

Les Enjeux des Fichiers Cookies

Paru sur Legalbiznext.com

Les Enjeux des Fichiers Cookies

Par

Mohamed CHAWKI *

* DU, LL.B, BA, LL.M. Membre du Conseil d'Etat, Doctorant en Droit de l'Informatique à l'Université

Lyon III (Jean Moulin).

« Si vous étés prêts à sacrifier un peu de liberté pour vous sentir en sécurité, vous ne méritez ni l'un ni l'autre ».

T. JEFFERSON

SOMMAIRE

Introduction

I. Les Enjeux Techniques des Fichiers Cookies

- A) Qu'est-ce qu'un fichier Cookie?*
- B) Comment Fonctionne – il?*
- C) Ce que Contient un Cookie.*
- D) Typologie des Cookies.*

II. Les Enjeux Juridiques des Fichiers Cookies

- A) Les Cookies et les Données à Caractère Personnel.*
- B) La Protection Juridique des Données Transmises par les Cookies.*
- C) Un Cas Particulier: DoubleClick Devant le Juge Fédéral.*

Conclusion

Résumé :

Les fichiers cookies permettent, lorsqu'ils sont installés sur la mémoire vive dans un premier temps, et sur le disque dur après la première connexion sur le réseau Internet¹, d'enregistrer les traces des sites ou forums que l'internaute visite. Dans cette optique, ils permettent de dresser le profil de ce dernier jusqu'à constituer une intrusion au coeur de sa vie privée. Des dispositions juridiques existent qui permettent de circonscrire cette tracabilité² des internautes.

¹ En effet, Le mot « Internet » est composé du préfixe « Inter » qui indique un lien entre deux éléments et le mot « Net » qui est traduit de l'anglais par «réseau». Internet est alors un lien entre deux ou plusieurs réseaux informatiques, «un réseau de réseaux». En fait, il s'agit du plus grand réseau informatique de la planète. Il regroupe une multitude de réseaux régionaux, gouvernementaux et commerciaux. Tous ces réseaux discutent entre eux par le biais du même protocole de communication, TCP/IP (*transmission Control Protocol Over Internet Protocol*). La connexion est effectuée par l'utilisation de lignes, des câbles, et des satellites comme ces que joint des lignes téléphoniques. Contrairement aux appels téléphoniques traditionnels, qui transmettent l'information par le circuit commutation, L'Internet transmet l'information par la « paquet commutation » ; dans ce mode, les communications sont changées aux petits signaux. Après ils sont envoyés aux paquets de bénéficiaire avec arrivant à leur destination par les routes différentes, la communication est alors reconstruite à la fin du récepteur. Sur ces points voir K. HAFNER : *Where Wizards Stay Up Late : The Origins of the INTERNET* (N.Y. , TOUCHSTONE) , [1996] p. 12; J. NAUGHTON: *A Brief History of the Future: From Radio Days to Internet Years in a Lifetime* (N. Y. , WoodStock) , [1999] p. 140; A. BRIGGS: *A Social History of the Media: From Gutenberg to the Internet* (Cambridge, Polity Press) , [2002] pp. 311 et s.

² La définition est donnée dans la norme ISO 8402 : « *Aptitude à retrouver l'historique, l'utilisation ou la localisation d'un produit ou d'un processus de délivrance d'un service au moyen d'identifications enregistrées* ». Selon J. MATTEI, la traçabilité pourrait être défini « *en première approche, comme la possibilité qu'offrent les techniques modernes, à des fins d'information du public, du suivre pas à pas, en une sorte de « trace » continue, les produits de l'industrie dès qu'ils sont diffusés par le grand et le petit commerce. Ils sont en effet marqués, dès lors fabrication, par une information spécifique qui se maintient tout au long de leur vie en quelque lieu qu'ils se trouvent. On pourra ainsi à tout moment identifier un objet, défini par une information virtuelle que les réseaux électroniques diffusent sur toute la plante, de son origine à sa fin, et du producteur au consommateur* ». Voir J. MATTEI : *Traçabilité et Responsabilité* (Paris, Economica) p. 35 in X. LEMARTELEUR : *Tracabilité Contre Vie Privée : les RFIDs* (Mémoire DESS, Paris II), [2004] p. 5.

Introduction

La loi n° 78-17 du 16 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés consacre la protection des utilisateurs du réseau Internet contre tous les actes illicites qui peuvent porter atteinte à leurs droits fondamentaux. L'internaute, le principal acteur dans le cyberspace³, existe dans ce milieu, grâce à un ensemble d'informations qui l'identifie : ses données personnelles. Ce sont ces dernières qui doivent être protégées pour assurer la convivialité dans une optique démocratique de civilité⁴. Dans ce cadre, il n'y a aucun doute que le traitement de données nominatives doit être entouré par des mesures de sécurité afin d'éviter toute utilisation illicite susceptible de porter atteinte à la vie privée, aux droits fondamentaux, et à la liberté d'expression des utilisateurs du réseau Internet. Néanmoins, le développement des NTIC, accompagné d'un courant et d'une conscience soumise à des intérêts d'ordre purement matériel et commercial a donné naissance à de pratiques illicites⁵.

C'est le cas des fichiers Cookies⁶ ou des « *petits fichiers envoyés par le gestionnaire du site web sur le disque dur de l'utilisateur. Ils permettent d'identifier l'utilisateur lors de sa connexion et de mémoriser celle-ci* »⁷. Effectivement, la société des NTIC critique l'utilisation de ces fichiers et ce, dans la mesure où les serveurs sont en train de tracer et de suivre la piste des internautes et même si cela peut faciliter leur

³ Appelé aussi « infosphère », il est à noter que le préfixe « cyber » que l'on ajoute à un mot existant pour en transposer la réalité dans le cyberspace vient du mot grec « *kubernan* » signifiant « gouverner », mais son sens actuel tire son origine du nom cyberspace, inventé en 1984 par l'auteur américain de science-fiction William GIBSON, dans son livre intitulé « *Neuromancer* ». Dans ses écrits, le « cyberspace » s'agissait d'un espace utopique et abstrait où circule l'information. Voir M. DODGE: *Mapping Cyberspace* (N.Y., Routledge), [2001] p. 1.

⁴ H. KASSEM : L'Internaute et Son Droit à Etre Laissé Tranquille [Mémoire D.E.A, Université Montpellier 1], (2003), p. 5.

⁵ Sur ce point voir G. L. KOVACICH ; W.C. BONI : *Hight Technology Crime Investigator's Handbook* (Butterworth, Heinman), [2000] p. 22; D. BAINBRIDG: *Introduction to Computer Law* (Londres, Longman), [sans date] p. 21.

⁶ Les cookies sont apparus en 1995 avec la version 2 de Netscape qui les a inventés et déployés. Ce sont des mécanismes qui permettent certaines fonctionnalités destinées, initialement, à améliorer le confort de l'internaute. Un site peut ainsi se souvenir, grâce à ce mécanisme, que vous préférez le voir en version française plutôt qu'anglaise. Un forum peut se souvenir de votre dernière date de visite et, lors de votre prochaine visite, mettra les nouveaux messages depuis cette date en évidence.

⁷A. LEPAGE : Libertés et Droits Fondamentaux à l'Epreuve de l'Internet (Paris, Litec – édit du Juris Classeur), [2002] p. 135.

navigation sur les sites web et améliorer les services qu'ils offrent⁸. Les internautes se prévalent du droit au respect de la vie privée, pour sanctionner l'utilisation des Cookies⁹. Certains risques ont été rapportés par le CERT : « *Les cookies sont des informations que le serveur stocke sur le disque de l'utilisateur sans que celui-ci soit prévenu. Le serveur peut également interroger le fichier de cookies qui se trouve sur le disque dur de l'utilisateur. Cette fonctionnalité s'apparente un peu à la petite mémoire que possèdent les Minitels. Mais, le serveur peut également récupérer l'historique des pages Web que vous avez consulté. Cette fonctionnalité est utilisée par les sociétés de marketing direct et « one-to-one marketing » afin de cibler des utilisateurs et d'enregistrer dans des bases des profils précis d'habitudes, réflexes, goûts et centres d'intérêts dans le but de générer dans les pages Web que consulte l'utilisateur des publicités très ciblées. Cela pose un important problème de respect de la vie privée* ». ¹⁰

Cependant, le CNIL¹¹ a considéré dans son communiqué du 7 décembre 2001, que la plupart des cookies jouaient le rôle de « *simples témoins de connexion destinés à faciliter la navigation sur un site web ou à sécuriser l'accès aux messageries électroniques (par exemple) sans avoir à ressaisir des informations identifiantes* ». ¹²

Dans cette optique, séparer le droit de la vie privée n'est pas simple. Notre étude des enjeux des fichiers cookies s'attachera donc dans un premier temps aux enjeux techniques (I), et dans un deuxième temps aux enjeux juridiques de ces fichiers (II).

⁸ Comme le déclarait T. JEFFERSON : « *Si vous étés prêts à sacrifier un peu de liberté pour vous sentir en sécurité, vous ne méritez ni l'un ni l'autre* ».

⁹ H. KASSEM : L'Internaute et Son Droit à Etre Laissé Tranquille [Mémoire D.E.A, Université Montpellier 1], (2003), p. 61.

¹⁰ Cité par J. DINANT : Les Traitement Invisibles sur Internet, disponible sur : <<http://www.droit.fundp.ac.be/crid/eclip/luxembourg.htm>> (17/01/2005).

¹¹ Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés.

¹² CNIL <<http://www.cnil.fr>>.

I. Les Enjeux Techniques des Cookies

(A) Qu'est-ce qu'un Cookie?

Faisant référence aux fameux biscuits ronds, le terme « *cookies* » symbolise le partage¹³. Les développeurs sous Unix seraient les premiers à l'avoir utilisé dans l'univers informatique¹⁴. Par « *cookies* », ils désignaient les petits paquets d'informations que s'échangent deux programmes informatiques pour interopérer¹⁵. Pour la CNIL¹⁶, un fichier cookie désigne « *un enregistrement d'informations par le serveur dans un fichier texte situé sur l'ordinateur client, informations que seul ce serveur peut aller et modifier ultérieurement* »¹⁷. Sur le réseau Internet, un cookie est un fichier texte au format « .txt » d'une centaine d'octets installé par le navigateur (*Netscape, Internet Explorer, Opera...*)¹⁸, sur le disque dur à la demande d'un site au moment où l'internaute le visite¹⁹. Certains fichiers servent également à mémoriser une configuration pour qu'une page s'affiche telle que les internautes le désirent. D'autres sont massivement utilisés dans la gestion des publicités durant la navigation et par les logiciels espions les *spywares*²⁰.

Selon un sondage réalisé par le Journal du Net auprès des internautes en date du 3

¹³ Le Rober Micro, p. 283.

¹⁴ Le Cookies, disponible sur <<http://www.foruminternet.org/documents/general/lire.phtml?id=304>> (17/01/2005).

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ <<http://www.cnil.fr/>>.

¹⁷ CNIL et L. BERNAT : Vos Traces Sur Internet- Rapport sans numéro (Paris, CNIL), [1998] p. 14.

¹⁸ E. PAQUETTE : Touche Pas à mes Cookies (Paris, Journal le Echos), [19 novembre 2001].

¹⁹ D. GOLLMANN : *Computer Security* (N.Y., John Wiley), [1999] p. 191.

²⁰ Un logiciel espion « *spyware* » peut se définir comme « *un programme conçu dans le but de collecter des données personnelles, des informations et de les envoyer à son concepteurs ou à un tiers via un réseau informatique, sans avoir obtenu au préalable une autorisation explicite et éclairée des utilisateurs* ». Voir M. ERBSCHLOE : *Trojans, Worms, and Spyware : A Computer Security Professional's Guide to Malicieuses Code* (Oxford, Heinemann), [2005] pp. 25-26. A cet égard la finalité de « *spyware* » est d'accéder aux bases de données. Ensuite, il envoie les informations contenues à l'insu de l'utilisateur ses informations personnelles à un serveur distant. Il existe plusieurs classifications des « *spywares* ». Une est opérée en tenant compte de leur fonction à savoir le renseignement ou le commerce. Une autre est établie en fonction de nature des « *spywares* », s'agissant d'une part d'un logiciel espion intégré à savoir que le « *spyware* » et le programme associé ne font qu'un et s'installent simultanément sur l'ordinateur de l'utilisateur, et s'agissant d'autre part, d'un « *spyware externalisé* » qui est une application autonome dialoguant avec le logiciel qui lui est associé, et pour le compte duquel elle se charge de collecter et de transmettre des informations. Il s'installe séparément de son logiciel associé mais que lui.

septembre 2001²¹, la grande majorité des interrogés a déclaré que le recours aux cookies relevait d'un usage abusif de leurs données personnelles. Une partie du lectorat seulement y voyait un moyen d'apporter des fonctions à un site. Les raisons invoquées pour expliquer ces résultats sont le manque de transparence des sites sur le sujet, ou encore le lancement d'initiatives telles que *Passport* de Microsoft²², perçues comme un moyen de traquer les internautes²³.

Un autre sondage du 23 novembre 2001 montre pourtant qu'une majorité d'internautes affiche une certaine mansuétude vis-à-vis des cookies, mais le plus souvent par défaut, déclarant les accepter dans 55,8% des cas²⁴.

(B) *Le Cookie: Comment Fonctionne-il?*

Afin de comprendre comment les cookies fonctionnent, il faut en revenir au protocole HTTP²⁵. En effet, le HTTP est le protocole permettant de surfer sur les pages web²⁶. Il permet d'échanger les messages entre le serveur et le client à l'aide de requêtes HTTP et de réponses HTTP²⁷. Ainsi, lorsqu'un internaute tape une adresse URL, il lance la commande GET plus le nom de la page au navigateur, qui l'envoie au serveur. Ce dernier la récupère et envoie la page voulue suivant le protocole HTTP²⁸.

Lorsque le navigateur veut afficher une page, il accomplit les étapes suivantes. Tout d'abord, il ouvre une connexion réseau ; ensuite il envoie la commande GET pour obtenir la page ; puis il récupère les données que lui envoie le serveur ; et enfin il ferme la connexion²⁹. Ainsi, à chaque page qu'il veut afficher, le navigateur est obligé d'effectuer cette même séquence. Cela a pour conséquence que s'il veut afficher une page 2 à la suite d'une page 1, le serveur n'a aucune chance de savoir que c'est le même navigateur qui veut faire cette opération. A chaque fois, on répète la même séquence.

²¹ <<http://www.journaldunet.com>> (14/12/2004).

²² Disponible sur : <<http://www.passport.net/Consumer/default.asp?rollrs=11&lc=1036>>.

²³ C. DHENIN : Zoom Sur Passeport, le Système de Login Mutualisé de Microsoft (Journal du Net), [24 août 2001]. Disponible sur : <http://solutions.journaldunet.com/0108/010824_passport.shtml> (14/12/2004).

²⁴ Journal du Net : Ok Pour les Cookies [23 novembre 2001]. Disponible sur : <<http://www.journaldunet.com/0111/011123sondage.shtml>> (14/12/2004).

²⁵ *Hypertext Transfer Protocol* .

²⁶ Le Protocole http est disponible sur <<http://www.commentcamarche.net/internet/http.php3>> (14/12/2004).

²⁷ *Ibid.*

²⁸ Voir sur ce point J. TACKOS : *Standards For Online Communication* (Canada, John Wiley), [1997] pp. 133 et s.

²⁹ *Ibid.*

Le HTTP est dit *stateless* (sans état) « car le serveur ne garde pas la mémoire des états précédents et est incapable d'associer une série d'opérations à un navigateur particulier, et donc à un utilisateur donné »³⁰. Cela est très gênant car le HTTP est incapable de gérer des opérations distinctes et d'identifier l'utilisateur de chaque session. D'une manière générale, tous les sites qui demandent une identification au démarrage doivent gérer la notion de session. Il faut donc ajouter un élément au HTTP. Cet élément est le fichier **Cookie**³¹.

En effet, lorsque l'internaute tape l'adresse URL du site qu'il veut visiter, sa demande est envoyée au serveur afin d'afficher la page demandée. Cette procédure commence par la recherche d'un cookie pour le site demandé sur le disque dur de l'internaute³². S'il est détecté, le navigateur envoie toutes les informations qui y sont contenues au serveur du site. Ensuite, si un nom à la valeur (Name-Value) est détecté, le serveur du nouveau site trouvera que ce n'est pas la première fois que l'internaute visite le site. Sinon, un cookie est envoyé par le serveur par insertion d'une directive dans l'en-tête du message de réponse HTTP.

A cet égard, nous pouvons admettre que le cookie est un fichier texte de taille 4 kilo bytes maximum, installé sur le disque dur de l'internaute par son navigateur lors de sa connexion à un site. Dans cette optique, la question se pose de savoir ce que contient un Cookie ?

(C) Ce que Contient un Cookie

En effet, le fichier Cookie contient des informations et des données qui seront susceptibles d'identifier l'internaute ultérieurement, à chaque fois qu'il se connecte à un site web³³. Ces informations peuvent être, le nom de domaine où le cookie a été émis, la date d'expiration de ce Cookie, le nom du témoin de connexion etc³⁴. Ainsi, le cookie stocke des informations comme : la date et l'heure de la visite de l'internaute, les réponses collectées par l'intermédiaire d'un formulaire en ligne, une information personnelle recueillie par le serveur³⁵. Les informations générales de connexion,

³⁰ Les Cookies, leur vie et leurs mœurs, [29 avril 2001]. Disponible sur <<http://www.uzine.net>> (14/12/2004).

³¹ H. KASSEM, *op. cit.* p. 52.

³² M. MILLER: *Absolute Pc Security and Privacy* (Alameda- CA, Sybex), [2002] pp. 378 et s.

³³ Les Cookies, *precité*.

³⁴ A. LEPAGE, *op. cit.* p. 135.

³⁵ J. Le CLAINCHE : Le Traitement des Données A Caractère Personnel Dans le Cadre d'un Site Web (Droit-NTIC), disponible sur <<http://www.droit-ntic.com/pdf/dp.pdf>> (11/01/2005).

afférentes à une demande d'affichage de page web peuvent être recueillies sans l'utilisation de Cookies et cependant être stockées par celui-ci³⁶ :

(1) Adresse IP ; (2) Système d'exploitation ; (3) Page visitée avant par l'internaute.

Sur une telle base, la question se pose de savoir à quoi servent les Cookies ? Selon la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 relative au traitement de données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, les cookies peuvent être utilisés :

*« Pour évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site, ainsi que pour contrôler l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne. Lorsque des dispositifs du type précité, tels que des témoins de connexion, sont destinés à des fins légitimes, par exemple faciliter la fourniture de services de la société de l'information ».*³⁷.

Ainsi, au sens de cette disposition, les cookies peuvent être utilisés afin de sécuriser la connexion des internautes, faciliter leur navigation sur le site web et améliorer les services qu'il offre³⁸. Un exemple peut être donné par le traitement des cookies par *Yahoo* où ces fichiers sont utilisés pour³⁹ :

- Faciliter l'accès aux informations personnelles lorsque les internautes accèdent aux plusieurs sessions de *Yahoo*.

- Afficher les bandeaux publicitaires selon l'intérêt des internautes lors de leur inscription.

- Aider les marchands de *Yahoo Shopping* dans le traitement des produits et services.

- Réaliser des études dans le but d'améliorer le contenu et les services *Yahoo*.

Pour ces buts, il existe plusieurs types des Cookies.

(D) Typologie des Cookies

On peut distinguer 3 catégories des cookies : selon leur caractère (1), selon leur origine (2) et selon leur qualification par Microsoft (3).

1/ Selon leur caractère

³⁶ *Ibid.*

³⁷ Article 25 de la dite directive.

³⁸ Voir également sur ce point : Le Cookies <<http://minso.free.fr/cavinfo/internet/cookies.html>> (17/01/2005).

³⁹ Yahoo France : Cookies (Centre d'Informations, Yahoo Données Personnelles), [2002]. Disponible sur : <<http://privacy.yahoo.com/privacy/fr/cookies/details.html>> (14/12/2004).

Les cookies peuvent être permanents et temporaires, dits de session⁴⁰. Les premiers sont ceux qui sont mémorisés sur le disque dur de l'ordinateur. Ils y demeurent jusqu'à ce qu'ils soient effacés par l'internaute ou qu'intervienne une date d'expiration fixée à l'avance. Ce type des cookies est généralement utilisé pour faciliter les visites successives à un même site en enregistrant diverses préférences telles que la façon dont le visiteur déambule de pages en pages.⁴¹ De même, il est utilisé pour améliorer les services d'achat, d'enregistrement ou de personnalisation.⁴² Dans certains cas, pour les grosses plates-formes marchandes, le serveur envoie un cookie qui permettra d'identifier un internaute et de le reconnaître lors de ses prochaines visites et de lui proposer des pages personnalisées.⁴³

Les cookies temporaires sont les cookies qui n'enregistrent aucune donnée permanente et qui restent dans la mémoire vive de l'ordinateur.⁴⁴ Au redémarrage de l'ordinateur client ou même dès la fin du délai de temporisation de la session (normalement 20 minutes), le cookie est supprimé. Ce type de cookie facilite la navigation en mémorisant des informations saisies par l'internaute tel que un mot de passe, afin de ne pas le redemander plusieurs fois au cours d'une même visite.

2/ Selon leur origine

Les cookies peuvent être classés en deux catégories : cookies nominatifs et cookies tiers⁴⁵. Les premiers sont écrits ou lus par le serveur du site que l'on visite et sont utilisés par les boutiques en ligne et les sites personnalisables ; alors que les seconds proviennent d'un serveur différent de celui qui fournit la page web affichée⁴⁶. Ce sont généralement les cookies qui servent au marketing et à la publicité, en suivant la consultation des pages du site web. Par exemple, supposons que vous visitiez le site *www.exemple1.com* en tapant l'URL dans la barre d'adresses, tandis que *exemple.exemple1.com*, *www.exemple2.com* et *www.exemple1.net* contiennent des annonces sur cette page. Si tous ces sites activent des cookies, ceux provenant de *www.exemple1.com* et de *exemple.exemple1.com* sont de contexte cookies internes,

⁴⁰ Microsoft France : Description des Cookies, disponible sur <http://support.microsoft.com/default.aspx?scid=kb%3Bfr%3B260971> (14/12/2004).

⁴¹ *Ibid.*

⁴² *Ibid.*

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Information about cookies*. Disponible sur <http://dlbookit.dlsystems.se/bokningsinfo/cookiesDE.asp> (14/12/2005).

⁴⁶ *Ibid.*

alors que ceux provenant www.exemple2.com et www.exemple1.net sont de contexte cookies tiers⁴⁷.

3/ Selon leur qualification par Microsoft

Les cookies peuvent être qualifiés par Microsoft de « satisfaisants » ou non.⁴⁸ Ceux-là autorisent en fait un accès à des informations personnelles, utilisables à l'insu de l'utilisateur: par exemple, des données envoyées en réponse à un formulaire, la version du navigateur, la résolution de l'écran.

Il est à noter que le CNIL a mis au point un outil didactique qui permet de visualiser les conséquences de l'utilisation des cookies. Elle propose aux visiteurs de son site de renseigner son « détective », anonymement, sur forme de texte libre. Lors d'une consultation ultérieure à partir de la même machine, nonobstant le fait qu'aucun nom n'ait été fourni, le détective reconnaît le visiteur, et pour le prouver il s'habille en fonction du temps qu'il faisait lors la visite précédente et reproduit le texte libre laissé à cette occasion⁴⁹.

Or, il est légitime de s'interroger sur l'usage que des éditeurs de sites web mal intentionnés pourraient faire des cookies. Effectivement, toute information sur les comportements d'un internaute est susceptible d'être utilisée à des fins commerciales plus ou moins explicites. Il est donc important de déterminer la nature de ces fichiers, afin de savoir s'ils peuvent identifier les internautes et par conséquent tomber sous le coup de la législation relative aux données nominatives.

II. Les Enjeux Juridiques des Cookies

(A) *Les Cookies, sont-ils des Données à Caractère Personnel ?*

La question de savoir si les informations enregistrées dans les cookies sont des données à caractère personnel au sens de la loi 78 – 17 du 6 janvier 1978 "Informatiques et Libertés" est toujours posée. Aux termes de l'article 2 de la présente loi : "*Constitue une donnée à caractère personnel toute information relative à une*

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Le World Wide Web.*

<http://www.uhb.fr/urfist/Supports/IntroInternet/UtilisApprofInternet/IntrodWWW.htm#Cookies>
(14/12/2004).

⁴⁹ T. VERBIEST et E. WERY : *Le Droit de l'Internet et de la Société de l'Information* (Bruxelles, Larcier), [2001] p. 420.

personne physique identifiée ou qui peut être identifiée, directement ou indirectement, par référence à un numéro d'identification ou à un ou plusieurs éléments qui lui sont propres. Pour déterminer si une personne est identifiable, il convient de considérer l'ensemble des moyens en vue de permettre son identification dont dispose ou auxquels peut avoir accès le responsable du traitement ou toute autre personne."

Rappelons que les cookies sont des fichiers texte contenant des informations concernant les internautes, leur préférence et leur navigation sur un serveur. Or, ces données ne sont reconnues, ni par la loi 78 – 17 du 6 janvier 1978, ni par la directive du 24 octobre 1995, comme une donnée nominative susceptible d'identifier l'internaute. Cette politique est défendue par M. FRAYSSINET qui déclare que « *les données collectées par les cookies ne sont pas des données personnelles mais des données relatives à l'ordinateur⁵⁰, l'internaute consommateur qui est derrière reste anonyme, même s'il reçoit en fonction de son profil des publicités ciblées ou des offres d'achats* ». ⁵¹

Cependant, cette idée est contestable pour les raisons suivantes. Premièrement, les fichiers cookies peuvent contenir des textes et des informations personnelles qui sont divulgués par l'internaute lors de sa navigation. Ils peuvent contenir nom, date de naissance, adresse, profession et d'autres types d'informations. C'est le cas avec *Yahoo* et *Microsoft* lorsque l'internaute s'inscrit à leur service e-mail.⁵² C'est aussi le cas avec la société *Amazon* lorsqu'un client désire faire un achat.⁵³ Deuxièmement, les

⁵⁰ En effet, la langue française distingue deux mots: l' « informatique » et l' « ordinateur ». En 1965, l'académie française définissait l'informatique comme « le support des connaissances économiques, sociales et scientifiques en particulier pour les machines automatiques. Ces machines sont les ordinateurs, qui traitent l'information dans tous les domaines ». Voir N. BLANQUET : La Protection des Programmes d'Ordinateurs (Mémoire, Paris II), [1979] p. 6 ; N.KHATER: La Protection Juridique du Logiciel Dans le Cadre de la Propriété Intellectuelle Dans les Pays de Langue Arabe (Thèse, Nantes), [1995] p. 2 ; J.-P. GILLI : Le Juriste et l'Ordinateur (Paris, Chron.), [1967] p. 47.

⁵¹ J. FRAYSSINET : Nouvelles Technologies de l'Informations et de la Communication et Protection des Libertés des Consommateurs In les Libertés Individuelles à l'Epreuve des NTIC (Lyon, PUL), [2001] p. 39.

⁵² Voir sur ce point, le formulaire nécessaire pour ouvrir un compte Yahoo Mail. Des plusieurs informations personnelles telles que le nom, le prénom, la date de naissance, le code postal et l'e-mail actuel doivent être inclus afin de l'activer. De même le *Centre d'informations Yahoo* déclare que « la validation de ce formulaire emporte également consentement à la collecte, au stockage et à l'utilisation des informations figurant sur ce formulaire, leur transfert aux Etats-Unis ou dans d'autres pays pour leur traitement ou leur stockage par Yahoo! ou ses succursales ». Aussi il déclare : « *En effet, sur ces services Yahoo!, l'utilisation des cookies permet d'assurer des fonctions de sécurité par la vérification d'identité des utilisateurs et donc des fonctions de personnalisation selon les caractéristiques de leurs profils ; c'est le cas entre autres des services Yahoo! Mail, Mon Yahoo!, Yahoo! Photos ou encore (...)* Si vous choisissez de rejeter tous les cookies, vous ne pourrez pas utiliser les produits ou services Yahoo! accessibles au travers d'un compte Yahoo ».

Voir <<http://privacy.yahoo.com/privacy/fr/cookies/details.html>>(14/12/2004).

⁵³ M. LONEY : Amazon déclenche à Nouveau la Polémique avec un Brevet sur les Cookies (ZNET), [2 avril

cookies auxquels le serveur peut attribuer un numéro d'identification combiné aux informations personnelles d'internautes qui y sont incluses peuvent conduire à identifier cet internaute. Troisièmement, un cookie attaché à un ordinateur identifié peut montrer d'une manière indirecte la personne qui l'a utilisé. Sur ce point M. Laurne MARINO déclare:

« *En s'adressant à un ordinateur identifié on s'adresse à une personne, l'utilisateur non identifié. La personne, le consommateur, ne font plus qu'un avec la machine qui devient transparente. Il y a là un passage de l'information anonyme à l'information directement ou indirectement personnelle* »⁵⁴.

Enfin, certains spécialistes du piratage des systèmes informatiques affirment qu'il est possible d'accéder au contenu de cookies à partir d'un autre domaine que celui du serveur Web qui l'a émis⁵⁵. Ainsi, on peut admettre que le fait de changer l'état technique d'un fichier texte dont le but était de sécuriser la connexion des internautes, faciliter leur navigation sur les sites web et améliorer les services qu'il offre à un fichier contenant des informations qui facilitent l'identification des internautes, mène à considérer quelques cookies comme des fichiers incluant des données personnelles qui doivent tomber sous la protection de la loi. Cette politique a été adoptée par le Parlement européen qui avait prévu des règles spécifiques à l'utilisation des cookies et les a inclus lors de l'adoption de la directive du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Ces règles seront les éléments de notre prochain paragraphe.

(B) La Protection Juridique des Données Transmises Par les Cookies

Le Parlement européen a approuvé en deuxième lecture le projet de directive concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques le jeudi 30 mai 2002⁵⁶. Par un amendement séparé, les députés ont adopté le principe de la rétention des données à

2004], disponible à l'adresse suivante :

<<http://www.zdnet.fr/actualites/internet/0,39020774,39147668,00.html>>(14/12/2004).

⁵⁴ L. MARINO: Responsabilité Civil, Activité d'Information in H. KASSEM, *op. cit.* p. 58.

⁵⁵ J. HANS : Cookies et Vie Privée : le Conseil UE Adopte une Position Commune, disponible sur

<http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=522&motele=cookies&mode=motamot> (14/12/2004).

⁵⁶ Cette directive est destinée à remplacer la directive 97/66/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications, qui a été adoptée par le Parlement européen et le Conseil le 15 décembre 1997 et devait être transposée pour le 24 octobre 1998 au plus tard. Disponible sur :

<http://lexinter.net/UE/directive_vie_privée_et_communications_electroniques_du_12_juillet_2002.htm>
(14/12/2004).

des fins de surveillance préventive des communications. Ils se sont prononcés sur les spamming et les cookies. L'article visant ces derniers a été exigé par le Parlement, qui a inclus un amendement dans l'article 5 relatif au principe général de confidentialité. Selon ce dernier, les États membres de l'Union européenne doivent garantir la confidentialité des communications effectuées au moyen d'un réseau public de communications et de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que la confidentialité des données relatives au trafic et afférentes.

*« En particulier, ils interdisent à toute autre personne que les utilisateurs d'écouter, d'intercepter, de stocker les communications et les données relatives au trafic y afférentes, ou de les soumettre à tout autre moyen d'interception ou de surveillance, sans le consentement des utilisateurs concernés sauf lorsque cette personne y est légalement autorisée ».*⁵⁷

Cependant, le stockage technique nécessaire à l'acheminement d'une communication, sans préjudice du principe de confidentialité reste possible. Afin d'encadrer l'utilisation des cookies, la directive expose que :

*« Des témoins de connexion (cookies), peuvent constituer un outil légitime et utile, par exemple pour évaluer l'efficacité de la conception d'un site et de la publicité faite pour ce site, ainsi que pour contrôler l'identité des utilisateurs effectuant des transactions en ligne. Lorsque des dispositifs du type précité, tels que des témoins de connexion, sont destinés à des fins légitimes, par exemple faciliter la fourniture de services de la société de l'information, leur utilisation devrait être autorisée à condition que les utilisateurs se voient donner des informations claires et précises, conformément à la directive 95/46/CE, sur la finalité des témoins de connexion ou des dispositifs analogues de manière à être au courant des informations placées sur l'équipement terminal qu'ils utilisent. Les utilisateurs devraient avoir la possibilité de refuser qu'un témoin de connexion ou un dispositif similaire soit placé sur leur équipement terminal. Ce point est particulièrement important pour les cas où des utilisateurs autres que l'utilisateur original ont accès à l'équipement terminal et donc aux données sensibles à caractère privé qui y sont stockées ».*⁵⁸

Selon cette disposition, l'utilisation des cookies est conditionnée. En premier lieu, le serveur doit obtenir le consentement de l'internaute sur l'installation des cookies sur son disque dur. De même, il doit mentionner les raisons pour lesquelles ces cookies seront installés. Ensuite, la directive exige que les informations qui sont communiquées au disque dur doivent être claires, précises et montrées la finalité

⁵⁷ Article 5(1) de la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002.

⁵⁸ Le Considérant 25.

d'enregistrement de tels cookies.

Cette condition est en effet une application de l'ancien article 26 de la loi française n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, qui protégeait le droit d'opposition. Il déclarait que : « *Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des raisons légitimes, à ce que des informations nominatives la concernant fassent l'objet d'un traitement* »⁵⁹.

Néanmoins, dans quelques cas, les internautes se trouvent devant un obstacle afin d'exercer leur droits d'accès aux informations les concernant ou qui font l'objet d'un traitement. C'est le cas quand ces informations ou données sont enregistrées, codées et non claires. A cet égard, l'internaute ne pourra pas s'opposer dans la mesure où il est dans l'impossibilité de déchiffrer les contenus de fichier. Par conséquent, les cookies seront utilisés – dans une forte probabilité- afin d'envoyer des messages sollicités sous forme de *Pop-ups*...etc. Afin d'encadrer ce problème, l'ancien article 35 de la loi de 1978 disposait que : « *Le titulaire du droit d'accès peut obtenir communication des informations le concernant. La communication, en langage clair, doit être conforme au contenu des enregistrements* ». De même le nouvel article 32 de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés vise le même principe quand il dispose que : « *Toute personne utilisatrice des réseaux de communications électroniques doit être informée de manière claire et complète par le responsable du traitement ou son représentant* ».

(C) Un Cas Particulier : DoubleClick Devant le Juge Fédéral

Le 28 mars 2001, une décision rendue par la *United States District Court for Southern District of New York*⁶⁰, a mis fin à la grande sage judiciaire que les Etats-Unis ont connu en matière de protection de la vie privée. *DoubleClick*, la plus grande

⁵⁹ Remplacé par l'article 38 qui dispose « *Toute personne physique a le droit de s'opposer, pour des motifs légitimes, à ce que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement. Elle a le droit de s'opposer, sans frais, à ce que les données la concernant soient utilisées à des fins de prospection, notamment commerciale, par le responsable actuel du traitement ou celui d'un traitement ultérieur. Les dispositions du premier alinéa ne s'appliquent pas lorsque le traitement répond à une obligation légale ou lorsque l'application de ces dispositions a été écartée par une disposition express de l'acte autorisant le traitement* ».

⁶⁰ Voir *United States District Court For the Southern District of New York* [mars 28, 2001], disponible sur <<http://cyber.law.harvard.edu/is02/readings/doubleclick.html>>(17/01/2005) ; voir également : <<http://www.arentfox.com/PDFs/Donaldson.PDF#search='doubleclick%20.%20court>> (17/01/2005).

société au monde de *online-profiling* a été déchargée de toutes les accusations portées contre elle par des consommateurs agissant dans le cadre d'une *class action*⁶¹. En effet, lorsqu'un internaute visite pour la première fois l'un des 13.000 sites web pollué par les bandeaux publicitaires de *DoubleClick*, ce dernier lui assigne un numéro unique d'identification « GUID » et mémorise ce numéro dans un cookie. Lorsque l'internaute revient sur l'un de ces sites, ce dernier lit son cookie et donc son « GUID » et enregistre dans une base de données géante son code d'identification auquel est rattaché le nom des sites visités, les mots-clés des pages des sites visités et d'éventuels renseignements personnels que l'internaute aurait pu saisir pour passer une commande, faire une demande ou une simulation de crédit, chercher des horaires d'avion ou de train (nom, adresse, numéro de carte de paiement, références bancaires, noms des personnes impliquées (ce qui peut être des clients, des fournisseurs, des amis, la famille...), numéros de téléphone, etc. ...).

La plainte était fondée sur les lois fédérales suivantes : ⁶² (1) *Electronic Communications Privacy Act* (*ECPA*) qui punit le piratage informatique (2) *Wiretap Act*, qui contient des interdictions générales relatives à l'interception de télécommunications ; et enfin (3) *Computer Fraud and Abuse Act*, qui interdit l'accès non autorisé à un système informatique. La plainte visait aussi quelques lois des États. De manière plus intéressante, le débat se déplace : les lois fédérales visent plutôt la protection des systèmes informatiques alors que les lois des États visent la protection de la vie privée. Cependant, le jugement n'est d'aucune utilité : un juge fédéral ne peut pas appliquer une loi d'un État s'il rejette la demande basée sur les lois fédérales.⁶³

Conclusion

Les fichiers Cookies permettent de surveiller dans les moindres détails les diverses connexions Internet de chaque internaute. Non seulement ils permettent de connaître l'heure exacte de sa connexion, mais aussi la durée. En croisant ces données et informations sur un temps long, c'est non seulement la période perdue à surfer devant

⁶¹ E. WERY : Doubleclick, le Roi des Cookies, Rempporte une Importante Victoire Judiciaire (Droit-Technologie), [09/04/2001], disponible sur : http://www.droit-technologie.org/1_2.asp?actu_id=407&motcle=doubleclick&mode=motamot (17/01/2005) ; voir aussi Double Trouble sur <http://www.epic.org/privacy/doubletrouble/#whodoubleclick> (17/01/2005).

⁶² Jugement précité.

⁶³ E. WERY, *precité*.

l'écran, qui peut être aisément calculé, mais aussi, si l'internaute n'y a pas prêté attention, l'examen des articles et des journaux lus en ligne qui fournit des données nominatives précises sur ses opinions politiques...etc.

Quant aux systèmes informatiques connectés aux réseaux des télécommunications, les suivre dans le cyberspace (espace virtuel) en temps (réel) est devenu un jeu d'enfant. Il est ainsi facile de tracer votre parcours sur les sites web, tous vos achats sont enregistrés et mémorisés, vous avez répondu à des questionnaires. Les statisticiens conçoivent des modèles élaborés à partir de ces données pour prédire vos comportements futurs. Ainsi, l'accent devra être mis sur les méthodes volontaires, comme la responsabilisation individuelle, grâce à l'éducation, et sur celle des collectivités, qu'elles soient étatiques ou non, par l'élaboration de codes de conduite au niveau national ou international.