse des données que vous avez accepté de nous fournir* ».

Autant de bandeaux ou d'encarts s'affichant autrefois discrètement dans un coin de la page Web et auxquels l'internaute finissait par s'accoutumer et par oublier. C'était sans compter l'adoption et *a fortiori* l'entrée en vigueur du RGPD le 25 mai 2018 et l'émoi que celui-ci a suscité et continue de susciter parmi les régies publicitaires sur Internet<sup>1</sup>. Bénéficiant d'une relative souplesse sous le règne de la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995, les acteurs du webmarketing pouvaient se contenter de déduire de la poursuite de la

navigation le consentement des internautes à la collecte de leurs données<sup>2</sup> et à l'installation de cookies sur leur terminal, et ce en dépit d'un dit consentement censé être « *indubitable* »<sup>3</sup>, « *libre, spécifique et informée* »<sup>4</sup>. Procédé qui s'étendait d'ailleurs souvent aux Conditions générales d'utilisation ou encore à la politique de confidentialité dans son ensemble.

Aujourd'hui, ce même consentement à la collecte de données personnelles se doit toujours d'être « *libre, spécifique, éclairée* », mais également « *univoque* », et surtout résulter « [d'une] *déclaration ou [d'un] acte positif clair* »<sup>5</sup>. L'affaire *Planet49* a en outre été l'occasion pour la CJUE de préciser qu'en aucun cas un choix prédéfini, à l'instar d'une case pré-cochée, ne saurait constituer un consentement valable au regard des règles en vigueur<sup>6</sup>. Difficile donc désormais de passer outre ces fenêtres qui s'affichent presque à chaque visite de chaque site, réclamant explicitement à chaque visiteur son accord pour glaner ses données de navigation, quitte parfois à faire montre d'un certain manque de loyauté tant l'acceptation paraît plus simple que le refus<sup>7</sup>.

Le modèle économique d'une grande majorité d'éditeurs qui proposent des contenus dits gratuits sur le Web, se fonde principalement sur la valorisation de données personnelles à des fins de ciblage publicitaire. Il leur est donc extrêmement difficile de se passer d'une telle manne sans mettre leur propre existence en péril, l'obtention du

<sup>1</sup> JAÏMES N., « Ciblage publicitaire et RGPD : pris de court, les éditeurs ont gros à perdre », *Journal du Net*, 25 mai 2018 ; MAROLLEAU A., « RGPD : l'intérêt légitime invoqué par des acteurs publicitaires pour se passer du consentement des internautes », *mind Media*, 8 juin 2018.

<sup>2</sup> Légitimant ainsi ladite collecte en vertu de l'article 7, a) de la Directive.

<sup>3</sup> Art. 7, a) de la Directive 95/46/CE relative aux données personnelles.

<sup>4</sup> Art. 2, h) de la Directive 95/46/CE relative aux données personnelles.

<sup>5</sup> Art. 4, 11) du RGPD.

<sup>6</sup> CJUE 1<sup>er</sup> oct 2019, aff. C-673/17, *Planet49 GmbH c/ Bundesverband* ; V. SAURON J-L., « Consentement aux cookies : à propos de l'arrêt du 1er octobre 2019 de la CJUE », *Dalloz*, RD 2019, p. 2128.

<sup>7</sup> KAHN S., « RGPD: neuf sites sur dix ruser pour obtenir le consentement des internautes », *Le Figaro*, 14 janvier 2020.

consentement en devenant pour certains vitale. Se pose dès lors la question de la nature même de la relation entre l'éditeur et l'utilisateur, ainsi que celle de l'acte d'acceptation de collecte de données. Spontanément, une première réponse serait d'y voir là un contrat somme toute classique : l'éditeur s'engage à garantir l'accès à son site internet ou à un service en ligne, l'utilisateur s'engage en échange à partager avec lui et ses partenaires des informations personnelles. Seulement, le plus souvent, et en théorie, la collecte de données ne constitue pas une condition d'accès à la plupart des contenus en ligne, mais est plutôt censée demeurer optionnelle. Cela n'a pourtant pas empêché l'intégration de ce type de relations à la Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative aux contrats de fourniture de contenus numériques et de services

numériques<sup>8</sup>, opérant ainsi un tel rapprochement avec le contrat.

Les questionnements relatifs au consentement dans le domaine des données personnelles (collecte, cookies, etc.) ne sont d'ailleurs pas exclusifs des interrogations quant aux modalités d'expression du consentement sur Internet et plus généralement dans l'univers numérique (conditions générales de vente en ligne, CGU, Terms of Service, politique de confidentialité, chartes d'utilisation, etc.). Autant de documents fondant une très grande majorité des relations juridiques sur le Web, prenant souvent la forme de contrats d'adhésion, et questionnant la réalité de l'information à l'utilisateur ou consommateur sur Internet et la validité de son consentement ainsi acquis.

L'entrée en vigueur du Règlement général sur la protection des données interroge en premier lieu la viabilité sur le long terme du modèle économique basé sur la collecte d'informations personnelles et le ciblage publicitaire.

Elle questionne également la pertinence de la contractualisation des relations juridiques sur le Web impliquant la collecte et le traitement des données personnelles.

La situation post-RGPD est également l'occasion de développer de nouveaux moyens techniques et juridiques de garantir l'obtention d'un consentement libre et éclairé dans un environnement numérique où l'utilisateur a une marge de manœuvre et de négociation encore trop faible. De telles techniques pouvant d'ailleurs être étendues bien au-delà du seul domaine des données personnelles, et peut-être même bien au-delà du seul domaine du numérique.

---

<sup>8</sup> Art. 3, 1) al. 2 de Directive 2019/770 du 20 mai 2019 relative aux contrats de fourniture de contenus numériques et de services numériques : « La présente directive s'applique également lorsque le professionnel fournit ou

*s'engage à fournir un contenu numérique ou un service numérique au consommateur, et le consommateur fournit ou s'engage à fournir des données à caractère personnel au professionnel ».*