

ALEXIS FITZJEAN Ó COBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris
5, rue Daunou - 75002 PARIS
Tél. 01.53.63.33.10 - Fax 01.45.48.90.09
afoc@afocavocat.eu

RÉFÉRÉ

CONSEIL D'ÉTAT

SECTION DU CONTENTIEUX

REQUÊTE EN RÉFÉRÉ-SUSPENSION INTRODUITE SUR LE FONDEMENT DE L'ARTICLE L. 521-1 DU CODE DE JUSTICE ADMINISTRATIVE

POUR : 1°) L'association « La Quadrature du Net » (LQDN), association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901 dont le siège social est situé au 60, rue des Orteaux à Paris (75020), enregistrée en préfecture de police de Paris sous le numéro W751218406, prise en la personne de son président M. Axel Simon, dûment habilité à agir en justice. Mail : contact@laquadrature.net ;

2°) L'association Caliopen, association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, dont le siège social est situé au 60, rue des Orteaux à Paris (75020), prise en la personne de son président M. Laurent Chemla, dûment habilité à agir en justice. Mail : contact@caliopen.org

CONTRE : La décision prise par la CNIL d'autoriser la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement en matière de cookies et de traceurs en ligne jusqu'à mi-2020, telle que révélée par les articles du 28 juin et 18 juillet de la CNIL sur son site Web.

Les exposantes défèrent la décision attaquée à la censure du Conseil d'Etat et en requiert la suspension en tant qu'elle autorise la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement en matière de *cookies* et de traceurs en ligne jusqu'à mi-2020, par la présente requête en référé-suspension présentée en application de l'article L. 521-1 du code de justice administrative.

FAITS

1. **Le 28 juin 2019**, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) publiait sur son site un article intitulé « Ciblage publicitaire en ligne : quel plan d'action de la CNIL ? » (cf. pièce n° 5). Elle y annonçait l'adoption de futures lignes directrices en matière de cookies et de traceurs en ligne, à la suite desquelles « *la CNIL laissera aux acteurs une période transitoire de 12 mois* » durant laquelle « *la poursuite de la navigation comme expression du consentement sera donc considérée par la CNIL comme acceptable* ».
2. **Le 4 juillet 2019**, par sa délibération n° 2019-093 (cf. pièce n°6), la CNIL adoptait les lignes directrices annoncées.
3. **Le 18 juillet 2019**, la CNIL publiait sur son site un second article, intitulé « *Cookies et autres traceurs : la CNIL publie de nouvelles lignes directrices* » (cf. pièce n° 7). Elle y annonçait avoir adopté cette délibération et confirmait ses annonces du 28 juin : les lignes directrices « *seront suivies d'une nouvelle recommandation, qui [...] sera publiée au premier trimestre 2020. Comme la CNIL l'a indiqué, une période d'adaptation, s'achevant six mois après la publication de la future recommandation, sera laissée aux acteurs afin de leur donner le temps d'intégrer les nouvelles règles* ».
4. Dans ces deux articles, la CNIL présentait les lignes directrices du 4 juillet 2019 et la « *période transitoire* » comme formant un « plan d'action » unique. À défaut d'informations plus précises publiées par la CNIL, les exposantes ne peuvent qu'estimer que la décision formelle concernant la « *période transitoire* » a été prise lors de la réunion en formation plénière des membres de la CNIL le 4 juillet 2019 au cours de laquelle les lignes directrices ont été adoptées.
5. **L'acte attaqué** est donc la décision prise par la CNIL, vraisemblablement le 4 juillet 2019, révélée par ses articles du 28 juin et du 18 juillet, par laquelle elle autorise la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression valable du consentement en matière de cookies et de traceurs en ligne, et ce pour une durée qui n'est pas précisément déterminée, manifestement d'au moins une année, prenant fin six mois après l'adoption d'une recommandation annoncée pour le courant de l'année 2020.
6. Cet acte engendre de très nombreux griefs aux intérêts que les exposantes entendent défendre dès lors qu'ils méconnaissent des droits fondamentaux, notamment le droit à la vie privée et le droit à la protection des données à caractère personnel de l'ensemble de la population française, en ce que, pendant au moins un an, il prive tant la loi française que des normes issues de l'ordre juridique de l'Union européenne de tout effet dissuasif contre l'utilisation illicite de *cookies* et autres traceurs en ligne pour surveiller les personnes sans leur consentement explicite. Au contraire, l'acte attaqué encourage cette pratique illicite en ce qu'il tend à impacter le comportement des acteurs du secteur dans un sens radicalement défavorable aux intérêts défendus par les exposantes.

AVANT-PROPOS

7. La notion de « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement mérite une explication introductive, accompagnée d'un rappel sur l'encadrement juridique des traceurs en ligne.
8. Le 26 novembre 2009, la **directive européenne n° 2002/58** (dite « directive ePrivacy ») a été modifiée à son article 5, §3, pour exiger que : « *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* ». Concrètement, il s'agit d'encadrer l'utilisation des cookies et des autres façons dont l'activité des internautes peut être tracée et surveillée : cette surveillance n'est permise qu'avec le consentement de chaque personne concernée.
9. Cette disposition a été transposée en droit français à l'article 82 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (ci-après « loi informatique et libertés »), qui prévoit que l'utilisation de traceurs n'est possible « *qu'à condition que l'abonné ou la personne utilisatrice ait exprimé, après avoir reçu cette information, son consentement* ».
10. L'article 2, f, de la directive ePrivacy précise que « *le « consentement » d'un utilisateur ou d'un abonné correspond au « consentement de la personne concernée » figurant dans la directive 95/46/CE* ». Cette directive 95/46/CE a défini le cadre général de la protection des données personnelles dans l'Union européenne de 1995 à 2018. C'est cette directive qui a servi de base au règlement n° 2016/679 dit **règlement général sur la protection des données** (RGPD), qui vient s'y substituer depuis le 25 mai 2018, date de son entrée en application. Une des évolutions les plus notables entre la directive de 1995 et le RGPD concerne précisément la notion de consentement.
11. La directive de 1995 se bornait à exiger un consentement qui soit une « manifestation de volonté, libre, spécifique et informée ». Le consentement n'avait pas encore à être « explicite » : il pouvait être déduit de l'inaction de la personne concernée. Ce **consentement « implicite »** pouvait par exemple être déduit du fait de ne pas décocher une case pré-cochée ou de continuer à visiter un site Web après avoir été prévenu qu'une telle navigation serait considérée comme l'expression d'un consentement. En matière de cookie, c'est l'interprétation qu'avait dégagée la CNIL dans sa délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013, adoptant « une recommandation relative aux cookies et aux autres traceurs ». Elle proposait aux sites Web de présenter à chaque internaute un bandeau d'information indiquant que « **la poursuite de sa navigation vaut accord au dépôt de cookies** ».
12. Cette position est devenue caduque avec l'entrée en application du RGPD, qui prévoit désormais le contraire. Son article 4, 11), ajoute aux anciens critères de validité du consentement (libre, spécifique et informé) celui d'être explicite - de se manifester « **par une déclaration ou par un acte positif clair** ».

13. L'évolution de la notion de consentement entre la directive de 1995 et le RGPD a un **effet immédiat sur l'application de la directive ePrivacy** et l'encadrement de cookies et autres traceurs. L'article 94 du RGPD prévoit que « la directive 95/46/CE est abrogée » et que « les références faites à la directive abrogée s'entendent comme faites au présent règlement ». Il en va donc ainsi de la référence faite à la directive de 1995 par l'article 2, f, de la directive ePrivacy - qui doit désormais être lue comme faite au RGPD.
14. Le « **groupe de l'article 29** » (G29), institué par l'article 29 de la directive de 1995 pour harmoniser l'interprétation du droit des données personnelles au niveau européen, a clairement détaillé cette situation. Dès le **10 avril 2018**, il a publié ses « **lignes directrices sur le consentement** » (pièce n° 8), qui expliquent : « les références faites à la directive 95/46/CE abrogée s'entendent comme faites au RGPD. Ceci s'applique également aux références faites au consentement dans l'actuelle directive 2002/58/CE » (page 4). Au regard du caractère « explicite » du consentement introduit par le RGPD, le G29 conclut logiquement que, désormais, « faire défiler une page ou naviguer sur un site Internet ne satisfait pas à l'exigence d'un acte positif clair » (page 20). Le 25 mai 2018, le G29 a été remplacé par le **Comité européen de protection des données (CEPD)**, qui en a repris les missions et en a gagnées de nouvelles. Le même jour, le CEPD a repris à son compte les lignes directrices du G29 en matière de consentement.
15. Pour résumer, la CNIL a elle-même expliqué dans son article du 28 juin 2019 que : *« l'entrée en application du RGPD et les lignes directrices du Comité européen de protection des données sur le consentement sont venues renforcer les exigences en matière de consentement. Elles excluent explicitement que la poursuite de la navigation sur un site puisse constituer une expression valable du consentement »* en matière de cookies et d'autres traceurs.
16. La CNIL a abrogé sa recommandation de 2013 par sa délibération du 4 juillet 2019. Pourtant, par la décision révélée par ses prises de position sur son site Web, elle souhaite continuer à donner effet à cette recommandation, moins favorable pour les droits des internautes, pendant encore au moins une année, ce qui est contraire tant à la loi qu'au droit de l'Union européenne.
17. C'est l'acte attaqué. Etant précisé qu'après avoir introduit un recours en annulation à l'encontre de cet acte, les exposantes ont décidé d'introduire la présente requête tendant à sa suspension préalable, dès lors que l'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, est manifestement constituée.

DISCUSSION

Sur la recevabilité de la présente requête

18. D'emblée, il convient de relever que les associations exposantes (*i.e.* La Quadrature du Net (LQDN) et Caliopen) sont bien recevables à contester la légalité de la décision attaquée devant le Conseil d'Etat et à en demander la suspension immédiate.

En ce qui concerne l'intérêt à agir de La Quadrature du Net

19. L'objet statutaire de La Quadrature du Net consiste en la défense des droits fondamentaux dans l'environnement numérique (non pas uniquement sur Internet), et notamment la liberté d'expression, la liberté de communication ainsi que le droit au respect de la vie privée et à la protection des données personnelles.

20. À ce titre, l'association intervient dans les débats français et européens relatifs à ces enjeux, notamment en développant des analyses juridiques, en proposant et en évaluant des amendements au cours des procédures législatives. En matière de protection des données personnelles, La Quadrature du Net s'est investie dès 2013 dans le processus d'adoption du RGPD auprès des institutions de l'Union européenne. Elle promeut également auprès des citoyens des outils leur permettant d'assurer un meilleur contrôle de leurs données numériques, à travers des informations diffusées sur Internet (à l'image du site « controle-tes-donnees.net ») et des ateliers de formation.

21. De plus, l'exposante est engagée dans de nombreux contentieux ayant trait à la protection des données personnelles, de la vie privée et de la liberté d'expression. À l'entrée en application du RGPD, en mai 2018, LQDN a déposé devant la CNIL cinq plaintes collectives réunissant 12 000 personnes contre Google, Apple, Facebook, Amazon et LinkedIn (à notre connaissance, il s'agit actuellement des seules plaintes collectives déposées dans l'Union européenne depuis que le RGPD a ouvert cette procédure). La plainte contre Google a déjà été traitée en partie, conduisant au prononcé d'une amende de 50 millions d'euros par la CNIL le 21 janvier 2019.

22. Or, en créant *ex nihilo* une période transitoire pendant laquelle la CNIL s'abstiendra de toute poursuite à l'encontre des acteurs violant le droit français et le droit de l'Union européenne en matière de droit des données à caractère personnel, la décision attaquée porte atteinte de manière substantielle, directe et certaine aux intérêts qu'elle entend défendre.

23. En conclusion, l'objet statutaire de LQDN ainsi que les actions, notamment juridictionnelles, qu'elle a entreprise depuis plusieurs années en ce sens caractérisent manifestement son intérêt à agir à l'encontre la décision attaquée et démontre la recevabilité de la présente requête, adressée en outre dans le délai requis.

En ce qui concerne l'intérêt à agir de l'association Caliopen

24. Selon l'article 3 de ses statuts, l'association a notamment pour but désintéressé et non lucratif « *de mener réflexions, études, analyses et actions pour la défense de la vie privée, et pour permettre à chacun de mieux protéger la confidentialité de ses données personnelles et de sa correspondance privée* » et « *d'aider les citoyens à comprendre les enjeux de la protection de la vie privée dans le fonctionnement démocratique de la société* ».

25. Pour atteindre cet objectif, elle jouit de la capacité intégrale reconnue par la loi aux associations et du pouvoir d'ester en justice.

26. Il en résulte que l'objet statutaire de l'association caractérise manifestement son intérêt à agir à l'encontre de la décision attaquée.

En ce qui concerne l'acte attaqué

27. Il est acquis qu'une décision administrative susceptible d'un recours juridictionnel peut être exprimée ou révélée par un communiqué de presse (*cf.* CE, 10 juillet 1992, *Syndicat des médecins libéraux*, n° 105440, Rec. p. 289 ; CE, 25 février 1993, *SIETA*, n° 122993) et même d'un recours en référé (*cf.* CE, 23 mai 2014, n° 380560).

28. Par ailleurs, une prise de position de l'administration caractérise un acte administrative susceptible de faire l'objet d'un recours juridictionnel (*cf.* CE, 13 juin 2018, n° 404485 : la prise de position de l'ACOSS, en réponse à la sollicitation de l'Assemblée des chambres de commerce et d'industrie (CCI France) face aux interprétations divergentes de la part des URSSAF sur l'application de l'article L. 242-1 du CSS, qui prévoit certaines exclusions de l'assiette des cotisations de sécurité sociale, aux indemnités versées aux agents des chambres de commerce et d'industrie en cas de rupture de la relation de travail au titre du dispositif de cessation d'un commun accord de la relation de travail, créé par la commission paritaire nationale du 9 février 2012, constitue un acte susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir).

29. **En l'espèce**, l'acte attaqué est constitué par la décision prise par la CNIL d'autoriser la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement en matière

de cookies et de traceurs en ligne jusqu'à mi-2020, telle que révélée par les articles du 28 juin et 18 juillet publiés par la CNIL sur son site Web.

30. Il s'agit donc d'une décision administrative qui modifie l'ordonnement juridique et fait grief aux exposantes dès lors notamment que la CNIL vient ainsi ajouter une période transitoire au cours de laquelle elle vient fortement limiter son propre pouvoir de sanction et amputer sensiblement les règles applicables provenant de l'ordre juridique de l'Union européenne. Cette décision est, en outre, susceptible d'exercer une influence sensible sur les acteurs du secteur et d'altérer leur comportement.

Sur les conditions fixées par l'article L. 521-1 du code de justice administrative

L'urgence, au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative, est présentement caractérisée

31. Aux termes du 1^{er} alinéa de l'article L. 521-1 du code de justice administrative :

32. « *Quand une décision administrative, même de rejet, fait l'objet d'une requête en annulation ou en réformation, le juge des référés, saisi d'une demande en ce sens, peut ordonner la suspension de l'exécution de cette décision, ou de certains de ses effets, lorsque l'urgence le justifie et qu'il est fait état d'un moyen propre à créer, en l'état de l'instruction, un doute sérieux quant à la légalité de la décision.* »

33. La condition d'urgence, à laquelle est subordonnée le prononcé d'une mesure de suspension, est regardée comme remplie lorsque la décision administrative contestée préjudicie de manière suffisamment grave et immédiate soit à un intérêt public, soit à la situation du requérant ou aux intérêts qu'il entend défendre (cf. not. CE sect. 19 janvier 2001, *Confédération nationale des radios libres*, n° 228815, Rec. p. 29).

34. Il appartient au juge des référés d'apprécier concrètement, compte tenu des justifications fournies par le requérant, si les effets de la décision administrative contestée sont de nature à caractériser une urgence justifiant que, sans attendre le jugement de la requête au fond, l'exécution de la décision soit suspendue (cf. not. CE sect. 28 février 2001, *Préfet des Alpes-Maritimes et société Sud-Est Assainissement*, n° 229562, Rec. p. 109).

35. Le juge national a le devoir d'écarter toute disposition nationale contraire au droit de l'Union européenne « *au moment même* » de l'application de celui-ci (cf. CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, n° C-106/77, pt. 22 : « *serait, dès lors, incompatible avec les exigences inhérentes à la nature du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives* »).

nationales forant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires » ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, n° C-213/89, pt. 20 ; Cons. const., 12 mai 2010, *Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne*, décision n° 2010-605 DC, pt. 14 ; CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, n° 312305, Rec. p. 165 ; CE, ord., 14 février 2013, *Lallier*, n° 365459) et même si l'obstacle en question n'est que « temporaire » (*cf.* CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, n° C-213/89, pt. 20).

36. En sorte que le doute sérieux sur la compatibilité d'une norme française avec le droit de l'Union européenne caractérise, à lui seul, une situation d'urgence (*cf.* CE, ord., 14 février 2013, *Lallier*, n° 365459).
37. En l'espèce, l'intérêt public qui commande que soient prises les mesures provisoires nécessaires pour faire cesser immédiatement l'atteinte aux droits conférés par l'ordre juridique de l'Union européenne caractérise l'urgence au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative (*cf. mutatis mutandis*, CE, ord., 14 février 2013, *Lallier*, n° 365459).
38. En l'occurrence, la décision de la CNIL produit par elle-même des effets préjudiciables, ces derniers étant d'ores-et-déjà constitués et se manifestent dès-à-présent, avant que toute intervention du juge du fond soit raisonnablement envisageable. Il s'agit, encore une fois, d'une décision qui encourage l'utilisation illicite de cookies et autres traceurs en ligne pour surveiller les personnes sans leur consentement explicite. Ainsi, de par la limitation dans le temps des effets néfastes produits par cette décision, il est hautement probable que le juge du fond ne puisse se prononcer qu'une fois que cette décision aura totalement épuisé ses effets, et cela au détriment tant du droit à la protection des données à caractère personnel, qui constitue une liberté fondamentale (*cf.* premier considérant du RGPD) que du droit de l'Union européenne. La voie du référé-suspension, ouverte par l'article L. 521-1 du code de justice administrative, est donc la seule susceptible d'offrir un recours effectif au sens des articles 6 et 13 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CESDH) et de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
39. L'atteinte engendrait par la décision attaquée tant aux intérêts que les exposantes entendent défendre qu'à l'intérêt public qui s'attache au droit fondamental à la protection des données à caractère personnel et à la préservation de l'ordre juridique de l'Union européenne est à la fois **grave**, dès lors qu'il s'agit de la méconnaissance tant de droits fondamentaux que du droit de l'Union européenne et, en particulier, de la négation de la pleine portée de la notion de « consentement », véritable clé de voûte du dispositif actuel de protection des données à caractère personnel et, **immédiate**, dès lors qu'elle est déjà en vigueur, que ces effets délétères sont déjà en train de se produire.
40. Il n'est dès lors pas raisonnablement contestable qu'en l'espèce une situation d'urgence, au sens de l'article L. 521-1 du code de justice administrative est constituée.

Il existe plusieurs moyens de nature à faire naître, à tout le moins, un doute sérieux sur la légalité de la décision attaquée

En ce qui concerne l'illégalité externe de la décision attaquée

41. La CNIL était manifestement incompétente pour adopter la décision attaquée. En édictant une telle décision, outrepassant manifestement ses compétences, elle a excédé ses pouvoirs.

42. **En droit**, l'article 8 de la loi informatique et libertés définit ainsi la mission de la CNIL :

« (...) elle veille à ce que les traitements de données à caractère personnel soient mis en œuvre conformément aux dispositions de la présente loi et aux autres dispositions relatives à la protection des données personnelles prévues par les textes législatifs et réglementaires, le droit de l'Union européenne et les engagements internationaux de la France ».

43. À ce titre, notamment, et tel que prévu par ce même article 8, *« elle établit et publie des lignes directrices, recommandations ou référentiels destinés à faciliter la mise en conformité des traitements de données à caractère personnel avec les textes relatifs à la protection des données »*. Il est précisé que la CNIL *« promeut, dans le cadre de ses missions, l'utilisation des technologies protectrices de la vie privée »*.

44. Par ailleurs, l'on sait que si les dispositions de l'article 21 de la Constitution ne font pas obstacle à ce que le législateur confie à une autorité de l'Etat autre que le Premier ministre le soin de fixer des normes permettant de mettre en œuvre une loi, c'est à la stricte condition que cette habilitation ne concerne que des mesures de portée limitée tant par leur champ d'application que par leur contenu (cf. Cons. Const., 28 juillet 1989, n° 89- 260 DC, cons. 29 et 30 ; Cons. Const., 22 janvier 1990, n° 89- 269 DC, cons. 22 ; Cons. Const., 15 janvier 1992, n° 91- 304 DC, cons. 12 ; Cons. Const., 23 juillet 1996, n° 96- 378 DC, cons. 10 et 11 ; Cons. Const., 1er juillet 2004, n° 2004- 497 DC, cons. 6 ; Cons. Const., 14 décembre 2006, n° 2006- 544 DC, cons. 36 et 37).

45. Aux termes de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 :

« Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution. »

46. **En l'espèce**, la CNIL a décidé et fait savoir publiquement qu'elle *« laissera aux acteurs une période transitoire de 12 mois »* durant laquelle *« la poursuite de la navigation comme expression du consentement sera donc considérée par la CNIL comme acceptable »*.

47. Pourtant, la loi ne lui confère aucun pouvoir pour reporter dans le temps l'entrée en application de dispositions légales (en l'espèce, celles du RGPD) : en matière de recommandations et de lignes directrices, sa compétence se limite à « faciliter » le respect de ces dispositions, ce qui ne saurait en aucun cas impliquer d'en reporter les effets contraignants – bien au contraire. Seul le législateur de l'Union dispose d'un tel pouvoir, que la CNIL s'est ici indument et illégalement arrogée. Et la loi française ne pourrait en disposer autrement qu'au prix d'une méconnaissance radicale non seulement du droit de l'Union européenne, mais encore de la Constitution de 1958, dès lors que de telles dispositions méconnaîtraient les articles 21 de la Constitution et 16 de la Déclaration de 1789.
48. De même, alors que la loi exige qu'elle promeuve l'utilisation des technologies protectrices de la vie privée, la CNIL s'est arrogée le pouvoir contraire : par sa décision attaquée, elle promeut la technique de « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement, ce qui est une technique contraire à la protection de la vie privée, tel qu'affirmé par le droit et les autorités européennes (*cf.* avant-propos).
49. La CNIL ne tient donc d'aucun texte le pouvoir d'édicter une période transitoire pendant laquelle elle s'abstiendrait de poursuivre les comportements violant le droit fondamental à la protection des données personnelles provenant de l'ordre juridique de l'Union européenne. Fût-ce le cas qu'un tel texte de droit interne aurait été manifestement inconstitutionnel en ce qu'il méconnaîtrait tant l'article 21 de la Constitution que l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789.
50. En effet, il n'appartient qu'au législateur de l'Union européenne de fixer les bornes du champ d'application temporelle d'une norme issue de l'ordre juridique de l'Union et de prévoir, le cas échéant, des mesures transitoires. Une autorité administrative ne saurait empiéter dans un champ de compétence qui lui est étranger en s'arrogant, de son propre chef, le droit de prévoir une période transitoire dans l'application du droit de l'Union, en méconnaissance radicale des règles constitutionnelles les plus élémentaires et des principes les mieux établis du droit de l'Union européenne.
51. **En conclusion**, la CNIL ne tient d'aucune disposition législative ou réglementaire, ni d'aucune norme de l'ordre juridique de l'Union européenne, le pouvoir d'adopter la décision attaquée, qui doit donc être suspendue de ce seul fait.

En ce qui concerne l'illégalité interne de la décision attaquée

52. La CNIL prétend que la décision attaquée serait nécessaire, sous couvert d'une prétendue obligation de devoir laisser aux acteurs concernés le temps de s'adapter aux « changements des règles applicables » qu'aurait provoqué les récentes décisions de la CNIL. Pourtant, ces décisions n'ont changé aucune norme impérative mais se sont bornées à décrire des évolutions qui ne sont pas de son fait et qui étaient parfaitement prévisibles depuis plusieurs années ; *a fortiori*, c'est la décision attaquée qui ne pouvait

pas être anticipée et qui nuit à la prévisibilité du droit (1). La justification que donne la CNIL pour prendre la décision attaquée n'étant pas fondée, celle-ci porte donc une atteinte non justifiée à une liberté fondamentale (2).

1. Prévisibilité du droit

53. **En droit**, la portée des lignes directrices et recommandations de la CNIL est définie à l'article 8, I, 2°, b de la loi informatique et libertés : elles ne peuvent pas créer *ex nihilo* de nouvelles normes mais seulement expliquer celles déjà existantes afin de « *faciliter la mise en conformité des traitements de données à caractère personnel avec les textes relatifs à la protection des données* ».
54. Les pouvoirs de la CNIL à même de faire évoluer le droit de la façon la plus significative sont ses pouvoirs de mise en demeure et de sanction, où la CNIL est tenue d'interpréter le droit et de développer sa jurisprudence.
55. À cet égard, l'article 7 de la CESDH, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme, impose un principe de prévisibilité du droit.
56. Dans son « *Guide sur l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme* », au point 36, la Cour détaille ce principe appliqué à l'évolution de la jurisprudence :
- « *En ce qui concerne le caractère raisonnablement prévisible de l'interprétation judiciaire, la Cour est appelée à examiner si le requérant pouvait raisonnablement prévoir au moment des faits, au besoin avec l'aide d'un juriste, qu'il risquait d'être accusé et reconnu coupable du crime en question (Jorgic c. Allemagne, §§ 109-113) et qu'il encourait la peine infligée de ce chef.* »
- « *La Cour doit notamment vérifier si l'interprétation judiciaire de la loi pénale se bornait à poursuivre une tendance perceptible dans l'évolution de la jurisprudence des tribunaux (S.W. c. Royaume-Uni et C.R. c. Royaume-Uni [...]) ou bien si les juridictions internes ont opéré un revirement jurisprudentiel qui ne pouvait pas être prévu par l'intéressé (Pessino c. France, § 36 ; Dragotoniou et Militaru-Pidhorni c. Roumanie, § 44 ; Del Río Prada c. Espagne, §§ 111-117 [...]).* »
57. **En l'espèce**, dans son article du 18 juillet, la CNIL prétend que « *le délai laissé aux opérateurs [...] tient compte de l'exigence juridique de prévisibilité, en cas de changement des règles applicables, résultant notamment de la Convention européenne des droits de l'homme* ».
58. Le délai qu'elle a décidé de laisser aux opérateurs pourrait être de deux types. Selon l'article du 28 juin, il s'agit d'un délai de 12 mois partant de la publication des lignes directrices du 4 juillet. Selon l'article du 18 juillet, il s'agit d'un délai de 6 mois partant de la publication d'une future recommandation dans le courant de l'année 2020.

59. Quel que soit la « période transitoire » considérée, son point de départ n'est jamais un acte juridique à même de provoquer un « changement des règles applicables ». Les lignes directrices ou recommandations de la CNIL ne peuvent pas avoir cet effet, étant privées de toute portée normative. Ces actes ne peuvent que faciliter l'application de la loi et non en modifier le contenu.
60. D'ailleurs, la CNIL elle-même ne présente pas ces actes comme ayant une portée normative. Dans son article 18 juillet, elle explique que les lignes directrices du 4 juillet « visent à synthétiser le droit désormais applicable », rien de plus. Elle annonce que la future recommandation « précisera les modalités pratiques de recueil du consentement » afin d'aider les acteurs à respecter la loi. Conformément à ses recommandations habituelles (telle que celle de 2013), cette recommandation devrait proposer des démarches concrètes et simples à suivre (message type, format des cases à cocher, etc.), sans que ces démarches ne soient les seules façons de respecter la loi.
61. **En conclusion**, le principe de prévisibilité du droit exigée par la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas à la CNIL de prévoir une période transitoire pour permettre aux opérateurs de s'adapter à ses nouvelles lignes directrices ou à sa future recommandation dans la mesure où ces actes n'altèrent pas les obligations qui pèsent sur ces opérateurs, bien au contraire.
62. **À titre subsidiaire**, le « changement des règles applicables » visé dans l'article du 18 juillet pourrait, d'après la CNIL, ne pas résulter des lignes directrices du 4 juillet ou de sa future recommandation, mais uniquement de l'abrogation de sa recommandation de 2013, abrogée par sa délibération du 4 juillet 2019.
63. La CNIL pourrait craindre que cette recommandation de 2013 ait induit les opérateurs en erreur jusqu'au 4 juillet 2019, les laissant croire que la poursuite de la navigation était encore une expression valable du consentement en dépit de l'entrée en application du RGPD le 25 mai 2018. Dans ces circonstances, la CNIL pourrait craindre que, si elle sanctionnait dès aujourd'hui un opérateur n'ayant pas recueilli un consentement conforme au RGPD, il s'agirait d'une évolution trop peu prévisible, trop brutale, de sa jurisprudence, violant l'exigence de prévisibilité exigée par la Convention européenne des droits de l'homme.
64. Une telle crainte n'aurait aucun fondement. Comme rappelé ci-dessus, dès le 10 avril 2018, le G29 a publié des « lignes directrices sur le consentement » extrêmement claires et précises sur ce sujet : « faire défiler une page ou naviguer sur un site Internet ne satisfait pas à l'exigence d'un acte positif clair » exigé tant par le RGPD que par la directive ePrivacy.
65. **Depuis 1 an et 3 mois** avant le 4 juillet 2019, grâce à ces lignes directrice, n'importe quel opérateur « pouvait raisonnablement prévoir au moment des faits, au besoin avec l'aide d'un juriste, qu'il risquait d'être » sanctionné s'il utilisait des cookies ou d'autres traceurs sans le consentement explicite des personnes concernées.

66. La recommandation de 2013 de la CNIL était clairement devenue caduque par la simple entrée en application du RGPD le 25 mai 2018. Les termes du G29 sont si clairs et précis qu'aucun opérateur ne pourrait raisonnablement prétendre avoir été induit en erreur par une recommandation si ancienne – *a fortiori*, dans la sphère numérique où les choses évoluent très rapidement – de la CNIL, et ce alors qu'il était largement connu, même du grand public, que le RGPD avait entre-temps provoqué d'importantes modifications des normes juridiques.
67. En vérité, **depuis 3 ans et 2 mois**, à partir de l'adoption du RGPD le 27 avril 2016, n'importe quel opérateur pouvait parfaitement anticiper que, à partir du 25 mai 2018, la poursuite de la navigation ne serait plus une expression valable du consentement en matière de cookie. Privée de portée normative, la recommandation de 2013 de la CNIL avait simplement pour but de proposer une démarche concrète et simple à suivre pour se conformer aux exigences transposées de la directive de 1995 en matière de consentement. L'abrogation et le remplacement de la directive de 1995 par le RGPD avait des effets parfaitement connus : le consentement implicite jusqu'ici autorisé ne le serait plus à partir du 25 mai 2018. Le RGPD est parfaitement clair et univoque à ce sujet. Il est même prévu, à son article 99, un délai transitoire de plus de deux ans pour permettre à l'ensemble des opérateurs d'anticiper les évolutions qu'il provoquait.
68. Il est utile de noter que, le 3 juillet 2019, l'autorité britannique de protection des données (l'homologue britannique de la CNIL) publiait elle aussi de nouvelles lignes directrices sur les cookies. Se mettant à jour par rapport au RGPD, elles précisent bien que « continuer d'utiliser votre site ne constitue pas un consentement valide »¹. Dans l'article qui accompagne ces nouvelles lignes directrices sur son site Web², elle explique clairement que ces évolutions sont à prendre en considération sans aucun délai : « vous devez commencer maintenant vos démarches de mise en conformité »³, « commencez maintenant à travailler vers la conformité - réalisez un audit cookie, documentez vos décisions, et vous n'aurez rien à craindre »⁴.
69. En réalité, à bien y regarder, c'est plutôt la décision attaquée qui ne pouvait pas raisonnablement être anticipée et qui nuit à la prévisibilité du droit.
70. **D'une part**, cette décision contredit tous les efforts de mise en conformité au RGPD réalisés par de nombreux sites internet depuis 2016. Elle nuit aux acteurs les plus volontaires pour respecter le droit des données personnelles, les plaçant dans une situation désavantageuse face aux autres acteurs qui, eux, ont été récalcitrants pour respecter la loi et n'ont pas déployé les efforts et ressources pour se mettre en conformité à temps pour le 25 mai 2018.

¹ Traduction libre de « continuing to use your website does not constitute valid consent ».

² <https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2019/07/blog-cookies-what-does-good-look-like>

³ Traduction libre de « you should start taking steps to comply now ».

⁴ Traduction libre de « start working towards compliance now - undertake a cookie audit, document your decisions, and you will have nothing to fear ».

71. **D'autre part**, la décision attaquée nuit aussi à la prévisibilité des décisions futures pouvant être rendues en matière de vie privée et de données personnelles.
72. Comme l'expliquent à juste titre les lignes directrices de la CNIL du 4 juillet : « *dans un grand nombre de cas, les opérations de lecture ou écriture [de cookies] concernent des données à caractère personnel et feront partie intégrante d'un traitement de données à caractère personnel soumis aux autres dispositions de la loi et du RGPD* ». Cette explication, d'apparence sommaire, implique d'importantes conséquences et mérite d'être détaillée, notamment en prenant un exemple concret.
73. En visitant le site Web du journal Le Monde (<https://www.lemonde.fr>), un bandeau d'information indique que « *en poursuivant votre navigation sur ce site, vous acceptez l'utilisation de cookies* ». Si le Monde respecte les autres règles résumées dans la recommandation de 2013, la CNIL ne le sanctionnera probablement pas pour le dépôt et la collecte de cookies jusqu'à mi-2020.
74. Toutefois, une fois que Le Monde a déposé et collecté des *cookies* afin de suivre l'activité des internautes sur son site, il réalise bien d'autres traitements de données personnelles. Dans sa politique de confidentialité, le Monde détaille les « *finalités associées au dépôt de cookies sur votre navigateur* ». Il explique que les informations obtenues grâce aux cookies lui permettent d'« *adapter les publicités affichées [...] à votre navigation sur le web et aux cookies que vous avez antérieurement acceptés [...], à vos centres d'intérêt et usages [...], aux données que vous nous avez antérieurement communiquées* ». Le site du journal Le Monde est un exemple parmi d'autres : les sites du Figaro, de France Info ou de RTL sont autant d'autres exemples de sites annonçant réaliser du ciblage publicitaire suite au dépôt et à la collecte de cookies.
75. Ces **opérations de ciblage publicitaire** sont des traitements de données personnelles en tant que tels. Juridiquement, ce sont des opérations distinctes et autonomes du dépôt et de l'accès aux cookies. Ces traitements de ciblage publicitaire ne concernent que des données personnelles, et non des cookies. Ainsi, ils **ne sont soumis qu'au RGPD** et sortent entièrement du champ d'application de la directive ePrivacy et des recommandations CNIL de 2013 et de 2019 en matière de cookies. Ils sortent aussi du champ d'application de la décision attaquée : la CNIL n'a pas annoncé que la poursuite de la navigation pouvait être une façon valable d'exprimer son consentement à des traitements de données personnelles à des fins de ciblage publicitaire.
76. Au contraire, en application du RGPD, la CNIL exige clairement depuis mai 2018 que les traitements de données personnelles à des fins de ciblage publicitaire se basent sur le consentement explicite des personnes concernées. Elle en a récemment donné une application retentissante en invoquant cette règle pour prononcer une amende de 50 millions d'euros contre Google le 21 janvier 2019.
77. La décision attaquée place les sites Web face à **une situation particulièrement imprévisible et difficilement compréhensible** : la CNIL leur permet de déposer et de collecter des *cookies* sans consentement explicite pendant encore une année mais, en

parallèle, elle exige depuis mai 2018 que les données ainsi obtenues ne puissent être utilisées à des fins de ciblage publicitaire qu'avec le consentement explicite des personnes concernées. Il semble, en l'état, difficile d'anticiper la manière dont la CNIL analyserait cette situation. Cette question n'a rien de théorique : c'est celle posée par les exemples donnés plus tôt pour les sites du Monde, du Figaro, de France Info ou de RTL.

78. Cette imprévisibilité nuit aux sites Web réalisant du ciblage publicitaire, qui pourront être sanctionnés sans avoir réellement pu l'anticiper, mais aussi aux internautes qui se trouveront soumis à une surveillance réalisée par des sites Web qui viendront se réfugier derrière la décision attaquée pour justifier légalement leur comportement.
79. De même, il semble peu raisonnable d'anticiper les décisions que le juge judiciaire sera amené à prendre en la matière au cours de l'année à venir ce qui ne manquera pas d'engendrer des difficultés d'harmonisation du droit positif.
80. Partant, la décision attaquée ne pouvait pas être vraisemblablement anticipée et nuit à la prévisibilité des décisions futures que rendraient tant la CNIL que le juge judiciaire. Elle viole l'exigence de prévisibilité du droit imposée par la CESDH et doit être suspendue de ce seul fait.
81. **En conclusion**, le principe de prévisibilité du droit exigée par la CESDH non seulement n'impose nullement à la CNIL de prévoir une période transitoire pour permettre aux opérateurs de s'adapter à l'abrogation de sa recommandation du 5 décembre 2013 dans la mesure où il était parfaitement prévisible depuis plusieurs années que la CNIL ne prendrait plus en compte cette recommandation avec l'entrée en application du RGPD, mais encore prohibe une telle période transitoire venant s'ajouter illégalement à la période déjà prévue par les normes européennes en la matière.

2. La méconnaissance du droit à la vie privée et à la protection des données personnelles

82. **En droit**, l'article 8 de la CESDH déclare que « *toute personne a droit au respect de sa vie privée* » et que « *il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire* ».
83. À ses articles 7 et 8, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reconnaît comme libertés fondamentales le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel. La Charte déclare à son article 52 que « *toute limitation de l'exercice des droits et libertés [...] ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires et répondent effectivement à des objectifs d'intérêt général* ».
84. Toute atteinte à une liberté fondamentale doit être justifiée par la poursuite d'un objectif légitime.
85. **En l'espèce**, la décision attaquée méconnaît le droit à la vie privée et le droit des données personnelles de l'ensemble de la population française. En effet, comme rappelé ci-avant,

il résulte de la décision attaquée que des *cookies* et autres traceurs en ligne pourront être utilisés pour surveiller les personnes sans leur consentement explicite. Il s'agit d'une perte substantielle de protection pour les personnes concernées, les plaçant dans une situation en totale infraction avec les dispositions du RGPD, telles qu'explicitées par les lignes directrices du G29. Le G29 a en effet considéré, dès le 10 avril 2018, qu'au regard du caractère « explicite » du consentement introduit par le RGPD, « **faire défiler une page ou naviguer sur un site Internet ne satisfait pas à l'exigence d'un acte positif clair** ».

86. Pourtant, tel qu'exposé ci-avant, la décision attaquée ne poursuit aucun objectif utile : l'évolution du droit provoqué par l'entrée en application du RGPD était prévisible depuis plusieurs années. Contrairement à ce que prétend la CNIL, laisser un « délai de transition » n'est pas nécessaire pour rendre prévisible l'évolution du droit.
87. **En conclusion**, la décision attaquée porte une atteinte non justifiée à une liberté fondamentale, ne poursuivant aucun objectif nécessaire dans une société démocratique, et doit être suspendue de ce seul fait.
88. A tous égards, la suspension s'impose.

PAR CES MOTIFS, les associations « La Quadrature du Net » et Caliopen, exposantes, concluent à ce qu'il plaise au juge des référés du Conseil d'Etat :

SUSPENDRE L'EXÉCUTION de la décision prise par la CNIL d'autoriser la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement en matière de cookies et de traceurs en ligne jusqu'à mi-2020, telle que révélée par les articles du 28 juin et 18 juillet publiés sur le site Web de la CNIL, avec toutes conséquences de droit ;

ENJOINDRE à la CNIL de publier, tant sur la page d'accueil de son site Web que sur les pages de ses articles du 28 juin et 18 juillet susmentionnées, un encart faisant référence à l'ordonnance à intervenir et indiquant que par ordonnance du juge des référés du Conseil d'Etat, sa décision d'autoriser la « poursuite de la navigation » comme mode d'expression du consentement en matière de cookies et de traceurs en ligne jusqu'à mi-2020, telle que révélée par les articles du 28 juin et 18 juillet publiés sur son site Web, a été suspendue et que, par suite, « la poursuite de la navigation » ne constitue pas un mode d'expression valable du consentement en matière de cookies et de traceurs en ligne, sous astreinte de 500 euros par jour de retard ;

METTRE A LA CHARGE de l'Etat une somme de 1 024 euros, en application de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Fait à Paris, le 29 juillet 2019

Alexis FITZJEAN ÓCOBHTHAIGH
Avocat au Barreau de Paris

BORDEREAU DES PRODUCTIONS

Pièce n° 1 : Statuts de l'association « La Quadrature du Net » ;

Pièce n° 2 : Pouvoir spécial de l'association « La Quadrature du Net » ;

Pièce n° 3 : Statuts de l'association CALIOPEN ;

Pièce n° 4 : Pouvoir spécial de l'association CALIOPEN ;

Pièce n° 5 : CNIL, Communiqué de presse du 28 juin 2019, « « Ciblage publicitaire en ligne : quel plan d'action de la CNIL ? » » ;

Pièce n° 6 : 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) ;

Pièce n° 7 : CNIL, Communiqué de presse du 18 juillet 2019, « Cookies et autres traceurs : la CNIL publie de nouvelles lignes directrices » ;

Pièce n° 8 : Groupe de travail « Article 29 », Lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/67.