



Recommandation n° 03/2017 du 12 avril 2017

Objet : Complément à la recommandation d'initiative n° 04/2015 concernant 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux (CO-AR-2017-004)

La Commission de la protection de la vie privée (ci-après "la Commission") ;

Vu la loi du 8 décembre 1992 *relative à la protection de la vie privée à l'égard des traitements de données à caractère personnel* (ci-après "la LVP"), en particulier l'article 30 ;

Vu la recommandation d'initiative n° 04/2015 concernant 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux ;

Vu l'Ordonnance du 9 novembre 2015 du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, Chambre des référés ;

Vu l'Arrêt du 29 juin 2016 de la Cour d'appel de Bruxelles, en matière civile, 18^e chambre ;

Vu la comparution du Groupe Facebook en séance du 12 avril 2017, représenté par ses conseils ;

Vu la comparution du Persgroep, de la RTBF et de Gezondheid NV en séance du 12 avril 2017 ;

Vu le rapport de Monsieur Willem Debeuckelaere et de Monsieur Stefan Verschuere ;

Émet, le 12 avril 2017, la recommandation suivante :

1. Introduction.....	3
2. Déroulement de la procédure.....	4
A) Procédure en référé.....	5
B) Procédure quant au fond.....	5
C) Coopération européenne.....	6
3. Modification des pratiques et de la politique d'utilisation des cookies de Facebook.....	7
A) Première modification : procédure en référé, première instance (septembre 2015).....	7
B) Deuxième modification : après la signification (décembre 2015).....	8
C) Troisième modification : appel en référé (mai 2016).....	10
4. Pratiques et politique d'utilisation des cookies actuelles de Facebook.....	11
A) Contexte et description technique.....	11
B) Principales constatations vis-à-vis des utilisateurs de Facebook.....	12
C) Principales constatations vis-à-vis des non-utilisateurs de Facebook.....	14
D) Analyse juridique : LVP et LCE.....	15
(1) Les informations qui sont données.....	17
(2) La manière dont le consentement est déduit.....	19
(3) Liberté du consentement.....	20
(4) Spécificité du consentement.....	20
(5) Les possibilités de choix offertes par Facebook.....	20
(6) Cookies placés sur des sites Internet de tiers.....	23
(7) Contrôle de la proportionnalité.....	23

1. Introduction

1. Le 13 mai 2015, la Commission a adopté une recommandation d'initiative concernant le traitement de données à caractère personnel via des modules sociaux de Facebook ('recommandation 04/2015')¹. Cette recommandation s'adressait à trois destinataires : (1) le Groupe Facebook ; (2) les utilisateurs d'Internet en général (tant les utilisateurs de Facebook que les non-utilisateurs) ; et (3) les propriétaires de sites Internet qui, d'une manière ou d'une autre, utilisent et proposent des services ou des produits de Facebook sur des pages Internet, notamment les 'social plug-ins' (ci-après "les modules sociaux").

2. Les recommandations suivantes ont été formulées à l'égard du Groupe Facebook :

- *'Facebook doit faire toute la transparence sur l'utilisation des cookies. Facebook doit préciser, pour chaque cookie individuel, le contenu (comme des identifiants uniques, des paramètres de langue, etc.) et la finalité (comme les publicités, la sécurité, etc.). Ces descriptions doivent toujours être tenues à jour et être facilement accessibles aux utilisateurs de ces services.*
- *Facebook doit renoncer au placement systématique de cookies d'identification unique de longue durée chez les non-utilisateurs de Facebook, ainsi qu'à toute collecte et utilisation de données par le biais de cookies et de modules sociaux, sauf si elle obtient à cet effet le consentement indubitable et spécifique des personnes concernées via un opt-in et dans la mesure où cela est strictement nécessaire pour des finalités légitimes. Tant les utilisateurs déconnectés ou désactivés doivent dans ce cadre être assimilés à des non-utilisateurs.*
- *Facebook doit renoncer à la collecte et à l'utilisation des données d'utilisateurs par l'intermédiaire de cookies et de modules sociaux, sauf lorsque (et seulement dans la mesure où) cela est strictement nécessaire pour un service expressément demandé par l'utilisateur ou si elle obtient à cet effet le consentement indubitable et spécifique des personnes concernées via opt-in. Le fait de travailler avec un opt-out ne génère en effet pas un consentement indubitable.*
- *Facebook doit limiter son offre de possibilités d'intégration de modules sociaux à des variantes respectueuses de la vie privée qui répondent aux exigences en termes de protection des données. En ce qui concerne plus particulièrement le projet de modules sociaux, la Commission recommande que :*
 - *la simple présence d'un module social sur un site Internet externe ne donne pas lieu au transfert de données vers Facebook. À cet égard, la Commission se réfère par*

¹ Commission de la protection de la vie privée, Recommandation n° 04/2015 du 13 mai 2015 concernant 1) Facebook, 2) les utilisateurs d'Internet et/ou de Facebook ainsi que 3) les utilisateurs et fournisseurs de services Facebook, en particulier les 'plug-ins' sociaux, disponible à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_04_2015.pdf.

exemple au concept de l'outil "Social Share Privacy", où des données ne sont envoyées vers le réseau social en question qu'après que l'utilisateur a fait savoir de manière indubitable via un clic qu'il veut utiliser le bouton du réseau social. D'autres solutions, comme une intégration via une URL/un lien qui était proposée comme possibilité d'intégration par Facebook jusqu'en mars 2015, ne sont toutefois pas exclues dans ce cadre ;

- *si le chargement d'un contenu (non personnalisé) à partir des serveurs de Facebook est requis, aucun cookie ne soit envoyé à Facebook ;*
 - *si une personnalisation est requise, on n'utilise que des cookies de session ;*
 - *l'envoi de cookies qui sont utilisés par Facebook dans le cadre de la sécurité (comme le cookie "datr") soit limité à la connexion à Facebook ou à des pages au sein du domaine facebook.com (mais pas sur des pages Internet de tiers disposant de modules sociaux).*
- *Facebook doit adapter son interface utilisateur de manière à obtenir le consentement indubitable et spécifique de ses utilisateurs par le biais d'un opt-in pour toute autre collecte et utilisation d'informations collectées via des cookies, en particulier à des fins publicitaires.'*

3. La Commission a précisé à cet égard que ses recommandations seraient toujours susceptibles d'être complétées, modifiées ou adaptées, en particulier en cas de modification de la situation ou lorsque des modifications des "conditions d'utilisation" et des pratiques et services de Facebook le justifient².

4. Depuis la publication de la recommandation 04/2015, Facebook a modifié substantiellement ses pratiques et sa politique en matière de cookies. Le but de la présente recommandation est de compléter la recommandation 04/2015 à la lumière des nouvelles circonstances. La présente recommandation porte sur de nouveaux éléments qui requièrent une analyse complémentaire. Pour ce qui est des autres éléments, comme la compétence de la Commission et l'applicabilité de la LVP, la Commission renvoie à ses constats tels que formulés dans la recommandation 04/2015³.

2. Déroulement de la procédure

5. Après l'envoi de la recommandation 04/2015, la Commission a mis Facebook en demeure le 18 mai 2015 pour les violations de la LVP et de l'article 129 de la loi relative aux communications électroniques (LCE). Dans la correspondance qui a suivi, Facebook n'a manifesté aucune intention ferme de mettre fin aux violations en question.

² Recommandation 04/2015, point 3.

³ Voir la Recommandation 04/2015, points 23 et suivants.

A) Procédure en référé

6. Le 10 juin 2015, la Commission a cité Facebook Inc., Facebook Belgium SPRL et Facebook Ireland Limited devant le Président du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, siégeant en référé. L'objet de la procédure en référé se limitait à l'enregistrement du comportement de navigation de résidents de Belgique qui ne sont pas des utilisateurs de Facebook par l'intermédiaire de modules sociaux et de cookies, en particulier ce qu'on appelle le cookie "datr".

7. Par ordonnance du 9 novembre 2015, le Président du tribunal de première instance de Bruxelles, siégeant en référé, a ordonné à Facebook Inc., à Facebook Ireland Limited et à al SPRL Facebook Belgium de renoncer, à l'égard de tout internaute se trouvant sur le territoire belge et ne s'étant pas inscrit en tant que membre du réseau social en ligne de Facebook :

- *"à l'enregistrement d'un cookie "datr" lorsque lesdits internautes visitent une page web du domaine facebook.com, sans les informer suffisamment et adéquatement au préalable du fait que Facebook enregistre le cookie "datr" sur leurs systèmes ainsi que de l'usage que Facebook fait de ce cookie "datr" par le biais des plug-ins sociaux ;*
- *à la collecte des cookies "Datr" par le biais de plug-ins sociaux placés sur des sites web de tiers."*⁴

L'ordre de cessation a été prononcé sous peine d'une astreinte de 250.000 EUR par période entamée de 24 heures au cours de laquelle cet ordre ne serait pas respecté.

8. Le 4 janvier 2016, Facebook a interjeté appel contre l'ordonnance du juge des référés.

9. Le 29 juin 2016, la Cour d'appel de Bruxelles a annulé l'ordonnance du premier juge des référés au motif que (1) les cours et tribunaux belges n'ont pas de pouvoir de juridiction international à l'égard de Facebook Inc. et de Facebook Ireland ; et (2) la requête n'a pas été jugée urgente⁵. La Cour d'appel ne s'est pas prononcée quant à la compétence de la Commission ni quant à l'applicabilité de la LVP à l'égard de Facebook Inc. et de Facebook Ireland. Elle ne s'est pas prononcée non plus quant au bien-fondé *prima facie* de la requête.

B) Procédure quant au fond

10. Le 11 septembre 2015, la Commission vie privée a cité Facebook Inc., Facebook Belgium SPRL et Facebook Ireland Limited quant au fond devant le tribunal de première instance néerlandophone de

⁴ Voir l'Ordonnance du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, Chambre des référés, 15/54/C, 9 novembre 2015, disponible à l'adresse https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/vonnis_fr.pdf.

⁵ Cour d'appel de Bruxelles, Arrêt 18^e chambre, affaires civiles, Numéro de rôle 2016/KR/2, 29 juin 2016, disponible à l'adresse <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/arrest%20Facebook.pdf>.

Bruxelles. L'objet de la procédure quant au fond porte sur le traitement de données à caractère personnel via des modules sociaux de Facebook en ce qui concerne tant les utilisateurs que les non-utilisateurs de Facebook. L'audience d'introduction a eu lieu le 15 janvier 2016 et les plaidoiries devraient avoir lieu en octobre 2017.

C) Coopération européenne

11. La Commission fait partie d'un Groupe de contact créé au niveau européen, conjointement avec les autorités de protection des données de France, des Pays-Bas, d'Espagne et de Hambourg. Les membres du Groupe de contact échangent régulièrement des informations. Parallèlement, chaque membre du Groupe de contact mène ses propres enquêtes en toute indépendance.

12. Suite à l'ordonnance du Président du tribunal de première instance de Bruxelles, les autorités de protection des données du Groupe de contact ont émis le 4 décembre 2015 une déclaration commune appelant Facebook à exécuter l'ordonnance du juge des référés non seulement en Belgique mais aussi dans l'ensemble de l'Union européenne :

"Le Groupe de contact prend note du jugement en référé adopté par le Président du Tribunal de première instance de Bruxelles daté du 9 novembre 2015 dans l'affaire Président de l'autorité de protection des données personnelles belge v. Facebook ainsi que des recommandations de l'autorité de protection des données personnelles belge.

[...]

*Tout en reconnaissant le droit de Facebook à faire appel de ce jugement, le Groupe de contact attend de la société qu'elle se conforme à ce jugement sur tout le territoire de l'Union Européenne, en ce qu'il constitue un moyen de contribuer au respect des obligations issues des Directives européennes 95/46/EC et 2002/58/EC, modifiées par la Directive 2009/136/EC."*⁶

13. Le 26 janvier 2016, l'autorité française de protection des données (CNIL) a mis formellement Facebook en demeure, notamment pour cause d'enregistrement de données à caractère personnel de non-utilisateurs de Facebook via des cookies et modules sociaux⁷.

⁶ Déclaration commune des autorités de protection des données personnelles membres du Groupe de contact (Pays-Bas, France, Espagne, Hambourg et Belgique), 4 décembre 2015, disponible à l'adresse <https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/Common%20statement%20FR.pdf>.

⁷ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) Décision n° 2016-007 du 26 janvier 2016 mettant en demeure les sociétés FACEBOOK INC. et FACEBOOK IRELAND, disponible à l'adresse https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/d2016-007_med_facebook-inc-ireland.pdf.

3. Modification des pratiques et de la politique d'utilisation des cookies de Facebook

14. Depuis la publication de la recommandation 04/2015, Facebook a modifié à plusieurs reprises sa politique d'utilisation des cookies et ses pratiques en la matière. Une première modification a eu lieu pendant la procédure en référé devant le Président du tribunal de première instance. Une deuxième modification est intervenue après la signification de l'ordonnance de ce Président. Une troisième modification a eu lieu entre la signification et l'arrêt de la Cour d'appel de Bruxelles, siégeant en référé.

A) Première modification : procédure en référé, première instance (septembre 2015)

15. Pendant la procédure en référé devant le Président du tribunal de première instance, Facebook a introduit pour la première fois une "bannière cookie" sous la forme d'un petit bandeau en haut du site Internet de Facebook, mentionnant le texte suivant :

'Les cookies nous permettent de fournir, protéger et améliorer les services de Facebook. En continuant à utiliser notre site, vous acceptez notre politique d'utilisation des cookies.'

La "bannière cookie" s'affichait pour les non-utilisateurs sur le territoire européen qui consultaient (pour la première fois⁸) une page Internet faisant partie du domaine facebook.com. Lorsque l'internaute cliquait dans ce texte sur les termes "politique d'utilisation des cookies", il était redirigé vers une page intitulée '*Cookies, pixels et technologies similaires*' qui reprenait la version intégrale de la politique d'utilisation des cookies de l'époque (en ce qui concerne tant les utilisateurs que les non-utilisateurs).

16. L'introduction de la "bannière cookie" a été accompagnée de plusieurs modifications dans les pratiques de Facebook en ce qui concerne le placement de cookies. Facebook n'a ainsi plus placé immédiatement le cookie "datr" dès qu'un internaute visitait une page Internet faisant partie du domaine facebook.com. Le cookie "datr" était par contre bien placé dès que le non-utilisateur cliquait sur un quelconque lien de la page Internet⁹. La seule exception à cette règle était les termes "politique d'utilisation des cookies" dans la bannière cookie. Toutefois, lorsque le non-utilisateur cliquait ensuite dans cette politique d'utilisation des cookies sur un lien pour obtenir davantage d'informations (par exemple un lien vers les conditions générales ou la politique générale de Facebook en matière de données), le cookie "datr" était alors immédiatement placé.

17. Les modifications mises en œuvre par Facebook ont été jugées insuffisantes par le Président du tribunal de première instance au motif que :

⁸ Ou après avoir supprimé manuellement les cookies Facebook en question de leur navigateur.

⁹ Par exemple le fait de cliquer sur une photo ou sur un lien pour changer la langue.

- (1) Facebook ne peut pas, par cette méthode, invoquer un consentement informé et indubitable¹⁰ ;
- (2) un non-utilisateur de Facebook qui a déjà visité le domaine facebook.com (et a en conséquence déjà reçu sur son disque dur le cookie "datr" de Facebook) ne peut pas être qualifié d' "utilisateur" au sens de l'article 129 de la LCE qui sollicite expressément un service Facebook chaque fois qu'il visite un site Internet d'un tiers sur lequel un module social a été installé¹¹ ; et
- (3) Facebook ne peut pas invoquer un des autres motifs de légitimation de l'article 5 de la LVP¹².

B) Deuxième modification : après la signification (décembre 2015)

18. L'ordonnance du Président du tribunal de première instance de Bruxelles a été signifiée à Facebook le 2 décembre 2015¹³. Suite à cette signification, Facebook a décidé de refuser l'accès aux internautes du territoire belge qui ne disposent pas d'un compte Facebook. Lorsqu'un non-utilisateur tentait de visiter une page Internet faisant partie du domaine facebook.com (à l'exception de certaines pages comme la page d'inscription de Facebook), le message suivant s'affichait à l'écran :

'Permission refusée

Ce contenu n'est pas disponible pour le moment. Nous avons mis en place des fonctions de sécurité supplémentaires qui nécessitent que vous vous connectiez à Facebook pour voir cette page en Belgique. <Pourquoi ?>

Le visiteur qui cliquait sur "Pourquoi" accédait aux informations suivantes :

'Pourquoi mon expérience sur Facebook a-t-elle changé en Belgique ?

La sécurité de votre compte nous tient à cœur. Au fil des années, nous avons mis en place un certain nombre d'outils de sécurité sophistiqués qui visent à protéger votre compte sans interrompre votre navigation sur Facebook.

En raison des exigences imposées par la Commission belge de la vie privée, nous avons récemment dû limiter notre utilisation d'un outil de sécurité important, le cookie "datr". Nous vous invitons à lire ce qui suit pour comprendre le fonctionnement de cet outil et les raisons pour lesquelles nous ne présentons plus les Pages publiques Facebook et d'autres contenus en Belgique aux personnes qui ne possèdent pas de compte Facebook.

¹⁰ Ordonnance du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles, Chambre des référés, 15/54/C, 9 novembre 2015, p. 24.

¹¹ *Ibid*, p. 25.

¹² *Ibid*, p. 27-29.

¹³ L'acte de signification a été transmis à Facebook Inc. les 7 et 8 décembre 2015 et à Facebook Ireland Limited le 10 décembre 2015.

Qu'est-ce que le cookie "datr" et comment permet-il d'assurer la sécurité sur Facebook ?

Ce cookie est un outil de sécurité que nous utilisons depuis plus cinq ans déjà dans le monde entier pour nous aider à faire la distinction entre les visites légitimes de Facebook par de véritables personnes et les visites illégitimes (par des spammeurs, des hackers qui tentent d'accéder au compte d'autres personnes ou par d'autres personnes malintentionnées).

Ce cookie peut nous aider à sécuriser Facebook en communiquant des informations statistiques sur les activités d'un navigateur Internet, telles que le volume et la fréquence de requêtes. Nos systèmes de sécurisation analysent ces données de navigateur pour nous aider à faire la distinction entre les personnes qui se connectent simplement à leur compte et les attaques potentielles.

Si le cookie "datr" indique par exemple qu'un navigateur a visité plusieurs pages sur Facebook en très peu de temps, cela signifie que le navigateur est probablement utilisé par un logiciel automatisé, un "bot" pour effectuer une opération illégitime, comme le vol du contenu de pages. Si le cookie "datr" indique des schémas de visite normaux pendant plusieurs jours, nos systèmes en déduisent que le navigateur est utilisé par une personne normale qui doit simplement accéder à Facebook.

Le cookie nous aide à préserver la sécurité du site de différentes manières. Nous utilisons par exemple ce cookie pour :

- éviter que des hackers créent de faux comptes afin d'envoyer du spam avec ceux-ci ;*
- limiter le risque que quelqu'un d'autre prenne possession de votre compte ;*
- protéger du vol vos photos, messages et d'autres contenus ;*
- empêcher des attaques techniques qui peuvent rendre votre site Internet inaccessible pour vous et pour des tiers et pour éviter de futures attaques ;*
- vous aider à vous connecter plus rapidement, afin que vous puissiez atteindre les personnes, photos et messages auxquels vous tenez, sans courir de risque au niveau des informations.*

Pour les personnes qui ne disposent pas d'un compte, nous enregistrons et ne conservons que pendant dix jours les informations du cookie "datr" que nous recevons d'autres sites. Ces dix jours donnent à nos systèmes le temps nécessaire pour analyser les données et contribuent à la protection contre les actions nuisibles décrites ci-avant.

Presque tous les sites utilisent des cookies. Les 25 sites Internet belges les plus visités utilisent tous des cookies lorsqu'on les visite. Ces sites Internet utilisent les cookies à des fins statistiques et pour bien d'autres raisons encore. La majorité de ces sites Internet ne communiquent pas au sujet de leurs pratiques en matière de cookies à l'aide d'un message clair en haut de leur site. Facebook prévoit par contre une telle mention et nous expliquons

également comment nous utilisons les cookies (comme le cookie "datr") à des fins de sécurité dans notre politique d'utilisation des cookies.

La Commission vie privée belge nous a toutefois contraints de mettre fin à l'utilisation du cookie "datr" lorsque des internautes ne disposant pas d'un compte Facebook visitent Facebook en Belgique. Du fait que nous ne pouvons pas utiliser cet outil d'aide, nous devons considérer toute visite de notre service via un navigateur non reconnu en Belgique comme danger potentiel et prendre des mesures supplémentaires pour contribuer à votre sécurité et à celles des autres sur Facebook. Pour la protection des comptes de personnes et de nos services, nous devons obliger aussi les personnes qui ne disposent pas d'un compte Facebook à se connecter pour afficher le contenu de pages publiques et d'autres contenus qui sont disponibles pour tous sur Internet en dehors de la Belgique (où nous pouvons bien utiliser le cookie datr).

Nous comprenons que ces mesures peuvent malheureusement limiter et perturber votre expérience sur Facebook. Nous vous remercions de nous aider à continuer à offrir une expérience sûre sur Facebook à notre communauté belge.' [Traduction libre effectuée par le Secrétariat de la Commission vie privée, la traduction officielle n'étant plus disponible].

Par courrier du 9 décembre 2015, Facebook a fait savoir à la Commission qu'elle avait appliqué l'ordonnance intégralement.

19. Par souci d'exhaustivité, la Commission fait remarquer qu'elle n'a pas recommandé à Facebook de rendre inaccessibles ses pages publiques pour les non-utilisateurs qui se trouvent sur le territoire belge. Elle n'a pas non plus recommandé à Facebook de mettre fin purement et simplement à l'utilisation de cookies à des fins de sécurité. Dans la recommandation 04/2015, il était recommandé à Facebook (1) de respecter les exigences légales en matière de transparence ; (2) d'obtenir le consentement informé de la personne concernée avant de procéder au placement ou à la collecte de cookies d'identification unique et de longue durée (sauf lorsque cela se révèle strictement nécessaire pour un service expressément demandé par l'utilisateur) ; et (3) que l'envoi de cookies utilisés par Facebook dans le cadre de la sécurité (comme le cookie "datr") soit limité à la connexion à Facebook ou sur les pages au sein du domaine facebook.com (mais pas sur les pages Internet de tiers équipés de modules sociaux)¹⁴.

C) Troisième modification : appel en référé (mai 2016)

20. Par courrier du 31 mars 2016, Facebook a fait savoir qu'elle adapterait de nouveau sa politique d'utilisation des cookies, sa bannière cookie et la procédure technique de ses cookies (notamment le moment auquel elle place des cookies).

¹⁴ Voir également ci-dessus le point 2.

21. Une des principales modifications de la *politique d'utilisation des cookies* de Facebook concerne les non-utilisateurs de Facebook. Désormais, Facebook utiliserait des informations sur le comportement de navigation tant des utilisateurs que des non-utilisateurs pour procéder à un profilage à des fins publicitaires. Les utilisateurs et non-utilisateurs de Facebook seraient dans cette optique mis sur un pied d'égalité. Facebook a par ailleurs indiqué que la nouvelle politique d'utilisation des cookies serait plus transparente, plus particulièrement en ce qui concerne le nom, le contenu, la finalité et la durée de vie des cookies que Facebook utilise.

22. Dans son courrier du 31 mars 2016, Facebook a également fait comprendre qu'elle adapterait sa "*bannière cookie*" conformément aux changements apportés au contenu de sa politique d'utilisation des cookies. La bannière cookie reprendrait désormais le texte suivant :

'Nous utilisons des cookies pour aider à personnaliser le contenu, ajuster et mesurer les publicités sur mesure et vous offrir une expérience plus sûre. En cliquant sur le site ou en le parcourant, vous nous autorisez à collecter des informations sur et en dehors de Facebook via les cookies. Pour plus d'informations, y compris sur le contrôle que vous pouvez exercer à cet égard : <politique d'utilisation des cookies>'. [Traduction libre effectuée par le Secrétariat de la Commission vie privée, en l'absence traduction officielle].¹⁵

23. En ce qui concerne le *placement* de cookies, Facebook avait indiqué que certaines actions ne donneraient plus lieu au placement de cookies. Par exemple, le changement de la langue du site ne serait plus considéré par Facebook comme un "consentement" de la part de l'utilisateur.

24. Facebook a introduit sa nouvelle bannière cookie et sa nouvelle politique en mai 2016. Pour les non-utilisateurs de Facebook en Belgique, les pages web publiques de Facebook sont restées inaccessibles jusqu'en novembre 2016. La nouvelle bannière cookie et la nouvelle politique étaient toutefois déjà introduites dans les autres pays européens.

4. Pratiques et politique d'utilisation des cookies actuelles de Facebook

A) Contexte et description technique

25. Facebook propose aux propriétaires de sites Internet externes différents modules sociaux, dont les boutons "J'aime" et "Partager". Ces modules sociaux permettent aux utilisateurs de Facebook de partager le contenu d'un site Internet externe via le réseau social. Dans le même temps, ils permettent aussi à Facebook de suivre le comportement de navigation tant des utilisateurs que des non-

¹⁵ Lettre du 31 mars 2016 adressé par Facebook au Président de la Commission, p. 2.

utilisateurs de Facebook sur ces sites Internet externes (ce qu'on appelle le "third-party tracking" ou traçage de tiers)¹⁶.

26. Les pratiques de traçage de Facebook au moyen de cookies et de modules sociaux diffèrent selon les circonstances. Les constatations techniques sont dès lors divisées ci-après selon d'une part les personnes concernées, à savoir les utilisateurs et les non-utilisateurs de Facebook, et d'autre part les différents scénarios (connecté, déconnecté, désactivé ou désinscrit)¹⁷.

B) Principales constatations vis-à-vis des utilisateurs de Facebook

- *Utilisateurs connectés*

27. Si un utilisateur est connecté sur Facebook et qu'il visite une page Internet avec un module social, Facebook reçoit jusqu'à 12 cookies ainsi que l'URL de la page visitée. Les cookies reçus comprennent notamment les 5 cookies d'identification unique suivants :

- c_user (contient l'ID utilisateur Facebook) ;
- datr (identification de navigateur et horodatage) ;
- fr (ID d'utilisateur et identificateur de navigateur, horodatage, autres données diverses) ;
- lu (ID utilisateur et diverses données de connexion) ; et
- sb (identificateur de navigateur et horodatage)¹⁸.

28. Ces constatations confirment que Facebook suit le comportement de navigation des utilisateurs connectés au moyen de modules sociaux en dehors du domaine du réseau social Facebook. D'après le tableau "Browser Cookies", que l'on peut consulter à présent via un hyperlien dans la politique d'utilisation des cookies de Facebook, les cookies précités soutiennent les finalités suivantes :

- c_user : est utilisé pour authentifier l'identité d'utilisateurs de Facebook ;
- datr : est utilisé à des fins de sécurité et d'intégrité du site, pour la récupération de comptes et l'identification des comptes potentiellement piratés ;
- fr : est utilisé pour diffuser, mesurer et améliorer la pertinence des publicités ;
- lu : est utilisé pour enregistrer si la personne décide de rester connectée ;
- sb : est utilisé pour vérifier les connexions.

¹⁶ Le "suivi" ou "traçage" est ici compris comme la collecte d'informations sur les habitudes de navigation d'internautes sur différents sites Internet. Voir aussi la recommandation 04/2015, points 57-61.

¹⁷ Les constatations techniques qui sont résumées ci-après ont été mises en œuvre entre le 29 novembre 2016 et le 23 février 2017. Le rapport technique complet ayant pour titre "Le traçage de Facebook via les modules sociaux" peut être consulté sur https://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/rapport_technique_03_2017.pdf.

¹⁸ D'après le tableau "Browser cookies" que Facebook met à disposition via un hyperlien dans sa politique d'utilisation des cookies (Facebook, "Cookies et autres technologies de stockage", <https://www.facebook.com/policies/cookies>), page consultée la dernière fois le 18 décembre 2016.

- *Utilisateurs déconnectés*

29. Si un utilisateur est déconnecté de Facebook et qu'il visite une page Internet avec un module social, Facebook reçoit au total 6 cookies avec notamment l'URL de la page visitée. Les cookies reçus comprennent les 4 cookies d'identification unique "fr", "datr", "lu" et "sb".

30. Ces constatations confirment que Facebook suit le comportement de navigation des utilisateurs déconnectés au moyen de modules sociaux en dehors du domaine du réseau social Facebook.

- *Utilisateurs désactivés¹⁹*

31. Si un utilisateur a désactivé son compte et visite une page Internet avec un module social, Facebook reçoit au total 5 cookies avec notamment l'URL de la page visitée. Les cookies reçus comprennent les 4 cookies d'identification unique "fr", "datr", "lu" et "sb".

32. Ces constatations confirment que Facebook suit le comportement de navigation des utilisateurs désactivés au moyen de modules sociaux en dehors du domaine du réseau social Facebook.

- *Utilisateurs désinscrits*

33. Le mécanisme d'opt-out pour les publicités ciblées que Facebook propose aux utilisateurs a été quelque peu modifié depuis la recommandation n° 04/2015. Alors que les utilisateurs devaient auparavant toujours se désinscrire via le site Internet externe de l'European Interactive Digital Advertising Alliance (www.youronlinechoices.eu), ils peuvent à présent aussi se désinscrire des publicités ciblées via les paramètres de publicité de leur compte Facebook. Facebook conseille toutefois encore aux utilisateurs de se désinscrire aussi via le site Internet externe de l'European Interactive Digital Advertising Alliance.

34. Si un utilisateur s'est désinscrit des publicités ciblées de Facebook ("opted-out") via les paramétrages de publicité de son compte Facebook et/ou le mécanisme d'opt-out proposé par Facebook de l'European Interactive Digital Advertising Alliance et qu'il visite une page Internet avec un module social, Facebook reçoit les cookies d'identification unique "c_user" (si l'utilisateur est connecté), "datr", "lu", "fr" et "sb". Selon Facebook, un de ces cookies, à savoir le cookie "fr", est précisément utilisé à des fins publicitaires²⁰

¹⁹ Les "utilisateurs désactivés" sont des utilisateurs qui ont temporairement désactivé leur compte mais ne l'ont pas supprimé définitivement.

²⁰ Voir Facebook, "Cookies et autres technologies de stockage", <https://www.facebook.com/policies/cookies>.

35. Ces constatations confirment que Facebook suit le comportement de navigation des utilisateurs au moyen de modules sociaux en dehors du domaine du réseau social Facebook, qu'ils se soient ou non désinscrits des publicités ciblées.

- *Modifications les plus importantes*

36. Par rapport à la recommandation n° 04/2015, les constatations techniques à l'égard des utilisateurs sont quasiment identiques. Les modifications les plus importantes sont d'une part l'utilisation d'un cookie d'identification unique supplémentaire, baptisé "sb", et d'autre part la possibilité pour les utilisateurs de se désinscrire des publicités ciblées via l'interface Facebook (bien que les constatations techniques en matière de third-party tracking soient restées inchangées).

C) Principales constatations vis-à-vis des non-utilisateurs de Facebook

37. Lorsqu'un non-utilisateur visite pour la première fois une page Internet faisant partie du domaine facebook.com²¹, Facebook affiche en haut de la page une bannière cookie comprenant un lien vers la politique d'utilisation des cookies. Facebook ne place pas de cookie lors du chargement de cette page.

38. Facebook place un cookie d'identification unique "datr" d'une durée de vie de 2 ans dès qu'un non-utilisateur interagit avec une page Internet faisant partie du domaine facebook.com, par exemple s'il clique dans un champ à compléter ou s'il ouvre une photo. Les exceptions d'interactions qui ne donnent pas lieu au placement du cookie "datr" sont notamment l'ouverture d'un lien vers la politique d'utilisation des cookies (comprenant aussi les liens au sein de cette page) ou la modification de la langue²².

39. Lorsque la personne concernée (navigateur) visite par la suite une page Internet avec un module social de Facebook, Facebook reçoit à nouveau ce cookie d'identification unique "datr" à chaque fois avec notamment l'URL de la page visitée.

40. Ces constatations confirment que Facebook suit le comportement de navigation de non-utilisateurs de Facebook au moyen de modules sociaux en dehors du domaine du réseau social Facebook.

41. Par ailleurs, la Commission a constaté que dans certaines circonstances, Facebook place aussi des cookies chez les non-utilisateurs même lorsqu'ils n'ont pas visité une page Internet faisant partie du domaine facebook.com. La Commission a ainsi pu constater que Facebook place un cookie "fr" chez

²¹ Il ne s'agit pas ici uniquement de la page d'accueil de Facebook, mais par exemple aussi d'une page Facebook de fans, de la page Facebook d'un magasin, de la page Facebook d'un événement (fête, brocante, ...).

²² Lorsqu'un non-utilisateur change le paramètre de langue, Facebook place le cookie "locale" qui retient la préférence de langue et le cookie de session "x-src" qui est utilisé pour les statistiques et les enquêtes.

les non-utilisateurs de Facebook lorsqu'ils visitent les sites hln.be, rtbf.be et gezondheid.be, même si la personne concernée n'a jamais visité auparavant un quelconque site Internet de Facebook. Dans les cas observés, le cookie "fr" était chaque fois placé lors du chargement de ce qu'on appelle un "pixel Facebook"²³. Des recherches complémentaires effectuées par la Commission révèlent que depuis le 1^{er} août 2016, Facebook place un cookie "fr" sur au moins 10.000 sites Internet à partir d'une position de tierce partie.

- *Modifications les plus importantes*

42. Par rapport à la recommandation 04/2015, Facebook ne place plus d'emblée chez les non-utilisateurs le cookie d'identification unique "datr" lors du chargement d'une page Internet faisant partie du domaine facebook.com, ni sur des sites Internet externes (comme le site Internet d'opt-out de l'European Interactive Digital Advertising Alliance) où Facebook se trouve en position de partie tierce²⁴. Facebook postpose à présent le placement de cookies jusqu'au moment où le non-utilisateur interagit avec la page Facebook et après avoir affiché la bannière cookie.

43. Il est à noter qu'en Belgique, contrairement à ce qui vaut dans d'autres pays tels que la France, Facebook ne place pas le cookie "fr" au moment des constatations techniques lorsqu'un non-utilisateur interagit avec une page Internet faisant partie du domaine facebook.com, malgré l'intention de Facebook de proposer aussi des publicités ciblées à des non-utilisateurs²⁵. Facebook place par contre bel et bien le cookie "fr" lorsque les non-utilisateurs situés en Belgique visitent certains sites Internet de tiers, dont hln.be, rtbf.be et gezondheid.be.

D) Analyse juridique : LVP et LCE²⁶

44. Comme exposé dans la recommandation n° 04/2015, la réception d'informations par Facebook via des cookies et des modules sociaux constitue un "traitement de données à caractère personnel" au sens de l'article 1, § 1 et § 2 de la LVP²⁷. À cet égard, la Commission se réfère en outre à la décision

²³ De tels pixels Facebook constituent de nouveau une technologie que Facebook met à disposition d'exploitants de sites Internet externes. Cette technologie n'apparaît toutefois pas ici comme un bouton ou icône sur le site Internet externe, mais comme un point invisible à l'œil nu : un pixel. Tout comme pour les modules sociaux de Facebook, le pixel Facebook est un élément de code logiciel élaboré par Facebook. Cet élément de code permet d'établir automatiquement une connexion entre le navigateur Internet d'un internaute et les serveurs de Facebook, et ce au moment où l'internaute charge une page Internet sur laquelle ce pixel se trouve. Voir par exemple Facebook, "Guide complet sur la mise en place du pixel Facebook", <https://fr-fr.facebook.com/business/help/952192354843755>.

²⁴ Cf. le point 72 de la recommandation n° 01/2015.

²⁵ Voir Facebook, "Bringing people better ads", 26 mai 2016, disponible à l'adresse <https://newsroom.fb.com/news/2016/05/bringing-people-better-ads>.

²⁶ Loi du 13 juin 2005 *relative aux communications électroniques* ;

²⁷ Article 1, § 1 et § 2 : "§ 1. Pour l'application de la présente loi, on entend par "données à caractère personnel" toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable, désignée ci-après "personne concernée" ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale.

dans l'affaire *Breyer* (C-582/14), où la Cour de justice a jugé que les adresses IP dynamiques devaient également être considérées comme des données à caractère personnel lorsque l'opérateur du site Internet ("fournisseur de services de médias en ligne") dispose de moyens légaux lui permettant de faire identifier la personne concernée à l'aide d'informations supplémentaires qui se trouvent chez le fournisseur Internet de cette personne²⁸. Étant donné que Facebook collecte aussi systématiquement l'adresse IP de la personne concernée, outre certains cookies d'identification unique, il n'y a aucun doute possible quant à l'existence d'un traitement de données à caractère personnel.

45. Conformément à l'article 5 de la LVP, un traitement de données à caractère personnel n'est admissible que s'il y a un fondement légitime. Dans la pratique, Facebook ne peut que tenter d'invoquer l'article 5, a) de la LVP (consentement de la personne concernée) pour justifier la collecte de données à caractère personnel via des modules sociaux²⁹. Facebook doit en outre respecter l'article 129 de la Loi relative aux communications électroniques (LCE) qui prescrit l'obtention d'un consentement de la personne concernée lorsque l'on utilise des cookies qui ne sont pas *strictement* nécessaires pour *"un service demandé expressément par l'abonné ou l'utilisateur final"*.

46. Pour être valable en droit, le consentement de la personne concernée doit être (1) informé ; (2) indubitable ; (3) libre et (4) spécifique³⁰. Malgré les dernières modifications dans la politique d'utilisation des cookies et les pratiques de Facebook, la Commission estime que Facebook n'a toujours pas obtenu de consentement valable en droit, en raison :

- (1) des manquements dans les informations que Facebook communique aux personnes concernées ;
 - (2) des actions par lesquelles Facebook estime déduire un "consentement" ;
 - (3) du fait que les personnes concernées n'ont pas la possibilité de refuser leur consentement ou de le retirer sans conséquences néfastes ; et
 - (4) des manquements dans les possibilités de choix que Facebook offre aux personnes concernées.
- et
- (5) du constat selon lequel Facebook place des cookies sur des sites Internet de tiers, sans que la personne concernée ait donné préalablement son consentement.

La Commission estime en outre que la collecte de données à caractère personnel par Facebook à l'aide de cookies et de modules sociaux est excessive dans plusieurs circonstances.

²⁸ Arrêt de la Cour de justice dans l'affaire *Breyer*, C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779, paragraphe 49.

²⁹ Voir aussi la recommandation 04/2015, n° 76 e.s.

³⁰ Groupe de travail Article 29, avis n° 15/2011 sur la définition du "consentement", WP 187, 25 novembre 2011.

(1) Les informations qui sont données

47. La bannière cookies actuelle est énoncée comme suit :

"Nous utilisons des cookies pour personnaliser le contenu, ajuster et mesurer les publicités et offrir une expérience plus sûre. En cliquant sur le site ou en le parcourant, vous nous autorisez à collecter des informations sur et en dehors de Facebook via les cookies. Pour en savoir plus, notamment sur les moyens de contrôle disponibles, consultez la <Politique d'utilisation des cookies>."

48. La Commission estime que les termes "collecter des informations sur et en dehors de Facebook via les cookies" ne sont en soi pas suffisamment spécifiques et clairs pour informer correctement les personnes concernées du fait que Facebook collecte systématiquement des données à caractère personnel chaque fois qu'elles visitent un site Internet d'un tiers comportant des modules sociaux de Facebook (ou d'autres "services Facebook").

49. Dans la version intégrale de la politique d'utilisation des cookies de Facebook, on trouve par ailleurs les explications suivantes :

"Nous utilisons des cookies si vous avez un compte Facebook, si vous utilisez les Services Facebook, y compris notre site web et nos apps (que vous soyez inscrit(e) ou connecté(e) ou non), ou si vous consultez d'autres sites web et apps qui ont recours aux Services Facebook (y compris le bouton J'aime et nos outils publicitaires)."

et

"Quand utilisons-nous des cookies ?

Nous pouvons placer des cookies sur votre ordinateur ou votre appareil et recevoir les informations stockées dans des cookies lorsque vous utilisez ou consultez :

- les Services Facebook ;*
- des services proposés par d'autres membres de la famille de sociétés Facebook ; et*
- des services proposés par d'autres entreprises qui utilisent les Services Facebook (comme des entreprises qui intègrent le bouton J'aime ou les services publicitaires de Facebook à leurs sites web ou leurs apps).*

50. La Commission estime que malgré les explications supplémentaires données dans la version intégrale de la politique d'utilisation des cookies, la personne concernée n'est pas encore informée de manière suffisante du fait que Facebook *procède systématiquement, sans la moindre action de la part de la personne concernée*, à la collecte de cookies et d'autres données lorsque la personne concernée visite un site Internet d'un tiers qui utilise les modules sociaux de Facebook. La Commission estime toutefois qu'il est nécessaire de communiquer ces informations pour pouvoir garantir un consentement

informé. La Commission estime en outre que pour pouvoir parler d'un traitement "loyal" et "licite" au sens de l'article 4, § 1, 1° de la LVP, la communication de ces informations est impérative.

51. D'après la Commission, Facebook n'a transmis aucune information claire en ce qui concerne *les catégories de données collectées par Facebook* lorsqu'un utilisateur ou un non-utilisateur de Facebook visite un site Internet qui contient un module social de Facebook. La politique d'utilisation des cookies de Facebook ne précise en effet pas que Facebook, outre les cookies en question, reçoit également l'URL de la page Internet visitée, alors que c'est précisément cette information qui lui permet de cerner le comportement de navigation de la personne concernée sur des sites Internet de tiers. La Commission estime toutefois qu'il est nécessaire de communiquer ces informations pour pouvoir garantir un consentement informé. L'article 9, § 2 de la LVP impose en outre de communiquer ces informations³¹.

52. Dans sa politique d'utilisation des cookies, Facebook ne se prononce aucunement sur les *destinataires ou catégories de destinataires* des informations collectées. Il est toutefois nécessaire de transmettre ces informations pour pouvoir garantir un consentement informé. L'article 9, § 2 de la LVP impose en outre de communiquer ces informations³².

53. Dans sa politique d'utilisation des cookies, Facebook ne fait pas mention de l'existence d'un *droit d'accès et de rectification* des personnes concernées pour les données les concernant, tandis que la communication de ces informations est rendue obligatoire par l'article 9, § 2 de la LVP.

54. Facebook ne donne aucune information quant au *délai de conservation* des informations collectées via des cookies et modules sociaux, alors que la transmission de telles informations est nécessaire dans ce cas pour pouvoir garantir un consentement informé et pour pouvoir parler d'un traitement loyal et licite.

55. Même si Facebook parle encore d'une "politique d'utilisation des cookies", l'ampleur de cette politique dépasse de loin la seule utilisation des cookies. Cette politique d'utilisation des cookies indique ainsi que :

³¹ La Commission fait remarquer que Facebook a repris une explication quant aux catégories de données qui sont collectées par Facebook dans sa Politique générale d'utilisation des données, mais pas dans sa politique d'utilisation des cookies. Pour obtenir ces informations, le non-utilisateur de Facebook devrait suivre ces cinq étapes : dans la politique d'utilisation des cookies, cliquer sur "[Découvrez quelles informations nous recevons, comment nous choisissons les publicités que nous vous proposons sur les Services Facebook ou ailleurs, et les possibilités de contrôle qui s'offrent à vous.](#)" > "[Comment Facebook détermine-t-il les publicités qui s'affichent et comment puis-je contrôler les publicités que je vois ?](#)" > "[Pour en savoir plus sur les informations que reçoit Facebook et sur la façon dont nous les utilisons, consultez notre Politique d'utilisation des données et notre Politique concernant les cookies.](#)" > "[Quels types d'informations recueillons-nous ?](#)" > "[Informations provenant des sites web et des applications qui ont recours à nos Services.](#)"

³² Idem.

"D'autres technologies, dont les données que nous stockons sur votre navigateur web ou sur votre appareil, les identifiants associés à votre appareil et d'autres logiciels, sont utilisées dans des buts similaires."

Étant donné que cette disposition ne prévoit aucune limitation (Facebook vise toute technique qui peut être utilisée pour collecter des informations sur l'ordinateur d'un internaute), la personne concernée ne sait pas donner un tel consentement informé.

56. Enfin, la Commission fait encore remarquer que la politique d'utilisation des cookies de Facebook ne fait pas clairement la distinction entre utilisateurs et non-utilisateurs de Facebook. Dans sa nouvelle politique d'utilisation des cookies, Facebook décrit comme suit les circonstances dans lesquelles elle utilise des cookies :

'Nous utilisons des cookies si vous avez un compte Facebook, si vous utilisez les Services Facebook, y compris notre site web et nos apps (que vous soyez inscrit(e) ou connecté(e) ou non), ou si vous consultez d'autres sites web et apps qui ont recours aux Services Facebook (y compris le bouton J'aime et nos outils publicitaires).'

Du fait que Facebook commence par les termes "si vous avez un compte Facebook", il y a un risque de confusion dans le chef des non-utilisateurs de Facebook. En d'autres termes, on ne sait pas clairement, au premier coup d'œil, à qui la politique d'utilisation des cookies s'adresse : l'utilisateur ou le non-utilisateur de Facebook. Même si un non-utilisateur de Facebook pouvait déduire du texte ("*que vous soyez inscrit(e) ou connecté(e) ou non*") que l'utilisation de cookies le concerne également, le texte qui suit crée de nouveau la confusion. Ainsi, le premier exemple concret de l'utilisation de cookies ("authentification") ne porte que sur les personnes qui disposent d'un compte Facebook.

(2) La manière dont le consentement est déduit

57. D'après la bannière cookie actuelle, Facebook déduit le consentement de la personne concernée de la "poursuite de l'utilisation" de son site Internet ("en cliquant sur le site ou en le parcourant"). Ce consentement concernerait d'emblée tous les traitements de cookies possibles. Dans la recommandation n° 01/2015 concernant l'utilisation des cookies, la Commission défend l'idée que la poursuite de la navigation ("further browsing") peut être considérée dans certaines conditions comme un comportement actif par lequel l'utilisateur signifie son consentement³³. Préalablement à cette prise de position, la Commission souligne toutefois que l'utilisateur devrait pouvoir choisir librement entre la possibilité d'accepter certains cookies ou tous les cookies ou de refuser certains cookies et de maintenir la possibilité de modifier ultérieurement les paramètres des cookies (voir ci-après, aux points 60 e.s.)³⁴.

³³ Recommandation n° 01/2015, point 265.

³⁴ Recommandation n° 01/2015, point 262.

(3) Liberté du consentement

58. La seule possibilité pour un non-utilisateur de Facebook de ne pas donner de consentement est de quitter le site Internet de Facebook et de ne plus poursuivre sa visite. Une telle façon de procéder ne donne pas lieu à un consentement "libre". La personne concernée est en effet clairement confrontée aux conséquences négatives du refus de tous les cookies, vu notamment la position dominante que Facebook occupe en tant que média social et le fait qu'elle héberge un grand nombre de pages Internet d'entreprises et d'autres entités qui ne disposent pas d'une propre page Internet.

(4) Spécificité du consentement

59. La personne concernée est censée accepter en une fois tous les traitements de cookies. Le manque de nuance et de réelle possibilité de choix à cet égard implique qu'il n'est pour le moment pas question d'un consentement spécifique. Ainsi, la Commission a déjà considéré ce qui suit dans la recommandation n° 01/2015 concernant l'utilisation des cookies :

'Il est donc recommandé de s'abstenir d'utiliser des mécanismes qui fournissent seulement une option de consentement inconditionnel sans proposer un choix relatif aux différents cookies ou à tout le moins certains d'entre eux. Les utilisateurs devraient dans tous les cas se voir proposer un vrai choix concernant les cookies publicitaires.'

Même si Facebook prévoit une possibilité (limitée) d'opt-out en ce qui concerne les cookies qui sont utilisés à des fins publicitaires, cet opt-out ne concerne que l'utilisation (mais pas le placement et la collecte) de cookies à des fins publicitaires³⁵. La méthode de Facebook donne en outre lieu à des objections juridiques supplémentaires qui sont détaillées ci-après.

(5) Les possibilités de choix offertes par Facebook

60. Facebook prévoit plusieurs possibilités de choix ("opt-out"³⁶) en ce qui concerne l'utilisation de cookies par Facebook pour afficher des publicités. À cet égard, une distinction est faite selon que la personne dispose ou non d'un compte Facebook.

61. D'après la nouvelle politique d'utilisation des cookies de Facebook, les personnes qui disposent d'un compte Facebook peuvent gérer l'utilisation de cookies par Facebook à des fins publicitaires de 3 manières :

³⁵ Recommandation n° 01/2015, point 262.

³⁶ La Commission estime qu'il est ici question d'un "opt-out" du fait que la configuration par défaut des paramètres de publicité pertinents est réglée sur "oui" et que la personne concernée doit dès lors entreprendre des démarches de sa propre initiative pour indiquer qu'elle ne souhaite pas que des informations que Facebook collecte via des cookies soient utilisées à des fins publicitaires.

- en gérant les "centres d'intérêt" dans la fonction "préférences publicitaires" ;
- en désactivant les "publicités en ligne ciblées par centres d'intérêt" à l'aide des "paramètres de publicité" qui sont liés à leur compte ;
- en désactivant l'utilisation des "préférences publicitaires" par l' "Audience Network" de Facebook à l'aide des "paramètres de publicité" liés à leur compte.

La troisième option n'était pas prévue dans la version précédente de la politique d'utilisation des cookies de Facebook³⁷. Par ailleurs, Facebook se réfère encore aussi à la possibilité de se "désinscrire des publicités Facebook basées sur les centres d'intérêt en ligne", notamment via le site Internet de l'European Interactive Digital Advertising Alliance, les "paramètres de votre appareil mobile" et le "Contrôle des cookies de navigateur".

62. Les personnes qui ne disposent pas d'un compte Facebook se voient offrir la possibilité de se désinscrire via le site Internet de l'European Interactive Digital Advertising Alliance, ou d'utiliser les paramètres de leur appareil mobile et/ou des paramètres de cookie dans leur navigateur.

63. La Commission estime que les possibilités de choix que Facebook offre aux personnes concernées au niveau de l'utilisation de cookies à des fins publicitaires ne sont pas suffisantes pour donner lieu à un consentement valable.

64. En ce qui concerne le renvoi aux paramètres de navigateur, la Commission a déjà adopté précédemment le point de vue selon lequel les navigateurs existants n'offrent généralement pas la possibilité à la personne concernée de nuancer suffisamment son choix³⁸.

65. Par ailleurs, la Commission ne comprend pas pourquoi Facebook renvoie les personnes concernées au site Internet d'un tiers pour faire connaître leurs préférences quant à l'usage de cookies à des fins publicitaires par Facebook. Pour donner lieu à un consentement valable spécifique, les possibilités de choix pour la personne concernée devraient être directement accessibles de manière simple soit via la

³⁷ Voir également A. Bosworth, "Bringing People Better Ads", 26 mai 2016, disponible à l'adresse <http://newsroom.fb.com/news/2016/05/bringing-people-better-ads>. ("Starting today, you can opt out of seeing ads on apps and websites not offered by Facebook based on your ad preferences. You can do this by visiting your Facebook settings or tapping the AdChoices icon next to an Audience Network ad.")

³⁸ Voir Commission de la protection de la vie privée, Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 concernant l'utilisation des cookies (CO-AR-2012-004), point 268 ("La Commission ajoute que le mode de paramétrage actuel des navigateurs ne permet pas de déduire que l'utilisateur a effectué un choix sur la politique d'acceptation des cookies qu'il souhaite adopter sauf lorsque ce dernier a décidé d'exclure tout cookie. Ces paramètres ne permettent en effet pas de nuancer les choix de l'utilisateur selon les finalités.") et point 142 ("Les navigateurs courants disposent de fonctions permettant d'accepter ou de refuser les cookies standards. Néanmoins, il faut constater qu'ils laissent la place à des exceptions : certains navigateurs continuent à accepter certains cookies malgré le refus de l'internaute ou n'effacent pas tous les cookies à la demande (par exemple en préservant les cookies non périmés). De plus, les options pour les cookies – refus, sur demande ou consentement général – n'offrent que très peu de possibilités de nuances selon les types de cookies. Pour certains navigateurs, il est possible de refuser le stockage de certains cookies, les cookies tiers par exemple, alors que les autres navigateurs ne font pas cette distinction : accepter les cookies pour des fonctions d'authentification, c'est automatiquement accepter le stockage des autres cookies, pour des finalités tout autres.")

bannière cookie, soit via un lien dans la bannière cookies. Le site Internet de l'European Digital Advertising Alliance requiert toutefois que la personne concernée suive toute une série d'étapes supplémentaires avant de pouvoir communiquer son choix (sélection du lieu, sélection 'on/off – vos préférences publicitaires', attendre jusqu'à ce que le statut de toutes les entreprises participantes soit demandé et ensuite décocher toutes les entreprises ou certaines). Il est en outre possible que certains paramètres de pare-feu limitent l'accès au site externe d'opt-out, en conséquence de quoi les personnes concernées peuvent être davantage freinées dans l'expression de leur choix.

66. La Commission estime par ailleurs que les informations transmises par Facebook au sujet des possibilités de choix sont trompeuses. Facebook parle de possibilités de gérer *l'utilisation de cookies* par Facebook à des fins publicitaires³⁹. Il ressort toutefois des constatations techniques que Facebook collecte encore et toujours des informations sur le comportement de navigation de la personne concernée à l'aide de cookies, même lorsque la personne concernée a eu recours à une des possibilités de choix. Comme indiqué, la personne concernée devrait pouvoir décider librement entre la possibilité d'accepter ou de refuser certains cookies ou l'ensemble de ceux-ci. Une simple promesse quant à l'utilisation ultérieure des informations collectées à l'aide de cookies ne suffit pas pour obtenir un consentement valable pour l'utilisation de cookies. Le fait de donner des informations trompeuses à ce sujet constitue en outre une violation du principe de loyauté.

67. La Commission fait également remarquer que la troisième option que Facebook offre aux utilisateurs (à savoir en ce qui concerne l'utilisation de préférences publicitaires pour l' "Audience Network" de Facebook) a été paramétrée par défaut sur "oui", même lorsque la personne concernée avait indiqué précédemment qu'elle ne voulait pas recevoir de publicités sur la base de l' "utilisation de sites web et d'applications". Cette méthode est contraire à l'article 4, § 1, 2° de la LVP, qui dispose que les données à caractère personnel ne peuvent être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités, compte tenu de tous les facteurs pertinents, notamment des prévisions raisonnables de l'intéressé et des dispositions légales et réglementaires applicables. Un utilisateur Facebook qui a déjà indiqué expressément ne pas vouloir recevoir de publicités "basées sur les intérêts" sur Facebook, peut raisonnablement s'attendre à ce que Facebook prolonge ce choix et n'utilise plus ensuite ses "préférences publicitaires" dans l'affichage de publicités dans les applications et sur les sites Internet en dehors de Facebook. La méthode suivie par Facebook va en outre à l'encontre du principe de loyauté, du fait que Facebook a introduit le nouveau paramétrage de publicité sans en informer les utilisateurs de manière active.

³⁹ L'en-tête qui décrit les possibilités de choix des personnes concernées est énoncé comme suit : "Comment pouvez-vous contrôler l'utilisation des cookies par Facebook pour la diffusion de publicités ?".

(6) Cookies placés sur des sites Internet de tiers

68. Il ressort des constatations techniques que Facebook place aussi des cookies sur certains sites Internet de tiers ("en tant que tierce partie"), même lorsque la personne concernée n'a auparavant aucunement été en contact avec le site Internet de Facebook⁴⁰. Il va de soi que dans de telles circonstances, Facebook ne peut pas invoquer l'information qu'elle communique dans sa politique d'utilisation des cookies, et encore moins le prétendu "consentement" qu'elle estime pouvoir déduire de la poursuite de la consultation du site Internet de Facebook. La Commission souligne à cet égard que, outre Facebook, les propriétaires de sites Internet ont la responsabilité d'obtenir le consentement des personnes concernées avant de permettre le placement de cookies. Il s'agit ici d'une responsabilité conjointe, pour laquelle les deux entités (séparément ou conjointement) peuvent être sollicitées⁴¹.

(7) Contrôle de la proportionnalité

69. L'article 4, § 1, 3° de la LVP dispose que les données traitées doivent être adéquates, pertinentes et non excessives au regard des finalités pour lesquelles elles sont obtenues et pour lesquelles elles sont traitées ultérieurement. Tout comme dans la recommandation 04/2015, la Commission n'a pas souhaité ici faire une description détaillée des finalités poursuivies par Facebook. La Commission entend toutefois formuler deux directives complémentaires, notamment en ce qui concerne les cookies que Facebook utilise à des fins respectivement de publicité et de sécurité.

70. En ce qui concerne les cookies que Facebook utilise à des *finalités publicitaires*, la Commission estime que tant que Facebook ne dispose pas d'un consentement valable pour l'utilisation de cookies à des fins publicitaires, Facebook doit aussi renoncer au placement et à la collecte de cookies qui soutiennent ces finalités⁴². À défaut, le traitement est excessif vu les finalités pour lesquelles les données sont traitées. Il en va de même lorsque la personne concernée retire son consentement ou indique d'une autre manière ne pas vouloir recevoir de publicité sur la base de son comportement de navigation.

71. En ce qui concerne les cookies que Facebook utilise à des *finalités de sécurité*, la Commission se réfère à sa recommandation antérieure selon laquelle l'envoi de cookies utilisés par Facebook dans le cadre de la sécurité (comme les cookies "datr" et "sb") doit en principe se limiter à la connexion à Facebook

⁴⁰ Cf. ci-dessus, point 41.

⁴¹ Voir également Commission de la protection de la vie privée, "Recommandation d'initiative n° 01/2015 du 4 février 2015 concernant l'utilisation des cookies (CO-AR-2012-004)", p. 41, point 187 ("*Le fournisseur de réseau publicitaire peut être considéré comme responsable du traitement dès lors qu'il détermine les finalités ou les moyens essentiels du traitement de données dans le cadre de l'utilisation des cookies à des fins publicitaires. Dès lors que le dépôt ou l'accès de cookies à des fins publicitaires intervient dans le cadre de la consultation du site du propriétaire du site, la Commission considère ces acteurs comme coresponsables du traitement pour l'ensemble des opérations de traitement conduisant à la publicité.*") et Groupe Article 29, Avis 2/2010 sur la publicité comportementale en ligne ('behavioural advertising'), 22 juin 2010, WP 171, p. 10-12.

⁴² La Commission pense ici en premier lieu au cookie "fr" qui, d'après le tableau joint à la politique d'utilisation des cookies, est utilisé "*pour diffuser, mesurer et améliorer la pertinence des publicités*" ; ainsi qu'au cookie "ddid", qui est utilisé par Facebook "*pour ouvrir un emplacement spécifique dans l'application d'un annonceur au moment de son installation*".

ou aux pages au sein du domaine facebook.com (mais pas aux pages Internet de tiers contenant des modules sociaux). La Commission souligne ici de nouveau qu'elle ne recommande pas à Facebook de mettre fin purement et simplement à l'utilisation de cookies à des fins de sécurité, mais qu'elle en limite la collecte aux pages se situant au sein du domaine facebook.com.

72. Enfin, la Commission fait encore remarquer que le caractère excessif de la collecte systématique du cookie "datr" via les modules sociaux sur des pages Internet de tiers à l'égard de non-utilisateurs de Facebook a été expressément confirmé par le Président de la Chambre des référés du tribunal de première instance néerlandophone de Bruxelles⁴³.

PAR CES MOTIFS,

la Commission de la protection de la vie privée,

sur la base de la compétence et des missions qui lui sont attribuées ainsi que du droit belge et européen,

recommande :

À Facebook

- Facebook doit faire toute la transparence sur l'utilisation des cookies. Facebook doit préciser, pour chaque cookie individuel, le contenu (comme des identifiants uniques, des paramètres de langue, etc.) et la finalité (comme les publicités, la sécurité, etc.). Ces descriptions doivent toujours être tenues à jour et être facilement accessibles aux utilisateurs de ses services. En cas d'adaptations, il est souhaitable que l'on maintienne la possibilité de consulter les versions précédentes.
- Facebook doit renoncer au placement de cookies (tels que les cookies "c_user", "xs", "datr", "sb", "fr" et "lu") lorsqu'une personne concernée arrive sur une page Internet du domaine facebook.com ou sur un site Internet d'un tiers, sans que la personne concernée :
 - soit informée complètement et précisément, de manière claire et compréhensible :
 - des circonstances dans lesquelles Facebook place ces cookies chez elle et les collecte ensuite ;
 - des finalités pour lesquelles Facebook utilise ces cookies ;

⁴³ Tribunal de première instance de Bruxelles, Chambre des référés, 9 novembre 2015, n° de rôle 15/57/C, p. 28-29 ("Il est peu vraisemblable que la consultation du cookie « Datr », chaque fois qu'un plug-in social est chargé sur un site web visité par un non-utilisateur, soit réellement nécessaire à la sécurité des services Facebook. Les défenderesses [Facebook Inc., Ireland et Belgium] affirment que le cookie "Datr" aide en cas d'attaques à l'encontre de la plateforme Facebook, en particulier lorsqu'il s'agit de tentatives d'accès frauduleux. On peut supposer que c'est dans une certaine mesure le cas lorsqu'un contact est établi avec une page Facebook, mais dans la situation dont il est question ici, les non-utilisateurs ne souhaitent pas établir de connexion avec la plateforme Facebook, mais veulent seulement visiter un tout autre site web. Les défenderesses ne rendent pas plausible l'hypothèse selon laquelle une attaque pourrait être perpétrée contre la plateforme Facebook par le biais de plug-ins qui ne sont pas effectivement utilisés par les utilisateurs accédant à une page extérieure au domaine Facebook.")

- de la nature des données que Facebook collecte lorsqu'elle visite un site Internet contenant un module social de Facebook, comme l'adresse Internet (URL) de ce site ;
 - des destinataires ou catégories de destinataires des données collectées ;
 - de l'existence de son droit d'opposition, d'accès et de rectification ;
 - du délai de conservation des données qu'elle collecte via les cookies et modules sociaux ;
- ait consenti de manière libre, spécifique et indubitable tant au placement qu'à l'utilisation de ces cookies pour autant qu'ils ne soient pas strictement nécessaires au service que la personne concernée demande et, si elle s'est déconnectée de Facebook ou si elle s'est désactivée, qu'elle n'ait pas consenti de manière libre, spécifique et indubitable à l'utilisation prolongée de ces cookies ;
- ait eu la possibilité de refuser le placement de ces cookies, pour autant qu'ils ne soient pas strictement nécessaires à un service que la personne concernée demande expressément, sans que l'accès au domaine facebook.com soit limité ou entravé ;
- Facebook doit renoncer à la collecte de cookies (comme les cookies "c_user", "xs", "datr", "sb", "fr" et "lu") via ses modules sociaux, les pixels Facebook ou des moyens technologiques similaires sur des sites Internet de tiers d'une manière qui est excessive à l'égard des finalités des cookies en question, étant entendu que :
 - la collecte systématique de cookies ayant une *finalité de sécurité* lors de la visite de pages web qui ne font pas partie du domaine facebook.com est excessive si la personne concernée (1) n'a pas de compte Facebook ou n'est pas connectée, et (2) ne tente pas d'utiliser les modules sociaux (par exemple en cliquant dessus) ;
 - la collecte systématique de cookies ayant une *finalité de publicité* lors de la visite de pages Internet qui ne font pas partie du domaine facebook.com est excessive lorsque la personne concernée a indiqué qu'elle ne souhaitait pas que des informations sur son comportement de navigation soient utilisées à des fins publicitaires ;
 - la collecte systématique de cookies utilisés pour vérifier *l'identité d'un utilisateur Facebook* ou pour enregistrer s'il a choisi de rester connecté lors de la visite de pages Internet qui ne font pas partie du domaine facebook.com est excessive lorsqu'il n'est pas connecté et ne tente pas d'utiliser les modules sociaux (par exemple en cliquant dessus) ;
- Facebook doit renoncer à fournir des informations qui pourraient raisonnablement induire les personnes concernées en erreur quant à la portée réelle des mécanismes qu'elle met à disposition pour gérer l'utilisation de cookies par Facebook ;
- Facebook doit obtenir le consentement indubitable et spécifique via opt-in des utilisateurs avant d'utiliser leurs "préférences publicitaires" dans le cadre de l' "Audience Network" de Facebook.

Aux propriétaires de sites Internet

- En ce qui concerne les propriétaires ou exploitants de sites Internet qui souhaitent utiliser les modules sociaux proposés par Facebook, la Commission renvoie à sa recommandation d'initiative concernant l'utilisation des cookies⁴⁴. Elle y précise que le propriétaire doit informer correctement le visiteur de son site Internet et doit obtenir son consentement pour les cookies et autres métafichiers dont il ne maîtrise probablement pas la réutilisation. La Commission renvoie notamment à cet égard aux réseaux sociaux et recommande que les boutons de réseaux sociaux ne soient activés que lorsque le consentement de l'utilisateur a été obtenu. Les possibilités d'intégration actuelles de modules sociaux proposées par Facebook ne répondent toutefois pas à cette exigence. La Commission recommande dès lors d'utiliser des instruments tels que "Social Share Privacy" (<http://panzi.github.io/SocialSharePrivacy/>) pour obtenir le consentement de l'utilisateur. En utilisant un instrument tel que "Social Share Privacy", les modules de tiers n'établissent une connexion avec des serveurs de tierces parties (et des données ne sont dès lors envoyées à des tiers) qu'une fois que l'utilisateur a cliqué sur le module social.
- Les propriétaires de sites Internet qui affichent des publicités provenant de l'Audience Network de Facebook doivent en informer correctement leurs visiteurs et obtenir leur consentement pour l'utilisation de cookies qui va de pair avec l'affichage de ces publicités.
- Les propriétaires de sites Internet qui utilisent d'autres services de Facebook (par exemple pixels) qui impliquent que Facebook place des cookies dans le navigateur de la personne concernée lorsque leur site est visité doivent en informer les personnes concernées de manière suffisante et obtenir leur consentement.

Aux utilisateurs finaux

- Il est conseillé aux internautes qui veulent se protéger d'un traçage de Facebook par le biais de modules sociaux d'utiliser des modules complémentaires (add-ons) de navigateur qui bloquent le traçage. Voici quelques exemples de tels modules complémentaires de navigateur :
 - Privacy Badger (<https://www.eff.org/privacybadger>)
 - Ghostery (<https://www.ghostery.com>)
 - Disconnect (<https://disconnect.me/disconnect>)
- Les internautes peuvent également se protéger en utilisant le mode incognito ou "private navigation", une fonctionnalité qu'offrent les versions récentes des navigateurs les plus

⁴⁴ http://www.privacycommission.be/sites/privacycommission/files/documents/recommandation_01_2015_0.pdf

courants (Internet Explorer, Firefox, Chrome, Safari, etc.). Cette fonction oblige le navigateur à effacer les traces de votre comportement sur Internet (cookies, historique, etc.) une fois que la fenêtre est fermée et vous protège ainsi d'un suivi par Facebook ou par d'autres intervenants⁴⁵.

- Les utilisateurs de Facebook peuvent se désinscrire du traçage dans le cadre de publicités ciblées par Facebook via le site Internet d'opt-out de l'European Interactive Digital Advertising Alliance (www.youronlinechoices.eu) ou via leurs paramètres publicitaires de leur compte Facebook. Il convient toutefois de remarquer que même après que les utilisateurs se soient désinscrits des publicités ciblées, Facebook collecte encore actuellement les mêmes informations à propos des visites des utilisateurs sur des sites Internet externes. Facebook promet toutefois de ne plus utiliser ces informations à des fins publicitaires. Il est dès lors conseillé aux utilisateurs qui souhaitent également se protéger contre la collecte de ces informations d'utiliser en plus le mode incognito de leur navigateur ou un des modules complémentaires de navigateur précités.
- Les utilisateurs qui ne souhaitent pas que Facebook utilise leurs "préférences publicitaires" lors de l'affichage de publicités au sein d'applications et sur des sites Internet extérieurs à ceux des entreprises Facebook peuvent utiliser à cet effet les paramètres de publicité de leur compte Facebook.

L'Administrateur f.f.,

Le Président,

(sé) An Machtens

(sé) Willem Debeuckelaere

⁴⁵ Il existe également des navigateurs qui protègent spécifiquement la vie privée, comme par exemple Epic Privacy Browser (www.epicbrowser.com).